

SAPERE

EDICIÓN 2026 | NÚM 30 VOL. 1

REVISTA DE DERECHO



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

INSTITUTO DE
INVESTIGACIÓN

SAPERE | REVISTA DE DERECHO

NÚMERO 30, VOLUMEN 1

INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN DE LA
FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD
DE SAN MARTÍN DE PORRES

LIMA – PERÚ

2026

SAPERE
NÚM. 40 VOL. 1
CONTENIDO

PRESENTACIÓN.....	3
EDITORIAL.....	4

ARTÍCULOS ORIGINALES

¿POR QUÉ LOS PERUANOS INCUMPLEN SUS OBLIGACIONES DINERARIAS?: ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO DEL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DE DAR SUMA DE DINER

Jorge Antonio Machuca Vilchez
Profesor de la Facultad de Derecho USMP..... 8

EL DERECHO DE AUTOR EN OBRAS GENERADAS CON INTELIGENCIA ARTIFICIAL: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA CHINA

Mariana Del Pilar Apaza Calderon
Estudiante del 12vo ciclo de la Facultad de Derecho USMP..... 25

LA INIMPUTABILIDAD Y LA JURIDIFICACIÓN DEL ENCIERRO: UNA LECTURA FOUCAULTIANA DEL DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO

Edmonth Ernesto Barreto Neyra
Estudiante del 8vo ciclo de la Facultad de Derecho USMP..... 48

¿PUEDE UN ACTO NULO SUSPENDER LA PRESCRIPCIÓN TRIBUTARIA?: LA RESPUESTA DIVERGENTE ENTRE EL TRIBUNAL FISCAL Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Cristina Alexandra Quiroz Carmelo
Estudiante del 10mo ciclo de la Facultad de Derecho USMP..... 77

PROSCRIPCIÓN DE LA CORRUPCIÓN COMO NORMA-PRINCIPIO DE RANGO CONSTITUCIONAL: ALCANCES, PONDERACIÓN Y LÍMITES EN EL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

Gianfranco Pariaton Jimenez
Estudiante del 12vo ciclo de la Facultad de Derecho USMP..... 97

LA ASIMETRÍA DE INFORMACIÓN COMO FACTOR DE INEFICIENCIA EN EL ACCESO AL SEGURO INTEGRAL DE SALUD EN LIMA METROPOLITANA

Anjhelly Lucero Gomez Farfan

Estudiante del 10mo ciclo de la Facultad de Derecho USMP..... 119

DERECHOS DE PROPIEDAD INFORMALES Y COSTOS DE TRANSACCIÓN: UNA EVALUACIÓN ECONÓMICA DEL SISTEMA DE TITULACIÓN URBANA EN EL PERÚ

Beatriz de Fátima Merino Altamirano

Estudiante del 10mo ciclo de la Facultad de Derecho USMP..... 144

EL ACCESO AL GAS NATURAL EN ZONAS RURALES DEL PERÚ: ANÁLISIS JURÍDICO/POLÍTICO DEL PROYECTO GAS DE CAMISEA Y SU ROL EN LA TRANSICIÓN ENERGÉTICA NACIONAL

Mariano José Gallo García

Bachiller de la Facultad de Derecho USMP..... 162

LA DONACIÓN APARENTE DE ÓRGANOS HUMANOS FRENTE A UNA FINALIDAD ECONÓMICA: ANÁLISIS JURÍDICO, ECONÓMICO Y PROPUESTA REGULATORIA

José André Guevara Lora

Estudiante del 12vo ciclo de la Facultad de Derecho USMP..... 177

PRIVACIDAD MENTAL Y NEURODERECHOS: ¿NUEVA CATEGORÍA DE DERECHOS FUNDAMENTALES O SU INTEGRACIÓN COMO DERECHOS IMPLÍCITOS?

Pamela Anahi Lovato Vega,

Estudiante del 4to ciclo de la Facultad de Derecho USMP

Cielo Juliette Ruiz Ludeña

Estudiante del 4to ciclo de la Facultad de Derecho USMP

Dana Shantalle Soto Seminario

Estudiante del 3er ciclo de la Facultad de Derecho USMP..... 196

PRESENTACIÓN

SAPERE es una publicación académica de carácter científico que nace con el propósito de contribuir a la formación y consolidación de una cultura de investigación jurídica en el ámbito universitario. Vinculada al Instituto de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, la revista constituye un espacio destinado a la producción, discusión y difusión de conocimiento jurídico, abierto al diálogo con otras disciplinas y atento a las transformaciones que atraviesan el Derecho y la sociedad contemporánea.

Desde esta perspectiva, *SAPERE* entiende la investigación como una actividad orientada no solo a interpretar el ordenamiento jurídico, sino también a formular preguntas relevantes, someter ideas a un examen riguroso y construir argumentos capaces de contribuir a la comprensión y solución de problemas jurídicos concretos. Por ello, promovemos una aproximación plural, crítica e interdisciplinaria, en la que el rigor académico convive con la libertad intelectual y la apertura hacia nuevas perspectivas de análisis.

La revista tiene, además, una vocación formativa. *SAPERE* busca acompañar a los estudiantes en el tránsito de la formación universitaria hacia la investigación científica, brindándoles un espacio en el que puedan desarrollar sus capacidades de argumentación, escritura académica y pensamiento crítico bajo estándares editoriales orientados a preservar la calidad y originalidad de los trabajos publicados. En este sentido, publicar en *SAPERE* representa tanto una oportunidad para participar en la construcción del conocimiento jurídico como una experiencia de formación para quienes comienzan a desarrollar una trayectoria investigadora.

Nuestro compromiso se proyecta hacia una comunidad académica cada vez más amplia. Aspiramos a que *SAPERE* trascienda el ámbito estrictamente universitario y se consolide como un espacio de diálogo entre estudiantes, docentes, investigadores y profesionales, favoreciendo el intercambio de ideas y la circulación de aportes que permitan comprender el Derecho desde distintas perspectivas y contextos.

DIRECTORA

Nancy Marleny Guzman Ruiz de Castilla
Universidad de San Martín de Porres, Lima

REVISTA *SAPERE* NÚM. 30° VOL. 1

DERECHOS DE AUTOR

Todos los derechos sobre la edición y los elementos editoriales de este número se encuentran protegidos por la legislación vigente en materia de propiedad intelectual.

Los autores conservan los derechos de autor sobre sus respectivas contribuciones y otorgan a la Revista *SAPERE* el derecho de primera publicación. La reproducción, distribución, comunicación pública o utilización de los contenidos deberá realizarse respetando la autoría y consignando de manera adecuada la fuente de publicación.

Las opiniones, argumentos y conclusiones expresados en los artículos son de exclusiva responsabilidad de sus respectivos autores y no representan necesariamente la posición institucional de la Revista *SAPERE*, del Instituto de Investigación ni de la Universidad de San Martín de Porres.

LICENCIA DE USO

Los contenidos publicados en la Revista *SAPERE* se encuentran bajo una licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0).

Texto completo de la licencia: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



© REVISTA *SAPERE*

Instituto De Investigación

Facultad de Derecho Universidad de San Martín de Porres.

Portal de Revista: <https://portalrevistas.aulavirtualusmp.pe/index.php/SP>

ISSN: 2308-0817

ISSN-L: 2308-0817

ARTÍCULOS SEMESTRE

2026 – 1

¿POR QUÉ LOS PERUANOS INCUMPLEN SUS OBLIGACIONES DINERARIAS? ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO APLICADO AL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES DE DAR SUMA DE DINERO

Jorge Antonio Machuca Vílchez*

Docente de la Facultad de Derecho

Universidad de San Martín de Porres

AUTOR

Jorge Antonio Machuca Vílchez
Universidad de San Martín de Porres
jmachucav@usmp.pe
 ORCID: 0000-0001-7001-2259

Recibido: 20/07/2026

Aceptado: 15/08/2026

* Magíster en Derecho Bancario y Financiero por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Análisis Económico del Derecho y de Seminario de Tesis en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. Investigador USMP.

LICENCIA

Este trabajo se comparte bajo la licencia de Reconocimiento Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0):
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



RESUMEN

El presente artículo analizó la problemática jurídica en torno a la falta de cumplimiento de las obligaciones de dar suma de dinero en el Perú. El objetivo de la investigación fue analizar esta problemática estudiando las principales causas del problema, para lo cual se empleará una revisión de la literatura, así como la aplicación de herramientas desarrolladas por el análisis económico del derecho (análisis costo-beneficio, el costo de oportunidad y la asimetría de la información). La metodología empleada fue enfoque cualitativo, tipo básica, nivel exploratorio, tipo dogmático-jurídico y diseño documental. Los resultados evidenciaron que detrás del incumplimiento de obligaciones dinerarias existen causas volitivas y no volitivas, imputables al deudor, pero además causas imputables al acreedor, quien suele descuidar el empleo de instrumentos legales destinados a garantizar el cobro de la acreencia. En cuanto al rol del Estado para corregir las fallas de mercado que subyacen al problema, se encontraron debilidades especialmente en la puesta a disposición de mayor información sobre el riesgo de contratar con determinados deudores, así como a la formación cívica de la ciudadanía sobre el cumplimiento de obligaciones. Se concluyó que las herramientas del análisis económico del derecho permiten, efectivamente, profundizar el análisis del incumplimiento de dar suma de dinero; no obstante, presenta limitaciones cuando el deudor incumple, a pesar de gozar de capacidad de pago, ante lo cual se propone el concepto de falta de empatía financiera como causal de dicho incumplimiento, problema frente al cual correspondería reforzar el concepto de pertenencia a la cadena de pagos.

PALABRAS CLAVE

Análisis económico del derecho, obligaciones de dar suma de dinero, análisis costo-beneficio, costo de oportunidad, asimetría de la información, selección adversa, riesgo moral.

WHY DO USERS INCLUDE THEIR PAYMENT OBLIGATIONS? ECONOMIC ANALYSIS OF DEMAND APPLIED TO THE NON-FULFILLMENT OF PAYMENT OBLIGATIONS

ABSTRACT

This article analyzes the legal issues surrounding the non-fulfillment of monetary payment obligations in Peru. The research aimed to examine this issue by studying its primary causes, employing a literature review alongside tools derived from the economic analysis of law (cost-benefit analysis, opportunity cost, and information asymmetry). The methodology adopted was qualitative, basic, exploratory, and dogmatic-legal in nature, utilizing a documentary research design. The results revealed that the non-fulfillment of monetary obligations stems from both volitional and non-volitional causes attributable to the debtor, as well as causes attributable to the creditor, who often fails to utilize available legal instruments to secure debt collection. Regarding the State's role in correcting the market failures underlying the problem, weaknesses were identified—particularly concerning the provision of information on the risks of contracting with specific debtors and the civic education of the public regarding the fulfillment of obligations. It was concluded that the tools of the economic analysis of law effectively allow for a deeper analysis of the failure to pay monetary sums; however, limitations arise when a debtor defaults despite having the capacity to pay. To address this, the concept of "lack of financial empathy" is proposed as a cause for such non-fulfillment, a problem that should be tackled by reinforcing the concept of belonging to the payment chain.

KEYWORDS

Law and economics, obligations to pay a sum of money, cost-benefit analysis, opportunity cost, information asymmetry, adverse selection, moral hazard.

SUMARIO

- I. Introducción. II. Las obligaciones de dar suma de dinero y las causas de su incumplimiento. III. Análisis económico del incumplimiento de las obligaciones de dar suma de dinero y mecanismos de intervención estatal. IV. La empatía financiera.

“Si quieres saber el valor del dinero, ve y trata de conseguir algo prestado. Quien sale a pedir prestado regresa derrotado. Y, en efecto, también saldrá derrotado quien preste a tal persona”.

– Benjamín Franklin

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace un tiempo existen varias páginas en Facebook cuya finalidad es exhibir y, ciertamente, presionar a personas que no cumplen con sus obligaciones de dar suma de dinero:

- “Paga Pedro. Debes pensión de alimentos y devengados 13 años y todavía tienes más hijos” (sic).
- “¡Tengan cuidado con este señor! (Se consigna la imagen respectiva). No cumple sus compromisos y es descarado”.

- “Quiero hacer una denuncia a esta señora que (...) le gusta pedir plata prestada y no paga, ella y su marido se aprovechan que tienen muchos hijos para dar pena y no querer pagar” (sic).
- “Ya te olvidaste cómo llorabas cuando me pedías plata. Te presté y ahora me has bloqueado por todos lados. No seas sinvergüenza”.

Avisos como estos se multiplican en la referida red social. Hay incluso páginas especializadas que se denominan “Estafadores streaming Perú”, “Estafadores de Cañete”, “Estafadores-Perú”, “Exponiendo estafadores”, y un largo etcétera. Todas y cada una de estas páginas albergan miles de mensajes que tienen como origen la falta de cumplimiento del deudor, ese quebrantamiento de lo que se esperaba de él.

En efecto, tras cada mensaje hay un acreedor frustrado que aún guarda alguna esperanza con respecto al cumplimiento de las obligaciones a cargo del deudor. A lo mejor piensa que exponer los datos de éste podría generar algún tipo de presión mayor al de las llamadas y correos que no obtendrían respuesta. O, quién sabe, cada mensaje oculta un sentido altruista: Advertir al mercado, a otros potenciales perjudicados, para que no contraten con dichos deudores a fin de evitarse un trance similar.

En materia de alimentos, en el 2025 aproximadamente ocho mil personas deudoras alimentarias morosas fueron incorporadas en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (Redam) del Poder Judicial (Poder Judicial del Perú, 2025), creado en el año 2007 mediante Ley N.º 28970. Es sensible el aumento en el número de deudores morosos que estaban incorporados al 2021 (422). Ello, a pesar de los efectos que acarrea para los deudores. En efecto, la pertenencia a este registro implica que se informe a la Central de Riesgos que administra la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) y, además, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 12 del Reglamento de la Ley N.º 28970, aprobado por Decreto Supremo N.º 008-2019-JUS, restringe la posibilidad de postular al sector público o contratar con el Estado, toda vez que el deudor deberá cumplir con la deuda para que la contratación se produzca.

Por otro lado, en relación a los créditos otorgados en el mercado financiero al 2025, la SBS reportó que los créditos de la micro y pequeña empresa alcanzan un índice de morosidad del 5.2% (SBS, 2026), un número alto si se toma en cuenta que las entidades financieras poseen un *expertise* tanto para evaluar a los deudores antes del otorgamiento de un crédito como para asegurar el reembolso de los mismos. Desde mediados del siglo XIX – la historia revela que el primer banco del Perú, Banco y Monte de Piedad de “La Providencia”, se fundó en 1862 (Ugarte, 1926)-, las empresas que conforman el sistema financiero acumulan una importante experiencia en lo que respecta a la realización de evaluaciones crediticias (análisis de voluntad de pago y capacidad de pago), de forma previa al otorgamiento de un crédito, que mitiguen los riesgos de morosidad.

Si los especialistas sufren a los morosos, ¿qué pueden esperar los no especialistas que realizan préstamos?

En esa línea de ideas, el problema que se desea analizar gira en torno a la siguiente pregunta: ¿Por qué en el Perú las personas no cumplen sus obligaciones de dar suma de dinero? Al respecto, existe abundante literatura que trata de explicar las causas y que se analizarán en el presente artículo. Además, el análisis económico del derecho constituye una metodología

que aporta diversos instrumentos para comprender de manera cabal el derecho, por lo que se buscará analizar el problema a la luz de los conceptos que ha acuñado dicha corriente de pensamiento jurídico y económico.

El presente estudio tiene un enfoque cualitativo, toda vez que buscará analizar el fenómeno de las causas del incumplimiento de las obligaciones de dar suma de dinero. El tipo de investigación a realizarse es de tipo básico o puro, el cual implica examinar la naturaleza y el universo para, a partir de dicho examen, establecer modelos, leyes o teorías que permitan la comprensión de determinados fenómenos por parte de los individuos (Castro-Maldonado et. al., 2023). Es exactamente lo que se hace en la presente investigación: reflexionar en torno al cumplimiento de las obligaciones en el Perú y poder entender qué se esconde detrás del incumplimiento que existe en torno a las mismas.

En armonía con lo expuesto, el objetivo del presente artículo es realizar un análisis económico de la falta de pago de las obligaciones de dar suma de dinero en el Perú, empleando principalmente los conceptos de asimetría de la información (selección adversa y riesgo moral).

II. LAS OBLIGACIONES DE DAR SUMA DE DINERO Y LAS CAUSAS DE SU INCUMPLIMIENTO

Las obligaciones deben su raíz etimológica a los elementos “ob” (alrededor) y “ligare” (ligar o atar). Pueden definirse como un vínculo jurídico abstracto en virtud del cual una parte, denominada deudor, se obliga a cumplir una prestación – conducta debida concreta - a favor de otra, denominada acreedor, la misma que estaría dirigida a la satisfacción de un interés que puede ser patrimonial o no patrimonial, pudiendo el acreedor exigir un acto terminativo, esto es, su cumplimiento, o en su defecto, su sustitución por otra obligación mediante acuerdo expreso o la indemnización que corresponda (Palacio, 1997; Palacios & Núñez, 2004; MacCormick, 2011; Castillo, 2017; Mendizábal, 2020).

Las obligaciones pueden ser de dar, hacer o no hacer. La presente investigación se centra en las obligaciones de dar suma de dinero. A diferencia de las otras, dado que recae en una cantidad de dinero, fungible, su cumplimiento es siempre posible (Rogel, 2013).

Una de las razones principales por las cuales se emplea la obligación de dar suma de dinero es la falta de liquidez del deudor. Los deudores buscan a los prestatarios y asumen obligaciones porque no cuentan con el dinero requerido en un determinado momento. La relación contractual se lleva a cabo porque exteriormente nada hace pensar que habrá incumplimiento: Si hubiese esa duda, no habría crédito, concepto cuya raíz etimológica precisamente proviene de la palabra “creer”. No obstante, es más lo que el acreedor desconoce, que lo que conoce. Cuando debe cumplirse con la obligación pactada el grado de cumplimiento de las personas es diferente.

Existen dos grandes posibilidades en relación a la forma en que se desenvuelve un deudor: cumple o no cumple. Para hablar de incumplimiento la obligación debe ser exigible, de plazo vencido y válida (Moisset, 1996). Es exigible precisamente porque el plazo ha vencido. Y es válida porque se trata de una obligación que no contraviene otras normas legales. Una obligación generada por un mecanismo de fraude o que contiene intereses usureros, no es válida de forma integral en el primer caso y no es válida en lo que respecta a los intereses usureros en el segundo. No obstante, dentro del incumplimiento existen subniveles.

A continuación, se detalla una escala que podría presentarse en el cumplimiento de obligaciones:

- **Cumplimiento alto:** El deudor cumple antes o, a más tardar, en la fecha convenida.
- **Cumplimiento bajo:** El deudor no cumple en la fecha convenida e incurre en un atraso menor.
- **Cumplimiento ínfimo:** El deudor no cumple en la fecha convenida e incurre en un atraso significativo.

En cuanto a las causas por las cuales se presenta un incumplimiento respecto a obligaciones de dar suma de dinero, cuando se focaliza en el deudor, en la mayoría de los casos se tiene una suerte de ruta y/o transición: una determinada causa acarrea sobreendeudamiento y el sobreendeudamiento conlleva a incumplimiento.

Una persona sobreendeudada es aquella que experimenta insuficiencia de capital para cumplir con sus obligaciones, por factores multicausales, pero que se pueden ciertamente agrupar en factores volitivos y asociados a un consumidor medio o negligente (el consumo adictivo, mal uso del crédito o carencia o poca información) o no volitivos y asociados a un consumidor razonable o bien informado (despido laboral, disminución de ingresos, crisis familiares) (Ramos, 2011; Aquije, 2017; Alarcón, 2026).

A continuación, se detallarán las causas previas al sobreendeudamiento:

1. FACTORES VOLITIVOS

- a. **Consumismo:** Algunos autores encuentran una estrecha relación entre el bajo nivel de cumplimiento y el consumismo (Paredes-Pérez et. al., 2023). Reina en la sociedad una oferta desmesurada de productos y servicios que en virtud de la publicidad los consumidores asumen como necesarios, a pesar que sean superfluos. La consecuencia es clara: Personas que asumen obligaciones que no pueden pagar o que realizan gastos por encima de sus ingresos.
- b. **Mal uso del crédito:** El mal uso del crédito implicaría que la persona adquiere créditos innecesarios y/o que no puede pagar al afectar sensiblemente su capacidad de pago.
- c. **Carencia o falta de información:** Se vincula especialmente a la falta de educación, a nivel familiar y en educación primaria, en el manejo de obligaciones por parte de los deudores. Asimismo, en el desconocimiento de los riesgos y consecuencias que implica tanto el sobreendeudamiento como la falta de cumplimiento de las obligaciones (Bozzo, 2020). También se vincula a la asimetría informativa que será tratada en el siguiente acápite.

2. FACTORES NO VOLITIVOS

- a. **Contexto económico:** La realidad peruana es compleja. Existe precariedad laboral, ingresos reducidos, recesión e inflación, causales que dificultan el cumplimiento de las obligaciones (Landeo-Gamboa & Jiménez-Rivera, 2025).

- b. Despido laboral:** Aunque se podría dar cierto nivel de voluntariedad (por ejemplo, en el despido con causa justa), lo cierto es que nadie espera ser despedido.
- c. Disminución de los ingresos:** Los ingresos suelen reducirse por factores exógenos como la inflación o la enfermedad de aquél que debe generarlos. El Covid-19, por ejemplo, fue un factor exógeno que afectó el ingreso de millones de peruanos. También admite cierto nivel de voluntariedad, toda vez que el deudor podría realizar un esfuerzo especial para contrarrestar los factores exógenos que afectan sus ingresos.
- d. Crisis familiares:** La muerte o enfermedad de un familiar suele acarrear un gasto imprevisto que afecta el nivel de cumplimiento de las obligaciones.

Ahora bien, conviene apreciar lo siguiente:

- En relación al consumismo, existen personas con alto nivel de consumo y que son cumplidas con sus obligaciones.
- En relación al mal uso del crédito, existen personas que hacen uso del crédito para fines necesarios e incluso productivos y no cumplen con el mismo.
- En relación a la falta o carencia de información, existen personas que asumen obligaciones bajo carencia de información, pero que a pesar de ese mal punto de partida las cumplen.
- En relación al contexto económico, aunque existan factores adversos, muchas personas no lo consideran un óbice para proceder al cumplimiento de sus obligaciones.
- En relación al despido laboral, se trata de un factor que, no obstante, no necesariamente implica el incumplimiento de obligaciones, en la medida que la persona puede poseer un ahorro para emergencias y/o la posibilidad de generar ingresos en un nuevo empleo.
- En relación a la disminución de los ingresos, hay personas que encuentran como sortear el problema. En el caso del Covid-19, por citar un ejemplo, muchos peruanos optaron por reinventarse y superar el efecto negativo de la pandemia.
- En relación a las crisis familiares: Nuevamente, en muchos casos dichos eventos no acarrearán indefectiblemente el incumplimiento de las obligaciones de los deudores.

Por lo tanto, ninguno de los factores de sobreendeudamiento antes señalado es realmente determinante para la falta de pago de las obligaciones. Asimismo, cabe la posibilidad de que el deudor no pague sus obligaciones por factores distintos al sobreendeudamiento. Es decir, que el deudor goce de capacidad económica, pero, aún así, no tenga interés en pagar. Los supuestos detrás de esta opción son varios: cierto placer en deber dinero, violencia económica, castigo al acreedor, entre otros. Ello será analizado posteriormente a través del empleo de un concepto denominado “empatía financiera”.

Ahora bien, es común analizar el problema con énfasis en el deudor, más no en el acreedor, a quien debería empezarse a exigir un comportamiento responsable en el otorgamiento de los créditos (Goldenberg, 2020). En efecto, es preciso indicar que la falta de pago de los créditos también puede focalizarse en el acreedor, quien asume compromisos sin asegurar el empleo de instrumentos legales que le permita efectivizar el reembolso de la deuda:

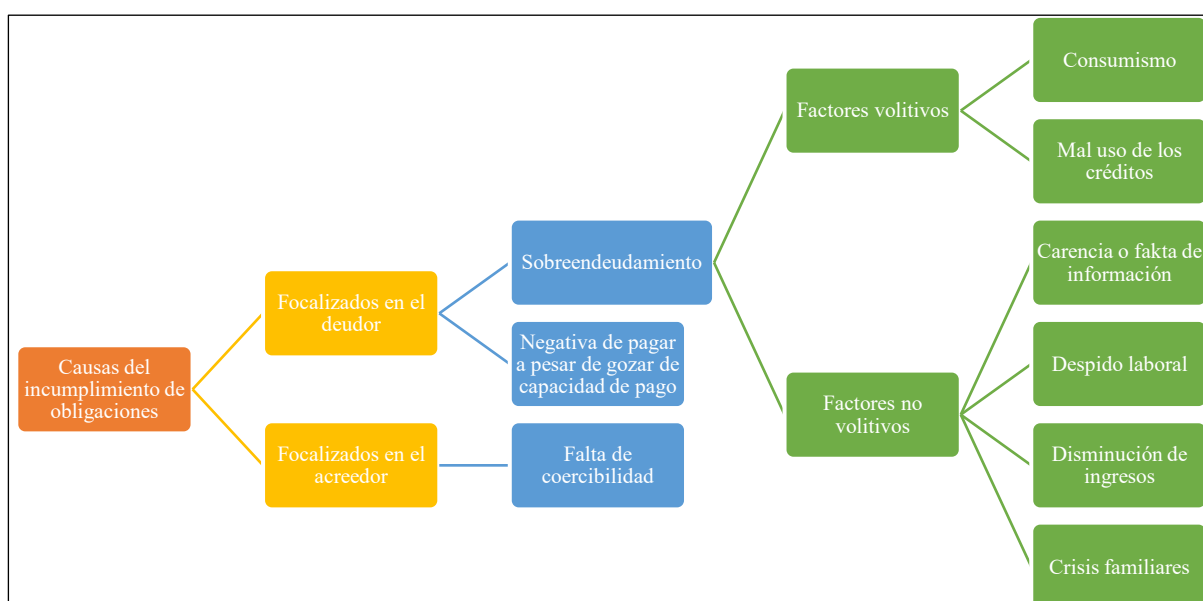
- **Contrato escrito:** Brinda un sustento probatorio de la relación contractual y señala las obligaciones que han asumido las partes.
- **Título valor:** Constituye una prueba de la existencia de obligaciones y permite interponer acciones cambiarias para asegurar el cumplimiento de obligaciones.
- **Garantía mobiliaria:** La ejecución del bien o bienes muebles dados en garantía permitiría recuperar el dinero prestado.
- **Hipoteca:** La ejecución del bien inmueble otorgado en garantía permitiría recuperar el dinero prestado.

Cuando el crédito no emplea garantías se denomina “quirografario”, un tipo de crédito que no resulta conveniente toda vez que omitir mecanismos legales que aseguren coercibilidad perjudican el cumplimiento de las acreencias, ya que tales obligaciones no podrán ser exigidas coactivamente ante la renuencia de los deudores (Velásquez, 2010).

En ese sentido, emplear instrumentos legales puede: i) disuadir a determinados deudores en su intención de incumplir las obligaciones asumidas; y, ii) brindar un abanico de posibilidades para que los acreedores hagan valer sus derechos ante el Poder Judicial. Sin perjuicio de lo señalado, al igual que en los puntos anteriores, referidos al deudor, existen obligaciones en las que no subyace el empleo de instrumentos legales, a pesar de lo cual son cumplidas sin problema alguno. De esta forma, a continuación, se detalla lo expuesto en un cuadro sinóptico:

Figura N.º 1

Causas del incumplimiento de obligaciones



Fuente: Elaboración propia.

Por otro lado, a continuación, se detalla un cuadro que precisa la escala de cumplimiento de las obligaciones:

Cuadro N.º 1

Escala de cumplimiento de contrato de obligaciones de dar suma de dinero

Nivel de cumplimiento de contrato de obligaciones de dar suma de dinero	Fecha convenida de pago	Nivel de sobreendeudamiento	Nivel de coercibilidad
Alto	Paga antes o en la fecha	Bajo	Con contrato escrito. Garantizado y/o con empleo de títulos valores.
Bajo	Paga con atraso menor	Alto	Contrato verbal. Quirografario Sin empleo de títulos valores
Ínfimo	Paga con atraso significativo	Alto	Contrato verbal. Quirografario Sin contrato Sin empleo de títulos valores

Fuente: Elaboración propia.

El panorama general apunta a que las obligaciones se incumplen porque el deudor se encuentra sobreendeudado y/o porque el acreedor no gestionó los instrumentos de garantía correspondientes. No obstante, al igual que hay personas que incurren en incumplimiento, a pesar de no estar sobreendeudadas y gozar de capacidad de pago, la falta de diligencia del acreedor tampoco acarrea necesariamente el incumplimiento de las obligaciones. En el siguiente acápite se analizará el problema desde la óptica del análisis económico del derecho.

III. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE DAR SUMA DE DINERO Y MECANISMOS DE INTERVENCIÓN ESTATAL

El análisis económico del incumplimiento de las obligaciones de dar suma de dinero abarca los siguientes elementos:

1. ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

Detrás de las decisiones que se toman en el mercado, los individuos, que son maximizadores de beneficios, buscarán el mejor resultado económico. Aunque la tendencia es

emplear el análisis costo-beneficio para determinar la viabilidad de una inversión (Lara & Franco, 2017) o la eficiente elaboración de normativa (Chumacero, 2015), lo cierto es que detrás de cada decisión que se toma las personas evalúan los pro y los contra de ésta (Fernández, 2003).

En ese sentido, en el marco de una obligación dineraria que no se cumple se presenta una interesante paradoja: Los acreedores prestan más atención al riesgo, pues evalúan como factor determinante el riesgo de crédito, vale decir, el riesgo de que su contraparte no cumpla la obligación. Por su parte, los deudores se enfocan más en los beneficios: La posibilidad de acceder a un dinero que no devolverán.

En este análisis costo-beneficio entra a tallar, sin duda, las deficiencias del poder judicial, cuya ineficiencia acarrea lo que algunos autores han denominado “falta de apremio civil”, lo cual, sin duda, resulta favorable para el deudor (Panebra & Fernández, 2020; Espinoza & López, 2023).

2. COSTO DE OPORTUNIDAD

El costo de oportunidad puede ser definido como el costo de aquello a lo que se renuncia para conseguir algo (Mankiw, 2012).

El concepto resulta básicamente aplicable al acreedor, puesto que el deudor no realiza acción alguna más allá de una omisión en el cumplimiento. En ese sentido, desde la perspectiva del acreedor, el dinero se vincula a un crédito impago cuando podría haberse empleado para generar renta (por ejemplo, a través de un depósito o inversión) o estar para el pago de otras obligaciones.

3. ASIMETRÍA DE LA INFORMACIÓN

El concepto de asimetría de la información, acuñado por George Akerloff en 1970, sirvió para comprender una falla de mercado que consiste en que las partes de una obligación no tengan el mismo nivel de información, lo que acarrea que las soluciones legislativas que adopte el Estado deban estar dirigidas a obligar a quien tiene más información a entregarla a quien tiene menos (Akerlof, 1970).

En las obligaciones de dar suma de dinero en general, aunque el Estado y el sistema financiero velan por empoderar al consumidor financiero, lo cierto es que los productos financieros representan un nivel de asimetría informativa alta, especialmente en lo relacionado a una cabal comprensión de los alcances de la contratación financiera, que no logra reducirse pese a los esfuerzos estatales (Marambio-Tapia, 2021).

No obstante, esa no es la asimetría que interesa al presente artículo, sino la asimetría informativa que representa que una de las partes oculte información a la otra. En ese caso, al momento de la oferta el deudor tiene más información que el acreedor. En particular, en el caso de las obligaciones de dar suma de dinero que se incumplen, mientras los prestamistas desconocen cuál es la posibilidad de que un préstamo llegue a ser liquidado, el prestatario sí lo sabe (Parkin & Loría, 2015).

Asimismo, la asimetría de la información tiene dos efectos claros: La selección adversa y el riesgo moral.

3.1. SELECCIÓN ADVERSA

En el caso en particular de los créditos, el problema radica en la asimetría que existe al momento de conocer con precisión la capacidad de pago de los deudores, configurándose un claro problema de información incompleta (Stiglitz & Weiss, 1981; Stiglitz, 2000), a partir de lo cual el acreedor elige al deudor en la creencia de que va a cumplir su obligación, aunque éste, de antemano, sepa que obrará en ese sentido.

El problema se aprecia especialmente durante las tratativas del acuerdo. En esa instancia, el deudor construye una imagen de cumplimiento alto cuando en realidad el nivel de cumplimiento que efectuará será bajo o ínfimo. Podría incurrir además en promesas que no podrá cumplir con el fin de ser seleccionado por el acreedor y obtener el dinero de éste.

3.2. RIESGO MORAL

El riesgo moral existe cuando alguien actúa deliberadamente mal, a sabiendas que un tercero se hará cargo de los errores que cometa. En la crisis financiera de Estados Unidos de 2007 y posterior crisis financiera mundial de 2008, se pudo comprobar que muchos bancos norteamericanos actuaron de forma irresponsable porque tenían la certeza de que en última instancia, para no perjudicar a los ahorristas, el gobierno norteamericano intervendría para salvarlos.

En el caso de las obligaciones de dar suma de dinero que se incumplen, los deudores actúan de forma irresponsable, asumiendo obligaciones que no honrarán, a sabiendas que quien se hará cargo de la deuda será el acreedor.

En armonía con lo expuesto, el siguiente esquema sintetiza la apreciación del fenómeno de incumplimiento de las obligaciones a partir de las herramientas del análisis económico del derecho.

Figura N.º 2

Análisis económico del derecho aplicado al incumplimiento de obligaciones de dar suma de dinero



Fuente: Elaboración propia.

Evidentemente, cuando no se logra la eficiencia de los mercados es porque existe una falla de mercado (Rodríguez, 2013). La asimetría informativa es considerada una falla de mercado, ante lo cual correspondería la intervención del Estado, especialmente bajo la premisa que mayor información permite tomar mejores decisiones (Calabresi, 2013). En ese sentido, ¿podría el gobierno desarrollar estrategias para disminuir tanto la selección adversa como el riesgo moral que se genera a consecuencia de la falla de mercado consistente en la asimetría de la información que existe en las obligaciones de dar suma de dinero?

En relación a la selección adversa, se considera que la solución ya existe: i) En las operaciones con el sistema financiero peruano existe la obligación de las entidades que conforman el sistema financiero de evaluar crediticiamente a los deudores antes de proceder al otorgamiento de créditos para mitigar el riesgo crediticio o de contraparte, labor que hacen principalmente con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento para la Evaluación y Clasificación del Deudor y Exigencia de Provisiones, aprobado por Resolución SBS N° 11356-2008 y sus modificatorias; y, ii) En relación a las obligaciones ajenas al sistema financiero, que son las que resultan relevantes para el presente trabajo, la Ley que regula las Centrales Privadas de Información de Riesgos y de Protección al titular de la información (conocidas como las CEPIR), aprobada por Ley N° 27489, y sus modificatorias, regula precisamente la existencia de empresas que brindan información al mercado, especialmente en relación al nivel de cumplimiento de las obligaciones de los deudores.

No obstante, es preciso apuntar que las CEPIRS no tienen el nivel de coercibilidad del que gozan las centrales de riesgo privadas en otras latitudes. La famosa Schufa (*Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung*), institución alemana que opera como una central de riesgos que expresamente señala que la decisión final pertenece a quienes la emplean como mecanismo informativo (Arroyo, 2024), lo cierto es que quienes recurren a ella en consulta la emplean como una base determinante de sus decisiones al momento de otorgar o no un préstamo. No obstante, implementar una suerte de obligatoriedad de rechazar a las personas que solicitan un crédito, contravendría lo dispuesto por el artículo 62° de la Constitución Política del Perú, en lo referido a la libertad de contratar de que gozan las partes al momento de celebrar un contrato.

En este punto es preciso hablar de los costos de transacción, los cuales, aplicados a obligaciones de dar suma de dinero, pueden entenderse como los costos de negociación y monitoreo relacionados a la transacción consistente en la entrega de dinero para su posterior devolución (Menéndez, 2005).

El costo de obtener información sobre los deudores, a setiembre de 2026, es el siguiente:

Cuadro N.º 2

Costo de obtener reporte de terceros en una CEPIR peruana

N.º	CEPIR	Costo por reporte de terceros
1	Equifax (ex Infocorp)	39 soles
2	Experian (ex Sentinel)	39.90 soles

Fuente: Elaboración propia.

Sobre el particular, debe considerarse que la remuneración mínima vital y el ingreso

mensual promedio se hayan en S/ 1,300 y S/ 2, 313 (BCRP, 2026), respectivamente, por lo que el costo de un reporte de terceros es ciertamente alto (0.17% y 0.30% de la remuneración, respectivamente). La alternativa que ofrece el gobierno – reporte gratuito de Central de Riesgos emitida por la SBS-, no constituye la ideal, toda vez que únicamente brinda información en torno a las obligaciones que emanan del sistema financiero, más no así los incumplimientos que pueden provenir de la falta de pago de servicios públicos (agua, luz, telefonía), REDAM, o personas naturales y jurídicas que tengan convenio con una CEPUR. Por tanto, una alternativa a evaluar sería que el gobierno brinde subsidiariamente la actividad a cargo de las CEPUR para los acreedores de bajos recursos.

Por otro lado, en relación al riesgo moral, el Estado debería reforzar a nivel educativo nociones de cumplimiento de las obligaciones en la parte más básica de formación de los estudiantes. No se halla dicho énfasis en el documento elaborado por el Ministerio de Educación titulado “Formación cívica para todas y todos: Guía digital” (Minedu, 2024). Peor aún, en su versión interactiva se señala que corresponde al Poder Judicial hacer cumplir las obligaciones y responsabilidades de la población (Minedu, s.f.), cuando lo correcto es señalar que dichas obligaciones y responsabilidades le corresponden a la población, siendo que el Poder Judicial resuelve los conflictos que se susciten sobre el particular.

Finalmente, en relación a las personas que no pagan sus obligaciones, a pesar de tener capacidad de pago para ello, el análisis se complica. La selección adversa presupone que el alto costo de acceso a la información acarree que los deudores buenos sean desplazados por deudores malos (Lorenzana de la Varga & Vigier, 1999). Ello no ocurre si se analizó la capacidad de pago del deudor y se determinó que podía cumplir con sus obligaciones. El problema es que el análisis económico del derecho parte de la premisa que las personas somos sujetos maximizadores de beneficios, a pesar que en realidad en muchos casos las personas no actúan bajo un enfoque netamente económico y/o racional, como es el caso de las personas que no pagan sus obligaciones, aunque con recursos para ello.

En ese sentido, en el siguiente acápite se propone el concepto de “empatía financiera”.

IV. LA EMPATÍA FINANCIERA

Según la Real Academia Española, empatía puede definirse como la “Capacidad de identificarse con alguien y compartir sus sentimientos”. Se entiende por empatía financiera la capacidad de los deudores de entender la situación del acreedor en relación a un crédito otorgado o a una relación de dar suma de dinero pendiente de pago.

La empatía financiera entra a tallar ahí donde las causas del incumplimiento no son el sobreendeudamiento o la falta de instrumentos legales implementados por el acreedor para que se proceda al pago.

Cubre determinados supuestos en los que los instrumentos del análisis económico del derecho no aplican:

- **Análisis costo-beneficio:** El deudor asume las obligaciones con interés de pagar, pero luego no encuentra los incentivos o carece de voluntad para proceder al pago.
- **Selección adversa:** El deudor fue elegido mediante un proceso escrupuloso, goza

de capacidad de pago, pero su voluntad de pagar es nula.

- **Riesgo moral:** El deudor no contrajo las obligaciones esperando que el acreedor o un tercero se haga cargo, simplemente no actúa conforme a lo pactado.

La falta de empatía financiera abarca:

- A los deudores que postergan el cumplimiento de sus obligaciones como parte de una práctica financiera consistente en preservar la liquidez financiera lo máximo posible.
- A los deudores que no se sensibilizan y/o disfrutan con la angustia del acreedor de recuperar su acreencia.
- A los deudores que encuentran en la falta de pago un mecanismo para protestar ante la falta de reciprocidad, especialmente cuando deudores y acreedores tienen fines comunes. En efecto, cuando las expectativas de reciprocidad por parte del deudor son violentadas por el acreedor, éste último podría decidir, racionalmente, no cooperar (Vidal de la Rosa, 2008). Piénsese en el caso de una sociedad comercial de responsabilidad limitada o una sociedad conyugal en el que el deudor tiene obligaciones dinerarias con la sociedad o con su cónyuge, pero decide incumplir debido a que considera que la sociedad o la cónyuge lo están perjudicando de alguna forma.
- A los deudores que buscan hacer daño al acreedor a través del no pago de las deudas.

Los dos últimos supuestos podrían tener algunas intersecciones con la violencia económica, entendida como un mecanismo de control de la pareja sobre la base del androcentrismo y la inequidad económica (Maldonado-García et. al., 2020); no obstante, se trata de un esquema que va más allá de las relaciones de pareja: relaciones amicales, de familia, comerciales, etc.

Evidentemente, detrás de la falta de la empatía financiera existe un deudor que no es plenamente consciente de la importancia de no romper la cadena de pagos. Cuando el deudor no paga sus obligaciones, no solo se perjudica el acreedor, sino otros que dependen de él.

Por lo tanto, para mitigar los efectos de la empatía financiera es preciso, en primer lugar, caracterizar adecuadamente el concepto, y, en segundo lugar, realizar acciones que permitan a la colectividad peruana la importancia de no romper la cadena de pagos, como elemento clave para que mejore la economía del país.

V. CONCLUSIONES

El incumplimiento de las obligaciones de dar suma de dinero tiene como raíz principalmente la actuación del deudor que incurre en sobreendeudamiento primero y en incumplimiento después. Cualquier estrategia para reducir el volumen de incumplimiento de los deudores debería apuntar a mitigar los factores volitivos antes que los factores no volitivos, puesto que los segundos no dependen del sujeto deudor. La actuación del acreedor también debe observarse, toda vez que, en muchos casos, exhibiendo un exceso de optimismo y confianza, contrata de manera informal, sin adoptar mecanismos que garanticen la

coercibilidad de la deuda.

El análisis del incumplimiento de las obligaciones, a través del análisis económico del derecho permite añadir la disparidad que existe en el análisis costo-beneficio, toda vez que los acreedores analizan riesgos mientras que los deudores evalúan el beneficio que acarrea el incumplimiento. En relación al costo de oportunidad, éste se centra en los acreedores, quienes pierden dado que dan al dinero un uso poco rentable frente a otras posibilidades en las que habrían podido emplear el dinero de manera más productiva. En lo que respecta a la asimetría informativa el acreedor cree que el deudor cumplirá sus obligaciones mientras que el deudor de plano sabe que lo pagará el acreedor.

Dado que el problema existe y se trata de una falla de mercado, correspondería que el Estado intervenga. Sobre el particular, aunque ha regulado las CEPIR como un mecanismo para reducir la asimetría de la información, lo cierto es que las centrales privadas que existen en el mercado no han logrado un nivel de empleo masivo – pues conforme se ha visto su costo es alto para el peruano promedio - ni un grado de coercibilidad importante como en otras latitudes.

En relación al grado de coercibilidad de las CEPIR, los mecanismos legales deben considerar que no se puede imponer que los resultados arrojados por éstas resulten un elemento vinculante para denegar un crédito, toda vez que se contravendría la libertad de contratar, dispuesta por el artículo 62 de la Carta Magna.

Por otro lado, se aprecian oportunidades de mejorar la formación en valores de la ciudadanía en lo que respecta al cumplimiento de sus obligaciones.

Finalmente, existen casos en los cuales el deudor, teniendo capacidad de pago, no cumple sus obligaciones, ante lo cual se propone el concepto de empatía financiera, fenómeno que merece ser estudiado de forma más profunda y que, sin duda, exige que se refuerce en los deudores su pertenencia a una cadena de pagos que, al romperse, perjudica severamente el mercado, al que, paradójicamente, pertenece.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Aquije Milanta, J. (2017). El sobreendeudamiento crediticio y su implicancia en las instituciones financieras y en la sociedad. *EducaUMCH*, (10), 11-26. <http://revistas.umch.edu.pe/EducaUMCH/article/view/18>
- Akerlof, G. A. (1970). The market for “lemons”: Quality uncertainty and the market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, 84(3), 488–500. doi.org.
- Alarcón Cañuta, Miguel Ángel, 2024. Disparidad de consumidores y sobreendeudamiento como situación de hipervulnerabilidad para una relectura de la política de evaluación de solvencia. *Derecho PUCP* [en línea]. n. 93, pp. 207-245. [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2026]. Disponible en: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202402.006>
- Arroyo Amayuelas, Esther (2026). El scoring de Schufa. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*. 2024. Vol. 3, num. 134-160. ISSN 1698-739X. Available at: <https://hdl.handle.net/2445/220987>

- Banco Central de Reserva del Perú. (2026). Empleo Mensual en Lima Metropolitana - Promedio móvil tres meses (miles de personas) - Ingreso Mensual (Serie PN38070GM) [Base de datos en línea]. Sistema de Series Estadísticas del BCRP. <https://estadisticas.bcrp.gob.pe/estadisticas/series/mensuales/resultados/PN38070GM>
- Bozzo Hauri, Sebastián. (2020). Sobreendeudamiento del consumidor en Chile: una revisión a la luz del derecho europeo. *Revista de derecho (Valdivia)*, 33(1), 159-183. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502020000100159>
- Calabresi, G. (2013). Costos de transacción, asignación de recursos y reglas de responsabilidad. *IUS ET VERITAS*, (47), 36-43. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11933>
- Castillo Freyre, M. (2017). *Derecho de las obligaciones*. Fondo Editorial PUCP.
- Castro-Maldonado., J.J. Gómez-Macho., L.K. y Camargo-Casallas., E. (2023). La investigación aplicada y el desarrollo experimental en el fortalecimiento de las competencias de la sociedad del siglo XXI. *Tecnura*, 27(75), 140-174. <https://doi.org/10.14483/22487638.19171>
- Chumacero Asención, E. (2015). La aplicación del análisis Costo Beneficio en materia de Protección al Consumidor. *Revista De Actualidad Mercantil*, (4), 49-73. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/view/14956>
- Congreso de la República del Perú. (2007). *Ley N° 28970: Ley que crea el Registro de Deudores Alimentarios Morosos*. Diario Oficial El Peruano del 27 de enero de 2007.
- Espinoza Córdova, R. I., & López Ramírez, M. S. (2023). El camino hacia la modernización del poder judicial a través de la digitalización y el uso de las tecnologías de la información y la comunicación. *Ius et Praxis*, (57). https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/view/6695
- Fernández Baca, Jorge. (2003). *Microeconomía. Teoría y Aplicaciones*. Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico. Lima, 2003.
- Goldenberg Serrano, Juan Luis. (2020). El sobreendeudamiento y los paradigmas del consumidor financiero responsable y del proveedor financiero profesional. *Ius et Praxis*, 26(1), 1-27. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122020000100001>
- Landeo-Gamboa, K. K., & Jiménez-Rivera , W. O. (2025). Castigos en créditos consumo y deterioro de la capacidad de pago de familias peruanas (2023-2024). *Impulso, Revista De Administración*, 5(12), 756-769. <https://doi.org/10.59659/impulso.v.5i12.215>
- Lara, I. J., & Franco, O. C. (2017). Análisis del costo – beneficio una herramienta de gestión. *Contribuciones a la Economía*, abril.
- Lorenzana de la Varga, T., & Vigier, H. P. (1999). Sobre el problema de financiación de las pequeñas y medianas empresas: selección adversa y riesgo moral. En J. C. Ayala Calvo (Coord.), *La gestión de la diversidad: XIII Congreso Nacional, IX Congreso Hispano-Francés* (Vol. 2, pp. 69-72).

- Marambio-Tapia, Alejandro. (2021). Educados para ser endeudados: la inclusión “social-financiera” en Chile. *Revista mexicana de sociología*, 83(2), 389-417. Epub 13 de septiembre de 2021. <https://doi.org/10.22201/iis.01882503p.2021.2.60089>
- MacCormick, N. (2011). *Instituciones del derecho* (F. Atria & S. Tschorne, Trans.). Marcial Pons.
- Maldonado-García, V. L., Erazo-Álvarez, J. C., Pozo-Cabrera, E. E., & Narváez-Zurita, C. I. (2020). Violencia económica y patrimonial. Acceso a una vida libre de violencia a las mujeres. *Iustitia Socialis: Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas*, 5(8), 511-526. <https://doi.org/10.35381/racji.v5i8.588>
- Mankiw, N. G. (2012). *Principios de economía* (6.^a ed.). Cengage Learning.
- Mendizábal Gallegos, J. C. (2020). El concepto de obligación: como situación jurídica. *Revista de Derecho*, 2(1), 17-27. <https://doi.org/10.47712/rd.2015.v2i1.10>
- Menéndez Ramírez, J. J. (2005). Acercamiento al enfoque teórico de los costos de transacción. *Espacios Públicos*, 8(16), 140-156. https://www.redalyc.org/pdf/676/Resumenes/Resumen_67681610_1.pdf
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2019). *Decreto Supremo N° 008-2019-JUS: Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N° 28970, Ley que crea el Registro de Deudores Alimentarios Morosos*. Diario Oficial El Peruano del 31 de enero de 2019. elperuano.pe
- Ministerio de Educación del Perú. (s.f.). *Formación cívica para todas y todos: Guía digital*. [MINEDU]. URL_del_sitio
- Ministerio de Educación del Perú. (s.f.). *Formación cívica para todas y todos* [Guía interactiva digital]. MINEDU.
- Moisset de Espanés, L. (1996). La mora en el Código Civil de Perú de 1984. *Anuario de Derecho Civil*, 49(2), 645-672. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46881>
- Palacio Pimentel, H. G. (1997). *Las obligaciones en el derecho civil peruano* (4.^a ed., Tomos I y II). Editorial Huallaga.
- Palacios Martínez, E., & Núñez Sáenz, Y. (2004). *Teoría general de las obligaciones: Concepto, estructura e incumplimiento*. Jurista Editores.
- Panebra Álvarez, J. I. y Fernández Bonifacio, Y. (2020). *La ausencia del apremio civil en la ejecución de las obligaciones dinerarias afecta el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho del acreedor reconocidos en el código civil peruano* [Tesis de titulación profesional, Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco]. Repositorio Institucional UNSAAC. <http://repositorio.unsaac.edu.pe/handle/20.500.12918/5706>

- Paredes-Pérez, M. A. J., Ramírez Arellano, M. Á., Cárdenas Tapia, V. R., & Alania Contreras, R. D. (2023). Actitud hacia el endeudamiento y comportamiento compulsivo de compra, de pobladores en Perú. *Revista de Ciencias Sociales*, 29(2), 273-288. Recuperado de Dialnet.
- Parkin, M. y Loría, E. (2015). *Microeconomía: Versión para Latinoamérica* (11.ª ed.). Pearson Educación.
- Ramos, F. (2021). El sobreendeudamiento como problema legal y social. Propuesta de reforma del Código de Protección y Defensa del Consumidor. *Desde el Sur*, 13(1), e0011
- Rodríguez Cairo, V. (2013). Fallas de mercado y regulación económica: ¿la regulación ejercida por el gobierno permite lograr un mejor funcionamiento de los mercados? *Quipukamayoc*, 21(39), 99–111. doi.org
- Rogel Vide, C. (2013). *Derecho de obligaciones y contratos* (2.ª ed.). Editorial Reus.
- Stiglitz, J. E., y Weiss, A. (1981). Credit Rationing in Markets with Imperfect Information. *The American Economic Review*, 71(3), 393–410. <http://www.jstor.org/stable/1802787>
- Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. (2026). *Morosidad por tipo de crédito y modalidad* (Reporte Estadístico del Sistema Financiero). Portal de Aplicaciones de la SBS. https://www.sbs.gob.pe/app/stats_net/stats/EstadisticaSistemaFinancieroResultados.aspx?c=B-2362
- Ugarte, C. A. (2019). *Bosquejo de la historia económica del Perú* (Ed. facsimilar). [Banco Central de Reserva del Perú](#). (Obra original publicada en 1926).
- Velásquez Gómez, H. D. (2010). *Estudio sobre obligaciones*. Editorial Temis.
- Vidal de la Rosa, Godofredo. (2008). La Teoría de la Elección Racional en las ciencias sociales. *Sociológica (México)*, 23(67), 221-236. Recuperado en 17 de septiembre de 2026, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-01732008000200009&lng=es&tlng=es.

EL DERECHO DE AUTOR EN OBRAS GENERADAS CON INTELIGENCIA ARTIFICIAL: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA CHINA

Mariana Del Pilar Apaza Calderon *

Estudiante del 12° ciclo de la Facultad de Derecho

Universidad de San Martín de Porres

AUTORA

Mariana Del Pilar Apaza Calderon
Universidad de San Martín de Porres
mariana_apaza@usmp.pe

Recibido: 31/08/2026

Aceptado: 10/09/2026

* Estudiante de 12° ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres con Especialidad en Competencia y Regulación. Ayudante de cátedra de Derecho de Propiedad Intelectual (2025-II y 2026-I) en la misma casa de estudios.

LICENCIA

Este trabajo se comparte bajo la licencia de Reconocimiento Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0):

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



RESUMEN

La expansión de la inteligencia artificial ha planteado nuevos desafíos para el Derecho de Autor, especialmente en relación con la protección de contenidos producidos mediante dichos sistemas. El presente artículo examina la jurisprudencia china sobre obras generadas con inteligencia artificial a partir de seis casos referidos a imágenes y documentos creados mediante herramientas tecnológicas. Para abordar esta cuestión, se desarrolla un marco teórico sobre la originalidad y el grado de intervención humana exigible en los procesos de generación asistida por inteligencia artificial. Posteriormente, se analizan los criterios empleados por los tribunales chinos para reconocer o denegar la protección, atendiendo al nivel de participación creativa del usuario. A partir de las decisiones examinadas, se identifican como elementos relevantes la concepción creativa, el control iterativo del proceso, la edición posterior y la trazabilidad de las decisiones adoptadas durante la generación de la obra. Finalmente, se evalúa la posible utilidad de estos criterios jurisprudenciales para la interpretación y aplicación del Derecho de Autor peruano.

PALABRAS CLAVE

Derecho de Autor; inteligencia artificial; originalidad; autoría humana; jurisprudencia china.

COPYRIGHT IN WORKS GENERATED WITH ARTIFICIAL INTELLIGENCE: ANALYSIS OF CHINESE CASE LAW

ABSTRACT

The expansion of artificial intelligence has posed new challenges for copyright law, particularly regarding the protection of content produced through such systems. This article examines Chinese case law on works generated with artificial intelligence based on six cases concerning images and documents created using technological tools. To address this issue, it develops a theoretical framework on originality and the degree of human intervention required in AI-assisted generation processes. It then analyzes the criteria applied by Chinese courts to grant or deny protection, taking into account the level of the user's creative participation. Based on the decisions examined, creative conception, iterative control of the process, subsequent editing, and the traceability of the decisions made during the generation of the work are identified as relevant elements. Finally, the article assesses the potential usefulness of these judicial criteria for the interpretation and application of Peruvian copyright law.

KEYWORDS

Copyright; artificial intelligence; originality; human authorship; Chinese case law.

SUMARIO

I. Introducción. II. Originalidad en el empleo de la inteligencia artificial en la generación de obras. III. Intervención humana en el proceso creativo asistido por inteligencia artificial. IV. Jurisprudencia china sobre obras generadas con inteligencia artificial. 4.1. *Beijing Film Law Firm vs. Baidu Netcom Science Technology Co. Ltd.* 4.2. *Shenzhen Tencent vs. Shanghai Yingxun.* 4.3. *Li Yunkai vs. Liu Yuanchun.* 4.4. *Lin Chen vs. Hangzhou Gaosi Membrane Technology.* 4.5. *Wang vs. Wuhan Technology Company.* 4.6. *Feng Runjuan vs. Kuashi Plastic Manufacturing Co.* – V. Análisis de la jurisprudencia china. – VI. La aplicación de la jurisprudencia china en el Perú. – VII. Conclusiones. – VIII. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

El uso de computadoras en la creación artística no es un fenómeno reciente. Esta práctica comenzó a consolidarse durante la década de 1960, cuando artistas e investigadores vinculados con las matemáticas y la programación exploraron la producción de dibujos mediante instrucciones codificadas. Un antecedente relevante ocurrió en 1965, año en que se realizó la primera exposición de arte digital, en la cual se presentaron obras generadas por computadora del artista alemán Georg Nees (Nake, 2005).

El proceso adquirió una nueva dimensión durante la década de 2010, cuando los avances tecnológicos ampliaron la capacidad de los sistemas para generar contenidos. En 2014, se propusieron las redes generativas antagónicas, un modelo compuesto por dos redes neuronales que se entrenan simultáneamente: una produce contenidos a partir de los patrones aprendidos y la otra evalúa si dichos resultados pueden distinguirse de los datos reales (Goodfellow et al., 2014).

Posteriormente, en 2017, se propuso la arquitectura *Transformer*, basada en mecanismos de atención que permiten identificar las relaciones entre los distintos elementos de una secuencia y procesarlos de manera paralela, sin depender exclusivamente de las redes recurrentes utilizadas hasta entonces (Vaswani et al., 2017).

Ambos desarrollos sentaron bases técnicas para la evolución de los sistemas generativos: las redes generativas antagónicas favorecieron especialmente la producción de imágenes sintéticas, mientras que la arquitectura *Transformer* facilitó el procesamiento y la generación de secuencias de texto.

Es importante subrayar que la evolución de estas tecnologías estuvo acompañada por una rápida expansión de su uso. A modo de ejemplo, a junio de 2025, China registraba 515 millones de usuarios de inteligencia artificial generativa, equivalentes al 36,5% de los usuarios de internet del país. Esta cifra representó un aumento de 266 millones respecto de diciembre de 2024, cuando se estimaban aproximadamente 249 millones de usuarios (China Internet Network Information Center, 2025).

Para diciembre de 2025, el número de usuarios ascendió a 602 millones, con una tasa de penetración del 42,8% y un crecimiento anual del 141,7% (China Internet Network Information Center, 2026). Entre las principales aplicaciones de estos sistemas se encontraba la creación de contenidos, lo que evidencia que la generación de textos, imágenes y videos mediante inteligencia artificial adquirió un alcance masivo (Xinhua, 2025).

De esta manera, la masificación de dichos sistemas ha modificado la manera en que se producen textos, imágenes, composiciones musicales y diseños, pues el resultado ya no depende únicamente de la ejecución directa de una persona, sino también del procesamiento realizado por la inteligencia artificial.

Al respecto, según Geiger & Izyumenko (2024), los sistemas de inteligencia artificial alteran la relación entre instrucción humana, funcionamiento algorítmico y resultado expresivo, por lo que el análisis debe atender al grado de control humano sobre la forma final de la obra. Desde esta perspectiva, la pregunta central es si el resultado creado con inteligencia artificial puede atribuirse a decisiones creativas humanas o si, por el contrario, constituye un producto automatizado que no expresa una creación intelectual protegible.

La discusión se vuelve más compleja por el propio funcionamiento de la inteligencia artificial. Si bien el usuario puede seleccionar un modelo, redactar instrucciones, fijar parámetros, generar múltiples versiones y escoger un resultado final, la inteligencia artificial conserva una autonomía operativa relevante, pues traduce las instrucciones humanas en resultados mediante procesos estadísticos que el usuario no controla de manera plena. Por ello, como advierte Elmahjub (2025), la protección no puede concederse por el solo hecho de que una persona haya presionado un botón o ingresado una frase genérica.

En este escenario, China ocupa un lugar importante por haber desarrollado una línea jurisprudencial temprana sobre la materia. Cabe resaltar que los tribunales chinos no han adoptado una posición uniforme frente a los contenidos producidos mediante inteligencia artificial. Por ello, la experiencia china permite observar cuándo la utilización de una herramienta de inteligencia artificial puede ser compatible con la protección autoral y cuándo, por el contrario, el resultado carece de una contribución humana suficiente.

En atención a ello, el problema jurídico que aborda esta investigación consiste en determinar bajo qué condiciones una obra producida mediante inteligencia artificial puede ser protegida por el Derecho de Autor, a partir del análisis de la jurisprudencia china. De esta manera, se busca identificar qué criterios permiten diferenciar un resultado automatizado de una obra asistida por inteligencia artificial atribuible a decisiones creativas humanas.

Para ello, se emplea una metodología cualitativa, basada en el análisis jurídico de seis decisiones judiciales chinas seleccionadas por abordar directamente la protección autoral de contenidos generados mediante inteligencia artificial.

Las decisiones son examinadas a partir de tres criterios: la originalidad del resultado, el grado de intervención humana en el proceso creativo y el alcance de la protección reconocida. Posteriormente, los criterios identificados son contrastados con la Decisión 351 y el Decreto Legislativo N.º 822, a fin de evaluar su posible aplicación en el Perú.

La importancia del presente trabajo reside en que la experiencia china ofrece un punto de referencia de vital importancia para sistemas jurídicos que aún no cuentan con criterios definidos sobre la protección de obras producidas mediante inteligencia artificial. Este es el caso del Perú, cuyo marco normativo exige creación intelectual humana, pero no precisa específicamente cómo deben tratarse las obras creadas con apoyo de inteligencia artificial.

El objetivo general del artículo es analizar los criterios desarrollados por la jurisprudencia china para determinar cuándo una obra producida mediante inteligencia artificial puede ser protegida por el Derecho de Autor. Como objetivos específicos, se busca examinar el tratamiento de la originalidad y de la creatividad humana en los casos seleccionados, así como evaluar la posible aplicación de dichos criterios en el Derecho de Autor peruano.

En este sentido, el artículo se estructura en cinco partes. Primero, se definen los conceptos más relevantes vinculados al tema de investigación, como originalidad e intervención humana. Segundo, se analizan los principales casos chinos sobre la materia. Tercero, se desarrolla una discusión crítica sobre los criterios identificados. Cuarto, se evalúa su posible utilidad para el Derecho peruano. Finalmente, se presentan las conclusiones correspondientes.

II. ORIGINALIDAD EN EL EMPLEO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA GENERACIÓN DE OBRAS

El término “inteligencia artificial” se consolidó a partir del taller de Dartmouth de 1956, organizado por John McCarthy, Marvin Minsky, Claude Shannon y Nathaniel Rochester, con el propósito de estudiar si aspectos del aprendizaje y de la inteligencia podían describirse con suficiente precisión para ser simulados por una máquina (Russell & Norvig, 2021).

Actualmente, la inteligencia artificial puede entenderse como la capacidad de un sistema para procesar información proveniente del entorno, aprender de ella y aplicar ese aprendizaje en la realización de tareas u objetivos específicos, ajustando su funcionamiento de manera flexible según los datos recibidos (Kaplan & Haenlein, 2019).

Dentro de este desarrollo, la inteligencia artificial generativa constituye una modalidad orientada a producir contenido nuevo, a partir de datos de entrenamiento e instrucciones introducidas por el usuario (Feuerriegel et al., 2024). Esta característica resulta especialmente relevante para el Derecho de Autor, porque permite generar resultados con apariencia creativa cuya protección dependerá de su vínculo con una intervención humana.

La originalidad constituye uno de los requisitos esenciales para que una creación sea reconocida como obra. En el precedente de observancia obligatoria recaído en el Expediente N.º 663-96 ODA-AI, también conocido como el caso Agrottrade, el Indecopi (1998) estableció que la originalidad reside en la “expresión –o forma representativa– creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad” (p. 4).

Cabe resaltar que la originalidad no puede equipararse al esfuerzo, al tiempo invertido, al costo económico o a la dificultad del proceso. El precedente Agrottrade precisó que no toda producción intelectual merece protección, porque la labor desplegada por una persona no demuestra necesariamente que el resultado contenga una expresión creativa e individualizada (Indecopi, 1998). En efecto, la realización de numerosos intentos o el empleo de un sistema de inteligencia artificial no convierte automáticamente el resultado en una obra.

En los procesos asistidos por inteligencia artificial, las elecciones creativas pueden presentarse mediante la definición de una concepción inicial, la selección del sistema, la formulación de instrucciones específicas, la configuración de parámetros, la comparación de versiones y la edición posterior. Sin embargo, cada una de dichas actividades debe evaluarse según su incidencia sobre la expresión final.

Por consiguiente, la originalidad de una obra producida con inteligencia artificial no debe presumirse a partir del uso de la tecnología ni descartarse por ese solo motivo. El análisis requiere identificar qué decisiones fueron adoptadas por la persona, cuál fue su contenido creativo y de qué manera se reflejaron en el resultado cuya protección se solicita.

III. INTERVENCIÓN HUMANA EN EL PROCESO CREATIVO ASISTIDO POR INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La intervención humana puede definirse como la participación creativa de una persona en la producción de una obra, mediante decisiones que se reflejan en su expresión final. En el caso de obras producidas con inteligencia artificial, esta intervención puede manifestarse en la selección, coordinación o disposición de elementos expresivos, así como en modificaciones posteriores realizadas sobre el contenido generado (U.S. Copyright Office, 2025).

En obras producidas con inteligencia artificial, la intervención humana puede ubicarse en distintos momentos del proceso: la escritura del código, el aprendizaje automático del sistema y la generación del output final. Según Gervais (2020), en ese proceso, la participación humana no siempre se refleja de manera directa en el resultado final, porque el sistema puede aprender de grandes cantidades de datos y generar textos o imágenes mediante operaciones técnicas que el usuario no controla plenamente.

Respecto del usuario, su aporte creativo puede manifestarse en la definición del tema, la composición, la perspectiva, la iluminación o la estructura narrativa. Durante la generación de la obra, debe evaluarse si el usuario mantuvo la dirección del proceso mediante la modificación de instrucciones y parámetros. Asimismo, la edición de la composición, los elementos, los colores o los fragmentos puede incorporar rasgos originales al resultado final.

La intervención humana también debe poder acreditarse. Para ello, pueden resultar útiles los *prompts* empleados, los parámetros configurados, las capturas de versiones

intermedias, los resultados descartados, los archivos editables y las capas de edición. Se debe precisar que, si bien la falta de registros no elimina necesariamente la originalidad, sí puede dificultar su demostración en un procedimiento de registro o de infracción.

En consecuencia, el grado de intervención humana debe evaluarse a partir de la naturaleza de las decisiones adoptadas, el control ejercido sobre el proceso y la forma en que tales decisiones se reflejan en el resultado final. No basta con acreditar que una persona utilizó el sistema, sino que debe comprobarse que su participación incidió en los elementos expresivos cuya protección se solicita.

IV. JURISPRUDENCIA CHINA SOBRE OBRAS GENERADAS CON INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Los tribunales chinos han ocupado un lugar relevante en la discusión sobre Derecho de Autor e inteligencia artificial, pues han resuelto tempranamente controversias en las que se discute si los resultados generados con apoyo de inteligencia artificial podrían ser objeto de protección. En ese sentido, los casos seleccionados muestran una evolución relevante en torno a tres aspectos centrales: la originalidad del resultado, la intervención humana en el proceso creativo y el alcance de la protección frente a terceros.

4.1 Beijing Film Law Firm vs. Baidu Netcom Science Technology Co Ltd.

En 2019, el Tribunal de Internet de Beijing emitió el primer pronunciamiento jurisdiccional en China sobre la posibilidad de reconocer protección a contenidos generados mediante inteligencia artificial. El caso se originó en septiembre de 2018, cuando Beijing Film Law Firm publicó en su cuenta de WeChat un informe titulado “Analysis Report on Judicial Big Data of the Entertainment Industry—Film Volume • Beijing”.

Para elaborar el informe, la firma utilizó la base de datos Wolters Kluwer China Law & Reference. A partir de esta herramienta realizó búsquedas de decisiones judiciales, seleccionó casos relevantes, depuró información y organizó los resultados en un reporte compuesto por texto, estadísticas y gráficos. Aunque el informe se apoyaba en una herramienta tecnológica, la demandante sostuvo que existió intervención humana en su producción.

Al día siguiente de su publicación, el 10 de septiembre de 2018, un contenido sustancialmente similar apareció en la plataforma Baijiahao, operada por Baidu. Esta versión no incluía la firma de Beijing Film Law Firm y omitía algunas partes del informe original. Además, el contenido aparecía vinculado al nombre “Dianjinss”, lo que podía generar la impresión de que este era el verdadero autor del informe.

Frente a ello, Beijing Film Law Firm demandó a Baidu por infracción de derechos de autor, alegando la vulneración de su derecho de comunicación pública en redes de información, debido a que el informe fue puesto a disposición del público sin autorización; de su derecho de autoría, porque se eliminó su firma; y de su derecho de integridad, ya que se suprimieron partes del contenido original.

Por su parte, Baidu sostuvo que el informe no podía ser protegido porque había sido generado mediante un software. Además, la demandada señaló que actuó como una plataforma de almacenamiento de información, por lo que no debía responder por el contenido publicado.

Para resolver la controversia, el Tribunal examinó si el informe podía ser considerado una obra protegida por el Derecho de Autor. En ese análisis distinguió entre los gráficos y el texto. Respecto de los gráficos, concluyó que no constituían obras protegibles, porque se basaban en datos y en formas convencionales de representación, como curvas, histogramas o gráficos circulares.

El análisis fue distinto respecto del texto del informe. El Tribunal señaló que el reporte generado automáticamente por la base de datos Wolters Kluwer, mediante la selección de palabras clave y el uso de la función de “Visualización”, podía reflejar cierto grado de originalidad, en la medida en que incorporaba selección, juicio y análisis de datos relevantes.

No obstante, el Tribunal precisó que la originalidad no constituye, por sí sola, una condición suficiente para reconocer protección mediante el derecho de autor, pues la legislación vigente exige que las obras sean creadas por personas naturales. Si bien los resultados generados mediante programas informáticos pueden asemejarse a las obras creadas por seres humanos en cuanto a contenido, forma o expresión, ello no justifica prescindir del requisito de creación humana (Tribunal de Internet de Beijing, 2019)¹.

De esta manera, el resultado generado automáticamente por software, aunque pueda tener cierto grado de originalidad, no constituye por sí mismo una obra protegida si no existe intervención humana creativa. Bajo este razonamiento, el Tribunal concluyó que Wolters Kluwer, como desarrollador del software, no podía ser considerado autor del informe, pues no ingresó las palabras clave de búsqueda según sus propias necesidades ni transmitió en el reporte una expresión original de sus pensamientos o sentimientos.

Del mismo modo, Beijing Film Law Firm, como usuaria del software, tampoco podía ser considerada autora del reporte automático si su intervención se limitaba a introducir palabras clave de búsqueda. Por ello, aunque el informe fue generado por la base de datos Wolters Kluwer, no podía ser considerado una obra protegida por Derecho de Autor.

No obstante, el Tribunal aclaró que el hecho de que un reporte generado automáticamente no sea considerado obra protegida no significa que pueda ser usado libremente por cualquier tercero. A criterio del Tribunal, estos resultados pueden tener valor económico y comunicativo, especialmente cuando el usuario del software ha invertido recursos, ha seleccionado parámetros de búsqueda y tiene interés en difundir el resultado.

En cuanto a la responsabilidad de Baidu, el Tribunal consideró acreditado que el artículo cuestionado estuvo disponible en Baijiahao. Además, rechazó la defensa de Baidu según la cual actuaba únicamente como proveedor de almacenamiento, porque no aportó información suficiente sobre el supuesto usuario que habría subido el contenido. Por ello, concluyó que Baidu había puesto el artículo a disposición del público a través de una red de información, vulnerando el derecho de comunicación pública de Beijing Film Law Firm.

El Tribunal también declaró la infracción del derecho de paternidad. En la publicación original, el informe aparecía firmado por Beijing Film Law Firm y marcado como contenido original. Sin embargo, en la versión publicada en Baijiahao se eliminó esa firma y apareció el

¹ Traducción propia del texto original en chino.

nombre “Dianjinss”. Para el Tribunal, ello podría llevar al público a creer erróneamente que Dianjinss era el autor del informe.

Finalmente, rechazó la alegada vulneración del derecho de integridad. Aunque se habían eliminado el prefacio, la descripción metodológica, un gráfico y una nota final, el Tribunal consideró que esas partes no alteraban el núcleo del informe ni distorsionaban las ideas principales de la demandante.

A partir de esta decisión, se advierte una línea restrictiva frente a los resultados producidos mediante software. El Tribunal admitió que el informe podía tener valor económico e incluso cierto grado de elaboración, pero negó protección porque no identificó una creación humana suficiente. La decisión separa utilidad y originalidad, pues un contenido puede ser valioso sin constituir necesariamente una obra protegida.

4.2 Shenzhen Tencent vs. Shanghai Yingxun

En 2019, el Tribunal Popular del Distrito de Nanshan resolvió el caso Shenzhen Tencent vs. Shanghai Yingxun. El conflicto inició el 20 de agosto de 2018, cuando Tencent publicó en su sitio web Tencent Securities un artículo titulado “Afternoon Comment: Shanghai Stock Index Rose Slightly by 0.11% to 2671.93 points, led by communications operations, oil exploration and other sectors”. Dicho artículo fue generado por DreamWriter, un sistema de inteligencia artificial desarrollado por la propia demandante.

Ese mismo día, Shanghai Yingxun reprodujo en su sitio web “Wangdai Zhijia” un artículo con idéntico título y contenido, incluida la nota final que indicaba que el texto había sido escrito automáticamente por el robot DreamWriter de Tencent. Frente a ello, Shenzhen Tencent interpuso una demanda por infracción de derechos de autor. La demandante sostuvo que el artículo constituía una obra, creada bajo su dirección, por lo que debía ser considerada titular de los derechos de autor sobre dicho contenido.

El Tribunal centró su análisis en determinar si el artículo generado mediante DreamWriter podía ser considerado una obra. Para ello, examinó el proceso de producción del texto y observó que DreamWriter no funcionaba de manera completamente autónoma, sino dentro de un sistema previamente diseñado por personas vinculadas a Tencent. En particular, tuvo en cuenta que el sistema recopilaba y analizaba datos, generaba el texto cuando se cumplían ciertas condiciones, realizaba corrección inteligente y distribuía automáticamente los artículos en las plataformas de Tencent.

En este punto, el Tribunal (2019) consideró que la intervención humana del equipo de Tencent fue determinante para reconocer la protección del artículo, valorando especialmente la introducción de datos, la configuración de las condiciones de activación, la selección de plantillas y la elección del estilo, pues estas decisiones incidían directamente en la forma concreta de expresión del texto.

Asimismo, precisó que el proceso creativo no debía limitarse a los minutos durante los cuales DreamWriter generó automáticamente el artículo, ya que su funcionamiento respondía a reglas y configuraciones previamente establecidas por el equipo de Tencent. En consecuencia, considerar únicamente la generación automática supondría atribuir al software

una función creadora que correspondía, en realidad, a decisiones humanas previas (Tribunal Popular del Distrito de Nanshan, 2019).²

De ello se desprende que el Tribunal no atribuyó autoría a la inteligencia artificial, sino que reconoció que el artículo era resultado de un proceso humano de configuración, selección y organización reflejado en la expresión final del texto. Por ello, concluyó que el artículo tenía originalidad suficiente y podía ser protegido como obra escrita.

En consecuencia, el Tribunal declaró que Shanghai Yingxun había infringido los derechos de Tencent al reproducir sin autorización el artículo generado por Dreamwriter. Por ello, ordenó el cese de la infracción y el pago de una compensación económica a favor de Tencent.

Así, este pronunciamiento muestra una lectura más amplia de la intervención humana. El Tribunal no se limitó al momento en que DreamWriter produjo el texto, sino que valoró el proceso previo diseñado por Tencent. Por ello, la protección se apoyó en la configuración del sistema, la selección de datos, plantillas y estilo realizado por el demandante.

4.3 Li Yunkai vs. Liu Yuanchun

En 2023, la discusión sobre la protección de obras generadas mediante inteligencia artificial continuó ante el Tribunal de Internet de Beijing, esta vez a propósito de una imagen creada con Stable Diffusion. La controversia surgió cuando Li publicó en Little Red Book una imagen titulada “Spring Breeze Brings Tenderness”, elaborada a partir de instrucciones textuales, parámetros y ajustes seleccionados por él. Posteriormente, advirtió que Liu había utilizado esa imagen como ilustración en un artículo difundido en su cuenta de Baijiahao, titulado “Love in March, in the Peach Blossoms”, sin contar con autorización.

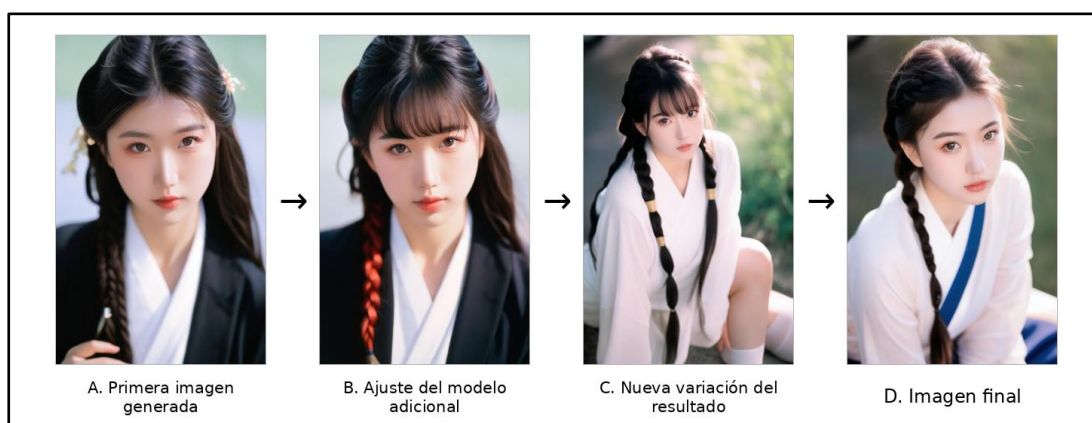
La controversia también comprendió la eliminación de la marca de agua asociada a la cuenta de Li en Little Red Book. Según el demandante, dicha supresión impedía identificarlo como creador de la imagen y podía generar la impresión de que Liu era su autora. Por ello, solicitó que se reconociera la vulneración de su derecho de paternidad y de su derecho de comunicación pública a través de redes de información.

Por otro lado, Liu sostuvo que había encontrado la imagen en internet, que la utilizó únicamente como acompañamiento visual de un poema propio y que no tuvo intención de infringir derechos de autor.

El Tribunal de Internet de Beijing (2023) observó que Li utilizó instrucciones textuales para definir elementos de la imagen y configuró parámetros destinados a determinar su disposición y composición visual. Asimismo, modificó sucesivamente las instrucciones y los parámetros hasta obtener el resultado final, lo que evidenció elecciones estéticas y un juicio personal durante el proceso creativo. Por ende, consideró que la intervención humana de Li fue decisiva para reconocer la protección de la imagen, pues el resultado final reflejó los ajustes realizados hasta alcanzar una imagen acorde con su intención visual³.

² Traducción propia del texto original en chino.

³ Traducción propia del texto original en chino.

Figura N.º 1*Secuencia de generación de la imagen mediante Stable Diffusion*

Fuente: Elaboración propia a partir de las imágenes extraídas del Tribunal de Internet de Beijing (2023).

A juicio del Tribunal, el resultado no fue automático, ya que podía variar según las instrucciones, parámetros y ajustes incorporados durante el proceso. Además, se comprobó que la variación de las instrucciones o de los parámetros podía generar imágenes distintas, lo que demostraba que el resultado no era único ni inevitable. A partir de ese razonamiento, se concluyó que la imagen cumplía con el requisito de originalidad.

En esa línea, la sentencia sostuvo que el uso de inteligencia artificial no excluye por sí mismo la protección por derecho de autor, siempre que el resultado refleje una inversión intelectual original atribuible a una persona. Asimismo, precisó que el modelo de inteligencia artificial no posee libre albedrío ni puede ser reconocido como sujeto creador, por lo que la autoría debe atribuirse a quien realiza las decisiones intelectuales durante el proceso creativo. En consecuencia, las imágenes generadas mediante inteligencia artificial pueden ser protegidas cuando expresen una contribución intelectual original de una persona (Tribunal de Internet de Beijing, 2023).⁴

El Tribunal también precisó que el modelo de inteligencia artificial no podía ser considerado autor de la imagen. Bajo el Derecho de Autor chino, la autoría corresponde a personas naturales, personas jurídicas u organizaciones sin personalidad jurídica, pero no a sistemas de inteligencia artificial.

Del mismo modo, se descartó que el diseñador del modelo Stable Diffusion pudiera ser considerado autor de la imagen, pues su aporte intelectual se dirigió a la creación de la herramienta tecnológica y no a la generación concreta de ese resultado visual. Por esa razón, reconoció a Li como autor y titular de los derechos sobre la imagen.

La sentencia añadió una precisión relevante sobre la transparencia. Cuando una persona utiliza inteligencia artificial para generar una obra, debe indicar de manera visible el uso de esa tecnología o del modelo empleado, conforme al principio de buena fe y al derecho del público a conocer dicha información. En el caso, el Tribunal consideró suficiente que Li hubiera

⁴ Traducción propia del texto original en chino.

utilizado la etiqueta “AI illustration” al publicar la imagen, porque ello permitía advertir que el contenido había sido generado con apoyo de inteligencia artificial.

Respecto de la conducta de Liu, el Tribunal determinó que la publicación no autorizada de la imagen en Baijiahao violó el derecho de comunicación pública en redes de información de Li, pues permitió que el público accediera a la obra en el momento y lugar de su elección. Asimismo, declaró vulnerado el derecho de autoría, debido a que la imagen utilizada por Liu no contenía la marca de agua que permitía vincularla con el demandante. Además, Liu no pudo explicar de manera satisfactoria el origen de la imagen ni la eliminación de dicha marca.

En este caso, la relevancia está en que el Tribunal reconoció protección a una imagen generada con Stable Diffusion. La decisión valoró que Li no se limitó a ingresar una instrucción, sino que ajustó *prompts*, parámetros y versiones hasta obtener una imagen conforme a su intención visual. Así, la originalidad fue apreciada en la dirección progresiva del proceso generativo.

4.4 Lin Chen v. Hangzhou Gaosi Membrane Technology

En 2024 se dictó uno de los pronunciamientos más recientes en China sobre la protección de obras generadas con inteligencia artificial. El caso giró en torno a la imagen “Companion Heart”, creada por Lin Chen mediante Midjourney y Photoshop, y posteriormente utilizada por Hangzhou Gaosi Membrane Technology y Changshu Qinhong Real Estate Development en plataformas digitales y materiales promocionales.

La imagen representaba una escena nocturna junto a un río, con edificios iluminados, reflejos sobre el agua y una figura de medio corazón rojo que, al proyectarse sobre la superficie, formaba visualmente un corazón completo. Según Lin Chen, el resultado fue producto de un proceso creativo compuesto por instrucciones, ajustes, pruebas sucesivas y edición posterior.

Para obtener la imagen, Lin Chen introdujo instrucciones textuales en Midjourney orientadas a generar una escena urbana nocturna con un corazón flotando sobre el agua. Luego modificó en varias oportunidades los *prompts*, con el propósito de ajustar el tamaño, la forma, la cantidad y la ubicación del corazón.

Al no conseguir inicialmente el resultado buscado, el demandante recurrió a Photoshop para intervenir manualmente la imagen y volvió a incorporarla al proceso de generación. Después de varias iteraciones, seleccionó una versión final y la editó nuevamente hasta completar la imagen denominada “Companion Heart”.

La obra fue publicada en la plataforma Xiaohongshu con la marca de agua “©Visual design from Ai artist Tudou_man, 2023”, destinada a identificar al autor a través de su nombre de usuario en dicha red social. Posteriormente, fue registrada ante la autoridad nacional de derecho de autor como obra artística bidimensional.

Tiempo después, Lin Chen advirtió que las empresas demandadas habían utilizado en redes sociales imágenes similares a su obra. Además, Hangzhou Gaosi Membrane Technology instaló en un lago una estructura inflable con forma de medio corazón, con fines promocionales. A partir de estos hechos, Lin Chen demandó a las empresas por utilizar su obra

sin autorización, omitir el reconocimiento de su autoría y trasladar elementos esenciales de la imagen a una instalación física.

El Tribunal analizó si “Companion Heart” podía ser considerada una obra. Para ello, examinó tanto la composición visual de la imagen como el proceso seguido por Lin Chen para obtenerla. La sentencia destacó que la obra combinaba una ciudad nocturna, una superficie de agua, edificios iluminados, reflejos y una figura de medio corazón. La disposición de estos elementos, junto con el ambiente, el color, la iluminación y el ángulo visual, evidenciaba una selección y organización atribuible al autor.

La intervención humana de Lin Chen fue relevante para reconocer la originalidad de la imagen. Aunque utilizó herramientas de inteligencia artificial, el resultado final respondió a una serie de decisiones creativas, entre ellas la formulación y modificación de instrucciones, la comparación de resultados, la edición manual mediante Photoshop y la selección de la versión definitiva. Por ello, el Tribunal concluyó que la imagen reflejaba una contribución intelectual humana y podía ser protegida como obra artística.

Sin embargo, la sentencia también delimitó el alcance de dicha protección. El Tribunal precisó que el Derecho de Autor no protege ideas, conceptos o motivos abstractos, como la idea de un medio corazón reflejado en el agua. La protección reconocida a Lin Chen se limitaba a la concreta expresión visual contenida en la imagen bidimensional registrada, no a cualquier utilización posterior de una idea semejante.

Esta distinción fue decisiva para resolver el caso. El Tribunal consideró que las imágenes publicadas por las demandadas en plataformas digitales reproducían de manera sustancial la obra “Companion Heart”, pese a ciertas diferencias menores, como recortes, incorporación de texto o modificaciones accesorias (Figura 2).

Por dichas razones, declaró que dicha publicación en internet, realizada sin autorización y sin atribución, vulneró el derecho de autoría y el derecho de comunicación pública en redes de información de Lin Chen.

Figura N.º 2

Comparación visual entre la obra protegida y el material publicitario de las demandadas



Fuente: Elaboración propia a partir de las imágenes extraídas de Ma (2024).

Distinta fue la valoración respecto de la instalación tridimensional del medio corazón. Aunque esa estructura guardaba una relación conceptual con la imagen creada por Lin Chen, el Tribunal entendió que no constituía una reproducción directa de la obra bidimensional protegida. Aceptar lo contrario habría supuesto extender la protección del Derecho de Autor más allá de la expresión concreta de la obra, hasta abarcar la idea general de un corazón incompleto reflejado en el agua.

Este pronunciamiento es importante porque delimita el alcance de la protección a obras generadas con inteligencia artificial. El Tribunal protegió la imagen “Companion Heart”, pero no la idea de un medio corazón reflejado en el agua. Con ello, evitó extender el Derecho de Autor a conceptos visuales generales. Lo protegido fue la expresión concreta de la imagen, no el motivo creativo subyacente.

4.5 Wang vs. Wuhan Technology Company

En 2024, Wang, creadora de contenido generado por inteligencia artificial, publicó en la plataforma Xiaohongshu una imagen elaborada mediante una aplicación de inteligencia artificial. La publicación fue realizada el 17 de mayo de ese año y alcanzó una amplia difusión en la red social, con aproximadamente 35,000 “me gusta”, más de 6,000 guardados y más de 660 comentarios. Posteriormente, el 26 de mayo, Wang registró la obra ante la autoridad correspondiente.

El conflicto surgió cuando, el 20 de junio de 2024, Wang advirtió que una empresa tecnológica de Wuhan había utilizado la misma imagen en un anuncio publicado en Douyin. La imagen fue empleada como parte de la publicidad de un campamento de entrenamiento de pintura con inteligencia artificial, destinado a la venta de cursos sobre creación de imágenes mediante inteligencia artificial. Frente a ello, Wang sostuvo que la empresa había utilizado su obra sin autorización y presentó una demanda por infracción de derechos de autor.

La demandante señaló que, aunque la imagen había sido generada mediante una aplicación de inteligencia artificial, su obtención exigía concebir previamente la composición visual, redactar e introducir palabras clave, ajustar parámetros y seleccionar el resultado final. Asimismo, indicó que, aun introduciendo las mismas palabras clave, el sistema no generaba imágenes idénticas, por lo que el resultado dependía de un proceso de selección y ajuste realizado por el usuario.

El Tribunal evaluó si la imagen podía ser protegida por derecho de autor. Para ello, consideró que la imagen generada mediante software AIGC no difería, en su apariencia, de fotografías o pinturas ordinarias, por lo que pertenecía al ámbito artístico y se encontraba expresada en una forma determinada. Sumado a ello, observó que las palabras clave utilizadas por Wang guardaban correspondencia con los elementos y efectos visibles en la imagen.

El Tribunal también tomó en cuenta que Wang había ajustado palabras clave, parámetros, estilo, efectos de luz y sombra, y que luego seleccionó la imagen final. A partir de ello, concluyó que la demandante tuvo cierto grado de control y previsión sobre el resultado generado. En ese sentido, consideró que la imagen reflejaba su concepción, técnica creativa, elección estética y expresión personalizada.

Con base en lo anterior, el Tribunal reconoció que Wang era autora y titular de los derechos de autor sobre la imagen. Asimismo, determinó que la empresa tecnológica de Wuhan, al utilizar la imagen sin autorización como ilustración en su propia cuenta de Douyin para fines de promoción comercial, infringió el derecho de comunicación pública a través de redes de información, dado que permitió que el público accediera a la imagen.

La decisión confirma que una imagen generada con inteligencia artificial puede ser protegida cuando el usuario acredita intervención creativa. Así pues, el Tribunal valoró la concepción visual, el uso de palabras clave, los ajustes de parámetros y la selección final. Este caso mantiene el criterio de reconocer protección cuando el resultado refleja elecciones humanas.

4.6 Feng Runjuan vs. Kuashi Plastic Manufacturing Co.

En 2025, se emitió uno de los primeros pronunciamientos que negó protección por Derecho de Autor a imágenes generadas mediante inteligencia artificial. La controversia fue promovida por Feng Runjuan, quien afirmó haber creado mediante Midjourney una serie de imágenes titulada “Wings of Fantasy Artistic Transparent Chair”. Las imágenes representaban sillas infantiles transparentes, con textura similar al vidrio o a la gelatina, y con respaldos en forma de mariposa (Figura 3).

Figura N.º 3

Imágenes generadas por Feng Runjuan



Fuente: Zhang (2025).

El 15 de agosto de 2023, Feng publicó estas imágenes en Little Red Book y, en la misma publicación, preguntó si algún fabricante de muebles estaría interesado en producirlas. Así, Zhu contactó a Feng para consultarle si podía autorizar el uso de las imágenes a fin de producir sillas en masa a través de Kuashi Plastic Manufacturing Company.

Feng rechazó la propuesta porque se encontraba negociando otro acuerdo de licencia. Sin embargo, en enero de 2024, Zhu realizó varias publicaciones en Little Red Book promocionando sillas infantiles vendidas por Dongshan Company, las cuales, según Feng, reproducen el diseño de sus imágenes (Figura 4).

Figura N.º 4

Comparación visual entre la imagen creada por la demandante y la demandada



Fuente: Elaboración propia a partir de las imágenes extraídas de Zhang (2025).

Feng sostuvo que los demandados habían utilizado sus imágenes como base para fabricar y vender productos físicos, así como para elaborar materiales promocionales y empaques. Por ello, interpuso una demanda por infracción de derechos de autor.

Los demandados alegaron que las imágenes de Feng no podían ser protegidas porque el *prompt* expresaba una idea no protegible, porque ella no tenía control suficiente sobre el proceso generativo de Midjourney y porque existían imágenes previas con elementos similares, como mariposas y sillas de textura transparente.

El Tribunal señaló que el uso de inteligencia artificial no impide necesariamente la protección, siempre que el usuario pueda demostrar una intervención intelectual original en el proceso creativo. Empero, en este caso, Feng no aportó registros suficientes del proceso de creación. Además, reconoció que no podía volver a generar imágenes idénticas usando los mismos *prompts* debido a la aleatoriedad propia de Midjourney (Figura 5).

Figura N.º 5

Imágenes recreadas por la demandante



Fuente: Zhang (2025).

El Tribunal también evaluó las imágenes generadas por Zhu mediante Midjourney y el diseño final del producto. Según los reportes del caso, Zhu afirmó que había usado *prompts* similares a los publicados por Feng, pero que generó sus propias imágenes y luego encargó a un tercero el diseño final del producto mediante rondas de edición y modificación.

Por ende, se concluyó que la similitud de las imágenes podía deberse al uso del mismo sistema de inteligencia artificial y de instrucciones semejantes, y no necesariamente a la copia de una expresión protegida de Feng.

En definitiva, este caso evidencia el límite de la protección en obras producidas con inteligencia artificial. El Tribunal no negó que este tipo de imágenes puedan ser protegidas, pero exigió prueba suficiente del proceso creativo. La falta de registros y la posibilidad de obtener resultados parecidos con *prompts* similares debilitaron la pretensión de Feng. De esta forma, la decisión muestra que la trazabilidad puede ser determinante.

V. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA CHINA

La casuística china analizada muestra que la protección de obras generadas con inteligencia artificial no depende únicamente del uso de una herramienta tecnológica. El punto decisivo es si el resultado puede vincularse con una intervención humana original, expresiva y verificable. De esta manera, a partir de los casos revisados, se pueden identificar cuatro criterios para evaluar la protección de obras asistidas por inteligencia artificial.

5.1 La concepción creativa

Supone que el usuario haya orientado el proceso hacia una idea visual, literaria o artística reconocible. Esto no significa que deba prever cada detalle del resultado, pues los sistemas generativos conservan un margen de imprevisibilidad. Sin embargo, sí debe existir una intención expresiva que permita diferenciar una creación dirigida de una generación meramente exploratoria.

Como señalan Hugenholtz y Quintais (2021), el uso de herramientas digitales complejas no elimina necesariamente la autoría humana, siempre que el resultado pueda vincularse con decisiones creativas del usuario.

5.2 El control iterativo

Se refiere a los ajustes sucesivos que realiza el usuario durante el proceso de generación. En las obras producidas con inteligencia artificial, la originalidad puede construirse a través de pruebas, modificaciones y selección de resultados. No obstante, la iteración no debe confundirse con una simple acumulación de intentos.

Generar muchas versiones no acredita, por sí solo, creatividad. Lo relevante es que las modificaciones respondan a una dirección estética o conceptual identificable, de modo que pueda advertirse que el usuario fue conduciendo el proceso hacia una expresión determinada.

5.3 La edición posterior

Comprende las modificaciones realizadas sobre el resultado generado mediante herramientas externas o procesos adicionales de edición. Esta intervención puede reforzar la contribución humana cuando incide en aspectos expresivos de la obra.

Sin embargo, no toda edición será suficiente. Cambiar el tamaño, mejorar la resolución o adaptar el formato del archivo difícilmente bastará para acreditar originalidad. La transformación posterior debe afectar la composición, disposición, selección o apariencia perceptible del resultado.

En esa línea, Fritz (2025) sostiene que, en las obras asistidas por inteligencia artificial, la autoría exige identificar elecciones creativas en la expresión final, no simples operaciones técnicas o funcionales.

5.4 La reconstrucción de la versión final de la obra

Los *prompts*, parámetros, capturas de versiones sucesivas, imágenes descartadas, archivos editables y capas de edición sirven para diferenciar una obra humana asistida por inteligencia artificial de un resultado generado de forma automática.

Sin dichos medios probatorios, resulta difícil determinar si el usuario diseñó la expresión final o si únicamente seleccionó un output producido por el sistema.

En esta medida, el registro del proceso creativo puede cumplir una doble función: acreditar la intervención del usuario y delimitar el alcance de la protección reclamada.

La utilidad de estos criterios consiste en identificar indicios de intervención humana en obras generadas con inteligencia artificial, aunque todavía queda pendiente determinar cuándo esa intervención alcanza un nivel suficiente para justificar la protección por derecho de autor. En otras palabras, no basta con comprobar que el usuario participó en el proceso, también debe establecerse si esa participación se reflejó en una expresión original.

Como punto de partida, persiste la dificultad de fijar un umbral claro. La jurisprudencia china permite distinguir casos en los que existió una intervención creativa relevante de aquellos en los que el usuario se limitó a introducir instrucciones simples.

Sin embargo, todavía no ofrece una regla precisa para determinar cuántas decisiones, ajustes o modificaciones son necesarias para reconocer la originalidad, lo que puede generar respuestas distintas ante procesos creativos similares, especialmente cuando el usuario combina *prompts*, parámetros y selección de resultados sin una edición posterior significativa.

Adicionalmente, debe considerarse el control real del usuario sobre el resultado. Aunque el creador pueda introducir instrucciones y modificar parámetros, los sistemas generativos conservan un margen de autonomía técnica que impide prever completamente la forma final de la obra. Por ello, la intervención humana no debe presumirse a partir del uso de *prompts*, sino analizarse según su incidencia concreta sobre el resultado expresivo.

A ello se suma la necesidad de delimitar con precisión el objeto protegido. En las obras generadas con inteligencia artificial, varios usuarios pueden obtener resultados parecidos si utilizan modelos, estilos o instrucciones semejantes. Por esa razón, la protección no debería extenderse a ideas, estilos, motivos visuales o fórmulas de generación, sino únicamente a la expresión concreta que refleje una contribución humana original.

Esta precisión es importante para evitar que el derecho de autor bloquee desarrollos independientes o convierta en monopolio elementos comunes del lenguaje visual generado por inteligencia artificial.

Desde esta perspectiva, el estándar de intervención humana suficiente debe aplicarse con cautela. La concepción creativa, el control iterativo, la edición posterior y la trazabilidad probatoria son criterios útiles, pero no sustituyen el examen de originalidad. Su función es ayudar a determinar si la obra expresa decisiones humanas reconocibles; no proteger el esfuerzo, la experimentación o la mera obtención de un resultado atractivo.

Tabla N.º 1

Cuadro comparativo de la jurisprudencia china sobre obras generadas con inteligencia artificial

Caso y año	¿Se protegió la obra?	Fundamento jurídico
<i>Beijing Lima Law Firm vs. Baidu (2019)</i>	No	El informe fue producido automáticamente por un programa a partir de datos y reglas previamente establecidas. No se acreditó que una persona hubiera decidido de manera creativa la redacción, la organización o la forma final del contenido.
<i>Shenzhen Tencent vs. Shanghai Yingxun (2019)</i>	Sí	El artículo respondió a decisiones previas de la demandante sobre las fuentes de información, la estructura del texto, las reglas de redacción y la revisión del contenido. El programa de inteligencia artificial ejecutó esas decisiones dentro de un proceso supervisado por personas.
<i>Li Yunkai vs. Liu Yuanchun (2023)</i>	Sí	El demandante elaboró y modificó varias instrucciones, ajustó los parámetros de generación y seleccionó la imagen que mejor representaba el resultado buscado. El conjunto de esas decisiones permitió reconocer la intervención humana en la obra.
<i>Lin Chen vs. Hangzhou Gaosi Membrane Technology (2024)</i>	Sí	La imagen fue obtenida mediante cambios sucesivos en las instrucciones y ajustes posteriores sobre la composición, los colores, la iluminación y la disposición de los elementos.
<i>Wang vs. Wuhan Technology Company (2024)</i>	Sí	Las instrucciones y modificaciones realizadas por el usuario determinaron aspectos concretos de la imagen, como el estilo, la iluminación, las sombras y la composición.

<i>Feng Runjuan vs. Kuashi Plastic Manufacturing Co. (2025)</i>	No	La demandante no aportó pruebas de haber realizado ajustes o modificaciones sobre el resultado. La imagen fue producto de la respuesta imprevisible del programa, pues no fue posible recrear la misma imagen utilizando la instrucción original.
---	----	---

Fuente: Elaboración propia a partir de las sentencias analizadas.

VI. LA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CHINA EN EL PERÚ

El Perú todavía no cuenta con una línea jurisprudencial sobre la protección de obras generadas con inteligencia artificial. Sin embargo, el marco normativo vigente permite formular algunos criterios iniciales para resolver eventuales controversias. El problema no consiste en determinar si la persona que la utiliza puede ser reconocida como autora o titular de derechos sobre el resultado obtenido.

La Decisión 351 (1993) de la Comunidad Andina, en su artículo 3, define al autor como la persona física que realiza la creación intelectual. En la misma línea, el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 822 (1996) establece que el autor es la persona natural que realiza la creación intelectual. A partir de ello, una persona que utiliza inteligencia artificial podría reclamar protección si demuestra que el resultado final es una expresión derivada de su propia actividad creativa.

La pregunta relevante, entonces, es cómo fue utilizada la inteligencia artificial. Una persona podría limitarse a introducir una instrucción genérica y aceptar el primer resultado generado. En ese supuesto, sería difícil sostener que existe una creación intelectual propia.

Distinto sería el caso en que el usuario define una idea visual o literaria, formula instrucciones específicas, modifica parámetros, genera versiones sucesivas, selecciona resultados, realiza ajustes posteriores y conserva evidencia del proceso. En este segundo escenario, la obra final podría reflejar una intervención humana suficiente para justificar la protección.

La doctrina nacional advierte que la protección de resultados generados con inteligencia artificial debe analizarse con cautela. Bracamonte & Lizano (2025) sostienen que el Derecho de Autor, dentro del sistema continental, protege obras del ingenio humano y presupone la existencia de un creador persona natural; por ello, el resultado generado por inteligencia artificial no debería recibir protección autoral si carece de una intervención humana suficiente.

Sin embargo, ello no significa que todos estos resultados deban quedar fuera de cualquier tutela jurídica, especialmente cuando exista inversión, valor económico o explotación comercial del contenido (Bracamonte & Lizano, 2025).

A partir de este marco, la legislación peruana podría adoptar una posición intermedia. No sería adecuado negar toda protección a los contenidos producidos con apoyo de inteligencia

artificial, porque ello desconocería procesos creativos en los que el usuario sí interviene de manera relevante.

Tampoco sería correcto reconocer automáticamente derechos sobre cualquier *output*, pues eso podría extender el Derecho de Autor a resultados que no expresan una creación intelectual humana. La protección debería depender de la posibilidad de acreditar una contribución humana original, expresiva y verificable.

En los procedimientos administrativos de registro, Indecopi podría exigir que el solicitante precise si la obra fue creada con apoyo de inteligencia artificial y, de ser así, explique cuál fue su intervención concreta. Esta información podría incluir los *prompts* utilizados, parámetros relevantes, capturas de versiones sucesivas, resultados descartados, archivos editables, capas de edición y una explicación breve de las decisiones creativas adoptadas.

En los procedimientos de infracción, el análisis debería ser similar. La persona que alegue ser titular de derechos sobre una obra generada con inteligencia artificial tendría que demostrar que el contenido reclamado contiene una expresión original atribuible a su intervención. Lo anterior es especialmente importante en imágenes generadas con inteligencia artificial, porque distintos usuarios pueden obtener resultados parecidos si emplean modelos, estilos o instrucciones semejantes.

En consecuencia, el Perú podría tomar la experiencia comparada como referencia metodológica. El análisis debe partir del marco andino y nacional, que exige creación intelectual humana. Por ello, la persona que pretenda ser reconocida como autora de una obra generada con inteligencia artificial deberá demostrar que su intervención se reflejó en la expresión final de la obra y que posee originalidad suficiente para ser protegida por el Derecho de Autor.

VII. CONCLUSIONES

En relación con los criterios desarrollados por la jurisprudencia china para determinar cuándo una obra producida mediante inteligencia artificial puede ser protegida por el Derecho de Autor, el análisis permite identificar cuatro elementos convergentes: la concepción creativa, el control iterativo, la edición posterior y la trazabilidad del proceso. Cabe resaltar que dichos criterios no operan como requisitos autónomos ni garantizan por sí solos la protección, sino que permiten verificar si el resultado contiene una expresión original atribuible a decisiones humanas concretas.

Respecto del tratamiento de la originalidad y de la intervención humana en los casos seleccionados, las decisiones muestran que la novedad o el atractivo del resultado no son suficientes. En los casos *Beijing Film Law Firm vs. Baidu* y *Feng Runjuan vs. Kuashi Plastic Manufacturing Co.*, las autoridades chinas negaron protección cuando el contenido fue predominantemente automático o no pudo reconstruirse el proceso creativo. Por otro lado, en los casos de *Shenzhen Tencent, Li Yunkai, Lin Chen* y *Wang* se concedió la protección autoral cuando la configuración, los ajustes, la edición o la selección incidieron de manera verificable en la expresión final. Por ello, la intervención humana sólo resulta jurídicamente relevante cuando se manifiesta en la forma concreta de la obra.

Finalmente, respecto a la posible aplicación de estos criterios en el Derecho de Autor peruano, la Decisión 351 y el Decreto Legislativo N.º 822 permiten adoptar un estándar de

intervención humana suficiente, compatible con la exigencia de que el autor sea una persona natural. En este sentido, Indecopi y los órganos jurisdiccionales podrían valorar los *prompts*, parámetros, versiones sucesivas, resultados descartados, archivos editables y modificaciones posteriores, siempre que tales elementos demuestren una contribución original reflejada en la obra. La protección debe limitarse a esa expresión concreta y no extenderse a ideas, estilos, motivos visuales o fórmulas abstractas de generación, evitando tanto la negación absoluta como el reconocimiento automático de derechos sobre cualquier *output*.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bracamonte Ortiz, G., & Lizano Galvez, Y. J. (2025). *Los nuevos retos de la inteligencia artificial: Implicancias jurídicas y económicas para el derecho de autor y el derecho comercial*. Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://repositorio.pucp.edu.pe/items/48aa5a9b-daac-4fa3-97d6-ba23672fc3ab>
- Comunidad Andina. (1993). *Decisión 351: Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos*. <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Decisiones/DEC351.doc>
- China Internet Network Information Center. (2025, 20 de octubre). 中国互联网络信息中心发布《生成式人工智能应用发展报告 (2025)》 [Informe sobre el desarrollo de las aplicaciones de inteligencia artificial generativa 2025]. <https://www2.cnnic.cn/n4/2025/1020/c326-11388.html?utm>
- China Internet Network Information Center. (2026, 5 de febrero). 第57次《中国互联网络发展状况统计报告》 [57.º Informe estadístico sobre el desarrollo de internet en China]. <https://www3.cnnic.cn/n4/2026/0304/c88-11549.html?utm>
- Xinhua. (2025, 18 de octubre). China's generative AI users double to 515 mln: Report. *The State Council of the People's Republic of China*. https://english.www.gov.cn/archive/statistics/202510/18/content_WS68f30556c6d00ca5f9a06e05.html?utm
- Elmahjub, E. (2025). The algorithmic muse and the public domain: Why copyright's legal philosophy precludes protection for generative AI outputs. *Computer Law & Security Review*, 58, Article 106170. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2025.106170>
- Feuerriegel, S. et al. (2024). Generative AI. *Business & Information Systems Engineering*, 66, 111-126. <https://doi.org/10.1007/s12599-023-00834-7>
- Fritz, J. (2025). Understanding authorship in artificial intelligence-assisted works under EU copyright law. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 20(5), 354-364. <https://academic.oup.com/jiplp/article/20/5/354/7965768>
- Ginsburg, J. C. (2018). People not machines: Authorship and what it means in the Berne Convention. *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 49, 1061-1069.

- Geiger, C., & Izyumenko, E. (2024). Elaborating a human rights-friendly copyright framework for generative AI. *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 55, 1129-1165. <https://doi.org/10.1007/s40319-024-01481-5>
- Gervais, D. J. (2020). The machine as author. *Iowa Law Review*, 105(5), 2053-2106. <https://ilr.law.uiowa.edu/sites/ilr.law.uiowa.edu/files/2022-10/The%20Machine%20as%20Author%20.pdf>
- Goodfellow, I. J., et al. (2014). Generative adversarial nets. *Advances in Neural Information Processing Systems*, 27, 1-9. https://proceedings.neurips.cc/paper_files/paper/2014/file/f033ed80deb0234979a61f95710dbe25-Paper.pdf
- Hugenholtz, P. B., & Quintais, J. P. (2021). Copyright and artificial creation: Does EU copyright law protect AI-assisted output? *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 52, 1190-1216. <https://doi.org/10.1007/s40319-021-01115-0>
- Indecopi. (1998). *Resolución N.º 0286-1998/TPI-INDECOPI, Expediente N.º 663-96 ODA-AI*. <https://repositorio.indecopi.gob.pe/backend/api/core/bitstreams/32a259fa-08b5-4457-bb20-ae67c5405fc8/content>
- Kaplan, A., & Haenlein, M. (2019). Siri, Siri, in my hand: Who's the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence. *Business Horizons*, 62(1), 15-25. <https://doi.org/10.1016/j.bushor.2018.08.004>
- Ma, M. (2024). *China's second local court recognizes the copyright of AI-generated pictures*. Michael's Substack. <https://michael7924.substack.com/p/chinas-second-local-court-recognizes>
- Nake, F. (2005). Computer art: A personal recollection. En *Proceedings of the 5th Conference on Creativity & Cognition* (pp. 54-62). Association for Computing Machinery. <https://doi.org/10.1145/1056224.1056234>
- Perú. (1996). *Decreto Legislativo N.º 822, Ley sobre el Derecho de Autor*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1669698/DL%20822.pdf.pdf?v=161308260>
- Russell, S., & Norvig, P. (2021). *Artificial intelligence: A modern approach* (4th ed.). Pearson.
- Tribunal de Internet de Beijing. (2019). *Beijing Film Law Firm vs. Baidu Netcom Science Technology Co Ltd*. [Sentencia civil (2018) Jing 0491 Min Chu No. 239].
- Tribunal de Internet de Beijing. (2023). *Li Yunkai vs. Liu Yuanchun*. [Sentencia civil (2023) Jing 0491 Min Chu No. 11279].
- Tribunal Popular de Changshu. (2024). *Lin Chen vs. Hangzhou Gaosi Air Membrane Technology Co., Ltd. y Changshu QinHong Real Estate Development Co., Ltd*. [Sentencia civil (2024) Su 0581 Min Chu No. 6697].

- Tribunal Popular de la Zona de Desarrollo de Nuevas Tecnologías de Wuhan East Lake. (2025). *Wang v. Wuhan Technology Company*. [Sentencia civil (2024) E 0192 Zhi Min Chu No. 968].
- Tribunal Popular de Zhangjiagang. (2025). *Feng Runjuan vs. Kuashi Plastic Manufacturing Co.* [Sentencia civil, (2024) Su 0582 Min Chu No. 9015].
- Tribunal Popular del Distrito de Nanshan. (2019). *Shenzhen Tencent Computer System Co., Ltd. vs. Shanghai Yingxun Technology Co., Ltd.* [Sentencia civil (2019) Yue 0305 Min Chu No. 14010].
- Tribunal Popular Intermedio de Suzhou. (2025). *Feng Runjuan vs. Kuashi Plastic Manufacturing Co.* [Resolución de apelación, (2025) Su 05 Min Zhong No. 4840].
- U.S. Copyright Office. (2025). *Copyright and artificial intelligence, part 2: Copyrightability*. <https://www.copyright.gov/ai/Copyright-and-Artificial-Intelligence-Part-2-Copyrightability-Report.pdf>
- Vaswani, A., et al. (2017). Attention is all you need. *Advances in Neural Information Processing Systems*, 30, 1-11. https://proceedings.neurips.cc/paper_files/paper/2017/file/3f5ee243547dee91fbd053c1c4a845aa-Paper.pdf
- Zhang, C. (2025). *Chinese court denies copyright protection for AI-generated content with insufficient human input in first-of-its-kind ruling*. IAM. <https://www.iam-media.com/article/chinese-court-denies-copyright-protection-ai-generated-content-insufficient-human-input-in-first-of-its-kind-ruling>

LA INIMPUTABILIDAD Y LA JURIDIFICACIÓN DEL ENCIERRO: UNA LECTURA FOUCAULTIANA DEL DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO

Edmonth Ernesto Barreto Neyra*
*Estudiante del 8vo ciclo de la Facultad de Derecho
Universidad de San Martín de Porres*

*Las teorías no se transmiten como dogmas, sino
más bien con el estímulo a discutirlos y
mejorarlos (Popper, 1991, p. 77).*

AUTOR

Edmonth Ernesto Barreto Neyra
Universidad de San Martín de Porres
arathbarreto@hotmail.com

Recibido: 14/07/2026
Aceptado: 04/08/2026

* Estudiante de octavo ciclo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de San Martín de Porres. Practicante del Área Penal en Instituto Pacífico S.A.C. Miembro del consejo editorial de la Revista Exequatur y miembro aspirante del Taller de Derecho Penal Económico de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM).

LICENCIA

Este trabajo se comparte bajo la licencia de Reconocimiento Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0):
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



RESUMEN

La presente investigación, desde una perspectiva genealógica, tiene por objeto analizar la evolución histórica del encierro y su incorporación al derecho penal moderno. Para ello, nos apoyamos en el pensamiento de Michel Foucault, a fin de analizar críticamente las interpretaciones tradicionales que atribuyen el surgimiento de la prisión al proceso ilustrado de humanización de las penas, puesto que consideramos que su consolidación respondió también a racionalidades de carácter económico, político y disciplinario. Asimismo, advertimos, a partir del estudio de *Historia de la locura en la época clásica* y *Vigilar y castigar*, que el encierro antecedió históricamente a la prisión como pena jurídica, pues inicialmente constituyó una tecnología de exclusión orientada a administrar a quienes eran considerados peligrosos, improductivos o incapaces de integrarse al orden social. Del mismo modo, examinamos la teoría del destinatario de la norma penal, debido a que permite explicar las implicancias jurídicas de la inimputabilidad y el tránsito desde un modelo sustentado en la culpabilidad hacia otro fundamentado en la peligrosidad.

Finalmente, aplicamos estos presupuestos al régimen peruano de la inimputabilidad y de las medidas de seguridad, identificando las contradicciones existentes entre su fundamento normativo y su aplicación práctica. Por consiguiente, advertimos que la genealogía foucaultiana permite comprender la persistencia de determinadas “racionalidades” de exclusión en el derecho penal contemporáneo y promover una reflexión crítica sobre los límites constitucionales del poder punitivo (*ius puniendi*).

PALABRAS CLAVE

Genealogía; encierro; inimputabilidad; peligrosidad; medidas de seguridad.

NON-IMPUTABILITY AND THE JURIDIFICATION OF CONFINEMENT: A FOUCAULDIAN READING OF CONTEMPORARY CRIMINAL LAW

ABSTRACT

The present research, from a genealogical perspective, aims to analyze the historical evolution of confinement and its incorporation into modern criminal law. To this end, we draw on the thought of Michel Foucault in order to critically analyze the traditional interpretations that attribute the emergence of the prison to the Enlightenment process of the humanization of punishments, since we consider that its consolidation also responded to economic, political, and disciplinary rationalities. Furthermore, we note, from the study of *History of Madness* and *Discipline and Punish*, that confinement historically preceded the prison as a legal punishment, given that it initially constituted a technology of exclusion aimed at managing those deemed dangerous, unproductive, or unable to integrate into the social order. Similarly, we examine the theory of the addressee of the criminal norm, as it explains the legal implications of criminal non-liability and the transition from a model based on culpability to one grounded in dangerousness.

Finally, we apply these premises to the Peruvian regime of criminal non-liability and security measures, identifying the existing contradictions between its normative foundation and its practical application. Consequently, we note that Foucault's genealogy allows for an understanding of the persistence of certain "rationalities" of exclusion in contemporary criminal law and promotes a critical reflection on the constitutional limits of punitive power (*ius puniendi*).

KEYWORDS

Genealogy; confinement; criminal incapacity; dangerousness; security measures.

SUMARIO

I. Introducción. – II. El problema comunicativo de la norma penal, sus destinatarios y el reproche. III. De la incapacidad al peligro. – IV. El leproso y la genealogía de la exclusión. – V. La figura del inimputable y las continuidades históricas de la exclusión. – VI. Genealogía de las tecnologías de castigo: del suplicio al encierro disciplinario. – VII. La prisión como tecnología disciplinaria: aproximaciones críticas a los orígenes del encierro moderno. – VIII. Del castigo al control: saber, poder y normalización. – IX. La inimputabilidad en el derecho penal peruano: gestión jurídica de la peligrosidad y exclusión terapéutica. – X. Conclusiones. XI. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

La exclusión no desaparece: muta. Cambia de nombre, de justificación y de lenguaje, pero conserva su estructura. En la historia de las sociedades occidentales, ciertas figuras han encarnado de manera recurrente aquello que debe ser separado, vigilado y neutralizado. El leproso medieval fue una de ellas. No por lo que hizo, sino por lo que era, fue expulsado del cuerpo social y confinado a un espacio liminar, entre la vida y la muerte, entre la comunidad y el abandono. Sin embargo, la aparente desaparición de aquella “maldita enfermedad” no significó, por sí misma, la desaparición de las técnicas de exclusión, de los círculos ni de los consiguientes actos que la revestían y que ella misma engarzaba. Al contrario, permanecieron aquellas estructuras imaginarias que la asediaban: espacios vacíos destinados a ser ocupados por alguna nueva figura. En efecto, subsistiría una estructura abstracta de segregación llamada a ser llenada por un nuevo sujeto sobre el cual recaerían las mismas lógicas de exclusión.

¿Fue una sustitución inmediata o transcurrieron siglos hasta que otra figura ocupó aquel lugar? No lo sabemos con certeza. Sin embargo, si observamos el devenir histórico, advertiremos que la sociedad comenzó a dirigir esas mismas prácticas hacia quienes fueron denominados “locos, insensatos, alienados, anormales” o, bajo el lenguaje del saber científico, “enfermos mentales”. ¿Serán ellos quienes ocuparán el lugar que alguna vez perteneció al leproso medieval? El tratamiento que históricamente se les ha dispensado parece sugerirlo. Bajo el discurso de la curación, la asistencia y la rehabilitación, estas personas fueron progresivamente sometidas a diversas formas de internamiento, aislamiento y vigilancia, con el propósito de corregirlas, reintegrarlas a la sociedad o, simplemente, neutralizar el peligro que se estimaba representaban.

El presente trabajo tiene como propósito examinar críticamente el tratamiento jurídico que el derecho penal dispensa a las personas inimputables, partiendo de una reflexión dogmática sobre la imputabilidad y la culpabilidad para, posteriormente, desarrollar un estudio genealógico-histórico que permita comprender el trato institucionalizado que se dispensa al inimputable. Esto resulta gravitante, pues abordar las antiguas estructuras sociales nos permitirá una comprensión más precisa de este fenómeno y de cómo se materializa en la realidad. Por ello, hemos optado por realizar un símil entre el leproso medieval y el inimputable contemporáneo, dado que el tratamiento que aquel recibía persiste en el devenir del tiempo: nunca feneció, sino que más bien se reconfiguró en torno a otro agente considerado anormal o fuera de los márgenes sociales.

Por su parte, la historia del derecho permitirá desmitificar, desde una genealogía foucaultiana, la supuesta humanización del castigo moderno, sosteniendo que el derecho penal no abandona las lógicas históricas de exclusión, sino que las reformula jurídicamente mediante dispositivos disciplinarios que, bajo una racionalidad aparentemente terapéutica, reproducen la figura del leproso en el inimputable contemporáneo.

En efecto, la historia del derecho penal moderno suele presentarse como el relato de una progresiva humanización del castigo. Con relativa frecuencia se sostiene que el tránsito de los suplicios públicos hacia la prisión y, posteriormente, hacia instituciones orientadas a la rehabilitación, constituye una manifestación del triunfo de la racionalidad ilustrada sobre la barbarie. Bajo esta perspectiva, la modernidad jurídica habría sustituido el sufrimiento corporal por mecanismos más respetuosos de la dignidad humana, limitando el ejercicio del poder punitivo mediante principios garantistas y criterios de racionalidad jurídica.

Sin embargo, esta interpretación no ha estado exenta de cuestionamientos. Diversos filósofos, sociólogos e historiadores del castigo han puesto en duda la idea según la cual la evolución de las instituciones penales puede comprenderse únicamente como un proceso lineal de civilización y progreso moral. Entre ellos, Michel Foucault ocupa un lugar central, debido a que su obra permitió comprender que las transformaciones del castigo no implican necesariamente una reducción del poder, sino una modificación en sus formas de ejercicio. Como ha señalado Cohen (como se citó en Garland, 1999), “escribir sobre el castigo sin considerar a Foucault es semejante a hablar del inconsciente sin hacer referencia a Freud” (p. 160). Desde esta perspectiva, el derecho penal no abandona las antiguas lógicas de exclusión, sino que las reconfigura mediante dispositivos disciplinarios que, bajo un lenguaje aparentemente terapéutico, reproducen viejas formas de segregación y control.

Ahora bien, el encierro no surge con el derecho penal moderno ni como consecuencia natural de la prisión entendida como pena. Le precede. Antes de convertirse en una sanción jurídica, constituyó una tecnología de administración social. El denominado “gran encierro” no respondía al delito, sino a la pobreza, la improductividad, la locura y la desviación. Y es que

no se castigaba una infracción, sino que se gestionaba una diferencia. Solo posteriormente esta práctica fue absorbida por el derecho y revestida de legitimidad jurídica. El derecho penal no inventa la prisión; la juridifica, la normaliza y la incorpora dentro de su arquitectura normativa. Por lo tanto, profundizaremos en la prisión como tecnología disciplinaria y en el denominado “gran encierro”, explicando cómo las instituciones de internamiento precedieron históricamente al derecho penal moderno y fueron posteriormente incorporadas y legitimadas por este.

Finalmente, se realizará un análisis del caso peruano sobre el tratamiento jurídico de la inimputabilidad y, de manera específica, la medida de seguridad de internamiento prevista en el Código Penal peruano. Asimismo, se examinará el criterio de peligrosidad, presupuesto que legitima la imposición de dichas medidas y que constituye uno de los problemas centrales de la presente investigación. En efecto, esta figura permite, hasta la actualidad, que personas con deficiencias mentales calificadas como peligrosas sean internadas en establecimientos especializados por periodos prolongados, permaneciendo privadas de su libertad contra su voluntad y sometidas a diversos tratamientos médicos forzosos. De este modo, el caso peruano permitirá demostrar cómo las antiguas estructuras de exclusión no han desaparecido, sino que se han reconfigurado bajo el lenguaje jurídico y psiquiátrico de la peligrosidad y del tratamiento, reproduciendo, bajo una racionalidad aparentemente terapéutica, mecanismos de segregación que hunden sus raíces en procesos históricos mucho más antiguos.

II. EL PROBLEMA COMUNICATIVO DE LA NORMA PENAL, SUS DESTINATARIOS Y EL REPROCHE

La norma, como señala Mir Puig (2011), “es un mensaje prescriptivo —que prescribe una actuación determinada— expresado a través de determinados símbolos, normalmente consistentes en enunciados” (p. 60). Pero, ante esta definición, cabe preguntarse: ¿cuál es la verdadera razón de ser de la norma? ¿Por qué existe en primer lugar?

La respuesta se halla en su función estrictamente social. Como bien apunta Muñoz Conde (2001), “[l]a norma tiene por base la conducta humana que pretende regular y su misión es la de posibilitar la convivencia” (p. 39). Esto se puede explicar en una famosa alocución freudiana que nos plantea que el ser humano no puede vivir aislado en sí mismo, y para la realización de sus fines o necesidades necesita interrelacionarse con sus congéneres, de tal modo la convivencia constituiría un presupuesto inexorable para su realización. Sin embargo, dicha convivencia no es idílica, presenta imperfecciones, al estar atravesada por intereses contrapuestos, por consiguiente, deviene inevitablemente en conflictiva. Es precisamente ante esta inherente conflictividad que surge la necesidad de establecer preceptos legales que encaucen y limiten las conductas de los ciudadanos que se manifestaran en normas legales.

En ese escenario, es sabido que las normas penales, cumplen una función de afianzamiento de las expectativas sociales, es decir, constituyen un sistema de comunicación o expectativas, debido a que los ciudadanos esperan que yo me comporte de acuerdo a la norma, y viceversa, yo puedo esperar lo mismo del resto de los integrantes de la sociedad (Bajo y Lascuráin, 2019, p. 31). Bajo esta premisa, podemos aseverar que el destinatario de las normas es la sociedad, pues como advierte Kaufmann (como se citó en Maier, 1996, p. 24): “Todos son destinatarios de todas las normas”; de ahí que se diga que “la infracción opone, en efecto, un individuo al cuerpo social entero” (Foucault, 2002, p. 83).

Dicha afirmación resalta el carácter abstracto y general de la norma jurídica. En ese sentido, se ha repetido con machacona insistencia la equívoca interrogante de si una persona concreta recibió efectivamente el mensaje regulador, en lugar de cuestionarse, en primer término, para quién se emite la norma. Por ese motivo, como arguye Maier (1996), es necesario comprender con claridad la distinción entre destinatario y receptor de la norma, pues, aunque esta irradie sus efectos de manera general y permanente, no todos los sujetos reciben efectivamente el mensaje normativo en un momento dado, ya sea por razones cognitivas, psíquicas o circunstanciales. No obstante, esta ausencia de recepción efectiva no afecta ni el carácter vinculante de la norma ni su condición de regla dirigida a la generalidad, sino que adquiere relevancia únicamente al momento de valorar, en un caso concreto, la posibilidad de reproche penal.

Ahora bien, si nos inclinamos hacia la interpretación de una concepción netamente contractualista, no estaríamos entendiendo la rigurosa premisa de que quien trastoque, viole o vulnere el pacto social no se encontraría “fuera de la ley”, sino “fuera de la naturaleza” (Carrasco, 2007). Sería, en palabras de Foucault (2002), una especie de “enemigo común”, o, peor aún, un “traidor” y/o “monstruo”, “puesto que sus golpes los asesta desde el interior de la sociedad y contra esta misma” (p. 83).

Sin embargo, al no quedar completamente satisfechos con las prerrogativas contractualistas, cabe formular una pregunta disruptiva: ¿realmente ese supuesto “enemigo común”, “traidor” o “monstruo” ha tenido la capacidad fáctica de recepcionar y decodificar el mensaje normativo?

Exigir una recepción efectiva de la norma penal de forma general puede ser una utopía comunicativa, pero exigir una decodificación mínima en el caso concreto es un presupuesto irrenunciable de la justicia. Y es que, este es el principal problema, debido a existen personas que, al momento de cometer el hecho delictivo, presentan graves alteraciones psíquicas o perturbaciones cognitivas que les impiden comprender la ilicitud de sus acciones o dirigir su conducta conforme a dicha comprensión. En estos supuestos de inimputabilidad, el “monstruo” que la sociedad pretende linchar por traicionar el pacto no es necesariamente un enemigo que haya comprendido la norma y decidido desafiarla, sino un destinatario que, por sus condiciones psíquicas o cognitivas, puede no haber estado en capacidad de decodificar el mensaje normativo ni de convertirlo en una pauta efectiva de motivación. El profesor chileno Bustos Ramírez (1994) también hace énfasis en este problema pues según dicho autor: “La inimputabilidad significa reconocer problemas de carácter general en los procesos de comunicación en un sistema y de ahí el juicio de compatibilización, porque no es posible de modo general exigir una respuesta determinada a esas personas” (p. 520).

Es así que el plano comunicativo resulta dispensable, puesto que el sujeto no poseer la capacidad para expresar o comunicar la negación de la norma, no existiría ese deber de restablecer la norma. Por lo que, el plano factico es el que regirá en estas situaciones. De ahí que la medida de seguridad se encuentra en una dimensión fáctica y no comunicativa como la pena.

Frente a ello, es preciso definir el concepto de imputabilidad y los modelos que se han ido tejiendo a lo largo de la dogmática jurídico-penal para delimitarla, y, por consiguiente, explicar el tratamiento que dispensa el Estado a los inimputables.

1. Delimitación dogmática de la imputabilidad

Imputar significa atribuir algo a alguien, pues bien, se atribuye una determinada acción a un sujeto; por tanto, la imputación de la conducta queda supeditada a la capacidad del autor para asumirla⁵ (Greco, 2025, p. 23). De ahí se origina el concepto de imputable: aquel sujeto que ostenta el rasgo o la condición de ser alguien a quien válidamente puede atribuírsele un hecho.

Esta categoría que la ciencia penal ubica en el estrato de la culpabilidad y que constituye el presupuesto fundamental para que el Estado pueda ejercer un reproche legítimo. De ahí que, para Zaffaroni (1999) la imputabilidad se caracterice como “la capacidad psíquica de culpabilidad [...] para responder a la exigencia de que comprenda la antijuridicidad y de que adecue su conducta a esta comprensión” (p. 110). En efecto, justamente esta capacidad es la que le otorga al autor la condición de imputable, y de “conducirse socialmente; observando una conducta que responda a las exigencias de la vida común” (Von Liszt, 1914, p. 396). Al respecto, la jurisprudencia nacional, en el R. N. N.º 754-2020 Lima Norte, 3 de junio del 2022, en su fundamento séptimo, ha señalado que el análisis de la categoría de culpabilidad puede hallarse en la “condición personal, graduable e inmediata de un sujeto social para comprender el carácter delictuoso de su acto o de orientar su voluntad conforme con dicha comprensión”. Entonces, la inimputabilidad se entenderá como aquella ausencia de capacidad o culpabilidad penal; contrario sensu de lo anteriormente explicado por el maestro argentino; y es que la inimputabilidad será incapacidad de culpabilidad del autor.

2. Fundamentación teórica de la inimputabilidad en la dogmática penal

Sobre este punto, García Caveró (2012) señala que los supuestos de inimputabilidad se estructuran en dos grandes supuestos: por un lado, la minoría de edad; y, por otro, la condición de aquellas personas que padecen afecciones de salud mental o física que les impiden percibir la realidad, comprender la ilicitud de sus actos y autodeterminarse conforme a dicho entendimiento (pp. 642 y 643). Asimismo, las salas reunidas de la Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario N.º 4-2016/CIJ/116, 12 de junio del 2017, precisaron lo siguiente respecto a la estructura de la imputabilidad y/o capacidad de culpabilidad: “Esta tiene dos ámbitos: **a)** el sujeto debe alcanzar una edad determinada: dieciocho años; y, **b)** el sujeto no debe padecer graves anomalías psíquicas, que eliminen el grado mínimo de capacidad de autodeterminación exigido por nuestro ordenamiento jurídico”. (Acuerdo Plenario N.º 4-2016/CIJ/116, 2016, f. j. n.º 9)

En el presente estudio nos enfocaremos en este segundo aspecto —la incapacidad de culpabilidad por causas biológico-psíquicas—, la cual, al neutralizar la imposición de una pena, faculta al juez penal a disponer una medida de seguridad, como el internamiento en un establecimiento psiquiátrico. En el sistema penal peruano, esta premisa se encuentra regulada precisamente en el artículo 20.1 del CP:

Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal:

1. El que, por anomalía psíquica, grave alteración de la realidad o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión.

⁵ Según el Silvela (2024), “Derivado del verbo imputar nace el sustantivo abstracto imputabilidad, que no significa otra cosa que posibilidad de imputar” (p. 126).

A este respecto, conviene advertir que dicho precepto legal contiene dos elementos: una acepción general y los supuestos de exclusión de culpabilidad o las circunstancias personales que delimitan a un sujeto como inimputable.

Frente a esta caracterización, en la doctrina penal peruana coexisten dos grandes líneas teóricas para fundamentar la imputabilidad e inimputabilidad en el estrato de la culpabilidad:

2.1. La postura del concepto mixto o empírico-normativo (Roxin)

Un sector doctrinal de amplia acogida nacional sostiene que el Código Penal peruano define la imputabilidad mediante un criterio mixto, calificado como biológico-normativo (Villavicencio, 2019, p. 599) o psicológico-normativo (García Caveró, 2012, p. 644; Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga, 2011, p. 598). En esa línea, como destaca Rodríguez Vásquez (2016a), la dogmática nacional “recoge este concepto mixto de imputabilidad de la teoría esbozada por Claus Roxin” (p. 150).

Esta concepción se nutre directamente de la formulación de Roxin (1997), quien define la culpabilidad como “un dato mixto empírico-normativo⁶” (p. 807). Para este autor, la imputabilidad constituye una categoría integrada por dos elementos esenciales:

- **El elemento empírico:** Comprendido como la capacidad general de autocontrol y de asequibilidad normativa. Este elemento no debe entenderse desde la premisa del libre albedrío, sino como la constatación de un estado mental y anímico que le otorgue al individuo la posibilidad psíquica real de controlar su comportamiento.
- **El elemento normativo:** Consistente en el juicio de valor a través del cual el ordenamiento jurídico le imputa a ese individuo la capacidad de actuar conforme a derecho y, en consecuencia, le exige el deber jurídico-penal de responder por su conducta.

En suma, bajo la tesis de Roxin, existirá imputabilidad cuando el sujeto posea la capacidad psíquica de autocontrol (base empírica) y el sistema penal le atribuya el deber de haber actuado de otro modo (valoración normativa).

2.2. La postura normativista o funcionalista sistémica (Jakobs)

Por otro lado, otro sector de la doctrina se adscribe a la postura funcionalista de Günther Jakobs (1996) quien entiende que el propósito del derecho penal no es la empírica protección de bienes jurídicos⁷, sino el restablecimiento de la vigencia de la norma. Por ello, en su teoría de la prevención general positiva esgrime que el objetivo de la pena “es el mantenimiento de las normas como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a toda costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma” (p. 14).

⁶ Siguiendo a Roxin (1997), el término “asequibilidad normativa” proviene originalmente del trabajo de Noll (*Festschrift für Hellmuth Mayer*, 1966, p. 219) (p. 807).

⁷ De ahí que dicho autor asimile los postulados hegelianos, entendiendo el delito como una lesión del deber y no como una afectación de bienes jurídicos. Véase Alcácer Guirao, R. (2003). *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*. Atelier, obra en la que el autor aborda críticamente la controversia dogmática respecto de si el fundamento material del delito reside en la afectación de bienes jurídicos o en la infracción de deberes normativos.

En ese sentido, para esta postura, a diferencia de lo sostenido por Roxin sobre la culpabilidad, la persona deja de ser concebida desde su existencia meramente empírica; no se trata simplemente de un ser empírico, sino de un sujeto competente. En la medida en que el individuo ostenta el deber de actuar conforme a derecho, se configura como un ciudadano leal que contribuye al cumplimiento de sus obligaciones de cooperación. Por tanto, como sostiene Pawlik, el ciudadano es competente para contribuir al mantenimiento del estado de libertades y a la vigencia de la norma. De ahí que el autor inimputable según Jakobs (1996) “le falta la competencia para cuestionar la validez de la norma, y por eso [justamente] es inimputable” (p. 631, núm. 5). Así, esta inimputabilidad para cuestionar la validez de la norma descansara en una construcción estrictamente normativa. En palabras de García Caveró (2012), la inimputabilidad se define como la “idoneidad del agente de poder comunicar, mediante sus actos, un hecho penalmente relevante” (p. 642).

Ahora bien, si pasamos a la delimitación de las causales de inimputabilidad, el presente trabajo se tornaría engorroso y devendría en un manual de derecho penal, parte general; cuestión que queremos evitar a toda costa. Por lo que pasaremos a evidenciar el tratamiento que el Estado dispensa hacia los inimputables, tema que es precisamente neurálgico en nuestro trabajo.

III. DE LA INCAPACIDAD AL PELIGRO

Es sabido que, a partir de la culminación de la Segunda Guerra Mundial, los Estados adoptaron concepciones diferentes al momento de pertrechar a sus ciudadanos con “justicia”. Y es que la cosmovisión al momento de entender el derecho dio un giro completo. Ahora, los Estados, a través de las constituciones —investidas por el principio de supremacía constitucional—, debían, de una u otra forma, “volver a Kant” (Nava Tovar, 2019). Esto se comprende en la ya conocida alocución propugnada por el filósofo alemán y adoptada por la mayoría de los Estados: “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. En efecto, la dignidad, como sugiere César Landa (2000), no es solamente un principio-valor, sino “un dínamo de los derechos fundamentales”, de modo que constituye el fundamento de validez de los demás derechos (p. 11).

Sin embargo, en ocasiones, son las propias actuaciones estatales las que transgreden las prerrogativas que legitiman su razón de ser. Y es que, paradójicamente, el Estado puede soslayar las garantías y derechos que él mismo reconoce y proclama como límites frente al ejercicio de su poder. Frecuentemente, muchas de las transgresiones a los derechos fundamentales se producen a través de las normas que sirven para regular las conductas en sociedad. Precisamente, y ahondando en aquellas que resultan más nocivas, estas se materializan en la puesta en peligro o lesión de algún bien jurídico. De ahí que el derecho penal funcione como un mecanismo de *ultima ratio* y sancione las conductas más gravosas. Con ello, el Estado, como refieren Bajo Fernández y Lascuraín Sánchez (2019), a través del derecho penal:

[N]o solo impone penas tras la constatación de un delito, sino que también impone medidas de seguridad a quien realiza una conducta gravemente nociva que no es propiamente un delito porque su agente era incapaz de comprender la ilicitud de lo que hacía o de controlar su comportamiento. (p. 28)

Como ha señalado la doctrina penal moderna, a partir del siglo XIX el derecho penal amplía su atención desde el hecho punible hacia el autor, incorporando criterios de prevención y peligrosidad vinculados a la defensa social (Foucault, 2002; Villavicencio, 2019), sin que ello suponga, en los modelos garantistas, el abandono del principio de culpabilidad. De ahí que la crítica de Zaffaroni (1998) cobre sentido, al advertir que introducción de las medidas de seguridad ha suscitado una profunda conmoción en el derecho penal, al establecer una escisión entre pena y medida fundada en la oposición entre culpabilidad y peligrosidad. Así, señala:

[...] la cuestión de las medidas de seguridad ha conmovido demasiado el derecho penal, [...] Se parte de que la pena es retribución y la medida resocialización, de que la pena corresponde a la culpabilidad y la medida a la peligrosidad, de que la pena traduce un desvalor ético-social y la medida no, de que la pena hace a la seguridad jurídica y la medida a la defensa social, etc. (Zaffaroni, 1998, p. 93)

En efecto, las medidas de internamiento se tratan de medidas de corte preventivo que son dirigidas hacia sujetos considerados peligrosos, en tanto “Estas con secuencias jurídicas del delito no se asentaron, como las penas, en la culpabilidad del autor, sino en la lógica de la peligrosidad del autor y en la necesidad del tratamiento” (Cavero, 2012, p. 899).

En este punto, en el modelo clásico del derecho penal, heredero del racionalismo ilustrado, el delito se concebía como un hecho pasado, delimitado normativamente, cuya sanción encontraba su justificación en la culpabilidad del autor. Sin embargo, este esquema comienza a resquebrajarse cuando ciertos sujetos —en particular, los locos, los incorregibles y los considerados anormales— no encajan plenamente en la lógica de la responsabilidad moral ni responden adecuadamente a la función retributiva o correctiva de la pena —esto ha sido explicado anteriormente en el acápite segundo sobre el problema comunicativo de la norma penal, sus destinatarios y el reproche—. Es en este punto donde la locura se vuelve jurídicamente relevante, no para excluir la intervención penal, sino para reformularla.

Así, el derecho penal no castiga la locura, pero la administra como riesgo, integrándola en un régimen de control que combina custodia, tratamiento y exclusión. Bajo y Lascuraín (2019) vuelven a expresarlo claramente, sosteniendo que “el derecho penal no se ocupa solo de los delitos y de las penas, sino que a él pertenecen también las normas que asignan medidas de seguridad a personas que han demostrado peligrosidad criminal con la realización de una conducta gravemente lesiva” (p. 32). Bajo el discurso humanitario de la “finalidad terapéutica” o “rehabilitadora”, la intervención estatal presenta el internamiento como una forma de cuidado y protección. Sin embargo, detrás de esta retórica médica y resocializadora se esconde un mecanismo de neutralización en el que el inimputable es privado de su libertad sin culpabilidad y, frecuentemente, sin un horizonte temporal definido.

Desde la perspectiva de la genealogía foucaultiana, esta forma de administrar al inimputable no constituye una novedad absoluta de la modernidad, sino la reformulación jurídica de tecnologías de control social mucho más antiguas. Las prácticas de exclusión social representan el antecedente histórico de los actuales dispositivos de control penal. Antes de que el derecho penal contemporáneo construyera la figura de la peligrosidad para justificar el encierro del inimputable bajo premisas médicas y preventivas, la sociedad ya había desplegado diagramas de segregación sobre aquellos cuerpos considerados impuros, peligrosos o disfuncionales para el orden social.

Para comprender cómo la finalidad terapéutica contemporánea puede funcionar como un discurso legitimador de la exclusión y la “neutralización” del inimputable, se requiere, por ende, examinar la evolución histórica de estas tecnologías de segregación. En ese recorrido genealógico, la figura del leproso medieval surge como el paradigma originario sobre el cual se cimentaron las estructuras de separación que, siglos más tarde, reaparecerían bajo el lenguaje de la psiquiatría y la peligrosidad criminal.

IV. EL LEPROSO Y LA GENEALOGÍA DE LA EXCLUSIÓN

Ataviado con un hábito oscuro y obligado a portar una campana con la que advertía su presencia, el leproso medieval no necesitaba cometer delito alguno para ser expulsado del cuerpo social. Bastaba su sola condición corporal para quedar excluido del orden común: no podía habitar la ciudad, ni tocar a los sanos, ni compartir los espacios de la vida ordinaria. Vivía, jurídicamente, en una frontera: separado de la comunidad, pero no abandonado; excluido, pero permanentemente vigilado.

De ahí que Marqués Serrano (2017), al referirse a un manuscrito del siglo XIV conocido como *Leproso con hábito y campana*, relate de manera elocuente la situación de los leprosos y las formas institucionalizadas de exclusión a las que eran sometidos. Como señala dicho autor:

En esta época, basándose en una libre interpretación de los preceptos bíblicos, se practicaba una terrible ceremonia: Una vez confirmada su enfermedad, el leproso, cubierto con un velo negro, [...] se le ponía el hábito de leproso e iba con la cabeza cubierta y la boca tapada. También se le daba una escudilla para la comida y una campana o unas tablillas, llamadas de san Lázaro, para que avisara de su presencia; a partir de entonces, no podía volver a relacionarse con personas sanas ni frecuentar lugares públicos.

La lepra es una de las enfermedades más antiguas del mundo, “que no perdona ni a los reyes ni a los demás poderosos de la tierra” (Eco, 2002, p. 316). Replicaba en un diálogo el diácono a Baudolino; obra homónima de Umberto Eco que, dicho sea de paso, describe a los leprosos como parte del mundo de los excluidos medievales, figuras que encarnan el miedo, la deformidad y el desorden social propios de una época marcada por la superstición y la marginalidad. Más allá del relato literario, en el devenir histórico, esta enfermedad suscitó temor, rechazo y repugnancia, pues fue considerada por muchas personas como una maldición y, desde luego, un castigo divino (Rodríguez, 2025).

A medida que iba pasando el tiempo, —específicamente hacia finales de la Edad Media— la lepra desaparece del mundo occidental, no sin antes dejar: leprosarios vacíos⁸, ciudades inhabitables y/o estériles, y estructuras abstractas que, por consiguiente, se traducirán en una especie de estigma. Pues:

Lo que durará más tiempo que la lepra, y que se mantendrá en una época en la cual, desde muchos años atrás, los leprosarios están vacíos, son los valores y las imágenes que se habían unido al personaje del leproso;

⁸ Según Foucault (2015) uno de los leprosarios más grandes en Francia e Saint Germanin se convirtió en una correccional para mujeres; en Alemania se avizora la conversión de bienes de los leprosarios en fondos administrativos destinados para obras y establecimientos hospitalarios; en Inglaterra el rey concede a los pobres los bienes de la fundación (pp. 13-16).

permanecerá el sentido de su exclusión, la importancia en el grupo social de esta figura insistente y temible, a la cual no se puede apartar sin haber trazado antes alrededor de ella un círculo sagrado. (Foucault, 2015, p. 17)

Los círculos sagrados presuponen segregación, una exclusión que, de algún modo, persiste en el tiempo. Persisten, sobre todo, las imágenes y los valores asociados a aquellos desdichados que, inexorablemente, alguien deberá reemplazar.

En el intento de llenar ese vacío, llegan las enfermedades venéreas que por su novedosa existencia repugna hasta al más estigmatizado leproso. Graciosa ironía, tan endeble como sugestiva, que pronto se avizorará de manera inconclusa, ya que “no son las enfermedades venéreas las que desempeñarán en el mundo clásico el papel que tenía la lepra en la cultura medieval” (Foucault, 2015, p. 19), pues aquella queda aunada al catálogo de enfermedades de la época y, como anotaba dicho pensador francés, no es allí donde debe buscarse la herencia de la lepra. Entonces cabría preguntarse: ¿quién ocupará el lugar del leproso? ¿Sobre qué cuerpos recaerán ahora los desdenes, las exclusiones y las excomuniones? ¿Quién será objeto de esos correctivos que, bajo la apariencia de curación, buscan normalizar, sanear, disciplinar, e incluso volver dócil al individuo? ¿Quién será declarado normal y quién, en cambio, señalado como impuro?

Ese papel será ocupado por sujetos a quienes el discurso dominante califica como improductivos, incurables y/o peligrosos; es decir, una suerte de grupos socialmente estigmatizados. De ahí que no sea exagerada la afirmación de Foucault (2015):

Desaparecida la lepra, olvidado el leproso, o casi, estas estructuras permanecerán. A menudo en los mismos lugares, los juegos de exclusión se repetirán, en forma extrañamente parecida, dos o tres siglos más tarde. Los pobres, los vagabundos, los muchachos de correccional, las “cabezas alienadas”⁹, [...], tanto para aquellos que la sufren como para quienes los excluyen. Con un sentido completamente nuevo, y en una cultura muy distinta, las formas subsistirán, esencialmente esta forma considerable de separación rigurosa, que es exclusión social, pero reintegración espiritual. (p. 18)

En ese sentido, la locura emergerá progresivamente como ese “fenómeno complejo” que, sin ser inicialmente objeto de exclusión sistemática, terminará ocupando el lugar simbólico que antes correspondía a la lepra. El propio Foucault (2015) lo advierte con notable agudeza al señalar que este proceso se manifiesta tras “un largo momento de latencia [más o menos dos siglos] para que este nuevo azote que sucede a la lepra en los miedos seculares suscite, como ella, afanes de separación, de exclusión, de purificación que, sin embargo, tan evidentemente le son consustanciales” (p. 21).

En suma, como se puede evidenciar la desaparición de la lepra como fenómeno social dominante no significó, sin embargo, la desaparición de las prácticas de exclusión, pues lo que se transformó —en gran medida— fue el objeto de la exclusión y, progresivamente, la racionalidad que la justificaba.

⁹ Con la expresión “cabezas alienadas”, Foucault alude a aquellos sujetos considerados insensatos o incurables por el saber médico y moral de la época. Es decir, personas cuya conducta era percibida como ajena a la razón socialmente admitida. El término “alienado” remite, en este contexto, a la idea de una razón desplazada o separada del orden racional dominante.

V. LA FIGURA DEL INIMPUTABLE Y LAS CONTINUIDADES HISTÓRICAS DE LA EXCLUSIÓN

Ello será ajeno al tratamiento que se dispensa sobre el inimputable en el derecho penal contemporáneo, en la medida en que aquellas estructuras abstractas de exclusión no han desaparecido; antes bien, han sido absorbidas y reformuladas bajo una racionalidad que se presenta como protectora o terapéutica y que, al menos en el plano discursivo, se orienta a la curación, la tutela y la rehabilitación del individuo. Bajo esta lógica, el encierro deja de aparecer como un castigo para revestirse en el lenguaje del cuidado, la asistencia y la prevención del riesgo.

Sin embargo, una aproximación menos complaciente permite advertir que tal racionalidad no implica una verdadera renuncia al ejercicio del poder punitivo, sino su desplazamiento hacia modalidades más sutiles y, precisamente por ello, más resistentes a la crítica; puesto que el encierro terapéutico funciona, en los hechos, como un dispositivo disciplinario de control, dirigido a inocular o neutralizar al sujeto considerado peligroso, a regular su conducta y a mantenerlo apartado del cuerpo social por un tiempo que ya no se encuentra claramente delimitado por la norma. En efecto, las medidas de internamiento se tratan de medidas de corte preventivo que son dirigidas hacia sujetos considerados peligrosos, en tanto “[e]stas con secuencias jurídicas del delito no se asentaron, como las penas, en la culpabilidad del autor, sino en la lógica de la peligrosidad del autor y en la necesidad del tratamiento” (Cavero, 2012, p. 899). Entonces la inimputabilidad ya no suprimirá el castigo lo redefinirá. De ahí que la pena se legitime por la peligrosidad, que es una noción abierta e indeterminada (Zaffaroni, 1998).

En ese sentido, podemos aseverar que la figura del leproso medieval guarda una similitud anacrónica con la del inimputable contemporáneo, puesto que aquel insensato moderno ocupa en el derecho penal un lugar simbólico, siendo un sujeto excluido del orden jurídico común, cuya reintegración solo es posible bajo la forma de custodia. En tanto, no se le reconoce como destinatario pleno de la norma ni como autor responsable de un hecho, sino como portador de un riesgo que debe ser gestionado con aquellos “dispositivos y tecnologías de poder” que denomina Foucault con machacona insistencia. Así, su estatuto jurídico deja de focalizarse en la conducta efectivamente realizada para definirse a partir de una evaluación permanente de lo que el sujeto es y de lo que podría llegar a ser. Ello permite advertir que la exclusión ya no opera a través de una expulsión absoluta, sino mediante una inclusión degradada, supeditada a un régimen de control que administra la diferencia sin eliminarla. Asimismo, habilita un modelo penal orientado a la gestión del riesgo que, al desvincularse de la culpabilidad, legitima el encierro indefinido y expande el poder punitivo.

De ahí que exista una relación simbiótica e inexorable entre poder y saber, en el sentido de que el conocimiento no es neutral ni externo a las relaciones sociales, pues el saber produce poder y el poder produce saber. Deleuze (1987), siguiendo a Foucault, afirma que: “No existe relación de poder sin la constitución correlativa de un campo de saber, ni saber que no suponga y no constituya al mismo tiempo relaciones de poder” (p. 65). Con ello se quiere indicar que toda relación de poder necesita apoyarse en un saber que la haga inteligible, legítima y operativa, y que, recíprocamente, todo saber se constituye dentro de relaciones de poder que lo autorizan, lo organizan y le confieren efectos prácticos sobre los cuerpos y las conductas.

Esto se materializa en un ejemplo que, aunque pueda parecer en principio una verdad de perogrullo, resulta altamente ilustrativo: la psiquiatría se presenta como el saber destinado

al estudio de los trastornos mentales, de tal forma que su agente autorizado ostenta la función de describir y diagnosticar las afecciones que un individuo pueda padecer. Sin embargo, dicha concepción resulta inconclusa, puesto que la intervención del profesional de la salud mental no se limita a un acto meramente descriptivo, sino que también se encarga de delimitar, clasificar y controlar. Vásquez Baiocchi (2022) lo retrata con notable agudeza al explicar que la legitimidad de esta tecnología de poder requiere “la intervención de peritos psiquiatras que puedan determinar un diagnóstico que permita evaluar satisfactoriamente la existencia de causales de inimputabilidad” (p. 43); demostrando así, como el saber médico opera como el filtro técnico indispensable para viabilizar el control penal. En otras palabras, el psiquiatra no solo da cuenta de una realidad previa, sino que contribuye a producirla, al delimitar qué debe considerarse normal o patológico, sano y/o peligroso, hasta incluso, en términos más amplios, qué es verdadero o falso dentro de un determinado régimen de saber. Entonces, al establecer estos criterios, el discurso psiquiátrico adquiere una eficacia normativa que trasciende el plano médico y proyecta sus efectos en el campo jurídico y social.

Por tanto, al constituir tales saberes, la psiquiatría legítima —no siempre de manera explícita— prácticas de poder como el encierro, el tratamiento obligatorio o la declaración de inimputabilidad. Así, el saber médico participa activamente en la construcción de la peligrosidad como categoría operativa, legitimando dispositivos de control que, aunque se presentan bajo un discurso terapéutico, funcionan materialmente como instrumentos de exclusión y normalización. De ahí que la peligrosidad sea un criterio inexorable para la individualización de la medida de seguridad en el Perú cuestión que abordaremos más adelante.

En consecuencia, puede colegirse que la exclusión se consolida como una sofisticada tecnología jurídica que permite al derecho penal operar más allá de sus propios designios, prerrogativas e, incluso, promesas garantistas. Ello no implica propugnar el abandono o la deslegitimación del modelo garantista, sino someterlo a un examen crítico, pues, como señala Karl Popper (1991), “[l]a crítica de nuestras conjeturas es de importancia decisiva: al poner de manifiesto nuestros errores, nos hace comprender las dificultades del problema que estamos tratando de resolver” (p. 13).

VI. GENEALOGÍA DE LAS TECNOLOGÍAS DE CASTIGO: DEL SUPLICIO AL ENCIERRO DISCIPLINARIO

Resulta que *Vigilar y castigar* se ha convertido en un referente en la sociología del castigo. Precisamente, Foucault deconstruye genealógicamente la transformación de las formas punitivas en el devenir histórico y comienza su análisis con el paradigma del suplicio, ejemplificado en el célebre caso de Damiens¹⁰, donde se observa, en principio, cómo se infringía el dolor hacia al cuerpo, ya sea lacerando, mutilando, cercenando, torturando, y una vastedad de gerundios, que legitiman la cosmovisión punitiva de la época. Pues, la tecnología punitiva, en ese tiempo, se resumía en un simple término: “suplicio”. Que en palabras de Foucault (2002) era el “arte cuantitativo del sufrimiento” o “un arte de retener la vida en el dolor” (p. 33). La justicia era el suplicio, y esta justicia equivale a la verdad y al poder soberano (Foucault, 2002, p. 52), que no puede ser meramente comprendido como aquel insulso acto de barbarie, pues su ejecución responde al más metódico orden. Es decir, aquel ritual estaba

¹⁰ En 1757, Robert-François Damiens fue condenado al suplicio público por intentar contra el rey Luis XV. Su ejecución ejemplifica la forma extrema del castigo soberano, orientada a la exhibición del poder mediante la destrucción ritual del cuerpo del condenado.

supeditado a ciertas reglas o procedimientos¹¹, que se traducían en “dar un suplicio lento y agonizante que haga las veces de prevención general, para quienes pretendan infringir la ley, un teatro del horror” (Campos, 2011, p. 633).

Ergo, esa forma de castigo pasa a un segundo plano, que Foucault (2002) denominará “rituales modernos de la ejecución capital”, en los cuales se encuentra constituidas la “desaparición del espectáculo” y la “anulación del dolor” (p. 14), que, dicho sea de paso, serán implementados por las legislaciones europeas, optando por apagar, de una vez por todas, ese fuego denominado vida, sin dolor ni sufrimiento alguno¹². Era la pena de muerte que su ejecución suscitaba problemas, pues por su rasgo instantáneo, “apenas produce pavor en quien la sufre” (García Ramírez, 2000, p. 48).

Años más tarde, expone cómo las modalidades del castigo experimentan una transformación radical en el transcurso de aproximadamente tres cuartos de siglo, y recurre al *Reglamento para la Casa de Jóvenes Delincuentes de París* como evidencia de este cambio. Dicho reglamento ya no se centra en la descripción de tormentos físicos, sino en la regulación detallada de la vida cotidiana y, especialmente, en la administración y el control del tiempo (Campos, 2011).

Una respuesta ortodoxa a ese cambio de cosmovisión punitiva —como señalaba Campos (2011)— es aquella que encuentra sus raíces en “la ilustración y la reforma humanista” (p. 634), en ese cambio de cosmovisión que pertrechará a toda Europa con sus designios humanistas, henchidos de un ferviente raciocinio capaz de socavar cualesquiera de los pensamientos y prerrogativas concerniente al antiguo régimen, trayendo consigo cambios significativos tanto en la vida política como en la social. Ahora bien, esa iluminación que ostentarán aquellos hombres deviene de la propugnación de nuevas interpretaciones del castigo, que darán como resultado la abolición del espectáculo del horror, del burdo teatro del suplicio que acostumbra al pueblo a la violencia, y, por consiguiente, “la atenuación de la severidad penal” que se tornará como “un fenómeno cuantitativo [propalando] menos crueldad, menos sufrimiento, más benignidad, más respeto, más humanidad” (Foucault, 2002, p. 18).

Por ello, desde la perspectiva reformadora, desde ahora el objeto y destinatario de la preocupación punitiva será el “alma”. El cuerpo humano —novedosamente— pasará, desde ahora, a ocupar un lugar secundario y meramente instrumental, como ocurre en la privación de libertad donde se procura cercenar el sufrimiento físico, evidenciando una penalidad de carácter incorporeal. En síntesis, “se requiere reformar la conducta, los instintos, las intenciones” (Carrasco, 2007, p. 6).

¹¹ El suplicio se organizaba conforme a un **código jurídico del dolor**, que correlacionaba el tipo de perjuicio corporal, la intensidad y duración del sufrimiento con la gravedad del delito, la persona del delincuente y la condición de la víctima. La pena no se aplicaba de manera arbitraria, sino que estaba **calculada según reglas precisas**, que determinaban la modalidad del castigo, su duración, el tipo de mutilación o incluso el momento de una eventual “intervención compasiva”. El suplicio, además, formaba parte de un **ritual punitivo**, en el que la escenificación pública, los instrumentos de ejecución y la figura del verdugo cumplían una función simbólica de afirmación del poder punitivo (Foucault, 2002, pp. 33 y 34).

¹² El instrumento de ejecución adoptado por la Convención Nacional durante la Revolución francesa, concebido bajo un discurso orientado a la humanización del castigo mediante la promesa de una muerte rápida, fue la guillotina. A través de este mecanismo fueron ejecutados, en procesos separados, el rey Luis XVI y posteriormente su esposa, María Antonieta, como una expresión del nuevo orden político revolucionario. Cfr. Davies, P. (2015). *La revolución francesa*. Alianza editorial. Para Foucault (2002) dicho instrumento fue “el mecanismo adecuado a tales principios [...] En ella, la muerte queda reducida a un acontecimiento visible, pero instantáneo” (p. 15).

Como es sabido Beccaria (2015) entendía que debía de existir una mejor forma de castigar, cuyas modalidades no residan en asestar las mismas acciones repudiabiles ensimismo condenadas. Había que mirar hacia el futuro, pertrechar a las gentes con un novedoso instrumento de castigo que sea prolongado, constante y sea resonante. De ahí que la abolición de la pena de muerte haya estado ligada al inexorable desarrollo de la prisión: una pena más eficaz, aunado a los trabajos forzados y a la —se podría inferir— esclavitud perpetua. Y es que, aunque Beccaria haya impulsado la humanidad de las penas, no necesariamente signifique su vocación por la humanización de las cárceles. La función principal de las cárceles según el milanés nunca estuvo dirigida hacia el delincuente, sino en enviar un mensaje a los ciudadanos, en tanto la prisión “atemoriza más a quien la ve que a quien la sufre” (Beccaria, 2015, p. 59).

Posteriormente, el rumbo del debate comenzó a desdibujar: ya no se trataba únicamente de determinar qué penas debían imponerse, sino también de establecer cómo debía organizarse la prisión. Estos postulados encontrarían respaldo en los diseños de John Howard (2005), quien en su obra *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*, emprendió la imperiosa tarea de “aliviar la desgracia de los pobres deudores y de otros prisioneros” (p. 198), describiendo las deplorables condiciones de los establecimientos penitenciarios que visitó y proponiendo reformas destinadas a garantizar condiciones mínimas de higiene, orden y trato digno para los reclusos. De esta forma, Beccaria contribuyó a la “humanización de las penas”, Howard, impulsó la “humanización de la institución penitenciaria”.

En suma, la prisión moderna surge de ambos pensamientos humanísticos y/o ilustrados: por un lado, la crítica a los castigos crueles y desproporcionados; por otro, la reforma de las cárceles como espacios sometidos a criterios de racionalidad, disciplina y respeto mínimo por la dignidad humana. Así, la privación de libertad terminó consolidándose como la principal respuesta penal de la modernidad.

VII. LA PRISIÓN COMO TECNOLOGÍA DISCIPLINARIA: APROXIMACIONES CRÍTICAS A LOS ORÍGENES DEL ENCIERRO MODERNO

Una interpretación tradicional de la historia del derecho penal —como habíamos señalado— suele asociar el surgimiento de la prisión con el proceso de humanización impulsado por la Ilustración y el abandono progresivo de las penas corporales. Sin embargo, diversos autores han cuestionado que la consolidación de la prisión pueda explicarse únicamente como una manifestación del progreso humanista.

Por su parte, David Garland (1999) cuestiona las explicaciones exclusivamente economicistas. Si bien no desconoce la relevancia de los factores materiales, sostiene que la evolución de las instituciones penales también debe analizarse a partir de variables políticas, culturales e institucionales. En ese sentido, la consolidación de la prisión se encontraría vinculada al desarrollo del Estado moderno, puesto que este implicó la construcción de nuevas formas de autoridad y el surgimiento de preocupaciones por el control social propias de la modernidad.

Las perspectivas expuestas nos demuestran, en efecto, que el origen de la prisión moderna ha sido explicado desde distintitos enfoques entre los cuales los más recurrentes son los económicos, sociológicos y culturales. No obstante, para los fines de la presente investigación resulta especialmente relevante la propuesta desarrollada por Michel Foucault,

quien desplaza el análisis hacia las relaciones de poder y los mecanismos de disciplina que acompañan la formación de las instituciones modernas.

Desde una perspectiva genealógica, Foucault sostiene que la transición del suplicio hacia la prisión no puede comprenderse exclusivamente a través de las teorías ortodoxas sobre el repentino avance de la humanidad y su consiguiente desarrollo impulsado por las corrientes iluministas, sino como parte de una deconstrucción histórica de las relaciones de poder propias de la sociedad disciplinaria en la que el castigo se convierte en una técnica de control, vigilancia y normalización. De esta forma, ese indómito espectáculo acaecerá, finalmente, en una tergiversación en la tecnología del castigo: la ortopedia social. La internación y/o detención normalizada, el asedio que suscitan las paredes y rejas —en general, las prisiones y cárceles—, operan como dispositivos de un control y vigilancia dobles, dirigidos tanto al cuerpo como al alma. Intentando producir así, sujetos dóciles, productivos y “normales”. Asimismo, es preciso recalcar que según Campos (2010), Foucault:

[...] afirma que no es posible separar el nacimiento de las instituciones sociales (ejército, fábrica, escuela y clínica) de las formas de poder. La prisión, como principal forma de castigo legal, en el siglo XIX, hace hincapié en la disciplina corporal mediante técnicas de vigilancia real o aparente. La prisión nació por la aparición de una sociedad disciplinaria y su articulación subsiguiente del poder, no por la buena voluntad de quienes pretendían humanizar el derecho penal. (p. 634)

En esa línea, Foucault (2002) advierte que lo que emerge con la prisión no es simplemente una pena más benigna, sino “una verdadera empresa de ortopedia social”, inserta en una “tecnología nueva” destinada a producir individuos “dóciles y útiles” (p. 211). En efecto, la prisión no debe entenderse como mera privación de libertad, sino como un dispositivo técnico de transformación: desde sus orígenes fue una “detención legal encargada de un suplemento correctivo”, una especie de empresa orientada a la modificación de los individuos dentro del sistema jurídico (Foucault, 2002, p. 213).

Esta constatación permite enlazar con mayor fuerza la idea de que el encierro no nace como consecuencia natural del derecho penal moderno, sino como una tecnología de poder que posteriormente será apropiada por él. Por consiguiente, la prisión puede entenderse como la institucionalización de una lógica disciplinaria que ya existía previamente, dando paso a entender así que —como se desarrollará en el apartado siguiente— el *confinamiento operó antes que la pena moderna, no primordialmente como respuesta al delito, sino como instrumento de gestión social de la diferencia, la pobreza y la improductividad*.

Para ejemplificar esta tesis, resulta necesario examinar, a través de la obra *Historia de la locura en la época clásica*, la precedencia histórica del denominado “encierro” o “confinamiento” respecto de la prisión moderna.

Para ello, sería oportuno en primer lugar, desglosar el contexto histórico de cómo era entendida la locura en el devenir social, logrando así deslegitimar el planteamiento tradicional de que la privación de la libertad, responde a las prerrogativas del derecho penal moderno.

Precisamente, Foucault distingue tres épocas en el tratamiento o la compresión de la locura: la Edad Media, el Renacimiento y la Época clásica¹³.

En la Edad Media el loco era tratado con benevolencia o caridad, como cualquier otro pobre o miserable, con el debido respeto que merecía la caridad cristiana eran “los llamados “tontos de Dios” [...] tolerados e integrados con compasión dentro de la comunidad” (Macías *et. al*, 2025). Asimismo, la respuesta social frente a dichas personas era de exclusión y caridad. Por otro lado, en el renacimiento la locura adquiere una visibilidad inédita y se integra simbólicamente en la cultura: el loco circula por la ciudad¹⁴, ocupa un lugar central en el arte y la literatura, y encarna una experiencia ambigua que no se opone radicalmente a la razón, sino que la interpela y la desestabiliza, siendo portador de una verdad trágica o irónica sobre el mundo; el loco no es solamente respetado, dirá Foucault (2015), pues hay cierta admiración por su ingenio, su creatividad o su forma de razonar diferente al mundo, así lo expresa el rey Liar, Otelo o cualquier obra de Shakespeare y, obviamente, la obra Cervantes de Saavedra, *Don quijote de la Mancha*¹⁵. Finalmente, en la época clásica se produce un giro completamente distinto, entre los siglos XVII y XVIII, el Estado absolutista francés despoja a la Iglesia del control de la asistencia social para instituir una red de internamiento netamente civil y policial.

Un antecedente fundamental de este proceso se encuentra en el Edicto Real del 27 de abril de 1656, mediante el cual el rey Luis XIV, decretó la fundación del Hospital General de París. Este mandato real inauguro la llegada de los “primeros momentos del encierro”, al establecer una política de confinamiento dirigida contra aquellas personas consideradas socialmente improductivas o perturbadoras del orden público. En efecto, “la mendicidad y la ociosidad, en un primer momento, eran considerados como las fuentes de todos los desórdenes y males”, justificándose así la creación de una institución destinada a controlar y recluir a determinados sectores de la población.

La naturaleza excluyente de esta medida se evidencia en el propio contenido del edicto, que establecía expresamente:

Hacemos muy expresas inhibiciones y prohibiciones a todas las personas, de todo sexo, lugar y edad, de cualquier calidad y nacimiento, en cualquier estado en que puedan encontrarse, válidos o inválidos, enfermos o convalecientes, curables o incurables, de mendigar en la ciudad y barrios de París, ni en las iglesias, ni en las puertas de ellas, ni en las puertas de las casas, ni en las calles, ni en otro lado públicamente, ni en secreto, de día o de noche [...] so pena de látigo la primera vez; y la segunda, irán a galeras los que sean hombres o muchachos, y mujeres y muchachas serán desterradas. (p. 110)

¹³ Entendemos que para Foucault época clásica es lo que nosotros llamaríamos modernidad, es decir, el periodo prerrevolución francesa siglo XVII y XVIII.

¹⁴ Según Macías *et. al*. (2025) “En el Renacimiento, la obra *La nave de los locos* de Sebastian Brant (1494) y la pintura homónima de *El Bosco* retratan con ironía el desvarío de la sociedad, donde los locos y los irracionales navegan sin rumbo, alejados de la razón” (p. 13).

¹⁵ Foucault (2015) sostiene que, entre los siglos XVI y XVII, la locura es progresivamente incorporada al interior de la razón como una de sus propias figuras, perdiendo su carácter trágico para convertirse en un objeto de reflexión crítica, moral y literaria. En este proceso, la literatura —especialmente en Shakespeare y Cervantes— expresa una ambivalencia fundamental: la locura es, al mismo tiempo, objeto de burla y de admiración, asociada tanto al extravío como a una forma singular de lucidez, ingenio y creatividad que revela las tensiones internas de la razón moderna (pp. 64-70).

Es así como se puede avizorar la llegada de una nueva racionalidad focalizada en el orden, la disciplina y la normalización, que exige una rigurosa escisión entre razón y sinrazón. En este sentido, consideramos que el encierro se presenta menos como una sanción jurídica y más como una medida económica y de precaución social —a la cual se aparejaban constantes castigos— orientada a preservar el orden urbano y moral. Foucault (2015) lo expresa con sobresaliente claridad:

El confinamiento es una creación institucional propia del siglo XVII. Ha tomado desde un principio tal amplitud, que no posee ninguna dimensión en común con el encarcelamiento tal y como podía practicarse en la Edad Media. Como medida económica y precaución social, es un invento. Pero en la historia de la sinrazón, señala un acontecimiento decisivo: el momento en que la locura es percibida en el horizonte social de la pobreza, de la incapacidad de trabajar, de la imposibilidad de integrarse al grupo; el momento en que comienza a asimilarse a los problemas de la ciudad. (pp. 126 y 127)

De ahí que el filósofo francés indique que: “El clasicismo ha inventado el internamiento casi como la Edad Media ha inventado la segregación de los leprosos; el lugar que éstos dejaron vacío ha sido ocupado por nuevos personajes en el mundo europeo: los internados” (Foucault, 2015, p. 88). Que se constituirán en el loco, el mendigo, el vago y el libertino, compartiendo un mismo destino institucional, no por haber infringido una norma jurídica, sino por desviarse de un ideal de racionalidad y conducta socialmente aceptable.

1. El Hôpital Général y el poder de los directores

De este modo, el encierro se configura como un dispositivo de ordenamiento social orientado a gestionar la pobreza, la improductividad y la imposibilidad de integración, antes que como una sanción jurídica propiamente dicha. A partir de este precepto real, Foucault articula una rigurosa construcción genealógica sobre la estructuración del hospital y las potestades excepcionales otorgadas a sus autoridades quienes. Este modelo significó el inicio de un nuevo régimen de exclusión; de es este “gran encierro” que no se justificaba en términos curativos, sino morales, económicos y jurídico-policial. La locura fue progresivamente despojada de su dimensión trágica o simbólica —propia del Renacimiento— para ser reducida a una simple falla moral y a una incapacidad de trabajo. De esta forma, el encierro comenzó a presentarse como una forma de cuidado, cuando en realidad operaba como una estrategia de control, siendo el hospital, el asilo y posteriormente la prisión espacios de observación permanente, donde el sujeto era clasificado, examinado y corregido. Pues para dicho pensador francés, queda claro que el Hôpital General no es un establecimiento médico, sino:

Es más bien una estructura semijurídica, una especie de entidad administrativa, que al lado de los poderes de antemano constituidos y fuera de los tribunales, decide, juzga y ejecuta. Para ese efecto los directores tendrán estacas y argollas de suplicio, prisiones y mazmorras, en el dicho hospital y lugares que de él dependan, como ellos lo juzguen conveniente, sin que se puedan apelar las ordenanzas que serán redactadas por los directores para el interior del dicho hospital; en cuanto a aquellas que dicten para el exterior, serán ejecutadas según su forma y tenor, no obstante que existan cualesquiera oposiciones o apelaciones hechas o por hacer, y sin perjuicio de ellas, y no obstante todas las defensas y parcialidades, las órdenes no serán diferidas. (Foucault, 2015, pp. 82 y 83)

La comprensión de las facultades o poderes coercitivos de los directores, en dicha época, será de suma importancia, puesto que nos permite comprender la magnitud de potestades punitivas y el copioso control que se ejercía hacia dichos grupos estigmatizados. Y es que, dichos directores:

[...] ejercen sus poderes no solamente en las construcciones del hospital, sino en toda la ciudad de París, sobre aquellos individuos que caen bajo su jurisdicción. Tienen todo poder de autoridad, de dirección, de administración, de comercio, de policía, de jurisdicción, de corrección y de sanción, [...] tanto dentro como fuera del Hôpital Général. (Foucault, 2015, p. 82)

Lo que aquí se pone en evidencia —desde la filosofía del derecho penal— es que el encierro precede históricamente al castigo legal. Por lo que, desde la perspectiva foucaultiana, la privación de libertad no surge originariamente como una pena jurídica orientada a retribuir o sancionar conductas ilícitas, sino como un dispositivo disciplinario y de policía destinado a corregir, normalizar y producir sujetos dóciles y socialmente útiles. Es así que nuestra tesis es que solo con posterioridad, el derecho penal moderno incorporará esta técnica de confinamiento y la legitimará bajo el discurso del castigo legal y las garantías procesales.

Entonces, podemos sostener que la locura no comenzó a ser tratada únicamente cuando fue mejor comprendida, sino también cuando se convirtió en un problema susceptible de ser administrado por el poder. Así, con el devenir de los finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, con la consolidación de la psiquiatría —de la mano de las reformas psiquiátricas de Pinel en Francia y Tuke en Inglaterra— como saber médico especializado, la locura comenzó a ser reinterpretada bajo categorías clínicas y terapéuticas, llegando según Rodríguez Vásquez (2016b) el médico y la medicina —y ya no el sacerdote y la religión— a ser los actores principales del proceso de erradicación de diferencias (p. 15). Sin embargo, esta medicalización no significó necesariamente el reconocimiento del loco como un sujeto pleno de derechos. Por el contrario, en determinados contextos, la identificación de la enfermedad mental y de la peligrosidad asociada a ella permitió justificar medidas de internamiento y custodia, incluso al margen de la responsabilidad penal ordinaria. De este modo, el saber psiquiátrico comenzó a ocupar un lugar relevante en la relación entre enfermedad mental, responsabilidad jurídica y control social, al proporcionar criterios médicos para determinar la capacidad, la imputabilidad y, en ciertos casos, la necesidad de internamiento del individuo. De ahí que, sobre importancia la opinión de estos actores principales, quienes “se pronunciaban no solo sobre la terapia, sino también sobre el destino de la persona y la determinación de sus derechos” (Rodríguez Vásquez, 2016b, p. 15). Por ello, podemos avizorar cómo este establecimiento jurídico-policial denominado hospital se adecuará en el devenir del tiempo a las funciones de curación y rehabilitación, sin dejar de lado, no obstante, el internamiento, el control y la vigilancia, pues estas fueron sus potestades inherentes, llamadas a regular a los sujetos anormales con la subsiguiente consigna de normalizarlos a través de tecnologías imbuidas de saberes psiquiátricos destinadas a la transformación e internamiento.

VIII. DEL CASTIGO AL CONTROL: SABER, PODER Y NORMALIZACIÓN

Cuando el derecho penal incorpora la prisión como pena central, no inventa una institución nueva, sino que juridifica una práctica preexistente de exclusión; pues, debemos de entender que la prisión no nace como una respuesta proporcional al delito, sino como la formalización jurídica de un mecanismo de control social ya consolidado. Esto se debe a que castigar es una función formalizada que se coordina o articula con otras prácticas sociales como

curar, educar, instruir o hacer trabajar, lo que confirma que la prisión no introduce una lógica nueva, sino que sistematiza jurídicamente un dispositivo de control ya existente.

Asimismo, lo expuesto nos conduce inevitablemente a formularnos una serie de interrogantes fundamentales, tales como: ¿dónde reside realmente el poder: en las instituciones visibles que lo administran o en las lógicas invisibles que las atraviesan y las hacen operar de manera semejante?, ¿cómo explicar que espacios aparentemente diferentes como la prisión, la escuela o el hospital produzcan efectos análogos de vigilancia, disciplina y normalización, aun cuando sus fines declarados sean heterogéneos? ¿Por qué funciones como castigar, educar o curar terminan articulándose con dispositivos espaciales y temporales comparables, pese a no haber nacido históricamente de forma conjunta?

Estas preguntas conducen, precisamente —como advierte Deleuze (1987) en su lectura de Foucault—, a desplazar el análisis del poder desde las formas institucionales visibles hacia una dimensión más profunda y abstracta, a lo que denomina *maquinaria abstracta*. En este sentido, el poder no reside propiamente en las instituciones mismas, pues no se agota en ellas, sino en *diagramas* que organizan cuerpos, conductas y relaciones, y que solo posteriormente se encarnan en formas concretas como la prisión, la escuela o el hospital.

IX. LA INIMPUTABILIDAD EN EL DERECHO PENAL PERUANO: GESTIÓN JURÍDICA DE LA PELIGROSIDAD Y EXCLUSIÓN TERAPÉUTICA

1. La inimputabilidad y las medidas de seguridad en el Código Penal peruano

El análisis histórico desarrollado en los apartados precedentes permite sostener que las lógicas de exclusión descritas por Foucault no constituyen fenómenos superados, pues dichas “racionalidades” continúan operando, aunque bajo nuevas formas institucionales y discursivas. En este contexto, la regulación de la inimputabilidad en el derecho penal peruano ofrece un escenario particularmente revelador para examinar la persistencia contemporánea de tales mecanismos. En efecto, aunque el ordenamiento jurídico presenta la inimputabilidad y las medidas de seguridad como instituciones orientadas a la curación, tutela y rehabilitación de las personas con trastornos mentales, su funcionamiento práctico evidencia la subsistencia de dispositivos de control centrados en la gestión de la peligrosidad y la neutralización preventiva de sujetos considerados anormales.

En principio, según el maestro Villavicencio (2019), la inimputabilidad obedece al estudio de “ciertas condiciones mínimas —psíquicas y físicas— que le permitan comprender la antijuridicidad de su acción y poder adecuar su conducta a dicha comprensión” (p. 594). Al respecto, según Villacorta (2021) el abogado penalista César Nakazaki Souza indico que, “para que una persona sea penalmente responsable dentro de los requisitos de capacidad de culpabilidad o imputabilidad, debe ser mayor de edad y tener un adecuado concepto de la realidad”.

Basándonos exclusivamente en las “condiciones psíquicas” y en la exigencia de ostentar un “adecuado concepto de la realidad”, al interpretar el art. 20.1 del Código Penal peruano, se establece que inimputable es quien, por una alteración mental grave, no comprende la ilicitud de su conducta o no puede actuar conforme a dicha comprensión. Desde una perspectiva clásica, esta disposición supondría la exclusión de toda consecuencia penal, en tanto no existe culpabilidad. Sin embargo, el propio sistema introduce inmediatamente una

forma alternativa de privación de libertad a través de las medidas de seguridad, específicamente el internamiento psiquiátrico regulado en el artículo 74 del mismo cuerpo normativo. De este modo, el inimputable no es condenado, pero tampoco es verdaderamente absuelto: queda atrapado en un espacio jurídico ambiguo, situado entre el castigo y el tratamiento.

2. Naturaleza y fines de la medida de seguridad de internamiento

2.1. Las corrientes doctrinarias sobre la finalidad del internamiento

Precisamente, en el Perú la medida de seguridad constituye un supuesto específico de consecuencia jurídica prevista en el CP; asimismo, en el art. 71 del CP precisa que existen dos clases de medida de seguridad: la de internamiento en un centro hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado para fines “terapéuticos o de custodia” y la de tratamiento ambulatorio dirigida a imputables relativos con fines “terapéuticos o de rehabilitación”. Para efectos de nuestra investigación nos centraremos en la primera.

2.1.1. La postura de la doble finalidad (terapéutica y de custodia)

El internamiento como señala Rodríguez Sánchez (2016a) tiene “una finalidad doble y alternativa: por un lado, la finalidad terapéutica; por otro lado, la de custodia”. (p. 152). El mismo Poder Judicial en su Resolución Administrativa N.º 336-2011-P-PJ, 20 de junio del 2011, ha mencionado que la medida de seguridad de internación está orientada hacia fines terapéuticos y de custodia. El primero obedece a ponerle énfasis a la mejora del estado de salud, es decir, curarlo a tal punto que deje de ser un sujeto peligroso; mientras que el fin de custodia atañe a cuestiones preventivas, pues la inocuización de la persona con deficiencia mentales encuentra su sentido en la protección de la sociedad. Por su parte, el R. N. N.º 754-2020 Lima, 3 de junio del 2022, nos dice la finalidad de la medida de seguridad es curativa, tutelar y de rehabilitación. Este criterio lo comporten la mayoría de la doctrina representada por Villavicencio (2019) y Villa Stein (2008) quienes sostienen que la finalidad de la medida de seguridad es preventiva y resocializadora (p. 75; p. 521). Finalmente, y en esa misma línea, el máximo intérprete de la Constitución en su Exp. N.º 8815-2005-PCH/TC Lima, 17 de enero del 2006, en su f. j. n.º 5, arguye que desde la “perspectiva del derecho constitucional” la medida de seguridad “persigue evitar la comisión de futuros delitos”, así como también de “la recuperación de la persona” —en virtud de lo que la Constitución prescribe sobre la dignidad de la persona—.

2.1.2. La postura del funcionalismo sistémico (inocuización y neutralización)

Por otro lado, hay quienes superponen el fin inocuizador o de custodia, sobre el fin terapéutico o curativo, pues según García Caveró (2012) las medidas de seguridad se sustentan en el criterio de la peligrosidad. Y es que, “[e]ste criterio orienta la actividad asegurativa y coercitiva de la Administración Pública en atención al bien común” (p. 904), considerando a los inimputables como fuentes de peligro, siendo importante su neutralización o inocuización. Estos postulados se cimientan en los designios de Jakobs (1996), quien describe que la neutralización de sujetos no competentes es importante, puesto que el inimputable, al no ostentar con la capacidad de comprender el significado normativo de su conducta ni de comunicarse en términos jurídico-penales, no se encuentra en condiciones de restablecer la vigencia de la norma mediante la imposición de una pena. En consecuencia, la finalidad de la medida de seguridad no radica en la reafirmación del orden jurídico, sino en la neutralización

del peligro que representa el sujeto. Al respecto, el R. N. N.º 2375-2009 Cusco, 26 de enero del 2010, en su fundamento tercero, establece que:

[U]no de los fundamentos de las medidas de seguridad radica en que existen sujetos que no ofrecen la fiabilidad cognitiva para ser tratados como personas en Derecho, o como sujetos que no muestran en conjunto una línea de vida que permita concluir que serán fieles al Derecho [...]; en este sentido, la necesidad de heteroadministrar implica que la persona portadora de derechos y deberes incumple de manera obstinada determinados deberes, por lo que ya no puede ser tratada como tal ni igual que a los demás, no significando ello que se genere una discriminación, sino que se le priva de derechos para neutralizarla como fuente de peligro, [...]

En suma, se colige que, aunque en el Perú se utiliza con frecuencia la postura de la finalidad doble (terapéutica y de custodia), tanto en jurisprudencia como en doctrina. Por otro lado, coexiste otra perspectiva en la que el inimputable es percibido como una fuente de peligro; por consiguiente, la medida de seguridad debe de atender también a fines de inocuización o neutralización.

3. La peligrosidad criminal como presupuesto de imposición y la subordinación al saber psiquiátrico

Es sabido que la peligrosidad constituye el criterio fundamental para la imposición de las medidas de seguridad. Al respecto, la jurisprudencia nacional ha precisado que la peligrosidad criminal exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito justifica la imposición de una medida de seguridad de internamiento. Así, el Recurso de Nulidad N.º 754-2020, Lima Norte, de 3 de junio de 2022, en su fundamento decimotercero, citando la Sentencia del Tribunal Supremo español N.º 3867/2017, de 25 de octubre de 2017, señala que: “La peligrosidad criminal del acusado, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito, demanda la imposición de la medida de seguridad en su modalidad de internación”.

En esa misma línea, Villa Stein (2008) sostiene que la “peligrosidad criminal” constituye la génesis y el fundamento de las medidas de seguridad. Este juicio de peligrosidad, sin embargo, no se determina exclusivamente a partir de criterios jurídicos, sino que depende de saberes especializados, particularmente de la psiquiatría. De ahí que el informe pericial psiquiátrico adquiera una importancia decisiva para diagnosticar el estado de salud mental del imputado y valorar el riesgo de una eventual reincidencia.

En nuestra opinión, en el ordenamiento peruano la peligrosidad del inimputable opera como un criterio abierto, indeterminado y eminentemente técnico, cuya delimitación queda, en gran medida, en manos del saber psiquiátrico. Como explica Nakasaki Sousa:

[...] la ley primero procede con un examen psiquiátrico y psicológico por parte de Medicina Legal para verificar su estado mental. Con el resultado positivo, se le descarta la investigación penal y se le apertura un proceso de reclutamiento o aseguramiento para que se le dicte una medida de seguridad en un centro especializado o el que tenga que llevar un tratamiento ambulatorio que depende del grado de incapacidad (Villacorta, 2021).

En consecuencia, el juez deja de decidir únicamente sobre la base de parámetros jurídicos y pasa a fundamentar su decisión en informes periciales que clasifican al sujeto, pronostican su comportamiento futuro y sirven de sustento para justificar la imposición —incluso la prolongación— de una medida de seguridad privativa de libertad.

3.1. ¿La peligrosidad constituye un criterio válido para legitimar las medidas de seguridad?

Asimismo, se nos evoca otra interrogante: ¿acaso la peligrosidad cumple con fines terapéuticos? Frente a esto, se deduce que la peligrosidad no busca curar ni tratar a la persona, sino determinar a quién se debe aislar u objetivizar en aras de proteger a la sociedad (fin neutralizador). Este fin resulta completamente ilegítimo, pues contraviene de manera directa los pilares de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). En primer lugar, vulnera el art. 3 de la Convención, el cual consagra el respeto a la dignidad inherente y la autonomía individual; tratar al individuo como una “fuente de peligro” a neutralizar lo reduce a la condición de objeto de protección social, despojándolo de su valor como sujeto de derechos y fin en sí mismo —como también estipula nuestra Constitución—. En segundo lugar, contraviene el art. 14, precepto que establece que la existencia de una discapacidad en ningún caso justificará la privación de la libertad, por lo que recurrir a la peligrosidad para imponer un internamiento forzado constituye un acto discriminatorio. Finalmente, la peligrosidad tampoco puede escudarse en un pretendido “fin curativo”, pues el art. 12 (igualdad en la capacidad jurídica) y el art. 25 de la CDPD exigen que todo tratamiento de salud se base en el consentimiento libre e informado. Esta crítica encuentra un sólido respaldo analítico desde una perspectiva foucaultiana: la peligrosidad nunca fue una categoría médica ni científica, sino un artificio del poder psiquiátrico-penal para construir la figura del “individuo peligroso” y desplazar el juicio penal desde el acto cometido hacia la virtualidad del sujeto. De este modo, la supuesta finalidad terapéutica del internamiento opera simplemente como la máscara humanista de una tecnología biopolítica de encierro y segregación destinada a administrar a los considerados “anómalos”. Por consiguiente, como diría Rodríguez Sánchez (2016a) al ser la neutralización un fin incompatible con la Convención y con la dignidad humana, el criterio de la peligrosidad debe ser completamente erradicado del Derecho penal (p. 159).

4. La práctica institucional peruana: la persistencia del internamiento como mecanismo de control

En la práctica, ello ha dado lugar a internamientos prolongados e incluso indefinidos, muchas veces superiores a la pena que habría correspondido de haber sido declarado imputable. Informes de la Defensoría del Pueblo han advertido que numerosas personas declaradas inimputables permanecen internadas pese a contar con alta médica, debido a la falta de revisiones judiciales oportunas o a la inexistencia de alternativas institucionales adecuadas (Defensoría del Pueblo, 2020). Pues, “se ha podido corroborar que los jueces y las juezas imponen medidas de seguridad de internamiento por periodos prolongados que van desde un año hasta un plazo indeterminado” (Defensoría del Pueblo, 2018, p. 190). Lo que podemos inferir al respecto de este caso es que se trastoca diversos principios fundamentales que propugna un Estado constitucional de derecho, como la legalidad, la libertad personal y la prohibición de sanciones desproporcionadas.

Esta situación se agrava por las graves deficiencias estructurales del sistema de salud mental forense en el Perú. Si realizamos una enumeración de las diversas deficiencias que persisten en nuestro sistema estatal, podemos observar, entre muchas otras, que la escasez de

hospitales psiquiátricos especializados, la insuficiencia de personal médico y la limitada infraestructura destinada a la ejecución de medidas de seguridad dificultan seriamente el cumplimiento de los fines de curación y rehabilitación previstos por la ley. Aunado a ello, aparece sorprendentemente un fenómeno que nos resulta particularmente preocupante: la presencia de personas con trastornos mentales en establecimientos penitenciarios ordinarios. Ciertamente, aunque no todos estos casos corresponden a sujetos declarados inimputables, su situación evidencia con notable claridad las carencias estructurales que ostentamos.

En efecto, la Defensoría del Pueblo (2020) advirtió que en las cárceles peruanas existen personas con trastornos mentales que no reciben atención especializada adecuada, registrándose una relación extremadamente reducida de profesionales de salud mental respecto de la población que requiere tratamiento. Asimismo, según información del INPE, en 2021 se registraron más de 1 000 internos con problemas de salud mental en establecimientos penitenciarios, quienes dependían de una capacidad asistencial claramente insuficiente. En ese momento, la Subdirección de Salud Penitenciaria del INPE contaba únicamente con dos psiquiatras y cuatro psicólogos para atender dicha demanda, circunstancia que limitaba gravemente el acceso a tratamientos adecuados (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2021).

La gravedad de esta situación se hace aún más evidente si se considera que la propia Subdirección de Salud Penitenciaria identificó a 104 personas privadas de libertad declaradas inimputables (98 varones y 6 mujeres) (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2021, p. 21). Este dato revela que, pese a la especial situación jurídica de estos sujetos y a las finalidades terapéuticas que justifican la imposición de medidas de seguridad, el Estado continúa enfrentando serias dificultades para garantizar una atención especializada compatible con los principios de dignidad humana, tratamiento adecuado y rehabilitación efectiva.

5. La contradicción entre el discurso terapéutico y la realidad institucional

Esta situación nos dice que, como Estado, no cumplimos, ni mucho menos realizamos las prerrogativas que en teoría propugnamos: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad [...]” (art. 1 de la Constitución), así como “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos” (art. 44 de la Constitución). ¿Qué sentido adquieren estas declaraciones cuando el ordenamiento penal permite la privación de libertad sin culpabilidad y sin horizonte temporal definido?

Asimismo, no deja de resultar problemático que el propio Código Penal afirme, en su artículo IX del título preliminar, que “[...] las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación.” ¿Hasta qué punto tales finalidades se realizan efectivamente en la práctica institucional? ¿No se trata, más bien, de una justificación discursiva que encubre una lógica de control y neutralización? ¿Puede hablarse genuinamente de curación allí donde el encierro se prolonga indefinidamente y el sujeto queda atrapado en una categoría de peligrosidad difícilmente reversible?

En consecuencia, la inimputabilidad, tal como funciona hoy en el derecho penal peruano, difícilmente puede entenderse como una verdadera excepción al poder punitivo. Más bien, aparece como una de sus manifestaciones más discretas y persistentes. Bajo el lenguaje de la curación, la tutela y la rehabilitación, el reproche fundado en la culpabilidad se desplaza hacia una lógica preventiva centrada en la peligrosidad, habilitando formas de encierro que se prolongan al margen de los límites clásicos del castigo penal. El inimputable no es sancionado

en sentido estricto, pero tampoco es apartado del control del sistema: es clasificado, administrado y neutralizado en nombre de la seguridad. Desde esta perspectiva, la inimputabilidad revela menos una garantía frente al castigo que un dispositivo de exclusión jurídicamente sofisticado, cuya legitimidad no puede darse por supuesta y exige ser repensada a la luz de los principios del Estado constitucional y del respeto irrestricto de la dignidad humana. ¿No obliga ello a interrogar críticamente la forma en que el derecho penal contemporáneo concibe la diferencia, la locura y la peligrosidad?

6. La persistencia del paradigma foucaultiano de exclusión

En ese sentido, advertimos de que el tratamiento penal de la inimputabilidad en el Perú reproduce una lógica históricamente identificable, puesto que, al igual que ocurría con el leproso medieval y el loco de la época clásica, el inimputable es apartado del cuerpo social no tanto por su conducta, sino por lo que representa o podría representar para el orden social. Así, podemos deducir que la diferencia consiste en que esta exclusión ya no se encuentra justificada en argumentos de naturaleza religiosa o moral, sino mediante un discurso técnico-jurídico y médico que presenta el internamiento como una medida racional, necesaria y humanitaria. Sin embargo, bajo dicha fundamentación aún persiste una finalidad punitiva, la cual se orienta a neutralizar a quienes son considerados anormales o peligrosos.

Por consiguiente, consideramos que el tratamiento jurídico de la inimputabilidad en el derecho penal peruano evidencia la permanencia de estructuras de exclusión que, aunque han experimentado transformaciones, conservan características funcionales semejantes a las descritas por Foucault. Y es que la inimputabilidad, concebida normativamente como una garantía frente a la imposición de una pena injusta, en la práctica opera como un mecanismo de control que permite la privación de la libertad sin culpabilidad, sin un límite temporal determinado y con un control jurisdiccional que frecuentemente resulta insuficiente. De este modo, advertimos que el tratamiento penal de la locura en el Perú confirma la vigencia de la crítica foucaultiana, debido a que el régimen jurídico de la inimputabilidad pone de manifiesto cómo el derecho penal contemporáneo puede construir y administrar categorías de anormalidad, consolidando una racionalidad punitiva orientada, antes que a la dignidad humana, a la preservación de la seguridad.

X. CONCLUSIONES

La presente investigación demuestra que el surgimiento de la prisión moderna no puede explicarse únicamente como resultado de los laureles de la “ilustración” o aquel proceso ilustrado de humanización de las penas; pues, si bien las reformas ilustradas favorecieron el abandono del suplicio y su consiguiente reemplazo por formas menos violentas de sanción, su consolidación respondió también a racionalidades de carácter económico, político y disciplinario, de modo que el encierro terminó por convertirse en un instrumento privilegiado de organización y control social.

Desde una perspectiva genealógica, advertimos que el encierro antecedió históricamente a la prisión como pena jurídica, pues instituciones como los leprosarios y, posteriormente, el “Gran encierro” demuestran que la exclusión de determinados grupos no surgió originalmente como una respuesta frente al delito, sino como una técnica orientada a administrar a quienes eran considerados peligrosos, improductivos o incapaces de integrarse al orden social. Por consiguiente, la prisión moderna debe entenderse como la juridificación de una tecnología de exclusión previamente consolidada.

Asimismo, sostenemos que la genealogía desarrollada por Michel Foucault permite identificar la permanencia de determinadas racionalidades de poder sin que ello implique establecer equivalencias históricas entre instituciones o sujetos. Y es que la analogía entre el leproso medieval y el inimputable contemporáneo no supone una identidad histórica, sino una continuidad funcional en los mecanismos de separación, vigilancia y gestión de personas sometidas a un régimen jurídico excepcional debido a su presunta peligrosidad o a su incapacidad para adecuarse a las exigencias de la normalidad social.

El análisis de la teoría del destinatario de la norma, desarrollada por Maier, pone de manifiesto que la inimputabilidad genera una tensión estructural dentro del derecho penal, debido a que la culpabilidad exige la capacidad del individuo para comprender el mandato normativo y actuar conforme a él. Sin embargo, cuando dicha capacidad se encuentra ausente, el fundamento tradicional del reproche penal desaparece; empero, el poder punitivo del Estado no se extingue, sino que se reconfigura mediante las medidas de seguridad, desplazando su fundamento desde la culpabilidad hacia la peligrosidad.

El examen del régimen peruano de la inimputabilidad permite advertir que, aunque las medidas de seguridad encuentran su justificación normativa en la protección, el tratamiento y la rehabilitación, su aplicación práctica evidencia importantes tensiones con los principios del Estado constitucional de derecho. Y es que los internamientos prolongados, las limitadas revisiones judiciales y las deficiencias del sistema de salud mental forense ponen de manifiesto la necesidad de fortalecer las garantías jurídicas de las personas inimputables, de modo que la privación de libertad responda efectivamente a finalidades terapéuticas y no a mecanismos de neutralización social.

Finalmente, la investigación permite concluir que la genealogía foucaultiana constituye una herramienta metodológica idónea para problematizar críticamente diversas instituciones del derecho penal contemporáneo, pues su principal aporte radica en revelar las racionalidades históricas que subyacen al ejercicio actual del poder punitivo y no en ofrecer respuestas concluyentes. Por consiguiente, consideramos que este estudio permite replantear el régimen de la inimputabilidad desde una interpretación compatible con la dignidad de la persona, el principio de culpabilidad y las exigencias propias del Estado constitucional de derecho.

XI. REFERENCIAS

- Bajo Fernández, M. y Lascuraín Sánchez, J. A. (2019). El derecho penal: concepto. En J. Lascuraín Sánchez. (Coord.). *Manual de introducción al derecho penal*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Beccaria, C. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas*. Universidad Carlos III de Madrid
- Bustos Ramírez, J. (1994). *Manual de derecho penal. Parte general* (4.^a ed.). PPU.
- Campos Zamora, F. (2010). Pensar el castigo. Evolución de las formas penales en Michel Foucault. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (33), 626-638. <https://doi.org/10.14198/DOXA2010.33.32>
- Carrasco Jiménez, E. (2007). El pensamiento penal de Michel Foucault. *Polis Revista Latinoamericana*, 18, 1-15. <https://journals.openedition.org/polis/4138>
- Davies, P. (2015). *La revolución francesa*. Alianza editorial.

- Defensoría del Pueblo. (2018). El derecho a la salud mental supervisión de la implementación de la política pública de atención comunitaria y el camino a la desinstitutionalización. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1175481/Informe-Defensorial-N%C2%BA-180-Derecho-a-la-Salud-Mental-con-RD20200801-1197146-vjrxr.pdf?v=1596318687>
- Defensoría del Pueblo. (2020). Situación de las personas declaradas inimputables internadas en los hospitales psiquiátricos de lima en el contexto de la pandemia por coronavirus COVID-19. <https://n9.cl/x5efa>
- Deleuze, G. (1987). *Foucault* (1.^a ed.). Paidós.
- Eco, U. (2002). *Baudolino*. Lumen.
- Foucault, M. (2002). *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*. Siglo veintiuno.
- Foucault, M. (2015). *Historia de la locura en la época clásica* (t. 1). Fondo de Cultura Económica.
- García Cavero, P. (2012). *Derecho penal. Parte general*. Jurista.
- García Ramírez, S. (2000). Estudio introductorio. Beccaria: el hombre, la circunstancia y la obra. En S. García Ramírez (dir.), *De los delitos y de las penas. Facsimilar de la edición príncipe en italiano de 1764, seguida de la traducción de Juan Antonio de las Casas de 1774* (pp. 5-87). Fondo de Cultura Económica.
- Garland, D. (1999). *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. Siglo veintiuno.
- Greco, L. (2025). *La teoría de la imputación objetiva. Una introducción*. Zela
- Howard, J. (2005). *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*. Fondo de Cultura Económica.
- Jakobs, G. (1996). *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons.
- Landa Arroyo, C. (2000). Dignidad de la persona humana. *Ius et veritas*, 21, 10-25.
- Macías, J.; Mercado, E. y Martínez, M. (2025). En busca de la cordura: breve historia de la locura. *Universiad de Burgos*, 1-25. <http://hdl.handle.net/10259/10296>
- Maier, J. (1996). *Derecho procesal penal* (2.^a ed., t. 1). Editores del Puerto.
- Marqués Serrano, O. (2017). Enfermedades malditas de la piel: Su historia y representación en el arte. *Seminario de Historia de la Dermatología*, 15-42
- Martínez, W. (2020). *La inimputabilidad por trastorno mental. Un estudio de su determinación a partir de la racionalidad comunicativa y la teoría de sistemas* (1.^a ed.). Editorial Universidad del Rosario.
- Melossi, D. y Pavarini, M. (2005). *Cárcel y fabrica los orígenes del sistema penitenciario*. (siglos XVI-XIX). Siglo veintiuno.

- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2021). *Reporte anual de seguimiento (2021). Política Nacional Penitenciaria al 2030*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3151840/Pol%C3%ADtica%20Nacional%20Penitenciaria%20al%202030%2C%20Reporte%20de%20Seguimiento%202021.pdf?v=1653594223&utm_source
- Mir Puig, S. (2011). *Derecho penal. Parte general* (9.^a ed.). Editorial Reppertor.
- Muñoz Conde, F. (2001). *Introducción al derecho penal* (2.^a ed.). B de F.
- Nava Tovar, A. (2019). Introducción crítica. El regreso de Gustav Radbruch. En Paulson, E. *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch* (pp. 13-32). Marcial Pons.
- Popper, K. R. (1991). *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*. Paidós.
- Rodríguez Vásquez, J. (2016a). Internamiento e inimputabilidad en el derecho penal peruano: *statu quo* y crítica. *Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación*, 11, 149-161.
- Rodríguez Vásquez, J. (2016b). *Crítica a la peligrosidad como criterio de individualización judicial de la medida de seguridad de internamiento aplicable a personas con deficiencias psicosociales*. [Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica Del Perú]. Pontificia Universidad Católica Del Perú. <https://observatorio.conadisperu.gob.pe/wp-content/uploads/2023/06/Tesis-de-Titulo-Profesional-Rodriguez-J.-2016.pdf>
- Rodríguez, H. (2025, 28 de enero). La lepra, el “castigo divino” descifrado por un médico noruego. *National Geographic España*. https://www.nationalgeographic.com.es/ciencia/lepra-castigo-divino-descifrado-por-medico-noruego_20511
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general* (t. 1). Civita.
- Rusche, G. y Kirchheimer, O. (1984). *Pena y estructura social*. Temis.
- Silvela, L. (2024). El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España por Luis Silvela. En Rodríguez Ramos, L. (dir.). *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España* (t. 1). Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Vásquez Baiocchi, A. (2022). *La anomalía psíquica como causal de inimputabilidad en el derecho penal peruano*. [Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica Del Perú]. Pontificia Universidad Católica Del Perú.
- Villa Stein, J. (2008). *Derecho penal. Parte general*. Grijley.
- Villacorta, C. (2021, 12 de noviembre). Indigente ataca a niña: ¿cuándo una persona es inimputable y cómo procede la ley? *La República*.

<https://larepublica.pe/sociedad/2021/11/12/indigente-ataca-a-nina-cuando-una-persona-es-inimputable-y-como-procede-la-ley-atmp>

Villavicencio, F. (2019). *Derecho penal. Parte general*. Grijley.

Von Liszt, F. (1914). *Tratado de derecho penal. Parte general* (t. 2), trad. Jiménez de Asúa y Quintiliano Saldaña. Reus.

Zaffaroni, E. (1999). *Tratado de derecho penal. Parte general* (t. 4). Ediar.

Zaffaroni, R. (1998). *Tratado de derecho penal. Parte general* (t. I). Ediar.

¿PUEDE UN ACTO NULO SUSPENDER LA PRESCRIPCIÓN TRIBUTARIA?: LA RESPUESTA DIVERGENTE ENTRE EL TRIBUNAL FISCAL Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Cristina Alexandra Quiroz Carmelo *

*Estudiante del 10mo ciclo de la Facultad de Derecho
Universidad de San Martín de Porres*

AUTORA

Cristina Alexandra Quiroz Carmelo
Universidad de San Martín de Porres
cristina_quiroz2@usmp.pe

Recibido: 14/07/2026

Aceptado: 04/08/2026

* Estudiante del 10mo ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. Asistente de cátedra 2026-1 en el curso de Imposición a la Renta en la USMP. Miembro del Centro de Estudios de Derecho Constitucional (CEDC) y del Centro de Estudios de Derecho Tributario (CEDETRI).

LICENCIA

Este trabajo se comparte bajo la licencia de Reconocimiento Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0):
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



RESUMEN

La suspensión de la prescripción tributaria durante la tramitación de procedimientos contencioso tributarios que finalizan con la declaración de nulidad de actos administrativos constituye una problemática jurídica sin resolver en el ordenamiento peruano. La coexistencia de criterios divergentes entre el Tribunal Fiscal (RTF N.º 00549-Q-2024), que admite la suspensión aun con actos nulos, y el Tribunal Constitucional (STC N.º 99/2026), que la rechaza por estos carecer de eficacia, genera incertidumbre sobre la validez de dicha suspensión y afecta la seguridad jurídica del contribuyente. El estudio se desarrolla bajo un enfoque cualitativo, de tipo básico y jurídico-dogmático, nivel descriptivo y explicativo, con diseño no experimental, transversal y documental; para ello, se emplea el análisis documental de normas y jurisprudencia nacional, doctrina especializada y documentos institucionales vinculados con la prescripción tributaria y el trámite del mencionado procedimiento como causal de suspensión, así como la naturaleza de un acto nulo desde una perspectiva tributaria y constitucional. La investigación tiene como objetivo comparar y analizar las posturas del Tribunal Fiscal y el Tribunal Constitucional a fin de determinar si tal suspensión es o no jurídicamente válida. Se concluye que esta figura debe operar siempre dentro del plazo legal, con independencia de la declaración de nulidad, y que resulta idónea una reforma normativa que vincule a la Administración Tributaria con los precedentes del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema en miras de garantizar la seguridad jurídica y el derecho a un plazo razonable.

PALABRAS CLAVE

Prescripción tributaria, suspensión, nulidad, Tribunal Fiscal, Tribunal Constitucional.

CAN A NULL ACT SUSPEND THE TAX PRESCRIPTION? THE DIVERGENT ANSWER BETWEEN THE TAX COURT AND THE CONSTITUCIONAL COURT

ABSTRACT

The suspension of the statute of limitations for tax purposes during the processing of tax litigation proceedings that culminate in the declaration of nullity of administrative acts constitutes an unresolved legal problem in the Peruvian legal system. The coexistence of divergent criteria between the Tax Court (RTF No. 00549-Q-2024), which allows suspension even with null acts, and the Constitutional Court (STC No. 99/2026), which rejects it because these acts lack effect, generates uncertainty regarding the validity of said suspension and affects the taxpayer's legal certainty. This study is developed under a qualitative, basic, and legal-dogmatic approach, at a descriptive and explanatory level, with a non-experimental, cross-sectional, and documentary design. To this end, it employs documentary analysis of national regulations and jurisprudence, specialized doctrine, and institutional documents related to the statute of limitations for tax purposes and the processing of the aforementioned procedure as grounds for suspension, as well as the nature of a null act from a tax and constitutional perspective. The research aims to compare and analyze the positions of the Tax Court and the Constitutional Court to determine whether such a suspension is legally valid. It concludes that this measure must always operate within the legal timeframe, regardless of any declaration of nullity, and that a regulatory reform binding the Tax Administration to the precedents of the Constitutional Court and the Supreme Court is appropriate to guarantee legal certainty and the right to a reasonable timeframe.

KEYWORDS

Tax prescription, suspension, nullity, Tax Court, Constitutional Court.

SUMARIO

I. Introducción. – II. Metodología. – III. La prescripción tributaria y su suspensión en un procedimiento contencioso tributario. – IV. El Tribunal Fiscal y la RTF N.º 00549-Q-2024: una interpretación histórica y teleológica de la norma. – V. El Tribunal Constitucional y la STC N.º 04068-2023-PA/TC: naturaleza jurídica de un acto nulo. – VI. Resultados y discusión. *6.1. Análisis de los criterios empleados por cada tribunal: aportes doctrinarios y jurisprudenciales. 6.2. Posibles soluciones y oportunidades de mejora.* – VII. Conclusiones. – VIII. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

En materia tributaria, la prescripción se constituye como una prerrogativa jurídica de sumo interés para el contribuyente, dado que permite hacer frente al ejercicio indefinido por el *ius imperium* en la determinación y cobro de obligaciones tributarias; y a su vez, se concibe como una advertencia a fin de promover un actuar diligente en la Administración Tributaria (en adelante, “AT”), pues opera como un límite a sus facultades de determinación, fiscalización y sanción.

Es una herramienta que permite extinguir la capacidad de la Administración Tributaria, es decir, comprende la no exigibilidad del pago de la deuda al contribuyente. No obstante, la regulación de la prescripción ha adquirido cierta complejidad dada la coexistencia de dos figuras que afectan el cómputo del plazo, las cuales es preciso diferenciarlas. Por un lado, la interrupción (art. 45 del Código Tributario) establece que, ante el acaecimiento de un determinado acto interruptorio, se pone fin al plazo prescriptorio transcurrido hasta dicha aparición por lo que, a partir del día siguiente, se comienza a computar un nuevo plazo sin considerar el tiempo transcurrido con anterioridad. Por otro lado, la suspensión (art. 46 del CT) implica la paralización del plazo prescriptorio por un determinado lapso ante la ocurrencia de una circunstancia por la cual, una vez desaparecida, prosigue el cómputo de este plazo,

considerándose el tiempo ya transcurrido, pero sin contar aquel en que estuvo suspendido (Gilmalca, 2016).

En el presente artículo, se trabajará con esta segunda figura, mediante la aplicación de la suspensión durante la tramitación de un procedimiento contencioso tributario. Por la misma, se entiende que, durante el tiempo de duración, la AT permanece impedida temporalmente de ejercer las facultades enunciadas. Con esta figura, la legislación busca equilibrar la potestad tributaria —entendida como el poder de la AT de exigir el cumplimiento de las obligaciones tributarias e imponer sanciones en caso de incumplimiento— con el principio de seguridad jurídica en favor del contribuyente y su derecho a un debido procedimiento administrativo.

Empero, tal equilibrio se ve puesto en duda cuando los procedimientos contencioso tributarios finalizan con la declaratoria de nulidad de los actos administrativos que dieron cabida al conflicto. En este contexto, se cierne una problemática imperante: determinar si resulta jurídicamente válido que el plazo de prescripción sea suspendido durante este procedimiento aun cuando resulte en actos nulos y que, solo en virtud de estos, la suspensión deba operar dentro de los plazos legales para la resolución de los recursos impugnatorios.

No obstante, la regulación en materia de suspensión de la prescripción tributaria ha sido objeto de continuas modificaciones legislativas, y ha generado múltiples interpretaciones administrativas y jurisdiccionales que, lejos de esclarecer su funcionamiento, ha derivado en un escenario de incertidumbre jurídica. De este modo, a fin de dimensionar la realidad problemática de la cual nace esta investigación, resulta pertinente reconstruir los hitos que forman parte de su evolución.

Desde la promulgación del Código Tributario en el año 1996, originalmente el artículo 46 estableció la figura de la suspensión del plazo prescriptorio durante el trámite de un procedimiento contencioso tributario, sin pronunciarse expresamente sobre el efecto que pudiera acarrear la declaración de nulidad de los actos sobre dicha suspensión.

Este vacío legislativo se mantuvo hasta el 15 de marzo de 2007, fecha en que fue publicado el Decreto Legislativo N.º 981, cuyo artículo 11 sustituyó el artículo original y dispuso expresamente que la declaración de nulidad de los actos administrativos o del procedimiento llevado a cabo para la emisión de estos no afecta la suspensión del plazo prescriptorio. Siendo así, el legislador dio prioridad a la configuración de la suspensión por sobre los efectos retroactivos que caracterizan una nulidad. De esta forma, se asentaron las bases de la problemática actual. No obstante, más de nueve años después, se publicó el Decreto Legislativo N.º 1311, con fecha 30 de diciembre de 2016, que realizó otra modificación al asunto en cuestión. Tratándose de recursos impugnativos como reclamación o apelación, la suspensión se aplica solo dentro de los plazos legales para su resolución; por consiguiente, el cómputo del plazo de prescripción continuará desde el día siguiente del vencimiento de los mismos (Cortez, 2026). Si bien esta modificación planteó un tiempo límite a la suspensión, aún guardó silencio respecto a la interrogante principal.

Es así como, en el ámbito jurisprudencial, se produce un hito determinante materia de estudio de la presente investigación. El Tribunal Fiscal emite la RTF N.º 00549-Q-2024, de fecha 24 de febrero de 2024, y lo constituye como precedente de observancia obligatoria mediante Acta de Sala Plena N.º 2024-01. En este, el máximo órgano resolutor administrativo-tributario determina que la suspensión del plazo prescriptorio durante un procedimiento contencioso tributario sí resulta aplicable aun cuando el acto sea declarado nulo, aunque opera

de forma limitada por los plazos legales para resolver los recursos impugnativos, sin extenderse indefinidamente.

Finalmente, se presenta como contraste el más reciente hito. Con fecha 30 de enero de 2026, el Tribunal Constitucional emite la STC N.º 99/2026 con Exp. N.º 04068-2023-PA/TC. En esta adopta una postura totalmente opuesta a la del Tribunal Fiscal, en concordancia con un criterio propio de su especialidad. Este defiende que los actos administrativos viciados con nulidad carecen de eficacia jurídica originariamente, por lo cual no están habilitados para producir efectos prescriptivos ni suspensivos; alegar lo contrario implicaría admitir como eficaz una situación jurídica que jamás debió existir.

En ese caso, habiéndose presentado una reconstrucción cronológica de los hitos más relevantes que giran en torno a la pregunta de investigación, se advierte que esta controversia no puede ser tomada a la ligera dado que no se trata de una situación aislada ni reciente, es el cúmulo de casi dos décadas de cambios normativos que nunca lograron resolver el tema de fondo. A tal grado que, en un intento por suplir estas lagunas, se emitió jurisprudencia que terminó por fragmentarse y arribó a conclusiones opuestas sobre la misma interrogante: ¿puede un acto nulo suspender la prescripción tributaria? Por tanto, es imperativo resolver esta divergencia, la misma que trasciende a un mero interés académico, debido a que repercute directamente en la seguridad jurídica del contribuyente y en la predictibilidad de la actuación de la Administración Tributaria.

Por consiguiente, el presente artículo se propone examinar las posturas controvertidas del Tribunal Fiscal y el Tribunal Constitucional sobre la suspensión en la prescripción tributaria frente a actos nulos como resultado de un procedimiento contencioso tributario, sin perder de vista las facultades de estas entidades y el tipo de interpretación que implementan, así como la jurisprudencia de la Corte Suprema, del mismo Tribunal Constitucional —en otros casos que convienen traer a colación— y doctrina pertinente. Esta contraposición ha asentado un clima de incoherencia en el sistema jurídico tributario debido a que cada tribunal tiene prioridades diferentes que requieren ser analizadas y valoradas objetivamente. Finalmente, se plantean posibles soluciones que permitan conciliar la legalidad tributaria con las demandas de todo Estado Constitucional de Derecho en protección a los principios y derechos fundamentales.

II. METODOLOGÍA

La presente investigación se desarrolló bajo un enfoque cualitativo, de tipo básico y jurídico-dogmático, nivel descriptivo y explicativo, con diseño no experimental, transversal y documental; para ello, se empleó el análisis documental de normas y jurisprudencia nacional, doctrina especializada y documentos institucionales vinculados con la prescripción tributaria y el trámite de un procedimiento contencioso tributario como causal de suspensión, así como la naturaleza de un acto nulo. Se seleccionaron dos principales resoluciones como materia de análisis, una administrativa-tributaria y otra constitucional: la RTF N.º 00549-Q-2024, de fecha 24 de febrero de 2024, y la STC N.º 04068-2023-PA/TC, de fecha 30 de enero de 2026, respectivamente.

La información fue recopilada mediante la identificación, sistematización y análisis de documentos provenientes de bibliotecas físicas y virtuales, revistas especializadas, repositorios académicos de los cuales se extrajeron tesis y artículos de investigación, así como sitios web oficiales de los tribunales referidos con información de dominio público.

III. LA PRESCRIPCIÓN TRIBUTARIA Y SU SUSPENSIÓN EN UN PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO TRIBUTARIO

La prescripción tributaria se define como la extinción que el transcurso del tiempo ejerce sobre las atribuciones y facultades de índole tributario de cada parte de la relación jurídico-tributaria: acreedor (determinación, recaudación, fiscalización y sanción) y deudor tributario (solicitar compensación o devolución). Por medio de esta figura, habiéndose cumplido un determinado plazo, se extinguen las acciones no ejercidas (Lara, 2024). Cabe resaltar que la obligación tributaria no se extingue por prescripción, solo se extingue la acción; en otras palabras, no libera al deudor tributario de su obligación, sino que al vencimiento del plazo prescriptorio, la obligación se mantiene abierta indeterminadamente o hasta que, voluntariamente, el deudor decida cumplir con la misma, lo cual jamás sucede. En resumen, la configuración de la prescripción tributaria cuenta con tres condiciones: 1) el transcurso del tiempo legalmente establecido, 2) la inacción del acreedor quien omite ejercer su facultad de determinación y cobro, y 3) el incumplimiento de la obligación del deudor.

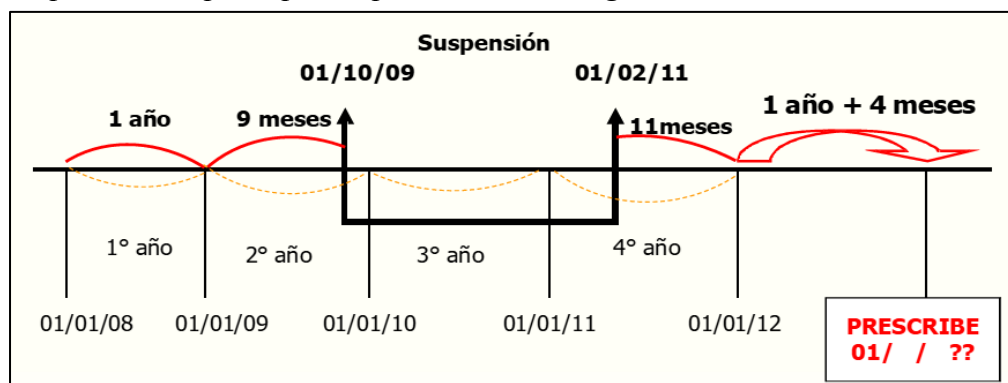
De acuerdo al principio de legalidad en materia administrativa, y al formar parte de la Administración Pública, la Administración Tributaria debe actuar con sujeción a lo establecido por la ley, sin extralimitarse. Por tal motivo, la legislación tributaria contemporánea ha establecido plazos de vigencia durante los cuales, en su rol de acreedor, la Administración puede desplegar distintos mecanismos contra el contribuyente con el propósito de exigir el pago de sus impuestos; de no existir una fecha límite a esta persecución, se vulneraría toda garantía de seguridad jurídica (Peralta, 2022).

Los artículos 44 y 43 del Código Tributario regulan el inicio del cómputo del plazo y el término final de la prescripción, respectivamente. El plazo prescribe en 4 años cuando se declaró y no se pagó; en 6 años, cuando no se declaró ni se pagó; y en 10 años, cuando se trata de agentes retenedores o perceptores no pagadores. Este plazo tiene como referente temporal el 01 de enero del año siguiente a la fecha de uno de los eventos contemplados en el artículo 44 a efectos de determinar el término final de la prescripción (Lara, 2024).

Esta prerrogativa puede interponerse en un procedimiento tributario o proceso judicial de conformidad con los plazos señalados. No obstante, la normativa contempla una figura relevante para el presente análisis que incide en el transcurso de estos plazos, la suspensión. Como se mencionó en acápites anteriores, la suspensión únicamente detiene el cómputo del plazo prescriptorio durante el tiempo de duración del hecho legalmente establecido; cuando este concluye el cómputo se reanuda, contabilizando el plazo transcurrido. En el siguiente gráfico se puede apreciar un ejemplo de aplicación de la suspensión:

Figura N.º 1

Suspensión del plazo prescriptorio de una obligación tributaria declarada e impaga



Fuente: Defensoría del Contribuyente y Usuario Aduanero – CXV Seminario de Derecho Tributario. “La prescripción en materia tributaria”.

Elaboración: Ministerio de Economía y Finanzas

Esta obligación tributaria prescribe a los 4 años de iniciada. En ese sentido, se toma como punto de referencia el 01 de enero de 2008, a partir del cual transcurre un año de haberse computado el plazo prescriptorio. Sin embargo, desde el 01 de enero de 2009 se computaron 9 meses hasta el 01 octubre de este año, en dicha fecha se presentó un evento condicionante cuyo desarrollo concluyó el 01 de febrero de 2011, siendo su duración de 1 año y 4 meses, tiempo en el que estuvo paralizado el plazo prescriptorio y que no se contabiliza. Desde el día siguiente de esta fecha, se retomó el cómputo del plazo. Transcurrieron 11 meses hasta el 01 de enero de 2012, por lo que en total se contabilizaron 2 años y 8 meses. A continuación, a fin de determinar cuándo prescribe la obligación, se adiciona el tiempo que falta por transcurrir, siendo este de 1 año y 4 meses para que se cumplan los 4 años. Finalmente, se tiene que la fecha de prescripción de la obligación tributaria es el 01 de mayo de 2013.

Del mismo modo, en virtud del artículo 46 del citado código, el plazo de prescripción de la AT para determinar, exigir el pago e imponer sanciones se suspende durante la tramitación del procedimiento contencioso tributario.

En ese sentido, es de particular importancia para el siguiente análisis citar el actual penúltimo párrafo del artículo 46 del Código Tributario:

Para efectos de lo establecido en el presente artículo, la suspensión que opera durante la tramitación del procedimiento contencioso tributario o de la demanda contencioso administrativa, en tanto se dé dentro del plazo de prescripción, no es afectada por la declaración de nulidad de los actos administrativos o del procedimiento llevado a cabo para la emisión de los mismos. En el caso de la reclamación o la apelación, la suspensión opera sólo por los plazos establecidos en el presente Código Tributario para resolver dichos recursos, reanudándose el cómputo del plazo de prescripción a partir del día siguiente del vencimiento del plazo para resolver respectivo. (Código Tributario, 1996, Decreto Legislativo 816, art. 46)

No obstante, la formulación del mencionado texto legal ha originado una evidente controversia interpretativa que impacta en los principios de predictibilidad de la norma y la seguridad jurídica, como se explicará a continuación.

IV. EL TRIBUNAL FISCAL Y LA RTF N.º 00549-Q-2024: UNA INTERPRETACIÓN HISTÓRICA Y TELEOLÓGICA DE LA NORMA

A fin de desarrollar el análisis comparativo de este artículo, se presenta primero la Resolución del Tribunal Fiscal N.º 00549-Q-2024, publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, de fecha 24 de febrero de 2024. Mediante la misma se resuelve una queja presentada contra SUNAT, en la cual se cuestiona un procedimiento de cobranza coactiva. La quejosa alegó la prescripción de la acción para exigir el cobro de la deuda; sin embargo, fue declarada no ha lugar. Alega que la Administración Tributaria no tomó en consideración el penúltimo párrafo del artículo 46 del Código Tributario, indicando que el plazo de prescripción fue suspendido únicamente durante los plazos máximos para resolver el recurso de reclamación y apelación; siendo así, afirma que dicho plazo habría vencido, cuando la acción se encontraba prescrita.

En primer lugar, en cumplimiento a su precedente de observancia obligatoria recaído en la Resolución N.º 00226-Q-2016, el Tribunal Fiscal señala que procede su intervención en la vía de queja sobre la prescripción, cuando la deuda se encuentre en cobranza coactiva, siempre y cuando sea previamente deducido ante el ejecutor coactivo y, correspondiéndole emitir pronunciamiento, fuera denegado lo solicitado en contravención al Código Tributario o fuera omitido.

En segundo lugar, este tribunal se propuso determinar si en procedimientos contenciosos tributarios —en los que no se haya declarado la nulidad de los actos administrativos referentes a la deuda de la cual se ha invocado la prescripción de las acciones de la Administración Tributaria o la nulidad del procedimiento para su emisión— opera la causal de suspensión del plazo prescriptorio, respecto a la tramitación del procedimiento contencioso tributaria, solo durante los plazos destinados a la resolución de los recursos impugnativos.

Dicha premisa ha dado paso al planteamiento de dos interpretaciones significativas: Primera, la suspensión por el trámite del procedimiento contencioso tributario opera durante los plazos legalmente establecidos para resolver los recursos impugnativos solo si en el referido procedimiento se ha declarado la nulidad de los actos administrativos que comprendan la deuda de la cual se ha alegado la prescripción, o de su mismo procedimiento de emisión. Segunda, la suspensión por esta causal opera, en todos los casos, solo durante los plazos legalmente establecidos para resolver los recursos impugnativos, a pesar de que en este procedimiento no se haya declarado la nulidad de los actos administrativos que contengan dicha deuda.

En ese sentido, el Tribunal Fiscal adoptó la primera interpretación mediante Acta de Reunión de Sala Plena N.º 2024-01 del 16 de febrero de 2024, el cual tiene carácter vinculante. Este órgano resolutivo funda su criterio en dos fundamentos centrales:

En primer término, recurre a una interpretación histórica: antes de cualquier modificación, era factible sostener que la sola tramitación del procedimiento (reclamación o apelación) generaba la suspensión del plazo de prescripción. Con la modificación introducida por el Decreto Legislativo N.º 981, el legislador agregó una aclaración según la cual, si el acto administrativo que comprende la deuda o el procedimiento mediante el cual se emite es declarado nulo, dicha nulidad no suprime la suspensión ya aplicada durante el trámite. Posteriormente, con la modificación del Decreto Legislativo N.º 1311 se precisó que, en la reclamación o apelación, la suspensión se computa únicamente dentro de los plazos legales con los que cuenta la AT para resolver a fin de evitar que, ante la declaración de nulidad, el plazo de prescripción permanezca paralizado y se extienda por más tiempo de lo razonable. Esta fue la *ratio legis* que abordó el Tribunal y que justificarían tales modificaciones (Expediente N.º 11749-2023, 2024).

En segundo término, mediante una interpretación teleológica, explica que la finalidad de la suspensión es actuar a favor de quien tiene la titularidad de una facultad —en este caso, la Administración Tributaria— y que, por diversas circunstancias, no puede ejercerla momentáneamente. En tal sentido señala que, detrás una correcta determinación y cobro de una obligación tributaria, existe un interés público que también requiere protección (Expediente N.º 11749-2023, 2024).

Por este motivo, con el propósito de asegurar su interpretación, constituyó la presente resolución como precedente de observancia obligatoria que dispone textualmente lo siguiente:

La causal de suspensión del cómputo del plazo de prescripción, referida a la tramitación del procedimiento contencioso tributario, opera solo durante los plazos establecidos para resolver los recursos de impugnación si en el mencionado procedimiento se ha declarado la nulidad de los actos administrativos que contienen la deuda respecto de la cual se ha alegado la prescripción de las acciones de la Administración Tributaria o del procedimiento llevado a cabo para su emisión. (Expediente N.º 11749-2023, 2024, p. 13)

V. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA STC N.º 04068-2023-PA/TC: NATURALEZA JURÍDICA DE UN ACTO NULO

En contraposición a la resolución del Tribunal Fiscal, se expone la siguiente sentencia del Tribunal Constitucional N.º 99/2026 con Exp. N.º 04068-2023-PA/TC, publicada el 30 de enero de 2026 en su portal web, que corresponde a un proceso de amparo contra la SUNAT y el Tribunal Fiscal. La recurrente solicitó la nulidad parcial de la RTF N.º 04631-A-2021, del 28 de mayo de 2021, y la inaplicación de la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N.º 1433, que modifica el artículo 155 de la Ley General de Aduanas, y la prescripción de la facultad de cobro de la SUNAT. Afirma que esta fue aplicada inconstitucionalmente para desestimar la prescripción y que atenta contra el principio de seguridad jurídica. Cabe señalar que no es materia de análisis la aplicación retroactiva de la norma citada que se revisa en la sentencia, por lo que no será abordada.

Abordando brevemente los hechos, la Administración notificó a la recurrente las resoluciones de división con la determinación de tributos e imposición de multas. Estos actos fueron impugnados mediante recurso de reclamación, que fue resuelto mediante Resolución de Gerencia N.º 000393000/2016-000001, del 22 de enero de 2016, el cual declaró la nulidad parcial de la fiscalización.

Es imperativo en el presente artículo descifrar el razonamiento que el Tribunal Constitucional realiza sobre la aplicación de la suspensión en procedimientos que concluyen con la nulidad de los actos administrativos, pues asume una posición sustancialmente contradictoria al Tribunal Fiscal, discrepancia jurisprudencial objeto principal de la problemática y materia de análisis.

Primeramente, el Tribunal Constitucional consideró necesario pronunciarse sobre la procedencia de la demanda de amparo dado que la cuestión se encontraba tramitándose en sede administrativa. Indica que la vía de amparo resulta idónea puesto que el caso abordado requería de tutela de urgencia, en vista de que la demandante venía cuestionando la actuación de la Administración Tributaria desde hace más de 10 años; ergo, cualquier demora adicional concerniente a su remisión a la vía ordinaria significaría una decisión perjudicial ante el peligro de irreparabilidad de su derecho que origina el hecho de que la deuda tributaria cuestionada estuviera siendo exigida coactivamente, la SUNAT había trabado embargo en forma de retención contra la accionante (Expediente 04068-2023-PA/TC, 2026).

De este modo, el Tribunal Constitucional se propuso determinar si, en el caso de la accionante, la aplicación del citado Dec. Legislativo N.º 1433 para defender la vigencia del plazo de prescripción procede en concordancia con los principios constitucionales de legalidad y seguridad jurídica.

En ese sentido, como argumento central, el Tribunal Constitucional sostiene que el plazo prescriptorio en el ámbito tributario puede suspenderse durante un procedimiento

contencioso tributario, para casos de reclamación o apelación, únicamente cuando los actos administrativos emitidos por la Administración Tributaria hayan sido declarados válidos. *Contrario sensu*, si tales actos están viciados de nulidad no pueden desplegar efectos jurídicos válidos como la suspensión del plazo de prescripción. Dicho en breves líneas, la suspensión resulta constitucionalmente válida siempre y cuando, en la conclusión del procedimiento, los actos administrativos no incorporen vicios de nulidad que afecten su validez y, por ende, su eficacia jurídica (Expediente 04068-2023-PA/TC, 2026).

Consentir lo contrario sería igual a reconocer con eficacia las decisiones desprovistas de validez, lo cual podría acarrear un abuso por parte de la Administración Tributaria quien, en ejercicio de sus funciones, podría expedir innumerables actos con manifiesta nulidad con la intención de interrumpir o suspender el plazo de prescripción (Expediente 04068-2023-PA/TC, 2026).

Este tribunal explica que, al Código Tributario, resulta aplicable supletoriamente la Ley de Procedimiento Administrativo General – Ley N.º 27444 (en adelante “LPAG”) en lo que concierne a la validez de los actos administrativos y causales de nulidad, dado que la mencionada ley se sitúa como el ordenamiento pilar que dirige la actuación de toda la Administración Pública, lo cual incluye a la Administración Tributaria, por lo que resulta compatible. La nulidad imposibilita reconocer como válidos a actos que nunca debieron existir; por ello, el artículo 12 de la LPAG prevé que tiene efectos *ex tunc*, es decir, declarativos y retroactivos a la fecha del acto viciado (Expediente 04068-2023-PA/TC, 2026).

En consecuencia, el Tribunal Constitucional decidió declarar inaplicable por inconstitucional al caso concreto el Decreto Legislativo N.º 1433 y el artículo 46 del Código Tributario, conforme a la interpretación constitucional explicada. Siendo así, proclamó prescrita la facultad de la SUNAT para determinar y cobrar tributos, así como para aplicar multas relativo a determinados periodos a favor de la recurrente.

VI. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En este apartado se muestran los resultados obtenidos en el contraste y examinación de las resoluciones objeto de estudio con respecto a la cuestión de validez o no de un acto nulo a fin de habilitar la suspensión del plazo de prescripción tributaria, habiéndose declarado en la culminación de un procedimiento contencioso tributario. Estos se explican a continuación.

6.1. Análisis de los criterios empleados por cada tribunal: aportes doctrinarios y jurisprudenciales

Como se pudo apreciar en la sección anterior, cada tribunal partió de una interpretación y enfoque diferente con respecto a la misma figura de la suspensión durante la tramitación de un procedimiento contencioso tributario que finaliza con la declaración de nulidad de los actos administrativos respecto de la deuda tributaria y la aplicación del artículo 46 del Código Tributario. No obstante, este punto de tensión requiere el enfrentamiento de los criterios empleados para cada razonamiento. Para ello, se pone a disposición del lector el siguiente cuadro comparativo que permitirá sintetizar en ideas clave la postura del Tribunal Fiscal y el Tribunal Constitucional:

Tabla N.º 1

Cuadro comparativo entre las posturas del Tribunal Fiscal y el Tribunal Constitucional

<i>Criterios</i>	<i>Tribunal Fiscal</i>	<i>Tribunal Constitucional</i>
<i>Tipo de resolución</i>	Queja RTF N.º 00549-Q-2024 (21/02/2024)	Amparo Exp N.º 04068-2023-PA/TC (30/01/2026)
<i>Naturaleza del tribunal</i>	Máximo órgano resolutor administrativo en materia tributaria y aduanera	Máximo intérprete constitucional
<i>Método de interpretación</i>	Histórico y teleológico	Constitucional
<i>Tipo de regla</i>	Precedente de observancia obligatoria (Sala Plena N.º 2024-01)	Aplicable al caso concreto
<i>¿Puede inaplicar la ley (art. 46 del Código Tributario)?</i>	No, no es un órgano jurisdiccional. Por tanto, se sujeta al principio de legalidad.	Sí, los jueces tienen esta competencia atribuida por el art. 138 de la Const.
<i>¿La suspensión opera pese a la declaración de la nulidad del acto?</i>	Sí, pero opera dentro de los plazos legales para resolver los recursos impugnatorios.	No, el acto nulo no suspende la prescripción tributaria.
<i>Efectos de la nulidad</i>	No afecta la suspensión, el plazo de prescripción es igualmente paralizado de manera temporal.	Tiene efectos <i>ex tunc</i> , es decir, retroactivos a la fecha del acto viciado.
<i>Justificación</i>	➤ Proteger la recaudación como interés público. ➤ Evitar la extensión indefinida del proceso.	➤ El acto nulo carece de eficacia jurídica originaria. ➤ Evitar abuso de la AT en el pronunciamiento deliberado de actos nulos.

Fuente: Elaboración propia.

La suspensión de la prescripción se sostiene en la imposibilidad fáctica o jurídica que presenta la AT para determinar y exigir el cobro de la deuda; por tal motivo, la figura de la suspensión tiene como resultado que el cómputo de la prescripción no transcurra mientras se mantenga el impedimento, en este caso, el procedimiento contencioso tributario (Villalobos, 2025).

Se entiende por procedimiento contencioso tributario aquella vía procedimental que tiene como propósito que los contribuyentes ejerzan su derecho de contradicción contra las

decisiones de la AT (resolución de determinación, orden de pago, etc.) que puedan causarle agravio. Como explica Sevillano (2023, como se cita en Peralta, 2025) “se le da la oportunidad a la Administración para que pueda corregir sus propios errores o, en su defecto, que un Tribunal Administrativo pueda revisar la legalidad de la decisión administrativa recurrida, antes de someter la decisión administrativa al control del órgano jurisdiccional” (p. 25). Dicha vía se comprende de dos fases: 1) interposición del recurso de reclamación frente al órgano emisor del acto que genera agravio; y 2) la interposición del recurso de apelación del acto administrativo dictado por el órgano previo ante el Tribunal Fiscal, órgano resolutorio colegiado que cierra la vía administrativa de cuestionamiento.

En ese sentido, corresponde realizar la siguiente precisión. La norma IX del Título Preliminar del Código Tributario regula la aplicación supletoria para este cuerpo normativo, la misma señala que:

En lo no previsto por este Código o en otras normas tributarias podrán aplicarse normas distintas a las tributarias siempre que no se les opongan ni las desnaturalicen. Supletoriamente se aplicarán los Principios del Derecho Tributario, o en su defecto, los Principios del Derecho Administrativo y los Principios Generales del Derecho. (Código Tributario, 1996, Decreto Legislativo 816, art. IX del T.P.)

De la mención previa, se infiere que la materia tributaria no es ajena al derecho administrativo general, siempre que no sea contradictoria ni desnaturalice la norma tributaria.

Expuesto el marco teórico previo, corresponde explicar el funcionamiento de la nulidad de los actos administrativos tributarios. La nulidad es una institución jurídico-procesal que se produce como consecuencia del incumplimiento de los requisitos de validez formales o sustanciales del mismo acto, el cual impide surtir efectos a cualquier otro acto expedido que devenga del acto declarado nulo.

En cuanto a los efectos de la nulidad aplicados a los actos administrativos tributarios, esta se caracteriza por retrotraer el procedimiento al momento del mismo en el que se originó el vicio de nulidad. Villalobos (2025) alude a Mier (2001) cuando indica que la doctrina es unánime al asegurar que los efectos producidos por un acto nulo se desvanecen. También apunta a Morón Urbina (2011), quien explica que “la presunción de validez del acto desaparece con la declaración de su nulidad conforme a las normas del derecho administrativo general” (p. 58).

De tal modo que, a manera de ejemplo, si en un procedimiento contencioso tributario —cualquiera sea la etapa, reclamación o apelación— se declara la nulidad de una resolución de determinación, la misma se retrotrae y acarrea la nulidad de todo el procedimiento, así como de los actos emitidos posteriormente y vinculados al anulado, como si jamás hubiesen sido expedidos. Por lo tanto, al haber sido activada la suspensión del plazo prescriptorio como efecto de la tramitación del procedimiento contencioso tributario, dada la impugnación de estas decisiones administrativas, se deduce que nunca hubo suspensión, por lo que el plazo de prescripción nunca fue paralizado (Villalobos, 2025).

En esa línea, se recuerda al lector la regla interpretativa aplicada por el Tribunal Fiscal en la RTF N.º 00549-Q-2024, que categorizó como precedente de observancia obligatoria:

La causal de suspensión del cómputo del plazo de prescripción, referida a la tramitación del procedimiento contencioso tributario, opera solo durante los plazos establecidos para resolver los recursos de impugnación si en el mencionado procedimiento se ha

declarado la nulidad de los actos administrativos que contienen la deuda respecto de la cual se ha alegado la prescripción de las acciones de la Administración Tributaria o del procedimiento llevado a cabo para su emisión. (Expediente N.º 11749-2023, 2024, p. 13)

Para efectos aclaratorios, la suspensión del plazo de prescripción para determinar y/o cobrar la obligación tributaria opera durante el transcurso del procedimiento contencioso tributario, desde la fecha en que el contribuyente interpone el recurso de reclamación y, de existir apelación, hasta la fecha de notificación de la resolución del Tribunal Fiscal que declara la nulidad del acto administrativo objeto de cuestionamiento.

En este aspecto, la situación descrita omite pronunciarse sobre escenarios preocupantes, lo cual permite advertir una abierta vulneración al principio de seguridad jurídica, sustento esencial de la prescripción. No solo se está desconociendo la naturaleza y efectos de la nulidad *per se*, sino que siembra las condiciones para generar un efecto perverso: bajo una interpretación *contrario sensu* a lo citado, la suspensión del plazo de prescripción durante un procedimiento contencioso tributario, en caso no se declare la nulidad del acto administrativo cuestionado, podría terminar extendiéndose excesivamente, sobrepasando el plazo legalmente establecido para resolver los recursos impugnativos (Herrera, 2024). Este escenario puede funcionar como un incentivo negativo para los funcionarios, quienes con el fin de impedir que se retome el cómputo de la prescripción vencido el plazo legal de resolución de la reclamación o apelación, evitarían declarar la nulidad del acto o del procedimiento, a efectos de ganar más tiempo para ejercer sus facultades de determinación, cobro y sanción.

Al respecto, se presenta el Expediente N.º 2051-2016-PA/TC, de fecha 12 de noviembre de 2020, donde el Tribunal Constitucional explica el derecho fundamental a un plazo razonable, en materia tributaria, como parte del derecho al debido procedimiento. Pese a que el procedimiento contencioso tributario se inicia a solicitud de parte (mediante la reclamación o apelación), lo cual demanda que la Administración Tributaria ejecute una actividad (resolver los recursos impugnativos), no es menos cierto que tal actividad debe realizarse en los plazos legales determinados, dado que estos son las referencias temporales con las que cuentan los privados que aguardan una respuesta célere a su reclamo. En consecuencia, el exceso de tiempo (tras el vencimiento del plazo legal) usado por la Administración para terminar de resolver no debe ser considerado como parte del periodo de actividad administrativo; por el contrario, debe evaluarse como inactividad o mora (Expediente N.º 2051-2016-PA/TC, 2020). Esta no puede ser premiada en ningún caso, ya sea que en el procedimiento se haya declarado la nulidad como en aquellos donde se confirme la validez de los actos emitidos.

Resultan acertadas las palabras de García Novoa (2006) cuando señala que la seguridad jurídica en materia tributaria debe reflejarse en términos de previsibilidad. Se busca optar por una previsibilidad objetiva de las situaciones jurídicas de los contribuyentes, punto central en la conceptualización de un derecho protegido en atención a un conjunto normativo que demanda la obligación de dar determinada cantidad de dinero (tributos) al Estado, como lo es el ordenamiento tributario.

Finalmente, conforme explica Burga (2022), el derecho constitucional es una rama del derecho transversal que también emana su observancia por parte del derecho tributario, a fin de que la potestad tributaria actúe sujeta a la Carta Magna. por lo mismo su ejercicio tiene límites. El Estado debe ponderar los objetivos o metas del interés público con los derechos privados del contribuyente evitando que sean objeto de ejercicio abusivo, de esta forma el *ius imperium* es legítimo. Entonces, si bien se reconoce a la potestad tributaria como facultad

exclusiva del Estado, vital para la recaudación de tributos en beneficio del bienestar social, este debe desplegarse en el marco de los principios tributarios y aquellos que conforman el Estado Constitucional de Derecho. No se tratan de otras normas tributarias en añadidura, pues su incumplimiento no incide solamente en el particular, sino en todo el ordenamiento. Este proceder forma parte de la corriente de “constitucionalización del derecho” que en el último siglo se ha venido implementando con mayor intensidad.

Aun cuando existan diferentes métodos de interpretación jurídica —entre los cuales se discutió la interpretación histórica y teleológica empleada por el Tribunal Fiscal— en situaciones que requieren un análisis constitucional, resultan ser insuficientes para entender el alcance de la norma, por lo cual es sumamente conveniente recurrir a interpretaciones constitucionales de doctrina y judicaturas especializadas como el Tribunal Constitucional que brinden una fundamentación de mayor peso. Una de ellas ya fue referida en acápites anteriores, recaída en el Exp. N.º 2051-2016-PA/TC sobre el exceso del plazo legal en la actividad de la Administración Tributaria y que precede a la resolución analizada del Tribunal Fiscal.

No obstante, si el lector ya había asumido que el enfrentamiento entre ambos tribunales es sustancialmente problemático, a ello se suma la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República, órgano resolutorio jurisdiccional al igual que el Tribunal Constitucional que, aunque enriquece el debate, también complica el panorama. La Casación N.º 15230-2025, Lima, de fecha 22 de octubre de 2025, planteó la cuestión abordada en el presente artículo: ¿un procedimiento contencioso tributario, que concluye con la declaración de nulidad, suspende el plazo prescriptorio de las facultades de la Administración Tributaria?

Si bien el máximo órgano del Poder Judicial coincide en la misma respuesta que el Tribunal Fiscal —afirmando que sí es válido— el argumento aplicado es divergente, dado que la Corte Suprema incorpora una distinción dogmática no desarrollada ni por el Tribunal Fiscal ni el Tribunal Constitucional que implica abordar la diferencia entre nulidad de actos concretos y la nulidad de todo el procedimiento. En términos generales señala que, aun cuando el Tribunal Fiscal declare la nulidad de actos administrativos tributarios, la misma no afecta la validez del procedimiento *per se* y los efectos jurídicos (en este caso, suspensivos) que produzca, dado que la finalidad de dicha declaratoria es que la Administración expida un nuevo pronunciamiento dentro del mismo procedimiento de fiscalización. Afirmar que la suspensión afecta la validez de este procedimiento supondría ignorar la diferencia primordial entre una nulidad que invalida íntegramente el procedimiento y otra que solo incide en actos administrativos determinados que deben ser anulados para la emisión de uno nuevo dentro del mismo procedimiento (Casación N.º 15230-2025/Lima, 2025).

No obstante, la Corte Suprema también señaló una salvedad en el mismo fundamento, por la cual la suspensión del plazo prescriptorio no es aplicable cuando los actos administrativos cuestionados surgen de procedimientos originariamente nulos, verbigracia, si se emite una resolución de determinación sin la respectiva notificación al inicio del procedimiento. Este escenario se separa de la situación expuesta en el acápite anterior, en ese caso, considera que la declaración de nulidad sí tuvo un carácter radical, lo cual afectaría la sola existencia del procedimiento, en consecuencia, no es posible reconocer un efecto suspensivo.

Por ende, se puede colegir los diferentes enfoques estudiados por cada tribunal: a) el Tribunal Fiscal se pronuncia sobre cuándo opera la suspensión del plazo de prescripción en procedimientos contenciosos tributarios dentro de los plazos legales; b) el Tribunal

Constitucional determina si los actos nulos producen efectos suspensivos en la prescripción; y c) la Corte Suprema dispone la clase de nulidad que no afecta la suspensión del plazo aludido.

La jurisprudencia citada merece un análisis propio y detenido; sin embargo, para efectos de no dilación, no será abordada en el presente artículo, sin perjuicio de que en una próxima oportunidad pueda extenderse esta investigación.

Finalmente, corresponde concluir esta sección realizando una somera, pero importante acotación. El Tribunal Fiscal es un órgano resolutorio de índole administrativo; por consiguiente, su actuación siempre se encuentra supeditada al principio de legalidad. El lector ha podido identificar los rasgos de inconstitucionalidad detectados en la interpretación del Tribunal Fiscal; no obstante, no se puede perder de vista que la dificultad también radica en que la Administración Pública, que incluye a la Administración Tributaria, no está facultada para inaplicar una norma legal que detecte como inconstitucional en ejercicio del control difuso. El artículo 138 de la Constitución Política otorga competencia a los jueces para inaplicar normas legales y con rango de ley cuando estas sean contrarias a la Constitución.

Desde el año 2005 al 2014, el Tribunal Constitucional implementó la figura del “control difuso administrativo”¹⁶. Por medio de esta, se permitía que los órganos y tribunales de la Administración también puedan ejercer dicho control a fin de inaplicar normas legales por inconstitucionales. Sin embargo, mediante la STC. N.º 04293-2012-PA/TC, se eliminó dicha figura alegando que vulnera el artículo 138 que otorga solo al juez esta facultad exclusiva.

De hecho, incluso desde antes de su eliminación, la jurisprudencia emitida evidenció su cambio de postura. A efectos de ilustrar, se tiene la STC N.º 0506-2007-PA/TC, que resolvió una cuestión en la cual el Tribunal Fiscal aplicó el control difuso, declarando fundado el amparo a razón de que este tribunal administrativo no ejerce funciones jurisdiccionales.

En ese sentido, para determinar si el ejercicio del control difuso es legítimo, esta diferenciación de competencias es esencial. Estos órganos, a pesar de tener la capacidad de emitir decisiones definitivas en el área administrativa y de contar con independencia funcional, no satisfacen los requisitos dispuestos en el artículo 139 de la Constitución sobre principios y derechos jurisdiccionales, para ser estimados como órganos judiciales. Por lo tanto, no están facultados para declarar inaplicable una ley por juzgarla de inconstitucional (Quiñonez & Ventura, 2025). Por este motivo, Antezano (2017) advierte que, al carecer de dicha facultad, los órganos resolutores en materia tributaria quedan atrapados en un dilema competencial, pues deben resolver conforme a la ley vigente en respeto al principio de legalidad que rige a la Administración Tributaria. Aun así, lo enunciado explica, pero no justifica, la existencia del criterio asumido por el Tribunal Fiscal en la resolución estudiada. Empero, aún es posible sopesar y reiterar la importancia que tienen otras vías para la revisión de actos emitidos por la Administración, que se explicarán en el siguiente apartado.

6.2. Posibles soluciones y oportunidades de mejora

Habiendo realizado la evaluación y crítica correspondiente, es pertinente brindar aportaciones preliminares que encaminen las controversias abordadas. En primer lugar, con respecto a la problemática central, se plantea que la causal de suspensión del plazo de prescripción por la tramitación del procedimiento contencioso tributario debe operar, en todos los casos, solamente durante los plazos legales establecidos para la resolución de los recursos

¹⁶ Precedente vinculante establecido en el Exp. N.º 3741-2004-AA/TC (Caso Salazar Yarlequé).

impugnatorios (reclamación y apelación). La autora coincide con Herrera (2024) en que la nulidad de los actos administrativos o del procedimiento para su emisión no debe constituir un requisito indispensable para que la suspensión se mantenga hasta el vencimiento de los plazos dispuestos a los funcionarios para resolver. Aun cuando este procedimiento no declare nulo el acto y confirme su validez, la suspensión debe operar solo hasta el plazo legal máximo en función al principio de seguridad jurídica y el derecho a un plazo razonable. Además, es apropiado estudiar la duración de la suspensión del plazo prescriptorio en otras causales de aplicación, conforme se enuncia a continuación.

Otra consideración que vale la pena rescatar y que fue omitida en el precedente del Tribunal Fiscal comprende el hecho de que solo considera los plazos legales de la reclamación y apelación en un procedimiento contencioso tributario como el plazo máximo para aplicar la suspensión; empero, no incluye la tramitación de una demanda contenciosa administrativa. Cabe inferir que esta omisión se puede deber a que la resolución del Tribunal Fiscal objeto de análisis situaba su contexto en el procedimiento; por tal motivo, se exhorta su incorporación al precepto señalado. Por la *praxis* de un proceso judicial, su omisión puede resultar más perjudicial. Dado que la interpretación actual no la contempla, mientras dure el proceso judicial de hecho y sin considerar su plazo legal, la prescripción continuaría suspendida, sin interesar la gran cantidad de años que se suele invertir en estos procesos, generando incertidumbre jurídica (Villalobos, 2025).

En segundo lugar, se acoge la propuesta de cambio normativo de Peralta (2025) al artículo 154 del T.U.O. del Código Tributario. Este artículo regula la jurisprudencia de observancia obligatoria que se debe tener presente en materia tributaria:

Las resoluciones del Tribunal Fiscal que interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de normas tributarias, las emitidas en virtud del artículo 102, las emitidas en virtud a un criterio recurrente de las Salas Especializadas o de la Oficina de Atención de Quejas, así como las emitidas por los Resolutores - Secretarios de la Oficina de Atención de Quejas por asuntos materia de su competencia, constituyen jurisprudencia de observancia obligatoria para los órganos de la Administración Tributaria, mientras dicha interpretación no sea modificada por el mismo Tribunal, por vía reglamentaria o por ley. En este caso, en la resolución correspondiente el Tribunal señala que constituye jurisprudencia de observancia obligatoria y dispone la publicación de su texto en el diario oficial El Peruano (p. 62).

Tal cual se puede deducir del artículo citado, la Administración Tributaria se entiende vinculada a la jurisprudencia del Tribunal Fiscal; no obstante, deja un vacío normativo que recae en los órganos administrativos en lo que respecta a la observancia de los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de la República.

Sin entrar en tanto detalle sobre la naturaleza de los precedentes vinculantes, estos conciernen reglas generales establecidas a partir de un caso concreto y que permiten resolver casos semejantes a aquel por el cual fue creado. En esa línea, Peralta (2025) explica que los jueces, por mandato constitucional, ejercen control de legalidad y constitucionalidad de las decisiones administrativas, verbigracia, a través del proceso contencioso administrativo; en consecuencia, las autoridades y colegiados administrativos también se encuentran vinculados a estos precedentes.

Por ende, y dado que el derecho tributario no puede permanecer cerrado a su especialidad normativa a efectos de fomentar la seguridad jurídica en los contribuyentes, la

citada autora busca aclarar cualquier duda sobre la jurisprudencia e interpretaciones a seguir, así como evitar, en la medida de lo posible, que el contribuyente acuda a un órgano jurisdiccional si las instancias administrativas pretendieran apartarse de los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. En ese sentido, propone la siguiente reforma:

Artículo 154°.- Jurisprudencia de observancia obligatoria Las resoluciones del Tribunal Constitucional, de la Corte Suprema y del Tribunal Fiscal que interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de normas tributarias, las emitidas en virtud del Artículo 102, las emitidas en virtud a un criterio recurrente de las Salas Especializadas, así como las emitidas por los Resolutores - Secretarios de Atención de Quejas por asuntos materia de su competencia, constituirán jurisprudencia de observancia obligatoria para los órganos de la Administración Tributaria y el Tribunal Fiscal, mientras dicha interpretación no sea modificada por el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema y el Tribunal Fiscal, por vía reglamentaria o por Ley. En este caso, en la resolución correspondiente el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema y el Tribunal Fiscal señalarán qué regla constituye jurisprudencia de observancia obligatoria y dispondrá la publicación de su texto en el diario oficial El Peruano (pp. 63-64).

Por otra parte, analizando estas circunstancias desde una mirada desprovista de idealizaciones, es muy probable que la SUNAT y el propio Tribunal Fiscal igualmente se planteen alejarse de estos precedentes, lo cual refuerza la factibilidad de la propuesta normativa en el sentido de que la Administración Tributaria no podrá oponer como excusa la sujeción al principio de legalidad, dado que la misma norma deriva a la observancia de tales criterios vinculantes.

En tercer lugar, en relación con la carencia de competencia de la Administración Tributaria para aplicar control difuso administrativo, se contemplan las vías actuales a las cuales es posible recurrir ante la vulneración de principios o derechos fundamentales que deben ser reforzadas. Se señalan dos vías disponibles. La primera es el proceso contencioso administrativo, que requiere el agotamiento de la vía administrativa con la resolución del Tribunal Fiscal para interponer demanda judicial. Sobre esta, la autora se ha pronunciado en acápites previos de la presente sección. Asimismo, se exhorta que, en la configuración de la suspensión, se pueda incluir a la causal de tramitación de la demanda contencioso administrativa a fin de que opere dentro de su plazo legalmente establecido para su resolución y evite que se paralice excesivamente el plazo de prescripción. Por otra parte, la segunda vía corresponde al proceso constitucional de amparo, el cual también presenta complejidades debido a que requiere el agotamiento de la vía previa¹⁷, salvo excepciones; aun así, es el espacio ideal para alegar la vulneración de principios y derechos fundamentales, así como solicitar la inaplicación de una norma legal al caso concreto (Loayza, 2019), como ocurrió con la sentencia del Tribunal Constitucional materia de análisis.

No obstante, es conveniente reflexionar sobre las palabras de León Pinedo (2022), el solo respeto irrestricto a la naturaleza de una categoría jurídica permite alcanzar una mayor predictibilidad en las decisiones emitidas y, en consecuencia, una plena seguridad jurídica para el contribuyente. Optar por categorías que resulten convenientes para obtener los efectos esperados de un acto, especialmente con fines maliciosos, resulta en todo lo contrario. Desde

¹⁷ Artículo 7 del NCPC: “No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 4. No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por este código y en el proceso de hábeas corpus [...]”.

esta perspectiva, si bien es idónea una reforma legislativa como la señalada a manera de propuesta, la solución no puede limitarse a ello. Se necesita una articulación coherente entre el derecho constitucional, derecho tributario y derecho administrativo, de tal forma que los efectos de la nulidad de un acto sean consistentes tanto en la jurisprudencia judicial como administrativa.

Siendo así, con respecto a la pregunta, ¿puede un acto nulo suspender el plazo de prescripción tributaria?, los resultados evidencian los siguientes aspectos. En relación a la postura adoptada por el Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 04068-2023-PA/TC, los actos viciados con nulidad carecen de eficacia jurídica originaria; por consiguiente, no pueden generar efectos suspensivos sobre el plazo prescriptorio. Esto coincide con lo expuesto por Villalobos (2025), quien señala que la doctrina es unánime al afirmar que los efectos de un acto declarado nulo desaparecen. En concordancia a ello, Simón Navarro (2021), en su investigación sobre los efectos y alcances de la nulidad de los actos administrativos frente a la suspensión de la prescripción tributaria, sostiene que la legislación y la jurisprudencia que consienten esta suspensión pese a la nulidad menoscaban el principio de seguridad jurídica, deviniendo en inconstitucionales; esto debido a que existe una situación imputable solo a la Administración Tributaria, la cual no debería ser trasladada al contribuyente. Dicho en otras palabras, los resultados evidencian que el criterio del Tribunal Constitucional se sustenta en doctrina consolidada y producción académica especializada sobre el presente problema jurídico.

De igual manera, con respecto a la importancia de que la suspensión no se dilate indefinidamente, los resultados coinciden con lo señalado por García Novoa (2006), quien manifiesta que la seguridad jurídica tributaria debe entenderse en términos de previsibilidad objetiva en lo que concierne al contribuyente. Broussier (2021) refuerza lo antedicho cuando explica que el derecho a un plazo razonable, como parte del debido proceso, demanda que la actuación estatal se despliegue dentro lapsos temporales legalmente previsibles a fin de que la carga de la incertidumbre no recaiga desmedidamente sobre el contribuyente. Ello armoniza con la postura del Tribunal Constitucional, sobre la trascendencia de fijar límites temporales, independientemente de la existencia o no de una declaración *a posteriori* de la nulidad del acto.

Por otra parte, en relación a la postura adoptada por el Tribunal Fiscal en la RTF N.º 00549-Q-2024, los resultados evidencian que este órgano resolutor sostiene una interpretación histórica y teleológica para validar la suspensión de la prescripción, incluso cuando el acto es declarado nulo al culminar el procedimiento, dentro de los plazos legales para resolver los recursos impugnatorios. Aun con esto último, dicha postura contradice lo defendido por Simón Navarro (2021) y Villalobos (2025) quienes asumen el criterio de que los efectos de la nulidad se retrotraen hasta el momento en que se originó el vicio de acuerdo a la normativa administrativa base contenida en la LPAG; en consecuencia, nunca fue válida la aplicación de la suspensión.

En ese sentido, también se opone a lo sostenido por Burga (2022), quien indica que la potestad tributaria del Estado debe ejercerse imperativamente dentro del marco de principios que caracterizan un Estado Constitucional de Derecho. Esa misma línea siguen Durán y Mejía (2011), quienes respaldan una aplicación conjunta del Código Tributario y la LPAG, la cual exige presenciar en los procedimientos tributarios la observancia obligatoria de los requisitos generales de validez y motivación del acto administrativo. Permanecer con un enfoque cerrado para la interpretación del artículo 46 del Código Tributario, como es el caso del Tribunal Fiscal, se aleja de una lectura sistemática amparada por la gran mayoría de la doctrina.

VII. CONCLUSIONES

A manera de conclusión, es preciso resaltar que el Estado entiende que tanto el interés público como los derechos de los contribuyentes son sumamente relevantes, sobre todo tratándose de un Estado Constitucional de Derecho; sin embargo, es frecuente que estos objetivos colisionen en materia tributaria; por lo tanto, siempre se debe buscar ponderar y adoptar un papel integrador.

La prescripción tributaria es el mecanismo por el cual se extinguen las facultades de determinación, cobro y sanción de la Administración Tributaria por su falta de ejercicio dentro de un determinado tiempo y el incumplimiento de pago del deudor. En ese sentido, tiene como fundamento el principio de seguridad jurídica por la cual se garantiza que la exigencia respecto a las obligaciones tributarias no es indefinida.

Es por lo mismo que la suspensión del plazo de prescripción por la tramitación de un procedimiento contencioso tributario tampoco puede ser indefinida, sino que su tiempo límite debe ajustarse al plazo legal establecido para que los funcionarios resuelvan los recursos impugnativos (reclamación y apelación) en virtud al derecho a un plazo razonable. En esa línea, del análisis realizado, se colige que tampoco existe justificación constitucional para que la continuación del cómputo del plazo prescriptorio opere únicamente en aquellos casos en los que se haya declarado la nulidad del acto administrativo o del procedimiento de su emisión, sobre todo si es altamente controversial la legitimidad de esta nulidad en el ámbito tributario que atenta contra su propia naturaleza administrativa aplicable a la rama.

Se han presentado propuestas de mejora que permitan acoplar la materia tributaria con la materia constitucional y que la primera no quede rezagada a aplicar el principio de legalidad que, sin perjuicio de tratarse de un principio rector, no puede encasillar a la Administración Tributaria al mero cumplimiento de la norma legal, cuando la propia ley puede resultar inconstitucional.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Antezano, D. (2017). El control difuso en sede administrativa: una visión desde la perspectiva de los precedentes del Tribunal Constitucional y la doctrina constitucional en el Perú. *Cuadernos Jurídicos Ius et Tribunalis*, 3, 107-114. https://www.researchgate.net/publication/335901319_El_control_difuso_en_sede_administrativa_Una_vision_desde_la_perspectiva_de_los_precedentes_del_tribunal_constitucional_y_la_doctrina_constitucional_en_el_Peru
- Broussier, C. (2021). El derecho a un plazo razonable desde la dimensión convencional del debido proceso legal. *Revista Científica Internacional VIII*(1), 203-214. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8070343.pdf>
- Burga, J. (2022). *Tributación y derechos fundamentales: Los principios constitucionales como límite al poder tributario en la legislación peruana*. Obtenido de IUS360 - El portal jurídico de IUS ET VERITAS: <https://ius360.com/tributacion-y-derechos-fundamentales-los-principios-constitucionales-como-limite-al-poder-tributario-en-la-legislacion-peruana-jean-burga/>

- Casación N.º 15230-2025/Lima. (2025). *Sentencia de casación*. Corte Suprema de Justicia de la República. Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. <https://drive.google.com/file/d/1RSm-2dZZAtDjuMhmS7WfuW0NbnMb7qTI/view?usp=sharing>
- Cortez, W. (2024). *Conflictos jurisprudenciales en la prescripción tributaria, a propósito de la RTF No. 00549-Q-2024*. (Gálvez & Dolorier Abogados). MunizLaw: <https://estudiomuniz.pe/conflictos-jurisprudenciales-en-la-prescripcion-tributaria-a-proposito-de-la-rtf-no-00549-q-2024/>
- Durán, L. & Mejía, M. (2011). La Aplicación Conjunta del Código Tributario y la LPAG en los Procedimientos Tributario. Particular Referencia a la Motivación del Acto Administrativo de Naturaleza Tributaria. *Derecho & Sociedad*, 36, 235-246. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13230/13841>
- Expediente N.º 02051-2016-PA/TC. (2020). *Sentencia del Tribunal Constitucional sobre Industrial Paramonga SAC*. Tribunal Constitucional del Perú. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/02051-2016-AA.pdf>
- Expediente N.º 11749-2023. (2024). *Resolución del Tribunal Fiscal N.º 00549-Q-2024*. Ministerio de Economía y Finanzas. Tribunal Fiscal del Perú. https://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/jurisprude/acuer_sala/2024/resolucion/2024_Q_00549.pdf
- Expediente N.º 04068-2023-PA/TC. (2026). *Sentencia del Tribunal Constitucional sobre Kallpa Generación S.A.* Tribunal Constitucional del Perú. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2026/04068-2023-AA.html>
- García Novoa, C. (2006). Aplicación de los tributos y seguridad jurídica. *Derecho & Sociedad*, 27, 28-41. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17150/17440>
- Gilmalca, O. (2016). La prescripción en materia tributaria. *CXV Seminario de Derecho Tributario*. Lima, Perú: Ministerio de Economía y Finanzas. Informe N.º 064-2003-SUNAT/2B0000. https://www.mef.gob.pe/defensoria/boletines/CXV_dcho_tributario_2016.pdf
- Herrera, M. (2024). *Informe jurídico sobre la RTF N.º 00549-Q-2024: la tramitación del procedimiento contencioso tributario como causal de suspensión de la prescripción tributaria* (Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú. <https://tesis.pucp.edu.pe/bitstreams/1f25a715-5fda-4c11-8bbe-16f49d6d3148/download>
- Herrera, M. (2024). *¿Seguridad jurídica para el contribuyente?: La inaplicación de criterios jurisprudenciales contenidos en sentencias del Tribunal Constitucional que no constituyen precedentes vinculantes en las decisiones de la Corte Suprema y el Tribunal Fiscal en materia tributaria* (Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Tributario). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú. <https://tesis.pucp.edu.pe/server/api/core/bitstreams/9b7ee7a7-bb86-451d-8b36-9a2aef5922e3/content>

- Lara, J. (2024). La prescripción tributaria: Un ejercicio interpretativo de los artículos 43 y 44 del Código Tributario. *IUS ET VERITAS*(69), 233-247. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/30779/27343>
- León, S. (2021). Nulidad, sí; revocatoria, no: en resguardo de la seguridad jurídica. *Revista ADVOCATUS*, 42, 305-324. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/5770/5539>
- Loayza, F. (2020). El control de convencionalidad en sede administrativa: un mecanismo para la defensa de los contribuyentes. *THEMIS*(76), 145-160. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/22632/21793>
- Peralta, L. (2022). *Lo que debemos saber sobre la prescripción en materia tributaria*. Obtenido de IUS360 - El portal jurídico de IUS ET VERITAS: <https://ius360.com/lo-que-debemos-saber-sobre-la-prescripcion-en-materia-tributaria-luisa-peralta-aquino/>
- Peralta, M. (2025). *El conflicto jurisprudencial de los precedentes judiciales en materia tributaria y su vinculación para los órganos administrativos en el Perú* (Trabajo de investigación para optar el Grado Académico de Maestro en Tributación y Política Fiscal). Universidad de Lima, Lima, Perú. <https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/22719/Trabajo%20con%20turnitin%20-%2020162740%20Peralta%20Miranda%2C%20Maria%20Elena.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Simón, Y. (2021). *Efectos y alcances de la declaración de nulidad de los actos administrativos, emitidos por la Administración Tributaria respecto a la suspensión del plazo prescriptorio* (Trabajo de Investigación para optar por el grado académico de Magíster en Derecho Tributario). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú. <https://tesis.pucp.edu.pe/bitstreams/6f0ee0f8-8e84-45d4-af04-d288aa6772f9/download>
- Quiñones, M. & Ventura, M. (2025). *Inaplicación del Control Difuso en el Tribunal Fiscal según la Casación N.º 16618-2023* (Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título Profesional de Abogado). Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, Perú. <https://repositorioacademico.upc.edu.pe/bitstreams/a842b047-7ba0-52a2-abac-05f35a0812e1/download>
- Villalobos, S. (2025). *La suspensión del plazo prescriptorio de la deuda tributaria y la afectación a la seguridad jurídica* (Tesis para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho con mención en Política Fiscal y Tributación). Universidad Nacional Federico Villareal, Lima, Perú. <https://repositorio.unfv.edu.pe/server/api/core/bitstreams/d532e196-463e-4b4b-9418-5fc19b35385c/content>

PROSCRIPCIÓN DE LA CORRUPCIÓN COMO NORMA-PRINCIPIO DE RANGO CONSTITUCIONAL: ALCANCES, PONDERACIÓN Y LÍMITES EN EL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

Gianfranco Pariaton Jimenez*

*Estudiante del 12vo ciclo de la Facultad de Derecho
Universidad de San Martín de Porres*

AUTOR

Gianfranco Pariaton Jimenez
Universidad de San Martín de Porres
gianfranco_pariaton@usmp.pe.
 ORCID: 0009-0005-1115-0340

Recibido: 14/07/2026

Aceptado: 04/08/2026

* Estudiante del 12vo ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres con especialidad en Gestión Pública. Asistente Judicial del Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima. ORCID: 0009-0005-1115-0340

Licencia

Este trabajo se comparte bajo la licencia de Reconocimiento Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0):
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



RESUMEN

Este artículo examina cómo la jurisprudencia en el Perú entiende y aplica la prohibición de la corrupción, tratándola como un principio implícito de naturaleza constitucional. También se centra en el conflicto que surge cuando las personas condenadas por delitos de corrupción, tras cumplir su pena, buscan regresar al servicio público mientras se enfrentan al mandato de resocialización. Según distintos fallos del Tribunal Constitucional, este principio deriva de una interpretación conjunta de los artículos 39, 41, 43 y 44 de la Constitución. Se le reconoce un carácter implícito, un alcance amplio que se aplica a todas las entidades estatales y una naturaleza que afecta varias categorías de bienes protegidos por la Constitución. El principal desafío aparece por la falta de un estándar claro y previsible para resolver el choque entre salvaguardar la integridad en el servicio público y asegurar la reinserción social de las personas que han sido rehabilitadas. Aunque la función del sistema penitenciario es reeducar, rehabilitar y reintegrar, las normas administrativas siguen imponiendo límites que pueden impedir el acceso al ejercicio de funciones públicas pese a haber cumplido íntegramente la condena. Frente a este problema, el artículo propone adoptar un criterio de ponderación racional basado en cinco puntos: aplicar la proporcionalidad de forma estricta, respetar los estándares interamericanos, exigir una justificación reforzada para las restricciones, dar especial importancia al derecho al olvido constitucional y evitar cualquier forma de estigmatización permanente. El trabajo concluye que luchar contra la corrupción es una obligación tanto constitucional como internacional, pero rechaza la imposición de restricciones automáticas e indefinidas: las limitaciones deben ser concretas, adaptadas a cada caso y equilibradas con la finalidad de resocialización y la protección de la integridad del servicio público.

PALABRAS CLAVE

Proscripción de la corrupción; resocialización; función pública; ponderación constitucional; Tribunal Constitucional.

PROSCRIPTION OF CORRUPTION AS A CONSTITUTIONAL RULE- PRINCIPLE: SCOPE AND WEIGHTING AGAINST THE RESOCIALIZATION PRINCIPLE IN THE EXERCISE OF PUBLIC OFFICE

ABSTRACT

This article examines how Peruvian case law interprets and applies the prohibition against corruption, treating it as an implicit principle of constitutional stature. It also focuses on the conflict that arises when individuals convicted of corruption offenses seek to return to public service after completing their sentences, while simultaneously facing the mandate for social reintegration. According to various rulings by the Constitutional Court, this principle derives from a combined interpretation of Articles 39, 41, 43, and 44 of the Constitution. It is recognized as having an implicit character, a broad scope applicable to all state entities, and a nature that affects various categories of constitutionally protected interests. The primary challenge stems from the lack of a clear, predictable standard to resolve the clash between safeguarding integrity in public service and ensuring the social reintegration of rehabilitated individuals. Although the function of the penitentiary system is to re-educate, rehabilitate, and reintegrate, administrative regulations continue to impose limits that can bar access to public office even after a sentence has been fully served. To address this issue, the article proposes adopting a rational balancing criterion based on five points: strictly applying the principle of proportionality, respecting Inter-American standards, requiring heightened justification for restrictions, placing special emphasis on the constitutional "right to be forgotten," and avoiding any form of permanent stigmatization. The study concludes that combating corruption is both a constitutional and international obligation, yet it rejects the imposition of automatic, indefinite restrictions; limitations must be concrete, tailored to the specific case, and balanced against the goals of social reintegration and the protection of public service integrity.

KEYWORDS

Proscription of corruption; social reintegration; public service; constitutional balancing; Constitutional Court.

SUMARIO

- I. Introducción. – II. La corrupción como amenaza estructural al Estado Constitucional de Derecho. – III. La proscripción de la corrupción como norma-principio de rango constitucional. – IV. El principio de resocialización y el derecho de acceso a la función pública del rehabilitado. – V. La ponderación entre el principio de proscripción de la corrupción frente al principio de resocialización y el derecho de acceso a la función pública. – VI. Conclusiones. – VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro del modelo constitucional que rige la organización del Estado peruano, determinadas debilidades que inciden en el aparato administrativo estatal producen una preocupación relevante no solo por sus efectos negativos sobre la organización estatal, sino también por su proyección sobre la legitimidad institucional, la confianza ciudadana y los fines que justifican la gestión pública. El análisis de estas debilidades y sus efectos negativos no se limita en la dimensión administrativa o penal, sino que exige considerar principios constitucionales que orientan la actuación del Estado y la forma en que estos interactúan entre sí.

Entre las debilidades estructurales que se han instalado en la Administración Pública y comprometen su capacidad de servir al bien común, la más significativa —y que da origen al presente artículo— es la corrupción estatal. Nye (1967) la identifica como "todo comportamiento que se desvía de los deberes formales de una función pública debido a consideraciones privadas, violando las reglas que rigen el ejercicio de la influencia pública" (p.

419); definición que pone de relieve que la disfunción no radica en la falta de normas, sino en la traición sistemática por parte de las personas que trabajan en el poder desde el propio aparato estatal. Los efectos de la corrupción se expresan con nitidez en los índices de desconfianza institucional que registra el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI, 2025), los partidos políticos acumulan un 93,6% de desconfianza ciudadana, el Congreso de la República un 92,4% y el Poder Judicial un 82,0%, cifras que dejan claro que la corrupción no solo complica la gestión pública, también debilita la legitimidad de todo el Estado.

Frente a esta realidad, el ordenamiento constitucional peruano muestra una respuesta significativa con el principio de la lucha contra la corrupción, que si bien este no figura literalmente en la Constitución Política del Perú (1993), el Tribunal Constitucional ha reconocido a través de una línea jurisprudencial progresiva, dándole eficacia directa y sirviendo como guía para el Estado tanto en la prevención como en la acción frente a cualquier forma de corrupción. Sin embargo, su funcionalidad en el sistema constitucional no es absoluta ni exenta de confrontaciones, pues el propio diseño del Estado Constitucional de Derecho impone que todo principio coexista y, en ciertos casos, deba ponderarse frente a otros de igual jerarquía. En ese sentido surge la cuestión central del presente artículo: ¿qué sucede cuando el principio de la proscripción de la corrupción entra en conflicto con el principio de la resocialización respecto a la persona que fue condenada por un delito de corrupción y habiendo cumplido la pena correspondiente, desea volver a la función pública o a ocupar nuevamente un cargo en el aparato estatal? Tal como lo indica Häberle (2003), el Estado Constitucional tiene que arreglar esas colisiones desde la apertura y la discusión entre sus propios principios, renunciando a ninguno de forma absoluta sino ensamblándolos de forma racional a través de la interpretación constitucional.

La magistratura constitucional peruana, si bien ha construido progresivamente la proscripción de la corrupción en tanto norma de rango constitucional adscrita de fuerza vinculante equiparable a los derechos fundamentales no ha desarrollado hasta la fecha un estándar ponderativo explícito que permita determinar en qué condiciones ese principio puede ceder frente al mandato resocializador, o cuándo debe prevalecer. Por ello, el presente trabajo sostiene que, a partir del análisis jurisprudencial peruano y del estándar interamericano de derechos humanos, es posible identificar criterios que deben orientar ese ejercicio ponderativo y alimentar de predictibilidad a las decisiones que resuelven la tensión normativa entre ambos principios. Finalmente, el artículo se estructura en cinco secciones sustantivas: la corrupción como amenaza estructural; el contenido normativo del principio de proscripción; los alcances del mandato resocializador y el derecho de acceso a la función pública del rehabilitado; el estado de la ponderación en la jurisprudencia constitucional peruana; y los criterios para una ponderación racional.

II. LA CORRUPCIÓN COMO AMENAZA ESTRUCTURAL AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

2.1 Corrupción pública y régimen sancionador: distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador

Toda conducta corrupta protagonizada por el empleado público no genera la operación de un único régimen de respuesta sancionadora, sino que puede implicar la intervención de régimen penal sancionador y el derecho administrativo sancionador que, si bien comparten el objeto de combatir las infracciones cometidas en el desempeño del cargo, responden a fundamentos, finalidades y criterios de legitimación especialmente distintos. Tal como señala Rojas (2016), “ambos ordenamientos jurídicos cumplen distintos fines o sirven a la satisfacción

de intereses o bienes jurídicos diferentes” (p. 399), distinción que tiene consecuencias directas sobre el alcance de las sanciones que cada uno puede imponer y sobre los efectos jurídicos que para su cumplimiento.

La respuesta del Derecho Penal frente a las conductas corruptas protagonizadas por empleados públicos se activa cuando la conducta alcanza la gravedad suficiente para ser tipificada como delito en el Código Penal (1991), y su legitimidad se basa sobre los principios de fragmentariedad, ultima ratio y mínima intervención, que reservan la respuesta punitiva más intensa del Estado para aquellos comportamientos que han superado el umbral de la relevancia administrativa y no pueden ser atendidos por vías menos gravosas. Es así como los efectos jurídicos que la respuesta punitiva estatal impone ante estos ilícitos – restricción de la libertad, inhabilitación y obligación de reparar el daño causado – no opera de manera irrestricta, sino que se encuentra delimitada por principios que condicionan su aplicación, como la culpabilidad del agente, la proporcionalidad de la sanción y el mandato de resocialización. En ese sentido, señala Díez (2004), “la pena debe fomentar o, al menos, no cerrar el paso a la reintegración en la sociedad del delincuente, idea ésta que se configura como un derecho de todo ciudadano” (p. 3), premisa que opera como límite constitucional a la prolongación indefinida de los efectos de la condena, pues extinguida la sanción en su totalidad, el propio sistema normativo peruano, a través del artículo 69 del Código Penal, reconoce la rehabilitación del condenado y, con ella, la devolución de los derechos que la sentencia había suspendido o restringido.

Respecto al Derecho administrativo sancionador, tiene una lógica distinta y autónoma en cuanto a su finalidad, puesto que, no es la retribución ni a la resocialización del infractor, sino la salvaguarda del correcto desempeño de las funciones estatales como valor institucional y la preservación de la confianza ciudadana en la Administración. Tal como precisa Rojas (2016), el procedimiento administrativo sancionador “tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una conducta funcional” (p. 399). Esto significa que su fundamento es el quebrantamiento del deber especial que impone la relación estatutaria entre el servidor y el Estado, no la perpetración de un hecho punible tipificado en la norma penal. Las sanciones que impone – destitución, inhabilitación para el ejercicio de cargo público, suspensión – se rigen por los principios que regulan la potestad sancionadora administrativa previstos en el artículo 248 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N.º 004-2019-JUS (2019). A diferencia de la rehabilitación penal, los efectos del régimen administrativo sancionador no se extinguen automáticamente al cumplirse la sanción penal, sino que pueden proyectarse en el tiempo mediante restricciones de reingreso al servicio estatal que el legislador instituye con sustento en el principio constitucional de la lucha contra la corrupción.

La articulación de ambos regímenes no genera la afectación del principio que prohíbe la doble persecución sancionadora, pues la judicatura suprema ha consolidado en su jurisprudencia vinculante que la concurrencia de ambos regímenes es admisible cuando los bienes jurídicos protegidos son distintos y los fundamentos de cada ordenamiento difieren. Sin embargo, esa misma dualidad genera una tensión normativa específica cuando quien ha cumplido íntegramente su condena y ha sido rehabilitado en sede penal encuentra impedimentos de naturaleza administrativa o legal para su reingreso a la función pública, la rehabilitación penal – institución propia del Derecho penal – no produce efectos automáticos sobre restricciones que el ordenamiento justifica desde el Derecho administrativo y el principio constitucional anticorrupción. Es así que la tensión normativa no debe leerse como un enfrentamiento entre la rehabilitación penal en sentido estricto y la proscripción constitucional de la corrupción, sino con mayor precisión dogmática, como una confrontación entre el

mandato resocializador en tanto principio constitucional autónomo y las limitaciones al retorno al servicio público que el ordenamiento mantiene vigentes con posterioridad al cumplimiento de la condena, distinción que permite situar el problema en su correcto plano constitucional.

2.2 La corrupción como fenómeno estructural en la administración pública peruana

Entre los problemas más graves que enfrena el ordenamiento jurídico-institucional del país, la corrupción ocupa un lugar central, cuyas consecuencias se proyectan de manera transversal sobre los ámbitos social, político y económico, comprometiendo no solo la eficiencia del aparato administrativo estatal sino también la legitimidad misma del poder público frente a la ciudadanía. Tal como lo precisa el INEI (2025), durante el semestre enero-junio de 2025, el 55,2% de la población peruana señaló a la corrupción como el problema más relevante del país, cifra que se mantiene sin alteraciones respecto al mismo semestre del año anterior, lo que evidencia no una crisis coyuntural sino una percepción estructural y consolidada de deterioro institucional. Por su parte, el 3,0% de los hogares refirió que alguno de sus integrantes obtuvo el requerimiento de una solicitud de pago indebido al solicitar alguna información ante el Estado, siendo este tipo de la necesidad de un pago indebido más significativa en el área urbana (3,5%) y en quienes tienen educación superior (4,9%), lo que da cuenta de que los actos corruptos van aumentando de proporción en la medida que se crea la relación ciudadana con el Estado.

La necesidad de afrontar el problema en cuestión también se encuentra en los indicadores globales, en el Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional (Proética, 2025), Perú obtuvo 31 puntos en el 2024 y cayó a la posición 127 de 180 países, perdió 5 puntos en dos años —de 36 en 2022 a 31 en 2024—, el mayor descenso desde 2012, entre los países con mayor percepción de corrupción en América del Sur, lo que demuestra que el mandato constitucional e internacional anticorrupción no solo es jurídicamente exigible sino empíricamente urgente.

Así pues, Torres Pachas (2019) nos dice que la corrupción moderna se presenta, por lo general, mediante entramados de poder que se instalan en la Administración Pública de manera tal que operan como una estructura paralela que tiene actores propios, reglas propias y hasta reconocimiento formal. En esa dinámica, el entramado normativo que regula la actuación administrativa no constituye una barrera eficaz frente al comportamiento de quienes ejercer el poder, sino que, paradójicamente, deviene en el contexto desde el cual se articulan estrategias intencionadas en la orientación de su propia transgresión, por lo que se produce nuevas configuraciones de autoridad y de ejercicio fáctico del poder capaces de infiltrar, instrumentalizar y suplantar al sistema institucional.

Las consecuencias de la corrupción sobre la gestión pública son profundas y multidimensionales, pues erosionan los fines constitucionales del aparato administrativo al atentar contra los valores de imparcialidad, legalidad y probidad que generan su funcionamiento. Por ello, la respuesta jurídica a este fenómeno no puede agotarse en medidas de naturaleza punitiva. Gavara de Cara (2022) advierte que "las medidas judiciales y penales contra la corrupción no suelen ser suficientes, sino que son necesarias medidas de carácter preventivo aplicadas por los órganos de control y fiscalización del Estado" (p. 82). Si la corrupción es sistémica, los mecanismos para combatirla deben serlo también, operando de manera integrada en el plano constitucional, administrativo y penal.

2.3 El marco normativo de la lucha anticorrupción: dimensión interna e internacional

En Perú, la lucha contra la corrupción no depende exclusivamente de las disposiciones de la Norma Fundamental, sino que se articula con una doble dimensión normativa interna e internacional, que refuerza mutuamente la obligación del Estado de promover la anticorrupción como exigencia estructural del Estado Constitucional de Derecho, dotando a ese mandato de una solidez jurídica que trasciende la voluntad política de turno y se asienta en compromisos vinculantes tanto frente a los ciudadanos como frente a la comunidad internacional.

García Cobián Castro (2023) sostiene:

El Tribunal Constitucional consolidó su jurisprudencia sobre la lucha contra la corrupción como principio constitucional, reiterando su reconocimiento como un principio constitucional implícito al que dota de igual fuerza normativa (Tribunal Constitucional, 2020, fundamento jurídico 5). Asimismo, destacó el papel del juez constitucional para impartir justicia de conformidad con los principios, reglas y valores constitucionales que se articulan alrededor de la lucha contra la corrupción (2020, fundamento jurídico 20). (p. 7)

Asimismo, se reconocen otras normas que tienen una conexión directa con los valores de integridad, transparencia e idoneidad que el texto constitucional integra como pilares del mandato anticorrupción. En la siguiente tabla se presentan estas disposiciones y su vínculo con el mandato anticorrupción.

Tabla 1.

Artículo	Contenido	Vinculación con la lucha anticorrupción
Art. 2, inc. 5	Derecho de acceso a la información pública	Mecanismo de fiscalización ciudadana sobre el ejercicio de la gestión estatal; la transparencia es una condición indispensable para detección de conductas corruptas
Art. 34-A	Impedimento para postular a cargos de elección popular por condena dolosa, incluyendo delitos de corrupción de funcionarios, aun cuando hubiera rehabilitación	Expresión constitucional directa del principio anticorrupción aplicado al acceso a la gestión pública; confirmado en su constitucionalidad por el TC en el Expediente N.º 00015-2018-PI/TC y 00024-2018-PI/TC (acumulados, 2020)
Art. 82	Contraloría General de la República como órgano superior de control del gasto público	Mecanismo constitucional de control preventivo y correctivo frente a actos irregulares de funcionarios; el TC precisó sus alcances en materia sancionadora (2024)
Art. 97	Facultad investigadora del Congreso sobre actos de la administración pública	Control político anticorrupción; expresión del sistema de frenos y contrapesos del Estado Constitucional
Art. 99-100	Acusación constitucional e inhabilitación hasta por 10	Sanción político-constitucional autónoma frente a infracciones cometidas en el

Artículo	Contenido	Vinculación con la lucha anticorrupción
	años para el ejercicio de la administración estatal	desempeño del cargo, independiente del deber derivada del ordenamiento punitivo

Fuente: Elaboración propia.

En el marco del régimen del derecho internacional convencional, debemos destacar a la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), que incorpora mediante el Decreto Supremo N.º 075-2004-RE (2004), cuyo Preámbulo enfatiza que "la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos" (CICC, 1996, Preámbulo). A este instrumento se suma la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (ONU, 2003), que en su artículo 5 obliga a los Estados parte a crear y aplicar políticas claras y con resultados concretos contra la corrupción, incluyendo el compromiso activo de la sociedad civil y estar fundamentadas en los valores del Estado de Derecho.

Asimismo, la **Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018)**, en su Resolución 1/18 sobre *Corrupción y Derechos Humanos*, caracteriza a la corrupción como:

Un complejo fenómeno que afecta a los derechos humanos en su integralidad —civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales—, así como al derecho al desarrollo; debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, fomenta la impunidad, socava el Estado de Derecho y exacerba la desigualdad". (p. 1)

Queda así expresada la doble dimensión normativa (constitucional e internacional) sobre la que se asienta el mandato anticorrupción en el ordenamiento peruano, cuya solidez jurídica trasciende la voluntad política de turno y se asienta en compromisos vinculantes que el Estado peruano ha asumido tanto frente a sus ciudadanos como frente a la comunidad internacional, sin que el legislador ordinario ni el operador jurídico puedan desatenderlos sin incurrir en una vulneración simultánea del ordenamiento constitucional y de las obligaciones convencionales contraídas.

III. LA PROSCRIPCIÓN DE LA CORRUPCIÓN COMO NORMA-PRINCIPIO DE RANGO CONSTITUCIONAL

3.1 Concepto y naturaleza jurídica del principio de proscripción de la corrupción

La proscripción de la corrupción como categoría jurídica autónoma es una de las elaboraciones jurisprudenciales más destacadas producidas por la magistratura constitucional peruana en los últimos años. Comprenderla exige partir de una distinción básica en la teoría del derecho; la separación de reglas y principios. Según Alexy (1993) los principios buscan el mejor resultado posible dentro de las condiciones legales y reales de cada caso. En cambio, las reglas poseen una aplicación de forma definitiva, por lo que se cumplen o se infringen. Esta distinción es relevante porque la proscripción de la corrupción no actúa como una norma de conducta puntual para casos específicos, sino como un mandato de optimización que vincula todo el sistema jurídico y puede coexistir con otros principios, ajustando su alcance mediante la ponderación en función de cada situación particular.

En el sistema constitucional peruano, este principio tiene una naturaleza implícita que, siguiendo a Atienza y Ruiz Manero (1991), corresponde a aquellos principios que no aparecen formulados de forma explícita en el texto constitucional, sino que son inferidos en base a los enunciados normativos presentes en él mediante la interpretación sistemática y teleológica. Sobre esa base, el Tribunal Constitucional ha construido este principio a partir de la interpretación articulada de los artículos 39, 41, 43 y 44 de la Constitución Política, los cuales configuran en su conjunto un mandato anticorrupción exigible a todos los poderes del Estado.

La naturaleza jurídica de este principio presenta tres rasgos que lo distinguen de otras normas. En primer lugar, aunque se trata de un principio implícito, su reconocimiento por el Tribunal Constitucional lo dota de la misma obligatoriedad que los principios expuestos, pues su fuerza normativa no proviene de la decisión del legislador ordinario sino de la propia Constitución. En segundo lugar, su alcance es objetivo, de modo que no se circunscribe a limitar conductas individuales, sino que condiciona también el funcionamiento de las instituciones del Estado. En tercer lugar, es pluriofensivo, dado que la jurisprudencia constitucional ha precisado que las conductas corruptas lesionan múltiples bienes jurídicos protegidos por la Constitución y vulneran el ordenamiento público constitucional, que comprende la tutela de la supremacía de los derechos fundamentales y el conjunto de valores que la Constitución emana (Expediente N.º 1072-2023-PHC/TC, 2024, fundamento 54).

3.2 Evolución jurisprudencial: la consolidación del principio como norma constitucional de fuerza vinculante

La evolución de la jurisprudencia como norma-principio con rango constitucional pasó por tres etapas claras. Al principio, sobre todo en fallos constitucionales, el Tribunal remarcó cómo las prácticas de corrupción tienen un efecto tan dañino sobre el sistema que se las llega a considerar tan graves como el terrorismo o el narcotráfico para el orden constitucional. El Tribunal indicó que el texto constitucional ya les atribuía un carácter especialmente perjudicial, debido al alcance con el que estos actos dañan los valores que la Constitución protege (Expediente N.º 0019-2005-PI/TC, 2005).

El segundo momento, materializado en la Resolución de Aclaración del Expediente N.º 00006-2006-PC/TC, supuso un avance considerable al reconocer la lucha anticorrupción como un mandato constitucional exigible en atención a lo dispuesto por los artículos 39 o 41 de la Constitución, por cuanto, a partir de ese momento, los poderes del Estado no harían caso de la lucha anticorrupción, ni mucho menos tratarían de una simple recomendación programática; tal reconocimiento iba en la línea del propio diseño constitucional anticorrupción, pues el establecimiento de reglas especiales -como el incremento del plazo de prescripción de las conductas corruptas- da cuenta de la necesidad de ajusticiar conductas que suponen gravísimos daños contra el patrimonio estatal, lo que da lugar a un tratamiento penal diferente y, además, justifica su complejidad estructural (Expediente N.º 00006-2006-PC/TC, 2007, fundamento 11).

En una tercera etapa, que marca el punto central en la evolución de la jurisprudencia, los expedientes del Tribunal Constitucional N.º 0009-2007-PI/TC y N.º 0010-2007-PI/TC reconocen el "principio de proscripción de la corrupción" como un principio constitucional autónomo que guía toda la actividad del Estado. Estos expedientes señalan que dicho principio debe orientar tanto a los poderes públicos como al propio Tribunal Constitucional al ejercer sus competencias, ya sean concentradas o difusas, llevando a la adopción de medidas constitucionales concretas y a realizar los ajustes institucionales necesarios para fortalecer las

instituciones democráticas, sin que esto implique una amenaza para el Estado democrático ni obstaculice el desarrollo del país (Expedientes N.º 0009-2007-PI/TC y N.º 0010-2007-PI/TC, 2007, fundamentos 54-55). Esta consolidación fue posteriormente precisada en el Expediente N.º **0016-2019-PI/TC**, donde el Tribunal aclaró que dicho principio no está escrito literalmente en el texto constitucional de 1993, pero que representa un principio implícito dotado de idéntica fuerza normativa que los principios expresos (**Expediente N.º 0016-2019-PI/TC, 2020, fundamento 5**). Su carácter implícito no lo debilita, sino que evidencia que su vigencia se deriva del conjunto del diseño constitucional, especialmente del artículo 41 de la Constitución, operando con la misma eficacia vinculante que los principios expresos, lo que permite su ponderación frente a otros principios de igual jerarquía.

En el Expediente N.º 0017-2011-PI/TC, el Tribunal reafirmó que la respuesta a la corrupción goza de respaldo constitucional, precisando que las conductas de los funcionarios que contravienen el correcto desempeño de sus funciones “atentan contra las bases mismas del Estado” (Expediente N.º 0017-2011-PI/TC, 2012, **fundamento 15**), y que el legislador se encuentra plenamente vinculado por los mandatos y valores que emanan de la Norma Fundamental. Recientemente, el Expediente N.º 1072-2023-PHC/TC extendió este enfoque, al precisar que la corrupción vulnera varios aspectos del orden público constitucional. Así, el Tribunal mostró que este principio se aplica a todo el ordenamiento jurídico y no solo cumple rol como guía para el legislador (Expediente N.º 1072-2023-PHC/TC, 2024, **fundamento 54**).

Estos momentos jurisprudenciales permiten afirmar que la lucha contra la corrupción constituye una norma constitucional exigible y justiciable ante los órganos de jurisdicción constitucional. Como señala Landa Arroyo (2026), este desarrollo refleja la necesidad del sistema constitucional de responder a un fenómeno estructural que compromete a múltiples actores del sistema político, económico y judicial, y que exige una respuesta que trascienda la política criminal para convertirse en una exigencia inherente al propio modelo de organización constitucional del Estado.

3.3 Parámetros de validez material y funcionalidad

La experiencia comparada advierte que la sola consagración normativa de la lucha contra la corrupción no garantiza por sí misma mejores niveles de integridad pública, pues el análisis de más de cuarenta constituciones con regulación expresa sobre corrupción no arroja una correlación positiva entre esa consagración y la percepción ciudadana de integridad (Rojas Castillo y Santana Silva, 2025). Lo que determina la eficacia real del principio es la intensidad y coherencia de las funciones operativas que cumple en el marco constitucional. Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional permiten identificar dos funciones diferenciadas: el principio como parámetro de validez material de las normas, expresado en el Expediente N.º 0017-2011-PI/TC (2012), y el principio como criterio orientador en la resolución de casos concretos donde concurre con otros principios constitucionales de igual jerarquía, como se advierte en el Expediente N.º 00005-2020-PI/TC (2020) y en el Expediente N.º 02203-2023-PA/TC (2025).

En cuanto al parámetro de validez material, el principio opera como un límite negativo al legislador, pues la Constitución impone prescripciones negativas que suprimen la posibilidad de dictar normas que faciliten la impunidad en el desempeño de cargos públicos. El Tribunal hizo efectivo este límite en el Expediente N.º 0017-2011-PI/TC al declarar inconstitucional el cambio del artículo 384 del Código Penal introducida por la Ley N.º 29703, que había reducido el tipo ilícito de colusión exigiendo un perjuicio patrimonial efectivo al Estado, exigencia que

desnaturaliza de contenido la protección constitucional frente a las conductas corruptas en la contratación estatal, pues los conductas que contravienen el correcto desempeño de las funciones estatales "atentan contra las bases mismas del Estado" y la erradicación de toda expresión de corrupción "goza también de protección constitucional" emanada de los artículos 39, 41 y 43 de la Constitución (fundamentos 15 y 16). Una norma que exima de responsabilidad a funcionarios corruptos, reduzca artificialmente los términos de prescripción aplicables a ilícitos contra el erario público o suprima mecanismos de control no solo incumple una opción de política criminal, sino que lesiona en forma directa el contenido esencial de este principio, generando las consecuencias de inconstitucionalidad que ello conlleva.

La función de ponderar entra en juego cuando las acciones del Estado para prevenir y castigar la corrupción chocan con otros derechos fundamentales o principios constitucionales que están al mismo nivel. En situaciones así, el principio que prohíbe la corrupción no elimina automáticamente el derecho opuesto; más bien, se entiende como una invitación a buscar el equilibrio más justo posible, considerando qué es legalmente y prácticamente viable en ese caso concreto. Ponderar no significa aplastar uno de los principios enfrentados, sino decidir, de forma razonada y transparente, cuál tiene más peso en ese contexto específico. Y esa decisión debe apoyarse en argumentos claros y ser verificable para otros.

3.4 El principio de buena administración como dimensión positiva

La lucha anticorrupción no se agota en su dimensión negativa entendida como la prohibición de tolerar o reproducir hechos de corrupción en el ámbito de la función pública, sino que también se articula de manera estructural con el principio de buena administración, el cual constituye su dimensión positiva y complementaria dentro del mismo sistema constitucional de valores. Mientras el primero impone una prohibición de alcance general dirigida tanto al legislador como a los operadores jurídicos y a los propios titulares de la labor pública, el segundo instruye un mandato activo de actuación íntegra, transparente y responsable, constitucionalmente exigible a todo empleado público. El Tribunal Constitucional ha precisado que el artículo 39 de la Constitución, que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación, y el artículo 44, referido a los deberes principales del Estado, constituyen la base normativa de dicho mandato positivo (Expediente N.º 0005-2005-PI/TC; Expediente N.º 0007-2012-PI/TC, fundamento 15). Probidad, transparencia y responsabilidad no son, en consecuencia, exigencias éticas programáticas sino deberes jurídicos de rango constitucional que condicionan la legitimidad de toda actuación pública.

Más allá de una simple enunciación de principios éticos, se trata de una norma de contenido jurídico eficaz que caracteriza la naturaleza teleológica del servicio público, ya que la ocupación del cargo estatal no puede ser catalogado como un derecho subjetivo del funcionario y menos aún como una prerrogativa de los poderes, sino como un servicio prestado en beneficio del interés general, sometido a responsabilidad tal y como lo ordena la Constitución. Bajo esa misma lógica el artículo 5.1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción que establece para los Estados parte de la exigencia de elaborar e instaurar políticas de prevención efectivas que incorporen valores del Estado de Derecho, probidad en la gestión de los recursos públicos, la transparencia y la rendición de cuentas (Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2003).

Desde esa perspectiva, las condiciones restrictivas al reingreso al servicio estatal impuestas a quienes fueron condenados por corrupción encuentran fundamento autónomo en el principio de buena administración, no como consecuencia punitiva, sino como exigencia

constitucional positiva destinada a proteger la idoneidad institucional de la actividad pública como bien jurídico en sí mismo.

IV. EL PRINCIPIO DE RESOCIALIZACIÓN Y EL DERECHO DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA DEL REHABILITADO

4.1 Fundamento constitucional del principio resocializador

El principio resocializador encuentra su base constitucional en el artículo 139, inciso 22, de la Constitución Política del Perú (1993), reconoce que la finalidad del régimen penitenciario es favorecer la reeducación, rehabilitación y reincorporación social de las personas condenadas. Pero esto no se queda solo como una norma propia de la organización penitenciaria. El propio Tribunal Constitucional ha señalado que su contenido debe interpretarse en concordancia con el artículo 10, párrafo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), instrumento que exige que todo régimen penitenciario debe orientarse esencialmente a la readaptación social de los penados, constituyendo una exigencia normativa dirigido a la totalidad de los poderes públicos (Expediente N.º 0010-2002-AI/TC, 2003, fundamento 180).

Asimismo, este principio se basa en el artículo 1 de la Constitución, que consagra la dignidad de la persona como fundamento y finalidad del orden social y estatal. Una sanción cuyo efecto niegue a dicha persona toda posibilidad de demostrar su rehabilitación, imponiéndose a perpetuidad sin posibilidad de revisión, tiene carácter exclusivamente retributivo y convierte al condenado en un mero receptor de la sanción y no en sujeto con capacidad de transformación, en contravención directa del valor fundamental de la persona.

4.2 La rehabilitación y sus efectos jurídicos

La rehabilitación constituye la expresión jurídica del principio resocializador, pues alude a un momento y a una naturaleza jurídica distintos dentro del proceso de reinserción del condenado. Mientras que la resocialización designa el proceso orientado a la recuperación social del individuo, proceso que se desarrolla tanto a través de herramientas de formación como de normas de incidencia social, la rehabilitación constituye "una institución jurídica que modifica el *status* ciudadano de quien ha cumplido ya su condena, proclamando que vuelve a ser sujeto de todos sus derechos en igualdad de condiciones con el resto" (Urías Martínez, 2001, p. 45).

El artículo 69 del Código Penal regula la rehabilitación automática, estableciendo que si una persona ya cumplió totalmente su condena y pagó todo lo que debía como reparación civil, recupera su condición de rehabilitado sin tener que hacer un trámite extra. Esto trae dos efectos concretos: la reintegración de los derechos restringidos por efecto de la condena y la eliminación de los antecedentes derivados de ella. La resolución judicial que la declara tiene carácter meramente declarativo, no constitutivo, pues la rehabilitación actúa de pleno derecho al verificarse los presupuestos legales.

La tensión normativa surge en que, si bien la rehabilitación puede restituir los derechos suspendidos, no conlleva al retorno automático del condenado en los puestos, encargos o funciones de los que fue privado. Esta distinción es normativamente significativa: la rehabilitación no es una restitución integral al estado anterior a la condena, sino el reconocimiento de que el ciudadano recupera su capacidad jurídica plena para el futuro, sin que ello implique automáticamente el acceso a posiciones que requieren habilitación especial.

Adicionalmente, tratándose de inhabilitación de carácter indefinido impuesta por hechos delictivos contra la Administración Pública, la rehabilitación automática no opera, su levantamiento solo puede ser resultado de una decisión judicial específica, conforme a las disposiciones sobre la inhabilitación y rehabilitación previstas en el Código Penal y en el Código de Ejecución Penal.

4.3 El derecho de acceso a la función pública del rehabilitado

Este derecho de acceder a la función pública tiene una doble naturaleza constitucional: por un lado, se configura como un derecho individual, y por otro, de participación política, es decir, posee una dimensión colectiva que forma parte del derecho del ciudadano a intervenir en la articulación y desempeño de las funciones de gobierno, y una dimensión subjetiva, que constituye una expresión de la libertad de la autodeterminación y del valor inherente a la persona. La Norma Fundamental reconoce en su artículo 2, inciso 17, al asegurar “el derecho de todo ciudadano a participar en la vida política, económica, social y cultural de la Nación”. Más adelante, en el artículo 34-A (añadido en una reforma), se introducen impedimentos para el ejercicio de funciones estatales en determinados supuestos vinculados a la corrupción. Asimismo, el artículo 33 de la Constitución señala que “el ejercicio de la ciudadanía se suspende (...) por sentencia con inhabilitación de los derechos políticos”, lo que implica que la restricción de dichos derechos, incluido el acceso a cargos públicos, requiere una resolución judicial expresa de inhabilitación, y no opera de manera automática como consecuencia de toda condena penal (Expediente N.º 03478-2023-PA/TC, fundamento 9).

Cuando se trata de ciudadanos rehabilitados, la Norma Fundamental garantiza que puedan ejercer plenamente sus derechos políticos. En efecto, si la rehabilitación extingue los efectos de la condena y restituye la plenitud de derechos del ciudadano, en aplicación del artículo 139, inciso 22, de la Constitución y al instituto jurídico desarrollado en el subcapítulo anterior, y si la suspensión de los derechos políticos exige una inhabilitación judicial expresa, entonces la situación del ciudadano rehabilitado es, en principio, la de titular pleno de sus derechos de actuación política. Desde ese punto de vista, el Tribunal Constitucional ha precisado que la limitación del derecho a la actuación pública de una persona rehabilitada no puede sustentarse en la aplicación automática de normas restrictivas, sino que exige una motivación reforzada y un fundamento constitucional suficiente. Así, el considerando 14 de la Expediente N.º 03478-2023-PA/TC establece que la autoridad administrativa vulnera derechos fundamentales cuando, pese a conocer la rehabilitación del recurrente, omite justificar por qué se le impide ejercer sus facultades de intervención política, a pesar de que la Norma Fundamental requiere una inhabilitación judicial expresa para tal efecto.

4.4 Límites constitucionales a las restricciones automáticas y jurisprudencia del TC

En cuanto a las restricciones admisibles a la facultad de acceder al desempeño de cargos públicos, la doctrina constitucional ha distinguido entre restricciones absolutas —que operan sin posibilidad de evaluación individualizada— y restricciones condicionadas al resultado de una ponderación. Las primeras han sido objeto de cuestionamiento porque, al aplicarse automáticamente con independencia de los elementos propios de cada situación concreto, tienden a convertir la restricción en una sanción perpetua encubierta, con efectos análogos a los de la inhabilitación definitiva, pero sin la forma de una sentencia judicial. El Tribunal Constitucional reconoció este problema en el Expediente N.º 00005-2020-PI/TC (2020), en el que declaró la inconstitucionalidad de la expresión “aun cuando hubieran sido rehabilitadas”

respecto de condenados por terrorismo, al considerar que dicha restricción perpetua resultaba incompatible con el principio de rehabilitación del condenado. Este criterio es retomado en el Expediente N.º 03478-2023-PA/TC (2024), el cual proyecta dicha lógica sobre supuestos vinculados a delitos de corrupción, al señalar que el Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad del impedimento de postulación pese a la rehabilitación del condenado, incluso en delitos considerados de alta gravedad como colusión, peculado o corrupción de funcionarios.

En ese sentido, si una restricción ha sido declarada inconstitucional respecto de delitos de mayor gravedad en atención al principio de rehabilitación, la misma lógica constitucional debería operar frente a delitos de corrupción cuando el condenado ha dado cumplimiento a su pena y alcanzado la restitución de sus derechos. Sin embargo, la Ley N.º 32058, de fecha 14 de junio de 2024, mantuvo la prohibición de ingreso al aparato estatal en supuestos de conductas corruptas cometidas desde el cargo público (Expediente N.º 03478-2023-PA/TC, voto singular de la magistrada Pacheco Zerga, fundamento 6). Ello evidencia que el legislador, bajo la invocación del principio de proscripción de la corrupción, ha optado por consolidar una restricción de naturaleza absoluta antes que diseñar un sistema de restricciones sometido a evaluación y ponderación caso por caso. Esta opción legislativa pone en evidencia la ausencia de un criterio constitucional plenamente estructurado que oriente la ponderación entre la proscripción de la corrupción y los derechos del rehabilitado.

V. ESTÁNDAR DE PONDERACIÓN RACIONAL ENTRE LA PROSCRIPCIÓN DE LA CORRUPCIÓN Y EL DERECHO DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA DEL REHABILITADO

5.1. El estado del debate jurisprudencial y la necesidad de un estándar

El máximo intérprete de la Norma Fundamental, ha enfrentado más de una vez la tensión entre el principio que rechaza la corrupción y el de resocialización, pero sus fallos no han llegado a establecer un criterio claro y constante que formen una doctrina con criterios homogéneos y replicables que sirva para los operadores jurídicos. El punto de origen de esa tensión puede encontrarse en el Expediente N.º 0019-2005-PI/TC, el propio Tribunal reconoció tanto la meta del régimen penitenciario (reeducar, reinsertar y volver a integrar al condenado en la sociedad) como el peso negativo de los delitos de corrupción, por el daño que causan a los valores que protege la Constitución (fundamento 38 y 59). Sin embargo, el Tribunal mencionó estos dos aspectos sin abordar realmente cómo deberían encajarse cuando coinciden en una misma persona condenada, y esa laguna teórica sigue sin resolverse en los casos.

En decisiones posteriores, el Tribunal fue ampliando el principio anticorrupción, hasta usarlo como medida para revisar normas y para juzgar si alguien es apto para ocupar un cargo público. Por ejemplo, en el Expediente N.º 00005-2020-PI/TC, consideró inconstitucional que se impidiera de forma permanente la postulación de ciudadanos sentenciados por delitos de terrorismo. Para el Tribunal, ese tipo de restricción es desproporcionada y va en contra del principio de rehabilitación del condenado (fundamentos 118-122). Sin embargo, esa sentencia dejó flotando una pregunta que el Tribunal nunca llegó a responder de forma clara: si la prohibición perpetua era inconstitucional en casos de terrorismo, ¿la misma lógica debería aplicarse con quienes tienen condenas por corrupción? Ambos casos estaban regulados en la misma ley y eran parecidos en su estructura, así que era inevitable plantearse esa cuestión. Aun así, ningún fallo posterior terminó de responderla ni aclaró el tema con un criterio general.

Recientemente el Tribunal ha resuelto casos concretos en los que ha empleado el principio de proporcionalidad para revisar las restricciones al acceso a la función pública impuesta a personas que han sido rehabilitadas. En el expediente N.º 02203-2023-AA/TC (2025), declaró que la interpretación administrativa que extendía indeterminadamente la inhabilitación para prestar servicios al Estado resultaba incompatible con los principios de legalidad y resocialización, además de afectar el derecho de acceso a la función pública (fundamento 24). En el expediente N.º 175/2025 Expediente N.º 02212-2024-PA/TC, se reiteró que la restricción no puede ser irrazonable ni desproporcionada, y que impedir la rehabilitación plena del ciudadano pese a haberse cumplido la condena desconoce el mandato resocializador previsto en el artículo 139, inciso 22 de la Constitución (fundamento 5). Estos pronunciamientos evidencian que el Tribunal reconoce la confrontación de principios y la resuelve en cada caso mediante criterios de proporcionalidad, pero sin construir una metodología ponderativa explícita que trascienda el caso concreto y facilite una aplicación uniforme por parte de los demás operadores jurídicos.

La distinción entre resolver un caso concreto y construir un estándar reviste una importancia jurídica fundamental, toda vez que la primera operación produce justicia individual para el litigante, en tanto que la segunda genera seguridad jurídica sistémica para el conjunto del ordenamiento. Mientras no exista ese estándar, los órganos que deben aplicar las normas restrictivas, el Jurado Nacional de Elecciones, SERVIR, los tribunales administrativos, los propios jueces, carecen de parámetros predecibles que les permitan modular el alcance de la restricción considerando las condiciones específicas de cada caso, con el resultado de que decisiones sobre supuestos análogos pueden diferir sustancialmente sin que esa diferencia encuentre explicación en criterios jurídicos identificables. Tal y como mantiene Landa Arroyo (2026), en tanto que en la doctrina constitucional no hay nada que haya alcanzado un cierto grado de consolidación acerca de los límites del principio anticorrupción en la consideración de los derechos del condenado rehabilitado, las decisiones que en este tipo de casos se adoptan no pueden dar lugar a jurisprudencia plenamente predecible. Y es precisamente esa necesidad la que justifica la aportación propositiva que desarrolla el presente subcapítulo: a partir del análisis jurisprudencial y del estándar interamericano se declaran cinco criterios que deben guiar ese ejercicio ponderativo y dar sistematicidad a las resoluciones que resuelvan la tensión entre ambos principios.

5.2. Criterios para una ponderación racional

Debemos precisar que la ausencia de un estándar consolidado no significa que el ordenamiento constitucional carezca de los elementos necesarios para construirlo. A partir del análisis jurisprudencial de la magistratura constitucional, del estándar interamericano de las garantías fundamentales de la persona y de la doctrina constitucional, es posible sugerir cinco criterios que, articulados como sistema integrado, permiten al operador jurídico resolver la tensión normativa entre la exigencia constitucional de luchar contra la corrupción y la finalidad resocializadora con parámetros predecibles y controlables. Estos criterios no constituyen condiciones acumulativas cuya concurrencia determine mecánicamente la validez o invalidez de restricción, sino variables de ponderación que debe ser valoradas en conjunto y considerando las circunstancias específicas de cada asunto, de modo que el resultado del juicio ponderativo sea susceptible de justificación racional y de control intersubjetivo por parte de los órganos competentes.

5.2.1. La proporcionalidad en sentido estricto como subregla ponderativa

Este criterio es el más estructural por su sentido estricto a la proporcionalidad entendida como una regla particular de la ponderación que exige comparar el nivel de restricción que recae sobre el principio subordinado que justifica esa afectación. Alexy (1993) ha sostenido que en los casos de confrontación entre principios la resolución del conflicto no por declarar la invalidez de cualquiera de los mandatos en confrontación ni en fijar jerarquías abstractas entre normas del mismo rango constitucional, sino en establecer cuál debe prevalecer ante circunstancias concretas del caso, determinando así una relación de precedencia condicionada que puede invertirse si las condiciones relevantes varían (p. 86). Esa comparación se realiza sobre tres variables: la importancia abstracta del bien jurídico tutelado por cada principio; el nivel concreto del perjuicio que la medida produce sobre el principio relegado; y la certeza de los fundamentos que justifican la medida.

Lo que diferencia este criterio de su aplicación genérica en la jurisprudencia existente es la exigencia de que el operador jurídico lo desarrolle de manera explícita y articulada sobre factores concretos del caso, sin limitarse con una afirmación abstracta de proporcionalidad o razonabilidad. Aplicado al supuesto del condenado rehabilitado por delitos de corrupción que pretende acceder a la función pública, ese desarrollo supone examinar la magnitud del hecho punible que originó la condena y la posición de poder que le sujeto ocupaba al momento de cometerlo; el tiempo transcurrido desde la obtención de la rehabilitación y los cambios producidos en la situación personal y profesional del sujeto durante ese período; el tipo de función pública a la que se pretende acceder y su relación funcional con las conductas que motivaron la condena; y la disponibilidad o carencia de mecanismos institucionales de control, fiscalización, declaración de intereses, auditoría, que reduzcan objetivamente el riesgo de recurrencia. Ninguno de esos factores opera de manera aislada ni tiene carácter determinante por sí solo; su peso debe ser ponderado en conjunto para establecer si la restricción resulta o no justificada en el caso concreto, y esa ponderación debe quedar expresamente razonada en la resolución que la sustenta, pues solo así la decisión puede ser objeto de control y revisión.

5.2.2. El estándar interamericano como límite externo a la restricción

La ponderación que realiza el operador jurídico interno no puede desarrollarse al margen del marco convencional interamericano sin acarrear la responsabilidad internacional del Estado. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado en el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos constituye una norma de carácter taxativo que fija los únicos supuestos admisibles para condicionar el ejercicio de las facultades del desarrollo de derechos de naturaleza política, entre ellos el derecho a ser elegido, y que esa restricción solo procede mediante condena dictada por la judicatura competente en el marco de un procesos penal (Corte IDH, Caso López Mendoza vs. Venezuela, 2011, párr. 107). Este matiz tiene una consecuencia clara para lo que se analiza, si una norma extiende de forma indefinida los efectos restrictivos de una condena que ya fue extinguida por rehabilitación, sin un límite máximo de tiempo ni la opción de que alguien revise el caso, no puede considerarse válida. No encaja en los casos que el propio artículo 23.2 de la Convención menciona. Además, aplicar la norma de forma automática y sin realmente evaluar la situación pasa el límite que el sistema interamericano permite a los Estados cuando regulan los derechos políticos.

La advertencia mencionada se entiende mejor si analizamos lo que resolvió el Caso Andrade Salmón vs. Bolivia. Ahí, la Corte IDH dejó claro que la proscripción de la corrupción puede ser un motivo legítimo para poner límites al ejercicio de derechos políticos. Pero tampoco puede ser irrestricta: esa restricción no puede transformarse en una herramienta que deje a una persona sin derechos que la propia ley interna ya consideraba extintos (Corte IDH,

2016, párr. 178). El estándar interamericano no reemplaza la evaluación que corresponde al ámbito nacional, ni dicta por sí solo cómo debe resolverse el caso. Más bien, fija un piso mínimo de garantías que ninguna medida restrictiva puede rebajar, sin importar lo que argumente la legislación interna. Así, el estándar interamericano funciona como una barrera que el juez tiene que analizar antes de adoptar cualquier medida restrictiva, porque si ese mínimo no se cumple, no solo se afectan derechos fundamentales de la persona, sino que además se pone en juego la responsabilidad internacional del Estado peruano ante el sistema interamericano.

5.2.3. El deber de motivación reforzada como garantía del juicio individualizado

La proporcionalidad en sentido estricto y el estándar interamericano, por sí solos, no alcanzan si no van acompañados de una exigencia procedimental que garantice que estos criterios se apliquen en cada caso concreto: la obligación de motivar de manera reforzada cualquier decisión. Este deber recae en todo órgano jurisdiccional, electoral o administrativo que tome una medida que limite derechos fundamentales ligados al desempeño de cargos estatales. El concepto “deber” no constituye un requisito accesorio del razonamiento jurídico común sino es la condición de validez de una decisión que invoca la norma restrictiva sin desarrollar un juicio individualizado sobre las circunstancias concretas del sujeto y del cargo pretendido no ejerce ponderación sino aplicación mecánica de la prohibición legal, que es precisamente lo que el Estado Constitucional de Derecho proscribía cuando están en debate derechos fundamentales de la persona.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado claro que no basta con citar la norma que permite restringir derechos políticos; la decisión tiene que contener un análisis explícito de la gravedad de los hechos que motivaron la condena, si la medida es proporcional respecto al cargo buscado y cómo la conducta pasada de la persona conecta con el riesgo real que su acceso al puesto podría implicar para bien jurídico protegido (Corte IDH, Caso Zegarra Marín vs. Perú, 2017, párr. 147-148). Si hablamos de alguien rehabilitado por delitos de corrupción, este estándar exige que el responsable jurídico argumente por qué, en ese caso específico (no de manera general), la gravedad del delito, el cargo al que se aspira y el tiempo desde la rehabilitación justifican mantener la restricción. Una resolución que no esté debidamente motivada en su desarrollo, no supera el control de convencionalidad y puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado, con independencia de que la norma aplicada haya superado el control abstracto de constitucionalidad. Así, exigir una motivación reforzada es lo que permite que la ponderación no quede solo en lo teórico, sino que pase a ser un análisis legal que puede revisarse y servir de base para otras decisiones en el futuro.

5.2.4. El derecho al olvido en su dimensión constitucional: de los registros administrativos sancionadores a la función pública

Los tres criterios precedentes operan fundamentalmente sobre circunstancias del caso concreto en el momento de la decisión. Existe, sin embargo, una dimensión temporal de la restricción que estos criterios no abordan de manera autónoma y que resulta indispensable para una ponderación constitucionalmente completa: el derecho al olvido en su alcance jurídico. Este derecho no es una categoría foránea ni una importación acrítica del Derecho europeo sobre de protección de datos personales. Por el contrario, el Tribunal Constitucional peruano lo ha desarrollado progresivamente como expresión del derecho a la autodeterminación informativa previsto en el artículo 2, numeral 6 de la Constitución, precisando que esta garantía permite solicitar la supresión, eliminación o retiro de información de datos personales cuando, a raíz

de modificaciones sustantivas en las circunstancias fácticas o jurídicas, estos han dejado de estar ajustados a la realidad o ya no lo están plenamente, de modo que su difusión ocasiona una afectación a derechos como el honor, la buena reputación, al libre desarrollo de la personalidad o a la intimidad (Expediente N.º 03041-2021-PHD/TC, fundamento 11). El Tribunal ha extendido expresamente ese reconocimiento a los registros estatales, ordenando en el Expediente N.º 02839-2021-PHD/TC la eliminación de registros policiales vinculados a investigaciones archivadas definitivamente, al precisar que el derecho al olvido busca impedir que el avance tecnológico se convierta, con el paso del tiempo, en una herramienta que perpetúe la exposición de información personal y cause un daño permanente a derechos fundamentales como la dignidad, la intimidad o el trabajo (fundamentos 10-11). Es clave notar que este tipo de protección aplicaba a la información sobre investigaciones sin sentencia, lo que deja claro que, aún más, los efectos legales de una condena que ya fue borrada por rehabilitación tampoco pueden extenderse para siempre. Esa extensión debe estar limitada por un exigente criterio de proporcionalidad.

La presentación del derecho al olvido en el ámbito del Derecho administrativo sancionador conlleva la introducción de un ámbito concreto, de gran relevancia para la presente cuestión, ya que es precisamente en este ámbito donde la prohibición de la corrupción produce sus mayores efectos para acceder y reingresar al empleo público. Un ejemplo es el Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles (RNSSC), que maneja SERVIR, es la herramienta oficial a través de la cual las sanciones disciplinarias y funcionales, así como las penas de inhabilitación, se hacen públicas en todo el sector público justo para evitar que quienes han sido sancionados puedan regresar mientras esa sanción sigue vigente. En el expediente N.º 01962-2021-AA/TC (2025), el Tribunal Constitucional dejó más claro hasta dónde llega la RNSSC: no es realmente un archivo eterno de personas sancionadas, pero sí garantiza que se cumpla debidamente la restricción a quienes tengan alguna prohibición, incluso por sanciones administrativas o condenas penales impuestas por sentencia judicial (fundamento 31).

La lógica va en la misma línea del Decreto Supremo N.º 012-2017-JUS, de desarrollo del Decreto Legislativo N.º 1295, que en su artículo 8 (numeral 8.2) señala que las sanciones que ya no están vigentes se quedan registradas indefinidamente, aunque se mantienen en privado (sólo puede verlas la Autoridad Nacional del Servicio Civil), salvo que alguna norma diga lo contrario. Así, una sanción ya cumplida deja de ser información pública, aunque siga en el histórico interno del sistema. Este esquema legal conecta directamente con la Constitución, porque si el propio sistema reconoce que una vez extinta la sanción ya no tiene sentido seguir haciendo pública esa información (ya que pierde justificación real al terminar la prohibición), el mismo operador jurídico que mantiene más restricciones de acceso a la función pública sin revisar caso por caso y sin valorar si esa justificación sigue existiendo, termina chocando con la lógica básica del propio sistema diseñado por el legislador.

Cuando se usa como criterio para analizar un caso, el derecho al olvido, tal como está planteado en la Constitución, obliga a quien decide el caso a mirar más allá de la situación puntual y preguntarse: ¿ha pasado suficiente tiempo desde la rehabilitación, y han cambiado tanto las circunstancias personales y profesionales de la persona, que ya no tiene sentido mantener esa restricción desde el punto de vista constitucional? ¿O sigue siendo todavía una medida válida de protección por cómo están las cosas? El artículo 20 de la Ley N.º 29733 (Ley de Protección de Datos Personales) va en la misma línea: reconoce que toda persona tiene derecho a que se eliminen sus datos personales cuando ya no resultan necesarios ni pertinentes para el fin por el que se recopilaron. Así, si un dato sancionador ya no tiene vigencia, deja de tener sentido para el objetivo por el cual se registró y no puede seguir siendo motivo de nuevas

restricciones, salvo que el operador jurídico explique con claridad y de manera actualizada cuál es el propósito concreto que lo justificaría ahora. Sin esa justificación, cualquier restricción que se mantenga después del tiempo legal de inhabilitación no solo se queda sin respaldo constitucional, sino que acaba funcionando como una penalización encubierta que la ley no previó y que no fue sometida a las garantías del debido proceso que debe respetarse en cualquier consecuencia jurídica negativa. Este criterio no implica una amnesia jurídica impuesta al sistema ni la eliminación de los antecedentes del historial institucional del Estado — que puede ser permanente —, sino el reconocimiento de que proyectar efectos restrictivos sobre el ejercicio futuro de la función pública más allá de lo que el ordenamiento jurídico ha autorizado expresamente exige una justificación actual, concreta y explícita en cada caso, y no la mera referencia a la condena original como si esta siguiera vigente.

5.2.5. La prohibición de estigmatización permanente como límite derivado de la dignidad humana

Vinculado al derecho al olvido, aunque con un fundamento constitucional autónomo, el quinto criterio es la prohibición de estigmatización permanente como límite derivado del principio-derecho de dignidad humana reconocido en el artículo 1 de la Constitución. Mientras el derecho al olvido opera sobre los efectos jurídicos formales de la condena en el tiempo, la prohibición de estigmatización permanente opera sobre el trato institucional que el Estado dispensa al condenado a través de sus normas: cuando estas construyen sobre el sujeto una identidad jurídica definida de manera permanente e irreversible por el delito cometido, con independencia del tiempo transcurrido y de los cambios producidos en su persona, el ordenamiento traiciona la finalidad resocializadora que la Constitución le impone y convierte la sanción en un estigma perpetuo que el propio sistema jurídico institucionaliza. Como sostiene Zaffaroni (1989), el sistema punitivo apunta a etiquetar al condenado de manera permanente, construyendo una identidad jurídica y social que lo define por su delito con independencia del tiempo transcurrido y de los cambios producidos en su persona, lo que contradice frontalmente la finalidad resocializadora de la pena. Cuando el Estado institucionaliza esa etiqueta mediante normas que impiden el reingreso a la función pública sin límite temporal y sin posibilidad de revisión individualizada, la estigmatización social se convierte en estigmatización jurídica, esto es, en una consecuencia normativa permanente que el ordenamiento constitucional no puede avalar sin contradecir simultáneamente el mandato del artículo 139, inciso 22, y el principio-derecho de dignidad humana del artículo 1 de la Constitución.

Cuando se usa como criterio, la prohibición de estigmatizar de manera permanente obliga a que, si la autoridad legal impone una restricción que puede tener ese efecto de "etiqueta" definitiva, tenga que explicar con mucho rigor por qué eso es aceptable según la Constitución en ese caso concreto. Esa explicación no puede limitarse a decir que el delito de corrupción es grave en abstracto (eso ya forma parte del análisis de proporcionalidad), sino que tiene que señalar un riesgo real y específico para el bien jurídico protegido - un riesgo que la rehabilitación no ha logrado eliminar y que volver a ese cargo concreto haría objetivamente peor. Si no se identifica así el peligro, la restricción permanente no responde a una meta legítima según la Constitución, sino que se convierte en una especie de castigo extra que el sistema legal no ha autorizado y que un Estado de Derecho no puede permitir sin ir en contra de su propia razón de ser.

Estos cinco criterios no son una lista cerrada de requisitos que deban cumplirse todos juntos para validar o invalidar una restricción. Más bien, funcionan como un sistema de

ponderación que le da al operador jurídico parámetros claros y justificables para decidir en aquellos casos donde el mandato de combatir la corrupción y el de promover la resocialización coinciden en una misma persona. El principio anticorrupción no elimina de manera automática y definitiva el acceso de toda persona rehabilitada, sin importar las circunstancias. Es un principio que, como mandato de optimización, debe analizarse caso por caso para ver hasta dónde puede aplicarse sin atropellar el derecho a la resocialización, el acceso a la función pública, el derecho al olvido o negar para siempre la posibilidad de dejar atrás el estigma. Encontrar ese punto de equilibrio no significa tratar al infractor con indulgencia ni quitarle fuerza a la lucha contra la corrupción. Más bien, es una exigencia que el propio Estado constitucional impone a quienes aplican la ley cuando hay principios constitucionales del mismo nivel en juego. Eso es, justamente, lo que la jurisprudencia constitucional peruana debe consolidar: fijar criterios claros, generales y aplicables para casos similares futuros.

VI. CONCLUSIONES

El análisis muestra que la proscripción de la corrupción viene funcionando como un fundamento no escrito pero constitucional, criterio desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Este principio guía a las autoridades para proteger la integridad administrativa y la honestidad en el servicio público. Pero aplicarlo no puede ir tan lejos como para borrar otros principios constitucionales igual de importantes, ni ser usado para restringir de manera arbitraria derechos fundamentales garantizados por la Constitución.

El estudio revela que aún no se ha consolidado un estándar uniforme para resolver, de manera coherente, la fricción entre el principio de prohibición de la corrupción y el mandato constitucional de resocialización. La falta de ese estándar genera que jueces y autoridades administrativas tomen decisiones muy distintas entre sí, lo que termina por restar certeza jurídica acerca de quién puede acceder a puestos públicos después de cumplir su condena y haber sido rehabilitado.

El Expediente N.º 03478-2023-PA/TC sirve como un precedente importante en este tema, pero el Tribunal Constitucional ahí solo señaló que la decisión administrativa impugnada carecía de motivación suficiente. No llegó a establecer criterios materiales claros que permitan equilibrar el combate contra la corrupción con el derecho a que las personas rehabilitadas puedan reinsertarse.

Cuidar la honestidad en la administración pública no puede justificar restricciones automáticas o generales para acceder a cargos públicos. Cualquier limitación debe pasar por un análisis estricto de proporcionalidad, considerando tanto el objetivo de reinserción de la pena como los criterios desarrollados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Es clave que el Tribunal Constitucional establezca una línea jurisprudencial que incluya criterios objetivos de ponderación: la gravedad del delito, el tiempo transcurrido desde la rehabilitación, el tipo de cargo público al que se aspira y la existencia de un riesgo real y concreto para el interés público.

La ponderación racional entre ambos principios debe justificar de forma más detallada sus decisiones, así como el respeto al derecho al olvido en su dimensión constitucional, a fin de evitar que registros extinguidos sirvan de fundamento para restricciones perpetuas. Del mismo modo, debe proscribirse toda forma de estigmatización permanente de la persona rehabilitada, en atención al principio-derecho de dignidad humana.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales* (E. Garzón Valdés, Trad.). Centro de Estudios Constitucionales.
- Atienza, M., & Ruiz Manero, J. (1991). Sobre principios y reglas. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 10, 101–120. <https://doi.org/10.14198/DOXA1991.10.04>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *Resolución 1/18. Corrupción y derechos humanos*. Organización de los Estados Americanos. <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-18-es.pdf>
- Convención Interamericana contra la Corrupción. (1996). Organización de los Estados Americanos. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-58.html>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011, 1 de septiembre). *Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 233*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016, 1 de diciembre). *Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia. Fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 330*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_330_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017, 15 de febrero). *Caso Zegarra Marín Vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C No. 331*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_331_esp.pdf
- Expediente N.º 00005-2020-PI/TC. (2022). *Caso de las normas sobre terrorismo*. Tribunal Constitucional del Perú. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/00005-2020-AI.htm>
- Expediente N.º 00006-2006-PC/TC. (2007). Tribunal Constitucional del Perú. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00006-2006-CC%20Aclaracion2.pdf>
- Expedientes N.os 00009-2007-PI/TC y 00010-2007-PI/TC (acumulados). (2007). *Proceso de Inconstitucionalidad*. Tribunal Constitucional del Perú. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00009-2007-AI%2000010-2007-AI.html>
- Expediente N.º 00016-2019-PI/TC. (2020). *Caso de la reparación civil a favor del Estado*. Tribunal Constitucional del Perú. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00016-2019-AI.pdf>
- Expediente N.º 00017-2011-PI/TC. (2012). *Fiscal de la Nación*. Tribunal Constitucional del Perú. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00017-2011-AI.html>
- Expediente N.º 0019-2005-PI/TC. (2005). *Más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República*. Tribunal Constitucional del Perú. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00019-2005-AI.pdf>

- Expediente N.º 01072-2023-PHC/TC. (2024). Tribunal Constitucional del Perú. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2024/01072-2023-HC.pdf>
- Expediente N.º 01553-2023-PA/TC. (2024). *Procurador Público Especializado en Delitos de Corrupción*. Tribunal Constitucional del Perú. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2024/01553-2023-AA.html>
- Expediente N.º 03365-2005-HC/TC. (2006). Tribunal Constitucional del Perú. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03365-2005-HC.pdf>
- Expediente N.º 03478-2023-PA/TC. (2025). Tribunal Constitucional del Perú. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2025/03478-2023-AA.html>
- García Cobián Castro, E. (2023). Principio de proscripción de la corrupción y derechos fundamentales: Componentes del contenido constitucional de la defensa de los intereses del Estado. *Revista Jurídica de la Procuraduría General del Estado*, 4, 148–172.
- Gavara de Cara, J. C. (2022). Corrupción política, transparencia y reforma constitucional. *Revista Española de la Transparencia*, 15, 79–106. <https://doi.org/10.51915/ret.230>
- Häberle, P. (2003). *El Estado constitucional* (H. Fix-Fierro, Trad.). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2025, agosto). *Perú: Percepción ciudadana sobre gobernabilidad, democracia y confianza en las instituciones, enero-junio 2025* (Informe N.º 3). <https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/informe-de-gobernabilidad-agosto-2025.pdf>
- Landa Arroyo, C. (2026, 11 de mayo). Principio constitucional de proscripción de la corrupción: Desafío judicial. *Pólemos. Portal Jurídico Interdisciplinario*. <https://polemos.pe/principio-constitucional-de-proscripcion-de-la-corrupcion-desafio-judicial/>
- Ley N.º 32058. (2024, 14 de junio). *Ley que modifica la Ley N.º 26864, Ley de Elecciones Municipales*. Diario Oficial *El Peruano*. <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/2297404-1>
- Montoya Vivanco, Y. (Coord.). (2016). *Manual sobre delitos contra la administración pública* (2.ª ed.). IDEHPUCP, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Naciones Unidas. (2003). *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_S.pdf
- Nye, J. S. (1967). Corruption and political development: A cost-benefit analysis. *The American Political Science Review*, 61(2), 417–427. <https://doi.org/10.2307/1953254>
- Orosco Vega, E. G. (s.f.). Verificación del cumplimiento de la finalidad constitucional de la resocialización en el Perú. *Iuris Omnes. Revista de la Corte Superior de Justicia de Arequipa*, 131–144.

- Proética. (2025, 11 de febrero). Corrupción en ascenso: Perú sigue descendiendo en el ranking global de Transparencia Internacional. <https://www.proetica.org.pe/noticias/corrupcion-en-ascenso-peru-sigue-descendiendo-en-el-ranking-global-de-transparencia-internacional/>
- Rojas Castillo, J., & Santana Silva, D. (2025). *Definición de corrupción y su consagración constitucional* (Documento SUP N.º 144753). Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
- Ruiz Molleda, J. C. (2020, 19 de agosto). ¿Es posible la justiciabilidad del principio constitucional de lucha contra la corrupción? *Instituto de Defensa Legal*. <https://www.idl.org.pe/es-posible-la-justiciabilidad-del-principio-constitucional-de-lucha-contra-la-corrupcion/>
- Solís Curi, E., & Fabián Terreros, Y. E. (2025). *El rol de la colaboración eficaz en la lucha contra la gran corrupción en el Perú: Aproximaciones empíricas y desafíos operativos*. IDEHPUCP, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Torres Pachas, D. R. (2019). Corrupción y redes de intereses en la Administración Pública. *Derecho & Sociedad*, 52, 183–194. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/21220>
- Urías Martínez, J. (2001). El valor constitucional del mandato de resocialización. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 63, 43–78. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79706>

LA ASIMETRÍA DE INFORMACIÓN COMO FACTOR DE INEFICIENCIA EN EL ACCESO AL SEGURO INTEGRAL DE SALUD EN LIMA METROPOLITANA

Anjhelly Lucero Gomez Farfan*

*Estudiante del 10mo ciclo de la Facultad de Derecho
Universidad de San Martín de Porres*

AUTORA

Anjhelly Lucero Gomez Farfan
Universidad de San Martín de Porres
anjhelly_gomez@usmp.pe
 ORCID: 0009-0004-4396-013X

Recibido: 31/08/2026

Aceptado: 10/09/2026

* Estudiante del décimo ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. Con especial interés en el Análisis Económico del Derecho y los derechos fundamentales. Cuenta con experiencia preprofesional en el Ministerio Público, el Poder Judicial y la Municipalidad Distrital de Chiara (Ayacucho), abogada al ámbito penal, civil y de protección a la niñez y adolescencia.

LICENCIA

Este trabajo se comparte bajo la licencia de Reconocimiento Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0):
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



RESUMEN

El presente artículo analiza la asimetría de información como principal barrera no económica para el acceso efectivo al Seguro Integral de Salud (SIS) en Lima Metropolitana. A partir de los fundamentos del Análisis Económico del Derecho y los modelos de Akerlof, Spence y Stiglitz, se examina cómo la desigualdad informativa entre el Estado y el ciudadano genera ineficiencia sistémica: personas elegibles que no se afilian, afiliados que no saben cómo usar su cobertura, y un sistema que crece en números, pero no necesariamente en acceso real. Mediante una metodología cualitativa de revisión crítica de literatura especializada, análisis de datos estadísticos oficiales y derecho comparado con Chile, Colombia, Uruguay y Brasil, se identifican las causas estructurales de esta falla, sus consecuencias económicas y sociales, y se proponen cinco medidas concretas para corregirla. La hipótesis central que guía el trabajo es que informar bien no es un complemento del sistema de salud: es parte esencial de él.

PALABRAS CLAVE

Asimetría de información, Seguro Integral de Salud, Análisis Económico del Derecho, Acceso a la salud.

INFORMATION ASYMETRY AS A FACTOR CONTRIBUTING TO INEFFICIENCY IN ACCESS TO COMPREHENSIVE HEALTH INSURANCE: AN ANALYSIS OF THE LIMA METROPOLITAN AREA

ABSTRACT

This article analyzes information asymmetry as the primary non-economic barrier to effective access to the Comprehensive Health Insurance (SIS) in Metropolitan Lima. Drawing on the foundations of Law and Economics and the models of Akerlof, Spence, and Stiglitz, it examines how informational inequality between the State and citizens generates systemic inefficiency: eligible individuals who never enroll, enrollees who do not know how to use their coverage, and a system that grows in numbers but not necessarily in real access. Through a qualitative methodology of critical literature review, official statistical data analysis, and comparative law with Chile, Colombia, Uruguay, and Brazil, the article identifies the structural causes of this failure, its economic and social consequences, and proposes five concrete measures to address it.

KEYWORDS:

Information asymmetry, Comprehensive Health Insurance, Law and Economics, Healthcare access,

SUMARIO

I. Introducción. — II. Análisis Económico del Derecho y el derecho a la salud: Fundamentos teóricos y asimetría de información. — III. El Seguro Integral de Salud (SIS) en Lima Metropolitana: Diseño institucional, cobertura y barreras de acceso. — IV. Derecho comparado: ¿Cómo resuelven otros países este problema? — V. Conclusiones. — VI. Bibliografía.

II. INTRODUCCIÓN

Cuando una persona necesita atención médica y no tiene dinero para pagar una clínica privada, el Estado le ofrece el Seguro Integral de Salud (en adelante, SIS). Creado hace más de veinte años, este servicio es gratuito en teoría, sin embargo, en la práctica, muchos ciudadanos no lo usan porque nadie les explica cómo funciona: no saben si califican, qué documentos presentar ni a qué centro de salud acudir. Esta brecha entre lo que el Estado promete y lo que el ciudadano realmente recibe no es un problema de falta de dinero, sino de falta de información clara.

El SIS nació en el 2002 para garantizar que las personas sin recursos reciban atención médica sin pagar. Hasta el 2023, el Ministerio de Salud (MINSA, 2023) registraba más de 17 millones de afiliados a nivel nacional, no obstante, tener un seguro no significa poder usarlo. Según el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI, 2023), cerca de 3.3 millones de peruanos seguían sin ningún tipo de cobertura, y entre los inscritos en el SIS, el uso real del servicio era muy bajo, sobre todo en zonas con poca información. El sistema crece en números de papel, pero falla en el acceso real y en economía, a este problema se le conoce como asimetría de información.

El concepto fue desarrollado por George Akerlof, Michael Spence y Joseph Stiglitz, quienes recibieron el Premio Nobel de Economía en 2001 por demostrar que cuando una de las partes de una relación sabe más que la otra, las decisiones se distorsionan y el sistema termina

funcionando muy por debajo de lo que podría, en otras palabras, si un ciudadano no sabe a qué tiene derecho, no lo va a pedir y si no lo pide, el sistema asume que no lo necesita. Eso es exactamente lo que ocurre con el SIS, el Estado maneja toda la información sobre los requisitos, los beneficios, los procedimientos y los establecimientos disponibles, mientras que el ciudadano —particularmente el más vulnerable— llega al sistema sin saber por dónde empezar.

Este trabajo se enfoca en Lima Metropolitana, donde la concentración de centros de salud y la presencia institucional del Estado son mayores que en cualquier otra región del país. Si la asimetría de información genera barreras de acceso incluso en la capital, es posible imaginar —aunque excede el alcance de este análisis— lo que ocurre en zonas rurales de Puno, Ayacucho o Loreto, donde el problema se multiplica por la distancia geográfica, las barreras idiomáticas y décadas de abandono institucional, mencionamos esto no para desviar el foco, sino para dimensionar la magnitud real del fenómeno que aquí se estudia en su versión más documentada.

Porque el problema no termina en no saber cómo afiliarse, hay personas que sí logran llegar al sistema y aun así enfrentan una segunda barrera igual de frustrante: la atención. Los trabajadores de salud no siempre explican los procedimientos, los trámites son confusos, y quien llega sin información previa muchas veces se va igual de desorientado que cuando entró o simplemente no regresa. La asimetría no solo opera en el momento de la afiliación, sino en cada punto de contacto entre el ciudadano y el sistema. Cuando esa experiencia es negativa, genera desconfianza, y la desconfianza genera abandono. El resultado es un círculo en el que las personas que más necesitan el servicio son las que menos logran aprovecharlo.

Todo esto tiene consecuencias que van más allá del individuo, cuando alguien no accede a tiempo a atención médica, su problema de salud se agrava, y tratarlo después cuesta mucho más, tanto para la persona como para el Estado. El Banco Mundial (2021) estima que por cada dólar invertido en atención primaria y preventiva se evitan entre cuatro y ocho dólares en gasto hospitalario de emergencia. La falta de información, entonces, no es solo una injusticia: es también un gasto innecesario que el sistema termina absorbiendo de la peor manera posible.

Frente a este escenario, el presente artículo tiene como objetivo analizar de qué manera la asimetría de información opera como un factor de ineficiencia en el acceso al SIS en el Perú, con énfasis en Lima Metropolitana. Se adopta una metodología cualitativa de revisión crítica de literatura especializada, complementada con el análisis de datos estadísticos oficiales y una mirada al derecho comparado. La hipótesis central es que la asimetría de información constituye la principal barrera no económica para el acceso efectivo al SIS, y que corregirla requiere tanto cambios normativos como un rediseño real de cómo el Estado se comunica con su ciudadano.

Para abordar esta problemática, se utilizó una metodología cualitativa basada en tres aspectos principales: la revisión de literatura sobre el Análisis Económico del Derecho y la asimetría de información, considerando los aportes de Akerlof, Spence y Stiglitz; la revisión de datos del MINSA, INEI y MIDIS relacionados con el SIS; y la comparación con los sistemas de salud de Chile, Colombia, Uruguay y Brasil, con el fin de identificar prácticas que permitan reducir los problemas de información.

III. FUNDAMENTOS DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: EFICIENCIA, INCENTIVOS Y FALLAS DE MERCADO

Si se piensa por un momento en cualquier ley o norma, a simple vista puede sonar perfecta en el papel, pero ¿realmente funciona en la práctica? Esa interrogante, que parece obvia, es exactamente lo que el Análisis Económico del Derecho (en adelante, AED) se propone responder. El AED no es una rama más de las leyes, es una forma distinta de pensar las normas a partir de sus consecuencias reales, analizando si de verdad generan los estímulos correctos y si los recursos —que siempre son limitados— se están repartiendo de manera eficiente (Bullard, 2006). En términos económicos, un sistema es eficiente en la medida en que asigna correctamente los recursos limitados; cuando dicha asignación corresponde adecuadamente a cada individuo que debe detentarla, se alcanza la eficiencia, por el contrario, si la asignación no es la correcta, el sistema se vuelve ineficiente y es pasible de correcciones (Cooter & Ulen, 2016).

Para entenderlo en la salud pública, debemos identificar con precisión a los actores: **el Estado** asume el rol de ente distribuidor de los recursos públicos (lo que incluye la infraestructura sanitaria, los servicios y de manera crucial, la información oficial), mientras que **el ciudadano** —especialmente el sector poblacional más vulnerable— es quien espera recibir el resultado esperado, mejorar el acceso a los servicios y optimizar las condiciones de salud. Si el Estado realiza una deficiente distribución de la información sobre cómo acceder al SIS, la asignación no llega a quienes les corresponde, volviendo al sistema ineficiente.

Para medir y corregir esta falla, la economía se vale de dos criterios fundamentales:

La primera es la eficiencia de Pareto, un sistema es eficiente cuando la asignación de recursos alcanza su óptimo, es decir, cuando no es posible una reasignación de un bien o servicio sin perjudicar a alguna de las partes que integran el sistema, dicho de manera sencilla, el sistema alcanza el límite de su eficiencia (Posner, 2007). Al aplicar este concepto al SIS, resulta evidente que el sistema actual no satisface plenamente este criterio, existe un número considerable de personas que, pese a cumplir con los requisitos de elegibilidad, no se encuentran afiliadas, debido principalmente a deficiencias en la difusión estatal de la información, por lo que, el sistema según Pareto no es eficiente, pues sería posible mejorar el bienestar de dicha población incorporándola a la cobertura médica.

La segunda herramienta es el criterio de Kaldor-Hicks, el cual se aplica cuando una medida genera un costo inicial, pero los beneficios que trae después son tan grandes que compensan por completo esa inversión (Posner, 2007). A modo de ejemplo, si el Estado decide destinar diez millones de soles a una campaña masiva orientada a explicar los procedimientos de afiliación al SIS, si bien este monto representa un gasto inicial para el Estado, esta inversión en mejorar los esquemas informativos ayuda a que los ciudadanos reciban atención a tiempo, evitando que en el mediano plazo el Estado deba asumir un gasto exponencialmente mayor en hospitalizaciones de emergencia para tratar enfermedades que se agravaron por la falta de información, por lo que, este criterio muestra que invertir en información pública es una buena decisión, ya que el ahorro para el Estado y el bienestar de la población son mayores que el gasto inicial.

El AED también estudia los incentivos, es decir, cómo las reglas y estructuras del sistema moldean el comportamiento de las personas. Si el proceso de afiliación al SIS es confuso, los formularios son difíciles de entender y la atención que recibe quien logra afiliarse

es deficiente, el ciudadano racional no tiene incentivos para persistir, no es que no le importe su salud: es que el costo de navegar el sistema supera, en su percepción, el beneficio que espera obtener. Ese es exactamente el tipo de falla que el AED permite identificar y, lo más importante, corregir mediante un mejor diseño normativo e institucional.

Tabla N.º 1

Herramientas del AED y su aplicación al sistema de salud pública

CONCEPTO	¿QUÉ MIDE?	APLICACIÓN EN SALUD PÚBLICA
Eficiencia de Pareto	Una situación es eficiente si no es posible mejorar la condición de alguien sin empeorar la de otro.	El SIS es ineficiente en sentido de Pareto si existen personas elegibles que no acceden a él: se podría mejorar su bienestar sin afectar a nadie más.
Eficiencia Kaldor-Hicks	Una medida es deseable si quienes ganan podrían compensar a quienes pierden y aún quedar mejor.	Invertir en información sobre el SIS genera ganancias sociales (más personas atendidas, menor gasto de emergencia) que superan ampliamente el costo de la inversión.
Análisis costo-beneficio	Compara los beneficios sociales de una política con sus costos de implementación.	Permite evaluar si una campaña masiva de información sobre el SIS es más rentable socialmente que atender emergencias evitables.
Incentivos	Estudia cómo las normas y estructuras moldean las decisiones de los agentes.	Si el proceso de afiliación es confuso y la atención deficiente, el ciudadano no tiene incentivos para persistir en el sistema.

Fuente: Elaboración propia basada en Bullard (2006), Posner (2007) y Cooter & Ulen (2016).

2.1. El concepto de asimetría de información: Akerlof, Spence y Stiglitz

En 1970, el economista George Akerlof ganó notoriedad al explicar por qué fallan algunos mercados utilizando el ejemplo de la compraventa de carros usados, su lógica era muy clara, cuando el vendedor conoce a la perfección si el vehículo está en buen estado o si es una chatarra a punto de colapsar, pero el comprador va a ciegas, el mercado entra en un problema grave y como el comprador tiene miedo de salir estafado, ofrece precios muy bajos para protegerse, ante esos precios bajos, los dueños de los carros buenos prefieren no vender porque saben que su vehículo vale más, y en el mercado solo terminan sobrando los autos defectuosos, conocidos popularmente como "limones". El mercado no fracasa por falta de dinero o de personas interesadas, sino por un desequilibrio simple, una parte tiene toda la información y la otra no sabe nada (Akerlof, 1970).

Lo mismo pasa con el SIS, el Estado sabe cómo funciona todo el seguro, quiénes califican, qué enfermedades cubre, qué papeles se solicitan y a qué centros de salud ir, pero el ciudadano llega a las oficinas o postas sin saber nada de esto, no sabe si califica, qué beneficios le tocan ni cómo pedirlos, por esta confusión y tanto trámite, muchos prefieren no afiliarse y los que sí se inscriben, después no saben cómo usar el servicio ni qué reclamar cuando los atienden mal. El resultado es el mismo que en el mercado de carros usados, el

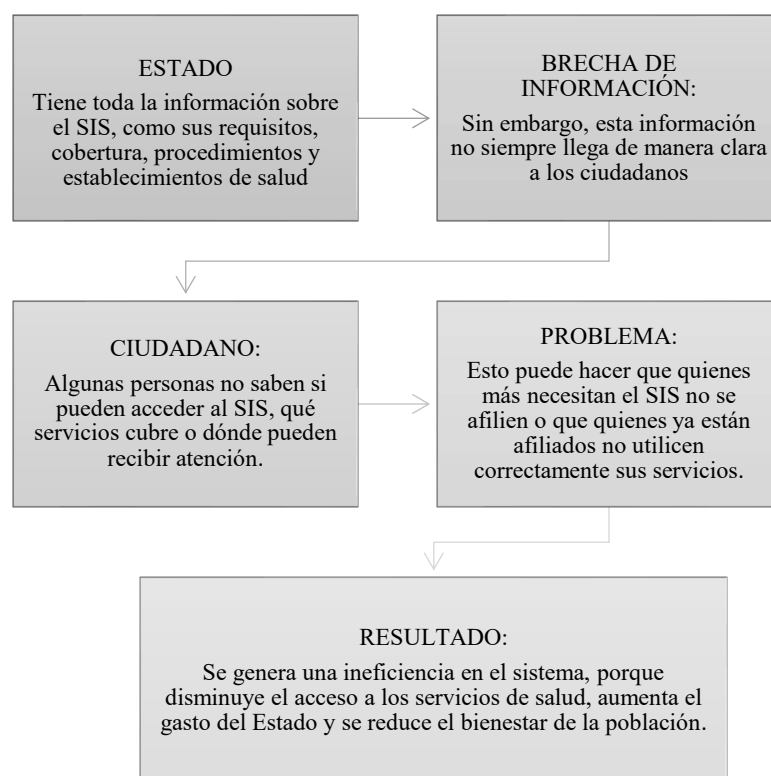
sistema funciona muy por debajo de lo que podría y las personas que más necesitan atención médica son justamente las que terminan quedando fuera.

Para entender cómo se puede arreglar este problema, vale la pena mirar lo que propusieron Michael Spence y Joseph Stiglitz, quienes ganaron el Premio Nobel de Economía junto con Akerlof en 2001, justamente por estudiar este tipo de fallas. Spence (1973) planteó que el lado que tiene más información puede usar señales claras para demostrarle al otro que es confiable, su ejemplo clásico es el de un profesional que estudia una carrera universitaria, no lo hace solo por aprender, sino porque ese título es una señal verificable de su capacidad, algo que un empleador jamás podría comprobar solo con verlo o hablar con él cinco minutos, el título "habla" por la persona. Si aplicamos esta misma idea al SIS, la conclusión es clara, si el Estado se tomara en serio la tarea de comunicar sus procesos de forma simple, directa y transparente, gran parte de la confusión que hoy sufre la gente simplemente desaparecería, no haría falta que el ciudadano adivine cómo funciona el sistema, porque el propio sistema le estaría dando las señales necesarias para entenderlo, por su lado, Stiglitz (1975) miró el problema desde el otro extremo, el lado que no tiene información busca sus propias formas de protegerse, cuando alguien no puede evaluar directamente la calidad de algo, empieza a buscar señales, comparar experiencias, exigir explicaciones, pedir pruebas, cualquier herramienta que le permita distinguir si lo que está recibiendo es realmente bueno o no.

Juntando las ideas de Akerlof, Spence y Stiglitz es posible colegir que la falta de información no es un detalle sin importancia ni un simple problema de trámites. Es una falla profunda y estructural que puede dañar cualquier sistema desde sus raíces si el Estado no toma un papel activo para solucionarla.

Figura N.º 1

Mecanismo de la asimetría de información y su impacto en el acceso al SIS



Fuente: Elaboración propia

Tabla N.º 2

El modelo del mercado de limones aplicado al SIS peruano

NIVEL DE EFICIENCIA	MERCADO DE AUTOS USADOS	MERCADO DE SALUD	SIS PERUANO
Mayor eficiencia	El vendedor conoce la calidad del auto.	El prestador conoce la calidad y cobertura del servicio.	El Estado conoce los beneficios, requisitos y procedimientos del SIS.
Brecha de información	El comprador no puede saber si el auto es bueno o defectuoso antes de comprarlo.	El paciente no conoce completamente la calidad, cobertura ni costo real del servicio.	El ciudadano no conoce bien si califica, qué cubre el SIS ni cómo utilizarlo.
Problema generado	Los compradores desconfían y los autos de buena calidad pueden salir del mercado.	Los pacientes pueden evitar la atención o utilizar los servicios de manera inadecuada.	Las personas que necesitan el SIS pueden no afiliarse o no utilizarlo correctamente.
Menor eficiencia	El mercado pierde eficiencia y disminuye el bienestar de compradores y vendedores.	Aumentan los problemas de atención y el gasto público.	Se genera ineficiencia en el sistema, mayor gasto estatal y menor bienestar social.

Fuente: Adaptación propia del modelo de Akerlof (1970) al contexto del Seguro Integral de Salud.

Lo que hace especialmente grave esta asimetría en el SIS es que no se trata de un mercado entre privados donde el peor resultado es perder dinero, sino de un mercado de salud. Cuando alguien no accede al sistema por falta de información, no pierde una oportunidad de negocio, pierde la posibilidad de atenderse a tiempo, de detectar una enfermedad antes de que avance, de recibir un medicamento que no puede pagar por su cuenta y eso, en muchos casos, tiene consecuencias irreversibles.

2.2. Bienes públicos, bienes meritorios y externalidades en salud

Siempre surge una pregunta cuando se habla de salud pública: si ya existen clínicas y hospitales privados, ¿por qué el Estado debe participar en el área de salud? ¿Por qué el mercado no lo resuelve? La respuesta es simple, la salud no es como comprar un televisor o un polo en una tienda y creer que se puede manejar con las mismas reglas del libre mercado es justamente lo que termina dejando a la gente sin atención.

Desde la economía pública y la economía de la salud se ha demostrado que el mercado privado por sí solo jamás va a proveer salud de forma suficiente ni justa para todos (Arrow, 1963; Musgrave, 1959), y esto pasa por cuatro razones muy claras. Primero, porque la salud es

un bien meritorio, algo que todos deberían tener por el simple hecho de ser personas, sin importar si tienen dinero o no, segundo, porque curar a alguien enfermo no solo beneficia a esa persona, sino que evita que contagie a los demás, generando un beneficio para toda la sociedad (externalidades positivas), tercero, porque el sistema está lleno de problemas de información: el paciente casi nunca sabe realmente qué le pasa ni cuánto debería costarle un tratamiento, mientras que el médico o la clínica sí lo sabe (Akerlof, 1970) y cuarto, porque las enfermedades llegan sin avisar, por pura incertidumbre y riesgo, algo que a las empresas privadas no les interesa cubrir cuando no les genera ganancia.

A todo esto, se suma una realidad muy concreta en el Perú, la gran mayoría de personas simplemente no puede pagar una clínica privada, de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI, 2026), la pobreza monetaria en el país llegó al 25,7%, lo que quiere decir que una parte enorme de la población no tiene los recursos para costear una atención médica privada si el Estado no la respalda.

Un bien meritorio, concepto desarrollado por Musgrave (1959), es aquel que la sociedad considera que debe ser accesible para todos independientemente de si pueden pagarlo, porque su consumo genera un beneficio colectivo que va más allá del individual. La vacuna que recibe su vecino también lo protege a usted. La tuberculosis que se trata a tiempo no solo salva a quien la padece: evita que contagie a su familia, a sus compañeros de trabajo, a las personas que toma el mismo bus. Ese beneficio colectivo que genera la salud individual es lo que los economistas llaman externalidad positiva, y el mercado privado no tiene cómo cobrárselo a nadie, así que lo ignora. El resultado es que el mercado provee menos salud de la que sería socialmente óptima, y esa diferencia es la que el Estado debe cubrir (Arrow, 1963).

El SIS existe precisamente para cubrir esa brecha que el mercado no puede ni quiere atender. Sin embargo, tiene una falla grave que le impide funcionar como debería: el Estado nunca resolvió el problema de la información. El mismo Estado que creó el sistema, definió las coberturas y habilitó los centros de salud, se olvidó de la parte más importante, explicarle a la gente cómo usarlo, se asumió, equivocadamente, que los ciudadanos entenderían solos cómo funciona todo el proceso y esa suposición, como se verá más adelante, es la raíz de todo el problema.

Tabla N.º 3

Causas por las cuales la salud no funciona como un mercado ordinario

CARACTERÍSTICAS	¿QUÉ SIGNIFICA?	¿POR QUÉ JUSTIFICA LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO?
Bien meritorio	Es un bien que la sociedad considera que debe consumirse independientemente de la capacidad de pago del individuo	El Estado debe garantizarlo, aunque el mercado no lo provea en cantidad suficiente o equitativa, como ocurre con la salud básica
Externalidades positivas	Cuando una persona se atiende, no solo mejora su salud: también reduce el contagio de enfermedades para quienes la rodean	El mercado subprovee bienes con externalidades positivas porque el individuo no internaliza el beneficio que genera en otros

Falla de información	El paciente no puede evaluar correctamente la calidad del servicio médico antes ni siempre después de recibirlo	Sin información suficiente, el mercado no puede funcionar eficientemente: el Estado debe intervenir para corregir esa falla
Incertidumbre y riesgo	Nadie sabe cuándo va a enfermarse ni cuánto va a costar atenderse	El seguro público como el SIS permite distribuir ese riesgo entre toda la población, algo que el mercado privado no puede hacer de manera universal

Fuente: Elaboración propia basada en Arrow (1963), Musgrave (1959), Barr (2004) y Stiglitz (2000).

Ningún país en el mundo ha logrado que la salud funcione bien dejándola completamente en manos del mercado, y no es casualidad, es la consecuencia lógica de todo lo anterior: cuando un bien es meritorio, genera beneficios para toda la sociedad y está rodeado de información que solo una de las partes maneja, el mercado privado simplemente no tiene los instrumentos para gestionarlo de manera justa ni eficiente, el Estado no interviene porque sea mejor administrador en abstracto, sino porque en este sector específico alguien tiene que hacerlo, y el mercado ha demostrado repetidamente que no puede. El SIS es esa intervención en el Perú, nació para corregir una falla de mercado y, en su diseño, lo intenta, el problema es que creó el sistema, habilitó los beneficios, abrió los establecimientos, y luego asumió que la gente sabría cómo llegar hasta ellos. Esa suposición, como veremos a continuación, es precisamente donde todo se rompe.

IV. EL SEGURO INTEGRAL DE SALUD: DISEÑO INSTITUCIONAL Y COBERTURA

El 29 de enero de 2002, el Estado peruano juntó dos programas que ya existían —el Seguro Escolar Gratuito y el Seguro Materno Infantil— y con eso creó el SIS mediante la Ley N.º 27657. La idea era simple, darle salud gratis a la gente sin recursos y quitar el dinero como barrera. Esto sonaba perfecto en el papel, pero en la práctica el diseño nació con un problema, se construyó todo el sistema con las coberturas, requisitos, establecimientos, pero sin crear ninguna forma clara de explicarle a la población cómo funcionaba, desde el inicio se le dio más importancia a organizar la maquinaria del seguro que a comunicarle a la gente que existía, quién calificaba y cómo se usaba y esa falla de origen es la que ninguna reforma posterior logró resolver.

Con los años se intentó arreglar el sistema varias veces, en 2009, la Ley N.º 29344 buscó ordenar el financiamiento con el Aseguramiento Universal, en 2013, los Decretos Legislativos N.º 1161 y N.º 1164 reorganizaron el Ministerio de Salud y su presupuesto. En 2017, el Decreto Legislativo N.º 1346 intentó mejorar los servicios. Cuatro reformas en quince años, y todas apuntaron a lo mismo, dinero, organización y papeleo interno. Ninguna tocó el problema real y más básico, que el ciudadano de a pie no sabe que el SIS existe, si le corresponde, ni cómo usarlo.

Esa omisión no es casual. La propia Ley N.º 27657 creó en su artículo 27 la Dirección

General de Promoción de la Salud, definiéndola como el órgano técnico encargado de promover la salud de la población, concertar la participación de actores sociales y conducir el proceso de promoción en el sector. Es decir, el Estado sabía que la promoción era necesaria y creó un órgano para hacerla. Lo que no hizo fue conectar ese órgano con el objetivo de informar a la ciudadanía sobre sus derechos como potenciales afiliados al SIS. El artículo 27 habla de promoción de la salud en términos clínicos y normativos, pero no establece ningún mecanismo concreto de difusión de información sobre afiliación, cobertura o procedimientos. Es una laguna legal que lleva más de veinte años sin cerrarse, y sus consecuencias son visibles en los datos.

Al 2023, el SIS registraba más de 17 millones de afiliados a nivel nacional, y en Lima Metropolitana aproximadamente el 40% de la población contaba con cobertura activa (MINSA, 2023). Sin embargo, según cifras del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI, 2023), en Lima cerca de 1 millón 724,000 personas se encuentran en situación de pobreza, mientras que apenas 634,466 están afiliadas al SIS dentro de ese segmento, más de la mitad de los limeños que deberían estar cubiertos por el sistema no lo están, esta brecha no ocurre porque la gente carezca del derecho ni porque no califique, sino por una barrera de información, algo que también respaldan diversos informes de supervisión estatal, al no existir campañas de difusión eficientes ni canales claros de acercamiento, las personas en situación de vulnerabilidad terminan desconociendo los requisitos y procedimientos de afiliación y por eso quedan fuera del sistema, como señalan varios estudios de políticas públicas sobre barreras de acceso a la salud, el problema de fondo está en la opacidad informativa del Estado. Veintidós años después de su creación, el SIS sigue siendo un derecho que existe en el papel, pero que en la práctica llega solo a quienes logran descifrar el trámite por sus propios medios.

Tabla N.º 4

Comparativo de cobertura de seguros de salud en Lima Metropolitana (2023)

TIPO DE SEGURO	POBLACIÓN	FINANCIAMIENTO	ACCESO CUBIERTO
SIS	40% de Lima	Estado (Tesoro Público)	Requiere afiliación activa y clasificación SISFOH vigente
EsSalud	35% de Lima	Aporte empleador-trabajador (9% del sueldo)	Automático para trabajadores en planilla formal
Seguro privado	1.2% de Lima	Prima mensual del asegurado	Contratación directa según capacidad de pago
Sin seguro	24% de Lima	Gasto de bolsillo directo	Sin cobertura; pago íntegro por cada atención

Fuente: Elaboración propia basada en INEI (2023), MINSA (2023) y Gana Más (2025).

3.1. Identificación de los puntos de asimetría en el proceso de afiliación

Afiliarse al SIS en Lima debería ser simple, en teoría, basta con acudir a un establecimiento de salud con el DNI y solicitar la inscripción, pero en la práctica, el proceso es otra cosa, el ciudadano que intenta afiliarse enfrenta, desde el primer paso, una cadena de dudas que el sistema no se ha ocupado de despejar, no sabe si califica, no sabe qué documentos llevar, no sabe si debe ir primero al centro de salud o al municipio, no sabe qué es el Sistema de Focalización de Hogares (SISFOH) ni por qué tiene que pasar por ese filtro antes de recibir cobertura y si tiene la suerte de llegar al lugar correcto, muchas veces el personal tampoco le explica bien qué sigue. El resultado es que muchas personas se van sin haber completado el trámite, o peor, creyendo que ya están afiliadas cuando en realidad su solicitud quedó incompleta.

Uno de los puntos de mayor fricción es precisamente el SISFOH, el 40% de ciudadanos en Lima está afiliado al SIS, pero muchos desconocen que su permanencia en el sistema depende de mantener actualizada su clasificación socioeconómica en esa plataforma, un procedimiento que no es intuitivo, que puede tardar hasta 25 días hábiles y que nadie les recuerda hacer (MIDIS, 2024). Esto genera que personas que siguen siendo elegibles pierdan su seguro sin saberlo y solo lo descubran cuando van a atenderse y el sistema les dice que ya no están activos, en ese momento, ya es tarde. Desde el AED, esto significa que al ciudadano se le está poniendo una carga enorme encima, tiene que gastar mucho tiempo, esfuerzo y paciencia solo para entender cómo funciona el sistema y esto no pasa porque sea algo técnicamente complicado, sino porque el Estado nunca diseñó una forma sencilla de explicarle a la gente cómo usarlo.

A todo esto, se le suma la brecha digital, que empeora aún más el panorama, es cierto que casi todos los hogares limeños tienen celular, lo que no implica que los usuarios estén en condiciones de hacer trámites del SIS, sobre todo entre las personas con mayor edad y/o con menos estudios. El INEI (2024) muestra que casi todas las personas con educación superior navegan por internet sin problema, pero ese porcentaje baja bastante entre quienes solo llegaron a primaria, y baja todavía más cuando se trata específicamente de usar esa conexión para entrar a plataformas del Estado. Los portales del SIS existen, sí, pero para quienes más los necesitan terminan siendo, en la práctica, imposibles de usar y el resultado no sorprende a nadie, puesto que más de la mitad de los usuarios en Lima dice que sus problemas para acceder al sistema se deben a procesos confusos, mala orientación y una comunicación oficial que simplemente no se entiende (Baldeón, 2025).

3.2. Selección adversa y riesgo moral en el SIS

La falta de información no solo impide que la gente entre al SIS, sino que también cambia por completo quién termina afiliándose y cómo usa el servicio. En Lima esto se nota mucho en lo que se conoce como selección adversa: la gente se afilia recién cuando ya tiene una emergencia, una enfermedad grave o un tratamiento carísimo y casi nunca antes, por prevención. Esto no es que la gente actúe mal o sin pensar, es simplemente lo lógico cuando el Estado no da los incentivos ni la información para que las personas sanas se afilien con anticipación. ¿Qué pasa entonces? El seguro se llena de pacientes con casos médicos complicados, lo que dispara el gasto público y satura los hospitales (Escobar, 2024).

Por otro lado, está el riesgo moral, que aparece una vez que la persona ya está dentro del sistema, en teoría, como el paciente no paga directamente por la atención, podría terminar abusando del servicio, pidiendo citas o medicinas de más y afectando el presupuesto (Zuazo,

2015). Pero en el SIS pasa algo distinto, la falta de información hace que el problema vaya para el lado contrario, muchos afiliados no usan el servicio ni siquiera cuando lo necesitan de verdad, porque no saben que tienen cobertura para eso o no tienen idea de cómo reclamarla, al final, la desinformación genera dos problemas al mismo tiempo, por un lado, un uso deficiente muy fuerte de parte de quienes están perdidos con el trámite, y por otro, un sobreuso, aunque en menor medida, de quienes sí lograron entender cómo funciona el sistema. Los dos casos son ineficientes, y los dos nacen del mismo problema de fondo: la información está mal repartida.

3.3 La barrera informativa en la práctica: No saber qué llevar, dónde ir ni cuándo

Hay una escena que se repite con demasiada frecuencia en los centros de salud de Lima: una persona llega con su DNI porque alguien le dijo que eso bastaba, espera durante horas, y cuando finalmente es atendida le dicen que falta un documento que nadie le mencionó, que tiene que ir primero a otro lugar, o que su clasificación del SISFOH no está vigente. Regresa a casa sin haber resuelto nada, con la sensación de que el sistema no es para ella y tiene razón: en ese momento, el sistema efectivamente no funcionó para ella, no porque no existiera la cobertura, sino porque nadie se ocupó de informarle cómo acceder a ella.

Esta no es una anécdota aislada, es el patrón que describe la barrera informativa más concreta del SIS en Lima. El ciudadano que intenta afiliarse o atenderse enfrenta una secuencia de obstáculos que ningún portal web ni folleto institucional resuelve de manera efectiva: desconoce qué documentos son requeridos según su situación específica, no sabe en qué horario funciona el módulo de afiliaciones, ignora si el establecimiento más cercano a su domicilio está adscrito al SIS o si tiene que desplazarse a otro distrito y cuando finalmente llega, muchas veces se encuentra con que el sistema registra su atención como no cubierta porque su afiliación expiró sin que nadie le avisara. Según el INEI (s.f.), hasta el 55% de las barreras de acceso al sistema de salud en Lima se relacionan con confusiones institucionales, procesos poco claros y orientación deficiente, no con falta de establecimientos ni de cobertura formal.

Tabla N.º 5

Principales barreras educativas y culturales en Lima Metropolitana (2025)

FACTOR	CONSECUENCIA EN EL ACCESO AL SIS
Desconocimiento de procedimientos	Dificultad para afiliarse correctamente
Bajo nivel de comprensión administrativa	Problemas para realizar trámites
Información institucional compleja	Confusión sobre cobertura y beneficios
Falta de orientación personalizada	Menor uso de servicios preventivos
Desconfianza hacia instituciones públicas	Reducción del uso efectivo del SIS

Fuente: Elaboración propia con base en INEI (2025) y MINSA (2025).

3.4. Cuando se llega al sistema y la atención falla

Superar la barrera de la afiliación no garantiza una experiencia digna, una parte significativa de quienes logran acceder al SIS en Lima enfrenta una segunda barrera igualmente frustrante: la calidad de la atención. Los establecimientos de salud pública de Lima reportan una razón de apenas 1.1 médicos por cada 1,000 habitantes, muy por debajo del estándar recomendado por la Organización Mundial de la Salud de 2.3 médicos por cada 1,000 personas (OPS, 2023). Esa escasez se traduce en citas con semanas de espera, emergencias saturadas y consultas de pocos minutos en las que el médico no tiene tiempo de explicar el diagnóstico ni orientar al paciente sobre sus derechos o los pasos siguientes.

Y el problema no es solo que falten médicos, sino lo que pasa cuando el paciente por fin logra entrar, el personal administrativo de los centros de salud no siempre sabe orientar bien al asegurado, los trámites de referencia y contrarreferencia son un enredo mal explicado, y casi nunca queda claro qué medicinas están cubiertas o dónde recogerlas. Al final, mucha gente sale del consultorio sin saber qué hacer, perdida, sin idea de los pasos a seguir ni de cómo hacer valer los derechos que se supone le da su seguro, esto es una segunda capa del mismo problema de información dentro del sistema: el ciudadano ya logró entrar, pero sigue completamente a ciegas para aprovechar de verdad lo que el SIS le ofrece.

3.5 Desconfianza: cuando el sistema ya perdió al ciudadano

Hay un punto en el que la barrera informativa se convierte en algo todavía más profundo: la desconfianza. Cuando una persona intentó afiliarse al SIS y le dijeron que faltaba un papel, cuando fue al centro de salud y esperó cuatro horas para una consulta de cinco minutos, cuando el médico no le explicó nada y el de la farmacia le dijo que la medicina recetada no había, esa persona simplemente no vuelve. No porque no esté enferma, sino porque aprendió, a base de malas experiencias, que el costo de intentarlo, en tiempo, esfuerzo y frustración, termina siendo mayor que el beneficio. Desde la economía del comportamiento, esto se conoce como un *nudge* negativo, una mala experiencia que, en lugar de incentivar el uso del sistema, empuja a la gente a abandonarlo por completo (Thaler & Sunstein, 2008).

En Lima, esta desconfianza no es irracional ni caprichosa, es la respuesta lógica de un Estado que le ha fallado una y otra vez a sus propios asegurados en cuanto a comunicación, el INEI reporta que casi el 30% de los limeños que no se atienden dice que no confía en las instituciones públicas de salud, ese número no es simple ignorancia: es memoria, es la gente recordando malas experiencias pasadas y para que un sistema recupere la confianza de quienes ya se rindieron, no basta con un par de afiches o comerciales en televisión, hace falta rediseñar por completo la experiencia del ciudadano, desde el momento en que busca informarse hasta el momento en que finalmente lo atienden en el consultorio.

Tabla N.º 6

Percepción ciudadana sobre los servicios públicos de salud en Lima Metropolitana (2025)

OPINIÓN CIUDADANA	PORCENTAJE APROXIMADO
Considera deficiente la atención pública	57%
Percibe excesiva burocracia	63%
Señala falta frecuente de medicamentos	49%
Considera insuficiente la información brindada	54%

Fuente: Defensoría del Pueblo (2025)

3.6 Consecuencias económicas de la ineficiencia informativa

3.6.1 El precio de la desinformación

Hay una lógica que el Estado pareciera no terminar de entender: ignorar la asimetría de información no la elimina, solo traslada su costo hacia adelante, y ese costo siempre es mayor. Cuando una persona no accede al SIS a tiempo, su problema de salud no desaparece, avanza, una infección que costaba cincuenta soles tratar en una consulta se convierte en una hospitalización de varios días, una diabetes no diagnosticada a tiempo termina en una amputación, un cáncer detectado tarde cuesta, en tratamiento oncológico de alta complejidad, cientos de veces más que una detección temprana y todo ese gasto, que pudo haberse evitado con información oportuna y acceso efectivo al sistema, termina cayendo sobre el mismo Estado que no se ocupó de informar.

En 2024, el SIS financió más de 90.9 millones de atenciones médicas en todo el país, de ese total, 18.2 millones correspondieron a Lima, incluyendo más de 3 millones en hospitales complejos y 1.8 millones en institutos especializados de oncología y salud infantil (MINSA, 2024). Que una tajada tan gigante de las atenciones en Lima sea para casos graves no demuestra que el sistema sea fuerte, al contrario, es la prueba de que la gente llega a los hospitales recién cuando la enfermedad ya empeoró y no a tiempo de manera preventiva. El Banco Mundial (2021) calcula que por cada dólar que se invierte en prevención y primer nivel de atención, se ahorran entre cuatro y ocho dólares en gastos de emergencia. Dicho en sencillo y aplicado al caso peruano: el Estado termina pagando hasta ocho veces más de lo que le costaría si simplemente se hubiera encargado de informar bien a los ciudadanos sobre cómo y cuándo usar el SIS.

3.6.2 La ineficiencia en la planificación

La falta de información no solo perjudica al ciudadano que no sabe usar el SIS, también al propio Estado, porque le impide planificar bien. Medir con precisión las necesidades de salud en una ciudad como Lima es complicadísimo, ya que aquí conviven realidades muy distintas: gente que trabaja de manera informal, ambulantes, personas que cambian de vivienda todo el tiempo y sectores con condiciones de vida totalmente diferentes entre sí. Si el gobierno no cuenta con herramientas confiables para saber quiénes faltan afiliarse ni por qué, es

prácticamente imposible que arme planes que funcionen de verdad, de ahí nacen errores graves: campañas que no llegan a los barrios que más las necesitan, presupuestos que no calzan con la realidad, y medicinas que sobran en algunas postas mientras faltan desesperadamente en otras.

Ahora bien, para entender por qué pasa esto no basta con decir que hay una falla general, hay que meterse a revisar los instrumentos de gestión institucional. Al mirar las normas de organización y los Planes Operativos Institucionales (POI), tanto del Ministerio de Salud (MINSA) como del SIS, uno se da cuenta de que toda la planificación estatal se ha concentrado casi exclusivamente en dos cosas: aumentar el número de afiliados registrados y ejecutar el presupuesto. El vacío está en que estas directivas nunca incluyeron indicadores ni presupuesto específico para medir y reducir lo que le cuesta al ciudadano entender el sistema, como la gestión de la asimetría informativa nunca fue considerada un objetivo que se pueda evaluar dentro de la planificación oficial, la consecuencia es inevitable: el Estado planifica a ciegas, reparte mal los recursos, genera coberturas que no funcionan y vuelve al sistema más caro y más lento, aquí no estamos ante un problema de falta de plata, sino ante una omisión en el diseño de sus propios instrumentos de planificación, que miden cuánta gente se registra, pero nunca cuánto entiende esa gente sobre el sistema que supuestamente la está cubriendo.

3.6.3 Prevenir cuesta menos que hospitalizar: el caso para invertir en información

No corresponde discutir si mejorar la difusión del SIS es buena idea o no, lo que hay que entender es por qué el Estado, sabiendo esto, sigue sin hacerlo. Para poner las cosas en perspectiva: en 2024 el Ministerio de Salud gastó cerca de medio millón de soles en campañas de prevención del dengue y casi dos millones en campañas nacionales de vacunación (MINSA, 2024). Estas cifras dejan algo bien claro, informar a la población sobre temas de salud no cuesta una fortuna, es un gasto perfectamente manejable y si se compara ese monto con lo que cuesta mantener a un solo paciente internado en un hospital de alta complejidad en Lima, la diferencia es enorme.

Si una campaña clara y masiva sobre el SIS, que explique cómo afiliarse, qué cubre y cómo usarlo sin tanto enredo, lograra reducir, aunque sea un 10% las atenciones graves que se pudieron haber evitado en Lima, el ahorro para el Estado sería mucho mayor que lo gastado en esa publicidad. Como señala el Banco Interamericano de Desarrollo (BID, 2023), invertir en prevención e información reduce muchísimo las pérdidas económicas que generan las hospitalizaciones que se pudieron evitar, la lógica es sencilla: prevenir siempre sale más barato que hospitalizar, e informar a tiempo cuesta muchísimo menos que tratar enfermedades que se complicaron simplemente porque la gente no entendía cómo funcionaba el sistema. Mejorar la difusión del SIS no es solo un gesto de buena voluntad política, es una decisión de puro sentido común y de eficiencia económica que el Estado debió haber tomado hace mucho tiempo.

V. DERECHO COMPARADO: ¿CÓMO RESUELVEN OTROS PAÍSES ESTE PROBLEMA?

La falta de información en el sistema de salud no es algo que solo pase en el Perú, y ver cómo otros países han tratado de resolver este mismo problema nos ayuda a entender mejor qué le falla exactamente al SIS y qué cosas se podrían copiar. Los casos de Chile, Colombia, Uruguay y Brasil no se toman aquí como modelos perfectos, sino más bien como referencias para ver qué prácticas realmente funcionan a la hora de romper esa barrera de información.

4.1. Chile: FONASA y la información como obligación del Estado

El Fondo Nacional de Salud (FONASA) cubre al 85% de la población chilena, más de 17 millones de personas, mediante un sistema de tramos que clasifica a los beneficiarios según sus ingresos y se actualiza automáticamente cada año, sin que el ciudadano deba realizar ningún trámite adicional (FONASA, 2026). Esta automatización elimina una de las principales fuentes de asimetría informacional: la incertidumbre sobre qué cobertura tiene derecho cada persona en cada momento. Desde 2022, todos los tramos tienen Copago Cero en la red pública, lo que elimina también la incertidumbre sobre el costo de la atención (Ley N.º 21.674).

Tabla N.º 7

Tramos de FONASA y beneficios asociados (2026)

TRAMO	BENEFICIARIO	COPAGO RED PÚBLICA	MODALIDAD LIBRE ELECCIÓN (PRIVADA)
A	Sin ingresos; carentes de recursos; causantes de subsidio familiar	Copago Cero (100% gratuito)	No accede a bonos privados
B	Ingresos $\leq$ \$539.000 mensuales	Copago Cero (100% gratuito)	Sí puede comprar bonos en clínicas privadas en convenio
C	Ingresos entre \$539.001 y \$786.940 (con ≥ 3 cargas $\rightarrow$ pasa a Tramo B)	Copago Cero (100% gratuito)	Sí puede comprar bonos en clínicas privadas en convenio
D	Ingresos $>$ \$786.940 (con ≥ 3 cargas $\rightarrow$ pasa a Tramo C)	Copago Cero (100% gratuito)	Sí puede comprar bonos en clínicas privadas en convenio

Fuente: Elaboración propia en base a FONASA (2026) y Saludresponde MINSAL (2025)

En Chile, el instrumento clave es el portal «Mi FONASA». Esta plataforma le permite a cualquier asegurado revisar su tramo de salud al instante, usar un simulador para calcular cuánto va a pagar por una atención antes de recibirla, y verificar los precios y las medicinas disponibles en su comuna (FONASA, 2024). Es una herramienta directa para acabar con la incertidumbre: el ciudadano sabe a qué atenerse antes de pisar un hospital. En el Perú, esa herramienta sencillamente no existe en el SIS, y su ausencia es una de las fallas más grandes que evidenciamos aquí. Para asegurar que esto funcione, la Ley N.º 20.285 obliga por ley a todo el Estado chileno a publicar y actualizar cada mes la información sobre sus servicios y prestaciones, convirtiendo la transparencia en una obligación estricta y no en una simple buena intención (Superintendencia de Salud de Chile, 2023).

4.2. Colombia: afiliación automática cuando el ciudadano llega al sistema

En Colombia, el sistema de salud funciona con dos regímenes, el Contributivo, para trabajadores formales, y el Subsidiado, para la gente en situación vulnerable identificada a través del SISBÉN (MSPS, 2023). Pero lo más interesante es un mecanismo llamado afiliación de oficio, que está en el Decreto N.º 616 de 2022: cuando alguien que no está afiliado llega a pedir atención en un centro de salud, la entidad territorial lo registra ahí mismo en el sistema y lo mete al Régimen Subsidiado con una aseguradora. Si la persona no elige ninguna, el sistema le asigna una por su cuenta.

Este mecanismo resuelve el problema de que la gente no sepa cómo afiliarse, no importa si el ciudadano entendía o no el proceso, de todas formas, termina afiliado y funciona justo en el mejor momento posible, que es cuando la persona ya está en el centro de salud y más dispuesta a resolver el tema. El SIS peruano no tiene nada parecido: siempre depende de que el ciudadano dé el primer paso, y eso deja fuera justamente a quienes ni sabían que podían afiliarse.

Tabla N.º 8

Mecanismos para reducir la asimetría informacional: FONASA, SGSSS y SIS

MECANISMO	FONASA — CHILE	SGSSS — COLOMBIA	SIS — PERÚ
Portal digital personalizado	«Mi FONASA»: simulador de copagos, certificados y gestión con Clave Única	SAT: afiliación, traslado de aseguradora, inclusión/exclusión de beneficiarios	Portal SIS + App: consulta de estado y afiliación virtual por DNI
Simulador de beneficios	Simulador de copagos para más de 6,900 medicamentos con stock por comuna	Calculadora de aportes y consulta del Plan de Beneficios en Salud	No existe simulador de copagos ni de cobertura por prestación
Afiliación automática	Recién nacidos inscritos automáticamente; reclasificación anual de tramos	Afiliación de oficio al demandar atención (Decreto N.º 616/2022)	Sin afiliación automática; siempre requiere iniciativa del ciudadano
Transparencia activa	Obligación legal mensual (Ley N.º 20.285); portal de datos abiertos	SAT integrado con MSPS; consulta en tiempo real del estado de afiliación	Plataforma de datos abiertos; publicación del padrón de afiliados activos

Fuente: Elaboración propia basada en FONASA (2024, 2026), MSPS (2023), Decreto N.º 616 (2022) y SIS (2024).

4.3. Uruguay y Brasil: comunicar bien como política pública

Uruguay desarrolló desde 2012 el programa Salud.uy, consolidado como estrategia nacional de salud digital, que reconoce explícitamente que una de las principales barreras de acceso no es económica sino informativa (AGESIC, 2025). Su Historia Clínica Electrónica

Nacional permite que la información médica del paciente esté disponible en tiempo real para distintos prestadores, eliminando la necesidad de que el ciudadano gestione y transporte su propio historial clínico. Brasil, por su parte, desarrolló la plataforma Conecte SUS, que centraliza el historial clínico, certificados de vacunación, resultados de exámenes y localización de establecimientos de salud en una sola aplicación accesible para cualquier ciudadano (Ministerio da Saúde, 2026). Ambos casos demuestran que reducir la asimetría informativa no requiere grandes reformas constitucionales: requiere decisión institucional y diseño centrado en el ciudadano.

Figura N.º 2

Interfaz para programar citas en línea con un teléfono inteligente (assesalud)



Fuente: ASSE (Administración de los Servicios de Salud del Estado) (2019).

4.4. Evidencia empírica en Lima Metropolitana

Los datos disponibles sobre el acceso al SIS en Lima Metropolitana confirman, con cifras concretas, lo que este trabajo ha analizado en términos teóricos: la afiliación formal no garantiza acceso efectivo, y la brecha entre ambos tiene su origen principal en la asimetría de información.

Según el INEI, el acceso efectivo a servicios de salud en Lima Metropolitana llega solo al 58.6%, lo que quiere decir que el 41.4% de las personas que necesitan atención no logran conseguirla, las razones que da la propia gente son bastante claras: un 30.6% cree que no era necesario atenderse, un 29.2% desconfía de la medicina convencional o de los hospitales públicos, un 15.5% dice que no tenía dinero, y otro 15% prefiere usar remedios caseros. Fíjate que el tema del dinero, siendo directo, es minoritario; la mayor parte del problema se explica por falta de información, desconfianza y la sensación de que el sistema simplemente no funciona. Dicho de forma sencilla: la gente no se queda sin atenderse por falta de plata, sino por falta de información, por desconfianza, o porque el propio diseño del Estado los termina expulsando del sistema.

En distritos de Lima como Villa El Salvador, San Juan de Lurigancho o Ate, este problema pega todavía más fuerte, y no porque falten postas u hospitales, sino porque ahí llegan

mucho menos los canales de difusión del SIS. Como confirma el INEI (2024), el nivel socioeconómico y la educación son los que terminan determinando quién puede navegar por internet y usar las páginas del Estado. Esto golpea justo a las zonas con más gente vulnerable, que son las que más dependen del seguro. El portal web del SIS existe, sí, pero está hecho de espaldas a quienes más lo necesitan.

Sobre este punto, el Consorcio de Investigación Económica y Social (CIES) advierte que los recursos públicos se terminan gastando mal porque el sistema no logra medir la demanda real (CIES, s.f.). Tener un papel con más afiliados registrados no sirve de nada si la gente no sabe cómo usar el seguro. En Lima, donde en 2024 el SIS pagó más de 3 millones de atenciones en hospitales complejos, la conclusión es una sola: los pacientes llegan tarde a atenderse, y llegan tarde simplemente porque nadie les enseñó que podían llegar a tiempo.

Tabla N.º 9

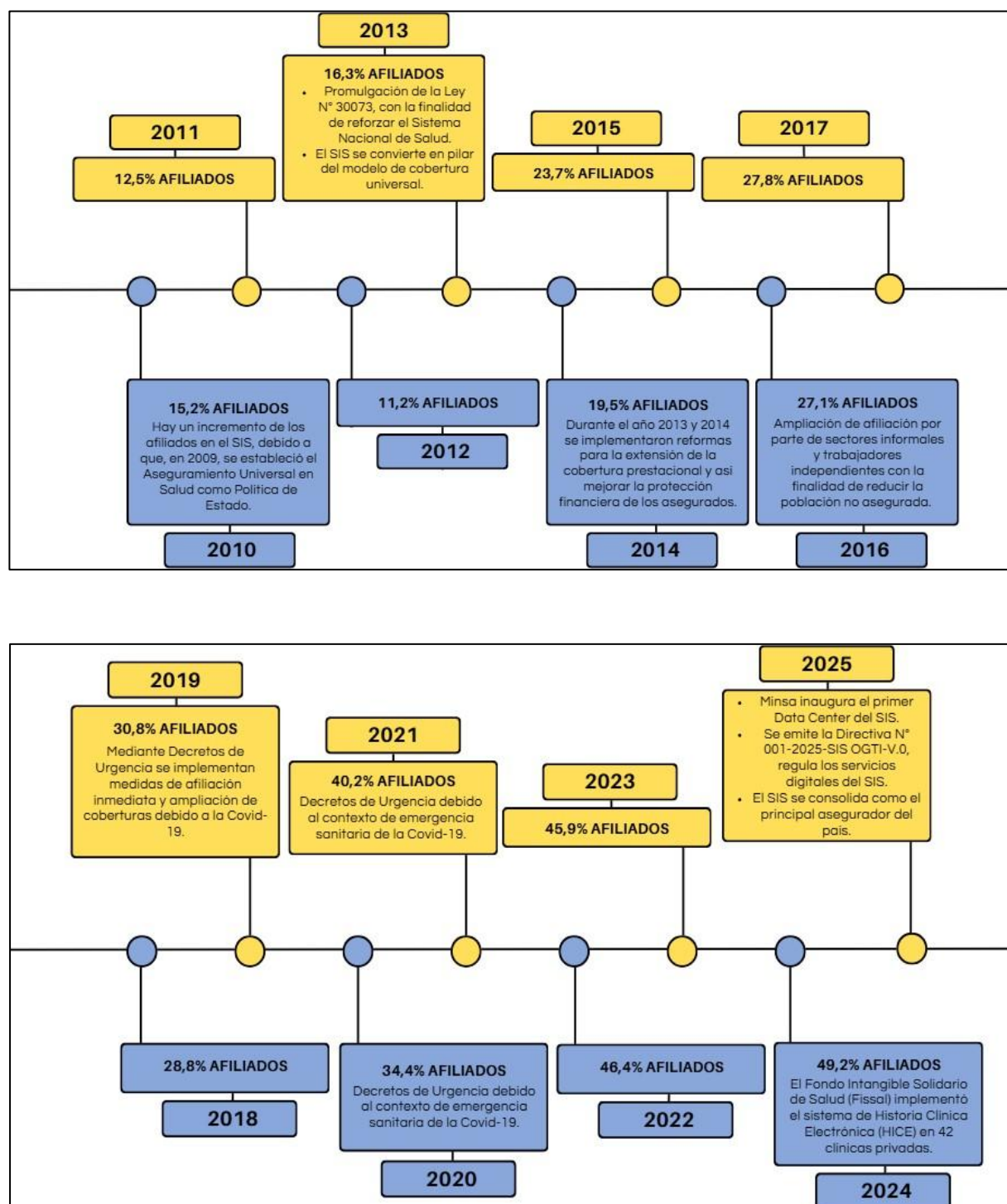
Razones declaradas de no acceso a servicios de salud en Lima Metropolitana

RAZON DECLARADA	PORCENTAJE	TIPO DE BARRERA
No consideró necesario atenderse	30.6%	Informativa / conductual
No confía en la medicina convencional o en las instituciones	29.2%	Conductual / desconfianza institucional
Falta de dinero	15.5%	Económica
Prefiere métodos caseros o alternativos	15.0%	Cultural / informativa

Fuente: Elaboración propia basada en INEI (s.f.). Las categorías de tipo de barrera son de elaboración propia.

Gráfico N.º 1

Línea del tiempo sobre los hitos de política pública y variaciones en la afiliación limeña



Fuente: Elaboración propia basada en la normativa del Ministerio de Salud (MINSA), los decretos legislativos de reorganización del SIS (2002-2017) y los reportes estadísticos del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI, 2023-2024).

4.5. Propuestas de solución desde el Análisis Económico del Derecho

Diagnosticar el problema sin proponer soluciones es exactamente lo que este trabajo intenta evitar. Desde el AED, corregir la asimetría de información en el SIS no requiere una reforma constitucional ni un presupuesto extraordinario: requiere decisión institucional, diseño centrado en el ciudadano y voluntad política para implementarlo, las siguientes propuestas son concretas, comparadas internacionalmente y económicamente justificadas.

La primera propuesta es implementar un mecanismo de afiliación de oficio, siguiendo el modelo colombiano del Decreto N.º 616 de 2022. Cuando una persona no afiliada llegue a un establecimiento de salud de la red pública en Lima, el sistema debería registrarla automáticamente y activar su afiliación al SIS si cumple los criterios de elegibilidad, sin necesidad de que inicie un trámite por separado, esta medida elimina la principal barrera de entrada al sistema: la ignorancia sobre cómo iniciar el proceso, su costo de implementación es marginal porque utiliza la infraestructura ya existente; su beneficio es inmediato y directo.

La segunda propuesta es que el SIS esté obligado por ley a mostrar sus datos de forma abierta y periódica, tal como lo hace Chile con su Ley N.º 20.285. Esto quiere decir que el SIS tendría que publicar cada mes, de forma fácil de entender, información sobre sus prestaciones, qué centros de salud están afiliados, cuánto tiempo toma en promedio conseguir una cita, y cómo está la cobertura en cada distrito de Lima. Y esto no debería quedar como una buena intención o una práctica opcional, sino como una obligación legal, con sanciones si no se cumple. Mostrar información clara y actualizada es, según el Análisis Económico del Derecho, la forma más eficiente de cerrar la brecha de información a gran escala.

La tercera propuesta es cambiar cómo se atiende en los centros de salud, para que orientar al paciente sea parte obligatoria de cada consulta. Esto significa capacitar al personal, tanto administrativo como médico, a efectos que en cada contacto con el ciudadano le explique sus derechos, qué cubre su seguro, qué trámites le faltan y cuáles son sus próximos pasos. Esto no debería verse como una carga extra para el trabajador, sino como parte normal de su trabajo. Esta idea se basa en lo que plantearon Thaler y Sunstein (2008) con la teoría del "empujón" (*nudge*): la idea de que pequeños cambios en cómo se presentan las cosas pueden influir en el comportamiento de las personas, sin prohibirles nada ni cambiarles los incentivos económicos. Aplicar esto en el momento del contacto directo tiene mucho sentido, porque ataca justo el problema real: en lugar de esperar que el ciudadano, ya desinformado de por sí, intente entender solo una página web complicada, se aprovecha ese momento en que ya está frente al personal de salud para orientarlo de forma simple y directa. Esto termina siendo mucho más efectivo que cualquier campaña masiva e impersonal.

La cuarta y última propuesta es automatizar la actualización de la elegibilidad en el SISFOH mediante cruces periódicos de datos con RENIEC y la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), eliminando la obligación del ciudadano de iniciar por su cuenta el proceso de renovación de su clasificación socioeconómica. Actualmente, miles de afiliados pierden su cobertura en silencio porque no saben que deben actualizar su situación. Un sistema que cruza datos automáticamente y notifica proactivamente a los ciudadanos cuando su clasificación está próxima a vencer no solo es más justo: es más eficiente, porque evita las atenciones no cubiertas y los conflictos administrativos que genera la pérdida silenciosa de afiliación.

VI. CONCLUSIONES

Este trabajo comenzó con una imagen simple: una persona que necesita atención médica, tiene derecho a un seguro gratuito, y aun así no llega, no porque no quiera, no porque el sistema no exista, sino porque nadie le explicó cómo funciona y cuando finalmente intenta averiguarlo, se encuentra con trámites confusos, personal que no orienta, y una experiencia tan frustrante que decide no volver, esa imagen no es un caso aislado, es el patrón que define la relación entre el SIS y millones de limeños que deberían ser sus beneficiarios.

Lo que este artículo demostró es que esa exclusión no es accidental: es el resultado predecible de una falla estructural. Cuando el Estado maneja toda la información sobre cómo funciona el sistema y el ciudadano no tiene acceso real a ella, las decisiones se distorsionan, los recursos se desperdician y el sistema termina sirviendo menos a quienes más lo necesitan, eso tiene un nombre en la economía: asimetría de información. Y sus consecuencias en el SIS son concretas, medibles y evitables.

Dichas consecuencias son evitables porque el problema no es de presupuesto. En efecto, el Estado gasta más en atender emergencias que podrían haberse prevenido con una consulta a tiempo que lo que costaría informar bien a su ciudadano desde el principio, por cada sol invertido en atención primaria oportuna, el sistema ahorra entre cuatro y ocho en hospitalización de alta complejidad y aun así, el 41.4% de los limeños que necesitan atención médica no logran obtenerla, no principalmente por falta de dinero, sino por falta de información, desconfianza acumulada y un sistema que no fue diseñado pensando en quien llega sin saber nada.

Chile, Colombia, Uruguay y Brasil demostraron que esto se puede cambiar sin reformas extraordinarias. Un simulador que le dice al ciudadano qué le cubre el seguro antes de ir, una afiliación automática cuando alguien llega a un establecimiento sin cobertura, una obligación legal de publicar información actualizada y comprensible. Intervenciones simples, probadas, económicamente justificadas. Lo que tienen en común no es tecnología sofisticada ni presupuestos millonarios: es la decisión de tratar la información como parte del servicio, no como un accesorio opcional.

Esa es exactamente la decisión que el Perú no ha tomado, el SIS existe, tiene cobertura, tiene establecimientos, tiene catálogo de prestaciones, lo que no tiene es un diseño que garantice que el ciudadano sepa todo eso antes de necesitarlo con urgencia y un sistema que solo funciona para quien ya sabe cómo usarlo no es un sistema universal: es un sistema para los que tuvieron suerte de enterarse.

Se considera que las propuestas de este trabajo son concretas y no requieren inventar nada nuevo: afiliación de oficio en cada establecimiento de salud, simulador de beneficios accesible desde el celular, transparencia activa del SIS como mandato legal, orientación proactiva como parte del protocolo de cada consulta, y actualización automática de la elegibilidad sin que el ciudadano tenga que recordar hacerlo, ninguna es revolucionaria, todas son urgentes.

Porque el fondo del problema no es técnico ni económico, es de justicia, en un Estado de derecho, el acceso a la salud no puede depender de cuánto sabe una persona sobre cómo funciona la burocracia, no puede depender de si tiene internet, de si leyó el portal correcto, de si alguien en su familia ya pasó por el proceso antes, la información sobre cómo acceder a un

derecho es parte de ese derecho y mientras el Estado no lo entienda así, seguirá construyendo un sistema que promete incluir a todos y en la práctica excluye a los que más necesita proteger.

El SIS puede ser lo que prometió ser, pero para eso necesita dejar de asumir que el ciudadano ya sabe, necesita empezar a garantizar que lo sepa, porque esa diferencia, entre asumir e informar, entre cubrir en papel y proteger en la práctica, es exactamente la diferencia entre un sistema de salud que funciona y uno que solo existe.

VII. BIBLIOGRAFIA

- Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento (AGESIC). (2025). Salud digital. Gobierno de Uruguay. <https://www.gub.uy/agencia-gobierno-electronico-sociedad-informacion-conocimiento>
- Akerlof, G. A. (1970). The market for 'lemons': Quality uncertainty and the market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, 84(3), 488–500. <https://doi.org/10.2307/1879431>
- Arrow, K. J. (1963). Uncertainty and the welfare economics of medical care. *The American Economic Review*, 53(5), 941–973.
- Baldeon Tarazona, K. B. (2025). Barreras de acceso sanitario asociado al gasto de bolsillo en usuarios del centro de salud de Madre de Dios, 2025. <https://hdl.handle.net/20.500.12692/171995>
- Banco Interamericano de Desarrollo. (2023). Fortalecimiento de los sistemas de salud en América Latina. BID. <https://www.iadb.org/es/sectores/salud/inicio>
- Banco Mundial. (2021). Investing in health systems: The economic case for primary and preventive care. World Bank Group.
- Bullard González, A. (2006). Derecho y economía: El análisis económico de las instituciones legales. Palestra Editores.
- Consortio de Investigación Económica y Social (CIES). (s.f.). Evaluando los efectos del SIS(SIS) sobre la equidad en la salud materna en el contexto de barreras no económicas al acceso a los servicios. <https://cies.org.pe/investigacion/evaluando-los-efectos-del-seguro-integral-de-salud-sis-sobre-la-equidad-en-la-salud-materna-en-el-contexto-de-barreras-no-economicas-al-acceso-a-los-servicios/>
- Cooter, R., & Ulen, T. (2016). Law and economics (6th ed.). Addison-Wesley.
- Decreto N° 616 de 2022 [Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia]. Por el cual se modifican y adicionan disposiciones al Decreto 780 de 2016 en relación con la afiliación al SGSSS. 20 de abril de 2022.
- Escobar, D. A. (2024, 30 de marzo). Selección adversa y seguros privados de salud en el Perú. *Revista Aypate*. <https://revistas.unf.edu.pe/index.php/aypate/article/view/80/330>
- Fondo Nacional de Salud (FONASA). (2024). Trámites de afiliación.

<https://nuevo.fonasa.gob.cl/tramites/afiliacion/>

Fondo Nacional de Salud (FONASA). (2026, 10 de marzo). Fonasa publica nuevo Boletín Estadístico y retoma serie clave sobre el sistema de salud. <https://datosabiertos.fonasa.cl/2026/03/10/fonasa-publica-nuevo-boletin-estadistico-y-retoma-serie-clave-sobre-el-sistema-de-salud/>

GanaMás. (2025, 17 de marzo). Solo el 1,2% de trabajadores de Lima cuenta con seguro privado de salud. <https://revistaganamas.com.pe/solo-el-12-de-trabajadores-de-lima-cuenta-con-seguro-privado-de-salud/>

Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). (s.f.). Determinantes del acceso a los servicios de salud en el Perú. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib0387/cap-043.htm

Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). (2023). Encuesta Nacional de Hogares (ENAHOG): Condiciones de vida y pobreza. Gobierno del Perú.

Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). (2024). Estadísticas de las tecnologías de información y comunicación en los hogares. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/boletin_tic.pdf

Ley N.º 20.285 [Chile]. Sobre Acceso a la Información Pública. 20 de agosto de 2008.

Ley N.º 21.674 [Chile]. Sobre actualización automática de tramos FONASA. Diario Oficial de Chile.

Ley N.º 27657. Ley del Ministerio de Salud. Congreso de la República del Perú (2002). Ministerio da Saúde de Brasil. (2026). Conecte SUS. <https://datasus.saude.gov.br/saude-digital/>

Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (MIDIS). (2024). Sistema de Focalización de Hogares (SISFOH): solicitar la clasificación socioeconómica. <https://www.gob.pe/445-sistema-de-focalizacion-de-hogares-sisfoh-solicitar-la-clasificacion-socioeconomica-de-mi-hogar>

Ministerio de Salud del Perú (MINSA). (2023). Estadísticas de afiliación al Seguro Integral de Salud. <https://www.minsa.gob.pe>

Ministerio de Salud del Perú (MINSA). (2024). Minsa cubrió más de 90.9 millones de atenciones de asegurados SIS en 2024. <https://www.gob.pe/institucion/sis/noticias/1098474>

Ministerio de Salud del Perú (MINSA). (2024). Resolución Ministerial N.º 266-2024-MINSA: Plan de Estrategia Publicitaria del Ministerio de Salud. <https://www.gob.pe/institucion/minsa/normas-legales/5462105-266-2024-minsa>

Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia (MSPS). (2023). Aseguramiento al Sistema General de Seguridad Social en Salud. <https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/Regimensubsubsidado/Paginas/aseguraen-to-al-sistema-general-salud.aspx>

- Musgrave, R. A. (1959). *The theory of public finance*. McGraw-Hill.
- Organización Panamericana de la Salud (OPS). (2023). Cobertura universal de salud y acceso equitativo en el Perú. <https://www.paho.org/es/peru>
- Posner, R. A. (2007). *Economic analysis of law* (7th ed.). Wolters Kluwer.
- SIS(SIS). (2024). Datos de afiliados al SIS en estado activo. Plataforma Nacional de Datos Abiertos. <https://www.datosabiertos.gob.pe/dataset/datos-de-afiliados-al-seguro-integral-de-salud-en-estado-activo-sis>
- Spence, M. (1973). Job market signaling. *The Quarterly Journal of Economics*, 87(3), 355–374. <https://doi.org/10.2307/1882010>
- Stiglitz, J. E. (1975). The theory of 'screening', education, and the distribution of income. *The American Economic Review*, 65(3), 283–300.
- Stiglitz, J. E. (2000). The contributions of the economics of information to twentieth century economics. *The Quarterly Journal of Economics*, 115(4), 1441–1478.
- Superintendencia de Salud de Chile. (2023). Transparencia activa. <https://www.supersalud.gob.cl/664/w3-propertyvalue-6143.html>
- Thaler, R. H., & Sunstein, C. R. (2008). *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. Yale University Press.
- Zuazo, A. A. (2015, 20 de septiembre). El riesgo moral y la regulación de la calidad de los servicios públicos. *Derecho y Sociedad*, (45). <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/15223/15691>

DERECHOS DE PROPIEDAD INFORMALES Y COSTOS DE TRANSACCIÓN: UNA EVALUACIÓN ECONÓMICA DEL SISTEMA DE TITULACIÓN URBANA EN EL PERÚ

Beatriz de Fátima Merino Altamirano*
*Estudiante del 10mo ciclo de la Facultad de Derecho
Universidad de San Martín de Porres*

AUTORA

Beatriz de Fátima Merino Altamirano
Universidad de San Martín de Porres
beatriz_merino@usmp.pe
 ORCID: 0009-0001-2674-9330

Recibido: 31/08/2026

Aceptado: 10/09/2026

* Estudiante de Derecho de décimo ciclo de la Universidad de San Martín de Porres. Cuenta con experiencia preprofesional en el Poder Judicial, donde ha desarrollado habilidades para el análisis jurídico y el estudio de casos. Ha participado en actividades académicas y de investigación relacionadas con diversas áreas del Derecho. Actualmente, sus principales intereses académicos se orientan al Derecho Penal y la investigación jurídica, con especial interés en el análisis de problemáticas jurídicas contemporáneas..

LICENCIA

Este trabajo se comparte bajo la licencia de Reconocimiento Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0):
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



RESUMEN

Este artículo analizó el sistema de registro de tierras urbanas del Perú desde la perspectiva de la economía institucional, examinando el proceso de formalización generalizada de la propiedad informal, que contribuyó a reducir los costos de transacción y a promover la integración económica de las familias beneficiarias. Con base en las teorías de Ronald Coase, Douglas North y Hernando de Soto, así como en datos empíricos del programa COFOPRI-SUNARP, el artículo demostró que la formalización inmobiliaria a gran escala no mejoró la asequibilidad de la vivienda ni generó cambios genuinos en el mercado informal. Esta brecha, aunque significativa, se atribuyó a diversos costos institucionales que persistieron pese a la formalización, entre ellos sistemas de registro público costosos e inaccesibles, acceso sistemáticamente restringido a los servicios bancarios y regulaciones fragmentadas que complicaban las transacciones. Mediante un análisis comparativo de los casos de Brasil, Colombia y Honduras, el artículo identificó las principales limitaciones del modelo peruano y propuso vías para futuras reformas, sustentadas en tres pilares principales: vincular la propiedad de la tierra con la planificación del uso del suelo, reducir eficazmente los costos de transacción posteriores a la transferencia de la propiedad, y simplificar significativamente las regulaciones para promover un uso eficiente del suelo.

PALABRAS CLAVE

Costos de transacción, derechos de propiedad, COFOPRI, informalidad urbana, titulación.

INFORMAL PROPERTY RIGHTS AND TRANSACTION COSTS: AN ECONOMIC EVALUATION OF THE URBAN TITLING SYSTEM IN PERU

ABSTRACT

This article analyzed Peru's urban land registration system from the perspective of institutional economics, examining the widespread formalization of informal property, which helped reduce transaction costs and promote the economic integration of beneficiary families. Drawing on the theories of Ronald Coase, Douglas North, and Hernando de Soto, as well as empirical data from the COFOPRI-SUNARP program, the article demonstrated that large-scale property formalization did not improve housing affordability nor generate genuine changes in the informal market. This gap, although significant, was attributed to various institutional costs that persisted despite formalization, including costly and inaccessible public registration systems, systematically restricted access to banking services, and fragmented regulations that complicated transactions. Through a comparative analysis of cases in Brazil, Colombia, and Honduras, the article identified the main limitations of the Peruvian model and proposed pathways for future reform, based on three main pillars: linking land ownership to land-use planning, effectively reducing transaction costs following property transfer, and significantly simplifying regulations to promote efficient land use.

KEYWORDS: Transaction costs, property rights, COFOPRI, urban informality, titling.

SUMARIO

I. Introducción. – II. Revisión de la literatura: 1. *Derechos de propiedad como institución económica*; 2. *La influencia de Hernando de Soto en la política peruana*; 3. *Costos de transacción e informalidad urbana*. – III. Marco normativo peruano. – IV. Análisis del impacto económico de la titulación: 1. *La paradoja del mercado inmobiliario post-titulación*; 2. *El eslabón roto: titulación sin acceso al crédito*; 3. *Costos institucionales persistentes*; 4. *Logros y límites estructurales del sistema*. – V. Derecho comparado: 1. *Brasil*; 2. *Colombia*; 3. *Honduras*. – VI. Conclusiones. – VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En las periferias de las principales ciudades latinoamericanas, millones de familias construyen viviendas en terrenos que no les pertenecen, creando zonas completamente desconectadas del sistema económico formal; esta situación no es ni temporal ni excepcional, por el contrario, representa una de las manifestaciones más profundas de la desigualdad estructural en toda la región.

Ante esta situación, a mediados de la década de 1990, el gobierno peruano decidió implementar uno de los programas de regularización de vivienda urbana más ambiciosos del mundo en desarrollo. Mediante COFOPRI (Organismo de Formalización de la Propiedad Informal), inspirado en las ideas de Hernando de Soto (1987), se otorgó la plena propiedad a asentamientos informales; según su teoría, la conversión de la propiedad informal en propiedad registrada liberaría el "capital latente" acumulado por las familias pobres, integrándolas plenamente al sistema económico formal.

Sin embargo, treinta años después, este experimento institucional a gran escala ha dado lugar a una evaluación mucho más compleja, que pone en entredicho tanto el optimismo inicial como las críticas más radicales. Las cifras son impactantes: se han emitido más de 2,87 millones de títulos de propiedad, beneficiando a aproximadamente 12 millones de peruanos (El Peruano, 2026); sin embargo, a pesar de estas cifras, los mercados inmobiliarios y crediticios

en áreas con sistemas formales de propiedad de la tierra siguen operando según principios informales. En otras palabras, si bien existen títulos de propiedad, la transformación económica prevista no se ha materializado a la escala y el ritmo esperados (Villegas, 2021).

En ese sentido, el presente artículo analiza este fenómeno desde la perspectiva de la economía institucional, examina por qué la mera definición formal de los derechos de propiedad es insuficiente para reducir los costos de transacción que siguen excluyendo a los grupos de bajos ingresos de los mercados formales.

Para fundamentar ello, se examinará primero los principios teóricos de los derechos de propiedad, los costos de transacción y el crecimiento de la urbanización informal.

Asimismo, se presentará el marco regulatorio e institucional del sistema COFOPRI-Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) del Perú. Posteriormente, evalúa el impacto específico de este sistema en el sector inmobiliario y el acceso al crédito. Finalmente, presenta propuestas de política pública con visión de futuro mediante un análisis comparativo de los enfoques implementados en Brasil, Colombia y Honduras. Estas propuestas se centran en crear las condiciones institucionales esenciales para el uso efectivo y económico de los bienes inmuebles, yendo más allá de la mera facilitación de la emisión de títulos de propiedad.

Teniendo esto en cuenta, el presente estudio tiene como objetivo general evaluar los costos y las estrategias del programa COFOPRI-SUNARP en relación con los derechos de propiedad urbana y, más concretamente, determinar cómo la promoción de estos derechos puede contribuir a reducir costos y apoyar a los beneficiarios en sus necesidades habitacionales. Asimismo, los objetivos específicos se basarán en examinar la relación entre la ubicación estratégica y las organizaciones sin fines de lucro; analizar las barreras institucionales y de mercado que dificultan el acceso a documentos oficiales; y aplicar al estudio un modelo diseñado originalmente para contextos de bajos ingresos en Brasil, Colombia, Honduras y Perú.

De esta manera, este documento contribuye al debate sobre la formalización de los títulos de propiedad, que actualmente se desarrollan en contextos informales.

II. REVISIÓN DE LA LITERATURA

1. Derechos de propiedad como institución económica

Para comprender la urbanización de Perú desde una perspectiva económica, es necesario examinar la cuestión de los derechos de propiedad. Esta teoría, propuesta por Ronald Coase y Douglas North, sostiene que las normas que rigen la disponibilidad y las condiciones de adquisición de bienes específicos no son vinculantes y no determinan el comportamiento de los agentes económicos.

El teorema de Coase (1960), tal como se expone en “El problema del costo social”, establece que, en ausencia de costos de transacción, la asignación inicial de los derechos de propiedad resulta irrelevante para lograr un resultado económicamente eficiente, pues las partes negociarán libremente hasta alcanzarlo. Sin embargo, cuando los costos de transacción son elevados, esta neutralidad desaparece: la forma en que la ley asigna inicialmente los derechos sí determina el resultado económico final. En otras palabras, si los derechos de propiedad no están definidos ni regulados, el mercado no puede establecerse.

Por otro lado, North reconoce que este concepto no existe en un vacío de derechos de propiedad, sino que se requiere un marco institucional para proteger los derechos y la libertad de expresión. Sostiene que las instituciones son las "reglas del juego" para promover la igualdad social; cuando estas reglas se relajan, aumenta la incertidumbre y los costos de transacción (Rivera, 2013).

Antes de continuar, es necesario revisar el significado de costo como componente clave en este proceso. La mayoría de los recursos (tiempo, dinero, mano de obra) que los empleados deben invertir para concretar una venta superan el valor del producto. La documentación económica distingue entre los resultados previos a la intervención estatal de formalización (recopilación de información, elaboración de informes y presentación de informes) y los resultados posteriores a dicha intervención, que incluyen el monitoreo del cumplimiento, la resolución de conflictos y la implementación de políticas (Salgado, 2003). Ambos tipos son comunes en entornos informales.

La relación entre los derechos de propiedad, las instituciones y los precios de mercado es especialmente importante en las zonas rurales. Conviene precisar, sin embargo, que la falta de reconocimiento formal no equivale a la pérdida de un derecho ya adquirido: en el enfoque iusnaturalista, el derecho de propiedad preexiste a la norma, mientras que, desde el positivismo, es la norma la que lo reconoce al positivizarlo; en cualquier caso, el derecho de propiedad se encuentra reconocido por la Constitución peruana. Por ello, quien ocupa un predio sin título no pierde una propiedad que aún no tiene, sino que conserva únicamente una expectativa de convertirse en propietario, la cual solo se consolida mediante mecanismos como la prescripción adquisitiva de dominio, distinta en su naturaleza de la expropiación estatal por causas justificadas. Lo que sí resulta claro es que, sin definición ni registro claros de estos derechos, los incentivos para invertir en la tierra y utilizarla productivamente se debilitan. En Lima, Arequipa y Trujillo, el apoyo y las actividades cotidianas incentivaron a las familias de bajos ingresos a invertir, aprender y crecer.

El caso de De Soto (1987) ilustra la formación de redes informales (redes de testigos, negociaciones directas con el Estado y organizaciones locales que desempeñan funciones cuasi notariales) que facilitan las transacciones en la economía informal. Las conclusiones iniciales de De Soto parecen respaldar esta perspectiva: es decir, el anonimato no es un fenómeno excepcional, sino una respuesta personal a la necesidad de confidencialidad.

2. La influencia de Hernando de Soto en la política peruana

En lo que respecta a la propiedad de la tierra en Perú, las teorías y perspectivas de Hernando de Soto han tenido una profunda influencia no solo en las políticas del gobierno peruano, sino también en la forma en que organizaciones internacionales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI) y la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID, por sus siglas en inglés) interpretan la pobreza urbana.

En "El otro sendero", obra escrita en coautoría con Enrique Ghersi Silva y Mario Ghibellini, (1987), los autores presentan un análisis detallado de la economía informal del Perú, documentando mediante estudios de campo del Instituto para la Democracia Liberal, el tiempo, el costo y el número de trámites necesarios para formalizar un pequeño negocio o una vivienda, evidenciando que la excesiva regulación estatal (no la falta de iniciativa de los sectores populares) era la principal causa de la informalidad. Una serie de estudios realizados por el Instituto para la Democracia Liberal revelaron el tiempo, el costo y la mano de obra necesarios para iniciar negocios y construir viviendas. Sorprendentemente, las regulaciones eran extensas y complejas, y la economía informal funcionaba eficazmente sin la intervención estatal en el ámbito público (De Soto, 1987).

De Soto desarrolla aún más estas ideas en su libro "El misterio del capital" (2000), en donde señala que, en los países en desarrollo, los trabajadores del sector informal poseen importantes activos materiales, pero estos no se utilizan como capital dentro del sistema económico formal. Por lo tanto, argumenta que la causa fundamental del subdesarrollo no radica en la falta de recursos, sino en la ineficiencia de un sistema legal que no logra representar ni utilizar adecuadamente dichos recursos (De Soto, 2000). Para De Soto, los derechos de propiedad formales no son meros documentos que prueban la titularidad, sino herramientas que permiten la realización del potencial económico de un activo, posibilitan su uso como garantía, facilitan transacciones seguras y lo integran en redes de inversión más amplias. Sin un sistema de este tipo, los activos de las personas marginadas permanecen como "capital congelado", excluidos de la inversión económica.

Esta situación tiene implicaciones políticas en Perú. La COFOPRI, establecida mediante la Ley N.º 803 de 1996, buscó abordar este problema estableciendo el principio de que las soluciones a problemas graves deben implementarse a través de programas públicos, en lugar de mediante compensaciones monetarias predeterminadas. Este proyecto, apoyado por el Banco Mundial, es una iniciativa comunitaria basada en la evidencia (Calderón, 2010).

Sin embargo, la postura de De Soto provocó una reacción inmediata. Investigadores como Calderón (2010) sostienen que los derechos de propiedad desempeñan un papel fundamental en la mejora de las condiciones de vida de las comunidades urbanas empobrecidas y que el acceso al capital está vinculado a los mercados formales, las autoridades locales y los mercados informales.

Desde el punto de vista de North, el problema no residía únicamente en la ausencia de derechos de propiedad formales, sino también en la debilidad del marco institucional en su conjunto, necesario para que dichos derechos pudieran beneficiar de manera concreta a sus titulares. ¿Por qué y cómo repercute esta debilidad? Un derecho de propiedad formalmente reconocido solo tiene un impacto económico real si existe un sistema de aplicación que lo haga exigible, tribunales accesibles que lo defiendan en caso de litigio, mercados financieros que lo reconozcan como garantía válida y un sistema de registro que lo dé a conocer a terceros a un coste razonable.

Si falta uno de estos eslabones (si los tribunales son lentos, si los registros son costosos o inaccesibles, o si los bancos ignoran el título porque no confían en la infraestructura institucional subyacente), el derecho existe sobre el papel, pero no produce los efectos que la teoría le atribuye. En Perú, la emisión masiva de títulos de propiedad se llevó a cabo sobre la base de un marco institucional que no se reformó en paralelo, lo que, como veremos, explica por qué los millones de títulos emitidos no condujeron ni a un acceso efectivo al crédito ni a la transformación económica esperada por De Soto.

3. Costos de transacción e informalidad urbana

La relación entre los barrios urbanos informales y los costes de transacción puede clasificarse en función de tres grandes tipos de costes que afectan directamente a los hogares afectados; es fundamental comprenderlos bien para evaluar el alcance real de los efectos de los programas de regularización.

La primera clase se refiere al gasto relacionado con la inseguridad jurídica. Las familias que habitan en terrenos sin un título de propiedad oficial enfrentan el riesgo permanente de ser desalojadas, así como disputas con vecinos sobre los límites de sus terrenos y los derechos de paso, además de la posible pérdida del valor agregado por las mejoras realizadas en sus hogares. Para reducir este riesgo, los propietarios informales optan por invertir en alternativas de

protección. Se integran en grupos comunitarios para obtener el reconocimiento social de sus propiedades, establecen vínculos con las autoridades locales y muchas veces respaldan a líderes que funcionan como intermediarios informales ante el gobierno (Calderón, 2010). Todos estos gastos representan costos muy altos que no serían necesarios si existieran derechos de propiedad bien definidos.

El segundo factor son los costos de transacción. En los predios que aún no han sido incorporados al sistema formal de registro de la propiedad administrado por la SUNARP, las transacciones informales de tierras deben formalizarse mediante contratos privados o escrituras notariadas, pero su validez legal es incierta. Esto da lugar a un mercado inmobiliario informal caracterizado por altos costos de búsqueda y asimetría de información. Los compradores no pueden tener la certeza de que el vendedor realmente tenga derecho a disponer del terreno, de que no existan gravámenes como una hipoteca, o de que los límites reales correspondan a los documentos disponibles. En consecuencia, el valor de los activos informales tiende a ser menor que el de los activos formales, y la liquidez general del mercado se reduce (Clichevsky, 2006).

El tercer gasto proviene de la exclusión del sistema de crédito regular. Sin un registro formal de propiedad, las tierras urbanas no pueden ser utilizadas como colateral en el sistema bancario convencional. Por lo tanto, los propietarios deben buscar opciones de financiamiento alternativas, que normalmente tienen tasas de interés más elevadas y plazos de pago más breves (Calderón, 2010). Esta segregación no solo incrementa los costos financieros de las familias no bancarizadas, sino que también limita su capacidad para invertir en mejoras del hogar, capital de trabajo y educación.

En resumen, estos tres tipos de costos demuestran que los costos de transacción de la vivienda urbana informal no se limitan a la falta de regulación formal, sino que también dependen de la existencia de mecanismos comunitarios informales —como el reconocimiento social y los vínculos con autoridades locales descritos líneas arriba— que reemplazan parcialmente al registro formal de la propiedad. Sin embargo, estos mecanismos aumentan la incertidumbre, reducen la capacidad de intercambio de valor e incrementan los costos de verificación. Por lo tanto, la institucionalización de los derechos de propiedad es importante no solo por razones legales, sino también para reducir la asimetría de información, acelerar la transferencia de riqueza y disminuir los costos de resolución de disputas patrimoniales. No obstante, estos ahorros se materializan plenamente cuando las responsabilidades están claramente definidas y respaldadas por un modelo de negocio, un sistema que aún no está completamente establecido en el modelo peruano.

III. MARCO NORMATIVO PERUANO

Una vez establecido el marco teórico de los derechos de propiedad y los costos de transacción, corresponde examinar cómo el ordenamiento peruano ha traducido estas ideas en instituciones concretas. Para formalizar los derechos de propiedad informales, nuestro sistema se basa en dos pilares institucionales y funcionalmente distintos: la COFOPRI y la SUNARP.

La COFOPRI fue creada en 1996 mediante el Decreto Legislativo N° 803, en un tenso clima político e intelectual, a raíz de una propuesta de Hernando de Soto. Este argumentó que la informalidad impedía a millones de personas acceder plenamente al mercado y utilizar sus propiedades como capital. Con base en esta observación, se consideró necesario crear una institución nacional especializada con procedimientos simplificados y autoridad centralizada, capaz de implementar programas de formalización a gran escala de manera más rápida y eficiente que los gobiernos locales o el sistema tradicional de registro de tierras. Así, la COFOPRI se hizo responsable de centralizar la formalización de los derechos de propiedad

urbana a nivel nacional, particularmente en áreas de asentamientos informales. Su misión incluye la implementación de programas a gran escala para la expedición de títulos de propiedad que brinden seguridad jurídica a los residentes y faciliten la integración gradual de estas propiedades al sistema formal de propiedad. Además, las actividades de COFOPRI no solo buscan el reconocimiento legal de la propiedad, sino también la integración económica y social de miles de familias que han vivido durante muchos años al margen de la ley (Aguilar, 2025).

El proceso de regularización de tierras se lleva a cabo en distintas fases. En primer lugar, COFOPRI realiza la regularización tanto física como legal, asegurando la situación jurídica de las propiedades en zonas residenciales determinadas (como asentamientos informales, áreas vulnerables, centros urbanos, etc.) y resolviendo cualquier conflicto o superposición.

El proceso de registro comienza entonces. Durante esta etapa, especialistas visitan cada propiedad residencial para confirmar la titularidad, el tiempo de ocupación y el uso actual. Para cada propiedad, se preparan documentos individuales con la información del propietario, los cuales son sometidos a análisis legal. Este proceso determina si la propiedad cumple con los requisitos para su legalización. Si el análisis determina que se cumplen dichos requisitos, se otorga la propiedad, se registra y se transfiere oficialmente al beneficiario. El propósito de este procedimiento es garantizar la estabilidad familiar y la situación jurídica, mejorando así el acceso financiero, ampliando el acceso a servicios esenciales, facilitando la herencia formal y brindando oportunidades para un mejor desarrollo económico (COFOPRI, 2022).

La cooperación entre COFOPRI y SUNARP es clave. COFOPRI es responsable de la emisión de títulos de propiedad, mientras que SUNARP se encarga de su inscripción en el registro de la propiedad y la creación de mapas catastrales. Esto garantiza la protección jurídica y la transparencia para terceros. Sin este proceso de registro, los títulos de propiedad carecerían de la validez legal necesaria para garantizar la plena propiedad. Recientemente, el gobierno peruano ha estado modernizando y mejorando la cooperación interinstitucional mediante el uso de herramientas digitales.

Desde diciembre de 2023, el convenio digital entre COFOPRI y SUNARP ha posibilitado el registro electrónico de más de 78,900 títulos de propiedad, lo que ha disminuido los tiempos de procesamiento, los costos de gestión y el riesgo de extravío de documentos. Además, este programa de formalización ha tenido un alcance significativo y, desde 1996, COFOPRI ha emitido más de 2,87 millones de certificados de propiedad de acuerdo con las normativas del Decreto Legislativo 803, la Ley 27046, la Ley 28687, la Ley 28923 y el Decreto Supremo 013-99-MTC (COFOPRI, 2022), beneficiando a más de 12 millones de peruanos.

El sistema de registro de tierras gestionado por SUNARP se fundamenta en la idea de inscribir datos en el registro de propiedades. De acuerdo con esta idea, cada terreno o propiedad debe ser registrado de manera individual. Esta normativa tiene como finalidad evitar duplicaciones, confusiones y superposiciones en torno a la titularidad, lo que a su vez mejora la estructura de la información catastral y refuerza la seguridad pública.

Este sistema se fundamenta en el principio de autenticidad de la propiedad, especificado en el artículo 2010 del Código Civil. De acuerdo con este principio, las escrituras o derechos sujetos a registro deben formalizarse generalmente mediante notaría. La verificación

catastral, realizada por el Registro Público Estatal (SUNARP), implica un proceso de confirmación de la validez legal y formal de los bienes inmuebles presentados para su registro. De esta manera, el sistema de registro inmobiliario del Perú no solo visibiliza la propiedad, sino que también cumple una función preventiva y de control legal, minimizando las disputas territoriales y fortaleciendo la confianza en las transacciones inmobiliarias (Aliaga, 2024).

Este sistema se complementa con el principio de autenticidad de la propiedad, especificado en el artículo 2010 del Código Civil, que estipula que todas las escrituras o derechos sujetos a registro deben, generalmente, estar certificados mediante notariación. Sin embargo, a pesar de estas ventajas, el sistema de formalización del Perú presenta importantes deficiencias regulatorias e institucionales. Debido a la naturaleza fragmentada de las leyes, estatutos, directrices y reglamentos administrativos, muchos expertos enfatizan la necesidad urgente de un documento unificado que organice de manera coherente el marco legal para la formalización de los derechos de propiedad informales. Dicha fragmentación dificulta la definición clara de las funciones y responsabilidades de las partes interesadas, lo que genera incertidumbre jurídica, demoras procesales y mayores costos para los ciudadanos y las agencias administrativas.

IV. ANÁLISIS DEL IMPACTO ECONÓMICO DE LA TITULACIÓN

Para evaluar la efectividad del sistema de registro de tierras de Perú, es necesario distinguir entre su efecto en la ampliación del alcance del registro oficial y su impacto en los mercados de vivienda y crédito.

Los datos empíricos muestran que estos resultados son mucho más débiles y contradictorios que las predicciones teóricas de Hernando de Soto. Si bien el establecimiento del sistema de registro redujo la incertidumbre y brindó estabilidad jurídica al país a millones de familias, no mejoró el acceso al crédito formal para este grupo ni impulsó una rápida recuperación económica. Factores como el empleo informal, los bajos ingresos y la incapacidad para pagar préstamos siguen impidiendo la inversión de la mayoría de los propietarios registrados.

Por lo tanto, a pesar del impacto significativo del sistema de registro de tierras en el conocimiento jurídico y la vivienda, su impacto económico es más limitado y complejo de lo que sugería originalmente el modelo teórico de Hernando de Soto.

1. La paradoja del mercado inmobiliario post-titulación

Uno de los problemas más significativos del modelo de reforma de vivienda en Perú es la discrepancia entre la estabilidad jurídica y la verdadera integración económica. Si bien la emisión masiva de títulos de propiedad permitió el registro de millones de inmuebles, esto no se tradujo automáticamente en los resultados económicos esperados por las teorías clásicas de la reforma institucional. En algunos casos, estos títulos no facilitaron el acceso al financiamiento, no incrementaron significativamente la productividad ni lograron la plena integración al mercado formal. Esta realidad demuestra que reducir ciertos costos asociados a las transacciones legales es insuficiente para eliminar las barreras económicas e institucionales que enfrentan las familias de bajos ingresos.

En los predios que han sido formalizados pero que siguen operando bajo prácticas de mercado informales, la obtención de un título de propiedad sí incrementa el valor económico y jurídico del inmueble. Los títulos registrados refuerzan la estabilidad de la propiedad, disminuyen el riesgo de disputas y generan una sensación de seguridad que incrementa el valor en el mercado del inmueble. Sin embargo, esto no significa que se logre el control del mercado

inmobiliario formal, y las prácticas informales siguen dominando en las transacciones de arrendamiento, compra y venta.

Esta apreciación hecha por Julio Calderón Cockburn es esencial para una evaluación crítica del sistema de tierras en Perú. A pesar de que los títulos oficiales de propiedad aumentan el valor de los terrenos y refuerzan la certeza jurídica, no transforman automáticamente la conducta económica de los involucrados. Hasta después de recibir un título, las transacciones siguen realizándose a través de vías informales. Por tanto, la informalidad no se extingue con la obtención de un título; se mantiene vigente en las actividades cotidianas del mercado inmobiliario informal (Calderón, 2010).

La duración de estas prácticas no oficiales se puede entender por los altos costos de transacción, incluso tras la emisión de un documento legal. Aunque el gobierno reconoce la propiedad de manera formal, mantener este reconocimiento conlleva gastos y procedimientos demasiado elevados, o incluso imposibles de asumir, para muchos hogares con bajos recursos.

Las tarifas de registro para las transferencias en la SUNARP, los gastos notariales, los periodos de espera y la complicada burocracia de los trámites oficiales hacen que muchas operaciones de bienes raíces queden sin registrar. Y según lo antes mencionado por North, el problema radica no solo en la falta de derechos de propiedad reconocidos formalmente, sino también en el sistema institucional que regula su uso, mantenimiento y transferencia. Si este sistema sigue siendo costoso, laborioso y complejo, los agentes económicos tenderán a optar por métodos informales, que perciben como más rápidos, menos costosos y más adecuados a sus necesidades inmediatas.

2. El eslabón roto: Titulación sin acceso al crédito

El argumento central de Hernando de Soto era que la titulación de bienes inmuebles renovaría lo que él denominaba "capital latente". En otras palabras, la incorporación de los activos formales de millones de familias al sistema financiero formal transformaría estos activos de mera propiedad en capital verdaderamente productivo y utilizable. Sin embargo, datos empíricos de Perú demuestran que esta relación causal es mucho más débil y limitada de lo que se suponía en las primeras teorías.

Según una encuesta nacional realizada por COFOPRI, aproximadamente el 51% de los hogares con escrituras de propiedad solicitaron préstamos, mientras que solo el 27% de los hogares sin escritura lo hicieron. Esto respalda el argumento de que la formalización de la propiedad inmobiliaria aumenta la disposición de los hogares a participar en el sistema financiero (Falen, 2007). No obstante, una solicitud de préstamo no garantiza necesariamente su aprobación, y aún menos la obtención de un préstamo en condiciones favorables.

En este contexto, el argumento de Ghersi (1991) plantea una cuestión importante que requiere un análisis profundo. Este autor enfatizó que los bancos nunca otorgarán préstamos a los residentes de asentamientos informales. Esto no se debe a la falta de prueba de propiedad, sino a razones estructurales relacionadas con los costos sociales. Si un banco intenta confiscar propiedades en caso de insolvencia, los residentes de la zona convertirán la confiscación en un conflicto social incontrolable. Los riesgos que evalúan los bancos no son solo financieros, sino que también tienen repercusiones regionales y comunitarias.

En términos de costes de transacción, el coste de ejecutar una garantía en este contexto es extremadamente elevado; independientemente de que la prueba de la propiedad sea plenamente válida desde el punto de vista del derecho de registro, la transacción es inviable desde el principio. En otras palabras, la prueba de la propiedad es una condición necesaria,

pero insuficiente por sí sola para que un banco otorgue un préstamo hipotecario: aun cuando el título sea plenamente válido, la entidad financiera puede negarse a aceptarlo como garantía hipotecaria si el costo de ejecutarla resulta socialmente inviable. El problema no es de naturaleza jurídica, sino más bien institucional y social.

Esta conclusión se ve corroborada por el estudio de Falen (2007) sobre la ciudad de Chiclayo. Dicho estudio reveló que los requisitos exigidos por las instituciones financieras hacían prácticamente imposible que la mayoría de los beneficiarios del programa obtuvieran una hipoteca convencional. Además, los bancos atribuían bajos valores inmobiliarios a los barrios informales situados en la periferia de la ciudad. Esto se debió a la creencia de que las estructuras urbanas en estas áreas eran vulnerables y presentaban altos riesgos económicos y sociales.

Esto plantea una pregunta que quedó sin respuesta en los informes iniciales del programa: ¿Por qué las cajas de ahorros municipales otorgan préstamos cuando los bancos comerciales no lo hacen? Se sabe que, los bancos son instituciones con fines de lucro que utilizan modelos estandarizados de evaluación crediticia; por lo que requieren hipotecas, estados financieros oficiales y comprobante de ingresos como garantía.

Por otro lado, las cajas de ahorros municipales se establecieron como instituciones de microfinanzas con una clara misión social; como apoyar a las pequeñas empresas, las pymes, los hogares rurales y las personas excluidas del sistema financiero existente. Las cajas de ahorros municipales visitan personalmente a las empresas y a los solicitantes para analizar la actividad económica local, identificar ingresos informales, crear historiales crediticios para nuevos clientes y brindar servicios en áreas suburbanas donde los bancos tradicionales aún no tienen presencia. En otras palabras, estas instituciones financieras utilizan información local sobre los prestatarios en lugar de garantías.

Esta comparación demuestra claramente que los problemas de financiamiento para proyectos de vivienda social no pueden resolverse únicamente mediante la verificación de la propiedad. Este marco incluye infraestructura urbana que incrementa el valor de los bienes inmuebles, reduce el riesgo social para los prestamistas y ofrece productos financieros adaptados a la realidad económica de los beneficiarios. Sin dicho marco, la integración económica efectiva sería imposible, incluso con la protección legal formal de los derechos de propiedad.

3. Costos institucionales persistentes

Desde la perspectiva de los costos de transacción, el sistema de registro inmobiliario del Perú presenta deficiencias en, por lo menos, tres áreas, siendo estas: 1) la fragmentación institucional, 2) la insuficiente integración técnica entre los sistemas de registro, y 3) la continua expansión de los asentamientos informales.

Primero, el sistema está fragmentado. ¿A qué me refiero con esto? A que los procedimientos de registro gestionados por la COFOPRI (Organismo de Formalización de la Propiedad Informal) se han estancado significativamente en los últimos años y se encuentran prácticamente paralizados en algunas regiones. Esto evidencia la ausencia de una política pública nacional integral y sostenible para el registro, la consolidación y la protección de la propiedad inmobiliaria. En consecuencia, el proceso tiende a ser lento, impredecible y costoso tanto para las entidades gubernamentales como para los ciudadanos que buscan registrar sus propiedades (Mendez, 2024). Esta fragmentación institucional coincide con lo señalado por North (2014), para quien la debilidad de las instituciones formales eleva los costos de transacción al generar incertidumbre sobre los derechos de propiedad.

En segundo lugar, el sistema adolece de una integración técnica insuficiente. En términos de tecnología de la información, el Sistema Automatizado de Registro Predial (SARP) y el Sistema de Información de Registro (SIR) operan de forma independiente, lo que dificulta su integración en un sistema de registro unificado. Este aspecto técnico obstaculiza la rapidez y facilidad de acceso a información legal confiable, lo que reduce la eficiencia del mercado inmobiliario (Mendez, 2024). Esta falta de registro restringe el acceso a información regulatoria, lo que reduce las oportunidades de mercado y aumenta los costos de transacción.

El tercer aspecto se refiere a la continua expansión de los asentamientos informales. La política de tierras del país es esencialmente reactiva, limitándose a reconocer y formalizar la propiedad existente sin modificar las condiciones estructurales que fomentan nuevas ocupaciones informales. El crecimiento urbano descontrolado, la escasez de vivienda formal asequible, la desigualdad económica y la planificación urbana inadecuada siguen impulsando la aparición de nuevas ocupaciones y asentamientos en la periferia urbana (Mendez, 2024). De Soto (2000) sostiene que, al no controlar los costos asociados a la entrada en el sector informal, el gobierno hace que permanecer en dicho sector sea una opción viable para muchas personas.

Como resultado, los gobiernos se ven obligados periódicamente a extender la vigencia de los programas de regularización para dar cuenta de las nuevas ocupaciones que se producen fuera del marco legal (la extensión más reciente se promulgó mediante la Ley N° 32267). Esto demuestra que, a pesar de los avances en la asignación de tierras, aún no existe ninguna estrategia preventiva para reducir de forma sostenible el tamaño de los asentamientos informales en las ciudades.

Estos tres factores afectan conjuntamente el proceso de recuperación. Un estudio del sistema municipal de registro de bienes inmuebles de Perú, desde una perspectiva de economía institucional, arrojó las siguientes conclusiones: Si bien el programa COFOPRI-SUNARP redujo significativamente los costos asociados a la inestabilidad jurídica directa para los propietarios, no logró transformar fundamentalmente los mercados informales inmobiliarios y financieros en los que los beneficiarios siguen activos.

El ejemplo peruano demuestra que la legalización es un medio, no un fin. Se ha agilizado el proceso de registro y reducido los costos, lo que ha generado grandes beneficios económicos gracias a la confianza depositada en los clientes para que cumplan con las responsabilidades en materia de áreas, finanzas y gestión.

4. Logros y límites estructurales del sistema

Sería injusto afirmar que este programa no ha generado beneficios significativos. Si bien es difícil de cuantificar, la reducción del riesgo de desalojo y de conflictos vecinales para más de 2,87 millones de familias representa una mejora concreta en su calidad de vida.

Y, como señala Calderón Cockburn, el aumento del valor de las propiedades ocupadas en comparación con las desocupadas refleja una importante transferencia de riqueza a la clase trabajadora que ocupó y construyó estas propiedades durante varias décadas. Asimismo, los avances en la integración digital entre COFOPRI y SUNARP, que facilitan el registro electrónico de decenas de miles de títulos de propiedad, representan un paso positivo en la reducción de los costos administrativos (Calderón, 2010).

No obstante, estos logros, el sistema presenta límites estructurales igualmente relevantes que conviene precisar a continuación.

La principal limitación radica en que la política de tierras se diseñó como una medida de oferta destinada a garantizar los derechos formales. Esta política ignora las barreras de la

demanda que impiden a los beneficiarios ejercer plenamente sus derechos, incluyendo los altos costos de transacción asociados con la participación en el mercado formal, la exclusión del sistema bancario por razones distintas a la propiedad misma, el trabajo informal que dificulta el acceso a las hipotecas y las diferencias culturales y económicas con las instituciones del mercado formal.

Una segunda limitación radica en la naturaleza reactiva e iterativa del programa. Cada dos o tres años, el Congreso amplía el alcance del programa para abordar nuevas oleadas de trabajo informal, pero no desarrolla estrategias preventivas para modificar los incentivos que fomentan este tipo de trabajo. Una tercera limitación es la fragmentación de las regulaciones e instituciones. Esta fragmentación hace que los procedimientos formales sean predecibles para los funcionarios, pero opacos y costosos para los ciudadanos.

V. DERECHO COMPARADO

1. Brasil

El caso brasileño ofrece uno de los contrastes más desarrollados y conceptualmente sofisticados con el modelo peruano de asignación masiva de derechos de propiedad individual. Mientras que el sistema peruano se caracteriza principalmente por procedimientos simplificados y la asignación masiva de derechos de propiedad individual como mecanismo principal de formalización, Brasil y Colombia se citan a menudo como ejemplos de un cambio de paradigma hacia el reconocimiento de la función social de la propiedad y el derecho al espacio urbano. En estos modelos, la normalización urbana va más allá de la simple conversión de viviendas informales en propiedad privada, buscando objetivos más amplios como la inclusión social, la justicia espacial y el acceso equitativo al suelo urbano. Por lo tanto, las políticas de formalización abarcan no solo la propiedad de la tierra, sino también aspectos de planificación social y urbana (Costa & Hernández, 2010).

Continuando con el análisis del sistema brasileño, podemos observar lo siguiente:

El primer paso significativo fue la adopción de la Constitución Federal en 1988, que reconoció explícitamente la función social de la propiedad y el derecho a la vivienda como un derecho fundamental. El ejercicio de los derechos de propiedad dejó de definirse como absoluto y se convirtió en una herramienta utilizada para alcanzar objetivos de planificación social y urbana. Desde esta perspectiva, la propiedad ya no se percibe simplemente como propiedad privada, sino que se entiende como un medio para garantizar un desarrollo urbano equilibrado en armonía con la comunidad local.

El segundo paso significativo fue la promulgación de ordenanzas municipales que profundizaron estos cambios, introduciendo mecanismos específicos para promover la integración urbana, mejorar el acceso a la tierra y resolver la desigualdad espacial; así mismo, también incluyen el derecho a adquirir tierras por usucapión en zonas urbanas, derechos de uso de la superficie, permisos especiales de construcción, etc. (Silva, 2025).

Mientras que el modelo peruano considera la transferencia de la propiedad privada como el objetivo principal de la legalización de la tierra, el modelo brasileño contempla diversas formas alternativas de propiedad.

El enfoque brasileño se basa en la idea de que la estabilidad de los derechos de propiedad puede lograrse no solo a través de los derechos de propiedad individual tradicionales, sino también mediante diversos mecanismos legales.

Sin embargo, el modelo brasileño enfrenta tensiones significativas y contradicciones entre los principios constitucionales y la situación económica y política actual. Estas tensiones se hicieron particularmente evidentes con la promulgación de la Ley 13.465/2017, que simplificó los procedimientos de regularización de tierras y aceleró la normalización mediante la simplificación de diversos trámites administrativos. Como han señalado varios investigadores, esta reforma reforzó la tendencia hacia los principios de mercado en materia de derechos de propiedad y aceleró el proceso de regularización, pero no necesariamente es compatible con principios constitucionales como la vivienda digna, la justicia urbana y la función social de la propiedad (Magdaleno et.al., 2026).

Por lo tanto, la paradoja brasileña parece contradecir la paradoja peruana. Mientras que Perú ha implementado un modelo de asignación de tierras a gran escala muy eficaz, aunque con aspectos sociales y urbanos limitados, Brasil ha desarrollado un sistema mucho más complejo.

2. Colombia

Colombia ha desarrollado un modelo de gestión del suelo urbano basado en la planificación territorial. La Ley 388 de 1997 (Ley de Desarrollo Territorial) estableció como principios rectores del ordenamiento urbano la función social y ecológica de la propiedad, la prevalencia del interés general sobre el particular, y la distribución equitativa de las cargas y los beneficios derivados del desarrollo urbano. A diferencia del modelo peruano, el enfoque colombiano no separa la titulación de la planificación territorial: la legalización de asentamientos informales está vinculada a los Planes de Ordenamiento Territorial (POT) municipales, lo que en teoría garantiza que el reconocimiento de la tenencia informal vaya acompañado de intervenciones urbanísticas y provisión de servicios (Gobierno de Colombia, 1997).

La Ley N° 2079 de 2021 amplió este marco al incorporar explícitamente el desarrollo de proyectos de vivienda social, como la regularización de los derechos de propiedad en asentamientos informales existentes, la urbanización informal o ilegal y la renovación de viviendas colectivas, como métodos de utilización de tierras adquiridas por confiscación o expropiación (Gobierno de Colombia, 1997).

El modelo colombiano promueve la integración de los derechos individuales y la planificación colectiva, algo que aún no se observa en Perú. Sin embargo, su relativa debilidad radica en su fuerte dependencia de las capacidades técnicas de las autoridades locales, las cuales se encuentran muy desigualmente distribuidas entre las grandes ciudades y las zonas rurales o medianas.

3. Honduras

El caso de Honduras, examinado por Calderón Cockburn (2010) y documentado en un estudio de la Universidad del Sur de California, demuestra de manera evidente las limitaciones de los programas de regularización de tierras en un entorno institucional muy frágil. Con la asistencia de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, Honduras llevó a cabo un programa de estandarización inspirado en la lógica "desotiana", sin embargo, careció de la capacidad operativa y la coordinación entre instituciones que marcaron el periodo más exitoso de COFOPRI. Como consecuencia, los títulos de propiedad emitidos resultaron ser incompletos y no se integraron de manera efectiva al sistema de registro de la propiedad ni al mercado de créditos, repitiendo las contradicciones previamente observadas en Perú, pero en un contexto aún más inestable.

Un análisis comparativo conduce a una conclusión común en los tres países: la verdadera estabilidad de los activos informales de los hogares depende no solo del método legal utilizado, sino también de la solidez de las instituciones que lo respaldan. Esto requiere un sistema de registro de la propiedad confiable, un sistema judicial accesible, mercados de crédito amplios y una planificación territorial claramente definida. Sin este marco institucional, ninguna política de formalización puede garantizar una verdadera eficiencia económica y solo proporciona estabilidad jurídica formal.

A continuación, se presenta un cuadro comparativo en el que se sintetizan las principales diferencias entre los Estados analizados:

Cuadro N.º 1

Síntesis comparativa de los modelos de formalización de la propiedad en Perú, Brasil, Colombia y Honduras

Criterio de comparación	Perú	Brasil	Colombia	Honduras
<i>La formalización se basa principalmente en la titulación individual</i>	Sí	No	No	Sí
<i>Reconoce la función social de la propiedad</i>	No	Sí	Sí	No
<i>Vincula la titulación con la planificación territorial</i>	No	Sí	Sí	No
<i>Contempla modalidades alternativas de tenencia (usucapión, superficie, etc.)</i>	No	Sí	Parcial	No
<i>La formalización persigue objetivos de inclusión social y justicia urbana</i>	Limitado	Sí	Sí	No
<i>Cuenta con programas masivos de titulación</i>	Sí	Sí	Sí	Sí
<i>Integración efectiva entre titulación, registro y planificación</i>	Parcial	Sí	Sí	No
<i>La titulación facilita el acceso al crédito</i>	Limitado	Parcial	Parcial	No
<i>Depende de instituciones sólidas para funcionar</i>	Sí	Sí	Sí	Sí

<i>Principal fortaleza</i>	Titulación masiva y reducción de la inseguridad jurídica	Integración entre propiedad y función social	Planificación territorial articulada con la formalización	Intento de formalización inspirado en el modelo peruano
<i>Principal debilidad</i>	Persistencia de altos costos de transacción y escaso acceso al crédito	Tensiones entre la lógica de mercado y la función social	Desigual capacidad técnica de los gobiernos locales	Debilidad institucional y falta de coordinación entre entidades

Fuente: Elaboración propia.

VI. CONCLUSIONES

La experiencia de Perú con las políticas de uso de la tierra ofrece lecciones importantes para la comunidad internacional. La entrega de un gran número de títulos de propiedad puede mejorar la situación de los derechos sin grandes cambios institucionales, pero no produce los cambios económicos esperados.

En la práctica, el programa COFOPRI-SUNARP ha sido un gran éxito. La entrega de más de 2,87 millones de títulos de propiedad en 30 años representa un paso importante hacia la reducción del acaparamiento de tierras y el reconocimiento de los derechos de millones de familias que han construido sus viviendas en terrenos ilegales. Este es un logro trascendental.

Sin embargo, los datos analizados muestran claramente que este desarrollo legal no ha producido los resultados económicos previstos por la teoría de Hernando de Soto. El mercado nacional, con sus diferencias legales, aún opera indirectamente, debido al elevado costo de la regulación. Los bancos tradicionales siguen mostrándose reacios a otorgar préstamos a los propietarios de tierras. De hecho, si bien los títulos de propiedad resuelven problemas legales, no eliminan por completo el riesgo que organizaciones e individuos perciben como acaparadores de tierras. Además, la persistencia del desarrollo urbano desproporcionado se debe a que los proyectos de desarrollo son más reactivos que proactivos.

Por otro lado, el estudio de derecho comparado realizado determinó que en los países objeto de comparación no depende de la calidad de los mecanismos legales existentes, sino de la fortaleza de las estructuras institucionales. Sin un registro sencillo, acceso a los mercados de capitales y políticas favorables de ordenación del territorio, los derechos de propiedad siguen siendo un elemento abstracto e ineficaz de la economía real. En este caso, la solución es fortalecer el sistema legal en lugar de ignorarlo. El nuevo marco regulatorio debe vincular la propiedad con las políticas de ordenación del territorio, reducir los numerosos costos que dificultan la implementación de acuerdos formales tras la transferencia de la propiedad y fortalecer el sector financiero para que los propietarios informales de bienes generadores de ingresos tengan un acceso más fácil al crédito. Sin estos elementos básicos, las contradicciones se repetirán en cada nuevo acuerdo gubernamental. Se firmarán muchos acuerdos legales, pero no contribuirán al desarrollo económico.

Abordar estos desafíos requiere reformas en tres áreas principales: la estructuración de la política de tierras y la planificación del empleo (como se ha visto en Colombia), la infraestructura urbana y la prestación de servicios, la eficiencia del capital y el aprovechamiento de tierras improductivas; la reducción de las tasas posteriores al registro, la simplificación de los pagos a la SUNARP y la disminución de las barreras de entrada en los mercados regulados; y una clarificación jurídica integral (que involucre a COFOPRI, la SUNARP y las autoridades locales) para fortalecer la legitimidad de las cooperativas comerciales en zonas rurales y remotas. Solo mediante este tipo de colaboración, inversión y legitimación puede el desarrollo territorial brindar una oportunidad para el crecimiento económico.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, A. (19 de julio de 2025). *Así entrega Cofopri los títulos de propiedad: el paso a paso del proceso de formalización predial urbana*. [Infobae](https://www.infobae.com/peru/2025/07/19/asi-entrega-cofopri-los-titulos-de-propiedad-el-paso-a-paso-del-proceso-de-formalizacion-predial-urbana/).
<https://www.infobae.com/peru/2025/07/19/asi-entrega-cofopri-los-titulos-de-propiedad-el-paso-a-paso-del-proceso-de-formalizacion-predial-urbana/>
- Aliaga Blanco, L. E. (diciembre de 2024). Más allá de la modificación del artículo 2014 del Código Civil y sus implicancias en el sistema registral peruano. *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, (66), 138–154.
<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/9128/documento/ajum-66.pdf?id=13874&forceDownload=true>
- Calderón Cockburn, J. (2010). Titulación de la propiedad y mercado inmobiliario. *Estudios Demográficos y Urbanos*, 25(3), 625–661.
https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0186-72102010000300625
- CEPAL, & Vogelgesang, F. (2003). *Derechos de propiedad, costos de transacción, externalidades y mercados de tierras rurales en América Latina y el Caribe* (Libros de la CEPAL N.º LC/G.2202-P). Comisión Económica para América Latina y el Caribe; Agencia Alemana de Cooperación Técnica.
<https://www.cepal.org/es/publicaciones/2360-derechos-propiedad-costos-transaccion-externalidades-mercados-tierras-rurales>
- Clichevsky, N. (2006). *Regularizando la informalidad del suelo en América Latina y el Caribe: Una evaluación sobre la base de 13 países y 71 programas* (Serie Manuales N.º 50; LC/L.2592-P). Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). cepal.org
- Coase, R. H. (1960). *El problema del costo social*. Eumed.net.
<https://www.eumed.net/cursecon/textos/coase-costo.pdf>
- COFOPRI. (10 de Mayo de 2022). *Cómo obtener títulos de propiedad a través de Cofopri*. Sociedad Peruana de Bienes Raíces. bienessraicess.com
- Congreso de la República de Colombia. (1997, 24 de julio). *Ley 388 de 1997*. Por la cual se modifica la Ley 9ª de 1989, y la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 43.091. Departamento Administrativo de la Función Pública.
- Costa B., A., & Hernández A., A. (2010). *Análisis de la situación actual de la regularización urbana en América Latina: La cuestión de la tenencia segura de los asentamientos*

- informales en tres realidades distintas: Brasil, Colombia y Perú. *Revista INVI*, 25(68), 121–152. https://oa.upm.es/8546/1/INVE_MEM_2010_84123.pdf
- De Soto, H. (1986). *El otro sendero: La revolución informal*. Instituto Libertad y Democracia; Editorial El Barranco. https://www.elcato.org/pdf_files/Prologo-Vargas-Llosa.pdf
- De Soto, H. (2000). *El misterio del capital: ¿Por qué el capitalismo triunfa en occidente y fracasa en el resto del mundo?* (M. Lauer & J. McLauchlan, Trads.). El Comercio.
- El Peruano. (22 de marzo de 2026). *Cofopri: Más de 12 millones de peruanos accedieron a una vivienda formal en 30 años de creación*. <https://www.elperuano.pe/noticia/291823-cofopri-mas-de-12-millones-de-peruanos-accedieron-a-una-vivienda-formal-en-30-anos-de-creacion>
- Falen Alvarado, S. E. (2007). *Influencia real de la formalización de propiedad en la generación de capital* [Tesis de licenciatura no publicada]. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. <https://web.ua.es/es/giecryal/documentos/documentos839/docs/generacioncapital.pdf>
- Gherzi, E. (1991). El Costo de la Legalidad: Una Aproximación a la Falta de Legitimidad del Derecho. *THEMIS Revista De Derecho*, (19), 5–14. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9590>
- Magdaleno, R. T., Dias, R. M., & Martins, R. B. (2026). Da irregularidade à legalidade: limites da política de regularização fundiária urbana brasileira. *Revista DCS*, 23(87), Artículo e4443. doi.org
- Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego. (s.f.). *Impactos de la titulación de predios agrícolas*. Portal MIDAGRI. <https://www.midagri.gob.pe/portal/69-marco-legal/titulacion-y-creditos/408-impactos-de-la-titulacion-de-predios-agricolas>
- North, D. C. (2014). *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico* (A. Bárcena, Trad.). Fondo de Cultura Económica. (Obra original publicada en 1990). <https://storage.e.jimdo.com/file/d2205ed9-ae8d-468f-922b-6a9503ca3fad/Douglas%20Nort%20Instituciones.pdf>
- Ojeda Ledesma, L. (2023, 2 de febrero). Informalidad urbana y movilidad. En D. Zunino Singh, P. Jirón y G. Giucci (Eds.), *Nuevos términos clave para los estudios de movilidad en América Latina*. TeseoPress. <https://www.teseopress.com/terminosclaveparalosestudiosdemovilidadenamericalatina/chapter/informalidad-urbana-y-movilidad/>
- Partida Islas, R. S. (2021). El costo de la formalidad: México. *Diagnóstico FACIL Empresarial Finanzas Auditoria Contabilidad Impuestos Legal*, (14), 22–32. amelica.org
- Redacción ProActivo. (2025, 19 de julio). *COFOPRI considerará posesiones informales hasta el 31 de diciembre de 2021 para lograr la titulación*. Portal ProActivo. <https://proactivo.com.pe/cofopri-amplia-plazo-para-titular-propiedades/>
- Rivera Romero, Y. (2014). Los derechos de propiedad: Un elemento central para el desarrollo económico. *Revista Estrategia Organizacional*, (3), 193–200. <https://doi.org/10.22490/25392786.1516>

- Salgado C., E. (2003). Teoría de costos de transacción: una breve reseña. *Cuadernos de Administración*, 16(26), 61–78. redalyc.org
- Silva, N. A. da. (27 de noviembre de 2025). Regularização fundiária urbana (REURB) aspectos legais, técnicos e casos práticos no Brasil. *RevistaFT*, 29(152). <https://revistaft.com.br/regularizacao-fundiaria-urbana-reurb-aspectos-legais-tecnicos-e-casos-praticos-no-brasil/>
- Vicher-García, M. D. (2010). Derechos de propiedad y costos de transacción en administración pública. *Ola Financiera*, 3(7), 118-144. unam.mx
- Villegas, M. C. (27 de agosto de 2021). La problemática del acceso a la vivienda en el Perú. *Foco Económico*. <https://dev.focoeconomico.org/2021/08/27/la-problematika-del-acceso-a-la-vivienda-en-el-peru/>

EL ACCESO AL GAS NATURAL EN ZONAS RURALES DEL PERÚ: ANÁLISIS JURÍDICO-POLÍTICO DEL PROYECTO GAS DE CAMISEA Y SU ROL EN LA TRANSICIÓN ENERGÉTICA NACIONAL

Mariano José Gallo García *
*Bachiller de la Facultad de Derecho de la
Universidad de San Martín de Porres*

AUTOR

Mariano José Gallo García
Universidad de San Martín de Porres
mariano_gallo@usmp.pe

Recibido: 13/04/2026
Aceptado: 20/04/2026

* Bachiller de la Facultad de Derecho, en la especialidad Empresarial, de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. Asistente de Controversias en Corfid Corporación Fiduciaria S.A. Miembro principal del Círculo de Arbitraje con el Estado (CAE).

LICENCIA

Este trabajo se comparte bajo la licencia de Reconocimiento Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0):
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



RESUMEN

El presente trabajo analiza el acceso al gas natural en las zonas rurales del Perú desde un enfoque jurídico y político, a partir del Proyecto Camisea. Se identifican las principales brechas de acceso y las limitaciones del marco normativo, evidenciando una distribución desigual del recurso. Finalmente, se proponen medidas para promover su masificación y contribuir a una transición energética más equitativa.

PALABRAS CLAVE

Gas natural, regulación energética, acceso rural, Camisea, políticas pública

ACCESS TO NATURAL GAS IN RURAL AREAS OF PERU: LEGAL ANALYSIS OF THE CAMISEA PROJECT AND REGULATORY LIMITATIONS

ABSTRACT:

This paper analyzes access to natural gas in rural areas of Peru from a legal and policy perspective, based on the Camisea Project. It identifies the main access gaps and the limitations of the regulatory framework, highlighting an unequal distribution of the resource. Finally, it proposes measures to promote its massification and contribute to a more equitable energy transition.

KEYWORDS:

Natural gas, energy regulation, rural access, Camisea Project, public policy.

SUMARIO:

I. Introducción. — II. Marco normativo del gas natural en el Perú. — 2.1. *El gas natural como recurso estratégico en la transición energética*. 2.2. *Desarrollo normativo del acceso y regulación al gas natural*. 2.3. *Diagnóstico del contexto energético en el Perú*. III. El Proyecto Camisea y la distribución del recurso. — 3.1. *Logros y limitaciones del proyecto*. 3.2. *Análisis jurídico-crítico del proyecto*. 3.3. *Actualidad del caso Camisea*. — IV. Desafíos para la masificación del gas natural. — 4.1. *Propuestas legales*. 4.2. *Propuestas de políticas públicas*. 4.3. *Concientización y corresponsabilidad social*. — V. Conclusiones. — VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, la matriz energética en el Perú ha dependido de fuentes tradicionales que han generado desafíos ambientales y socioeconómicos. En zonas rurales, la leña y biomasa siguen siendo predominantes obligando a más de 2,5 millones de familias a cocinar con estos combustibles ineficientes, lo que provoca deforestación, contaminación del aire interior y problemas de salud, especialmente en regiones como Cusco y Puno (Salazar, 2025).

En las zonas urbanas, el diésel y/o derivados del petróleo han sido recursos de alto costo y emisión para la generación de hidrocarburos, con subsidios que distorsionan el mercado y externalidades negativas ambientales no abordadas (Rumbo Minero, 2025). Asimismo, el descubrimiento del yacimiento de Camisea en 1984, en el Lote 88 de la cuenca del río Urubamba (Cusco), y su explotación comercial en 2004 mediante el Proyecto Camisea — operado por consorcios como Pluspetrol, Repsol y Hunt Oil — introdujeron el gas natural como alternativa limpia, representando el 96% de la producción nacional y generando ingresos fiscales superiores a S/33.000 millones hasta 2024, con un impacto clave en la generación eléctrica del 37% de la matriz. (SNMPE1, 2024).

No obstante, el acceso al gas natural permanece desigual, concentrándose mayormente en Lima y en las regiones costeras, mientras que las zonas rurales y altoandinas enfrentan brechas significativas a 15 años del agotamiento estimado de Camisea, solo el 10-20% de hogares rurales en el sur tienen cobertura, dejando a millones dependientes de leña (Salazar,

2025). Esta disparidad no se limita a lo rural; incluso en concesiones urbanas periféricas, los precios y la infraestructura limitada agravan la inequidad. Las causas incluyen altos costos de expansión como US\$550 millones para 7 regiones sur en 2025, priorización de exportaciones que han saturado reservas, y conflictos socioambientales con comunidades indígenas por falta de consulta y superposiciones territoriales según la Agencia de Promoción de la Inversión Privada.

Desde el marco jurídico, esta problemática revela vacíos normativos y malas prácticas políticas, siendo la Ley Orgánica de Hidrocarburos (Ley N.º 26221 de 1993) la que establece que los recursos son propiedad del Estado, pero otorga derechos amplios a privados mediante contratos- ley, en este caso, siendo los títulos habilitantes el mecanismo que permite la práctica y el aprovechamiento de estos recursos mediante el otorgamiento de concesiones; sin embargo, se encuentra dejado de lado sin priorizar el acceso rural y no se han implementado mecanismos para distribución equitativa, limitando el rol subsidiario del Estado.

En ese sentido, la reciente Ley N.º 32249, que modifica la Ley 28832 para promover generación eléctrica eficiente y renovables (RER), no integra explícitamente el gas natural como respaldo para energías renovables en contextos rurales, omitiendo incentivos para hibridación en áreas aisladas y enfocándose en competencia urbana (Energiminas, 2025). Además, el canon gasífero —que transfirió S/691,5 millones a Cusco en los meses de enero a mayo 2025— carece de mecanismos obligatorios para financiar redes locales, resultando en baja ejecución, solo 20-30% de proyectos completados, debido a burocracia y corrupción, con 346 obras paralizadas en la región por S/1.582 millones, según el Gobierno Regional Cusco en su reporte del año 2024. Políticamente, la ausencia de planificación a largo plazo y el enfoque neoliberal han incumplido el principio de función social de los recursos, violando derechos al desarrollo, igualdad y servicios básicos (Constitución art. 7; Convenio 169 OIT), exacerbados por escándalos como los de Odebrecht en proyectos pasados.

Por tal motivo, el presente trabajo de investigación busca resaltar el potencial del gas natural como proyecto a largo plazo para el desarrollo sostenible en Perú, con beneficios en reducción de emisiones, ahorro económico y equidad social, analizando como caso práctico las decisiones equivocadas del Proyecto Camisea por barreras jurídico-políticas que impidieron su masificación rural, logrando vías de solución para una transición energética equitativa que integre gas con renovables.

II. MARCO NORMATIVO DEL GAS NATURAL EN EL PERÚ

El gas natural es un hidrocarburo fósil compuesto principalmente por una mezcla de gases ligeros, donde el metano (CH_4) representa entre el 75% y el 95% del volumen total, acompañado de componentes menores como etano, propano, butano y trazas de dióxido de carbono, nitrógeno e hidrógeno sulfúrico. Su origen se remonta a la descomposición anaeróbica de materia orgánica —como restos vegetales y animales— bajo condiciones de alta presión y temperatura en formaciones geológicas subterráneas durante millones de años, formando reservas en yacimientos porosos como areniscas o carbonatos, a menudo asociados con petróleo. Como recurso energético limpio en comparación con otros fósiles, el gas natural se extrae mediante perforación y se procesa para eliminar impurezas antes de su transporte por ductos o licuefacción (GNL).

En el Perú, este recurso ha adquirido una relevancia estratégica desde el descubrimiento de Camisea en 1984, representando el 96% de la producción nacional de hidrocarburos y contribuyendo al 37% de la generación eléctrica en 2025, con una producción diaria promedio

de 1.200 millones de pies cúbicos (MMPCD), aunque enfrenta déficits crecientes debido a la saturación de reservas probadas, encontrándose estimadas en 10-15 años al ritmo actual (Gerens, 2025).

Además, la versatilidad del gas natural lo posiciona como materia prima para usos domésticos como cocina y calefacción; industriales como fertilizantes y petroquímica; y vehiculares (GNV), con un alto poder calorífico aproximadamente 9.000-10.000 kcal/m³ y combustión limpia que reduce emisiones de partículas y SO₂ en un 90% respecto al carbón (Reporte Minero, 2025).

2.1. El gas natural como recurso estratégico en la transición energética

El gas natural destaca por sus ventajas ambientales, económicas y de disponibilidad frente a fuentes tradicionales como el diésel o la leña. Ambientalmente, emite hasta un 50% menos de CO₂ que el carbón y un 30% menos que el petróleo, posicionándolo como un "combustible puente" hacia energías renovables, al facilitar la integración de intermitentes como solar y eólica mediante respaldo rápido en generación eléctrica (Energiminas, 2025). En costos, es más accesible: en Perú, su uso ha generado ahorros de S/18.000 millones en subsidios al diésel desde 2004, con tarifas residenciales un 40-60% inferiores a alternativas importadas. Su disponibilidad, con reservas probadas de 8-12 TCF en Camisea (Lotes 88, 56 y 58), soporta una demanda creciente, aunque requiere exploración urgente para evitar déficits proyectados en 2026. En la transición energética peruana, el gas natural actúa como eje para reducir emisiones de GEI (11,26% en el sector energía al 2030, según NDC), complementando renovables que solo representan el 5,6% de la matriz en 2025, y promoviendo electrificación y descarbonización en transporte, teniendo en cuenta que el GNV reduce emisiones vehiculares al 25%.

2.2. Desarrollo normativo del acceso y regulación al gas natural

El acceso a la energía, incluyendo el gas natural, se reconoce como un derecho fundamental en marcos internacionales y nacionales, alineado con el Objetivo de Desarrollo Sostenible 7 (ODS 7) de la ONU, que promueve energía asequible y no contaminante para todos. En Perú, la Constitución (artículo 7) garantiza el derecho a servicios básicos, vinculándolo al desarrollo humano y la igualdad, mientras que el Convenio 169 de la OIT exige consulta previa para proyectos en territorios indígenas. La regulación nacional se basa en la Ley Orgánica de Hidrocarburos (Ley N.º 26221, 1993), que declara los hidrocarburos propiedad estatal, pero delega explotación a privados vía contratos-ley, promoviendo inversión, pero sin priorizar equidad rural. Leyes complementarias como la N.º 27133 (1999) fomentan la industria del gas, y la N.º 29852 (FISE, 2011) subsidia conexiones vulnerables, pero incumplimientos en función social —como distribución desigual— persisten. Recientemente, la Ley de Masificación del Gas Natural (mayo 2025) introduce tarifas niveladas y concesiones regionales, reforzando el rol estatal en planificación y equidad (Horizonte Minero, 2025).

2.3. Diagnóstico del contexto energético en el Perú

En 2025, el acceso al gas natural es desigual: la cobertura nacional alcanza 1,5 millones de conexiones, pero el 85% se concentra en áreas urbanas como Lima (90% penetración), mientras rurales como Puno y Cusco tienen menos del 15%, con precios hasta 50% más altos

por falta de infraestructura (Gerens, 2025). Esta brecha agrava la pobreza energética, con 2,5 millones de hogares rurales dependientes de leña, y proyecta déficits de suministro si no se expande exploración. En la transición, el gas cubre 37% de la matriz, pero renovables estancadas en 5,6% destacan la necesidad de integración.

Asimismo, en el marco del análisis comparativo entre el contexto energético urbano y rural, se identifican tres dimensiones fundamentales que permiten evidenciar brechas estructurales: cobertura, precios y consumo principal.

En primer lugar, la cobertura revela una marcada asimetría: mientras en el ámbito urbano el 90% de los hogares se encuentra conectado a la red de gas natural, en el espacio rural esta cifra no supera el 15%, lo que refleja una exclusión significativa de la población en zonas alejadas (Gerens, 2025).

En segundo lugar, se observa una disparidad en los precios: en las ciudades, el costo promedio oscila entre 1.5 y 2.0 soles por m³; en contraste, en el sector rural este se eleva a un rango de 2.5 a 3.5 soles por m³, debido principalmente a los sobre costos asociados al transporte y la logística en áreas de difícil acceso (Gerens, 2025).

Finalmente, respecto al patrón de consumo, en el ámbito urbano el gas natural se destina prioritariamente a la industria y a los hogares, consolidándose como un recurso de uso masivo y diversificado. En cambio, en el sector rural su utilización resulta limitada y experimental, restringida a proyectos piloto mediante gas natural comprimido, lo que evidencia una dependencia estructural respecto a los avances de la infraestructura energética urbana (Horizonte Minero, 2025).

III. EL PROYECTO CAMISEA Y LA DISTRIBUCIÓN DEL RECURSO

El Proyecto Gas de Camisea representa uno de los desarrollos hidrocarburíferos más significativos en la historia del Perú, descubierto en 1984 en la cuenca del río Urubamba, región de Cusco, e iniciado comercialmente en agosto de 2004 tras la adjudicación de los Lotes 88, para consumo doméstico; y Lotes 56, orientado a exportaciones.

Cabe precisar que sus objetivos iniciales incluían la explotación de reservas probadas de gas natural y líquidos asociados, la construcción de infraestructura para transporte y distribución, y la masificación del recurso para impulsar la transición energética nacional, reduciendo la dependencia de combustibles importados como el diésel (Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego, s.f.), con una inversión inicial superior a los USD 2.500 millones, incluyendo USD 600 millones en upstream y USD 800 millones en ductos, el proyecto abarca una ubicación remota en la Amazonía peruana, con ductos que transportan gas desde Malvinas (Cusco) hasta Pisco y Lima, y un ramal para exportación vía Perú LNG en Pampa Melchorita.

Los agentes principales involucran al Estado a través de Perupetro (entidad fiscalizadora) y el Ministerio de Energía y Minas (MINEM), junto con empresas privadas en el Consorcio Camisea, operado por Pluspetrol Perú Corporation S.A. (27,2%), con participación de Hunt Oil (25,2%), Repsol (10%), Sonatrach (10%), SK Innovation (17,6%) y Tecpetrol (10%) para el Lote 88, y similares para otros lotes; todo ello según el Informe de Sostenibilidad del 2022 de Camisea. En 2025, se incorpora el Lote 58, operado por China National Petroleum Corporation (CNPC), ampliando el alcance con reservas adicionales (DAR, 2008).

3.1. Logros y limitaciones del proyecto

Es importante destacar que Camisea ha generado más de S/40.000 millones en ingresos fiscales desde 2004, contribuyendo al 1,24% del PBI y representando el 96% de la producción nacional de gas natural, con una producción diaria promedio de 1.200 millones de pies cúbicos en 2024. Ha transformado la matriz energética, cubriendo el 37% de la generación eléctrica y facilitando la sustitución de diésel en industrias y transporte, con ahorros estimados en S/18.000 millones en subsidios. Además, ha impulsado el canon gasífero, transfiriendo S/1.748 millones a Cusco en 2024, y exportaciones a mercados como México, generando divisas (Sociedad Peruana de Hidrocarburos y Centrum PUCP Escuela para los buenos negocios, sf).

Sin embargo, sus limitaciones son evidentes en la masificación, particularmente en zonas rurales y altoandinas: a 20 años de operación, solo 1,5 millones de conexiones domésticas existen, con el 90% concentradas en áreas urbanas como Lima, mientras regiones sureñas como Puno y Apurímac tienen cobertura inferior al 15%, dejando a 2,5 millones de hogares rurales dependientes de leña contaminante.

Además de ello, aparte de las limitaciones de la masificación centra en las secciones urbanas siendo en este caso Lima, también se prioriza el mercado externo (hasta 40% de producción), causando saturación de reservas (estimadas en 10-15 años) y crisis de abastecimiento como la de 2008, sin avances significativos en distribución rural debido a altos costos de infraestructura y conflictos socioambientales. Es decir, la distribución del gas natural se encuentra centrado en las zonas urbanas y en las exportaciones hacia otras naciones, dejando como sin opción al sector interno del Perú fuera del mapa de la masificación.

3.2. Análisis jurídico-crítico del proyecto

En la esfera jurídica, Camisea no ha cumplido plenamente con el principio de función social de los recursos naturales, priorizando intereses privados sobre equidad energética. Los contratos-ley bajo la Ley Orgánica de Hidrocarburos (N° 26221) otorgan estabilidad jurídica a operadores, limitando modificaciones estatales y revisiones judiciales, lo que ha favorecido exportaciones sobre suministro doméstico y generado vacíos en priorización rural.

En ese caso, la falta de consulta previa a comunidades indígenas ha provocado conflictos, como en Bagua (2009), y superposiciones territoriales sin resolución adecuada. El canon gasífero, regulado por Ley N.º 27506, transfiere el 50% de regalías a Cusco, pero carece de mecanismos para fiscalización efectiva, resultando en corrupción siendo noticia sobre el caso de 346 obras paralizadas por S/1.582 millones.

En el plano político, durante los años noventa el enfoque neoliberal puso en primer lugar la atracción de inversiones privadas, pero sin una visión integral de planificación, esto quedó en evidencia en la comisión investigadora del Congreso de 2006 que identificó irregularidades en la construcción de ductos (Congreso de la República, 2006).

La falta de equidad en la política energética recae, en gran medida, en el Estado porque permitió que las exportaciones redujeran las reservas sin generar una reinversión en zonas rurales. A ello se suman escándalos como el de Odebrecht, que acentuaron la desconfianza. La masificación no llegó a consolidarse por tres factores principales: las barreras estructurales (como la complejidad geográfica de la Amazonía), las políticas (ausencia de voluntad para implementar subsidios) y las jurídicas (contratos inflexibles), todo lo cual ha perpetuado brechas de acceso, vulnerando derechos vinculados al desarrollo y a servicios básicos (Soria Dall'Orso, 2014).

3.3. Actualidad del caso Camisea

En el 2025, Camisea enfrenta riesgos de crisis energética, con reservas probadas en declive, siendo en este caso 11 TCF totales, pero el Lote 58 —operado por CNPC— entrará en producción en noviembre 2026, incrementando reservas en 30%, un aproximado de hasta 13 TCF, y aportando hasta 360 MMPCD de S/2.600 millones al PBI cusqueño y 4.300 empleos.

Parea esos casos, se usará la planta Malvinas para el procesamiento, pero la masificación rural sigue limitada, con iniciativas como concesiones sureñas (USD 550 millones) aún en fase inicial, destacando la urgencia de reformas para evitar déficits (Gerens, 2025).

IV. DESAFÍOS PARA LA MASIFICACIÓN DEL GAS NATURAL

Hay que tomar en cuenta que existe muchas cuestiones que están templadas como desafíos para masificar el gas natural, siendo importante anteponer los interés y el avance a las zonas rurales del Perú, debido a que existe la posibilidad de dar paso de mejora a los problemas estructurales, económicos y normativos que han limitado su expansión, pese a avances en 2025 como la Ley N.º 32315 que impulsa tarifa nivelada para consumos menores 50.000 m³/mes, beneficiando hogares con ahorros de hasta S/203 mensuales (Rumbo Económico, 2025).

Asimismo, parte de los principales inconvenientes también son contemplados por los altos costos de infraestructura como el gasto de US\$550 millones para 7 regiones del sur bajo dicho concepto; complementando a la idea, la geografía remota que encarece ductos y transporte virtual (GNL/GNC); también la volatilidad de precios internacionales afectando importaciones complementarias; los conflictos sociales con comunidades indígenas por falta de consulta; y burocracia en ejecución de canon, donde la tasa está baja por un porcentaje entre 20-30% en los proyectos (BNamericas, 2021).

Por el marco político, otros desafíos están por la falta de voluntad para priorizar rural sobre el sector urbano/industrial y déficits de producción (Perú en déficit desde 2025, con reservas agotándose en 10-15 años sin exploración) que perpetúan brechas, con solo el 15% para la cobertura rural en sur.

Por ende, estos factores responden por qué no se masifica: ausencia de planificación integral y dependencia de exportaciones agotan recursos internos. De hecho, para abordar este esquema, se proponen reformas y acciones proactivas, reestructuradas aquí para mayor fluidez: integrando desafíos en propuestas específicas, con énfasis en soluciones viables para un trayecto al año 2030.

4.1. Propuestas legales

Las reformas normativas existen vacíos que deberían superarse, entre ellas sería actualizar la Ley N.º 26221 para priorizar acceso rural, incorporando mecanismos obligatorios de consulta indígena como el Convenio 169 OIT y distribución equitativa de canon, evitando corrupción y subejecución.

Además, también sería cuestión de regular tarifas diferenciadas o subvenciones, ampliando la Ley N.º 32315 para tarifa uniforme nacional (reduciendo disparidades urbano-rural) y DS 004-2025- EM para financiar parciales proyectos fuera concesiones, como plantas regasificación en La Convención (beneficiando 27.000 familias). Solucionar falta de voluntad

política mediante ley que obligue planificación estatal a largo plazo, integrando gas con renovables en áreas aisladas.

4.2. Propuestas de políticas públicas

La masificación del gas natural en zonas rurales del Perú requiere políticas públicas orientadas a la acción concreta, superando las barreras estructurales, económicas y geográficas que han limitado el impacto del Proyecto Camisea.

Las propuestas a continuación se centran en alianzas estratégicas, financiamiento eficiente e integración con renovables, alineadas con el Plan de Acceso Universal de Energía del Ministerio de Energía y Minas (MINEM) y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS 7: Energía asequible y no contaminante). Estas iniciativas buscan cerrar la brecha energética rural, donde solo el 15% de los hogares en regiones como Puno y Cusco tienen acceso al gas natural, frente al 90% en Lima:

a) Propuesta N.º 1: Alianzas Público-Privadas (PPP) para expansión sur

Reactivar el proyecto “7 Regiones” a través de ProInversión, con una inversión de USD 550 millones para construir infraestructura de distribución de gas natural (ductos y sistemas virtuales de GNL/GNC) en Cusco, Apurímac, Puno, Ucayali, Arequipa, Moquegua y Tacna. Este proyecto busca beneficiar inicialmente a 1.000 hogares cusqueños en 2026, con un enfoque en comunidades rurales de difícil acceso, y promover la industrialización regional mediante el desarrollo de plantas petroquímicas para fertilizantes y otros derivados del gas (Salazar, 2025).

b) Propuesta N.º 2: Financiamiento y subsidios vía MINEM/FISE

Destinar S/1.600 millones de la renovación del contrato de distribución de Cálidda (2024-2034) para construir 15 estaciones de gas natural licuado y gas natural vehicular en regiones del norte (Piura, Lambayeque) y sur (Arequipa, Moquegua) hasta 2025, extendiendo la cobertura a zonas rurales mediante el programa BonoGas. Este subsidio financia conexiones domiciliarias para familias vulnerables, reduciendo costos iniciales de instalación (S/2.000-3.000 por hogar) en un 80% (Promigas, 2024).

c) Propuesta N.º 3: Exploración y seguridad energética

Incentivar la exploración en el Lote 58 (Camisea) y la cuenca Madre de Dios para incrementar las reservas de gas natural en un 30% (hasta 13 TCF) y evitar déficits proyectados para 2026, cuando la demanda superará los 1.500 MMPCD (El Búho, 2025; Rumbo Minero, 2025a). Esta solución integra el gas con sistemas fotovoltaicos rurales para una transición energética justa, combinando la estabilidad del gas natural con la sostenibilidad de las renovables (Energiminas, 2025).

4.3. Concientización y corresponsabilidad social

Esto significa que, además de realizar o gestionar una estructura de planificación para la masificación del gas natural, es igualmente importante y relevante concientizarse sobre la educación ambiental.

Por ello, el Estado está comprometido con la responsabilidad social por el efecto que esta gestión puede tener, siendo en estos casos para señalar lo siguiente: Iniciativas del MINEM para capacitar a las comunidades rurales sobre las ventajas del gas (disminución de la contaminación en comparación con el uso de leña) y alentar la participación ciudadana en el seguimiento de proyectos. Las comunidades y los gobiernos locales tienen que desempeñar papeles para la resolución de conflictos y la fiscalización del canon, como en Cusco, donde se establecen alianzas con los indígenas para promover el desarrollo sostenible.

V. CONCLUSIONES

El acceso al gas natural en las zonas rurales del Perú no debe entenderse solo como un tema energético, sino como un factor clave para el desarrollo sostenible y la equidad social. Este recurso estratégico representa una alternativa frente al uso de combustibles contaminantes como la leña y el diésel, cuya dependencia ha generado problemas de salud, deforestación y pobreza en comunidades alejadas. Si se proyecta con una visión de largo plazo, el gas natural podría generar importantes ahorros económicos, impulsar la industrialización regional con productos como fertilizantes y petroquímica, y contribuir a las metas climáticas reduciendo emisiones en sectores clave.

Imaginemos un escenario donde el gas natural se complemente con energías renovables en sistemas híbridos rurales —como paneles solares respaldados por GNL. Lejos de ser una utopía, este modelo permitiría crear redes descentralizadas que fortalezcan a las comunidades, promoviendo eficiencia, justicia ambiental y oportunidades económicas.

Las experiencias del Proyecto Camisea ofrecen lecciones valiosas. Aunque aportó ingresos fiscales y diversificó la matriz energética, su mayor deuda fue con la masificación rural. El enfoque neoliberal aplicado priorizó exportaciones y rentabilidad privada antes que la planificación estatal. A ello se sumaron vacíos normativos en la Ley Orgánica de Hidrocarburos, una gestión deficiente del canon gasífero, conflictos socioambientales y la ausencia de una consulta adecuada a las comunidades indígenas. Todo esto consolidó las desigualdades, dejando a millones de peruanos sin acceso a un recurso abundante en su propio territorio.

Frente a estas limitaciones, se impone la necesidad de repensar el rol del Estado. Más que un mero facilitador de inversiones debe convertirse en garante de la función social de los hidrocarburos. Para ello, resulta clave explorar mecanismos como alianzas público-comunitarias, así como la incorporación de herramientas digitales que permitan monitorear la distribución en tiempo real y asegurar transparencia y eficiencia.

Hoy, el desafío es claro: urge una acción colectiva. El Estado debe liderar reformas audaces, invirtiendo en infraestructura descentralizada y políticas que integren el gas con energías renovables. A su vez, la ciudadanía y los gobiernos locales tienen el deber de exigir rendición de cuentas y participar en la construcción de soluciones. La pregunta de fondo sigue abierta: ¿seremos capaces de transformar las lecciones de Camisea en un legado de equidad energética, o seguiremos aplazando un futuro en el que el gas natural realmente beneficie a todos los peruanos?

VI. BIBLIOGRAFÍA

Alarcón, J. (2024). El marco jurídico de los hidrocarburos en el Perú: Análisis crítico de la Ley 26221. *Revista Peruana de Derecho Energético*, 12(3), 45–67.

- Amazon Watch. (2002). Estudio ambiental y social independiente de proyecto de gas Camisea. Recuperado de: <https://amazonwatch.org/news/2002/0401-estudio-ambiental-y-social-independiente-de-proyecto-de-gas-camisea>
- BNamericas. (2021). Desafíos y éxitos de la estrategia peruana de masificación. Recuperado de: <https://www.bnamericas.com/es/noticias/desafios-y-exitos-de-la-estrategia-peruana-de-masificacion-del-gas>
- BNamericas. (2025). Perú adjudica contrato para estructurar APP. Recuperado de: <https://www.bnamericas.com/es/noticias/peru-adjudica-contrato-para-estructurar-app-en-distribucion-de-gas-natural>
- Camisea. (2023). Informe de sostenibilidad 2022 [Archivo PDF]. Recuperado de: <https://camiseaesenergia.pe/wp-content/uploads/2023/11/Informe-de-Sostenibilidad-Camisea-2022.pdf>
- CIES. (s.f.). Boom minero y corrupción de funcionarios públicos de los gobiernos locales [Archivo PDF]. Recuperado de: https://cies.org.pe/wp-content/uploads/2016/07/boom_minero_y_corrupcion_de_funcionarios_publicos_0.pdf
- Climate Tracker Latam. (2023). 19 años de Camisea: El fracaso de la masificación del gas en Perú. Recuperado de: <https://climatetrackerlatam.org/historias/19-anos-de-camisea-y-el-fracaso-de-la-masificacion-del-gas-en-peru/>
- Congreso de la República. (2006). Informe final de la comisión investigadora encargada de la investigación del transporte de gas (gasoducto) del Proyecto Camisea [Archivo PDF]. Recuperado de: <https://www2.congreso.gob.pe/sicr/apoycomisiones/informes.nsf/0f1683791eb39a2005256aff00789023/d2598ad54a1425e3052571950070d493/%24FILE/InformeC.I.Camisea%28Final%29.pdf>
- Congreso. (s.f.). Proyecto de ley [Documento legislativo]. Recuperado de: <https://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/clproley2001.nsf/pley/5B81DFE75E3D63E705256E1D0054982F?opendocument>
- DAR. (2008). Informe de análisis de los contratos del gas de Camisea [Archivo PDF]. Recuperado de: https://dar.org.pe/archivos/publicacion/22_explotacion_camisea.pdf
- DAR. (2010). Análisis legal de los contratos de transporte del Proyecto Camisea [Archivo PDF]. Recuperado de: https://dar.org.pe/archivos/publicacion/transporte_camisea.pdf
- DAR. (2010). Análisis legal de los contratos de transporte del Proyecto Camisea [Archivo PDF]. Recuperado de: https://dar.org.pe/archivos/publicacion/transporte_camisea.pdf
- DAR. (s.f.). El Lote 58 del Bajo Urubamba: Las obligaciones de China frente a los pueblos indígenas [Archivo PDF]. Recuperado de: https://www.dar.org.pe/archivos/informe_lote58.pdf
- Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía. (2024). 20 años de Camisea: Principales retos a futuro de este gran proyecto gasífero. Desde Adentro. Recuperado de:

<https://www.desdeadentro.pe/2024/09/20-anos-de-camisea-principales-retos-a-futuro-de-este-gran-proyecto-gasifero/>

Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía. (2024). El camino hacia la electrificación rural: desafíos, avances y oportunidades. Desde Adentro. Recuperado de: <https://www.desdeadentro.pe/2024/06/el-camino-hacia-la-electrificacion-rural-desafios-avances-y-oportunidades/>

Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía. (2025). Sector privado dará fuerte impulso a la masificación. Desde Adentro. Recuperado de: <https://www.desdeadentro.pe/2025/02/sector-privado-dara-fuerte-impulso-a-la-masificacion-del-gas-natural-este-ano/>

Diario El Sol Cusco. (2025). Impulsan alianza público-privada para ampliar uso. Recuperado de: <https://diarioelsolcusco.pe/2025/04/12/impulsan-alianza-publico-privada-para-ampliar-uso-de-gas-natural-en-viviendas-comercios-e-industrias/>

Doblet. (2025). XIV Conferencia Gas Natural Perú 2025. Recuperado de: <https://doblet.com.pe/conferencia-gas-natural-peru/>

El Búho. (2025). Red de gas natural: Perú ya está en déficit de producción. Recuperado de: <https://elbuhu.pe/2025/04/red-de-gas-natural-peru-ya-esta-en-deficit-de-produccion/>

El Gas Noticias. (2025a). Lote 58 de CNPC procesará el gas natural extraído en planta Malvinas de Camisea. Recuperado de: <https://elgasnoticias.com/lote-58-de-cnpc-arrendara-la-planta-malvinas-de-camisea/>

El Gas Noticias. (2025b). Gas Natural Perú 2025 pondrá en agenda la expansión del servicio y la seguridad energética del país. Recuperado de: <https://elgasnoticias.com/gas-natural-peru-2025-pondra-en-agenda-la-expansion-del-servicio-y-la-seguridad-energetica-del-pais/>

El Gas Noticias. (2025c). D.S. 004-2025-EM permitirá financiar parcialmente proyectos de masificación de gas natural en regiones fuera de concesión. Recuperado de: <https://elgasnoticias.com/d-s-004-2025-em-permitira-financiar-parcialmente-proyectos-de-masificacion-de-gas-natural-en-regiones-fuera-de-una-concesion/>

El Gas Noticias. (2025d). TGP: “El gas natural no se acabará en 12 años, es falso; debemos seguir explorando”. Recuperado de: <https://elgasnoticias.com/tgp-el-gas-natural-no-se-acabara-en-12-anos-es-falso-debemos-seguir-explorando/>

El Peruano. (s.f.). La masificación del gas natural para las familias más vulnerables. Recuperado de: <https://elperuano.pe/noticia/239366-la-masificacion-del-gas-natural-para-las-familias-mas-vulnerables>

El Peruano. (2025). Plan de masificación de gas en 7 regiones. Recuperado de: <https://elperuano.pe/noticia/268082-plan-de-masificacion-de-gas-en-7-regiones>

Energiminas. (2024). Camisea 20 años: “Un proyecto tan rico como ese, una reserva de talla mundial no podía quedar enterrada”. Recuperado de: <https://acortar.link/Td1oNQ>

- Energiminas. (2025a). Masificación del gas natural: Cuatro líderes revelan desafíos. Recuperado de: <https://energiminas.com/2025/05/26/masificacion-del-gas-natural-cuatro-lideres-del-sector-revelan-desafios-y-exitos-en-la-distribucion/>
- Energiminas. (2025b). El gas natural es la columna vertebral de una transición energética segura y viable para el Perú. Recuperado de: <https://energiminas.com/2025/05/06/el-gas-natural-es-la-columna-vertebral-de-una-transicion-energetica-segura-y-viable-para-el-peru/>
- Engie. (2025). Transición energética: ¿Cómo está el Perú? Recuperado de: <https://engie-energia.pe/hablemos-de-energia/transicion-energetica-como-esta-el-peru/>
- Diario El Sol del Cusco. (2025). Impulsan alianza público-privada para ampliar uso de gas natural en viviendas, comercios e industrias. Recuperado de: <https://diarioelsolcusco.pe/2025/04/12/impulsan-alianza-publico-privada-para-ampliar-uso-de-gas-natural-en-viviendas-comercios-e-industrias/>
- Foronuclear. (s.f.). ¿Qué es el gas natural y qué usos tiene? Recuperado de: <https://www.foronuclear.org/descubre-la-energia-nuclear/preguntas-y-respuestas/sobre-distintas-fuentes-de-energia/que-es-el-gas-natural-y-que-usos-tiene/>
- Garrigues. (2025). Perú: Se publica la ley que promueve la masificación. Recuperado de: https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/peru-publica-ley-promueve-masificacion-gas-natural-nivel-nacional
- Gerens. (2017). Desafíos de la regulación para la masificación del gas natural. Recuperado de: <https://gerens.pe/blog/desafios-de-la-regulacion-para-la-masificacion-del-gas-natural/>
- Gerens. (2025). ¿Crisis energética en el 2025? El impacto del gas natural en el Perú. Recuperado de: <https://gerens.pe/blog/crisis-energetica-en-el-2025-el-impacto-del-gas-natural-en-el-peru/>
- Gerens. (2025). La masificación del GLP y la lucha contra la pobreza energética. Recuperado de: <https://gerens.pe/blog/la-masificacion-del-glp-y-la-lucha-contr-la-pobreza-energetica-en-el-peru/>
- Gob.pe. (2025). MINEM invertirá en 2025 para extender la masificación del gas natural. Recuperado de: <https://www.gob.pe/institucion/minem/noticias/1087096-minem-invertira-en-2025-para-extender-la-masificacion-del-gas-natural-y-electrificacion-fotovoltaica>
- Agencia de Promoción de la Inversión Privada (2025). Proyecto sostenible: El éxito en la masificación del gas natural con inversión público-privada. Gob.pe. Recuperado de: <https://www.gob.pe/institucion/proinversion/noticias/1105194-proyecto-sostenible-el-exito-en-la-masificacion-del-gas-natural-con-inversion-publico-privada>
- Gob.pe. (2025). Gobernadora aseguró que masificación del gas contribuirá al desarrollo. Recuperado de: <https://www.gob.pe/institucion/regionmoquegua/noticias/1162608-gobernadora-aseguro-que-masificacion-del-gas-contribuira-al-desarrollo-industrial-agricola-y-hogares-del-sur>

- Gobierno Regional Cusco. (2024). De las 346 obras paralizadas en Cusco sólo dos pertenecen al Gobierno Regional de Cusco 328 son de Gobiernos locales y 16 son de Gobierno Na. Gob.pe. Recuperado de: <https://www.gob.pe/institucion/regioncusco/noticias/902571-de-las-346-obras-paralizadas-en-cusco-solo-dos-pertenecen-al-gobierno-regional-de-cusco-328-son-de-gobiernos-locales-y-16-son-de-gobierno-na>
- Horizonte Minero. (2025). GAS NATURAL PERÚ 2025 pondrá en agenda la expansión del servicio. Recuperado de: <https://www.horizonteminero.com/gas-natural-peru-2025-pondra-en-agenda-la-expansion-del-servicio-y-la-seguridad-energetica-del-pais/>
- IDB. (s.f.). Camisea Project. Recuperado de: <https://www.iadb.org/en/project/PE0222>
- Infobae. (2025). El Lote 58 de Camisea, operado por la estatal china CNPC, producirá gas natural a partir del primer trimestre 2026. Recuperado de: <https://www.infobae.com/peru/2025/04/04/el-lote-58-de-camisea-operado-por-la-estatal-china-cnpc-producira-gas-natural-a-partir-del-primer-trimestre-2026-confirma-minem/>
- Infobae. (2025). El sur peruano sigue sin acceso a gas natural barato, mientras empresas eléctricas concentran el consumo en Perú. Recuperado de: <https://www.infobae.com/peru/2025/07/06/el-sur-peruano-sigue-sin-acceso-a-gas-natural-barato-mientras-empresas-electricas-concentran-el-consumo-en-peru/>
- Salazar, E. (2025). ¿Vuelve 7 Regiones? Gobierno insistirá con ProInversión para la masificación del gas natural en el sur: estos son los cambios. Infobae. Recuperado de: <https://www.infobae.com/peru/2025/04/02/vuelve-7-regiones-gobierno-insistira-con-proinversion-para-la-masificacion-del-gas-natural-en-el-sur-estos-son-los-cambios/>
- Salazar, E. (2025). Congreso condena a más de 2,5 millones de familias a seguir cocinando con leña: solo Lima tendrá gas natural, a 15 años de que se agote Camisea. Infobae. Recuperado de: <https://www.infobae.com/peru/2025/04/22/congreso-condena-a-mas-de-25-millones-de-familias-a-seguir-cocinando-con-lena-solo-lima-tendra-gas-natural-a-15-anos-de-que-se-agote-camisea/>
- Instituto de Estudios Peruanos. (2025). Masificación del gas vs GLP: ¿Cuál es más viable para las regiones? [Video] Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=r5fjNLUF63M>
- Invest in Peru. (s.f.). Proyecto sostenible: El éxito en la masificación del gas natural con inversión público - privada. Recuperado de: <https://web.investinperu.pe/es/pi/detalle-noticia/proyecto-sostenible-el-exito-en-la-masificacion-d>
- LP Derecho. (2025). Ley 32315: Establecen medidas para impulsar la masificación. Recuperado de: <https://lpderecho.pe/ley-32315-establecen-medidas-impulsar-masificacion-gas-natural/>
- Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego. (s.f.). El gas de Camisea. Recuperado de: <https://www.midagri.gob.pe/portal/45-sector-agrario/recurso-energetico/341-el-gas-de-camisea>

- Minart. (2025). Líderes del sector energético comparten desafíos y logros en la masificación del gas natural en Perú. Recuperado de: <https://minart.pe/2025/05/27/lideres-del-sector-energetico-comparten-desafios-y-logros-en-la-masificacion-del-gas-natural-en-peru/>
- Ministerio de Energía y Minas. (2025). Informe anual del sector energético 2025. MINEM.
- OSINERGMIN. (2024). Reporte de gestión del canon gasífero en Cusco: 2020-2024. OSINERGMIN.
- OSINERGMIN. (s.f.). Libro: El aporte de Osinergmin a la investigación sobre la problemática del sector energético y minero. [Archivo PDF]. Recuperado de: https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Libros/Libro_El_aporte_de_Osinergmin.pdf
- Pérez, R. (2024). Derecho al desarrollo y recursos naturales en el Perú. PUCP.
- Promigas. (2024). Promigas impulsa la masificación de gas. Recuperado de: <https://proactivo.com.pe/promigas-impulsa-la-masificacion-de-gas-y-la-generacion-de-energia-en-el-norte-de-peru/>
- Gamio Aita P. (2023). El gas natural y una transición energética justa y eficiente en el Perú Grupo Propuesta Ciudadana. Recuperado de: <https://propuestaciudadana.org.pe/wp-content/uploads/2023/06/El-gas-natural-y-una-transici%C3%B3n-energ%C3%A9tica-justa-y-eficiente-en-el-Per%C3%BA.pdf>
- Videnza Instituto. (2025). El gas natural en Perú: Desafíos y oportunidades. Propuestas del Bicentenario. Recuperado de: <https://videnzainstituto.org/propuestasdelbicentenario/rumboenergetico/blog/el-gas-natural-en-peru-desafios-y-oportunidades/>
- Soria Dall'Orso, C. A. M. (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. Recuperado a partir de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12465>
- Red Extractivas. (2017). La agenda de la sociedad civil frente a las industrias extractivas en el Perú [Archivo PDF]. Recuperado de: <http://redextractivas.org/wp-content/uploads/2017/08/Reporte-Peru.pdf>
- Reporte Minero. (2025). Perú impulsa el gas natural como eje de su transición energética y lucha contra el metano. Recuperado de: <https://www.reporteminero.cl/noticia/noticias/2025/07/minem-gas-natural-transicion-energetica-metano-cumbre-2025>
- Repsol. (s.f.). Proyecto Camisea: Relaciones responsables. Recuperado de: <https://www.repsol.com/es/sostenibilidad/ejes-sostenibilidad/personas/derechos-humanos/relaciones-comerciales/proyecto-camisea/index.cshml>

- Rumbo Económico. (2025). Ley N.º 32315, que impulsa la masificación del gas natural mediante una tarifa nivelada. Recuperado de: <https://rumboeconomico.com/ley-n-o-32315-que-impulsa-la-masificacion-del-gas-natural-mediante-una-tarifa-nivelada/>
- Rumbo Minero. (2025). Lote 58 impulsará reservas de gas y aportará S/2.600 millones al PBI del Cusco. Recuperado de: <https://www.rumbominero.com/peru/camisea-pbi-del-peru/>
- RumboMinero. (2025) Minem: Licitaciones por masificación de gas natural se realizan con transparencia e imparcialidad. Recuperado de: <https://www.rumbominero.com/peru/minem-licitaciones-por-masificacion-de-gas-natural/>
- Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía. (2025). Una oportunidad, un reglamento eléctrico pensando en los peruanos. Desde Adentro. Recuperado de: <https://www.desdeadentro.pe/2025/07/una-oportunidad-un-reglamento-electrico-pensando-en-los-peruanos/>
- Semana Económica. (2025). CNPC Perú no construirá planta propia y usará instalaciones de Camisea para procesar gas del Lote 58. Recuperado de: <https://semanaeconomica.com/sectores-empresas/energia/cnpc-peru-no-construira-planta-propia-y-usara-instalaciones-de-camisea-para-procesar-gas-del-lote-58>
- Sociedad Peruana de Hidrocarburos y Centrum PUCP Escuela para los buenos negocios. (sf). Relevancia del Gas Natural en la Economía Peruana y su Contribución Potencial para Reducir la Pobreza. <https://sphidrocarburos.com/wp-content/uploads/2023/11/CENTRUM-SPH-V081023.pdf>

LA DONACIÓN APARENTE DE ÓRGANOS HUMANOS FRENTE A UNA FINALIDAD ECONÓMICA: ANÁLISIS JURÍDICO, ECONÓMICO Y PROPUESTA REGULATORIA

José André Guevara Lora*

*Estudiante del 12vo ciclo de la Facultad de Derecho
Universidad de San Martín de Porres*

AUTOR

José André Guevara Lora
Universidad de San Martín de Porres
jose_guevara7@usmp.pe
 ORCID: 0009-0001-1893-152X

Recibido: 31/08/2026

Aceptado: 12/09/2026

* Estudiante del 12vo ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres con Especialidad en Civil Patrimonial. Ayudante de cátedra en el curso Contratos Especiales en la USMP.

LICENCIA

Este trabajo se comparte bajo la licencia de Reconocimiento Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0):
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



RESUMEN

El presente artículo aborda la crisis de donación de órganos y tejidos en el Perú, ello constituye un problema debido a que la disponibilidad de donantes es limitada frente al creciente número de personas que requieren trasplantes. Esta situación se complica aún más cuando una donación aparente puede esconder un propósito económico, creando una tensión entre la protección de la dignidad e integridad inherente de la persona y la necesidad de incrementar la disponibilidad de órganos.

El estudio tuvo como objetivo analizar el tratamiento jurídico de aquellas situaciones en las que una donación es acompañada de una finalidad económica, por lo que se considera los límites establecidos por nuestro ordenamiento jurídico peruano, como la simulación, la escasez de órganos y las posibilidades de regulación.

La investigación se desarrolló mediante un enfoque cualitativo y una metodología dogmático-jurídica, empleando los métodos analítico y exegético que se sustenta en el análisis de la normativa civil, la doctrina, la legislación especial y comparada. Los resultados obtenidos permiten establecer que los órganos y tejidos humanos, al tener una especial naturaleza vinculada con la dignidad e integridad de la persona, se encuentran excluidos del tráfico patrimonial y no es posible que se admita jurídicamente su comercialización.

De igual forma, la simulación relativa permite identificar la diferencia entre el acto aparente y la finalidad realmente perseguida, pero no constituye una causal de invalidez, debido a que el acto oculto debe cumplir lo establecido por ley plasmando la imposibilidad jurídica de producir efectos propios de una relación patrimonial.

Finalmente, el análisis económico y comparado evidencia la necesidad de fortalecer en nuestro sistema la donación altruista y establecer mecanismos de cobertura de gastos relacionados con la donación, bajo control sanitario y no convirtiendo ello en una contraprestación por el órgano.

PALABRAS CLAVE

Donación de órganos, Finalidad jurídica, Legislación comparada, Imposibilidad jurídica, Tráfico patrimonial.

THE APPARENT DONATION OF HUMAN ORGANS DRIVEN BY ECONOMIC MOTIVES: LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS AND A REGULATORY PROPOSAL

ABSTRACT

This article addresses the crisis regarding organ and tissue donation in Peru—a problem stemming from the limited availability of donors relative to the growing number of people requiring transplants. The situation is further complicated when an apparent donation masks an underlying economic motive, creating tension between protecting a person's inherent dignity and integrity and the need to increase organ availability.

The study aimed to analyze the legal treatment of situations where a donation is accompanied by an economic purpose, considering the limits established by the Peruvian legal system—such as the concept of legal simulation, organ scarcity, and regulatory possibilities.

The research employed a qualitative approach and a legal-dogmatic methodology, utilizing analytical and exegetical methods based on an analysis of civil regulations, legal doctrine, and both special and comparative legislation. The results indicate that human organs and tissues—due to their unique nature linked to personal dignity and integrity—are excluded from commercial exchange, and their commodification cannot be legally sanctioned.

Similarly, the concept of relative simulation allows for distinguishing between the apparent act and the actual underlying purpose; however, it does not constitute grounds for invalidity, as the concealed act must comply with the law, reflecting the legal impossibility of generating effects typical of a commercial transaction.

Finally, economic and comparative analysis highlights the need to strengthen altruistic donation within the system and to establish mechanisms for covering donation-related expenses under health authority oversight, ensuring these do not become a form of payment for the organ itself.

KEYWORDS:

Organ donation, Legal purpose, Comparative legislation, Legal impossibility, Commercial exchange.

SUMARIO:

I. Introducción — II. Los actos de disposición del cuerpo humano en el ordenamiento jurídico peruano — III. La simulación en el ordenamiento jurídico peruano — IV. La donación aparente y la finalidad económica en la disposición de órganos humanos — V. Aplicación del Análisis Económico del Derecho — VI. Resultados — VII. Conclusiones — VIII. Referencias Bibliográficas

I. INTRODUCCIÓN

La donación de tejidos u órganos en el Perú representa un desafío para el sistema de salud debido a la limitada disponibilidad de los donantes, la cual no satisface la creciente demanda de órganos para trasplante. En ese contexto, la donación se refleja como un mecanismo primordial para preservar y transformar la calidad de vida de las personas que necesitan dicha intervención quirúrgica. Según el Ministerio de Salud (2025), actualmente más de 6000 pacientes permanecen en lista de espera para recibir un tejido u órgano, mientras que la tasa nacional de donación se hace evidente con un aproximado de 1.5 donantes por millón

de habitantes, aunado a ello, esta cifra se incrementó de forma alarmante para el siguiente año, logrando alcanzar un registro superior a los 7,000 pacientes en espera activa (MINSA, 2026). Esta realidad evidencia la necesidad de fortalecer la cultura de donación en el Perú, de modo que los actos de disposición del cuerpo humano se desarrollen con alineación respecto a los principios establecidos en el ordenamiento jurídico peruano.

La facultad de decidir de la persona sobre su cuerpo humano tiene como finalidad proteger la dignidad de la persona y a su vez la integridad física, lo que permite únicamente aquellos actos que respondan a fines terapéuticos, humanitarios, altruistas o permitidos por ley. En la normativa nacional se instituye el Código Civil Peruano de 1984, de igual forma la Ley N.º 28189 que regula la donación y trasplante de órganos y tejidos humanos, sobre principios de solidaridad, ausencia de lucro, carácter voluntario y gratuidad. En vista de ello, con posterioridad la Ley N.º 31756 (2023), promueve la manifestación de la voluntad para favorecer el acceso a los trasplantes. Conforme a lo señalado, Paredes Aranda et al. (2021) sostienen que un sistema de donación fortalecido instaure una política pública orientada al incremento de la disponibilidad de órganos y garantice el cumplimiento de principios éticos.

A pesar de ello, en la práctica pueden presentarse situaciones en las que determinadas personas aparenten realizar una donación de órganos humanos cuando, en realidad, existe una finalidad económica vinculada a dicha disposición. Esta situación plantea un problema jurídico, debido a que, si bien en la realidad puede existir una entrega de dinero a cambio de un órgano, el ordenamiento jurídico peruano prohíbe su comercialización y excluye estos bienes del tráfico patrimonial. Bajo esta línea, resulta necesario analizar cómo debe ser comprendida jurídicamente esta realidad y cuáles son los límites que el Derecho establece frente a este tipo de operaciones, considerando no solo la integridad y la dignidad de la persona, sino también las condiciones de vulnerabilidad, las deficiencias del sistema de donación y la existencia de un mercado clandestino de órganos. A partir de ello, la presente investigación aborda la donación aparente, la finalidad económica en la disposición de órganos humanos y la compraventa de estos bienes desde una perspectiva jurídica y económica, con el propósito de analizar si la prohibición vigente constituye una respuesta adecuada frente a esta problemática y si resulta posible plantear mecanismos excepcionales de regulación que garanticen la protección de la persona.

Lo que permite observar que, se narra un estudio de tipo básico, que contiene un enfoque cualitativo, con diseño dogmático – jurídico, en el que se emplean métodos analíticos exegéticos, preponderando al análisis de la normativa civil, la doctrina, la legislación especial peruana aplicable a la donación y trasplante de órganos humanos, así como de los aspectos económicos y jurídicos relacionados con su regulación.

En esa misma línea, el objetivo por el cual la presente investigación nace, es analizar el tratamiento jurídico de aquellas situaciones en las que una donación de órganos humanos pueda estar acompañada de una finalidad económica, considerando los límites establecidos por el ordenamiento jurídico peruano y las implicancias que estas situaciones generan respecto de la dignidad humana, la integridad física, la gratuidad de la donación y la posible existencia de mecanismos de regulación frente a la realidad de la escasez de órganos y el mercado clandestino.

II. LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN DEL CUERPO HUMANO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

En la normativa civil vigente del Perú, toda persona cuenta con el derecho absoluto e inalienable a su integridad física, encontrándose normado en el artículo 5 del Código Civil Peruano de 1984, su ejercicio no puede sufrir una limitación voluntaria, en relación a ello, los actos de disposición del cuerpo humano resultan prohibidos en dos supuestos: el primero refiere cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física, incluso si es opuesto al enfoque jurídico, o a las costumbres correctas impuestas en sociedad (Código Civil Peruano, 1984, art 5).

Asimismo, el régimen jurídico peruano establece límites a los actos de disposición del cuerpo humano, los cuales se complementan con la legislación especial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos humanos, por lo que resulta indispensable para poder determinar los actos que resultan jurídicamente válidos.

Según Sánchez (2021), la irrenunciabilidad del derecho refiere que una persona no puede desprenderse de sus derechos inherentes debido a que, está inseparablemente unido a la condición humana, estrechamente vinculado por atributos jurídicos innatos. Por lo que referente al derecho de integridad física, se protege al ser humano como una unidad psicosomática, comprendiendo la dimensión de la mente y del cuerpo.

El derecho a la dignidad que posee una persona es un compromiso moral y ético, para Segura (2025) este debe perseguirse como una reliquia, cualidad ligada de manera inseparable a todo ser humano. Asimismo, la dignidad se fundamenta como un principio ético, ya que primordialmente encarna un valor intrínseco por el simple suceso de existir. Por otra parte, la integridad se ejerce como la declaración práctica de la dignidad, que garantiza la efectiva tutela en la realidad. En virtud de lo cual, sin dicha tutela de la integridad, esta última podría quedar reducida simplemente en la teoría sin eficacia práctica.

Nakama Hokamura y Rojas Valdez (2023) señalan que, el valor inherente de la persona impide otorgar el cuerpo humano en trato equiparable a un bien u objeto susceptible del comercio. Bajo esa perspectiva, su postura resulta relevante para el presente estudio, ya que tanto el cuerpo humano como sus componentes esenciales que integran a la persona, no son objetos independientes que generen un contenido económico. Los órganos y tejidos humanos requieren una protección jurídica de la cual no son pertenecientes al intercambio patrimonial preservando su dignidad humana.

El artículo 6 admite de manera excepcional determinadas decisiones de desprendimiento sobre el propio cuerpo cuando responden a un estado de necesidad, como también por motivos médicos o fines humanitarios (Código Civil Peruano, 1984, art. 6). Este artículo no ha sufrido modificaciones desde su publicación y mantiene su redacción desde 1984 hasta la actualidad.

Con base en lo anterior, este artículo encuentra su antecedente en el *Codice Civile Italiano de 1942*, el cual consagra la primacía de la integridad de la persona, haciendo observancia en que los actos de disposición en ciertos casos pueden mejorar la condición de los receptores sin ocasionar un perjuicio permanente al disponente (Bardales, 2021, p. 252). Bajo dicha perspectiva, el autor señala que la regla general consiste en restringir los actos de disposición que no ocasionen una disminución permanente del propio cuerpo ni comprometen

la integridad física de la persona.

Un supuesto que permite observar los límites de la disposición corporal es la donación de un riñón en vida, debido a que su extracción supone la pérdida irreversible de un órgano que no posee capacidad de regeneración. Aunque a raíz de esta intervención es inevitable que se produzca una modificación permanente en la integridad física del donante, se puede admitir de manera jurídica cuando se realiza bajo las condiciones establecidas por el ordenamiento y responde a un propósito permitido en nuestro ordenamiento.

Bajo esa dirección, la postura de Siverino (2024), sostiene que esa exigencia del estado de necesidad debe enfocarse de forma que la persona preserve su integridad física y no sufra un menoscabo en el desarrollo de sus actividades en nuestra sociedad. En vista de ello, si un individuo realiza actos de disposición corporal con fines terapéuticos, altruistas o por razones de estado de necesidad, su admisibilidad jurídica no está comprometida, ya que son considerados lícitos.

No obstante, el artículo 7 del Código Civil instituye que tanto la donación de tejidos u órganos del cuerpo humano queda sujeta a la disposición del donante mientras no afecte su integridad (Código Civil Peruano, 1984, art. 7). En esa línea, según Torres (2021), sostiene que no debe perjudicar la salud de la persona, por lo que, al realizar un acto de donación, y al ser un órgano del cual se transfiere aludiendo gratuidad y ausencia de lucro no se puede atribuir un sentido comercial, debido a que carece de aptitud para ingresar al tráfico patrimonial y ser objeto de negociación.

Sobre el principio de gratuidad exigido en la donación de órganos, significa la prohibición de recibir dinero, ni pago alguno. Esto aplica tanto para el donante como para cualquier otra persona o institución. De ahí nace el principio de no tener ganancias o no tener un fin de lucrar para que la idea de donar un órgano no se vuelva un negocio. Si hay dinero de por medio, queda perdida la esencia de ayudar y el acto queda desnaturalizado.

Esto también se encuentra regulado en la legislación española, en el sentido que ellos tienen la Ley 30/1979 de trasplantes y de igual manera la Ley 6/2024. Si se realiza una comparativa, la ley española y la Ley General de Salud de Perú (Ley N.º 26842) coinciden en la prohibición total de la “compraventa” de órganos. Ambas leyes buscan lo mismo, que resulta evitar que el cuerpo humano se venda como una mercancía, además de proteger a las personas que tienen problemas económicos, para que la necesidad no las obligue a vender un órgano. Respecto a la gratuidad que se invoca, implica la finalidad de no percibir contraprestación económica o remuneración alguna ni por el donante ni por cualquier otra persona física ni jurídica, en ello la ausencia de lucro.

Por ello, ambas legislaciones protegen la dignidad humana mediante la ausencia de lucro en la donación de órganos y tejidos. Sin embargo, la legislación peruana adopta un enfoque conservador y restrictivo al limitar el debate normativo a la prohibición y al castigo, mientras que el modelo español desarrolla una regulación protectora de la neutralidad económica del donante vivo dentro de un marco de estricta bio vigilancia y gratuidad.

En la normativa peruana, rige la Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y Tejidos, la cual dispone que la extracción de órganos únicamente se admite cuando favorece o mejora la salud de otra persona, beneficiando las condiciones de vida del receptor, como consecuencia de la donación, – gracias a la acción altruista del donante – conforme con los

principios éticos, los cuales tutelan la dignidad, el respeto y derechos inherentes del ser humano. (Ley N.º 28189, 2004).

Del mismo modo, hace mención al respeto de la dignidad de la persona, además de reconocer el principio de gratuidad, y la ausencia ánimo de lucro, indica que el acto de disposición de órganos y tejidos, prohíbe cualquier tipo de publicidad relacionada con necesidad o disponibilidad, no debe de generar ningún tipo de beneficio económico o compensación.

Dicha afirmación se respalda en que el ordenamiento jurídico peruano promueve activamente la donación de tejidos u órganos, siempre que se manifieste la autorización del donante, conforme a lo estipulado en la Ley N.º 31756 (2023), lo que reafirma el carácter gratuito y voluntario del acto de donar.

Desde esa óptica, el hecho que el Estado promueva la donación de órganos y tejidos no supone una liberalización de la disposición patrimonial, ni tampoco de su comercialización. Por el contrario, la Ley N.º 31756 fortaleció el sistema del consentimiento para la extracción de órganos y tejidos de los donantes y que esta disponibilidad se realice con fines terapéuticos. De igual forma, tanto el artículo 6 del Código Civil como la Ley N.º 28189 estipulan que existen límites a los actos de disposición del cuerpo humano.

Conforme a lo señalado por Fernández (2022, p.182), no se podría prohibir un acto de disposición del cuerpo humano cuando este responde a impulsos de empatía con los semejantes. En este aspecto, se sustenta en los principios de solidaridad, altruismo, gratuidad y ausencia de lucro, por lo que se reconoce que el acto de donar constituye en un acto carácter humanitario que orienta su eficacia en el salvaguardo de la salud de las personas.

Por esta razón, del análisis efectuado puede sostenerse que el cuerpo humano posee una naturaleza jurídica especial de carácter personalísima y extrapatrimonial, prevista tanto en la normativa civil, en la legislación especial, así como en la legislación comparada de modo que la razón por la cual los órganos y tejidos no pueden comercializarse ni incorporarse al tráfico patrimonial radica en la protección de derechos inherentes como la dignidad e integridad física.

III. LA SIMULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

La simulación, una figura regulada en nuestra normativa civil, presenta una discrepancia entre aquello que las partes declaran y la finalidad que realmente persiguen, la cual comprende dos modalidades, simulación absoluta y simulación relativa, en ellas encontramos según su definición, que consiste en aquella declaración que solo resulta aparente, emitida en común acuerdo entre partes para engañar a terceros. Una falsa declaración de voluntades entre partes, que encubre intenciones ocultas en el negocio jurídico (Romero, 2024). Por ello, actuar mediante simulación supone una declaración de voluntad que no es real, en el que los intervinientes producen un engaño ante los terceros y la sociedad.

La figura de la simulación está regulada en los artículos 190 hasta el 194 del Código Civil, los cuales comprenden a la simulación absoluta, la simulación relativa, la simulación parcial, la acción por simulación y la inoponibilidad de la simulación. (Código Civil, 1984, arts. 190–194).

Resulta necesario precisar que para el Derecho Civil el contrato es una herramienta esencial en todas las relaciones jurídicas posibles entre personas. El contrato es un medio que genera obligaciones y derechos para las partes involucradas cuya vinculación tiene un carácter de promesa por haberse comprometido, haber prestado su consentimiento a dicha creación de obligaciones (Lasarte y Calaza, 2024). Este pacto entre las partes se perfecciona a través del consentimiento cuyo contenido es de carácter meramente patrimonial. Cabalmente al recaer sobre distintas formas de contratación, puede manifestarse la simulación cuando las partes expresan un acto jurídico distinto al que pretenden celebrar.

Desde tal perspectiva, Pérez (2021) señala que la simulación absoluta es entendida cuando dos o más personas celebran un acto jurídico fingido, –implica que no respondan a voluntades reales– ya que ello no pertenece a un acto verídico. La persona que vende manifiesta transferir un bien al comprador, aunque ambos saben que la finalidad del contrato es únicamente engañar, por lo que las partes aparentan ante los terceros perjudicados.

Por lo tanto, en la simulación absoluta las partes aparentan celebrar un acto jurídico que en realidad no desean realizar, por lo que el acto aparente carece de una verdadera voluntad negocial. Por el otro lado, la simulación relativa se presenta cuando las partes exteriorizan un acto aparente con la finalidad de ocultar un fin diferente que realmente pretenden realizar. En este supuesto existe una relación entre la apariencia exteriorizada y aquello que permanece oculto, por lo que resulta necesario determinar cuál es la verdadera voluntad de los sujetos y, posteriormente, si aquello que pretenden realizar puede producir efectos jurídicos.

En tal sentido, Romero (2024, p. 394) indica que la simulación relativa se caracteriza porque el acto que declaran las partes no coincide con la verdadera voluntad que orienta el negocio. De esta manera, se genera una apariencia jurídica diferente de aquella que corresponde a la intención real de los sujetos, distinguiéndose entre el acto aparente y el negocio que permanece oculto.

Conviene precisar que un pilar fundamental dentro de la celebración de los actos jurídicos es la manifestación de la voluntad en expresión del deseo interno de las partes. Como señala Jayo (2024), las voluntades de las partes no deben solo manifestarse en el ámbito interno de la relación jurídica, sino que, para ser reconocida por el ordenamiento jurídico, requiere ser exteriorizada.

En concordancia con lo señalado, se aprecia que, existe correspondencia entre la voluntad interna de los sujetos y por otro lado en la declaración que exteriorizan ambos. Aun así, en la realidad existen situaciones donde no guardan coincidencia, en los cuales la manifestación que se emite no concuerda con la verídica intención de las partes intervinientes.

A partir de esa consideración, en la figura de la simulación relativa se presenta una discrepancia entre la voluntad real y la voluntad declarada. De ello se desprende que las partes expresan una voluntad distinta de aquella que quieren exteriorizar, lo que genera una apariencia jurídica que no corresponde con la verdadera intención de las partes. Por un lado, la voluntad declarada se manifiesta a través del acto aparente, y por el otro la voluntad real es la que permanece encubierta y con ello constituye el verdadero negocio de las partes.

Conviene advertir que empleando la distinción entre voluntad real y la voluntad declarada, estas premisas resultan necesarias para poder comprender cómo se estructura la simulación relativa en el ordenamiento peruano, pues se advierte que a través de la apariencia

creada por los sujetos existe una intención negocial diferente, por lo que la validez del acto realmente querido dependerá del cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley.

En este punto resulta importante precisar que la simulación relativa no constituye, por sí misma, una causal de nulidad del negocio que las partes pretenden realizar. Al respecto, Orrego (2024) señala que la simulación relativa no determina automáticamente la nulidad, debido a que el negocio oculto debe ser analizado conforme a las reglas generales de validez establecidas por el ordenamiento jurídico. Por ello, la existencia de una voluntad real diferente de la declaración exteriorizada no resulta suficiente para reconocer jurídicamente aquello que las partes han pretendido realizar.

Esta consideración encuentra respaldo en el artículo 191 del Código Civil, según el cual, en los casos de simulación relativa, el acto oculto mantiene efectos entre las partes cuando reúne los requisitos de sustancia y forma que correspondan a su naturaleza. En consecuencia, no basta con demostrar que detrás de la apariencia existe una determinada voluntad o finalidad, sino que aquello que las partes pretenden realizar debe encontrarse dentro de los límites reconocidos por el ordenamiento jurídico (Código Civil Peruano, 1984, art. 191; Orrego, 2024).

Por consiguiente, la simulación relativa permite descubrir una realidad negocial diferente de la que aparece exteriormente, pero al identificarse dicha realidad, se constituye únicamente el punto de partida del análisis jurídico. Una vez identificada la finalidad perseguida por las partes, corresponde determinar si el negocio pretendido reúne los requisitos necesarios para ser reconocido jurídicamente y producir los efectos que los sujetos buscan obtener.

Por lo anteriormente expuesto, si las partes pueden perseguir una finalidad diferente de aquella que exteriorizan, surge esta interrogante en el presente trabajo: **¿debe el Derecho reconocer necesariamente esa finalidad como un determinado acto jurídico?** Ante ello, la respuesta no puede establecerse únicamente a partir de la voluntad de los sujetos, pues la autonomía privada encuentra límites en las normas imperativas, el orden público, las buenas costumbres y las disposiciones que determinan que los actos cumplan con su eficacia jurídica.

Por ello, resulta necesario la diferenciación entre la existencia de una determinada realidad o finalidad económica perseguida por las partes y su reconocimiento como categoría en nuestra normativa civil. Los individuos pueden pretender realizar una determinada operación en la realidad, pero ello no significa necesariamente que el ordenamiento jurídico deba reconocerla bajo la figura jurídica que ellas hayan escogido. En consecuencia, la simulación permite identificar la discrepancia entre lo declarado y lo realmente perseguido, pero la calificación jurídica de aquello que permanece oculto dependerá de las reglas que establece el ordenamiento.

En tales supuestos, se encuentran inmersos en la posibilidad de pertenecer al tráfico jurídico, por lo que, no es suficiente afirmar que la existencia de un negocio oculto, sino que resulta pertinente determinar previamente el reconocimiento en el ordenamiento jurídico de realizar dicho negocio y sobre que condiciones recae.

Asimismo, corresponde analizar si la expresión “acto disimulado” debe ser entendida como una categoría jurídica autónoma o, por el contrario, como una denominación utilizada para identificar el negocio oculto dentro de la estructura de la simulación relativa. Esta cuestión requiere ser contrastada con la doctrina y jurisprudencia comparada, particularmente con

aquellos ordenamientos que han desarrollado con mayor amplitud la figura de la simulación, como España y Argentina.

A partir de lo desarrollado, puede plantearse el supuesto en el cual las partes exteriorizan una donación de un órgano humano, aunque detrás de dicha apariencia exista una finalidad económica. En este escenario, la donación constituiría el acto que se presenta exteriormente, mientras que la finalidad económica estaría oculta. A pesar de ello, no corresponde afirmar automáticamente que dicha finalidad constituye jurídicamente una compraventa de órganos humanos, debido a que previamente debe determinarse si el ordenamiento jurídico reconoce la posibilidad de que un órgano humano sea objeto de una relación patrimonial de esa naturaleza.

Ahí entra a tallar, aquel negocio oculto que las partes realmente han querido realizar y que sí contiene su verdadera voluntad; en el caso de la doctrina chilena Ovalle (2021), señala que en los supuestos relativos se presenta un acto real, que es el que se anhela silenciar dando eficacia solamente al acto notorio, por lo que se queda el acto disimulado a modo de un negocio que no causa efectos, con el fin de verse favorecido con los resultados del acto notorio.

En nuestra legislación peruana, no se regula la figura de “acto disimulado” propiamente dicho, empero es importante señalar que, si forma parte de la doctrina para nuestro país, en tal sentido, Morales (2006) mediante un estudio crítico respecto a la figura de simulación en el Código, sostiene que en la simulación relativa, mientras el acto aparente que refiere al simulado carece de efectos jurídicos ya sea por nulo o ineficaz, por otra parte el acto disimulado —el verdaderamente querido por las partes— si cumple los requisitos exigidos por ley, resulta válido.

Por tanto, en el supuesto objeto de esta investigación, la simulación relativa no debe ser entendida como la causa inmediata de una eventual invalidez, sino como una herramienta que permite identificar la diferencia entre la apariencia de una donación y la finalidad económica que las partes podrían estar persiguiendo. A partir de dicha identificación corresponde analizar los límites jurídicos de la disposición del cuerpo humano, la gratuidad y ausencia de lucro de la donación, así como la posibilidad de que una operación económica relacionada con órganos humanos pueda recibir reconocimiento jurídico.

IV. LA DONACIÓN APARENTE Y LA FINALIDAD ECONÓMICA EN LA DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS HUMANOS

La donación de órganos humanos constituye una manifestación particular de los actos de disposición sobre el propio cuerpo, debido a que no se encuentra sometida a las mismas reglas que los bienes que forman parte del tráfico patrimonial. Como se ha desarrollado anteriormente, el ordenamiento jurídico peruano permite determinados actos de disposición corporal siempre que se respeten los límites establecidos por la dignidad de la persona, la integridad física, la finalidad terapéutica y el carácter gratuito de la donación. En ese sentido, la Ley N.º 28189 establece que la donación de órganos y tejidos debe desarrollarse bajo principios de solidaridad, altruismo y ausencia de finalidad lucrativa, mientras que la Ley N.º 31756 busca incrementar la disponibilidad de órganos para trasplantes con fines terapéuticos mediante el fortalecimiento de la cultura de donación.

Esta regulación adquiere especial importancia frente a la realidad que atraviesa el sistema de trasplantes en el Perú. El Ministerio de Salud informó en febrero de 2025 que

existían más de 6000 pacientes esperando un órgano o tejido para trasplante y que el país mantenía una tasa aproximada de 1.5 donantes por millón de habitantes (Ministerio de Salud, 2025). Asimismo, durante 2026 el propio Ministerio señaló que más de 7000 personas permanecían en lista de espera, mientras que el número de donantes continuaba siendo reducido (MINSA, 2026). Esta situación demuestra que existe una diferencia importante entre la cantidad de personas que requieren un trasplante y la disponibilidad de órganos para atender dicha demanda.

Paredes Aranda et al. (2021) ya advertían que el Perú presentaba una reducida cantidad de donaciones frente a una demanda considerable de órganos y tejidos, identificando además problemas relacionados con el funcionamiento del sistema y la necesidad de fortalecer las políticas públicas destinadas a incrementar la donación. Por ello, la escasez de órganos no constituye solamente una cuestión médica, sino también un problema jurídico y económico, debido a que obliga a analizar si las respuestas adoptadas por el ordenamiento resultan suficientes frente a una realidad en la que existe una demanda que no logra ser satisfecha.

Dentro de este contexto puede plantearse el supuesto en el cual dos personas exteriorizan jurídicamente una donación, pero detrás de dicha manifestación existe una finalidad económica. En términos prácticos, las partes podrían presentar la entrega del órgano como un acto gratuito cuando, en realidad, una de ellas entrega una determinada cantidad de dinero o algún beneficio a cambio de obtenerlo.

Esta situación puede estar relacionada con la figura de la simulación relativa que se desarrolló en el capítulo anterior. Sin embargo, existe un desacuerdo respecto a la apariencia que las partes exteriorizan y lo que se persigue como finalidad. En ello se basa que al existir una entrega de dinero y un acto de disposición del cuerpo no significa que se configure un contrato de compraventa de órganos, por lo cual, la realidad económica y su calificación jurídica no coinciden necesariamente.

En tales supuestos, el Derecho puede reconocer distintos hechos y limitarles o negarles sus efectos jurídicos al ser contrarios al orden público, buenas costumbres, principios o normas imperativas.

Por ello, al referirse a finalidad económica oculta o de una operación con base económica y que es encubierta por las partes, antes de señalar que se configura un contrato de compraventa de órganos que resulte válida. De ello, la figura de la simulación relativa permite evidenciar lo que aparentan las partes, pero no la convierte en su finalidad.

Esta cuestión nos permite observar sobre otros ordenamientos; en Argentina está presente el Código Civil y Comercial de la Nación, que regula expresamente la simulación, al establecer en su artículo 334, que cuando el acto simulado encubre otro real, este puede producir efectos si concurren los requisitos propios de su categoría y, además, no resulta ilícito ni perjudica a terceros (Código Civil y Comercial de la Nación, 2015). Por su parte, la jurisprudencia española ha reconocido la existencia de la simulación relativa, en supuestos donde un contrato aparente encubre otro negocio realmente querido por las partes, precisando que el negocio disimulado debe contar con una causa verdadera y válida y cumplir los requisitos jurídicos correspondientes (Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, 2024).

Bajo la misma línea, la situación gana mayor complejidad debido a que la finalidad

económica consiste en entregar dinero a cambio de la disposición de un órgano humano. Por ello, estos no pueden ser bienes de índole ordinaria destinados al intercambio patrimonial, ya que se encuentran ligados a la integridad física y a la dignidad humana. Al evidenciarse una finalidad económica se genera un conflicto por el cual las partes incumplen lo previsto en la normativa.

Un aspecto central que se debe diferenciar es la existencia de un precio respecto a una eventual forma de compensar o reembolsar gastos. En este aspecto, no toda configuración de algún beneficio económico puede configurarse como el precio de un órgano.

En otros ordenamientos jurídicos hablando propiamente dicho del derecho comparado existen determinadas ocasiones en donde los gastos del procedimiento se permiten ser reembolsados. Según el (Real Decreto 1723 del 2012), en España se configura que, aunque la gratificación económica está prohibida si se admite el reembolso en determinados gastos y también por la pérdida de ingresos relacionados a la donación. Esto contrasta con nuestro país, ya que en la legislación nacional no se detalla cómo cubrir gastos médicos, de transporte, alojamiento u otros costos relacionados a la donación.

La presencia de una finalidad económica tampoco puede analizarse únicamente desde la libertad contractual o la voluntad individual. En determinadas situaciones, la decisión de entregar un órgano a cambio de dinero puede estar condicionada por una situación de pobreza, endeudamiento, desempleo o necesidad económica.

Bajo dicha perspectiva, Shrestha et al. (2024), a partir de una revisión temática sobre la venta de riñones, identificaron como factores relacionados con esta práctica la pobreza, la inseguridad económica, las deudas, las desigualdades sociales y las debilidades de los sistemas de regulación. Por ello, los autores también advierten que la vulnerabilidad económica puede afectar la valoración del consentimiento, debido a que la decisión puede encontrarse condicionada por circunstancias que reducen las alternativas reales de la persona.

La consideración resulta indispensable porque permite hacer hincapié en la diferencia de la autonomía de la libertad formal en donde una persona puede manifestar voluntariamente si desea o no entregar un órgano a cambio de dinero, en tal sentido no significa que necesariamente su decisión se producen condiciones de igualdad con su contraparte. Si en todo caso esa decisión de la persona surge por una necesidad económica extrema, el consentimiento debe de ser analizado.

Si logra existir dicho consentimiento debe de ser de forma informada libre y también ajeno a situaciones donde la persona pueda sentir presión o engaño, ni incluso aprovechamiento por vulnerabilidad. Por lo redactado en anteriores capítulos la dignidad y la integridad de la persona no debe de ser reducida a solo un medio para obtener un beneficio económico, en este caso por su órgano.

En tal sentido resulta contrastante la realidad peruana ya que la escasez de órganos constituye un elemento sustancial en donde se pueden demostrar la aparición de mecanismos informales o el acceso a estos órganos de manera clandestina.

Entonces, esta situación no significa que la existencia de una demanda insatisfecha convierta automáticamente en legítima cualquier alternativa para obtener un órgano. Sin embargo, sí genera la necesidad de analizar si la prohibición vigente constituye una respuesta suficiente frente al problema que pretende solucionar.

Por consiguiente, resulta indispensable señalar lo afirmado por Albertsen (2025) quien sostiene que, pese a la prohibición general del comercio de órganos, existe un mercado clandestino que continúa funcionando en diferentes contextos. Él analiza distintas alternativas regulatorias desde criterios éticos y de eficiencia, destacando que una política destinada a enfrentar este fenómeno debe considerar tanto la protección de las personas vulnerables como las consecuencias que producen las distintas formas de regulación.

Del análisis efectuado considero que, la existencia de un mercado clandestino no puede ser argumento para legalizar la compraventa de órganos humanos. Empero, pueden haber determinados escenarios en donde se pueda evaluar o fortalecer una donación altruista donde se mejore el sistema de trasplantes y se reduzca la lista de esperas estableciendo mecanismos de control más eficaces.

De acuerdo con lo desarrollado, la existencia de una donación aparente junto a una finalidad económica genera una tensión en realidad peruana referidos a la protección de su dignidad humana e integridad física en contraparte a la necesidad de responder por la visible escasez de donaciones de órganos en el sistema de salud.

V. APLICACIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

En el presente apartado se explicará la manera en que el Análisis Económico del Derecho nos permite comprender las consecuencias producidas por las normas sobre conductas personales y determinar si la normativa vigente genera los incentivos idóneos para alcanzar una situación más eficiente. Desde esta premisa, no es suficiente evaluar u observar si una norma resulta jurídicamente válida, sino también evaluar el impacto generado en la realidad y si existen alternativas que hagan posible alcanzar resultados óptimos (Bullard, 2018).

En el caso de la donación de órganos, este análisis se torna fundamentalmente importante en cuanto a la existencia de un mercado peruano altamente demandado frente a la cantidad de órganos disponibles. Según el Ministerio de Salud (2026), más de 7000 personas aguardan en lista de espera para recibir un órgano o tejido, al tiempo que durante el mismo año se han realizado trasplantes gracias a un número reducido de donantes. Esta situación deja ver que existe una escasez de órganos ante una necesidad que no logra ser atendida completamente por el sistema de donación.

Por ello, al analizar el criterio de Pareto, se plasma una situación que resulta más eficiente cuando puede mejorarse la condición de una persona sin empeorar la de otra. Empero, cuando los recursos logran ser escasos y las alternativas generan inevitablemente costos para algunos individuos, el análisis puede enriquecerse con la perspectiva de Kaldor-Hicks, mediante la cual se determina una opción como eficiente cuando los beneficios que se obtienen pueden compensar los perjuicios ocasionados (Bullard, 2018). Así, estos criterios permiten visualizar que el problema no radica solo en que exista una prohibición, sino en evaluar si el sistema actual consigue utilizar de forma correcta los recursos disponibles para atender a los pacientes que necesitan un trasplante.

Bajo la misma directriz, se sabe que la escasez de órganos también genera determinados incentivos. Por ello, cuando existe una elevada demanda y una oferta limitada, se propicia que aparezcan mecanismos informales dirigidos a obtener aquello que no puede conseguirse mediante vías legales. Shrestha et al. (2024), a partir del análisis de distintas investigaciones

sobre la venta de riñones, identificaron la combinación de distintos factores económicos como la pobreza y las deudas, con un entorno de inseguridad económica y presentes desigualdades sociales, además de que la falta de regulación adecuada y la escasez de órganos pueden incrementar la vulnerabilidad de determinadas personas frente a distintas prácticas de este tipo.

A partir de lo expuesto, desde esta corriente no se debe afirmar que la existencia de un mercado clandestino puede justificar la legalización de la compraventa de órganos; al contrario, esto permite que se analicen las consecuencias generadas por la regulación vigente y preguntarse si existen mecanismos para lograr una mayor disponibilidad de órganos sin perjudicar económicamente a la población vulnerable.

En este mismo sentido, Castro Azócar (2023) examina las transacciones sobre órganos humanos desde el Análisis Económico del Derecho y señala que es necesaria la evaluación de los costos, así como los beneficios e incentivos que producen las diversas alternativas de regulación, con el fin de comprender este tipo de transacciones y su enfoque jurídico frente a la escasez y a la existencia de mecanismos que operan clandestinamente.

Lo que resulta eficiente es la protección de la integridad, dignidad y situación de vulnerabilidad de la persona, así como la reducción de los costos que puede asumir la persona donante, y, en consecuencia, el incremento de la disponibilidad de órganos mediante mecanismos que sean legales y debidamente controlados.

VI. RESULTADOS

6.1. UNA PROPUESTA REGULATORIA

A la hora de abordar los resultados obtenidos a partir del análisis jurídico, económico y comparado, demuestran que el mayor obstáculo del sistema peruano no se encuentra solo en la prohibición de la comercialización de órganos, sino también en poder fortalecer las necesidades de incrementar la donación y reducir los costos que pueden recaer sobre la persona donante.

Siguiendo esta línea, la legislación comparada muestra que la gratuidad no quita que ciertos gastos derivados directamente de la donación puedan ser cubiertos. Por ejemplo, en España se mantiene la prohibición de recibir una gratificación por el órgano, pero sí se contempla cubrir esos costos y la pérdida de ingresos estrechamente vinculados con la donación, a través de vías establecidas por las autoridades competentes (Real Decreto 1723/2012, art. 7).

En el caso de nuestro país vecino Chile, en el caso de donación de órganos se mantiene que es a título gratuito y se prohíbe totalmente el acto oneroso sobre estos, pero los gastos relacionados con la extracción y transporte del órgano son considerados parte de los gastos propios del trasplante y además pueden ser asumidos por el sistema de salud (Ley N.º 19.451, art. 3).

Empero en el caso peruano, la mencionada Ley N.º 28189 establece como principios la gratuidad y la ausencia de ánimo de lucro, además de disponer expresamente que los costos de los procedimientos extractivos no pueden ni deben ser exigidos al donante vivo ni a la familia del donante cadavérico. A raíz de lo regulado, la propuesta no pretende introducir una remuneración por el órgano —resulta prohibido por ley— sino fortalecer los mecanismos existentes para que los gastos propios con la donación no sean representados como una carga

para el donante (Ley N.º 28189, arts. 2 y 7).

Ante este escenario, se propone que el sistema peruano establezca un mecanismo debidamente integral de cobertura de gastos directamente relacionados con la donación, como, por ejemplo: el transporte, la alimentación, el alojamiento y aquellos gastos propios de esta intervención, siempre que sean debidamente acreditados y vinculados con la donación.

Por consiguiente, resulta indispensable que el mecanismo debería encontrarse exclusivamente bajo control de la autoridad sanitaria que corresponda y que no se permitan acuerdos económicos directos entre el donante y el receptor. A partir de esto se evitaría que la cobertura de gastos pueda convertirse en una forma encubierta de compraventa, desnaturalizando su finalidad o transformarse en un incentivo que beneficie la situación económica del donante.

A continuación, considerando los resultados obtenidos mediante el Análisis Económico del Derecho, la propuesta regulatoria debe orientarse a mejorar los incentivos para la donación sin que logren ser afectados los principios de gratuidad, altruismo y ausencia de lucro. La finalidad sería reducir los costos que pueden desincentivar la donación, además de poder mejorar la disponibilidad de órganos y fortalecer las formas de control frente a situaciones de vulnerabilidad.

CUADRO N.º 1:

Análisis comparado

Aspecto analizado	Perú	Legislación comparada	Resultado obtenido	Propuesta regulatoria
Gratuidad de la donación	La Ley N.º 28189 establece la gratuidad y ausencia de ánimo de lucro.	España y Chile también mantienen la gratuidad.	La gratuidad constituye un principio común y no debe eliminarse.	Mantener la prohibición de pagar un precio por el órgano.
Gastos del donante	El sistema peruano establece que determinados costos de extracción no sean asumidos por el donante.	España permite el resarcimiento de gastos y pérdida de ingresos relacionados con la donación; Chile contempla los gastos de extracción y transporte dentro del sistema de salud.	La cobertura de gastos puede coexistir con la gratuidad.	Establecer un mecanismo más claro de cobertura de gastos directamente relacionados con la donación.
Escasez de órganos	Más de 7000 personas permanecen en lista de espera en 2026.	Otros sistemas también han desarrollado mecanismos para incrementar la disponibilidad de órganos.	Existe una demanda que supera la disponibilidad actual.	Fortalecer los mecanismos de donación y procura de órganos.

Vulnerabilidad económica	La necesidad económica puede influir en decisiones relacionadas con la venta de órganos.	Estudios internacionales identifican pobreza, deuda y desigualdad como factores de vulnerabilidad.	La solución no debe trasladar la necesidad económica al cuerpo de la persona.	Prohibir pagos directos y reforzar la evaluación del consentimiento.
Mercado clandestino	La escasez puede generar incentivos para recurrir a mecanismos informales.	La literatura internacional identifica la existencia de mercados clandestinos y riesgos asociados.	La prohibición debe acompañarse de mecanismos preventivos y de control.	Fortalecer la supervisión estatal y evitar intermediarios.
Eficiencia	Existe una diferencia entre la demanda de órganos y la cantidad disponible.	El AED permite evaluar costos, beneficios e incentivos de las distintas alternativas.	La eficiencia no implica necesariamente legalizar la compraventa.	Utilizar incentivos compatibles con la gratuidad y la protección de la persona.

Fuente: Elaboración propia.

VII. CONCLUSIONES

Del análisis efectuado se puede concluir que tanto como el Código Civil Peruano como la legislación especial respecto a la donación y trasplante de órganos humanos y tejidos, que la disposición del cuerpo humano obedece a límites con la integridad y dignidad humana; en el supuesto que sea destinado a trasplante, se establecen en la normativa principalmente los principios de gratuidad, altruismo, solidaridad y ausencia de lucro, ello debido a que son excluidos del tráfico patrimonial y de ninguna manera estar sujetos a comercializar.

Con respecto a la figura de la simulación relativa, se logra considerar la distinción entre la voluntad declarada y el fin verídico que se persigue entre partes. Al verificarse ello, no recae automáticamente en nulidad sobre el acto oculto, ya que, por lo normado en el Código Civil Peruano, presente en el artículo 191, establecen los requisitos que se deben cumplir; solo siendo el punto de partida para determinar su validez.

Se concluye que en supuestos donde la donación aparente encubre una finalidad económica con vinculación a la entrega del órgano humano, se identifica la figura de la simulación relativa cuando existe una diferencia entre el acto que se exterioriza y la real voluntad de los interesados. Al presenciar algún beneficio de índole económica o la existencia de pago alguno se configura una "compraventa" de órganos la cual en nuestra realidad no es reconocida ya que es absolutamente nula.

Al partir del análisis económico realizado, resulta claro que la escasez de órganos y la existencia de una demanda superior genera la aparición de mercados clandestinos o informales. Empero, estos supuestos no permiten que pensar que la solución es legalizar la compraventa

de órganos humanos; visiblemente ahí están los riesgos para personas en situación de vulnerabilidad económica. La respuesta ante ello es considerar incentivos en el sistema de salud.

Finalmente, se concluye que del análisis tanto jurídico como económico, enfatizando en la legislación comparada, sostengo que la salida más viable siendo compatible con los principios de gratuidad, el altruismo y la ausencia de lucro es fortalecer el sistema de donación mediante una cobertura clara y efectiva de los gastos que resultan vinculados a este tipo de procedimientos, tales como el transporte, la alimentación y el alojamiento debidamente acreditados, prohibiendo cualquier acuerdo de índole económica entre los intervinientes, no desnaturalizando la donación de órganos humanos.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bautista Quispe, U. (2024). La donación remuneratoria: una aproximación crítica a su naturaleza y a sus alcances. *THEMIS Revista de Derecho*, (85), 407–418. <https://doi.org/10.18800/themis.202401.022>
- Bullard, A. (2018). *Análisis económico del derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Castañeda Hidalgo, A. J. (2010, diciembre 1). *Donación de órganos: la posibilidad de comprar y vender vida*. Enfoque Derecho. <https://enfoquederecho.com/donacion-de-organos-la-posibilidad-de-comprar-y-vender-vida/>
- Castro Azócar, F. J. (2023). Análisis económico de los contratos sobre órganos humanos. *Contexto. Revista de Derecho y Economía*, (58), 19–43. <https://doi.org/10.18601/01236458.n58.03>
- Congreso de la República. (2004, marzo 16). *Ley N.º 28189, Ley General de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos*. Gobierno del Perú. <https://www.gob.pe/institucion/congreso-de-la-republica/normas-legales/3681367-28189>
- Congreso de la República. (2023, mayo 31). *Ley N.º 31756, Ley que promueve la donación de órganos y tejidos humanos para trasplante con fines terapéuticos*. Diario Oficial *El Peruano*. <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/2182356-5>
- España. Ministerio de la Presidencia. (2012, diciembre 28). *Real Decreto 1723/2012, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad*. Boletín Oficial del Estado. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-15715>
- Espinoza Espinoza, J. (Dir.). (2021). *Nuevo comentario del Código Civil peruano. Tomo I: Título preliminar y derecho de las personas*. Instituto Pacífico.
- Estados Unidos. Congreso. (1984). *National Organ Transplant Act of 1984*, 42 U.S.C. § 274e. <https://www.livingdonorassistance.org/documents/NOTA.pdf>

- Fernández Sessarego, C., & Varsi Rospigliosi, E. (2022). *Derecho de las personas: Análisis de cada artículo del Libro Primero del Código Civil peruano de 1984* (14.^a ed.). Rimay Editores.
- Galiano Maritan, G. (2021). El negocio simulado: compraventa bajo la apariencia de donación. *Opinión Jurídica*, 20(42), 447–468. <https://doi.org/10.22395/ojum.v20n42a18>
- IURA LEX. (2025, octubre 24). *Simulación del acto jurídico*. IURA LEX Asesoría Legal y Empresarial. <https://il-abogados.pe/blog/simulacion-del-acto-juridico/>
- Jayo Huamani, A. V. (2024). *Manifestación de voluntad en las sentencias de nulidad del acto jurídico en el Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Huamanga, 2020* [Tesis para optar el título profesional de abogada, Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga]. Repositorio Institucional UNSCH. https://repositorio.unsch.edu.pe/bitstream/UNSCH/6463/1/TESIS%20D128_Jay.pdf
- Mallqui Reynoso, K. K. (s. f.). *Incorporación de escritura pública en los contratos de compraventa de bienes inmuebles Arequipa-2023* [Tesis para optar el título profesional de abogada]. <https://share.google/xehRE1wcnoe2uWHn0>
- Mendoza Vasquez, E. (2025). *El contrato de donación y su incidencia con el incumplimiento del donatario del cargo o modo establecido* [Tesis para optar el grado académico de doctor en Derecho]. ALICIA Concytec. https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/USMP_83df5009cccf716c7df298d3307b34ce
- Ministerio de Salud. (2025, febrero 27). *Perú suma doce donantes de órganos y tejidos en lo que va del 2025* [Nota de prensa]. Gobierno del Perú. <https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/1117222-peru-suma-doce-donantes-de-organos-y-tejidos-en-lo-que-va-del-2025>
- Ministerio de Salud. (2026, mayo 22). *Gracias a 18 donantes de órganos se han realizado 278 trasplantes en 2026 a nivel nacional* [Nota de prensa]. Gobierno del Perú. <https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/1395799-gracias-a-18-donantes-de-organos-se-han-realizado-278-trasplantes-en-2026-a-nivel-nacional>
- Ministerio de Salud. (2026, julio 24). *Donación de órganos, tejidos y células: el legado que une a los peruanos en estas Fiestas Patrias*. Gobierno del Perú.
- Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (2012, 28 de diciembre). Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad. *Boletín Oficial del Estado*. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-15715>
- Nakama Hokamura, G. K., & Rojas Valdez, K. (2023). Naturaleza y persona humana: bases críticas de la pretensión transhumanista. *Apuntes de Bioética*, 6(2), 5–29. <https://doi.org/10.35383/apuntes.v6i2.981>

- Ninamanco Córdoba, F. (2024). ¿Cómo se declara la nulidad manifiesta prevista en el artículo 220 del Código Civil? Una problemática de cuarenta años. *THEMIS Revista de Derecho*, (85), 69–89. <https://doi.org/10.18800/themis.202401.005>
- Organización Mundial de la Salud. (2010). *Principios rectores de la OMS sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos*. <https://iris.who.int/server/api/core/bitstreams/53e1102b-4874-49bf-97bc-c529b1c246f0/content>
- Orrego Acuña, J. A. (2024). *Teoría del acto jurídico*. <https://share.google/Zmisl7WJrXr4gU0jj>
- Ortega Piana, M. A. (2026). *Rediseñando las ineficacias del contrato de donación: conveniencia de una reforma legislativa unificadora* [Tesis]. Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://tesis.pucp.edu.pe/items/69c4d490-2b44-4b00-8863-eb6b757d2185>
- Paredes Aranda, B., Rojas Morán, B., & Valverde Encarnación, G. (2021). Aproximaciones a la viabilidad jurídica y económica de la aplicación del consentimiento presunto como política pública de fomento y promoción de la donación de órganos y tejidos en el Perú. *THEMIS Revista de Derecho*, (80), 225–256. <https://doi.org/10.18800/themis.202102.011>
- Perez Romero, J. C. (2021). *Caracterización de las diferencias y similitudes de la simulación de compraventa en el marco de la legislación civil peruana y colombiana* [Trabajo de investigación para optar el grado académico de bachiller en Derecho y Ciencia Política, Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote]. Repositorio Institucional ULADECH. <https://hdl.handle.net/20.500.13032/36051>
- Romero Montes, F. J. (2024). *Acto jurídico*. Grijley.
- Sánchez Ramírez, A. (s. f.). *El daño a la persona en el derecho civil peruano: Recepción, desarrollo y desafíos*. <https://share.google/2XGJnBCmhamEUF1Az>
- Satz, D. (2010). *Why some things should not be for sale: The moral limits of markets*. Oxford University Press.
- Segura Sánchez, L. M. (2025). La dignidad humana y el cuidado: un nuevo derecho humano para una necesidad humana connatural. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 36(2). <https://doi.org/10.15359/rldh.36-2.7>
- Seguro Social de Salud. (2026, julio 22). *Donación de órganos y tejidos: Preguntas frecuentes*. Plataforma del Estado Peruano. <https://www.gob.pe/100384-donacion-de-organos-y-tejidos-preguntas-frecuentes>
- Shrestha, B., Sringernyung, L., Shrestha, M., Adhikari, A., Sunuwar, D. R., Mishra, S. R., & Adhikari, B. (2024). Why do people sell their kidneys? A thematic synthesis of qualitative evidence. *PLOS Global Public Health*, 4(3), e0003015. <https://doi.org/10.1371/journal.pgph.0003015>

- Siverino Bavio, P. (2024). *A propósito del derecho a la disposición del propio cuerpo: Un análisis desde el ordenamiento jurídico peruano*. https://www.academia.edu/35788354/A_prop%C3%B3sito_del_derecho_a_la_disposici%C3%B3n_del_propio_cuerpo_un_an%C3%A1lisis_desde_el_ordenamiento_jur%C3%ADdico_peruano
- Titmuss, R. M. (1970). *The gift relationship: From human blood to social policy*. Allen & Unwin.
- Torres Vásquez, A. (2021, septiembre 16). *Efectos de la simulación, bien explicado por Anibal Torres Vásquez*. LP. <https://lpderecho.pe/efectos-simulacion-anibal-torres-vasquez/>

PRIVACIDAD MENTAL Y NEURODERECHOS: ¿NUEVA CATEGORÍA DE DERECHOS FUNDAMENTALES O SU INTEGRACIÓN COMO DERECHOS IMPLÍCITOS?

Pamela Anahi Lovato Vega*

*Estudiante del 4to ciclo de la Facultad de Derecho
de la Universidad de San Martín de Porres*

Cielo Juliette Ruiz Ludeña**

*Estudiante del 4to ciclo de la Facultad de Derecho
de la Universidad de San Martín de Porres*

Dana Shantalle Soto Seminario***

*Estudiante del 3er ciclo de la Facultad de Derecho
de la Universidad de San Martín de Porres*

AUTORES

* Pamela Anahi Lovato Vega
Universidad de San Martín de Porres
pamela_lovato@usmp.pe

 ORCID: 0009-0004-5920-8380

** Cielo Juliette Ruiz Ludeña
Universidad de San Martín de Porres
Cielo_ruiz@usmp.pe

 ORCID: 0009-0009-5166-0272

*** Dana Shantalle Soto Seminario
Universidad de San Martín de Porres
dana_soto@usmp.pe

 ORCID: 0009-0000-5350-6871

Recibido: 31/08/2026

Aceptado: 12/09/2026

LICENCIA:

Este trabajo se comparte bajo la licencia de Reconocimiento Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0):

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



RESUMEN

El acelerado desarrollo de las neurotecnologías ha generado importantes avances en las neurotecnologías ha generado importantes avances en la investigación científica y en la medicina. Sin embargo, también ha planteado nuevos desafíos para el Derecho, especialmente en relación con la protección de la información obtenida a partir de la actividad cerebral y de los denominados neurodatos. Su capacidad para revelar aspectos cognitivos, emocionales o conductuales ha reabierto el debate sobre si los derechos fundamentales existentes ofrecen una protección suficiente frente a los riesgos derivados de su tratamiento o si resulta necesario reconocer una categoría autónoma de derechos: los neuroderechos.

El presente trabajo tiene como objetivo analizar si los neuroderechos constituyen nuevos derechos fundamentales o si representan nuevas manifestaciones de derechos ya reconocidos, capaces de responder a los desafíos tecnológicos mediante una interpretación evolutiva. La investigación se desarrolla desde un enfoque cualitativo y emplea una metodología jurídico-doctrinal y comparada, basada en la revisión de fuentes doctrinales, instrumentos internacionales, normas jurídicas y experiencias constitucionales vinculadas con esta problemática. Asimismo, se examinan las implicancias prácticas de ambas posturas en la regulación de las neurotecnologías y la protección de los neurodatos.

Finalmente, el trabajo sostiene que los neurodatos exigen una protección reforzada, pero no implican necesariamente reconocer nuevos derechos fundamentales autónomos. Los riesgos derivados de las neurotecnologías pueden ser abordados mediante una interpretación evolutiva de derechos ya consolidados, como la dignidad, la intimidad, la libertad de pensamiento y la protección de datos personales, complementada con reglas específicas sobre el tratamiento de los neurodatos. Así, se busca determinar qué respuesta jurídica permite proteger eficazmente la autonomía y la esfera mental de las personas.

PALABRAS CLAVE

Neuroderechos; neurotecnologías; neurodatos; Derechos Fundamentales; Protección de datos personales.

MENTAL PRIVACY AND NEURO-RIGHTS: ¿A NEW CATEGORY OF FUNDAMENTAL RIGHTS OR THEIR INCORPORATION AS IMPLIED RIGHTS?

ABSTRACT:

The rapid development of neurotechnologies has led to significant advances in scientific research and medicine. However, it has also posed new challenges for the law, particularly regarding the protection of information derived from brain activity and so-called neurodata. Its ability to reveal cognitive, emotional, or behavioral aspects has reignited the debate over whether existing fundamental rights provide sufficient protection against the risks arising from their processing or whether it is necessary to recognize a distinct category of rights: neurorights.

The purpose of this study is to analyze whether neuro-rights constitute new fundamental rights or whether they represent new manifestations of already recognized rights, capable of addressing technological challenges through an evolutionary interpretation. The research is conducted from a qualitative perspective and employs a legal-doctrinal and comparative methodology, based on a review of doctrinal sources, international instruments, legal norms, and constitutional experiences related to this issue. Furthermore, the practical implications of both positions for the regulation of neurotechnologies and the protection of neurodata are examined.

Finally, the study argues that neurodata require enhanced protection but do not necessarily imply the recognition of new, autonomous fundamental rights. The risks arising from neurotechnologies can be addressed through an evolutionary interpretation of already established rights—such as dignity, privacy, freedom of thought, and the protection of personal data—supplemented by specific rules governing the processing of neurodata. Thus, the study seeks to determine which legal response most effectively protects individuals' autonomy and mental sphere.

KEYWORDS

Neurorights; Neurotechnologies; Neurodata; Fundamental Rights; Personal Data Protection.

SUMARIO:

I. Introducción. – II. Las neurotecnologías y su impacto en la sociedad contemporánea. – III. La relación de los neuroderechos y la adaptación de los marcos legales. – IV. Los derechos fundamentales y su capacidad de adaptación a los avances tecnológicos. – V. Análisis de los sistemas jurídicos comparados. – VI. Implicaciones prácticas de una postura u otra. – VII. Conclusiones. – VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

*“No puedes tocar la libertad de mi mente”
– John Milton.*

La mente ha sido concebida históricamente como uno de los espacios más íntimos de libertad de la persona, aparentemente ajeno a cualquier forma de intervención externa. Sin embargo, esta idea empieza a verse cuestionada por el desarrollo de las neurotecnologías. Cuando la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoció en 1948 la libertad de pensamiento como un derecho fundamental, difícilmente podía anticiparse la existencia de tecnologías capaces de registrar, interpretar o intervenir sobre determinados procesos relacionados con la actividad cerebral (Naciones Unidas, 1948).

Durante mucho tiempo, los pensamientos, las emociones y las decisiones permanecieron fuera del alcance de terceros. Esta situación permitió que el Derecho desarrollara la protección de la libertad de pensamiento y de la vida privada bajo la consideración de que la mente constituía un ámbito esencialmente inaccesible. Actualmente, el desarrollo de las neurotecnologías pone en cuestión esa premisa, pues permite registrar e interpretar determinados procesos cerebrales e incluso intervenir sobre ellos. Estas posibilidades, que hasta hace algunos años parecían propias de la ciencia ficción, han pasado a formar parte del debate jurídico contemporáneo (Ienca & Andorno, 2017).

En ese contexto, las neurotecnologías no solo permiten interactuar con el sistema nervioso, sino también obtener información que puede revelar aspectos relacionados con los procesos cognitivos, emocionales o conductuales de una persona. Esta información, denominada neurodatos, adquiere especial relevancia para el Derecho debido a la sensibilidad de los aspectos personales que puede llegar a revelar. Por ello, surge la discusión sobre si los mecanismos jurídicos y los derechos fundamentales actualmente reconocidos ofrecen una protección suficiente frente a los riesgos derivados de su tratamiento (Castillo et al., 2026; Ienca & Andorno, 2017).

A partir de ello, se plantea una cuestión central: ¿los desafíos derivados del tratamiento de los neurodatos pueden afrontarse mediante una interpretación evolutiva de derechos ya reconocidos, como la dignidad, la intimidad, la libertad de pensamiento y la protección de los datos personales, o las particularidades de estos nuevos escenarios hacen necesario reconocer una categoría específica de derechos, denominada neuroderechos? (Ienca & Andorno, 2017; UNESCO, 2025).

En este sentido, el presente trabajo busca responder la siguiente interrogante: ¿los neuroderechos deben ser reconocidos como una nueva categoría de derechos fundamentales o pueden integrarse como manifestaciones implícitas de derechos fundamentales ya existentes para garantizar una adecuada protección de los neurodatos?

Para abordar esta interrogante, la investigación se desarrolla desde un enfoque cualitativo y mediante una metodología jurídico-doctrinal y comparada. Para ello, se realiza una revisión y análisis de fuentes doctrinales, instrumentos internacionales, normas jurídicas y experiencias constitucionales relacionadas con la protección de la persona frente al desarrollo de las neurotecnologías. Asimismo, el análisis comparado permite identificar las distintas respuestas jurídicas que se han planteado frente a estos avances y contrastar las implicancias de las principales posiciones sobre la naturaleza jurídica de los neuroderechos.

A partir de este análisis, el artículo estudia, en primer lugar, el desarrollo de las neurotecnologías y la aparición de los neurodatos como objeto de protección jurídica. Posteriormente, aborda la relación entre los neuroderechos y la adaptación de los marcos legales, así como la capacidad de los derechos fundamentales para responder a los desafíos tecnológicos. Luego, examina la propuesta de reconocer los neuroderechos mediante una regulación jurídica específica y analiza experiencias constitucionales comparadas. Finalmente, se estudian las implicancias prácticas de las principales posiciones doctrinales y se presentan las conclusiones correspondientes.

II. LAS NEUROTECNOLOGÍAS Y SU IMPACTO EN LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA

1. Concepto de neurotecnologías

Las neurotecnologías son herramientas y procedimientos que permiten trabajar directamente con el sistema nervioso. Algunas de ellas hacen posible registrar y analizar la actividad neuronal, mientras que otras permiten estimular o modificar determinados procesos. Para conseguirlo, pueden utilizar distintos mecanismos, como los eléctricos, ópticos, magnéticos, acústicos o químicos. Su utilización se ha extendido principalmente a la investigación, la medicina y otros campos relacionados con el desarrollo tecnológico (Gaceta UNAM, 2025; UNESCO, 2025).

El avance de estas tecnologías ha permitido ampliar las posibilidades de conocer y estudiar la actividad cerebral, pero también ha generado preocupaciones que trascienden el ámbito científico y médico. La UNESCO ha advertido que el desarrollo de la neurotecnología plantea nuevos desafíos para la protección de las personas, especialmente porque algunas de sus aplicaciones permiten obtener información vinculada con la actividad cerebral y con aspectos de la esfera mental. Por esta razón, su desarrollo también plantea interrogantes para el Derecho, particularmente respecto de la forma en que debe protegerse esta información y los derechos de las personas frente a su utilización. En esta misma línea, los principios sobre neurotecnología de la OECD destacan que el debate no se limita al funcionamiento de estas tecnologías, sino que también comprende las consecuencias que pueden derivarse de su utilización y de la información que generan (UNESCO, 2023; Biblioteca del Congreso Nacional de Chile [BCN], 2026).

De esta manera, el uso de estas tecnologías no solo permite intervenir sobre el sistema nervioso, sino también obtener información derivada de la actividad cerebral y del comportamiento humano. Esta información, debido a su especial sensibilidad, ha dado lugar a nuevas discusiones jurídicas sobre la suficiencia de los mecanismos tradicionales de protección de los datos personales. Aquí, en este contexto, debemos precisar la relevancia del concepto de neurodatos, cuyo tratamiento constituye uno de los principales retos para el Derecho frente al avance neurotecnológico (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile [BCN], 2026; UNESCO, 2023; Castillo et al., 2025).

2. Los neurodatos como consecuencia del desarrollo de las neurotecnologías

El uso y desarrollo de las neurotecnologías ha dado lugar a una categoría de información denominada neurodatos. Al respecto, Castillo et al. (2026) señalan que estos pueden comprender, por un lado, la información obtenida directamente de la actividad del sistema nervioso, conocida como neurodatos en sentido estricto. Por otro lado, también pueden incluir determinados datos relacionados con el comportamiento de una persona que, después de ser sometidos a un proceso de análisis, permiten inferir información sobre sus estados cognitivos, emocionales o conductuales. Estos últimos son denominados neurodatos en sentido amplio o datos neuroconductuales.

Sin embargo, no todo dato relacionado con la conducta de una persona puede ser considerado un neurodato. Para adquirir dicha condición, es necesario que la información haya sido tratada o analizada de tal manera que permita inferir aspectos relacionados con el funcionamiento del sistema nervioso o con los estados mentales del individuo. Por esta razón, un dato relacionado únicamente con el comportamiento de una persona no constituye, por sí solo, un neurodato en sentido amplio o neuroconductual (Castillo et al., 2026).

Esta capacidad de revelar información sobre aspectos de la esfera mental de una persona es precisamente uno de los elementos que distingue a los neurodatos de otros datos personales. Dependiendo de la información que pueda inferirse a partir de ellos, su tratamiento puede involucrar pensamientos, emociones o procesos cognitivos del individuo. Es en este punto donde surge su especial relevancia jurídica, pues el acceso y tratamiento de esta información plantea interrogantes sobre la suficiencia de los mecanismos tradicionales de protección de los datos personales y de los derechos fundamentales frente a los nuevos riesgos derivados del desarrollo neurotecnológico (Castillo et al., 2026).

Sin embargo, la especial sensibilidad de los neurodatos no significa que puedan confundirse automáticamente con la categoría general de los datos personales. Si bien ambos se relacionan con información vinculada a una persona identificada o identificable, los neurodatos presentan características particulares debido a su capacidad de proporcionar información, directa o indirectamente, sobre la actividad del sistema nervioso y determinados estados mentales. Por ello, resulta necesario diferenciar ambas categorías para comprender por qué el tratamiento de los neurodatos ha generado debates específicos en el ámbito jurídico (UNESCO, 2025).

Tabla N.º 1

Diferencias generales entre los datos personales y los neurodatos

Criterio	Datos personales	Neurodatos
<i>Objeto de información</i>	Comprenden información relacionada con una persona.	Comprenden información vinculada, directa o indirectamente, con la actividad del sistema nervioso o con aspectos que pueden permitir inferir estados mentales.
<i>Forma de obtención</i>	Pueden obtenerse a partir de múltiples actividades, registros o interacciones de la persona.	Pueden obtenerse directamente de la actividad del sistema nervioso o derivarse del análisis de determinados datos conductuales.
<i>Información que pueden revelar</i>	Permiten conocer distintos aspectos relacionados con una persona, según la naturaleza del dato tratado.	Pueden permitir inferir procesos cognitivos, emociones, pensamientos u otros aspectos relacionados con la esfera mental.
<i>Especial relevancia jurídica</i>	Su tratamiento se encuentra vinculado a la protección de los datos personales.	Su especial capacidad de revelar información sobre la actividad mental plantea, además, interrogantes relacionados con la intimidad, la autonomía, la identidad y otros derechos fundamentales.

Fuente: Elaboración propia a partir de Castillo Parrilla et al. (2026).

Como puede observarse, la diferencia no se encuentra únicamente en la naturaleza técnica de la información obtenida, sino principalmente en aquello que puede llegar a revelarse

a partir de su tratamiento. Mientras los datos personales constituyen una categoría amplia de información vinculada con una persona, los neurodatos presentan una particularidad adicional: pueden proporcionar información sobre procesos relacionados con la actividad del sistema nervioso y, en determinados casos, permitir inferir aspectos de la esfera mental. Esta característica explica por qué su utilización ha generado una discusión jurídica específica sobre si los mecanismos tradicionales de protección resultan suficientes frente a los riesgos que pueden derivarse de su tratamiento.

3. El debate sobre la protección jurídica de los neurodatos

La obtención y el tratamiento de neurodatos plantean nuevos retos para el Derecho. Esto se debe a que las normas tradicionales sobre protección de datos surgieron en un contexto en el que no existían las actuales posibilidades de acceder y analizar información relacionada con la actividad cerebral. Ante esta situación, cabe preguntarse si las herramientas jurídicas que ya existen pueden responder adecuadamente a los riesgos que afectan la privacidad mental y la autonomía de las personas, o si es necesario establecer mecanismos de protección más específicos (Ienca & Andorno, 2017).

En esta discusión, Castillo et al. (2025) señalan que la protección de los neurodatos no se relaciona únicamente con el derecho a la protección de datos personales. También puede involucrar otros derechos fundamentales, entre ellos la dignidad humana, la intimidad, la integridad física y psíquica, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad. Esto se explica porque la información obtenida mediante las neurotecnologías puede revelar aspectos especialmente personales de un individuo y, en determinadas circunstancias, afectar su capacidad para tomar decisiones de manera autónoma.

La preocupación por estos posibles efectos también ha sido planteada por Rafael Yuste. Desde su perspectiva, el desarrollo de las neurotecnologías debe estar acompañado de garantías que permitan evitar un uso indebido de la información cerebral. Por ello, el desafío no está solamente en aprovechar las posibilidades que ofrecen estos avances, sino también en establecer límites que permitan proteger la dignidad, la privacidad mental y la libertad de las personas (Yuste, 2017).

A partir de ello, se ha desarrollado un debate sobre cuál debería ser la respuesta del Derecho frente a los riesgos relacionados con los neurodatos. No existe una posición única al respecto. Por un lado, algunos autores consideran que las características particulares de esta información justifican el reconocimiento de neuroderechos específicos. Por otro, se sostiene que los derechos fundamentales que ya forman parte del ordenamiento jurídico pueden ser interpretados de manera evolutiva para responder a estos nuevos escenarios (Ienca & Andorno, 2017; UNESCO, 2023).

Por tanto, antes de determinar cuál de estas alternativas resulta más adecuada, es necesario revisar los argumentos que respaldan el reconocimiento de los neuroderechos y aquellos que consideran suficiente la adaptación de los derechos fundamentales existentes. Esta discusión permitirá analizar si nos encontramos realmente ante nuevos derechos o ante nuevas formas de protección de derechos que ya han sido reconocidos.

III. LOS NEURO DERECHOS Y LA ADAPTACIÓN DE LOS MARCOS LEGALES

A lo largo de la última década las neurotecnologías han tenido un avance continuo y acelerado alrededor del mundo, lo que se demuestra por los distintivos grandes avances científicos que tenemos en la sociedad. Sin embargo, los neurodatos recolectados por dichas tecnologías no son como cualquier dato, son únicos. Cada persona posee una información neuronal irrepetible, que revela las distintas actividades cerebrales de los individuos. Bajo esta línea, se plantea un desafío para los sistemas jurídicos, pues la capacidad de acceder a la información neuronal personal genera una vulneración a los derechos fundamentales y a la privacidad de la persona. Por ello, en las últimas décadas ha surgido el intenso debate acerca de los neuroderechos y su manifestación en el entorno jurídico.

Como se mencionó con anterioridad, los neurodatos son cualitativamente distintos a otros tipos de datos personales que se pueden recolectar normalmente. La UNESCO (2023), en el informe llamado «*Neurotecnologías y derechos humanos en América Latina y el Caribe: desafíos y propuestas de política pública*» menciona que los datos recaudados de nuestra actividad neuronal reflejan en gran parte nuestra personalidad, pensamientos y nuestra identidad como personas; siendo datos importantes para poder entender cómo cada individuo interactúa y convive con su alrededor. Sin embargo, el problema no está en la recolección de dichos datos, sino en el uso que se les da a estos. Al respecto, la UNESCO (2023) explica que:

Las neurotecnologías tienen dos interacciones distintas en nuestro cerebro: la de "leer", la cual implica el reconocimiento y análisis de la información obtenida de la actividad de los individuos; y, por otro lado, la "escritura", la cual consiste en la alteración o aumento de distintas capacidades de nuestro cerebro (p.17).

El conflicto del uso de estos datos y su vínculo con la necesidad de herramientas jurídicas que los regulen surge del mal uso que se les puede dar a esta información privada de los individuos, pues la afectación de una mala aplicación causa daños ético y moral a la privacidad mental de la persona portadora de los datos.

Esto se une con la gravedad del actual marco legal, sobre todo relacionado con las leyes de protección de datos. La mayoría de estas regulaciones tienen un enfoque en la protección de datos personales externos, como vendrían siendo el número de teléfono, domicilio o correos electrónicos; más no se encargan de regular la protección de los datos internos que muestran el comportamiento y pensamiento de los individuos. La comercialización y la manipulación de estos datos sin ningún tipo de regulación pone en un peligro permanente al sujeto. Es ahí donde radica la necesidad de una regulación óptima dentro de los marcos legales de cada país, que pueda dar respuesta a la evolución tecnológica.

Ienca & Andorno (2017, citado por Andorno, 2023), explica que: no existe un consenso sobre cuáles son los neuroderechos; sin embargo, se toman en cuenta a los siguientes derechos:

1. **La privacidad mental:** Consiste en la protección individual del acceso no autorizado a información cerebral; este derecho tiene como fin proteger que la recolección, almacenamiento y comercialización cuente con consentimiento explícito e informado por parte del titular.
2. **La integridad mental:** Protege la dimensión psicológica de la persona frente a daños y manipulaciones no consensuadas, estando ligada a la segunda interacción que realizan las neurotecnologías, es decir la función de la escritura.

3. **La identidad personal:** Busca tutelar la coherencia respecto a la personalidad de la persona antes del uso de herramientas de estimulación cerebral que pueden causar cambios en el comportamiento (como la estimulación cerebral profunda o la estimulación magnética craneal). A su vez, proteger a la persona de la vulneración a los derechos de la identidad e integridad psíquica.
4. **La libertad cognitiva:** Derecho de toda persona a decidir; en este caso está enfocado a decidir si negarse o no al uso de tecnologías que alteren su estado mental, buscando así proteger la autonomía personal frente a intervenciones neurotecnológicas.

Sin embargo, la necesidad por la creación de los neuroderechos no es meramente teórica, sino que surge de diversos vacíos legales en los cuales se vio la necesidad de intervenir e insertar medidas de seguridad ante los datos expuestos de los consumidores. Uno de los casos sobre violación de neurodatos más emblemáticos en Latinoamérica es el de Guido Girardi en contra de la empresa estadounidense Emotiv (Corte Suprema de Chile, Rol N.º 105.065-2023, 2023). En dicho caso, el demandante adquirió una vincha con sensores encargada de recabar información de su actividad cerebral cognitiva. Este dispositivo almacena los datos recaudados en la nube de la empresa; sin embargo, el demandante descubrió que no podía acceder a sus propios datos, pues tenía que pagar una suscripción adicional. Lo que hace interesante este caso es la sentencia de la Corte Suprema de Chile, quien acogió el recurso de protección interpuesto por Girardi, argumentando que:

Ante el desarrollo de nuevas tecnologías que involucran cada vez más aspectos de la persona humana (...) se debe otorgar una especial atención y cuidado en su revisión por parte del Estado, con el fin de prevenir y anticiparse a sus posibles efectos, además de proteger directamente la integridad humana en su totalidad, cuestión que incluye su privacidad y confidencialidad (Corte Suprema de Chile, Rol N.º 105.065-2023, considerando octavo).

La relevancia de este caso no radica solamente en el debate de los neurodatos, sino en cómo evidenció que, a partir de los marcos legales tradicionales ya existentes y los derechos fundamentales establecidos, se logró llegar a una resolución que profundiza en la relevancia de los datos privados sin necesidad de la creación de un nuevo ordenamiento. Como ejemplo de esto, en la misma sentencia se usa como fundamentación la Constitución chilena, en específico el artículo 19 (Constitución Política de la República de Chile, 1980, Artículo 19, inciso 1º, 4º, 6º y 24º); la Corte Suprema Chilena argumentó que hubo una vulneración, en específico al numeral 1º y el artículo 11 de la Ley N.º 20.120 (2006), los cuales se ajustaron al caso para aclarar la necesidad de un consentimiento reiterado por parte del usuario.

Asimismo, es posible observar, en el desarrollo del caso, cómo la empresa Emotiv violó dos de los principios básicos de los neuroderechos. El primero de ellos es la libertad cognitiva, pues la empresa impidió que la persona pudiera acceder a sus propios neurodatos hasta el pago de una suscripción adicional, reteniendo la información privada del comprador pese a ya haber adquirido el producto. Además, también se presenta una violación a la privacidad mental, ya que fue el propio Girardi quien argumentó que hubo una captación de sus datos para fines no consentidos por su parte, acto que vulnera lo dispuesto en la Ley N.º 19.628 (1999) en Chile con respecto a la protección de datos personales.

Por otro lado, con lo que respecta a nuestro país, Perú, en 2024, la empresa *Tools for Humanity* realizó el proyecto *Worldcoin* en Lima, el cual consistía en un escaneo facial y de iris de las personas con la finalidad de crear una "identidad digital única"; el proceso era

recompensado con criptomonedas. El proyecto causó mucho revuelo, pues el iris contiene biodatos importantes, los cuales no cambian con el tiempo constantemente. Al ser inmutable, correría el riesgo de que su filtración o un mal manejo ponga en riesgo a los consumidores, derivando en graves riesgos para la privacidad, la seguridad patrimonial e incluso la integridad personal de los ciudadanos, sin olvidar que también es un escaneo facial, lo cual los pone bajo el mismo riesgo también.

Con respecto a este suceso, según el portal del Estado Peruano (2024), la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, mejor conocido como ANPD, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, decidió hacer una fiscalización e investigación para corroborar cuáles habían sido las condiciones en las que se llevó a cabo el tratamiento y recolección de datos, y si fue la correcta conforme a la Ley N.º 29733, Ley de Protección de Datos Personales, centrándose en la manera en la que estos datos fueron obtenidos y si se cumplió con las medidas necesarias para que los titulares den su consentimiento informado, expreso e inequívoco (Ley N.º 29733, artículo 28, 2011).

Aunque la preocupación central de la autoridad se centró en la transparencia del consentimiento informado y la seguridad de los datos recopilados, este caso nos lleva a preguntarnos cuáles son los posibles derechos o herramientas que los consumidores pueden usar en defensa de este tipo de problemas. El Perú aún no desarrolla, a diferencia de Chile, ninguna modificación literal en sus códigos o en su Constitución; sin embargo, esto no implica un desamparo absoluto. El Código de Protección y Defensa del Consumidor puede ser fundamental para esta clase de sucesos, pues en su artículo 1 hace el despliegue de una serie de derechos al consumidor que pueden ser usados en caso de abuso o mal tratamiento de los neurodatos, siendo uno de los más importantes el literal A, el cual señala: “Derecho a una protección eficaz respecto de los productos y servicios que, en condiciones normales o previsibles, representen riesgo o peligro para la vida, salud e integridad física” (Código de Protección y Defensa del Consumidor, 2010, Ley 29571). Aunque no se menciona una integridad mental ni la protección a nuestra información neuronal, es importante recordar que nuestra propia Constitución también protege la integridad psíquica (Constitución Política del Perú, 1993, Artículo 2, inciso 1)¹⁸.

IV. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU CAPACIDAD DE ADAPTACIÓN A LOS AVANCES TECNOLÓGICOS

Declarar a los neuroderechos como nuevos derechos fundamentales es innecesario. En sí la idea de responder a la necesidad de afrontar los cambios sociales, los nuevos riesgos y conflictos, con la creación de nuevos derechos, suena coherente, pues se estaría creando una solución nueva, para un problema nuevo; sin embargo, hay que tener en cuenta que a pesar de que han aparecido nuevos problemas que se ven complicados de abordar, “la proclamación de nuevos derechos no es la única respuesta que puede ofrecer el Derecho” (De Montalvo, 2025, p. 63).

Conforme el mundo y la realidad va evolucionando, la normativa va cambiando, se va “adaptando” a las distintas realidades que se nos puedan presentar, teniendo alguna que otra modificación que ayude en esa adaptación. Y este hecho es más notorio cuando nos referimos a derechos, derechos fundamentales que traen en su propia naturaleza esta capacidad de

¹⁸ Es importante resaltar la necesidad de actualizar y profundizar en la protección de las posibles malversaciones de los neurodatos y biodatos, recordando que nuestro marco normativo también nos protege de maneras implícitas y flexibles.

adaptación, los neuroderechos como tal, si es que son reconocidos, entrarían en el listado de derechos fundamentales, por lo cual nos es preciso indagar en lo que se entiende por derechos fundamentales, y cómo estos han venido adaptándose a las diferentes situaciones que surgen con el pasar de los años y bien podrían hacerlo ante este panorama de las neurotecnologías. En palabras de Jan Christoph Bublit, jurista y ponente principal del Congreso IDP, en la entrevista realizada por Universitat Oberta de Catalunya (2025) sostuvo que "no necesitamos neuroderechos nuevos, debemos desarrollar los que ya tenemos" (Bublit, 2025).

1. Naturaleza de los derechos fundamentales

“La dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y los derechos fundamentales son el fundamento del orden político y la paz social” (Castillo, 2025, pág. 61). Podemos afirmar que todas las constituciones actualmente vigentes reconocen derechos, por lo menos si es que hablamos en el ámbito formal; por nombrar alguna, si nos dirigimos al artículo 2 de nuestra constitución (la constitución política del Perú de 1993), encontraremos una amplia gama de derechos fundamentales de la persona, como el derecho a la vida, a la igualdad, a la libertad de expresión, etc.; sumado a ello, podemos citar el artículo 3 de esta misma: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga...” (Constitución Política del Perú, 1993, art. 3). Hablamos de derechos fundamentales implícitos, como en el caso del derecho a la verdad, que, si bien no se encuentra escrito expresamente en nuestra carta Magna, fue reconocido por el Tribunal Constitucional en uno de los fundamentos de la sentencia del expediente N.º 2488-2002-HC/TC, (Tribunal Constitucional. 2004). Esta facultad que nos da el artículo 3 es muy importante para comprender el alcance que tienen los derechos; pues los derechos no necesariamente están escritos en la constitución, pueden estar expresados de muchas formas en el ordenamiento jurídico, desde en un tratado internacional ratificado, hasta en una ley de desarrollo constitucional.

En el subtítulo uno de este capítulo IV, y en el mismo título del capítulo, se acuña el término de “fundamentales” a los derechos; esta precisión no es una mera formalidad para que suene más impactante, sino que la precisión viene de que no es lo mismo hablar de derechos fundamentales, que de derechos humanos. Carla Huerta, investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, menciona que, desde un punto de vista histórico y científico, los derechos fundamentales se consideran como antecedentes a los derechos humanos, y que “al incorporar los derechos humanos a un sistema jurídico positivo, sea nacional o internacional, dejan de ser simplemente reclamos o derechos de orden moral para convertirse en derechos en sentido estricto, derechos humanos jurídicos” (Huerta. 2013, p. 3)

Esta diferenciación es la más aceptada, los derechos humanos serían entonces aquellos que todo ser humano posee por el mero hecho de haber nacido como tal, y que por tanto poseen un carácter universal, independientemente del lugar en el que vivan, su nacionalidad, raza, sexo o religión, etc.; mientras que los derechos fundamentales son derechos que se encuentran recogidos y formalizados en el ordenamiento jurídico de un país determinado. (Luño, 2001). Ahora centrándonos en los derechos fundamentales, estos se pueden definir como las situaciones jurídicas, tanto objetivas como subjetivas que están definidas en el Derecho positivo, en favor de la dignidad, igualdad y libertad de la persona humana, son los derechos que nacen y se fundamentan en el principio de la soberanía popular (Amaral, 2014).

Existen muchas ideas sobre la clasificación de los derechos fundamentales, en esta oportunidad se mencionará la clasificación de los derechos fundamentales apuntada bajo dos

aspectos: el formal y el material. Desde el aspecto formal se puede ver a los derechos o garantías escritas en la constitución; es decir, aquellos derechos que recibieron en la Constitución el más alto grado de seguridad que el ordenamiento jurídico puede amparar; y desde el criterio material, los derechos fundamentales sufrirían variaciones que provienen de la ideología, la modalidad de Estado y la especie de valores y principios de los cuales deviene la constitución (Amaral, 2014).

Como se insinuó al inicio de este apartado, los derechos fundamentales no se ven restringidos a una interpretación expresamente literal. Alexy (1993) sostiene que, los derechos fundamentales tienen la estructura de principios, entendidos como mandatos de optimización, por lo cual no funcionan como normas cerradas con un único contenido fijo, lo cual implica que su contenido no está limitado desde su formulación inicial, sino que requiere una de diversas interpretaciones que vayan conforme a las circunstancias sociales y jurídicas existentes.

En suma, tenemos el concepto de “constitución viviente”, el cual surgió a inicios del siglo XXI, oponiéndose a la idea de considerar a la Constitución como un documento escrito, una obra acabada, limitada a solo un tipo de interpretación, la de su propio autor; lo cual es un claro problema, pues desde esa perspectiva, la constitución podría compararse con una “estatua”, algo inmutable que inevitablemente se volvería obsoleto con el pasar de los años (Sagüés, 2016).

La idea de Constitución viviente se refiere a que el texto constitucional debe ser entendido como un marco abierto capaz de responder a los cambios que experimenta la sociedad. Pudiendo así la Constitución mantener su vigencia porque sus disposiciones pueden adquirir nuevos significados conforme evolucionan las circunstancias sociales, políticas y tecnológicas, es así que la tarea de interpretar la Constitución implica construir respuestas jurídicas que permitan garantizar la protección de los derechos fundamentales en contextos que probablemente no fueron previstos originalmente por los constituyentes. (Sagüés, 2016).

Tomando todo esto en cuenta, ¿no convendría mejor acaso ampliar el alcance de los derechos fundamentales ya establecidos en lugar de crear nuevos? Pues al agregar nuevos derechos a la Constitución cada vez que se nos presenten nuevas realidades, puede traer consecuencias negativas sobre el ordenamiento jurídico que como muchos sabrán, es pleno, unitario, coherente y jerárquico (Lucas Verdú, 1989).

2. Comparación con el escenario de los derechos digitales

El debate gira en torno en sí se debería reconocer una nueva lista de derechos ante el avance de las tecnologías, esto no constituye un fenómeno reciente o exclusivo al ámbito de las neurotecnologías. A lo largo de este siglo, el desarrollo tecnológico ha planteado desafíos para una plena protección de los derechos fundamentales, dando lugar a debates con respecto a la necesidad de adaptar el Derecho, a realidades que no habían sido previstas por los ordenamientos jurídicos tradicionales.

El antecedente más reciente, previo a los neuroderechos, es el del reconocimiento de los derechos digitales. El desarrollo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) transformó profundamente la manera en que las personas interactúan, consolidando una sociedad digital que para ese entonces produjo escenarios que no habían sido previstos originalmente por los sistemas constitucionales tradicionales. Ante esta situación, la respuesta

no fue uniforme, mientras que algunos defendieron la necesidad de reconocer nuevos derechos vinculados al entorno tecnológico, como el derecho al acceso a Internet o los derechos digitales en sentido amplio, otra parte de la doctrina sostuvo que estos no constituían derechos completamente nuevos, sino manifestaciones derivadas de derechos fundamentales previamente reconocidos, cuyo contenido debía ser reinterpretado conforme a las nuevas circunstancias sociales (Gonzalez, 2021).

En ese entonces, la nueva realidad digital a pesar de los beneficios que brindaba involucra importantes riesgos para los derechos humanos, en particular en lo que se refiere a los derechos a la libertad de expresión, intimidad y acceso a la información. Un ejemplo claro de ello es la protección de la privacidad y la intimidad, pues en el mundo del ciberespacio, los usuarios pueden percibir que sus actividades se desarrollan dentro de un espacio privado; sin embargo, la actividad digital deja constantemente rastros de información que pueden ser recopilados, utilizados o comercializados por terceros. Esta situación modificó la comprensión tradicional del derecho a la privacidad, pues la información personal dejó de encontrarse únicamente dentro de espacios físicos o reservados y pasó a circular dentro de ecosistemas digitales donde los individuos tienen un control limitado sobre sus propios datos. (Gonzalez, 2021).

Ante esta problemática, aconteció la propuesta de una Declaración de los Derechos Humanos en el Ciberespacio, elaborada en 1997 bajo la influencia de los principios contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, fue un intento de plantear nuevas bases de discusión sobre la forma en que los derechos humanos podían ser protegidos dentro de un espacio tecnológico emergente (Bustamante, 2001). La importancia de esta propuesta radica en que evidencia cómo el desarrollo tecnológico puede modificar los escenarios donde los derechos fundamentales son ejercidos y, al mismo tiempo, generar nuevas formas de amenaza hacia ellos.

A pesar de todo, dependió de cada ordenamiento jurídico si consideraba más apropiado nombrar nuevos derechos o trabajar con lo que ya se tenía pero de una manera más amplia, lo cual nos demuestra que la evolución tecnológica no siempre exige la creación de derechos completamente nuevos, sino que puede requerir una ampliación del contenido y alcance de derechos fundamentales existentes; en este caso, la protección de la privacidad no surgió exclusivamente como respuesta a un nuevo derecho autónomo, sino como una adaptación de garantías previamente reconocidas frente a nuevas formas de vulneración, lo cual nos lleva a plantearnos aún más si es que es verdaderamente necesario agregar un nuevo régimen de derechos.

3. ¿Es entonces necesario crear nuevos derechos?

La mejor forma de ver si es que los derechos se configuran como nuevos derechos o si bien son nuevas manifestaciones de derechos fundamentales ya existentes, sería hacer una comparación directa entre ambos. Sin embargo, no existe una propuesta definitiva de cuales “son” los neuroderechos. En el capítulo II, si bien vimos las propuestas de neuroderechos de Ienca & Andorno, no obstante, no son los únicos quienes formularon sus perspectivas.

Una clasificación relevante la realiza Marcello Ienca (De Montalvo, 2025), clasificando las distintas propuestas de neuroderechos en cinco grandes grupos, vinculándolos con derechos y bienes jurídicos ya existentes:

1. **Derechos vinculados con la libertad de pensamiento.** Este grupo comprende la libertad cognitiva, entendida como el derecho a la autodeterminación mental; el derecho a la agencia, relacionado con la capacidad de elección y el libre albedrío; la libertad mental, referida al control consciente sobre la propia mente; y la libertad de pensamiento.
2. **Derechos relacionados con la privacidad.** Dentro de esta categoría se encuentran la privacidad mental, que protege frente a la intrusión no consentida en la actividad cerebral, así como frente a la recopilación o divulgación no autorizada de datos cerebrales; y la neuroprivacidad, orientada específicamente a la protección de los datos neuronales o cerebrales.
3. **Derechos vinculados con la integridad.** Destaca aquí el derecho a la integridad mental, cuyo propósito es proteger a las personas frente a intervenciones o manipulaciones ilícitas y perjudiciales de su actividad mental.
4. **Derechos relacionados con la identidad.** En este grupo se encuentra el derecho a la identidad personal, que comprende, por un lado, la protección de la continuidad de la identidad y de la propia mentalidad y, por otro, la capacidad de controlar la integridad física y mental.
5. **Derechos orientados a garantizar las condiciones para el ejercicio de los demás derechos.** Finalmente, encontramos aquí el derecho al acceso igualitario a las tecnologías de mejora mental y el derecho a la protección frente al sesgo algorítmico.

De este análisis, realizado por uno de los autores involucrados en la propuesta de neuroderechos, se puede ver como aquellos están vinculados directamente a derechos y principios que ya son reconocidos jurídicamente. La libertad cognitiva y mental, por ejemplo, guardan una relación directa con la libertad de pensamiento; la privacidad mental, se relaciona con el derecho a la intimidad, y con la protección de los datos personales; la integridad mental, se desprende del derecho a la integridad personal; mientras que la protección de la identidad personal se vincula con el derecho a la identidad. Incluso aquellos derechos orientados al acceso equitativo a las neurotecnologías y a la protección frente a los sesgos algorítmicos pueden ser comprendidos a partir de principios ya existentes la no discriminación y la igualdad (De Montalvo, 2025).

Sin embargo, esto no implica que no se deberían tomar acciones en el ordenamiento jurídico para protegernos ante el desarrollo de las neurotecnologías, significa que la existencia de nuevos desafíos no implica, por sí misma, la necesidad de crear un derecho fundamental autónomo y expreso para cada uno de ellos.

4. Críticas de autores al reconocimiento de los neuroderechos

Para este punto ya se ha expuesto que, si bien es necesario encontrar una resolución sobre cómo abordar las lagunas normativas causadas por la aparición y desarrollo de las neurotecnologías, la alternativa de presentar como solución la implementación y reconocimiento de los neuroderechos, no termina por ser del todo convincente, y, de hecho, cuenta con bastantes críticas. Por lo que, a continuación, pasaremos a mencionar algunas de las muchas que existen.

Las principales críticas al reconocimiento de los neuroderechos, provienen de Jan Christoph Bubltz, quien cuestiona la propuesta de los neuroderechos al considerar que aún no existe suficiente desarrollo académico que justifique su reconocimiento, y que el debate no

debe centrarse únicamente en afirmar que las neurotecnologías pueden afectar derechos humanos y necesitan de mecanismos de protección, sino en determinar si los riesgos planteados realmente requieren la creación de nuevos derechos o si pueden ser abordados mediante los mecanismos jurídicos existentes. Asimismo, advierte sobre el fenómeno de la inflación de derechos, señalando que la incorporación constante de nuevos derechos humanos podría debilitar el valor y la fuerza normativa de aquellos que ya han sido reconocidos históricamente (De Asís, 2022). Tal vez, en lugar de crear nuevos derechos, se podría optar por adaptar los derechos fundamentales que ya han sido reconocidos por excelencia, al ampararnos en las posibilidades de reconocer derechos implícitos que el artículo 3 de nuestra constitución peruana nos brinda.

Desde una postura favorable al reconocimiento de los neuroderechos, el Comité Internacional de Bioética de la UNESCO ha señalado que las neurotecnologías plantean desafíos particulares para la protección de la dignidad humana y los derechos fundamentales, pues en palabras de la misma organización internacional, “aunque existen marcos legales para proteger la vida privada de los consumidores, en lo que respecta a los riesgos éticos que pueden entrañar las neurotecnologías el vacío jurídico es prácticamente total” (UNESCO, 2022, párr. 4). En ese sentido, ha planteado diversas alternativas jurídicas, entre ellas la incorporación de protocolos adicionales a los instrumentos internacionales existentes, el fortalecimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos mediante nuevas garantías específicas o incluso la elaboración de una declaración autónoma sobre derechos humanos y neurotecnología (De Asís, 2022).

La creación de nuevos neuroderechos no cuenta con aceptación unánime, y desde una postura crítica, algunos autores consideran que el reconocimiento de nuevos derechos humanos resulta innecesario e inconveniente. Para estos autores, aunque es indispensable establecer límites éticos y jurídicos frente al avance de las neurotecnologías, ello no significa necesariamente que deba crearse una nueva categoría de derechos, y que antes que incorporar nuevos derechos al ordenamiento jurídico, es necesario preguntarse si realmente existe una insuficiencia de los derechos fundamentales actuales.

IV. ANÁLISIS DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS COMPARADO

En el presente texto, se ha mencionado el caso más emblemático, el caso EMOTIV, en cual se demuestra cómo se desarrolló una relación entre los sistemas jurídicos existentes y los avances de los neuroderechos en el margen de los derechos fundamentales, constituyendo un ejemplo de cómo es que los sistemas jurídicos de los países van evolucionando al nivel de sus sociedades y las innovaciones tecnológicas. Por ello, resulta necesario demostrar y comparar los países que han destacado debido a los avances en sus sistemas jurídicos, identificando cuáles han sido sus distintos aportes en el desarrollo y adecuación a las nuevas tecnologías e investigaciones.

Anteriormente, ya se ha mencionado a Chile como ejemplo emblemático y pionero en lo que respecta al debate sobre la necesidad de proteger los neurodatos ante el desarrollo de las nuevas tecnologías que vulneran la privacidad mental. Dichos avances tuvieron un inicio el 14 de octubre de 2021, cuando el Congreso Nacional chileno aprobó un proyecto de reforma constitucional, establecida como “Modifica la Carta Fundamental, para establecer el desarrollo científico y tecnológico al servicio de las personas” o Ley N.º 21.383 (2021). Dicha reforma buscaba la modificación e inserción de un párrafo especial en el artículo 19 de la Constitución, haciendo un especial énfasis en la necesidad de proteger y asegurar la actividad cerebral y la información proveniente de ella. Este avance sitúa a Chile a la vanguardia mundial con respecto

a la protección constitucional de datos de sus ciudadanos; al incorporar este mandato de protección en su Carta Fundamental, el Estado chileno no solo asegura un resguardo explícito para los neurodatos, sino que también brinda a los ciudadanos herramientas constitucionales para defenderse de posibles abusos contra estos datos íntimos.

Sin embargo, el ejemplo chileno no es el único. En otras partes del mundo y la región latinoamericana, se ha comenzado a plantear reformas o modificaciones a los marcos legales para abordar la protección de los neurodatos, con distintos niveles de avance y enfoques regulatorios. Como ejemplo, existe la iniciativa de un proyecto de decreto en México planteado en 2023, impulsado por la diputada María Hernández, la cual busca añadir un noveno párrafo al artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos de México. En dicho párrafo se explica que nadie, mediante el uso de cualquier tipo de tecnología; puede modificar, reducir o alterar la integridad e identidad de una persona (Hernández, 2023).

A lo largo de dicha iniciativa, se nos va explicando también que el surgimiento de esta misma se debe a la protección de la privacidad de la mente, el pensamiento y los datos cerebrales de las personas (Hernández, 2023). Ahora, pese a que esta iniciativa no ha sido aprobada, se puede ver, similar al caso chileno, el intento de integrar, como parte de los derechos constitucionales, una protección a los ciudadanos con respecto a sus datos más personales y privados.

Por otro lado, un caso interesante es el de España, donde la protección de los neurodatos no ha llegado por vía constitucional, sino a través de instrumentos como la Carta de Derechos Digitales, presentada por el gobierno español en 2021, que, pese a no ser vinculante, sienta las bases para futuras regulaciones (Gobierno de España, 2021). Dentro de la Carta, en el capítulo 5, llamado "derechos digitales en entornos específicos", se plantean los límites y garantías con respecto al uso de las neurotecnologías, dirigiendo la discusión hacia la protección de la dignidad humana, la identidad y la autodeterminación. La importancia de dicha carta radica en la declaración de principios a tomar en cuenta en los entornos y descubrimientos digitales o tecnológicos.

Además, la misma Carta aclara su finalidad en su inicio, no busca generar nuevos derechos para regir dentro de las nuevas tecnologías o los entornos digitales, sino que más bien busca perfilar los derechos fundamentales más relevantes para los nuevos entornos digitales y tecnológicos (Gobierno de España, 2021). Esta declaración resulta especialmente relevante para el debate central, pues sostiene que los neuroderechos, más que una categoría jurídica autónoma, pueden entenderse e integrarse como nuevas manifestaciones de los derechos fundamentales ya existentes en el contexto digital.

Como hemos podido observar en los distintos casos presentados, no se busca crear una nueva rama del derecho, sino se busca priorizar la evolución y el ajuste de los derechos fundamentales que rigen cada uno de estos países a la realidad actual, una en constante cambio y con desafíos. Demostrando y priorizando la protección de los neurodatos de cada individuo insertándose como nuevas manifestaciones de los derechos fundamentales ya reconocidos, pero no negando su relevancia derivada de la necesidad de ser resguardados y asegurados, volviéndose parte de una preocupación pública que involucra la regulación en los marcos jurídicos de cada nación.

V. IMPLICACIONES PRÁCTICAS DE UNA POSTURA U OTRA

La forma en que se decida proteger jurídicamente los neurodatos tendrá consecuencias en la respuesta que el Derecho y los Estado den a los riesgos que surgen con el desarrollo de

las neurotecnologías. En particular, influye en la manera de regular su uso, en el alcance de la protección otorgada a la información neuronal y en los mecanismos jurídicos disponibles para proteger a las personas frente a posibles afectaciones de su privacidad, autonomía e integridad. Por ello, resulta necesario analizar las implicaciones prácticas que se derivan de reconocer los neuroderechos como una categoría autónoma o de considerar que su protección puede alcanzarse mediante la adaptación de los derechos fundamentales ya existentes (UNESCO, 2023; Castillo et al., 2026).

1. Si reconocen los neuroderechos como nuevos derechos

Si se optara por reconocer los neuroderechos como una nueva categoría de derechos fundamentales, una de las principales consecuencias prácticas sería la necesidad de construir un marco jurídico especializado para regular el uso de las neurotecnologías, tal como plantean Yuste et al. (2017) y la UNESCO (2023). Esto implicaría establecer reglas específicas sobre el tratamiento de los neurodatos, el consentimiento informado, la protección de la privacidad mental y la prohibición de prácticas que afecten la autonomía de las personas. Asimismo, esta regulación facilitaría la labor de los jueces al contar con parámetros normativos específicamente orientados a resolver conflictos derivados del desarrollo neurotecnológico.

A nivel comparado, la experiencia chilena demuestra que es posible avanzar hacia un reconocimiento jurídico específico de estas materias. La Ley N.º 21.383 modificó el artículo 19 de la Constitución chilena para establecer que el desarrollo científico y tecnológico debe estar al servicio de las personas y respetar su integridad física y psíquica. En el caso peruano, en cambio, esta alternativa supondría desarrollar legislación específica e incluso plantear un eventual reconocimiento constitucional, debido a que la Constitución Política de 1993 no contempla expresamente derechos vinculados con la protección de la actividad cerebral o los neurodatos (art. 1; art. 2, incs. 6 y 7).

2. Si basta adoptar los derechos fundamentales existentes

En el caso de que se considere que los neuroderechos no constituyen una categoría autónoma, sino nuevas manifestaciones de derechos fundamentales ya reconocidos, la principal consecuencia práctica será la interpretación evolutiva de los derechos constitucionales existentes. Bajo esta perspectiva, derechos como la dignidad humana, la intimidad, la libertad de pensamiento, la protección de datos personales y el libre desarrollo de la personalidad podrían extender su ámbito de protección para responder a los riesgos derivados del tratamiento de neurodatos, sin necesidad de modificar los textos constitucionales (Castillo et al., 2026).

Esta posibilidad ya se ha presentado frente al desarrollo de los derechos digitales. En algunos ordenamientos jurídicos, se ha considerado que no era necesario incorporar nuevos derechos de manera expresa, sino ampliar la interpretación de los derechos fundamentales ya reconocidos para responder a los nuevos escenarios tecnológicos. Esta postura parte de la preocupación de que una multiplicación constante de derechos pueda terminar debilitando su fuerza como exigencias jurídicas y morales. Precisamente, esta es una de las consideraciones que toman en cuenta algunos de los autores críticos con la propuesta de reconocer los neuroderechos como una categoría autónoma (De Asís, 2022).

3. Posición final

Desde nuestra perspectiva, los riesgos derivados del desarrollo de las neurotecnologías exigen una protección jurídica adecuada y reforzada; sin embargo, la especial naturaleza de los neurodatos no implica necesariamente el reconocimiento de una nueva categoría autónoma de derechos fundamentales. Luego de revisar las distintas posiciones, consideramos que los problemas relacionados con la obtención y el uso de neurodatos pueden ser atendidos, en principio, a través de los derechos fundamentales que ya reconoce el ordenamiento jurídico. Entre ellos se encuentran la dignidad humana, la intimidad, la integridad psíquica, la libertad de pensamiento y la protección de los datos personales. Desde esta perspectiva, los denominados neuroderechos podrían entenderse como una forma de aplicar estos derechos a situaciones que no pudieron ser previstas cuando fueron reconocidos, sin que ello implique necesariamente crear una nueva categoría de derechos fundamentales (De Asís, 2022; Bublit, 2025; Castillo et al., 2026).

Esto no significa que las particularidades de las neurotecnologías puedan quedar sin una respuesta jurídica. Por el contrario, consideramos necesario que la protección de los neurodatos se incorpore de manera adecuada al marco jurídico existente. Para ello, no solo resulta importante interpretar los derechos fundamentales de acuerdo con los nuevos escenarios tecnológicos, sino también contar con reglas que establezcan cómo debe realizarse el tratamiento de esta información. Asimismo, cuando estas tecnologías sean ofrecidas como productos o servicios, también deben tomarse en cuenta las normas de protección al consumidor. En estos casos, el deber de información adquiere especial importancia, pues el consumidor debería conocer las características y posibles implicancias del tratamiento de sus datos antes de aceptar el servicio o someterse a este tipo de tecnologías (Castillo et al., 2026; Congreso Constituyente Democrático, 1993; Ley N.º 29571, 2010).

Por estas razones, consideramos que, en el contexto actual, no resulta indispensable reconocer los neuroderechos como una categoría completamente nueva de derechos fundamentales. La alternativa que nos parece más adecuada es fortalecer la protección de los derechos que ya existen y adaptarlos a los riesgos que plantean las neurotecnologías. De esta manera, el Derecho puede responder a los nuevos escenarios sin perder de vista que su finalidad principal es proteger a la persona y garantizar el respeto de su dignidad, autonomía y esfera privada.

VI. CONCLUSIONES

Como se ha desarrollado a lo largo del presente texto, las neurotecnologías han planteado complejos desafíos para el derecho y el resguardo de la información y datos de los consumidores en las últimas décadas. El acceso a la actividad cerebral humana ha puesto en jaque una premisa que durante mucho tiempo se creía infranqueable: la mente como el último campo inaccesible de la libertad y privacidad personal. Frente a esta nueva realidad, dicha premisa se pone en peligro, lo que representa la necesaria intervención por parte de los sistemas jurídicos de cada nación. Es bajo esta premisa que también surge la duda que se busca responder en lo desarrollado: ¿Los neuroderechos constituyen una nueva categoría de derechos o, por el contrario, representan nuevas manifestaciones de derechos ya existentes?

La singularidad de los neurodatos no necesariamente implica que deban ser protegidos por una categoría autónoma del derecho. Como ha quedado demostrado a lo largo del trabajo, los marcos legales tradicionales (cuando son interpretados de manera evolutiva y se adaptan a

las problemáticas de las sociedades actuales) son capaces de ofrecer respuestas concretas a los desafíos planteados por la neurotecnologías. Cuando surgió el debate sobre el reconocimiento de los derechos digitales, en lugar de optar por reconocer en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo grupo de derechos fundamentales autónomos, se buscó la integración y protección de los derechos ya otorgados, claro, teniendo como mínima excepción, la integración del inciso 14 en el artículo 2 en la constitución peruana a través de la Ley N.º 31878: “El Estado garantiza, a través de la inversión pública o privada, el acceso a internet libre en todo el territorio nacional, con especial énfasis en las zonas rurales, comunidades campesinas y nativas” (El Peruano. 2023). Pero de todos modos al ser una incorporación mínima, no fue considerado como una inflación normativa innecesaria, como si lo habría sido el reconocimiento de toda una nueva lista de derechos para ese problema en concreto.

En definitiva, la solución no es crear nuevas categorías jurídicas cada que surge una innovación tecnológica o la digitalización avanza, la mejor alternativa sería centrarse en garantizar por medio de la interpretación y el reconocimiento de derechos implícitos, que los derechos fundamentales existentes puedan ofrecer una protección efectiva a la dignidad humana, la privacidad mental y la autonomía personal en los avanzados contextos tecnológicos; sin embargo, esta alternativa no puede entenderse como una fórmula absoluta, pues dependerá de la capacidad de cada sistema jurídico para responder adecuadamente a los riesgos y desafíos que plantean las nuevas tecnologías. Cuando se determine que los derechos existentes resulten insuficientes para brindar una protección efectiva, será necesario considerar el desarrollo de garantías o, incluso, de nuevas categorías jurídicas, pero mientras eso no suceda, la prioridad debe ser dotar de contenido y eficacia a los derechos ya reconocidos, adaptándolos a las nuevas realidades sin fragmentar innecesariamente el sistema del ordenamiento jurídico.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. <https://www.iecm.mx/www/sites/DDHH/publicaciones/01.pdf>
- Amaral, P. (2014). *Derechos de personalidad en las relaciones laborales y daño moral* [Tesis doctoral, Universidad de Burgos]. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38310.pdf>
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (1999). *Ley N.º 19.628: Sobre protección de la vida privada*. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=141599>
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2006). *Ley N.º 20.120: Sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana*. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idLey=20120&idVersion=2006-09-22>
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2021). *Ley N.º 21.383: Modifica la Carta Fundamental para establecer el desarrollo científico y tecnológico al servicio de las personas*. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?i=1166983&f=2021-10->
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2026). *Neuroética y derechos: desafíos jurídicos de las neurotecnologías* (Asesoría Técnica Parlamentaria). https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/38345/1/Informe_neuroetica_y_derechos_04_2026_ATP_BCNfnl.pdf

- Bublitz, J. C. (2025, 30 de junio). *No necesitamos neuroderechos nuevos, debemos desarrollar los que ya tenemos* [Entrevista]. Universitat Oberta de Catalunya. <https://www.uoc.edu/es/news/2025/entrevista-christoph-bublitz>
- Cámara de Diputados de Chile. (2025). *Constitución Política de la República de Chile: Texto actualizado al 7 de octubre de 2025*.
- Castillo Parrilla, J. A., Ramón Fernández, F., & Sanz de Galdeano Arocena, M. (2026). *Guía para el uso de neurodatos*. Atelier Libros Jurídicos. https://cdn.shopify.com/s/files/1/0908/7660/8853/files/OA_Guia_para_el_uso_de_neurodatos_INT_1.pdf?v=1777878608
- Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución Política del Perú*. Diario Oficial El Peruano. <https://www.gob.pe/institucion/presidencia/informes-publicaciones/196158-constitucion-politica-del-peru>
- Congreso Nacional de Chile. (2021). *Ley N.º 21.383. Modifica la Carta Fundamental para establecer el desarrollo científico y tecnológico al servicio de las personas*. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1166983>
- De Asís, R. (2022). Sobre la propuesta de los neuroderechos. *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, 47, 51–70. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/DYL/es/article/view/6873/5469>
- Gaceta UNAM. (2025). *Rafael Yuste: Neurotecnología, implicaciones para la ciencia, medicina y sociedad*. <https://www.gaceta.unam.mx/rafael-yuste-neurotecnologia-implicaciones-para-la-ciencia-medicina-y-sociedad>
- Gobierno de España. (2021). *Carta de Derechos Digitales*. Presidencia del Gobierno. https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf
- GIRARDI/EMOTIV INC. (2023, 9 de agosto). *Rol N.º 105065-2023 (Civil) Apelación Protección*. Corte Suprema de Chile. Buscador Unificado de Fallos del Poder Judicial.
- Hernández Pérez, M. E. (2023). *Iniciativa con proyecto de decreto por la que se adiciona un noveno párrafo y se recorren los subsecuentes del artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión.
- Huerta Ochoa, C. (2013). *Sobre la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28772.pdf>
- Ley N.º 31878. (2023). *Ley de reforma constitucional que promueve el uso de las tecnologías de la información y la comunicación, y reconoce el derecho de acceso a internet libre en todo el país*. El Peruano. <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/2218362-2>
- Lucas Verdú, P. (1989). La teoría escalonada del ordenamiento jurídico de Hans Kelsen como hipótesis cultural, comparada con la tesis de Paul Schrecker sobre “La estructura de la civilización”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, (66), 7–48.

- Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Pérez Luño, A. E. (2001). Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos. En F. J. Ansuátegui Roig (Coord.), *Una discusión sobre derechos colectivos*. Dykinson. <https://vlex.es/vid/diez-tesis-titularidad-derechos-humanos-177073>
- Sagüés, N. P. (2016). El concepto de "constitución viviente" (*living constitution*). En *La Constitución acosada* (pp. 25–41). Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4754/4.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2004). *Sentencia recaída en el Expediente N.º 2488-2002-HC/TC*. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02488-2002-HC.html>
- UNESCO. (2022). *Recomendaciones del Comité Internacional de Bioética de la UNESCO*. UNESCO. <https://www.unesco.org/es/articles/recomendaciones-del-comite-internacional-de-bioetica-de-la-unesco-0>
- UNESCO. (2023). *Ética de la neurotecnología: la UNESCO, líderes y expertos de alto nivel reclaman una gobernanza mundial*. UNESCO. <https://www.unesco.org/es/articles/etica-de-la-neurotecnologia-la-unesco-lideres-y-expertos-de-alto-nivel-reclaman-una-gobernanza>
- UNESCO. (2025). *Neurotechnology and human rights in Latin America and the Caribbean (Neurotecnología y derechos humanos en América Latina y el Caribe)*. UNESCO. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000397812/PDF/397812eng.pdf.multi.page=62>
- Yuste, R. (2017). *Four ethical priorities for neurotechnologies and AI (Cuatro prioridades éticas para las neurotecnologías y la IA)*. *Nature*, 551(7679), 159–163. <https://www.nature.com/articles/551159a>



NÚMERO 30, VOLUMEN 1