



Universidad Nacional Mayor de San Marcos  
Universidad del Perú. Decana de América  
Facultad de Derecho y Ciencia Política

ISSN: 3028-9726 (En línea) - ISSN-L: 2788-6689

# Lucerna Iuris et Investigatio

Número 7  
Diciembre - 2024  
Lima - Perú



---

# Lucerna Iuris Et Investigatio

---

Número 7, Diciembre 2024, Lima, Perú

La revista **Lucerna Iuris Et Investigatio**, es la publicación oficial de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, que publica artículos originales e inéditos, de investigación inter o transdisciplinarios de carácter jurídico y/o político. La revista Lucerna Iuris Et Investigatio es una publicación de periodicidad semestral. Los artículos son sometidos a revisores externos; especialistas que opinan bajo la modalidad de doble ciego y de manera anónima sobre la calidad y validez de los mismos.

**Depósito Legal N°** 2024-06477

**ISSN:** 2788-6689 (Impresa)

**ISSN:** 3028-9726 (En línea)

Portal web: <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/Lucerna/index>

© **Universidad Nacional Mayor de San Marcos**  
**Facultad de Derecho y Ciencia Política**

Av. Germán Amézaga n.° 375.

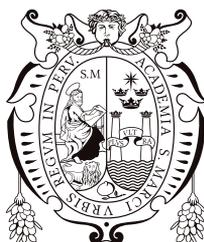
Cercado de Lima, Lima, Perú.

Teléfono: (01)619 7000 anexo 2023

Correo electrónico: [lucernaiuris.fdc@unmsm.edu.pe](mailto:lucernaiuris.fdc@unmsm.edu.pe)



Lucerna Iuris Et Investigatio  
Esta obra está bajo una Licencia Creative  
Commons Atribución 4.0 Internacional



**Universidad Nacional Mayor de San Marcos**  
**Facultad de Derecho y Ciencia Política**

---

## **Lucerna Iuris Et Investigatio**

---

Número 7, Diciembre 2024, Lima, Perú

### **DIRECTOR**

Dr. Chedorlaomer Rubén Gonzáles Espinoza

### **EDITOR GENERAL**

Dr. Francisco Miró Quesada Rada

### **COMITÉ EDITOR**

**Dr. Raúl Roosevelt Chanamé Orbe**  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos - Perú

**Dra. Marianella Leonor Ledesma Narváez**  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos - Perú

**Dr. Carlos Alejandro Cornejo Guerrero**  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos - Perú

**Abog. Julio Hernán Figueroa Bustamante**  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos - Perú

### **COMITÉ CONSULTIVO**

**Dr. Francisco Ramos Méndez**  
Universidad Pompeu Fabra, Barcelona - España

**Dr. Ulises Montoya Alberti**  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos - Perú

**Dr. Carlos Alberto Parma**  
Universidad Nacional de Córdoba - Argentina

**Dr. Carlos Augusto Ramos Núñez**  
Pontificia Universidad Católica Perú - Perú

**Dr. Aníbal Torres Vásquez**  
Universidad Nacional Mayor de San Marcos - Perú

**Dr. Carlos Alfredo Villavicencio Ríos**  
Pontificia Universidad Católica Perú - Perú

### **EDITORES ADJUNTOS**

Mg. Cyntia Raquel Rudas Murga  
Mg. Óscar Alberto Huerta Ayala  
Rosario Anthuaned Matallana Espinoza

## CONTENIDO

Presentación	3
<b>ARTÍCULOS</b>	
La tutela jurisdiccional del medio ambiente y los procesos colectivos en el Perú <b>Hernán Ruiz Bravo</b>	7
Inteligencia Artificial como herramienta para determinar el monto de alimentos en los procesos judiciales <b>María del Pilar Mónica Cabrera Ferreyra</b>	31
Apuntes sobre la inimpugnabilidad contra el auto que desestima el sobreseimiento articulado por el imputado en etapa intermedia. Un enfoque desde la convencionalidad <b>Iván Gómez Carrasco</b>	57
Tipificación de los delitos informáticos en la legislación peruana <b>Miguel Andrés Osmar Tapia Cornejo</b>	89
La cuestión social en las plataformas digitales: a propósito de una huelga de streamers en Twitch <b>Luis Alberto Quintana García</b>	119
¿Inocente o culpable? Alcances de la relación paradójica entre la Presunción de Inocencia y la Prisión Preventiva <b>Pamela Giulianna Pérez Raymundo</b>	131



## PRESENTACIÓN

El séptimo número de esta revista debió haber sido presentada como las seis anteriores, por nuestro amigo y colega Carlos Antonio Pérez Ríos. Su fortuita y sentida partida han dejado un inmenso vacío imposible de llenar no solo entre sus amigos y demás seres queridos, también en nuestra Facultad de Derecho y Ciencia política quienes a través de este número de la revista LUCERNA IURIS ET INVESTIGATIO rendimos homenaje a la obra y vida de uno de los mejores maestros que nos ha brindado nuestra Facultad.

El legado y vocación investigadora del Doctor Carlos Antonio Pérez Ríos, nos alienta a continuar con su obra a través de la revista; y, esperamos cuando menos igualar la capacidad de síntesis y comentarios al que nos tenía acostumbrado el singular maestro.

En esta oportunidad, Hernán Ruiz Bravo, trae a la palestra un tema de suma importancia para el contexto actual peruano: La tutela jurisdiccional del medio ambiente y los procesos colectivos en el Perú. En esta obra, se destaca que el ordenamiento jurídico peruano protege el medioambiente solo en su dimensión individual, ofreciendo así una protección parcial, insuficiente e incompleta. En ese sentido, se precisa que la falta de instrumentos procesales que protejan el ambiente en su dimensión colectiva e intergeneracional genera una vulneración del derecho de tutela jurisdiccional de las personas.

Por otro lado, Maria del Pilar Mónica Cabrera Ferreyra, desarrolla una investigación relacionada al futuro del derecho en general, destacando la posibilidad del uso de la Inteligencia Artificial como herramienta para la determinación del monto de alimentos en los procesos judiciales. La utilización de esta herramienta brindará, a consideración de su autora, un efectivo cumplimiento de los principios de celeridad, razonabilidad y proporcionalidad en la determinación del monto de la pensión por alimentos, aplicándose un diseño descriptivo no experimental de tipo jurídico-normativa (no exegética) de un enfoque cualitativo.

A su turno, Iván Gómez Carrasco, en su investigación titulada, "Apuntes sobre la impugnabilidad contra el auto que desestima el sobreseimiento articulado por el imputado en etapa intermedia. Un enfoque desde la convencionalidad" plantea la viabilidad de la impugnación, en este tipo de casos, a través de la apelación, para lo cual, señala de relieve, que lo regulado por el dispositivo legal correspondiente, no se ajusta a parámetros de convencionalidad que los jueces deben evaluar en cada caso concreto. En atención a ello, se propone la habilitación impugnativa mediante una reforma

legislativa para determinados supuestos, de tal forma que el proceso penal no se vea saturado ante sendas apelaciones.

Miguel Andrés Osmar Tapia Cornejo, por su parte, analiza si la Ley N° 30096 ofrece una tipificación que abarca los delitos cibernéticos actuales. Sobre el particular, el autor señala que los delitos informativos en Latinoamérica y Perú tomaron auge a partir de la pandemia y continúan actualmente ampliando su forma de trabajo, entre la suplantación de identidad, falsificación informática, fraude electrónico, ataques a la intimidad, estafas virtuales, entre otros, que afectan al ciudadano y las instituciones gubernamentales. Es por ello que, a consideración del autor, se hace necesario una revisión más profunda a las leyes, así como la implementación de medidas más radicales que no dejen impune este tipo de delitos, haciendo uso de acciones de investigación, seguimiento y captura más eficaces.

“La cuestión social en las plataformas digitales: a propósito de una huelga de *streamers* en Twitch”, es la obra que aporta Luis Alberto Quintana García. En esta investigación se analiza críticamente la cuestión social y la huelga a la luz de los conflictos surgidos en las plataformas, teniendo en cuenta la huelga desarrollada por los *streamers* en la plataforma *Twitch*. Para ello, se empieza conceptualizando el contenido de la cuestión social y el papel de la huelga como acción de la clase trabajadora para cambiar sus condiciones materiales de existencia con miras a explicarlos en los conflictos en las plataformas digitales. Posteriormente, se examina la huelga de los *streamers* suscitada en *Twitch* explicando: 1) los antecedentes y dimensión, 2) organización, demandas y acción colectiva, 3) finalización de la lucha y 4) el impacto en los espectadores; con dichos elementos, se tiene como objetivo establecer algunas lecciones y coincidencias cíclicas que permitan comprender cómo la cuestión social en nuestra época se virtualiza, así como la dimensión de su impacto en las relaciones laborales.

Finalmente, Pamela Giuliani Pérez Raymundo, es autora de la investigación denominada “¿Inocente o Culpable? Alcances de la relación paradójica entre la presunción de inocencia y la prisión preventiva”. En esta obra se analiza en qué medida los mandatos de Prisión Preventiva podrían llegar a trasgredir los límites de la investigación que representa la institución del Principio de la Presunción de Inocencia del investigado, a quien se le impone esta medida. Dentro de la investigación se destaca el preocupante resultado de la escasa consideración, tratamiento y análisis del Principio de Presunción de Inocencia del investigado en las Resoluciones Judiciales que le imponen la Prisión Preventiva dentro de un proceso, dejándolo así expuesto a la desproporcional y desmesurada aplicación de medidas coercitivas en su contra, vulnerando con ello otros principios reconocidos no solo por la norma procesal penal, sino también protegidos por la Constitución Política

del Perú; incumpliendo, todo ello, con los presupuestos requeridos para la imposición de esta medida de carácter excepcional.

Estamos seguros de que la lectura de estas importantes investigaciones permitirá repensar el tratamiento de las temáticas abordadas, así como la generación de nuevas perspectivas para su análisis y tratamiento jurisdiccional. alternativas de solución para el acceso de los reos liberados al mercado laboral previa educación formativa para el trabajo.

A su turno Rafael Roosell Páez Advíncula y Mirko Dino Cano Gamero, en su investigación titulada, “Violencia familiar en el Perú por agresión física e incompatibilidad de caracteres” analizan tendencias, diferencias y patrones en esta temática para consolidar medidas de prevención, protección sobre la violencia familiar en el país. Para analizar y comprender la incidencia de denuncias de violencia familiar por agresión física e incompatibilidad de caracteres en el Perú, entre 2011 y 2022, establecen un enfoque cuantitativo para abordar el nivel de conciencia sobre este problema social y promover medidas efectivas a través del análisis estadístico e inferencial. Los hallazgos resaltan la importancia de fortalecer las medidas de protección, promover la educación y mejorar los sistemas de registros de denuncias. El análisis estadístico que presentan muestra las tendencias significativas en la agresión física, enfatizando la necesidad de medidas preventivas y protectoras. Los datos recopilados les permiten identificar patrones y variaciones en las denuncias, ayudando a comprender el impacto de la violencia familiar en el Perú.

“Blockchain como medio probatorio procesal” es la investigación que aporta Gerardo Huamán Morales en la que afirma que la aparición de la tecnología Blockchain, junto con la primera criptomoneda llamada Bitcoin, han causado el inicio de una revolución tanto tecnológica como social y económica. Se habla una nueva forma de entender la economía, de una nueva fase de la internet llamada Web 3.0 e incluso, de nuevas formas de relación social. Afirma el autor que la blockchain puede ser considerada como prueba informática en algunos casos, así como también como un tipo pericia. La verdadera pregunta es si será sencillo aplicar este conjunto de conocimientos en la actividad probatoria de un proceso; cabe preguntarnos qué tipo de medio probatorio sería blockchain. ¿Es documento típico o es atípico? ¿Cómo se propondría dentro de la litis? ¿Cuál sería su actuación? Informa que recién en la década del 2010 fue cuando empezaron a admitirse pericias relacionadas con la blockchain en los países del primer mundo; en nuestro país el tema es muy poco conocido y es de esperar que muchos de los operadores de justicia ignoren su existencia, y quienes la conozcan tengan muchas dificultades al momento de interpretar una pericia, una opinión, o incluso un medio de prueba que esté relacionada con esta tecnología.

José Antonio Manrique Cervantes nos ofrece un importante estudio sobre el tratamiento tributario de las criptomonedas en el Perú. Afirma que las criptomonedas son intangibles digitales, cuyo uso se ha masificado y su valor se ha incrementado exponencialmente en los últimos años, que, sin embargo, a pesar de haber transcurrido más de una década desde su creación, es escasa la normativa en torno a las criptomonedas; y, en particular, en lo que concierne al derecho tributario, es prácticamente nula. Deja entrever que a pesar de que en el Perú no existe aún normativa tributaria específica sobre criptomonedas, es posible que algunos impuestos, por su carácter general, graven algunos tipos de operaciones que se llevan a cabo con criptomonedas.

Finalmente, María Carmela Mosquera Lagos es autora de la investigación titulada “Limitación probatoria del ejecutado en el proceso único de ejecución de títulos valores incompletos en Perú”. Considera que la importancia de los títulos valores en el desarrollo comercial dentro de la sociedad es indiscutible porque posibilita un rápido y seguro movimiento de los derechos de crédito; así como su circulación, por cuanto los derechos de patrimonio que incorpora el título valor se encuentran unidos con el derecho de crédito; por consiguiente, el título valor debe cumplir con los requerimientos y las puntualidades previstas en la Ley N° 27287 para que sea calificado como válido.

Estamos seguros que la lectura de estas importantes investigaciones permitirá repensar el tratamiento de las temáticas abordadas, así como la generación de nuevas perspectivas para su análisis y tratamiento jurisdiccional.

*Chedorlaomer Rubén Gonzales Espinoza*  
*Director*

## INVESTIGACIONES NACIONALES

# La tutela jurisdiccional del medio ambiente y los procesos colectivos en el Perú

## The jurisdictional protection of the environment and collective processes in Peru

*Hernán Ruiz Bravo*

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

<https://orcid.org/0000-0002-6273-7871>

[hernan.ruiz3@unmsm.edu.pe](mailto:hernan.ruiz3@unmsm.edu.pe)

Presentado: 09/03/2024 - Aceptado: 02/12/2024 - Publicación: 31/12/2024

### Resumen

El derecho a un ambiente sano, a diferencia de otros derechos fundamentales cuenta y exige ser protegido en varias dimensiones: individual, colectiva e intergeneracional, como un derecho autónomo y como un derecho esencial para la realización de otros derechos fundamentales. Sin embargo, el ordenamiento jurídico civil peruano y, en general, protege el medioambiente solo en su dimensión individual a través de la acción negatoria y la responsabilidad civil extracontractual, ofreciendo así una protección parcial, insuficiente e incompleta, contrario a la jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH y países como Colombia y México. La falta de instrumentos procesales que protejan el ambiente en su dimensión colectiva e intergeneracional genera una vulneración del derecho de tutela jurisdiccional porque los justiciables no pueden acceder a la justicia, obtener una resolución motivada y fundada en derecho, y tampoco a la afectividad de su derecho. La dimensión colectiva del ambiente exige un nuevo instrumento procesal de protección del ambiente, no previsto en el CPC, que garantice las acciones de prevención, recomposición y reparación del ambiente.

**Palabras clave:** Tutela jurisdiccional, medioambiente, procesos colectivos, dimensión colectiva.

### **Abstract**

The right to a healthy environment, unlike other fundamental rights, counts and demands to be protected in various dimensions: individual, collective, and intergenerational, as an autonomous right and as an essential right for the realization of other fundamental rights. However, the Peruvian civil legal system, and in general, only protects the environment in its individual dimension through the negatory action and extra-contractual civil liability, thus offering partial, insufficient, and incomplete protection, contrary to the jurisprudence developed by the Court IDH and countries like Colombia and Mexico. The lack of procedural instruments that protect the environment in its collective and intergenerational dimension generates a violation of the right to judicial protection because litigants cannot access justice, obtain a reasoned and legally grounded resolution, and neither the effectiveness of their right. The collective dimension of the environment demands a new procedural instrument for environmental protection, not provided for in the CPC, which guarantees actions for prevention, restoration, and repair of the environment.

**Keywords:** Judicial protection, environment, collective processes, collective dimension.

---

## **I. Introducción**

El presente estudio hace un recuento de los principales hitos ambientales de regulación del derecho ambiental como la Declaración de Estocolmo, Suiza, de 1972, que establece las obligaciones estatales de protección del ambiente; el Informe Brundtland, de 1987, sobre desarrollo sostenible y la Declaración de Río, de 1992, que reconoce el derecho a un ambiente sano. Asimismo, se menciona la normativa constitucional sobre medio ambiente, advirtiendo que la Constitución de 1979 reconoció con mayor amplitud el derecho a un ambiente sano que la Constitución de 1993.

Compara el contenido esencial del derecho a un ambiente sano desarrollado por el Tribunal Constitucional peruano y la Corte IDH, la Suprema Corte de México y la Corte Constitucional de Colombia, donde se advierte que el TC peruano tiene una concepción antropocéntrica del ambiente, que protege el disfrute de las personas sobre el objeto, naturaleza; mientras que la Corte IDH, la Suprema Corte de México y la Corte Constitucional de Colombia han cambiado de paradigma, que protegen la naturaleza, los derechos bioculturales y reconocen el ambiente como un derecho autónomo.

Finalmente, se señala las vías de protección que el ordenamiento jurídico peruano tiene para la protección del medio ambiente, las mismas que son deficientes, en tanto, solo se interesan en la protección del ambiente en cuanto tenga vínculo con algún derecho individual (salud, vida, propiedad, libre desarrollo de la personalidad), no protegen los derechos colectivos y difusa. Por ello, la tutela jurisdiccional del ambiente no es efectiva, ya que

el acceso a los órganos jurisdiccionales no está garantizado a través de instrumentos procesales idóneos como el «proceso colectivo», que permite la tutela del derecho a un ambiente en su dimensión colectiva.

## **II. El reconocimiento del derecho a un medio ambiente como derecho fundamental**

La preocupación por la protección del medio ambiente se inicia en el siglo XX, debido al impacto de la industrialización<sup>1</sup> y el modelo de desarrollo económico extractivista que generaron niveles de contaminación, destrucción y disminución de los recursos naturales, nunca registrados, que de no tomarse las medidas necesarias y oportunas la existencia del hombre y los demás seres vivos (plantas y animales) en el planeta corría peligro de extinción. Estas preocupaciones llevaron a la comunidad internacional a celebrar declaraciones, conferencias y tratados internacionales en materia ambiental.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, celebrada en Estocolmo, Suiza, en 1972, denominada Declaración de Estocolmo<sup>2</sup>, fue la primera en reconocer la preocupación por la protección del ambiente. El principio I señala que toda persona tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita una vida digna y gozar de bienestar (...); no reconoce expresamente el derecho a un ambiente sano, pero sí establece la obligación de los Estados de proteger el medioambiente en favor de la sociedad actual y las generaciones futuras. Esta Declaración es considerada la partida de nacimiento del Derecho Ambiental, porque permite el desarrollo de normativa ambiental internacional y nacional.

El segundo momento tiene lugar en 1987, cuando la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo de Naciones Unidas<sup>3</sup>, luego de varios años de trabajo y reuniones, presentó el informe denominado «Nuestro Futuro Común», más conocido como Informe Brundtland, en honor a su presidenta, la primera ministra de Noruega, Gro Harlem Brundtland. Este informe<sup>4</sup> desarrolla por primera vez el concepto de desarrollo sostenible y, en su anexo I, ratifica el principio 1 de la Declaración de Estocolmo sobre la protección del medio ambiente. Asimismo, reconoce otros derechos fundamentales de carácter procesal como el derecho de acceso a la información sobre el estado del medio ambiente y los recursos naturales, el derecho de consulta y participación en la toma de decisiones, el derecho a presentar recursos y el derecho a la reparación por daños a la salud y al medio ambiente, que posteriormente dieron lugar al Convenio de Aarhus<sup>5</sup> (1998) y el acuerdo de Escazu<sup>6</sup>(2018).

El tercer momento tiene lugar con la celebración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de Río de Janeiro,

celebrada en Brasil en 1992, denominada Declaración de Río, que reconoce el derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza. Para Gamboa (2023), esta declaración termina por reconocer el derecho a un ambiente sano (p. 17). Postura académica que no es compartida por Gunther Handll (2012; como se cita en Ducan, 2023), porque el principio 1 de la declaración señala los «seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza», pero en ninguna parte se señala «las personas tienen derecho a un ambiente sano» (...) (p. 4).

Las preocupaciones ambientales y la influencia de las declaraciones sobre medio ambiente en el mundo, llevo al constituyente peruano a constitucionalizar este derecho para otorgarle tutela jurídica para garantizar el bienestar actual y futuro de las generaciones (Wieland, 2017, p. 29). En Perú, la Constitución Política de 1979, inspirada en la Constitución española del año anterior reconoció por primera vez el derecho a un ambiente sano, en el artículo 123, en el título de régimen económico, fuera del catálogo de derechos fundamentales.

Artículo 123 de la Constitución Política de 1979. Todos tienen el derecho de habitar en un ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación del paisaje y la naturaleza.

Todos tienen el deber de conservar dicho ambiente. Es obligación del Estado prevenir y controlar la contaminación.

La regulación del artículo 123 en la Constitución Política de 1979 fue amplia; comprendió el reconocimiento del derecho subjetivo a un ambiente saludable, equilibrado y adecuado y el derecho de preservación del paisaje y la naturaleza. Además, contemplaba obligaciones estatales, como la obligación de conservación, prevención y control de la contaminación ambiental (Rubio, 1999, p. 412). Obligaciones que 14 años después con la Constitución de 1993 fueron dejadas de lado, porque colisionaban con la idea neoliberal del constituyente de 1993, que redujo al mínimo la intervención del Estado en la sociedad y el mercado, y que privilegió la constitución económica sobre la constitución ecológica, causando así una débil protección ambiental.

La Constitución de 1993 deja ausencias importantes, que son lamentables y que vale la pena hacer referencia como el derecho de preservación de la naturaleza y el paisaje, derecho que en el mundo contemporáneo es importante para las generaciones actuales y futuras porque busca evitar la destrucción de la naturaleza y los paisajes, y las obligaciones estatales

señaladas anteriormente, sin embargo, es preciso señalar que no todo es malo, porque incorporó el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al catálogo de derechos fundamentales (art. 2 numeral 22), incluso agregó derechos que no estaban previstos en la Constitución abrogada como el derecho a la paz, la tranquilidad, el disfrute del tiempo libre y el descanso.

### **III. Contenido esencial del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado**

El contenido del derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado ha sido desarrollado jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional (TC en adelante) desde el 2002, con la sentencia expedida en el expediente N.º 0018-2001-AI /TC<sup>7</sup>, criterio jurisprudencial ratificado en otras sentencias expedidas en los expedientes N.º 0048-2004-PI/TC, N.º 01272-2015-PA/TC Callao y el expediente N.º 004-2021-PI/TC, que reconoce que el contenido del derecho a un ambiente está determinado por dos elementos esenciales: (1) el derecho a gozar de un medio ambiente adecuado y equilibrado al desarrollo de la vida y, (2) el derecho a preservar el medio ambiente.

El medio ambiente adecuado significa que el entorno natural y/o artificial tiene que ser idóneo para la vida de las personas, que reúne las condiciones mínimas y elementales para que las personas se desarrollen dignamente. Por su parte, el ambiente equilibrado, significa equilibrio y balance que debe de existir entre la protección del ambiente y el desarrollo de actividades económicas, de tal manera ningún extremo es bueno, ni la excesiva protección del ambiente ni el desarrollo de actividades económicas sin control. Un ambiente es equilibrado cuando sus elementos (agua, tierra, aire, suelo, clima) tienen una interrelación natural y armónica, sin alteraciones sustantivas. Los límites máximos permisibles son la medida del ambiente equilibrado.

El derecho a preservar obliga mantener el estado óptimo y las condiciones adecuadas de los bienes ambientales para su disfrute (Monge, 2022, p. 229). Es decir, este derecho entraña obligaciones ambientales ineludibles que el Estado debe de cumplir para la satisfacción y realización de este derecho, como también comprende obligaciones generales de los particulares, y las obligaciones especiales de quienes realizan actividades extractivas o tecnológicas riesgosas, por la eficacia vertical y horizontal de los derechos fundamentales.

El contenido del derecho a un ambiente sano no es el mismo en todos los países, cada Estado le asigna un estándar de protección diferente en su territorio. Esto se debe a la falta de positivización internacional del derecho a un ambiente limpio, saludable y sostenible que obligue a los países a implementar un estándar único de protección del ambiente (Ducan, 2023, p. 19). Para alcanzar este fin el Consejo de Derechos Humanos de la Naciones

Unidas en el 2021, aprobó la resolución A/HRC/RES/48/13, que reconoce por primera vez y a nivel internacional el derecho humano a un ambiente limpio, saludable y sostenible.

La concepción del TC peruano en materia de derechos ambientales es antropocéntrica, por ello, su jurisprudencia tiene al hombre «respeto a su dignidad» como el destinatario y el centro de las preocupaciones morales. La naturaleza es protegida, en tanto resulte indispensable y de utilidad para las personas y los aspectos ambientales esenciales para el cumplimiento de los derechos humanos. Concepción que en su oportunidad fue compartida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, en adelante) durante 16 años<sup>8</sup> (Montalván, 2020, p. 65), pero desde el 2017 ha sido superada con la emisión de la Opinión Consultiva (OC) OC-23/17 y la sentencia *Lhaka Honhat vs Argentina*.

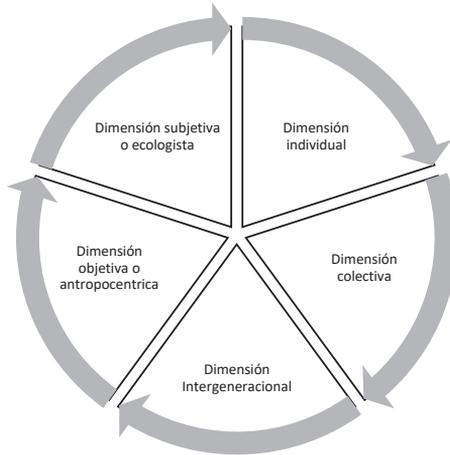
La Corte IDH con la OC-23/17 y la sentencia *Lhaka Honhat vs Argentina* establece una nueva jurisprudencia en el sistema interamericano que podríamos denominarlo «ecocéntrica», reconoce que el contenido sustancial del derecho a un ambiente sano es la naturaleza y por tanto, se debe los ríos, bosques, suelos, mares, aire y otros como intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o falta de evidencia sobre el riesgo a las personas individuales, reconoce la autonomía a este derecho (Corte IDH, 2017, par.62). El hombre ha dejado de ser el centro y destinatario de las preocupaciones morales y se convierte en un ser que importa su existencia al igual que los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta (f.62).

Con el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte IDH se ha pasado de la «protección por conexión» del ambiente a una protección amplia, a una protección en diferentes dimensiones como la colectiva e intergeneracional. Eso significa que el ambiente constituye un interés universal y, por tanto, supone obligaciones ambientales para el Estado y los particulares, para proteger la vida digna y la integridad de las personas, y la existencia de las demás especies. Obligaciones que se enmarcan en un estándar de debida diligencia<sup>9</sup> y teniendo en cuenta los principios de prevención y cautela del Derecho Ambiental.

La Suprema Corte de la Nación de México se adhirió a esta doctrina jurisprudencial<sup>10</sup>, reconoce que el derecho a un ambiente sano debe ser protegido en su dimensión individual, colectiva, intra e intergeneracional, como derecho autónomo y esencial, para la realización de otros derechos fundamentales, de tal manera que permita a las personas los más altos niveles salud posibles, acceso a los recursos hídricos, etcétera, y también que garantice el derecho de existencia digna a los demás seres vivos con quienes compartimos el planeta. Como se puede advertir, el contenido sustantivo del derecho a un ambiente sano se desenvuelve entre las dimensiones

antropocéntrica y ecologista, cuyo núcleo esencial de protección ya no es el hombre sino la naturaleza.

**Figura 1**  
*Dimensiones del derecho a un medio ambiente sano desde la perspectiva ecocéntrica*



Fuente: Elaboración propia.

La nueva concepción «ecocentrista» del ambiente pasa por reconocer derechos a la naturaleza, tal como hizo la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-622/16, que reconoció al río Atrato como sujeto de derechos, para fines de conversación y protección. Y también por poner énfasis en la protección de la dimensión colectiva del ambiente como un interés universal<sup>11</sup>. En este punto, la protección del ambiente requiere de instrumentos procesales diferentes a los tradicionales, que en Perú no ha sido implementado ni normativa ni jurisprudencialmente. Se requiere de un proceso con principios procesales diferentes que reconozca la legitimación colectiva y difusa, con cambios respecto a las cargas probatorias del nexo causal entre las acciones u omisiones y los riesgos y daños al ambiente, cambio en los efectos de las sentencias para garantizar la reparación *in natura* de este derecho elemental.

#### **IV. Vías de protección del medio ambiente en el ordenamiento jurídico peruano**

Señalábamos que la falta de reconocimiento internacional del ambiente como derecho autónomo ha generado que los Estados opten por establecer su propio estándar de protección ambiental y las vías de tutela. En ese sentido, nuestro ordenamiento jurídico tiene las siguientes vías de protección indirecta del medio ambiente:

### **a. En el derecho administrativo**

El derecho administrativo como rama del derecho público, esta premunido de potestad sancionadora, lo que permite que la administración pública pueda intervenir en la actividad de los privados que realizan actividad económica imponiendo sanciones administrativas, cuando violan e incumplen obligaciones contenidas en la normativa ambiental (límites máximos permisibles, desarrollo de actividades riesgosas sin autorización de la autoridad competente) y las obligaciones establecidas en instrumentos de gestión ambiental (IGA), así como incumplimiento de compromisos ambientales contenidos en contratos de concesión, etcétera.

La imposición de sanciones administrativas se realiza a través del procedimiento administrativo sancionador (PAS, en adelante), respetando los principios y garantías mínimas del debido proceso, derecho de defensa y principio de tipicidad. Los PAS en materia ambiental son realizadas por medio de entidades con competencia fiscalizadora y sancionadora como los ministerios, gobiernos regionales, locales. El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA, en adelante) es una de las entidades que desde el 2014 a la actualidad ha venido de manera progresiva asumiendo las funciones de sanción de diferentes sectores económicos. Lo últimos subsectores que ha asumido, conforme al Decreto Supremo N.º 006-2023, son transporte, vivienda, construcción, saneamiento, comunicaciones, defensa, justicia, salud, educación y cultura.

La técnica de protección del derecho administrativo en favor del medioambiente son las sanciones administrativas que impone la autoridad a través del PAS. Las sanciones son: (a) amonestaciones, (b) multas, (c) decomisos, (d) suspensión de la actividad o cancelación de los permisos, licencias, concesiones u otro, (e) clausura temporal o definitiva del establecimiento que ha generado la infracción de e la normativa ambiental.

El Derecho Administrativo no brinda una protección efectiva porque se necesita que el PAS determine, primero, la responsabilidad administrativa de la persona, para luego recién dictar medidas correctivas, de tal manera que mientras dure el procedimiento no hay reparación al medioambiente. Ello, porque la responsabilidad administrativa en Perú entiende que la reparación del daño ambiental es una consecuencia de la infracción administrativa, cuando son independientes, la sanción administrativa es diferente de la reparación (Grandez, 2019).

### **b. En el derecho civil**

En el derecho civil como disciplina que regula las relaciones jurídicas entre particulares, encontramos dos técnicas de protección indirecta del medio ambiente, la acción negatoria y la responsabilidad civil extracontractual.

Técnicas que buscan reparar los daños causados a derechos que tienen vínculo con el medioambiente como el patrimonio (cosechas, ganados, sembríos, plantaciones), la salud (enfermedades respiratorias, gastrointestinales, dermatológicas, neurológicas, etc.), la integridad física, entre otros, provenientes de agresiones de carácter ambiental, causadas por la actividad humana o por abuso del derecho de propiedad o por agentes contaminantes.

La acción negatoria como tal no se encuentra regulada en el Código Civil (López, 2011, p. 20). Sin embargo, tiene lugar en las relaciones de vecindad, por ejemplo, cuando determinado vecino tiene su fábrica que emana humo, polvareda, ruidos molestos o tiene un criadero de animales (cerdos o ganado) que propagan olores desagradables, al punto que perturba la tranquilidad de los vecinos de los predios colindantes y que no les permite gozar de un derecho de un ambiente adecuado. Entonces, frente a esos conflictos los vecinos perjudicados pueden recurrir ante juez a fin de solicitar el cese de estas actividades contaminantes y a la vez pedir que se dicten medidas correctivas para prevenir daños y la indemnización por los daños causados, amparándose en el artículo 924 del Código Civil que regula el ejercicio abusivo del derecho de propiedad.

Por su parte, la responsabilidad civil extracontractual<sup>12</sup>, en términos generales, está orientada a reparar e indemnizar daños y perjuicios donde no hubo vínculo o relación contractual entre el agente y la víctima. Su objeto es resarcir daños patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y no patrimoniales (daño moral y daño a la persona). Daños que como señaló Fernández (2019), implican afectaciones al patrimonio de las personas o que afectan la integridad de los sujetos en su esfera individual, como los sentimientos, afectos, intimidad (faz interna); la integridad personal, en tanto la persona es mente y cuerpo (p. 98).

En materia ambiental, el daño ambiental es aquella afectación que se produce al ambiente y sus componentes, a consecuencia de la contravención o no de normas jurídicas, que genera efectos negativos actuales o potenciales (artículo 142 de la Ley General del Ambiente, LGA en adelante). De esta definición, se puede identificar que existen dos tipos de daño ambientales, el daño por influjo ambiental y el daño puro. El primero conocido también como daño tradicional, en tanto implica afectación de bienes o derechos individuales como la salud, la vida, libre desarrollo de la personalidad; el segundo, implica un daño directo al ambiente y sus componentes (agua, suelo, aire, flora y fauna) y las implicancias son el colectivo.

Dentro del daño puro ambiental, el artículo 142.2 de la LGA menciona «efectos negativos potenciales y actuales». Es decir, el daño al ambiente puede ser real o potencial. El primero significa que las actividades humanas extractivas, mineras, tecnológicas, entre otras, han generado un deterioro

o un perjuicio actual en el medio ambiente y que está probado. El daño potencial implica la posibilidad de que, a corto, mediano o largo plazo, una contingencia, eventualidad o proximidad genere un impacto ambiental negativo (daño).

La responsabilidad civil extracontractual es la vía legitimada para demandar daños y perjuicios ambientales, pero no la más idónea para proteger el medioambiente en su dimensión colectiva de las agresiones ambientales proveniente del sector minero, textil, petrolero, gasífero, tecnológico, entre otros (Vidal, p. 29), por varias razones, porque los nuevos daños ambientales tienen características diferentes a los daños tradicionales; por ausencia de rol preventivo de la responsabilidad civil<sup>13</sup>; por falta de formación académica de los profesionales del derecho, por los problemas de diseño que tiene proceso actual, la ausencia de un proceso colectivo con principios propios. Problemas que terminan solo por tutelar el daño al ambiente por influjo y no su dimensión colectiva.

Por tanto, el derecho civil y el sistema de responsabilidad civil en Perú al regular relaciones jurídicas particulares y tener por objeto la reparación dineraria de los daños ambientales «tutela resarcitoria» a nivel individual, no se condice con los principios del derecho ambiental, que buscan, primero la tutela preventiva, esto es, prevenir o detener cualquier amenaza de daño antes de su ocurrencia, aquí cumplen un papel importante los principios precautorio y de prevención; si pese a los esfuerzos, los principios precautorio y de prevención sucumben y tiene lugar la ocurrencia del daño, se busca la recomposición o reparación *in natura* del ambiente y, finalmente, si existe un daño y las cosas no pueden retornar a su estado anterior procede la reparación, que supone una indemnización dineraria sustitutiva.

### **c. En derecho penal**

La protección del ambiente en el ámbito del Derecho Penal se hace mediante la sanción a las conductas graves que lesionan el medioambiente y los derechos sustantivos de las personas. El título XII del Código Penal (CP) sanciona conductas que generan contaminación al ambiente y sus componentes, el equilibrio de los sistemas naturales y el equilibrio ecológico, y, las conductas de los funcionarios o servidores públicos que lesionan el correcto funcionamiento de la administración pública. El código penal recoge 21 delitos, 7 delitos de contaminación, 11 delitos contra los recursos naturales y 3 delitos de responsabilidad funcional e información falsa.

Dentro de las acciones que prevé el Derecho Penal para tutelar el medioambiente y los recursos naturales encontramos la sanción penal y la responsabilidad civil derivada del delito. La responsabilidad civil no tiene su fundamento en el delito, así lo establece el artículo 12 del Código Procesal Penal (CPP). Sin embargo, la responsabilidad civil se sustenta en un criterio

de economía procesal y a fin de evitar las peregrinaciones jurisdiccionales se busca juntar las dos acciones en un solo proceso a fin de que las personas y el medio ambiente reciban una reparación rápida. Puede ocurrir también que el imputado termine siendo absuelto porque prescribió la acción penal, pero condenado al pago de una reparación civil<sup>14</sup>.

El artículo 11 del CPP establece que el ejercicio de la acción civil corresponde al Ministerio Público y al perjudicado del delito. Para solicitar la reparación civil el perjudicado tiene que constituirse en actor civil teniendo en cuenta el procedimiento y la etapa procesal establecido en el artículo 100 del CPP. La reparación civil derivada del delito conforme al artículo 93 del Código Penal comprende: (i) la restitución del bien, o si es posible, el pago de su valor; (ii) la indemnización de los daños y perjuicios. Esto significa que la reparación civil derivada del delito debe comprender la reparación *in natura* y la responsabilidad por influjo ambiental.

En la práctica jurídica es una constante que en las investigaciones por delitos ambientales se tenga como perjudicado al Estado, ello, porque se parte de la premisa que el derecho a un ambiente sano al ser un derecho difuso la defensa le corresponde al Estado, a través de la procuraduría pública especializada en Delitos Ambientales del Ministerio del Ambiente<sup>15</sup>. Lo cual es correcto en parte, por el carácter de colectivo y difuso del medioambiente, sin embargo, hay que tener en cuenta también el carácter individual del ambiente. Por ello, no es del todo correcto que no se permita a los agraviados participar y constituirse en actor civil.

El problema de la reparación civil derivada del delito es que, pese a que el medio ambiente es de carácter colectivo, la reparación *in natura* no es prioridad. La mayoría de las reparaciones obtenidas son dinerarias, terminan en las del Estado, pero no destinadas a reparar el medio ambiente. Muy por el contrario, son dirigidas a otros fines como el pago de personal, el mantenimiento de instalaciones, la adquisición de mobiliario, entre otros.

De la gran mayoría de sentencias expedidas en procesos penales en delitos contra los recursos naturales (Tráfico ilegal de productos forestales maderables, obstrucción al procedimiento administrativo)<sup>16</sup>, se condena a pagar reparación civil y penas multa. Sin embargo, también hay jueces que dictan sentencias y que disponen reparar el medioambiente, es el caso de la carpeta fiscal N.º 75-2018, a cargo de la fiscalía provincial Mixta de Ocalli, Amazonas, que denunció al alcalde distrital por la comisión del delito de contaminación ambiental (art. 304 Código Penal) por vertimiento de aguas residuales y domiciliarias de la PTAR, quien se acogió al mecanismo de terminación anticipada y el Juez de Investigación Preparatoria le impuso 3 años y 4 meses de pena suspendida y fue condenado al pago de una reparación civil de s/ 1,000.00 y ha reforestar 650 plantaciones<sup>17</sup>.

#### **d. En el derecho constitucional**

En el ámbito del Derecho Constitucional la vía procesal por excelencia para la defensa del medio ambiente es la acción de amparo. La misma que procede ante acción u omisión del funcionario, autoridad o persona que lesione o amenace el derecho fundamental a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado para la vida, previsto en el artículo 2, numeral 22 de la Constitución Política del Perú (CPP)<sup>18</sup>. Su base constitucional es el artículo 200, literal b y el numeral 25 del artículo 44 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

La legitimación para interponer la demanda de amparo por vulneración del derecho sano recae en la persona afectada (art. 39) y la Defensoría del Pueblo, conforme a sus atribuciones (art. 40), de acuerdo con el Nuevo Código Procesal Constitucional. La finalidad del proceso de amparo conforme al artículo 1 del nuevo código es la protección de derechos de naturaleza individual y colectiva, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo. El nuevo código a diferencia del antiguo<sup>19</sup> ha reducido la legitimación de los demandantes y la defensa del derecho al medio ambiente solo a la dimensión individual y colectiva, dejando fuera a los derechos difusos, como si permite en el proceso de cumplimiento.

¿Es posible reponer las cosas al estado anterior en materia ambiental? en nuestra perspectiva es discutible, talar bosques, por ejemplo, es una acción que generan impactos negativos en el medioambiente (agua, suelo, flora, fauna, personas) y el hecho que se ordene plantar nuevos árboles «reforestar» no es reponer al estado anterior en materia ambiental, porque, primero, ¿Cuál era el estado anterior a la afectación?, no se conoce, no se tiene información de ese estado, de tal manera que si no se conoce algo como es posible que se pueda volver a esa situación anterior; segundo, reponer al estado anterior en materia ambiental, no pasa por un tema visual, porque, claro, alguien dirá, si se talaron arboles sembrando nuevos ya está repuesto el estado anterior, lo cual no es correcto porque el árbol no solo es madera, los árboles brindan servicios ecosistémicos y servicios ambientales<sup>20</sup>.

El proceso de amparo procede ante la violación o amenaza de violación de derechos constitucionales, reponiendo a su estado anterior (...). La violación implica un daño real o potencial al medioambiente, por ejemplo, cuando una comuna edil dispone la remodelación de un parque en tres etapas, la primera causa la pérdida del 1 % de la cobertura boscosa, y las demás etapas, según el estudio de impacto ambiental, causarán un 2 % de la perdida de bosque. En este caso, estamos ante un daño real, actual y probado, que es la pérdida del 1% del bosque del parque, y también estamos ante un daño potencial, a corto plazo: la ejecución de las demás etapas del proyecto. En este caso, el proceso de amparo buscara que la comuna no ejecute las demás

etapas del proyecto. Y respecto a la pérdida del 1 % del bosque, ¿se ordenará reponer al estado anterior? El Tribunal Constitucional, en la sentencia del expediente N.º 1757-2007-PA/ Lima, dijo que no, por ser un daño irreparable y solo dispuso que la entidad no vuelva a incurrir en dicha acción.

El supuesto de amenaza de violación en el proceso de amparo exige que sea cierta, es decir, real; inminente, que este próxima a realizarse. El Tribunal Constitucional en el expediente N.º 0091-200-PA-TC, señaló que la amenaza es cierta cuando se fundada en hechos reales, y no en imaginarios; y de inminente realización, cuando el daño ocurra en un futuro inmediato, y no en uno remoto. El perjuicio tiene que ocurrir en un futuro inmediato debe ser (i) real, porque tiene que sustentarse en hechos verdaderos; efectivo, esto es, que no hay duda de que lesionara derechos constitucionales; tangible, que puede percibirse de manera precisa; e ineludible, que indiscutiblemente implicara una violación concreta (f. 8). Este desarrollo jurisprudencial es incongruente con los principios ambientales como precautorio y prevención.

Finalmente, todo daño exige reparación. En esa línea, el proceso de amparo no es una alternativa para reparar daños ambientales; su finalidad es la protección de derechos constitucionales ante la violación o amenaza de violación, reponiéndolos a su estado anterior (...), aunque en materia ambiental esto es subjetivo, por las razones ut supra. Por el principio general del daño, el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en el expediente N.º 0048-2004-PI/TC y el expediente N.º 0001-2012-PI/TC, al igual que la Corte IDH, reconocen el derecho de reparación, a nuestro juicio, forzosamente, porque en ninguna de sus sentencias ha ordenado la reparación del daño ambiental, y tampoco de daños tradicionales por influjo ambiental. Ello, porque se entiende que el justiciable tiene que recurrir a la vía pertinente.

## V. Tutela jurisdiccional del medioambiente

La tutela jurisdiccional es un derecho procesal fundamental, de contenido amplio que tiene vinculación que otros derechos, se encuentra regulado en el artículo 139 inciso 3 y el artículo I del Código Procesal Civil (CPC). Tiene su origen en el sistema romano-germánico, su aplicación esta segmentado solo a procesos en sede judicial, su contenido es complejo, pero marcado en derechos como: (a) acceso a la justicia, (b) que toda controversia o incertidumbre jurídica sea resuelta mediante resolución fundada y motivada en derecho y (c) efectividad, esto es, que las resoluciones sean cumplidas en sus propios términos.

El derecho de tutela jurisdiccional es un derecho público y subjetivo, tiene dos categorías: antes y durante el proceso. La primera consiste en el derecho que tiene toda persona, en tanto sujeto de derecho, para exigir al Estado que le provea a la sociedad de los requisitos y presupuestos mínimos y necesarios para solventar un proceso judicial de manera satisfactoria.

En ese orden de ideas, el Estado tiene la obligación de contar, independientemente si las personas lo usan o no, antes del proceso con normas jurídicas procesales vigentes, infraestructura adecuada y personal calificado, que permitan brindar un servicio de justicia rápido y oportuno; la segunda, exige garantizar derechos básicos a los justiciables que participan en el proceso (Monroy, 1996, pp. 454-457).

En el ámbito ambiental, el acceso a la justicia es el derecho que tienen todas las personas, en tanto seres humanos, para acudir ante los tribunales de justicia y recurrir las acciones u omisiones de la administración pública o de los particulares que por causa del incumplimiento normativo violan o amenazan el derecho a un medio ambiente sano que les reconoce la Constitución. Para Angles (2017), el acceso a la justicia ambiental no solo se relaciona con los medios para acudir a los tribunales y las autoridades administrativas, sino también con otros derechos procesales como el derecho de acción, acceso a la información, participación en asuntos ambientales (p. 3).

Garantizar el acceso a la justicia ambiental exige que el Estado cuente con instrumentos y procedimientos idóneos, antes del inicio del proceso, de tal manera que las personas a través de dichos instrumentos puedan canalizar sus pretensiones ante la autoridad jurisdiccional. Los instrumentos tienen que ser conforme a la naturaleza del derecho a proteger, y como hemos señalado, el derecho a un ambiente sano tiene naturaleza individual; colectiva e intergeneracional. En ese sentido, la tutela tiene que realizarse en favor de cada una de estas dimensiones. Lo contrario, supone una clara vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional en su dimensión acceso a la justicia.

La tutela jurisdiccional, en tanto derecho fundamental, en la actualidad presenta barreras para garantizar los derechos que contiene. Barreras que podríamos llamar de acceso social, cultural y geográfica; económicas; y jurídicas o procedimentales, que hacen que los justiciables tengan pocas posibilidades de recurrir ante los órganos jurisdiccionales para presentar su pretensión procesal y denunciar los daños y perjuicios sufridos en la esfera de sus derechos patrimoniales y no patrimoniales (esfera individual del ambiente) o la afectación del derecho a un ambiente sano en sí mismo (ámbito colectivo), sobre todo en esta última.

Las barreras de acceso social, cultural y geográfica están relacionadas con situaciones como el idioma, la ausencia de intérpretes, la lejanía a los tribunales y el analfabetismo, las primeras no permiten acudir a los tribunales de justicia a reclamar sus derechos, porque el juez no les entiende, 13,9% de la población peruana es quechua hablante, 1,7% aimara, 0.85% habla lenguas amazónicas<sup>21</sup> y muy pocos jueces que hablan y escriben dichos

idiomas; el analfabetismo, no permite a las personas comprender si cuentan con un determinado derecho y tampoco saber si ha sido lesionado, aquí la falta de conocimiento de sus derechos no permite recurrir a los tribunales, 1,3 millones<sup>22</sup> de personas son analfabetas en Perú.

La geografía es otro flagelo que no permite a las personas acudir ante los tribunales a recurrir las acciones u omisión para la protección del ambiente, porque los juzgados se ubican en la capital de provincia, hacerlo significa para las personas caminar en acémila, barco o emprender una caminata de varios días (Ruiz, 2020, par.8), y no solo eso, significa también contar con recursos para sufragar gastos alimentación y hospedaje que dure su estadía. Las barreras de acceso social, cultural y geográfico son un flagelo que sufre la población rural, que viven alejadas de las ciudades, la analfabeta y aquella que habla un idioma o dialecto distinto al español.

Las barreras económicas de acceso a la justicia ambiental hacen referencia a los costos económicos que conlleva a las personas tener que asumir para defender sus derechos individuales, derechos colectivos o difusos como el medioambiente, ello, porque como señalo Priori (2019), la justicia gratuita no existe, su gratuidad es solo para algunas materias, la gratuidad de la justicia no tiene un alcance general (p. 87). Las principales barreras económicas que tiene que asumir el justiciable conforme a la estructura del proceso decimonónico son las costas del proceso, que conforme al artículo 410 del Código Procesal Civil (CPC) comprende los aranceles judiciales (cedulas de notificación, ofrecimiento de prueba, etcétera), los honorarios del órgano de auxilio judicial y otros gastos del proceso; los costos, que conforme al artículo 411 del CPC comprende los honorarios profesionales de abogado y; por último, el costo económico de las pruebas científicas, siendo estas últimas las más costosas en los procesos ambientales y que conforme a la regla del artículo 196 del CPC, tiene que ser asumido por quien alega un hecho.

Las barreras jurídicas de acceso a la justicia ambiental son impuestas por el legislador cuando exige el cumplimiento de determinados requisitos, que terminan siendo exigencias innecesarias; dejando de legislar o legislando de manera incompleta. De tal manera que no permite a los justiciables emplear o comprender determinada norma y, por consiguiente, no usan determinado instrumento procesal para la defensa de sus derechos ambientales. Por otro lado, Guzmán (2020), señalo que son barreras sustanciales de acceso a la justicia ambiental la congestión judicial, falta de calidad normativa de las leyes, la falta de regulación de legislación activa, las medidas cautelares ineficaces y la carga de la prueba (pp. 229-239).

Una manifestación de barrera jurídica de acceso a la justicia ambiental es el artículo 82 del Código Procesal Civil, que hace referencia a la tutela de

los derechos difusos, sin embargo, como señaló Alfaro (2020), es incompleto, insuficiente y ambiguo (p. 227), y a la fecha no ha sido empleado por ningún justiciable para demandar daños colectivos en el ámbito civil, pese a que en nuestro país existen conflictos que han generado daños al medioambiente sano en su dimensión colectiva, como el derrame de aguas residuales en San Juan de Lurigancho, el derrame de petróleo en el mar de ventanilla, derrame de petróleo en la Amazonia peruana, entre otros. Ello, evidencia que el derecho a la tutela jurisdiccional no se encuentra debidamente garantizado en favor de los justiciables ni antes, ni durante el proceso.

## **VI. El proceso colectivo ambiental**

La necesidad de incorporar los procesos colectivos se debe a que existen derechos que requieren de protección judicial, pero que no pueden ser objeto de tutela en un litigio individual, por su escaso valor monetario, o porque las personas que sufren de las violaciones masivas de sus derechos nunca lo demandarían porque ser personas vulnerables (pueblos indígenas, niños, adultos mayores) o porque todavía no están con nosotros. Las carencias económicas, los obstáculos sociales, culturales, políticos son situaciones que no permiten a las personas vulneradas de su derecho a un ambiente equilibrado y adecuado para recurrir a los tribunales de justicia a reclamar su derecho vulnerado. Para Taruffo (2012), los procesos colectivos son un instrumento esencial y necesario para que personas vulnerables alcancen justicia (p. 99).

El proceso colectivo como instrumento de protección canaliza dos tipos de derechos de incidencia colectiva: los relativos a bienes colectivos y los intereses individuales homogéneos. El primero, son los que pertenecen a la esfera social, a la comunidad, donde ninguna persona tiene titularidad exclusiva sobre ellos, como ocurre con el derecho a un medio ambiente sano, en su dimensión colectiva; el segundo, tutela derechos individuales, derechos que tienen su origen en una causa fáctica o jurídica homogénea que afecta a varias personas de forma común, y que por razones de económica, celeridad y a fin de evitar sentencias contradictorias se opta por realizarlo en solo juicio.

En esa línea, el proceso ambiental es un proceso de tipo colectivo que tutela en términos macro el derecho colectivo ambiente o naturaleza, en la línea jurisprudencial de la Corte IDH, su pretensión procesal o a nivel micro-bien es la protección de los elementos la naturaleza como la calidad del aire; la contaminación de las aguas de un río, laguna, lago, mar; la contaminación sonora, la destrucción de bosques, la afectación de especies de flora y fauna, la calidad del aire, entre otros. Las acciones de defensa del ambiente se tienen que plantear y ser resueltas, ahí la especialidad de la materia, teniendo en cuenta los principios del derecho ambiental, y teniendo en cuenta el bien colectivo «ambiente» que no es un bien monetizable, ello,

exige las acciones de tutela del ambiente en orden de prelación: prevención, recomposición y la reparación.

Los procesos colectivos se diseñan y estructura en principios que son más flexibles al proceso tradicional, permitiendo que personas vulnerables (pueblos indígenas, niños, adultos mayores) puedan acceder a los tribunales de justicia para reclamar sus derechos. Sus características esenciales de estos procesos colectivos son la legitimación extraordinaria, la inversión de la carga probatoria y los efectos amplios de la sentencia, cosa juzgada «erga omnes».

#### **a. Legitimación extraordinaria**

La legitimación en el derecho tradicional es entendida como aquella capacidad que tienen las personas, en tanto sujetos de derechos, para ser parte en un proceso, ya sea como demandante o demandado. En esa línea y bajo el esquema de titularización de derechos del proceso civil tradicional, cada sujeto tiene que acreditar ser titular de un derecho u obligado a cumplir con una prestación (demandado). La legitimación extraordinaria, por su parte, es aquella capacidad procesal otorgada por el legislador, a través de una disposición normativa. Esta legitimidad recae en el Ministerio Público, gobiernos regionales, gobiernos locales, comunidades nativas, rondas campesinas, asociaciones e instituciones sin fines de lucro para promover la defensa de derechos colectivos o difusos. La legitimación extraordinaria no exige acreditar titular del derecho.

En nuestra posición la legitimación extraordinaria es una expresión de solidaridad humana y con entidades como la naturaleza, que permite que personas ajenas a las que sufren violaciones acudan ante los tribunales a solicitar la defensa de sus derechos, como el derecho a un ambiente adecuado y equilibrado. Esta figura procesal, se caracteriza por canalizar el derecho de un gran número de personas afectados y garantiza el acceso a la justicia de personas y entidades como la naturaleza, que por ellas mismas no hubieran podido reclamar sus derechos, dado su situación precaria o vulnerable.

#### **b. Cargas probatorias**

En el derecho tradicional quien alega un hecho tiene el deber de probarlo, así lo establece el artículo 196 del CPC. Ello, en el ámbito del derecho ambiental significaría que personas postergadas, de escasos recursos económicos y bajo nivel cultural, se vean en la obligación de probar la vulneración de su derecho, lo que materialmente es un imposible dada su situación en la que se encuentran y contrario al compromiso de promoción de la igualdad de oportunidades de grupos postergados<sup>23</sup> asumido por los Estados miembros del sistema interamericano de derechos humanos, del que Perú es signatario.

En esa línea, los procesos colectivos y en especial los vinculados a la tutela del ambiente, por principio precautorio y por situaciones de complejidad de la identificación de los parámetros conceptuales probatorios se opte por la inversión de la carga de la prueba (*onus probandi*), de tal manera que quien desarrolle una actividad extractiva o económica riesgosa deberá de probar que ha adoptado y ha cumplido con la normativa ambiental y con todos los recaudos necesarios para evitar la producción del daño contra el ambiente. Esta inversión de la carga probatoria busca incentivar los procesos colectivos, porque el demandante no tiene la obligación de asumir el costo de las pruebas periciales, que en el ámbito ambiental son complejas y de costos elevados.

Douglas (2014), señaló que el tema probatorio en los procesos colectivos comporta un cambio de paradigma trascendental en comparación al proceso tradicional, en razón que flexibiliza los criterios de ofrecimiento, adquisición y valoración probatoria, y por otro lado, porque produce cambios trascendentales como: (a) el juez dispone pruebas de oficio; (b) las pruebas deben examinarse y valorarse los medios de prueba teniendo en cuenta los principios ambientales, como el precautorio; (c) el medio de prueba debe satisfacer altos estándares; y (d) el medio de prueba tiene que ser producido con celeridad.

### **c. Sentencia judicial y sus efectos**

En términos del proceso individual, la sentencia es un acto de autoritativo del Estado, expedido por un juez competente, que resuelve un conflicto de intereses o incertidumbre jurídica., que ninguno de los sujetos procesales debe desconocer, por ser norma entre las partes. En los procesos colectivos, atendiendo que se tutela derechos supraindividuales, donde no existe derechos titularizables la sentencia tiene un carácter *ultra partes* y la cosa juzgada un efecto *erga omnes*. Ello, significa, como señalo Salgado (2016) que la eficacia de la decisión se proyecta, primero, para partes que intervinieron en el proceso y luego se expande a la comunidad por el valor jurídico que se le otorga a esta decisión (p. 42).

El carácter *ultra partes* de la sentencia en los procesos colectivos permite identificar la existencia de cuatro tipos de sistemas que regulan los efectos de la cosa juzgada: el sistema *opt in; proet contra con opt out; secumdum eventum litis; secumdum eventum probationis* (Feijóo, 2017, p. 246 y 247). Cada uno con ventajas y desventajas, y que de manera sumaria se señala a continuación.

En el sistema *opt in* los miembros del grupo tienen que expresar su voluntad de ser vinculados por la decisión que el juez emita en el proceso, sentencia que puede ser favorable o contraria a sus intereses. De tal manera, que los miembros que no expresan su voluntad no pueden ser favorecidos

ni perjudicados por la decisión que adopte el tribunal o por el acuerdo que negocien con su contraparte. Este sistema permite que las personas que decidieron no vincularse pueden recurrir a los tribunales por cuenta propia. Las críticas que se le hace a este sistema es que frustra los ideales del proceso colectivo, generando proliferación de demandas, que puede generar sentencias contradictorias.

Por su parte, el sistema *proet contra con opción opt out* por mandato de ley la sentencia tiene una obligatoriedad general, de tal manera que alcanza a todos los miembros que conforman el grupo, por defecto. Frente a esta situación si el interesado no está de acuerdo, no tiene interés o considera que no está debidamente representado por quien promueve la acción colectiva tiene que solicitarlo, previo a la sentencia su exclusión del proceso, para así evitar que los efectos de la sentencia lo vinculen. Esta solicitud de exclusión en el sistema norteamericano se realiza, por ejemplo, con el llenado de los formularios de *opt out*, conforme a la regla 23 del *Federal Rules OF Civil Procedure*. Este sistema es el recogido por gran parte de los países.

El sistema *secumdum eventum litis*, a diferencia de los demás, se orienta al resultado del proceso, de tal manera que los efectos de la cosa juzgada de la sentencia se extienden a todos los miembros del grupo siempre que la sentencia declare fundada la demanda. Este sistema se caracteriza por ser pro-demandante. Si la sentencia fue declara infundada, quienes no participaron del proceso tienen la oportunidad de iniciar por cuenta propia un nuevo proceso sobre los mismos hechos. Las críticas que se realizan a este sistema es que no garantiza los principios de equidad, en tanto que solo privilegia al demandante y no al demandado, siendo este último el más perjudicado, porque puede litigar muchos años y no obtener el pago de costas y costos del proceso.

Finalmente, el sistema *secumdum eventum probationis* consiste en que la sentencia tiene efectos generales para todos los miembros del grupo. Sin embargo, si la sentencia declara infundada la pretensión por insuficiencia probatoria, cualquiera de los legitimados puede promover nuevamente la demanda sobre los mismos hechos, amparándose, claro está, en una prueba nueva. Esta nueva prueba tiene que aportar hechos relevantes y trascendentes al caso; no se trata solo de una prueba de carácter formal, porque se entiende que se va a revivir un caso que ya fue desestimado. Por ello, tiene que ser contundente. Este sistema se encuentra previsto en el artículo 33 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.

## VII. Conclusiones

1. El reconocimiento del derecho a un ambiente adecuado y equilibrado nace a partir de las preocupaciones globales por el impacto negativo de la actividad humana en la naturaleza y por la búsqueda de un nuevo

modelo de desarrollo económico «sostenible», diferente al extractivista, que garantice la protección efectiva del medio ambiente.

2. El derecho a un ambiente sano tuvo su reconocimiento constitucional como máximo derecho a nivel interno, y por primera vez en la Constitución de 1979 y en la actual Constitución Política de 1993, aunque esta última redujo el texto constitucional primigenio, dejando ausencias importantes como el derecho de preservación del paisaje y la naturaleza.
3. El derecho a un ambiente equilibrado y adecuado se caracteriza por ser un derecho complejo, de dimensiones individuales, colectivas y difusas, que, a diferencia de otros derechos, no otorga titularidad exclusiva a las personas; los titulares son todos los miembros de la comunidad. Asimismo, es un derecho de naturaleza indivisible e indeterminable, que en nuestro medio no es protegido eficazmente, sobre todo en su dimensión colectiva y difusa.
4. Se determinó que el contenido del derecho a un ambiente sano en la jurisprudencia del TC peruano está determinado por dos elementos esenciales: (1) el derecho a gozar de un medio ambiente adecuado y equilibrado al desarrollo de la vida y, (2) el derecho a preservar el medio ambiente. Asimismo, comprende derechos procesales como el derecho de acceso a la información, el derecho de consulta y participación, el derecho a presentar recursos y el derecho de reparación de daños.
5. La jurisprudencia de la Corte IDH, la Suprema Corte de México y la Corte Constitucional de Colombia ha evolucionado en los últimos años, distanciándose de la Constitución ecológica, por los derechos de la naturaleza y los derechos bioculturales. Reconocen al ambiente como un derecho autónomo, cuyo objeto de protección es la naturaleza y sus componentes como los ríos, bosques, suelos, mares, aire, entre otros, como intereses jurídicos en sí mismos. Incluso en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales.
6. El ordenamiento jurídico nacional establece cuatro vías de tutela indirecta del medioambiente: el Derecho Civil, que protege el ambiente a través de la acción negatoria y la responsabilidad civil extracontractual; el Derecho Administrativo, mediante sanciones a los administrados (amonestaciones, multas, decomisos, suspensión de actividades o cancelación de permisos, licencias, concesiones u otros, clausura temporal o definitiva de establecimientos); el Derecho Penal, a través de 21 delitos: 7 delitos de contaminación, 11 delitos contra los recursos naturales y 3 delitos de responsabilidad funcional e información falsa; y el Derecho Constitucional, mediante la acción de amparo.

7. La falta de instrumentos procesales que protejan el ambiente en su dimensión colectiva e intergeneracional genera una vulneración del derecho de tutela jurisdiccional porque los justiciables no pueden acceder a la justicia, obtener una resolución motivada y fundada en derecho, y tampoco a la afectividad de su derecho. La dimensión colectiva del ambiente exige un nuevo instrumento procesal de protección del ambiente, no previsto en el CPC, que garantice las acciones de prevención, recomposición y reparación del ambiente.
8. Se identificó que los procesos colectivos son el instrumento procesal idóneo para brindar protección judicial a derechos no titularizables como el ambiente, y por permitir que personas marginadas, excluidas y vulnerables, que sufren violaciones masivas de sus derechos, que viven alejadas de la ciudad, sin educación y con carencias económicas, encuentren justicia. Las características de los procesos colectivos son la legitimación extraordinaria, la inversión de la carga probatoria y los efectos amplios de la sentencia, cosa juzgada «erga omnes».

## Referencias

- Alfaro Pinillos, R.J. (2020). Eficacia de la tutela de los intereses difusos según el artículo 82° del Código Procesal Civil Peruano [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. Repositorio de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Recuperado de [https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/11600/Alfaro\\_pr.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/11600/Alfaro_pr.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Angles Hernández, M. (2017). Algunas vías de acceso a la justicia ambiental. En Esquivel, G., Ibarra Palafox, F y Salazar Ugarte, P (Ed.), *Cien ensayos para el bicentenario Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (t. 2, pp. 1-19). Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4319/4.pdf>
- Boyd, D.R. (2020). Informe A/HRC/43/53 Derecho a un medio ambiente saludable. Asamblea General de las Naciones Unidas. Disponible en <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g19/355/17/pdf/g1935517.pdf?token=mZvqjaOl2cLqgDjYmZ&fe=true>
- Carbonell Sánchez, M. (2015). Los derechos fundamentales y su interpretación. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3826/6.pdf>
- Castillo Córdova, L. (2014). El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales. *Revista Foro Jurídico*, 13, 143-154. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/articulo/view/13783>
- Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de Naciones Unidas (1987). Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo «Nuestro futuro común». Université du Québec à Montréal. Recuperado de [https://www.ecominga.uqam.ca/PDF/BIBLIOGRAPHIE/GUIDE\\_LECTURE\\_1/CMMAD-Informe-Comision-Brundtland-sobre-Medio-Ambiente-Desarrollo.pdf](https://www.ecominga.uqam.ca/PDF/BIBLIOGRAPHIE/GUIDE_LECTURE_1/CMMAD-Informe-Comision-Brundtland-sobre-Medio-Ambiente-Desarrollo.pdf)
- Douglas Price, J.E. (2014). Alcances de la sentencia, criterios de prueba y ejecución de las decisiones en el proceso ambiental. La Ley. Disponible en [https://farn.org.ar/wp-content/uploads/2020/06/Sup-Derecho-Ambiental\\_2014-06\\_La-prueba-en-los-procesos-ambientales.pdf](https://farn.org.ar/wp-content/uploads/2020/06/Sup-Derecho-Ambiental_2014-06_La-prueba-en-los-procesos-ambientales.pdf)

- Duncan Villalobos, S. (2023). El reconocimiento del derecho humano a un ambiente limpio, saludable y sostenible a nivel internacional. El camino a la resolución A/HRC/RES/48/13 del Consejo de Derechos Humanos de octubre de 2021. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 34(1), 15-43. Recuperado de <https://doi.org/10.15359/rldh.34-1.1>
- Feijóo Cambiaso, R., Montiel Iburguren, G., Iñiguez Ortiz, E. y Mayor Mayor, R. (2017). En búsqueda de una regulación: apuntes sobre los alcances subjetivos de la cosa juzgada en procesos colectivos. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal PUCP*, 7(2), 234-272. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/19706>
- Fernández Cruz, G. (2019). Introducción a la responsabilidad civil. Lecciones universitarias. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Gamboa Balvin, C. (2023). El derecho ambiental en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Palestra editores.
- Grandez Barrón, P. (2019). La reparación del daño ambiental en el Perú. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* 44, 265-320. Recuperado de [https://www.academia.edu/41350378/La\\_reparaci%C3%B3n\\_del\\_da%C3%B1o\\_ambiental\\_en\\_el\\_Per%C3%BA](https://www.academia.edu/41350378/La_reparaci%C3%B3n_del_da%C3%B1o_ambiental_en_el_Per%C3%BA)
- Guzmán Jiménez, L.F. (2020). Los derechos de acceso a la justicia ambiental en el ordenamiento jurídico colombiano y español [tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid]. Repositorio institucional de la Universidad Carlos III de Madrid [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/30419/Tesis\\_luis-felipe\\_guzman\\_jimenez\\_2020.pdf?sequence=1](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/30419/Tesis_luis-felipe_guzman_jimenez_2020.pdf?sequence=1)
- Leal Espinoza, J.L y López Sánchez, R. (2019). Contenido esencial de derechos fundamentales desde el modelo discursivo y principialista de Robert Alexy. *Oñat Socio-Legal Series*, 9(6), 1026-1051. Recuperado de <https://doi.org/10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1042>
- López Fernández, W.A. (2011). Estudio sobre las acciones de defensa de la propiedad. *Revista Justicia y Derecho*, 6(4), 1-26. Recuperado de <https://justiciayderecho.org.pe/revista6/articulos/Estudio%20sobre%20las%20Acciones%20de%20Defensa%20a%20la%20Propiedad.pdf>
- Monroy Gálvez, J. (2009). *Teoría general del proceso* (3ª ed.). Palestra Editores.
- Montalván Zambrano, D.J. (2020). El derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo en el sistema interamericano de derechos humanos. *Revista Anales de la facultad de derecho de la Universidad de La Laguna*, 37, 63-83. <https://doi.org/10.25145/j.anfade.2020.37.04>
- Reyna Rivera, L.I. (2022). La teoría de infracción del deber y su impacto en las investigaciones por el delito de contaminación ambiental en el distrito de Chachapoyas, 2017-2018 [Tesis de abogada], Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza de Amazonas. <https://repositorio.untrm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.14077/2792/Reyna%20Rivera%20Lieslyth%20Ysabel.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Rojas Amandi, V.M. (2002). El derecho internacional público del medioambiente al inicio del siglo XXI. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 1(2), 335-371. Recuperado de <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2002.2.37>
- Rubio Correa. M. (1999). Estudio de la Constitución Política de 1993 (Tomo I). Fondo editorial e la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de <https://doi.org/10.18800/9789972421204>
- Ruiz Bravo, H. (2020). Desconexión a internet y acceso a la justicia en las zonas rurales andinas y amazónicas del Perú en tiempos de coronavirus. *Revista Latinoamericana de Derecho*. Recuperado de <https://iuslatin.pe/desconexion-a-internet-y-acceso-a-la-justicia-en-las-zonas-rurales-andinas-y-amazonicas-del-peru-en-tiempos-de-coronavirus/>
- Salgado, J.M. (2016). Pretensión representativa y cosa juzgada colectiva. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal PUCP*, 6(1), 26-57. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/26-57>

Taruffo, M. (2012). La protección de los procesos colectivos. *Actualidad jurídica*, 230, 99-105.

Wieland Fernandini, P. (2017). *Introducción al derecho ambiental*. Pontificia Universidad Católica del Perú.

## Notas al final

1 La industrialización, se vincula a la Revolución Industrial y al capitalismo, que tuvo lugar en Gran Bretaña a finales del siglo XVIII y a lo largo del XIX. Proceso que comenzó con la mecanización de labores artesanales, posibilitando una producción rápida y masiva de bienes que eran elaborados manualmente. Modelo que fue luego desarrollado en Estados Unidos, Europa, y finalmente el resto del mundo.

2 Declaración de Estocolmo cuenta con 26 principios, 109 recomendaciones, plan de acción. Uno de los logros importantes de esta declaración fue la creación del Programa de la Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).

3 La Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo fue creada en 1984 mediante resolución N.º 38/161 por la Asamblea General de Naciones Unidas.

4 El Informe Brundtland esta dividido en tres partes, la primera denominada «preocupaciones comunes», la segunda «tareas comunes» y la tercera «esfuerzos comunes». Además de desarrollar el concepto de desarrollo sostenible aborda otros temas como población y recursos humanos, seguridad alimentaria, especies y ecosistemas, energía, industria, paz, seguridad, desarrollo y medioambiente. Este informe creo también las bases para la Conferencia de las Naciones Unidas Sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de Rio de Janeiro, Brasil, 1992.

5 La Convención de Aarhus (1998), es una convención para países y la sociedad civil europea que reconoce los derechos a todas las personas de acceso a la información, participación y acceso a la justicia ambiental.

6 El Acuerdo de Escazu (2018), es un acuerdo regional para países de América Latina y el Caribe, que tiene por objeto garantiza el acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia ambiental, y protección de defensores ambientales.

7 Acción de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados del Santa contra la ordenanza municipal N.º 016-2001-MPS expedida por la Municipalidad Provincial del Santa. Ordenanza municipal que reducía el área del Parque Metropolitano de Villa María de 630 a 47.29 hectáreas. Ordenanza que fue declarada inconstitucional en sus artículos 1 y 2 por el Tribunal Constitucional.

8 La primera sentencia de la Corte IDH, donde analiza la relación humano-naturaleza en el marco de los derechos humanos, fue el caso *Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni vs Nicaragua*, en el 2001, donde reconoce la protección por conexión de la naturaleza. Disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_79\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_esp.pdf)

9 El estándar de debida diligencia hace referencia a la conducta y no a los resultados.

10 Ver las sentencias de amparo en revisión N.º 307/2016; 953/2019 y 54/2021

11 Interés universal reconocido en las declaraciones de Estocolmo y de Rio de Janeiro.

12 Recogida en los artículos 1984 y 1985 del Código Civil.

13 El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, vigente desde agosto de 2015, regula en el artículo 1710 y 1711 la función preventiva en la responsabilidad civil, es decir, aunado a la faz resarcitoria o reparatoria de la responsabilidad civil, también cumple una función preventiva.

14 Casación N.º 1387-2022/Cusco. La responsabilidad penal y la civil son independientes. Independencia que no solamente se ve reflejada en el sobreseimiento o la absolución conforme así lo establece el artículo 12.3 del Código Procesal Penal, sino también cuando medie declaración de prescripción de la acción penal, ergo, la declaración de prescripción penal no determina la prescripción de la acción civil (f.26).

15 Decreto Legislativo N.º 1068 del sistema de Defensa Jurídica aprobado mediante el Decreto Supremo N.º 17-2008-JUS.

16 Expediente N.° 00740-2014-41-1903-JR-PE-04. Juzgado Unipersonal de Maynas, Corte Superior de Justicia de Iquitos.

17 Ver en Reyna Rivera, L.I. (2022). La teoría de infracción del deber y su impacto en las investigaciones por el delito de contaminación ambiental en el distrito de Chachapoyas, 2017-2018 [Tesis de abogada], Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza de Amazonas (p. 44-46).

18 El artículo 44 del Nuevo Código Procesal Constitucional establece una lista explícita de derechos protegidos mediante el proceso de amparo y dentro de ellos encontramos (...) 25. El derecho de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para la vida.

19 El Código Procesal Constitucional (2004). En el artículo 39 y 40 establecía que los legitimados para interponer demanda de acción de amparo son el afectado, cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del medio ambiente u otros derechos difuso, las entidades sin fines de lucro (ONG) y la Defensoría del Pueblo.

20 Una muestra que las plantas no son solo madera y que brindan servicios ecosistémicos es el caso del proyecto Alinti, dirigido por el inventor y científico peruano Hernán Asto Cabezas, quien genera energía eléctrica a partir de fotosíntesis de las plantas y microorganismo. Disponible en <https://especial.larepublica.pe/la-republica-sostenible/2022/08/02/alinti-el-primer-biocargador-de-energia-electrica-limpia-a-base-de-plantas-199>

21 Diario Oficial el Peruano (2021). El 13,9% de la población del Perú tiene como lengua materna el quechua. Disponible en <https://elperuano.pe/noticia/127783-el-139-de-la-poblacion-del-peru-tiene-como-lengua-materna-el-quechua>

22 Angulo, J. (2023). Día internacional de la alfabetización: Huánuco lidera el analfabetismo en Perú con un 14,6%. Infobae. Disponible en <https://www.infobae.com/peru/2023/09/08/dia-internacional-de-la-alfabetizacion-huanuco-lidera-el-analfabetismo-en-peru-con-un-146/>

23 AG/RES.2312(XXXVII-0/07), Declaración de Santa Cruz + 10 (primera reunión interamericana de ministros y altas autoridades sobre desarrollo sostenible).

## INVESTIGACIONES NACIONALES

# Inteligencia Artificial como herramienta para determinar el monto de alimentos en los procesos judiciales

## Artificial intelligence as a tool to determine the amount of maintenance in judicial proceedings

*María del Pilar Mónica Cabrera Ferreyra*

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

<https://orcid.org/0000-0001-6469-8709>

[maria.cabrera2@unmsm.edu.pe](mailto:maria.cabrera2@unmsm.edu.pe)

Presentado: 28/04/2024 - Aceptado: 02/12/2024 - Publicación: 31/12/2024

### Resumen

La presente investigación analiza los problemas existentes en el Poder Judicial con respecto a la carga procesal de los Juzgados de Paz Letrado, en Perú; en materia de alimentos, a fin de realizar innovaciones en la normativa peruana basadas en la aplicación de la Inteligencia Artificial para dar cumplimiento con los principios de celeridad, razonabilidad y proporcionalidad en la determinación del monto de la pensión por alimentos, aplicándose un diseño descriptivo no experimental de tipo jurídico-normativa (no exegética) de un enfoque cualitativo. Para ello, se realiza un breve recorrido por la historia de la tecnología aplicada al derecho y de las herramientas digitales especializadas. Luego, se realiza una comparación de los resultados de la aplicación de herramientas digitales en el Derecho, para finalmente proponer la aplicación de un software digital para la herramienta asistencial para los operadores judiciales, con la determinación de los montos de alimentos en los procesos judiciales con celeridad, razonabilidad y proporcionalidad.

**Palabras clave:** Inteligencia Artificial, celeridad, razonabilidad, proporcionalidad y pensión alimenticia.

### **Abstract**

This research analyzes the existing problems in the Judiciary with respect to the procedural burden of the Justice of the Peace Courts in matters of alimony, in order to make innovations in the Peruvian regulations based on the application of Artificial Intelligence to comply with the principles of speed, reasonableness and proportionality in determining the amount of alimony, using a descriptive non-experimental design of legal-normative type (non-exegetical) of a qualitative approach. For this purpose, a brief review is made of the history of technology applied to law and specialized digital tools. Then, a comparison of the results of the application of digital tools in law is made, to finally propose the application of a digital software for the assistance tool for judicial operators, with the determination of the amounts of alimony in judicial proceedings with speed, reasonableness and proportionality.

**Keywords:** Artificial Intelligence, speed, reasonableness, proportionality and alimony.

---

## **I. Introducción**

En los últimos años, la Inteligencia Artificial (IA) ha generado un impacto significativo en el desarrollo de la sociedad por su empleo en diferentes ámbitos, tales como la medicina, ingeniería, industria, educación, finanzas, robótica, marketing, agricultura, LawTech, entre otros. Sobre este último, la intervención de la IA se viene materializando en el Poder Judicial al automatizar la administración del sector de justicia, obteniendo resultados rápidos y eficaces de los procesos judiciales.

Al uso de los medios digitales de la IA en el campo jurídico, se le conoce con el término de LegalTech, el mismo que implica el uso de la tecnología en el ejercicio de la profesión legal y permite que los procesos judiciales sean rápidos y eficaces, obteniéndose de ello un análisis sistemático de todos los casos jurídicos que existen en el Poder Judicial, especialmente, de los procesos en materia de alimentos para lograr resultados eficientes y rápidos.

Así mismo, mediante la utilización de la IA, se ha logrado obtener traducciones y comprensión de grandes volúmenes de normas legales en varios idiomas, facilitando la cooperación y el entendimiento entre los países con el intercambio de criterios legales y otros aspectos jurisdiccionales a partir del cual se logre la mejora en el desarrollo legal a nivel nacional e internacional.

Sin embargo, en nuestro sistema judicial, aún existe un gran porcentaje de procesos judiciales de las diferentes especialidades sin atender y, por ende, que incumplen los plazos procesales legales establecidos en la norma legal vigente. Esto último debido a la excesiva carga procesal y falta de operadores judiciales para atender en las treinta y cuatro (34) Cortes Superiores de

Justicia del Perú, especialmente, en los Juzgados de Paz Letrado y Juzgados de Familia, los cuales tienen a cargo los procesos que más suelen acudir los administrados por incumplimiento de pagos de alimentos.

En línea a lo señalado, se puede observar que existen otros factores que no permiten una atención oportuna y eficiente en los procesos judiciales en materia de alimentos. Esto es que existe una extensión prolongada de procesos legales, así como la escasa compatibilidad entre sistemas, la restricción en la disponibilidad de información y la falta de certeza en los fallos judiciales. Respecto a ello, con la aplicación de estos softwares de la IA, se busca que el juez cuente con un asistente jurídico digital durante las 24 horas del día, el cual brinde soporte inmediato a los expedientes a su cargo dentro de los plazos legales y emitir la respectiva sentencia con criterios fundamentados y jurisprudencia que respalde sus decisiones finales.

Con la automatización de las entidades públicas en el país, se logran cambios para favorecer a la población peruana, generando avances tecnológicos e innovando el sistema judicial peruano en atención a la mejora y optimización de los procesos a su cargo. De esta manera, la innovación es posible observar en las plataformas como el Expediente Judicial Electrónico - EJE, Sistema de Notificaciones Electrónicas - SINOE, mesa de partes digital electrónica, uso de plataforma digital de los expedientes judiciales para la atención exclusiva de casos de procesos de alimentos, a fin de optimizar las notificaciones electrónicas de los procesos de alimentos como WhatsApp, correo electrónico, Chatgpt, aplicativo de Págalo, aplicativos electrónicos de entidades públicas como la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP), Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT), Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), Seguro Social de Salud (ESSALUD), Ministerio de Educación (MINEDU), Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MINTRA), Superintendencia Nacional de Educación Universitaria (SUNEDU), entre otras que requieran su utilización en forma digitalizada.

En consecuencia, la IA es empleada por las entidades públicas en Perú para innovar con tecnología y optimicen el desarrollo de sus actividades institucionales, teniendo como resultado una adecuada y eficaz atención para los administrados. En atención a ello, el Perú aprobó la Ley N° 1412, Ley de Gobierno Digital, respecto del cual el Poder Ejecutivo (2018) señala lo siguiente:

La Ley busca establecer las directrices para la administración y efectividad del gobierno digital, abarcando el trámite digital: identidad, servicios, infraestructura, seguridad, la compatibilidad entre sistemas, y el manejo de información. Además, regula el uso generalizado de herramientas tecnológicas, en la modernización

de procesos y la provisión de servicios digitales por parte de las entidades de la Administración Pública a nivel local, regional y nacional (El Peruano, 1691026-3).

Así mismo, el Poder Ejecutivo (2021) garantiza la ejecución del Gobierno Digital, precisando lo siguiente:

La legislación digital debe respetar los deberes y derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política del Perú y en los tratados internacionales de derechos humanos, así como en otros tratados internacionales ratificados por el país. También, debe definir las condiciones, requisitos y aplicaciones de las tecnologías y medios electrónicos en los procesos administrativos, y establecer los criterios, condiciones, mecanismos y plazos para la implementación de una única casilla electrónica en la Administración Pública (El Peruano, 2189166-1).

Cabe precisar que la norma en mención establece reglas y directrices que regulan y gestionan la efectividad de su ejecución normativa, empleando criterios para su efectividad y eficacia, tales como la protección en las identidades digitales de los ciudadanos y entidades públicas, disposición de los servicios digitales en las entidades públicas, capacidad de interconectar con los diferentes sistemas, datos y procesos digitales, así como la seguridad digital.

De esta manera, se ha generado la base normativa para la ejecución de un gobierno digital con la que se busca brindar seguridad, eficiencia e interoperabilidad de los servicios y sistemas digitales de las entidades públicas. Esto es por ejemplo, toda información documentada que es requerida en los procesos judiciales pueda ser atendida de manera celeridad en el marco de lo establecido en la norma sobre gobierno digital y, con ello, establecer una nueva forma de gestionar los recursos para la administración de justicia.

De igual manera, resulta pertinente señalar que la IA mantiene una equidad entre el discernimiento jurídico y la práctica, en tanto existe una constante relación con la actualización propiciada por la era digital, en la que no se afecte el debido proceso y la seguridad jurídica en consideración del Principio del Interés Superior del Niño concordante con Ley N° 30466. En este se precisa cuando un niño o adolescente se ve involucrado en disputas de intereses que se resuelven en los tribunales por el juez de Paz Letrado para asegurar y salvaguardar dicho principio, utilizando medidas y garantías para prevenir cualquier violación de su derecho a recibir alimentos. (Peña, 2022).

Por lo tanto, se recomienda la implementación, desarrollo y aplicación de un software especializado denominado Sistema de Experto Judicial PROJAL, con el fin de cumplir los plazos, la equitativa asignación del monto de pensión alimenticia en los procesos de la especialidad y el empleo de un criterio razonable que no vulnere los derechos constitucionales al emitir una decisión en la sentencia. Y es que la automatización de las actividades dentro del sistema judicial peruano impulsará la innovación, lo que permite mejorar el servicio de justicia, reducir costos y tiempos en los procesos legales, especialmente, en los procesos de alimentos que resulta necesario para no vulnerarse el derecho del niño, niña y adolescente.

A partir de lo expresado, la presente investigación se ha estructurado en tres (03) partes. En la primera parte, se plantea el problema vinculado al incumplimiento de plazos debido a la generación tradicional de información; en la segunda parte, se presenta un marco teórico para el desarrollo del problema; y, en la tercera parte, se realizan las conclusiones y referencias.

## **II. Contexto de la realidad problemática**

En la presente investigación, es importante señalar que se sitúa dentro de la línea de investigación de la IA como una revolución tecnológica del siglo XXI, lo que permitirá que las máquinas inteligentes mediante software especializado, pueda ser empleado para la actividad jurisdiccional del Estado peruano, para atender los procesos judiciales especialmente en materia de alimentos, y de esta manera lograr una atención en forma rápida, proporcional y eficiente, y con ello, se estaría disminuyendo la excesiva carga procesal, debido a la gran cantidad de demandas que solicitan pensión de alimentos, por incumplimiento de las obligaciones alimentarias por parte del padre y/o madre del alimentista; así como, por el propio alimentista cuando adquiere mayoría de edad, el amparo legal que se encuentra prevista en el Artículo 472° del Código Civil vigente y el Artículo 92° de C.N.A; así como, por la ineficiencia funcional que existe de parte de algunos operadores de justicia para resolver las demandas y actuados del proceso, debido al incumplimiento de plazos legales, desproporcionalidad y falta de criterios razonables debidamente motivados, para fijar montos de pensión de alimentos.

Para ello, estas herramientas serán aplicadas en todas las etapas procesales, de esta manera se estaría garantizando la oportuna atención al alimentista, respetando el principio del interés superior de niño (ISN) y cumplimiento según lo establecido en las normas concordantes, para que se disminuya la carga procesal existente y que conlleva a atender los expedientes en materia de alimentos, empleando exceivos plazos, que tienden a demorar la atención oportuna en el sistema judicial así como la forma desproporcional de los montos en pensiones de alimentos que se asignan a la parte demandada en el proceso judicial.

Finalmente, mediante la presente investigación, se considera viable porque mediante la aplicación de la IA en los casos judiciales enmarcado en el Derecho de Familia —especialidad de alimentos— permitirá obtener resultados rápidos, con criterios razonables y proporcionales en las decisiones de los magistrados, al momento de determinar los montos de pensión para los alimentistas, dictadas en las sentencias finales que emita el Magistrado, con ayuda de un Sistema de Experto Jurídico llamado PROJAL que sea aplicado especialmente en estos casos de Procesos Judiciales de Alimentos, que beneficiarán a los alimentistas, obteniendo un resultado rápido, eficaz, proporcional, debidamente motivado, con la finalidad de generar confianza a la partes intervinientes en los procesos de alimentos.

### III. La IA en los procesos judiciales sobre alimentos

Para desarrollar la presente investigación, se está realizando un breve análisis de los conceptos iniciales.

#### 1. la Inteligencia Artificial (IA)

La IA ha generado un avance notable a través del tiempo, logrando que todas las actividades socioeconómicas se automaticen; es decir, que sean ejecutadas por una máquina automática compuesta por un software informático o también conocido como un robot. De ahí que la aplicación de las herramientas tecnológicas permitan la realización de actividades en diversos ámbitos, con la que se obtengan resultados rápidos y eficientes, sin la intervención de la actividad humana. De tal manera que la herramienta digital, es similar a la ejercida por el hombre, con resultados exactos, rápidos eficientes y transparentes.

Según el autor Morales (2021), la IA:

Tiene un concepto amplio o una categoría general en el campo de la informática que relaciona los sistemas informáticos con capacidad para razonar y aprender, incorporando ideas como el Big Data, el Aprendizaje Automático (*Machine learning* y el Aprendizaje Profundo (*Deep Learning*) (p.46).

Desde otro punto de vista, también se puede definir a la IA como el uso de tecnología para automatizar tareas que normalmente requieren inteligencia humana, según lo señalado por Surden (2019, 1307). Y, desde una perspectiva personal, la IA es la capacidad que tienen las máquinas para realizar acciones que podrían imitar los comportamientos del hombre con la aplicación de herramientas tecnológicas, dando respuesta rápida, eficiente y eficaz a una tarea asignada. Para ello, se debe considerar que estos procesos con uso de la IA son similares a los que realiza el hombre por su naturaleza, tales como pensar, analizar y generar resultados a actividades

planteadas, a través de medios informáticos que faciliten la ejecución de acciones automatizadas.

### 1.1. El Big Data y la Ciencia del Derecho

En el ámbito de la informática, el *Big Data* se encuentra constituido por información y algoritmos, es decir, una secuencia lógica de caracteres que forman una estructura de algoritmos inteligentes, a fin de concretar la información que se busca mediante la aplicación de las herramientas digitales y obtener una información adecuada como resultado final.

Para ello, el investigador Morales (2021) sostiene sobre el *Big Data* lo siguiente:

Se refiere al conjunto de tecnologías diseñadas para manejar grandes volúmenes de datos personales provenientes de diversas fuentes, utilizando algoritmos para darles utilidad y generar valor. En otras palabras, se puede decir que el *Big Data* facilita el procesamiento de datos cuyo tamaño, complejidad y velocidad de crecimiento dificultan su captura, gestión, procesamiento o análisis mediante tecnologías y herramientas tradicionales (p. 49).

También, según señala el autor Carazo (2020), se puede considerar que el *Big Data*:

Permite crear sistemas con la capacidad de manejar y organizar cantidades de información provenientes de múltiples fuentes, con la finalidad de descubrir patrones recurrentes, desarrollar modelos predictivos y generar estadísticas más precisas a partir de esa vasta cantidad de información. En resumen, se busca procesar estos datos para transformarlos en información comprensible para las personas, facilitando la toma de decisiones.

En tal sentido, según mi criterio y de acuerdo a los contextos señalados, el *big data* es un conjunto de datos ingresados y tratados mediante sistemas especializados para ser procesados sistemáticamente y brindar resultados de acuerdo a la información requerida. De ahí que el sistema aplicado en la Ciencia del Derecho permite procesar los datos bajo parámetros de contextos jurídicos normativos.

### 1.2. Machine learning

La IA mediante sus herramientas digitales, emite resultados basados en “aprendizajes automáticos” similares al hombre, que están formados por “datos” y “algoritmos”, cuya información se transforma. Las máquinas pueden aprender por sí solas dando resultados de predicciones rápidas y eficientes.

Sobre el *Machine learning*, revisamos una interesante definición vertido en el siguiente reporte español:

Frente a las técnicas estadísticas clásicas, la introducción de técnicas de *Machine Learning* permiten mejorar el proceso de estimación de modelos, no sólo con relación al aumento del poder predictivo a través de nuevas metodologías y técnicas de selección de variables, sino también en la mejora de la eficiencia de los procesos a través de la automatización. (*Management Solutions*, p.7)

Asimismo conforme el criterio del autor Morales (2021), el *Machine learning* “[...] trata de la habilidad de las máquinas para recibir datos y adquirir conocimiento de forma autónoma, adaptando y modificando los algoritmos a medida que procesan información y se familiarizan con el entorno” (p.47).

En otro sentido y desde la perspectiva financiera, se arriba a la conclusión que el *machine learning* es un experto que identifica patrones, siendo capaz de transformar un conjunto de datos en un software que puede realizar deducciones partiendo de nuevos datos, incluso sin haber sido entrenados previamente para ello.

Siendo así, de acuerdo a los términos conceptuales y anotados anteriormente, el *machine learning* aplicado en el ámbito legal, especialmente en los casos de alimentos, permite generar resultados rápidos y eficientes en los que realiza el proceso de calificación de las demandas —admisibilidad o improcedencia— a través de un algoritmo especializado en la materia.

### 1.3. *Deep Learning*

El *deep learning*, también conocido como *aprendizaje profundo* en el ámbito de la tecnológica digital, crea algoritmos especializados interconectados por neuronas artificiales y brinda resultados similares al aprendizaje humano, permitiendo resolver problemas en forma autónoma. En la actualidad, este software se emplea en varias aplicaciones, tales como Netflix, *chatbots*, *ChatGPT*, entre otros.

Los estudios realizados con relación a la IA tienen un criterio doctrinario del *deep learning*, como parte de *machine learning*, que se encuentra formado de varias capas que contiene toda la información transmitida por la *Artificial Neural Network* o *Red Neuronal artificial*, conforme a lo señalado por el autor Morales (2021). El *deep learning* “replica la estructura del sistema nervioso”, lo que posibilita la existencia de redes de unidades de procesamiento especializadas en la identificación de características específicas presentes en los datos.” (p.48).

El *Deep learning* forma parte del *machine learning*, porque:

El enfoque se dirige hacia el desarrollo de algoritmos capaces de aprender mediante redes neuronales profundas. Estas redes, inspiradas en el funcionamiento del cerebro humano, consisten en múltiples capas de nodos conectados entre sí, encargados de procesar y transformar datos. (BBVA, 2023).

En tal sentido, el deep learning aplicado al Derecho permite generar predicciones mediante patrones que puedan ser utilizados por los operadores judiciales, con la finalidad de obtener resultados en base a decisiones judiciales de casos de expedientes en materia de procesos de alimentos similares que ya han sido resueltos y sus decisiones ayudarán a los operadores judiciales, a través de una herramienta tecnológica en función de asistente judicial.

En consecuencia, los jueces y operadores judiciales asignados a la función especializada se deben capacitar en la aplicación de herramientas tecnológicas para aplicar los resultados de las predicciones que se exponen en los diversos casos judiciales en materia de alimentos y así obtener resultados céleres y eficaces.

#### **1.4. Redes Neuronales Artificiales**

Según lo señala Gonzales (2021), dentro del contexto de las herramientas digitales, se considera que la Red Neuronal:

Se trata de una secuencia de algoritmos diseñados para identificar relaciones dentro de un conjunto de datos. Estos algoritmos están compuestos por nodos interconectados, lo que le otorga una apariencia similar a la de una red neuronal biológica. Para ello, debemos precisar que una red neuronal se encuentra formada por nodos, que captan información del exterior o de otras neuronas artificiales de manera similar a los impulso nerviosos que son transmitido por el cerebro humano, procesando y generan un valor de salida al exterior, que se va ajustando durante el entrenamiento de la red neural a fin de minimizar cualquier error de la red, mediante funciones que realiza las neuronas artificiales, como: La función de propagación se encarga de establecer una conexión matemática entre los valores de entrada, los pesos asociados y un término de sesgo, para calcular el resultado de salida de la neurona, función de activación permite que la neurona genere un resultado de salida afirmativo o negativo y función de transferencia permite que el resultado obtenido sea confiables y puedan enviarse a otras neuronas en la red de salida.

Por lo que, las redes neuronales con la información insertada en la base de datos permite que se tomen decisiones inteligentes con la asistencia humana en forma limitada, logrando aprender y crear resultados modelos de las actividades a desarrollar, entre los datos de ingreso y salidas de datos. Esto último para que se ejecuten múltiples combinaciones de tareas y funciones que no se lograban automatizar mediante los sistemas convencionales y con la aplicación tecnológica del big data que permite ejecutar el proceso de la información ingresada a la Red Neuronal Artificial en grandes cantidades de volúmenes y variedades a una gran velocidad, obteniendo resultados que permiten pronosticarlos a través de análisis predictivos inteligentes de resultados de las actividades jurídicas con celeridad y eficiencia.

### 1.5. *Legaltech*

El *legaltech* es una herramienta tecnológica que sirve para expresar nociones aplicadas en el derecho. Para el autor Sierra (2022), “la Legaltech implica el uso de herramientas destinadas a automatizar y acelerar procesos, datos, consultas y cuestiones legales. Esto permite una conexión rápida y directa entre el cliente y las posibles soluciones a sus problemas legales”.

Por lo tanto, aquellos que se dedican a las actividades jurídicas deben aplicar este *software* en las actividades de índole jurídica, a fin de obtener resultados rápidos y eficientes para un óptimo desarrollo de sus actividades jurídicas.

Según el autor Federico Ast (2020), se expresa lo siguiente:

Los primeros intentos de aplicar la tecnología al derecho (Legaltech), fue dado por el profesor canadiense *Hugh Lawford* en el año 1967, quien desarrolló los datos legales QUICK/LAW, luego sirvió como base para que se convirtiera en un proyecto académico especializado en el ámbito jurídico. Posteriormente en los años de 1970 y 1980, por el alto costo de adquirir computadoras, no permitió el avance del legaltech, ya en el año 1990 las personas podían tener acceso a la compra de computadora con bajos costos para su adquisición, y a su vez se interconectaban a nivel mundial, generando con ello un nacimiento de la era digital, especialmente en el ámbito jurídico.

Por su parte, para el autor Sierra (2023):

La palabra Legaltech está compuesta por dos palabras: legal technology, por lo que considera la tecnología inmersa en el ámbito legal. Para permitir como ayuda, apoyo, simplificación y optimización de las actividades jurídicas que desarrollan el abogado y operadores judiciales. Bajo este contexto, legaltech es

la aplicación de una herramienta digital que permite automatizar y agilizar los procesos, datos, asuntos judiciales, bajo este contexto judicial, permite instaurar conexiones inmediatas y directas con su cliente con la opción de brindar posibles soluciones a sus dudas legales.

Con este mismo criterio, el autor llega a la conclusión que los softwares legaltech para los abogados y operadores judiciales son aplicados con la finalidad de automatizar procesos básicos y repetitivos, así como desarrollar actividades complejas como pronosticar resultados de los litigios mediante un análisis predictivo inteligente, para generar un resultado con eficiencia y celeridad en la realización de tareas legales a desarrollar.

### 1.6. Sistemas Expertos Jurídicos

Los sistemas expertos jurídicos son *softwares* con ayuda de la IA a través de los cuales se realiza una simulación de un proceso del pensamiento del ser humano, con la finalidad de dar soluciones a las actividades jurídicas de los magistrados. Es preciso mencionar que otros países han implementado sistemas expertos con empleo de la IA, con el fin de ser patrones de réplica dentro del sistema de administración judicial especialmente, en la especialidad de alimentos.

Para ello, podemos mencionar que algunos de estos programas especializados en enfoques jurídicos, tal como se tiene en Argentina con “Prometea”, que es un software que utiliza como base el aprendizaje automático y ejecuta en forma rápida los procesos judiciales de su país. En Colombia, se encuentra “PretorIA”, la misma que también es un software que incorpora a la IA a las instancias de la Corte Constitucional Colombiana y que es eficaz en la selección de tutelas de derechos.

De igual manera, en Colombia, se puede identificar al software “Siarelis” que comprende un sistema basado en la IA, a partir de la cual se resuelven litigios societarios y brinda datos precedentes que son similares de los procesos de conflicto societario que tienen que resolver los magistrados. De esta manera, se llega a obtener resultados finales en tiempos rápidos y fundamentos adecuados, con los que se cumple el rol de asistente judicial virtual del juez. Una de las mejores experiencias judiciales, es el “Fiscal Watson” que es aplicado por la Fiscalía General de la Nación en Yopal Casanare-Colombia, la misma que es una herramienta de la IA que permite asociar casos basados con información de denuncias, brindar una efectividad, rapidez y precisión a las investigaciones y hacer seguimiento en tiempos reales a las denuncias, el análisis de la forma de operar un delito, rasgos físicos de los imputados y medios utilizados para realizar el acto delictivo entre otros contextos relacionados al área penal.

Por lo tanto, se debe considerar que el éxito de estos *softwares* señalados en los párrafos anteriores, permite un avance sistematizado de nuestro poder judicial, con la finalidad de garantizar que los derechos fundamentales de la persona se cumplan con eficiencia según lo establecido en la Constitución Política y en aplicación adecuada de la herramienta digital legal especializada. Y es que así se podría realizar un análisis de las actividades que se han desarrollado de los procesos judiciales de los países que han aplicado la IA, empleando *softwares* especializados en asuntos jurídicos, comprobándose que los sistemas expertos, a través de sus herramientas tecnológicas permiten con facilidad convertirse en asistentes legales virtuales para los operadores judiciales.

### 1.6.1. PROMETEA, IA aplicada en el ámbito judicial en Argentina

Según afirman Estévez et al. (2020):

PROMETEA, es un *software* que se ha aplicado en el ámbito jurídico de la Fiscalía General Adjunta en lo Contencioso Administrativo y Tributario de Buenos Aires, a cargo del Fiscal Dr. Juan Gustavo Corvalán, quien tuvo la idea de innovar tecnológicamente el sistema de justicia, para que el trabajo fiscal sea más eficiente en sus resultados, por lo que aplicó la solución PROMATEA, mediante un plan estratégico en base a tres pilares: Gobernanza de datos, una automatización Inteligente y la aplicación de técnicas de la IA, desarrollando una herramienta digital que resuelve en forma automática los dictámenes fiscales.

En este sentido, PROMETEA es un sistema digital con IA que automatiza labores en un doble rol asistencial, primero como ayudante virtual al implementar IA en la interacción usuario-máquina, y segundo funcionando como un asistente predictivo que brinda sugerencias al usuario cuando es necesario, utilizando como herramienta adicional el *ChatBot*.

Por lo tanto, considerando que el sistema digitalizado va determinar que el empleo del software funcione efectivamente para calificar las demandas, en las que se verifique la información en línea de los documentos formales que se requieren para la admisibilidad de la demanda de alimentos en las entidades públicas relacionadas con los medios probatorios obligatorios que deben formar parte de la demanda, tales como los siguientes:

- Partida de nacimiento y Documento Nacional de Identidad de las partes: demandante y alimentista
- Información sobre la capacidad económica del demandado a través de Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MINTRA), Superintendencia de Aduanas y de la Administración Tributaria

(SUNAT), los bienes muebles e inmuebles activos e inactivos del demandado que se encuentren registrados ante la SUNARP,

- Carga familiar del demandado a través del Registro Nacional de Identidad y Registro Civil (RENIEC) y municipalidades.
- Información bancaria y financiera del demandado a través de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administración Privadas de Fondos de Pensiones
- Entre otros medios probatorios necesarios para el desarrollo del proceso judicial

De esta manera, se puede proyectar el monto de pensión de alimentos conforme a la información en línea que se obtenga de las entidades públicas interconectadas, a partir de los resultados reales de los alcances de los medios probatorios. Lo señalado se encuentra debidamente normados en los artículos 424°, 425°, 564° de la Ley N° 32006, Ley que Modifica el artículo del Código Procesal Civil respecto al acceso de oficio a información en línea sobre la capacidad económica del demandado, y 565° del C.P.C., que da cumplimiento con el artículo 551° del C.P.C., y los artículos 164°, 165° y 168° (segundo párrafo) del C.N.A.

Y es que no se requiere de una práctica cognitiva para ser resuelto, sino sólo del empleo de la IA con la que se verifique y extraiga información a fin de que no se declaren inadmisibles o improcedentes las demandas y evitar, con ello, el exceso de tiempo del trámite burocrático en la vía administrativa y del envío de la información requerida para el pronunciamiento final del Magistrado.

En tal sentido, haciendo un análisis cuantitativo sobre la utilización de PROMETEA se observa una reducción notable de los tiempos para ejecutar el desarrollo de las distintas tareas administrativas y judiciales en la administración de justicia Argentina según sea la tarea a desarrollarse y, a su vez, se observa la reducción de los plazos en horas y días, con lo que los operadores de justicia pueden dedicar el tiempo ahorrado para resolver casos judiciales más complejos y dictar sentencias con un análisis debidamente fundamentado. Esto último es posible observar en los resultados obtenidos de la aplicación de PROMATEA en la Administración de Justicia de Argentina en la Fiscalía de la Buenos Aires, en donde existe una considerable reducción de tiempo en el desarrollo de sus trabajos judiciales.

Es importante señalar que lo expresado por los autores Estévez *et al.* (2020) cuando señalan que existe una notable reducción de tiempos en diferentes procesos, tal como es el caso de la contratación de pliegos (de 90 minutos a 1 minuto, con un porcentaje de reducción de tiempo del 99%),

procesos de requerimiento a juicio (167 días a 38 días con reducción de tiempo en un 77%), amparos habitacionales con citación de terceros (190 días a 42 días, con reducción de tiempo en un porcentaje de 78%) y amparos habitacionales no autosuficientes (160 días a 38 días, con reducción de tiempo en porcentaje de 76%), entre otros en los que se observa la disminución considerable del tiempo necesario para finalizar dichos procesos.

### **1.6.2. PRETORIA, IA aplicada en la Administración de Justicia en Colombia**

La PRETORIA utiliza como guía a PROMETEA por ser primer *software* de la IA que realizar acciones de predictividad de trabajos judiciales en Latinoamérica, utilizando la gobernanza de datos de la IA con los que se brindan criterios fundamentados que son útiles para los magistrados de la administración de justicia de Colombia y tengan resultados eficientes en los procesos del Sector de Justicia, en protección de derechos fundamentales ejecutados ante la Corte Constitucional colombiana.

Según los autores Saavedra y Upegui (2020):

PRETORIA es un sistema que permite hacer más eficiente un proceso de tutela en la administración de justicia de Colombia, para lo cual sus sentencias son clasificados por categorías por el experto, cuyos datos de entrada son textos escritos en español y de naturaleza legal, los mismos que son procesados para luego proveer al agente humano información ordenada, con el objeto de reducir el tiempo y con ello se logre seleccionar los casos que requieren mayor atención para su revisión a no. (pp.32-33).

Según manifiesta los mismos autores, PretorIA se encarga de realizar un resumen de los casos de tutela seleccionados por la Corte Constitucional Colombiana, identificando con etiquetados a cada uno de los casos dependiendo de las características de cada uno, generando una revisión de la jurisprudencia con más eficiencia por los operadores de justicia de la Corte Colombiana, y también realizar resúmenes y reseñas automáticos de todos los casos a cargo de la Corte, para revisarlos y emitir resultados rápidos y eficientes, y disminuir la carga excesiva de los casos son revisados por los operadores de justicia de la Corte Constitucional Colombiana.

Cabe precisar que un operador judicial demora un promedio de tiempo, en leer y armar un resumen sobre una sola sentencia 27 minutos, considerando que la Corte Constitucional de Colombia recibe 2 700 amparos de tutela por día. Por ello, se implementó este sistema para dar prioridades a las cuestiones judiciales, y agilizar los procesos, facilitando la tarea de identificación de casos más relevantes, automatizar y presentar de manera intuitiva informes y estadísticas en forma rápida y eficiente.

En consecuencia, del análisis realizado a los sistemas expertos Prometea y Pretorla, de la IA permitirá que sus mecanismos tecnológicos aplicados en nuestra administración judicial, de resultados que beneficie la administración de justicia peruana con plazos céleres, proporcionales y con criterios de razonabilidad para el cumplimiento de las funciones de los Magistrado, quienes contarán con un Asistente Legal Digital e innovando con herramientas tecnológicas, es decir, con un software especializado, denominado Sistema de Experto Judicial “PROJAL”, con el fin de cumplir los plazos y equitativamente se asigne un monto de la pensión de alimentos y emitir sentencias debidamente sustentadas.

## **2. La IA aplicada en los procesos judiciales para garantizar el principio de celeridad procesal, proporcionalidad y razonabilidad en la determinación del monto de pensión de alimentos en los alimentistas.**

La IA aplicada al Derecho es importante para los trámites procesales dentro de sistema de justicia peruano, porque permite la automatización de las actividades judiciales que son realizadas en forma repetitiva y con análisis de grandes volúmenes de datos legales, leyes y jurisprudencia, a fin de proporcionar información relevante y precedentes que respalden el fallo judicial de forma celeridad y precisa, con el fin de reducir el trabajo de los operadores de justicia en el sistema judicial peruano.

Así mismo, mediante el empleo de la IA, los operadores de justicia en el Perú puedan obtener predicciones de los resultados judiciales en forma oportuna con la debida identificación de patrones y anomalías de existan en los expedientes y documentación legal que serán analizados a través los algoritmos de la IA y puede obtenerse resultados de los casos judiciales en base a un análisis de datos históricos e identifiquen los errores para prevenir injusticias y garantizar un resultado celeridad, proporcional y con criterios razonables en los resultados finales de cada proceso.

Para ello, mediante la aplicación de la IA, los abogados podrán desarrollar sus actividades legales con mayor probabilidad de éxito en los casos que patrocinan y los jueces podrán tomar decisiones más informadas, disminuyendo los sesgos inherentes a la toma de decisiones judiciales basadas en datos objetivos, organizados para resolver los expedientes de casos a su cargo de manera más eficiente y empleando recursos óptimos que permitan reducir los plazos, fundamentar sus resultados finales con opciones legales que no vulneren los derechos de los niños, niñas y adolescentes y mejoren el acceso a la justicia con la utilización de herramientas tecnológicas, en su calidad de “asistente legal virtual” como es el *chatGTP* y sistemas de respuesta automática de la IA aplicadas al derecho y a los procesos judiciales, para que sus actividades sean más eficientes y precisas, y garantizar la

implementación justa y responsable de esta herramienta digital en la administración judicial peruana.

El sistema judicial peruano recibe demandas de muchas especialidades entre las más comunes y con mayor ingresos son los procesos en materia de alimentos, dando cumplimiento a la obligación de derechos de alimentos por la vía sumarísimo y proceso único o simplificado, cuyo trámite debe ser célere en el que se garantice el Principio del Interés Superior de Niño y que cuando se tramiten no tengan una duración en tiempo muy excesiva, vulnerando y afectando el derecho del alimentista, por la cantidad de expediente existentes y falta de operadores judiciales especialistas, para atender con mayor eficiencia los expediente judiciales que existe en los Juzgados competentes en la especialidad.

En razón a esta realidad, nuestro sistema judicial viene vulnerando el derecho al alimentistas, por lo que surge la necesidad de cambiar el procedimiento de nuestro sistema judicial tradicional por la uso de la IA como un aplicativo digital que permita una innovación tecnología digital (software especializado), denominado Sistema de Experto Judicial "PROJAL" con la que se cumplan con los plazos y la equitativa asignación de monto de la prestación de alimentos.

### **2.1. Trámite para obtener la Pensión de alimentos en el Perú**

Según considera el autor Jarrin (2019):

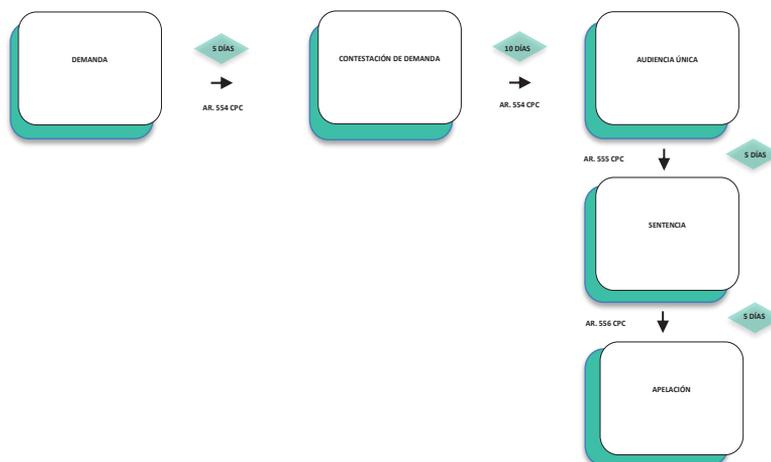
El derecho de alimentos, es una suma de dinero que se le asigna a una persona, para satisfacer sus necesidades básicas para su subsistencia, siempre que exista una relación familiar para la entrega pecuniaria (p.54).

En esa línea, corresponde resaltar que este derecho se encuentra establecido en dos cuerpos normativos: de un lado, en el Código Civil, Título I, Capítulo I, Artículo 472°, tramitándose vía proceso sumarísimo, según se aprecia en la Figura 1, conforme lo indica en el numeral 1, Artículo 546 del Código Procesal Civil, se aplicará bajo esta norma jurídica, cuando el alimentista es mayor de edad; y, otro lado, el Código del Niño y Adolescente, Ley N° 27337, Título I, Capítulo IV, Artículo 92°, tramitándose vía Proceso Único-Simplificado, como se puede apreciar en la Figura 2., conforme lo señala el Artículo 161° del C.N.A, cuando el alimentista es menor de edad.

Así mismo, para fortalecer y garantizar el Principio del Interés superior del niño y obtener una pensión de alimentos adecuada, célere y eficiente en los procesos de alimentos, se promulgó la Ley N° 31464, "Ley que modifica las normas que regulan los procesos de alimentos, a fin de garantizar la debida aplicación del principio del interés superior del niño y la obtención de

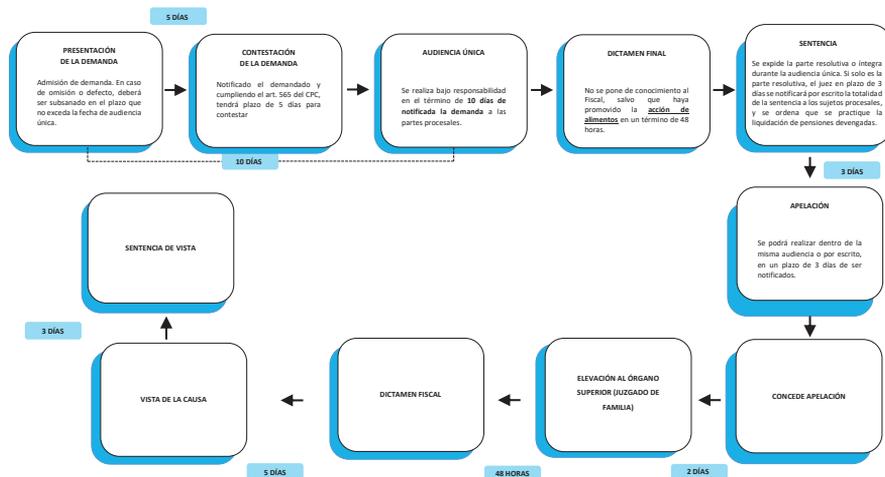
una pensión de alimentos adecuada”, lo que permitió fortalecer los procesos de alimentos.

Figura 1  
Proceso Sumarísimo



**Nota.** Esta figura describe el trámite y plazos de un proceso sumarísimo.

Figura 2  
Proceso Único - Simplifica



**Nota.** Esta figura describe el trámite y plazos de un proceso Único-Simplificado.

Por ello, frente al incumplimiento del derecho a los alimentos, el progenitor a cargo del alimentista acude ante poder Judicial, mediante una demanda, con el objeto que se le asigne un monto de pensión de alimentos conforme a los criterios normativos que deberá cumplir el obligado. En tal sentido, el proceso judicial de alimentos se desarrolla vía proceso sumarísimo y Proceso Único incorporándose el Proceso Simplificado, considerando su atención de acuerdo a las edades de los alimentistas, según lo establecido el artículo 546° C.P.C., artículo 164° del C.N.A. modificando los textos normativos, con la publicación de la Ley N° 31464 y 32006 , se quiere garantizar que los procesos de alimentos sean más céleres, con la aplicación debida del Principio del Interés Superior del niño y la obtención de una pensión de alimentos adecuada.

En el Poder Judicial del Perú, se observa una excesiva carga procesal, en todos los juzgados especialmente aquellos Juzgado de Paz Letrado, cuya competentes recen los expedientes en materia de alimentos, generando preocupación por nuestras autoridades judiciales, aún con la promulgación de la Ley N° 31464, que permite que la norma se ajuste en beneficio de los alimentistas, haciendo prevalecer el Principio del interés Superior del Niño y cuyos resultados deben está considerado en cada proceso de alimentos, con plazos céleres, proporcionales, con criterios razonables e idóneos, pero en la práctica los plazos son muy largos y tediosos, lo que ocasiona un perjuicio al alimentista. Por esta razón, debemos tener en consideración que el tiempo real y de acuerdo a los plazos normativos, la demora un proceso de alimentos en primera instancia de acuerdo a los plazos legales, debería terminar a los 30 días hábiles, sin tomar en cuenta el tiempo de las notificaciones, debiendo considerar que en la realidad procesal de nuestra administración de justicia, existe una transgresión jurídica a los principios constitucionales, especialmente al de la celeridad procesal del ISN; principios que los operadores de justicia no respetan porque en la práctica, la duración de un proceso de alimentos termina en 8 meses, 12 meses y 2 años o más.

De tal manera, las razones de la demora procesal, se tiene la excesiva carga procesal, falta de operatividad funcional, cambios en forma constante de servidores públicos del sector judicial, que en algunos casos no son de la especialidad, y en otros causan, por el cual transgreden los plazos que generan demora en obtener los dictámenes con la asignación del monto alimentos, perjudicado directamente a los Alimentistas.

Sin embargo, se debe considerar que un proceso judicial de alimentos aun considerando el proceso simplificado, no cambia la demora del tiempo, es muy tedioso y la duración de su ejecución se extiende hasta los 2 años aproximadamente, siendo el motivo principal la carga procesal. Para ello, según el informe estadístico de la Defensoría del Pueblo (2018), donde señala sobre la duración del proceso en materia de alimentos:

De todos los casos en la especialidad de Alimentos, y que han sido examinados, solo el 67,9% han obtenido un pronunciamiento sobre la pretensión planteada. Y con un universo de 2386 se ha calculado el tiempo que transcurre entre algunas etapas procesales.

También se puede mencionar que los procesos que culminaron en sentencia, se demoraron 181 días a 365 días, es decir entre los seis meses y un año, con un porcentaje de 28.2 %; en aquellos casos donde el proceso se prolongó más del año tenemos un 19.3%, muy a pesar de la intención de hacer los procesos céleres, con las modificatorias que se vienen realizando en las normas. (p.83).

En vista a la excesiva demora en atención de los procesos de alimentos, se debe al incumplimiento de los plazos procesales, por lo cual, existe la preocupación urgente de buscar una alternativa de solución para hacer cumplir los derechos constitucionales del alimentista y evitar la vulneración de sus derechos, permitiendo de esta manera aplicación de la IA mediante un software llamado PROJAL, como una herramienta asistencial que brinde un apoyo adecuado y eficiente en la célere atención de los expedientes judiciales, especialmente de la materia de alimentos.

Por ello, con la aplicación de PROJAL, el Juez, tendrá un asistente digital permanente con todos los accesos permitidos de las entidades públicas, como:

Superintendencia Nacional de Registros Públicos – SUNARP, Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT, Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC, Seguro Social de Salud – ESSALUD, Ministerio de Educación – MINEDU, Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (SUNEDU), Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo – MINTRA, Ministerio de Educación – MINEDU, Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondo de Pensiones y Seguros, entre otras necesarias que relacionen en el proceso y con los medios probatorios que se requieren en materia de procesos de alimentos.

Bajo la Función judicial y principio de confidencialidad funcional, y se obtienen los medios probatorios que se requiere en cada caso, para ser utilizadas dentro de la etapa postulatoria del proceso y ejecutadas en la Audiencia Única del proceso. Este procedimiento de recolección de medios probatorios se puede realizar mediante el sistema experto judicial denominado “PROJAL” en cuyo contexto tecnológico cuente con el software de Database Management System - DBMS, para hacer la recolección de los

datos a obtener en forma rápida, precisa y digitalizada, y en el proceso de la audiencia se pueda dar cumplimiento a lo normado.

Para ello, se debe automatizar las acciones administrativas iguales desarrolladas en el proceso de procedimiento de calificación de la demanda en materia del derecho de alimentos, con el fin de dar o no, inicio al primer presupuesto procesal de orden formal y material. Para lograr la automatización de las acciones administrativas iguales en el proceso de calificación de la demanda, se aplicaría la estructura del software de PROMETE, que se aplicó en la Fiscalía de Buenos Aires-Argentina, en primer lugar se automatizó todos las acciones administrativas a través de los algoritmos inteligentes, actuando como un asistente virtual utilizando el interfaz del usuario (*User Interface*), que para Corrales (2019) “es un concepto que engloba la arquitectura de información, patrones y variedad de elementos visuales que nos ayuda a interactuar de forma eficaz con sistemas operativos y *softwares* de diversos dispositivos” y tener un asistente Digital predictivo, para que este aplicativo sea estructurado por especialistas en el ámbito legal e ingenieros de sistemas, con la finalidad que existan menos errores sobre las predicciones que generen los casos similares, que se ingresen en el software sobre los casos de alimentos para ser empleados por el asistente legal, permitiéndole realizar un trabajo celer, proporcional y con criterios razonables para que operario judicial atienda los dictámenes jurídicos basados en casos ya existentes similares, y que a la vez el Juez tenga acceso directo, personalísimo, confidencial e inmediato y bajo responsabilidad, la verificación de los requisitos, y anexos de la demanda de los que forman parte en el proceso judicial de alimentos; de esta manera dejaríamos el tiempo que demora la espera tediosa de las respuestas de las entidades involucradas en los casos, PROMETEA en Argentina, responde al 99% de factibilidad en los casos empleados.

Con relación al empleo de PROMETEA en la administración de justicia peruana, a través de nuestro asistente virtual PROJAL, permitirá realizar un eficaz trabajo a razón del dato que sean incorporados al sistema de las distintas acciones de procesos en materia de alimentos, de situaciones similares, bajo el contexto de un información adecuada y precisa, mediante la identificación de patrones similares en las demandas. Así mismo, uno de los problemas que afronta los procesos de alimentos es la determinación del monto de pensión de alimentos, en razón a que no existe acuerdo conciliatorio entre las partes, por lo que se continúa el proceso y ocasiona el incremento de la carga procesal en la administración de justicia peruana. Para ello, a través de la IA se puede cuantificar el monto de pensión de alimentos, a través del mediante el empleo del *software de Database Management System – DBMS* de la IA como un asistente virtual, permitirá brindar una alternativa de solución asignándole un monto determinando alimentos para el menor alimentista de acuerdo a los criterios que se considera para fijar dichos

montos de alimentos, prescritos en el Artículo 481° y Artículo 482° del Código Civil vigente.

Para los autores Lozada y Martínez (2018), lo siguiente:

El Diseño Funcional obtenido por los autores permitirá determinar la asignación de Pensión de Alimentos, en los procesos judiciales, dando como resultados eficaces, con la aplicación de un software de la IA con la denominación de DashBoards, que permitirán tomador decisiones en base a los datos que tenga en sus bases la información ordenada y graficada de tal forma que este pueda fijar la cuota alimentaria de una manera más rápida y acertada al estudio del caso procesal. Este aplicativo debe tener como base de datos: la capacidad económica del obligado por año, bienes muebles e inmuebles, declaración de impuestos, empleadora donde labora el obligado, entre otros que sean necesarios de acuerdo a los casos de alimentos a atender (p.65).

También, a través de la IA especialmente del ChatGTP, ayudará a los operadores judiciales tener a un asistente virtual que les permita realizar consultas, para obtener información del monto de pensión de alimentos. Por lo tanto, se puede calcular la cuantificación del monto de pensión de alimentos mediante el software de la IA que tenga como datos necesarios para obtener resultados precisos, tales como cantidad de hijos, las edades que oscilan los hijos, algunas discapacidades, entre otros brindándole al operario judicial la asignación de cantidades de pensiones mínimas, que deberá asignar el Juez, garantizando los derechos constitucionales de las partes y principalmente el principio del Interés Superior del Niño.

#### **IV. Aspectos metodológicos**

En la presente investigación, se ha empleado el diseño descriptivo no experimental de tipo jurídica-normativa (no exegética) y un enfoque de naturaleza cualitativa al considerarse jurisprudencia y entrevista de magistrados, nacionales e internacionales, que utilizaron la IA como medio digital en todas las etapas del proceso de determinación de la pensión alimenticia y otras especialidades. Según lo señalado por Ñaupas y otros autores (2014), y conforme a lo que afirmaba Cerda (1997), que el diseño cualitativo “se refiere a cualidades, rasgos, aspectos fundamentales, integridad o características que no pueden ser medidas numéricamente, los cuales permitan una descripción, comprensión y explicación más precisa de los sucesos, eventos y comportamientos dentro de un grupo social o individuo” (p. 64).

El empleo de este enfoque se logrará obtener un discernimiento lógico y bien detallado cómo se ha aplicado la IA en la administración de justicia

en las diferentes especialidades, especialmente en los procesos judiciales de alimentos en la administración de justicia en el Perú, con la finalidad de que el empleo de la IA sea una solución a los problemas del servicio judicial peruano. En tal sentido, para atender la problemática y desarrollar el tema, se emplearán métodos Inductivo y Deductivo. Según criterio de Clavijo y otros autores (2014), se manifiesta lo siguiente:

Esta disciplina comienza con la observación de casos particulares, utilizando estos como base para establecer conclusiones generales que explican un fenómeno completo. Estas conclusiones generales son útiles para hacer predicciones, cuya validación refuerza su validez o, en caso de fracaso, puede llevar a su revisión o incluso rechazo (p. 21).

Finalmente, se señala que la metodología empleada permite determinar la utilización de la IA, a través de *software*, permite que los operadores de justicia, logren un trabajo administrativo en los procesos judiciales de alimentos se pueda lograr disminuir la carga procesal en esta área, permitiendo la celeridad procesal, razonabilidad y proporcionalidad a los procesos de alimentos judiciales y con ello determinar los montos de pensión del derecho de alimentos, para los alimentistas.

## V. Conclusiones

Es necesario dar efectivo cumplimiento a los derechos y principios constitucionales, especialmente a los derechos que tienen los alimentistas en la Administración de Justicia Peruana, a fin de ser innovadora y genere resultados procesales con eficiencia, celeridad, proporcionalidad y razonabilidad aplicando IA como un nuevo enfoque en beneficio de los alimentistas, para que mediante sus diversas herramientas tecnológicas bien aplicadas, permitan a los Jueces de Paz Letrado y Jueces de Familia del Poder Judicial del Perú, contar con un Asistente Digital con un gran bagaje de criterios razonables, bajo los parámetros de un *software* como: *Machine o Deep learning*.

El empleo de la IA en el sector público es inevitable y presenta beneficios para la actividad pública al permitir la automatización de procesos, generando ahorro en costos de transacción (tiempo, esfuerzo, recursos y seguridad). También podemos señalar que los procesos judiciales como la pensión de alimentos involucra el ISN y adolescente por lo que mediante la IA sería más rápido y transparente, además permitiría disminuir significativamente la excesiva cantidad de expedientes debido a las diversas demandas por alimentos en los Juzgados especializados de Familia de las Cortes Superiores a nivel Nacional.

Hay que precisar que el empleo de la IA no pretende reemplazar el trabajo del hombre, porque es necesario el trabajo humano para la ejecución de los procesos judiciales en la emisión de actos resolutive judiciales. Las herramientas tecnológicas permitirán ser un asistente virtual en la administración de justicia, ayudando al trabajo judicial de manera más rápida, eficaz y eficiente, sobre todo si implementamos un software especializado, denominado Sistema de Experto Judicial "PROJAL", con el fin de asegurar el cumplimiento de los plazos, la equitativa asignación del monto de pensión alimenticia en los procesos de la materia, y el empleo de un buen criterio razonable para emitir una adecuada decisión en la sentencia de los procesos de alimentos; es decir, la función judicial transformaría los procesos judiciales en forma Digital, dando como resultado un nuevo enfoque normativo que abarque todos los posibles escenarios con la aplicación de la IA que permitiría alcanzar un proceso judicial célere, eficiente y práctico. para garantizar los derechos fundamentales mediante la innovación de la tecnología digital en el sistema judicial peruano.

Para concluir, es preciso resaltar que en el Perú se han realizado modificaciones en el Código Civil, Código Procesal Civil y Código del Niño, Niña y Adolescente, respecto al acceso de oficio a la información en línea sobre la capacidad económica del demandado, a través de la ley N° 32006. Con esta norma, y así como en otras modificaciones realizadas, el Estado busca que los procesos de alimentos sean más céleres, garanticen la debida aplicación del Principio del Interés Superior del niño y permitan otorgar una pensión de alimentos adecuada para los alimentistas.

## Referencias

- Ast, Federico. (2020, 21 de noviembre). *Los Pioneros del Legaltech*. Astec.
- Banco BBVA Perú. (2019, 8 de noviembre). *Machine learning: ¿qué es y cómo funciona?* Innovación. <https://www.bbva.com/es/machine-learning-que-es-y-como-funciona/>
- Banco BBVA Perú. (2023, 20 de noviembre). *¿Qué es el 'deep learning' y cómo beneficia nuestro día a día?* Innovación. <https://www.bbva.com/es/innovacion/que-es-el-deep-learning-y-como-beneficia-nuestro-dia-a-dia/>
- Carazo, A. (2020). *Big data*. *Economipedia*. <https://economipedia.com/definiciones/big-data.html>
- Cerda, H. (1997). *La Investigación Total*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Magisterio.
- Congreso de la República del Perú. (1984, 24 de julio). *Decreto Legislativo N° 295. Por el cual se aprueba el nuevo Código Civil*. Diario Oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682684>
- Congreso de la República del Perú. (2018, 12 de setiembre). *Ley N° 1412. Por la cual se expide la Ley Digital*. Diario Oficial El Peruano 1691026-1.
- Congreso de la República del Perú. (2000, 07 de agosto). *Ley N° 27337. Por la cual se expide el Código de los niños y adolescentes*. Diario Oficial El Peruano 91401.

- Congreso de la República del Perú. (2022, 13 de abril). *Ley N° 31464. Por la cual se aprueba la Ley que modifica las normas que regulan los procesos de alimentos, a fin de garantizar la debida aplicación del principio del interés superior del niño y la obtención de una pensión de alimentos adecuada*. Diario Oficial El Peruano 2063845-3.
- Corrales, J. (2019, 2 de agosto). *Interfaz de usuario o UI: ¿qué es y cuáles son sus características?* [https://rockcontent.com/es/blog/interfaz-de-usuario/#google\\_vignette](https://rockcontent.com/es/blog/interfaz-de-usuario/#google_vignette)
- Clavijo, C., Guerra, M., y Yáñez, M. (2014). *Método, metodología y técnicas de la investigación aplicada al derecho*. Grupo editorial Ibáñez.
- Defensoría del Pueblo. (2018). *El proceso de alimentos en el Perú: avances, dificultades y retos. (Informe N° 001)*. <https://www.defensoria.gob.pe/wpcontent/uploads/2018/08/DEFENSORIA-ALIMENTOS-JMD-27-07-18-2.pdf>
- Estevez, E., Linares, L., y Fillottrani, P., (2020). *Prometea: Transformando la administración de justicia con herramientas de inteligencia artificial*. Banco Interamericano de Desarrollo. Banco Interamericano de Desarrollo BID.
- Gonzales, R. (2021, 19 de mayo). *Qué es y qué aplicaciones tiene una red neuronal artificial*. <https://www.datacentric.es/blog/insight/red-neuronal-artificial-aplicaciones/>
- Jarrín, de P., (2019). *Derecho de Alimentos. (Biblioteca Nacional del Perú: 2019-18454. ISBN:978-612-4464-01-0)*. Colección Mujeres Juristas. <https://iuslatin.pe/wp-content/uploads/2020/07/DERECHO-DE-ALIMENTOS.pdf>
- Lozada, M. y Martínez, M. (2018). *Apoyo en la toma de decisiones en los procesos de fijación de cuota alimentaria, soportado en tecnologías cognitivas. [Tesis de maestría, Escuela Colombiana de Ingeniería Julio Garavito]*. Repositorio Digital de Tesis Escuela Colombiana de Ingeniería Julio Garavito. <https://repositorio.escuelaing.edu.co/handle/001/941>
- Ministerio de Justicia. (1993, 22 de abril). *Resolución Ministerial N° 010. Por el cual se aprueba el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil*. Diario Oficial. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682685>
- Management Solutions. (2018). *Machine Learning, una pieza clave en la transformación de los modelos de negocio*.
- Morales, C. (2021). *El impacto de la inteligencia artificial en el Derecho*. *Advocatus*, (039), 39-71. <https://doi.org/10.26439/advocatus2021.n39.5117>
- Ñaupas, P., Mejía, M., Novoa, R., Villagómez, P. (2014). *Metodología de la investigación cuantitativa- cualitativa y redacción de tesis*. Ediciones de la U.
- Presidencia de la República. (2018, 12 de setiembre). *Decreto Legislativo N° 1412. Por la cual se expide el Decreto Legislativo que Aprueba la Ley de Gobierno Digital*. Diario Oficial El Peruano16910326.
- Presidencia de la República. (2021, 18 de febrero). *Decreto Supremo N° 029. Por el cual se aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1412, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Gobierno Digital, y establece disposiciones sobre las condiciones, requisitos y uso de las tecnologías y medios electrónicos en el procedimiento administrativo*. Diario Oficial El Peruano 1929103.
- Peña, J. (28 jun. 2022). *Inteligencia artificial para la seguridad jurídica. Superando el problema de la cognoscibilidad del derecho, en Revista Oficial del Poder Judicial*.
- Saavedra, V., y Upegui, J., (2021). *Pretor1A y la automatización del procesamiento de causas de derechos humanos. (Derechos Digitales América)*. [https://www.dejusticia.org/publication/pretoria-y-la-automatizacion-del\\_procesamiento-de-causas-de-derechos-humanos/](https://www.dejusticia.org/publication/pretoria-y-la-automatizacion-del_procesamiento-de-causas-de-derechos-humanos/)

## Inteligencia Artificial como herramienta para determinar el monto de alimentos en los procesos judiciales

---

Sierra, Y. (2023, 28 de agosto). *Legaltech en Perú para abogados: qué es, ejemplos y empresas*. <https://blog.lemontech.com/Legaltech>

Surden, H. (2019). *Artificial Intelligence and Law: An Overview*, the Georgia State University Law Review, 35(4),1304-1337. <https://readingroom.law.gsu.edu/gsulr/vol35/iss4/8>



## INVESTIGACIONES NACIONALES

# Apuntes sobre la inimpugnabilidad contra el auto que desestima el sobreseimiento articulado por el imputado en etapa intermedia. Un enfoque desde la convencionalidad

## Notes on the unchallengeability against the order that rejects the dismissal articulated by the accused in the intermediate stage. An approach from conventionality

*Iván Gómez Carrasco*

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

<https://orcid.org/0000-0003-2334-2970>

[ivan.gomez1@unmsm.edu.pe](mailto:ivan.gomez1@unmsm.edu.pe)

Presentado: 19/04/2024 - Aceptado: 02/12/2024 - Publicación: 31/12/2024

### Resumen

El presente trabajo examina, la problemática de la inimpugnabilidad contra la resolución judicial que desestima el pedido de sobreseimiento que articula el imputado en etapa intermedia, la cual se encuentra prevista en las últimas líneas del literal 4 del artículo 352° del Código Procesal Penal. Así, el punto medular estas líneas tienen como propósito, plantear la viabilidad de la impugnación a través de la apelación, para lo cual, pondremos de relieve, que lo regulado por el dispositivo legal citado, no se ajusta a parámetros de convencionalidad que los jueces deben evaluar en cada caso concreto. Asimismo, para la construcción de este artículo se ha contado como insumos, los dispositivos legales, la doctrina y la jurisprudencia, en el que, estos últimos, han abordado a manera de antecedentes, la tesis a favor como en contra, sobre la impugnación al auto denegatorio del pedido de sobreseimiento. Por lo que, se propone la habilitación impugnativa mediante una reforma legislativa para determinados supuestos, de tal forma que el proceso penal no se vea saturado ante sendas apelaciones.

**Palabras clave:** Proceso Penal, Inimpugnabilidad contra el auto que deniega pedido de sobreseimiento, control de convencionalidad, reforma legislativa.

### **Abstract**

This paper examines the problem of the non-challengeability of the court ruling that rejects the request for dismissal made by the accused at the intermediate stage, which is provided for in the last lines of literal 4 of article 352° of the Criminal Procedure Code. Thus, the central point of these lines is to raise the viability of the challenge through appeal, for which we will highlight that what is regulated by the cited legal device does not conform to parameters of conventionality that judges must evaluate in each specific case. Likewise, for the construction of this article, the legal devices, doctrine and jurisprudence have been taken into account as inputs, in which the latter have addressed, as background, the thesis for and against, on the challenge to the order denying the request for dismissal. Therefore, it is proposed that appeals be allowed through a legislative reform for certain cases, so that the criminal process is not saturated by separate appeals.

**Keywords:** Criminal Process, Unchallengeability against the order denying the request for dismissal, control of conventionality, legislative reform.

---

## **I. Introducción**

La no impugnabilidad del auto que desestima el sobreseimiento del imputado en etapa intermedia, previsto en las últimas líneas del literal 4 del artículo 352° del Código Procesal Penal (en adelante CPP), resulta ser un tópico que acarrea ser observado, pues, su previsión, confronta con el derecho a la pluralidad de instancia, en tanto que, no se permite cuestionar el auto que evacúa el juez de la investigación preparatoria (como parte de las decisiones que adopta), en el que expresa los fundamentos de hecho y de derecho, esto es, las razones por las cuales rechaza el pedido de la parte acusada. Esta expresión judicial, no es más que la manifestación propia del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales de raigambre constitucional.

Así, este artículo tiene por finalidad analizar y estudiar las razones por las cuales, la norma procesal no permite que el imputado, pueda someter a revisión-ante el Tribunal Superior-la resolución que le deniega su pedido de sobreseimiento, por cuanto, el auto puede contener vicios o errores, por la naturaleza falible de todo ser humano como todo juez. Por lo que, de plano se rechaza dicha posibilidad, declarando la improcedencia, cuando se pretende ejercer el derecho a la pluralidad de instancia a través del recurso (de apelación).

Motivo por el cual, en aras de encarar esta complicación jurídica, hemos recurrido a nuestros instrumentos, bajo el lente jurídica-normativa, siendo estas las siguientes: la legislación actual, la doctrina y la jurisprudencia. Acerca de este último, no solo de la Corte Suprema, sino, de órganos de inferior jerarquía, pues, es imprescindible conocer sus razones para decantarse por la no viabilidad de la impugnación contra la resolución que expiden, siendo el argumento central, al no estar prevista en la ley.

Considera el suscrito, que lo trascendental de este estudio, estriba en su justificación, por cuanto, a través de una lectura convencional de las últimas líneas del literal 4 del artículo 352° CPP, notaremos que no se ajusta a este parámetro; entonces, a través de una reforma legislativa, comportará que lo decidido por el juez de investigación preparatoria mediante el auto que desestima el sobreseimiento, pueda ser objeto de revisión por la Sala Penal de Apelaciones, en el que, o bien confirme, revoque o pueda anular la decisión del *a quo*; siendo crucial, garantizar el derecho a la doble instancia, considerado como un derecho fundamental de tinte procesal cuyo contenido esencial no solo se agota contra las sentencias de condena o contra autos en el que estén en juego la libertad personal; sino, aquellas que resoluciones que tienen vocación de poner fin al proceso, como es el sobreseimiento, que, de ampararse, esta adquiere la condición de cosa juzgada.

Consecuentemente, es menester advertir, que la permisión de la impugnación contra el auto denegatorio del sobreseimiento del imputado puede traer como consecutiva negativa, como, el encontrarse ante un escenario de interposición de una seguidilla de apelaciones que podría saturar o colapsar más al sistema de justicia. Para lo cual, lo que se trata en buena cuenta, es garantizar el derecho de impugnación, pero, solo para los casos en el que se cumplan algunos de los presupuestos del literal 2 del artículo 344° del CPP que no comporten una discusión sobre el fondo.

## **II. Antecedentes**

La controversia que traemos a consideración, ha venido siendo objeto de abordaje en trabajos de investigación (llámese tesis), a nivel nacional que se muestran a favor de la impugnación contra el auto denegatorio del pedido de sobreseimiento. También, hemos encontrado en textos de connotados procesalistas, como parte del estudio que realizan acerca de la Etapa Intermedia, en el que sostienen, que no es posible recurrir, por no estar prevista en la ley; más bien, señalan que el imputado, tiene en el Juzgamiento la posibilidad de lograr su absolución a través del contradictorio. Eso, por un lado.

Por otro lado, contamos con jurisprudencia (que es poca o nula), que descarta la impugnación de la desestimación del sobreseimiento del imputado, por no encontrarse prevista en la ley; sin embargo, una de las consultadas, nos brinda una pequeña luz de su adecuación, puesto que, se menciona la existencia de un vacío normativo acerca de las finales líneas del párrafo 4, artículo 352° del CPP

## 2.1. Tesis nacionales

### a. Verde Campos, Brian Saúl (2020) Tesis de maestría “¿Se satisfacen las Garantías del Derecho de Impugnación en la figura de la impugnación diferida?”

La conclusión del autor evidencia una vulneración al derecho a la igualdad procesal, como también, la manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva, como es el doble grado de jurisdicción. Es decir, para este autor, se quiebra el primer derecho, en la medida que se le permite al fiscal, el poder apelar el auto que declara fundada (o estime como dice el inciso 3 del artículo 352 CPP), el medio técnico de defensa deducido por la parte imputada.

De la misma forma y, concatenando este principio-derecho (igualdad procesal), con la tutela jurisdicción efectiva, nos expresa que la no permisión a impugnar el desestimatorio del sobreseimiento, vacía de contenida al doble grado de jurisdicción. Aunado a que, recomienda inaplicar el inciso 4 del artículo 352° del CPP, en particular, las últimas líneas, por ser inconstitucional, al no estar a tono con el principio de igual de armas procesales y vulnerar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en su acepción al derecho al doble grado de jurisdicción.

### b. Texeira Ripalda, Laura Stephany Samanta (2021) Tesis de maestría “Inimpugnabilidad del auto que rechaza el sobreseimiento formulado por el acusado, derecho de defensa y doble instancia-Callao 2021”

Nos dice la autora que la dación del inciso 4 del artículo 352° CPP, por parte del legislador, obedece, a que la responsabilidad del acusado sería debatida en juicio oral. También, porque (el legislador), pensó en brindar celeridad al proceso penal y/o pensó en evitar dilaciones innecesarias al proceso penales.

Asimismo, nos dice que esta cláusula legal, vulnera la garantía constitucional del derecho a la defensa al prohibírsele al acusado interponer recurso de apelación. Ello, teniendo en cuenta que el derecho a impugnar es una forma de manifestar el derecho de defensa. También, el derecho a la doble instancia.

Por eso, en sus recomendaciones, la autora propone que los magistrados generen un acuerdo plenario vinculante con la finalidad de establecer los parámetros que permitan conceder el recurso de apelación contra la resolución que rechaza el pedido de sobreseimiento que plantea el acusado, sin que el proceso se vea afectado. Seguidamente, sugiere un proyecto de ley en el que se modifique el artículo 352.4 del CPP, en el que este direccionado a permitir que el acusado pueda apelar sin que el desarrollo del proceso se vea paralizado.

Como podemos notar, de lo indicado por los investigadores, estamos frente a posturas que se encuentran a favor de la apelación, por parte del

imputado, contra el auto que le deniega el sobreseimiento, al contravenir con el derecho a la doble instancia, defensa procesal e incluso con la igual procesal, al permitir que, por ejemplo, que el fiscal pueda apelar contra el auto que declara fundado el medio técnico de defensa que se deduce en etapa intermedia.

A pesar de lo expuesto, consideramos que las contribuciones de los autores antes mencionados, nos serán de mucha utilidad en tanto que, nos permitirán sustentar la afectación al derecho a recurrir, e incluso, prolongándonos en plantear un control de convencionalidad contra las últimas líneas del inciso 4 del artículo 352° CPP, lo que implicará decretar su no aplicación por no adherirse a baremos de convencionalidad.

Esto es así, pues, no basta con decir que este dispositivo legal es inconstitucional, pues, como ya lo han expresado diversas sentencias del Tribunal Constitucional, la facultad de recurrir operar en los casos previstos que la ley disponga, como así esta prescrito en la legislación correspondiente.

## **2.2. Textos procesales**

### **a. Almanza Altamirano, Frank (2015) “El Proceso Penal y los Medios Impugnatorios”**

Sobre el particular, nos dice el jurista que, la no inimpugnabilidad del auto desestimatorio del sobreseimiento, descansa, en la posibilidad del imputado de poder defenderse en el juicio oral; esto es, poder acreditar su inocencia a través de la tesis de defensa que pueda plantear la defensa técnica.

### **b. Apaza Machaca, Catherine (2020) “Código Procesal Penal Comentado. Tomo III. Artículos 321 al 445”**

La autora, rechaza lo regulado por el legislador, al negarle la apelación al imputado disconforme con lo resuelto por el Juez de Garantías, en lo atinente al sobreseimiento, pero, cuando esta se base en el supuesto que el hecho imputado no es típico; el cual puede coincidir, con los fundamentos que se expone, cuando se deduce la excepción de improcedencia de acción.

Agrega, además, que resulta incomprensible, a lo mencionado por la Corte Suprema (en la Casación N° 893-2016-Lambayeque), que por un lado se permita la apelación a este medio técnico de defensa, en etapa intermedia, pero no, cuando se desestima el sobreseimiento que se fundamenta en la causal arriba citada.

### **c. Del Río Labarthe, Gonzalo (2010) “La Etapa Intermedia en el Nuevo Código Procesal Penal Acusatorio”**

Para el profesor del Río Labarthe, es en el juicio oral, donde el acusado tendrá la oportunidad de ejecutar su defensa e incluso, poder coger los mismos argumentos que empleó en la etapa de control de acusación.

**d. Peña-Cabrera Freyre, Alonso Raúl (2013) “Estudio sobre Derecho Penal y Procesal Penal”**

En la línea de no poder impugnarse, el auto desestimatorio, el auto nos menciona que, con el sobreseimiento la causa, puede tornarse inconvencible, es decir, cosa juzgada; lo cual implica estar ante una resolución firme.

**e. Salinas Siccha, Ramiro (2014) “La Etapa Intermedia y Resoluciones judiciales según el Código Procesal Penal de 2004”**

Quien es de la posición, que tanto el imputado como su defensa, podrán en el juzgamiento, desplegar todos los actos necesarios para acreditar sus afirmaciones.

Vemos pues, como esta posición (la contraria), respetable, por cierto, le otorga al Juicio Oral, el rol dilucidador de la situación jurídica del acusado al decirnos que, en esta arena, aquél tendrá la oportunidad o desplegará los actos necesarios para defenderse en pro de una absolución. Empero, no se responde propiamente, las razones por las cuales, no puede apelarse el auto que desestima el sobreseimiento del imputado y mucho menos, se proyecta el escenario de la posibilidad de que el Auto pueda que contenga errores o agravios.

Desde nuestro punto de vista, el sobreseimiento que insta el acusado, luego del estudio de todo lo actuado y recabado en la primera etapa, sobre la base de las causales de procedencia que regula el inciso 2 del artículo 344° CPP, si bien, no amparado por el Juez de Garantías, puede ser motivo de revisión por el Tribunal de Apelaciones, en el que, se proclame, en caso de revocarse la venida en grado, que se está ante una acusación que no prosperará en el juicio oral, por las deficiencias que presenta a la luz de las causales que prevé el precitado dispositivo legal.

### **2.3. Jurisprudencia**

**a. Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, Recurso de Casación N° 893-2016-Lambayeque<sup>1</sup>.**

La Sala Penal de la Suprema Corte, dilucidó la controversia, respecto a la posibilidad de impugnar los autos (dictados por el Juez de la Investigación Preparatoria), que desestiman los medios técnicos de defensa, como las excepciones, realizando una interpretación (del inciso 3, artículo 352° CPP), que optimice derechos, en este caso, la de impugnar.

Empero, la inspección de la Sala también comprendió al inciso 4 del artículo 352° CPP, advirtiendo, la existencia de un vacío normativo cuando se desestima un sobreseimiento, que se basa, en los presupuestos del inciso 2 del artículo 344° CPP.

**b. Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios-Colegiado “A”, Expediente N° 00044-2015-99-5201-JR-PE-03<sup>2</sup>.**

En esta ejecutoria, la Sala, en respuesta a lo alegado por el recurrente, (de haberse declarado la improcedencia al recurso de apelación que interpuso contra el auto que desestimó el sobreseimiento,) nos dice, en principio, que las resoluciones solo son impugnables en los casos previstos en la ley, inciso 1 del artículo 404° CPP; siendo esta, la base normativa que debe ser utilizada de manera sistemática con los demás dispositivos relativos a la impugnación.

Rechaza la Sala, el argumento del apelante relativo a la inconstitucionalidad del inciso 4, artículo 352 CPP, puesto que, el derecho a la pluralidad de instancia, aparte de contar con un soporte constitucional, representa una configuración legal. Así, el legislador al dotarle de contenido al citado artículo, lo ha realizado respetando la pluralidad de instancia.

**c. Quinto (5°) Juzgado de Investigación Preparatoria en Delitos Aduaneros, Tributario, Mercado y Ambiental, Expediente N° 07602-2016-92-0401-JR-PE-05<sup>3</sup>**

Este despacho judicial, declara la improcedencia a la apelación contra el auto desestimatorio, pues, no se encuentra contemplado en la norma adjetiva, conforme lo prescribe el artículo I del Título Preliminar del CPP, materializado en el inciso 1 del artículo 404° del mismo cuerpo normativo procesal.

Por el lado de la judicatura, salvo lo invocado en la primera resolución por parte de la Corte Suprema, se orientan a denegarla *ipso facto*, por no estar contemplado, la apelación con el auto denegatorio, en el estatuto procesal penal, enarbolándose así, al principio de taxatividad. Pero, el suscrito no comparte estas decisiones, porque, no se intenta razonar o preguntarse la posibilidad de que el auto presente fundados errores o vicios que pretenden revocarla o anularla (o, en su defecto, confirmarla).

Sumado a ello, soportan sus resoluciones, no solo en el texto adjetivo sino en lo prescrito en la Constitución, que alberga el derecho a la pluralidad de instancia y que ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional que también enseña acerca de su factibilidad a través de la ley. No obstante, los jueces no voltean la mirada al ámbito supranacional, en donde existe copiosa jurisprudencia en relación con los recursos, la cual, no solo implica que se cuestionen sentencias, sino, que está también pueda alcanzar a los autos, en tanto que, esta contiene el razonamiento judicial.

### III. La impugnación en etapa intermedia

#### 3.1. La pluralidad de instancia. Una lectura desde su contenido esencial

##### a. Definición

El derecho a la pluralidad de instancia, es entendido como el sometimiento a un reexamen por el Órgano Superior Jerárquico, en mérito de lo resuelto por el juzgado de primera instancia, cuyos términos, son causantes de agravios; permitiendo a la parte perjudicada, exteriorizar su disconformidad a través de los recursos.

Sobre este respecto, el doctor Raúl Chanamé Orbe (2015) sostiene que el derecho a la pluralidad de instancia constituye una garantía consustancial del derecho al debido proceso, mediante el cual se persigue que lo resuelto por un juez de primera instancia puede ser revisado por un órgano funcionalmente superior, y de esa manera se ermita que lo resuelto por aquel, cuando menos, sea objeto de un doble pronunciamiento (...). La pluralidad de instancia significa que se pueda hacer uso del recurso impugnatorio cuando la resolución nos causa agravio (p.791).

De igual manera, para el profesor Víctor Cubas Villanueva (2009), la instancia plural reconoce la posibilidad de que las decisiones de las autoridades jurisdiccionales inferiores puedan ser revisadas y eventualmente modificadas por las autoridades superiores, conforme al sistema de recursos prescrito por la ley. Permite que las partes vuelvan a fundamentar su posición y que los Tribunales Superiores corrijan los errores en que se hubiera incurrido. De ese modo, la garantía de la doble instancia resguarda la rectitud y permite el control sobre las decisiones judiciales (p.94).

Por parte de la jurisprudencia, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 01792-2020-PHC/TC-Ancash, en su F.J. N° 13<sup>4</sup>, nos dice lo siguiente:

*“(...) se trata de un derecho fundamental que “tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal” (Cfr. RRTC 3261-2005-PA, fundamento 3; 5108-2008-PA, fundamento 5; 5415-2008-PA, fundamento 6; y STC 0607-2009-PA, fundamento 51). En ese orden, no es difícil advertir que el derecho a la pluralidad de la instancia guarda también conexión estrecha con el derecho fundamental de defensa, reconocido en el artículo 139, inciso 14, de la misma Carta Fundamental”. (Cursiva es nuestra)*

La definición que nos propone, tanto la doctrina como la jurisprudencia, es absolutamente clara. Esto es, de reconocerle el carácter de derecho fundamental, con intrínseca conexión con el derecho al debido proceso, como también, con la tutela jurisdiccional efectiva y, principalmente con el derecho a la defensa. Empero, para su activación, es menester la presencia de agravios que genere la decisión de todo órgano jurisdiccional, y de los medios impugnatorios que se concretan a través de los recursos<sup>5</sup>. Bajo ese entender, conviene preguntarse, como todo derecho fundamental, ¿cuál es su contenido esencial?

Porque, como se sabe, tal y como se encuentra consagrada en la Constitución lo que se puede advertir a primera vista, es que este derecho (**la pluralidad de instancia**), viene a constituir un principio y derecho de la función jurisdiccional. Mas allá de eso, no encontramos su desarrollo ni pretendemos ubicarla en el texto fundamental. Es por ello, para nuestras pretensiones, es importante poner a la palestra, su núcleo, jurídicamente hablando.

### b. Contenido Esencial

Para el Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 05262-2009-PA/TC-Lambayeque, F.J. N° 03, sostiene que, el **contenido esencial** de un derecho fundamental:

*“está constituido por aquel núcleo mínimo e irreductible que posee todo derecho subjetivo reconocido en la Constitución, que es indisponible para el legislador, debido a que su afectación supondría que el derecho pierda su naturaleza y entidad. En tal sentido, se desatiende o desprotege el contenido esencial de un derecho fundamental cuando éste queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable y lo despojan de la protección constitucional otorgada”.*

No es propósito en este artículo, abordar la tesis del contenido esencial de los derechos fundamentales y todo lo que ella cubre (teorías relativas y absolutas, el contenido no esencial, ponderación, limitaciones, entre otros), pero, lo que sí podemos mencionar, es que esta teoría del contenido esencial, nos introduce a develar la presencia de la voluntad del Constituyente en cuanto a la fijación de cada uno de los derechos-consagrados en el texto constitucional-de las personas que dimanen de su misma naturaleza, siendo esta consustancial. Y, que esta (voluntad), no puede ser objeto de una libre discreción por parte del legislador.

Siendo esto así, y, dado que el derecho a la pluralidad de instancia, se encuentra regulado como tal en el inciso 6 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, resulta importante, en lógica constitucional, exponer su **contenido esencial**<sup>6</sup>, o, en los términos que establece el Código Procesal Constitucional, en su Artículo VIII, del Título Preliminar, el **contenido de los derechos constitucionalmente protegido**.

A decir del suscrito, la terminología no cambia lo que cada derecho fundamental encierra o engloba, en tanto que, como decíamos precedentemente, es la voluntad del Constituyente, la cual, es única y es principalmente, lo que el legislador debe tener en cuenta, al momento de su quehacer delimitador, para no vaciarla de contenido, desnaturalizarla.

Entonces, se tiene que, el contenido esencial o constitucionalmente protegido del derecho a la pluralidad de instancia, fue objeto de desarrollo por el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 4235-2010-PHC/TC-Lima, en cuyo F.J. N° 25, en el que se expone el derecho de toda persona a un recurso eficaz contra:

- “a) La sentencia que le imponga una condena penal.
- b) La resolución judicial que le imponga directamente una medida sería de coerción penal.
- c) La sentencia emitida en un proceso distinto del penal, a menos que haya sido emitida por un órgano jurisdiccional colegiado y no limite el contenido esencial del algún derecho fundamental.
- d) La resolución judicial emitida en un proceso distinto del penal, con vocación de poner fin al proceso, a menos que haya sido emitida por un órgano jurisdiccional colegiado y no limite el contenido esencial de algún derecho fundamental”.

Para arribar a la determinación del contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancia, el Tribunal Constitucional, inicia su análisis centrándose en responderse a la pregunta con relación a que resoluciones judiciales son las necesariamente impugnables (**F.J. N° 14**), para lo cual, se contrae-a manera de fundamentación-con lo descrito en la Cuarta Disposición Final de la Constitución, así como en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que ordenan la interpretación de las normas relativas a los derechos y libertades, con el Sistema Jurídico Internacional, lo que se conoce con el nombre de la Convencionalidad.

Por eso, al citar el Tribunal Constitucional lo que recogen, tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es decir, a recurrir y a que el fallo condenatorio (y la pena) puedan ser revisados por un Tribunal Superior, señala que en su **F.J. N° 17**, que pertenece al contenido esencial del derecho mencionado, el recurrir toda sentencia que impongan una condena penal a una persona, como también, toda medida sería de coerción personal; en tanto que, se busca cautelar el derecho a la libertad personal.

Ya en el siguiente fundamento (**N° 18**), el máximo intérprete de la Constitución, toca lo relativo a los recursos, considerados, como los mecanismos

habilitantes para hacer efectiva pluralidad de instancia. Nos dice, que estos (los recursos), pueden ser objeto de regulación legal, empero, las condiciones para su procedencia, y aquí marca la pauta, no deben representar *obstáculos irrazonables para el acceso al recurso y su debida eficacia*. Dando por sentado, apoyándose en la sentencia del Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica, que aparte de ser formal, debe ser eficaz.

Seguidamente, en el **Fundamento Jurídico N° 21** expone el Tribunal Constitucional, bajo una lectura de los prescripciones contenidas, tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14°, inciso 5) y la Convención Americana de Derechos Humanos (literal h), inciso 2, artículo 8°), que el contenido del derecho a la pluralidad de instancia, comprende el derecho a recurrir la sentencia emitida en procesos distintos a la penal, como también, toda resolución judicial que, sin pronunciamiento sobre el fondo del asunto tiene vocación de poner fin del proceso. No obstante, aquí, debemos efectuar una atingencia con relación a esto último.

Pues, podemos tener una resolución judicial de índole penal, que, si bien se está ante un pronunciamiento sobre el fondo (responsabilidad penal), empero, tiene vocación de poner fin del proceso, por ejemplo, el sobreseimiento, que se articula tanto, a través de los medios técnicos de defensa y también, el sobreseimiento como tal, la que insta el imputado en etapa intermedia y que se dilucida en el control sustancial. El auto que resuelve dicha postulación, se comprende, alberga la motivación o razonamiento judicial que, de declararse fundada y no controvertida, ostenta la cualidad de cosa juzgada.

Así tenemos, como el Tribunal Constitucional llega a fijar como contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancia, pero, un dato que rescatamos es que este desarrollo (del contenido esencial), puede ser susceptible de ulteriores precisiones que se puedan realizar. Con esto se quiere decir, que estas pueden ser redefinidas, como el caso que nos concierne, es decir, la activación del derecho a un recurso eficaz contra el auto que deniega el sobreseimiento del imputado, puesto que, al ser materia de reexamen por el superior jerárquico, permitirá una mejor lectura de lo resuelto.

### **3.2. Alcances del literal 4 del artículo 352° CPP**

En el marco de las decisiones que adopta el Juez de la Investigación Preparatoria, tenemos, la que se pronuncia por el sobreseimiento, que puede ser dictada por la misma autoridad judicial (en su rol de controlador del requerimiento acusatorio), o a pedido del acusado a través de su defensa técnica (ya sea por escrito-al momento de absolver la acusación-como oral), cuando concurren-cualquiera-de las causales contempladas en el inciso 2 del artículo 344°, siempre que resulten evidentes y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar en el juicio oral nuevos elementos de prueba. En otras palabras, la norma regula dos condiciones, que merecen una explicación para una mejor comprensión.

Lo **evidente**, tiene que ver, como nos lo dice la Real Academia de la Lengua Española<sup>7</sup> (RAE), con lo cierto, claro, patente y sin la menor duda. Y, si el significado de este término, lo anclamos con lo que viene siendo objeto de examen, diríamos que lo evidente, se asocia con la base probatoria que soporta la imputación penal (la misma que se encuentra desarrollada en la acusación). No olvidemos, que la imputación, gira sobre tres ejes: el hecho penalmente relevante, el juicio de subsunción y los datos objetivos.

Estando en este estadio del proceso penal, el *telos* de la norma, conduce al Juez a merituar, si la imputación, cuenta o no con base probatoria que la respalde. Dicho de otra forma, lo evidente debe ser entendido, como lo que se obtiene, luego examinar la imputación, a la luz del acervo documental que se acompaña a la acusación fiscal (inciso c) del artículo 349° CPP y, que es cuestionado, por esta institución procesal, como es el sobreseimiento. Este acervo documental, no es otra cosa, que los elementos de convicción, datos o elementos objetivos.

O sea, cualquiera de las causales del inciso 2 del artículo 344°, debe ser evaluada por el Juez, al momento de analizar la imputación fiscal junto con los elementos de convicción. Si, por ejemplo, estamos ante un hecho atípico o que no se le puede vincular al imputado de ninguna forma, con todo lo recabado a nivel de investigación preparatoria.

Unido a la condición de lo evidente, tenemos la segunda, que también debe apreciar el juez, anteladamente, a la hora sobreseer la causa, esto es, cuando no exista razonablemente la posibilidad de incorporar en el juicio oral nuevos elementos de prueba. Aquí, los medios probatorios de la acusación deben ser sometidos a una “balanza judicial”, para estimar su peso, traducido, en una verdadera causa probable (o sospecha suficiente). O, si con lo que se tiene (acusación), no basta para el ingreso al Juzgamiento.

Luego, sea que el sobreseimiento, sea proclamado *ex officio* o amparando lo solicitado por la defensa técnica, el auto (de sobreseimiento), debe rigurosamente observar lo estipulado en el artículo 347°, que alberga los elementos que la estructuran, esto es, una parte expositiva, considerativa y resolutive; siendo la segunda, la que contendrá los fundamentos de hecho y de derecho, o sea, la motivación judicial.

Finalmente, las dos últimas líneas del inciso 4 del artículo 352° del código adjetivo, expresa que la resolución desestimatoria (entiéndase del sobreseimiento), es inimpugnable; lo que supone que el imputado, no tenga la posibilidad de controvertir los argumentos expuestos por la judicatura a la hora de rechazar su petitorio, quedándole, el escenario del juzgamiento donde podrá acreditar su inocencia.

Aquí, tenemos nuestros reparos, porque, por ejemplo, cuando es el Fiscal quien solicita el sobreseimiento que, de ser amparada, procede recurso de apelación, que interpondría el actor civil. Aquí, es notoria, la disparidad de condiciones (entre el imputado y el actor civil), porque, ya sea que se declare fundada o no, ameritará una valoración, o si se quiere llamarle, una motivación del juez, empero, en el caso del imputado como se describe, no resulta en el mismo sentido.

En ese entender, puede presentarse agravios, en el auto que desestima el sobreseimiento que el imputado promueve. De ser así, nos preguntamos lo siguiente: ¿Acaso no puede ser materia de revisión por la Sala Penal de Apelaciones? Si la Sala Superior, logra advertir no solo errores, sino, vicios en la resolución ¿no puede ello ser sometido a un nuevo examen?

El negarle, legalmente, al imputado, la posibilidad de la reversión del auto, ¿no es acaso lesivo al derecho a la pluralidad de instancia no solo a nivel constitucional sino, convencional? La respuesta es afirmativa y es el Estado el que debe allanar el camino para que esta garantía pueda ser viabilizada para que el derecho no termine siendo una proclama positiva.

Se debe internalizar, que la lógica de esta etapa (Intermedia), así como la tramitación del pedido de sobreseimiento, no es pues, de puro canto a la formalidad o, que el caso debe ser discutido en una instancia siguiente, sino, cumplir la función para la que fue creada, porque la resolución que se evacúe, gozará con la cualidad de cosa juzgada prevista en la Constitución Política del Estado.

Por tanto, no permitir la impugnación vía apelación por el legislador, colisiona frontalmente con el derecho de recurrir, motivo por el cual, la escena va más allá de establecer si este inciso 4 del artículo 352° CPP es o no constitucional, por cuanto, la exigencia debe mirar o visionarse al mecanismo de la convencionalidad.

#### **IV. Enfoque convencional a la inimpugnabilidad del auto que deniega el sobreseimiento del imputado**

##### **4.1. ¿Control de Constitucionalidad o de Convencionalidad? Implicancias**

El derecho internacional hace un llamado-a manera de exhortación-a los Estados parte, para que estos puedan generar las condiciones necesarias (y/o remoción de cualquier óbice), para el pleno ejercicio de los derechos de sus ciudadanos. Es decir, a través de la adecuación de la legislación nación a lo que prescribe una norma internacional, para que, de esta forma, esta pueda ser interpretada en función de aquella.

Esa interpretación de la norma, por parte de los jueces nacionales, debe efectuarse, de conformidad con la Constitución Política del Estado, y a su vez,

con las normas de derecho internacional, como la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, etc.; siendo estas cartas, objeto de desarrollo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, prueba de ello, se tiene la abundante jurisprudencia que hasta el día de hoy se han expedido.

Vemos que nuestro sistema jurídico interno (que establece las reglas del proceso penal), a pesar de asentarse a un programa Constitucional, no se satisface a pesar de efectuarse el control constitucional de la norma (de manera tal que, esto podría conllevar o bien a su inaplicación y/o expulsión), que ha venido siendo conocida por el Tribunal Constitucional, en mérito de las acciones de garantías.

Si este es límite, o sea, solo ejercer control constitucional que, a decir de Juan Carlos Hitters (2021), supone una comparación entre su carta magna y las normas que, por su rango, están por debajo de ella, debiendo darle prioridad a la primera (p.227); podríamos estar negando o recortando la tutela de los derechos de las personas, lo cual, sería catastrófico concluir ello en estos tiempos.

Frente a ello, se ha venido trabajando lo que se conoce como la doctrina del control de convencionalidad que sería el camino (en lógica de deber) a seguir por la judicatura para la dilucidación de las controversias y los efectos que pueden generar *ex post*.

En buena cuenta, hablamos de que el juez ya no se erige como una figura únicamente de corte constitucional, sino, como uno convencional, que no se agota con la sola cita del articulado de la Convención Americana de Derechos Humanos (como, por ejemplo, el derecho al acceso a un recurso), como tampoco, con el glosado de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; sino, con la adopción de criterios que le permitan dilucidar mejor la causa, como las penales, por ejemplo.

Pues bien, el planteamiento postulado, podría tener entendibles objeciones, en la medida de preguntarse, a que se hace referencia cuando se habla del control constitucional y ahora del control de convencionalidad, que incluso puede llegar a decirse, si estaríamos ante un control convencional de la norma constitucional (en caso esta última no garantice el amparo del derecho humano y/o fundamental); razón por la cual es imperativo volcar un desarrollo-previo-para aclarar el panorama presentado, y así poder posicionar nuestro planteamiento.

En principio, sobre estos tipos de controles, dice Hitters (citado por Sierra Zamora, Cubiedes Cárdenas; y, Carrasco Soulé, 2016), que hoy en día, los órganos judiciales de cada país firmante de la CADH (Convención Americana de Derechos Humanos) tiene una doble tarea que realizar. Por un lado, ejercer el llamado Control de Constitucionalidad y por el otro, un

CCV (Control de Convencionalidad). El primero, consiste en realizar una comparación entre su Constitución y las normas que, por su rango, están por debajo de ella, debiendo darle prioridad a la primera. Mientras que el segundo consiste en: Juzgar-en casos concretos-si un acto o una normativa de derecho interno resulten incompatibles con la CADH, disponiendo en consecuencia la reforma o la abrogación de dichas prácticas o normas, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal Convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo (p.67).

Por su parte, para Durango y Garay (invocado por Sierra Zamora, Cubiedes Cárdenas y Carrasco Soulé, 2016), en este tipo de control, los tribunales o cortes constitucionales revisan la constitucionalidad y-para algunos Estados americanos-la convencionalidad de las leyes, declarando su adecuación o inadecuación a principios, derechos, normas y preceptos consagrados en la Carta Política y en la CADH; sin embargo, este accionar “judicial” es bastante complejo y problemático, en la medida en que entra en ámbitos políticos propio del legislador, cuando este desarrolla y regula en exceso negativo los derechos fundamentales o se extralimita en la expedición de leyes contrarias a la Constitución Nacional y la CADH (p.67).

A título del suscrito, estamos de acuerdo con la argumentación citada, en la medida que, los jueces constituyen el último fortín contra cualquier viso de arbitrariedad del mismo Estado, para lo cual, la herramienta a hacerle frente no solo será la Norma Fundamental, sino, la Convención Americana de Derechos Humanos, como también, aquellos documentos que forman parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Empero, no deja de tener asidero la preocupación que expone Durango y Garay, acerca de la problemática que pueda presentar la labor judicial, dado que, su actividad evaluadora de la norma, puede ingresar a parcelas políticas, concretamente, la legisladora; respondiéndose que dicho problema no tendría por qué presentarse en la medida que la lectura de un dispositivo infra constitucional, debe efectuarse en armonía y concordancia con el derecho internacional a través de los tratados, convenciones, etc.

Lo que se busca, es enarbolar la supremacía convencional que de ninguna manera es invasiva ni imperante, si no, que tanto en el derecho interno como internacional (a través del Sistema Interamericano), tienen como puntos de coincidencia, la procura de los derechos humanos/fundamentales. Es un postulado que irradia de manera directa a estos dos ordenamientos jurídicos.

De modo tal que, como bien afirma Torres Zúñiga (2012), si es el juez constitucional peruano el que utiliza el canon interamericano como parámetro de control, lo dota de contenido y le otorga los efectos de un típico control de

constitucionalidad, entonces dicho estándar es sinónimo de canon constitucional independientemente de que se use en sentido directo o indirecto (p. 103)

Lo que nos explica la autora resulta fundamental, por cuanto, debemos entender que el control de convencionalidad vendría ser equiparado con el control de constitucionalidad, en razón a que le insufla de sustancialidad. En términos sencillos, los jueces al momento de efectuar el control constitucional de una norma de menor jerarquía (por ejemplo, que regula el acceso a la pluralidad de instancia), bajo la lógica expuesta, estarían también ejerciendo un control de convencionalidad.

De tener esta idea clara, se evitaría postular la afirmación de que el control de convencionalidad puede evaluar el peso de la norma constitucional y, de ser el caso declararla inconvenional. Si trasladamos lo mencionado a un ejemplo en particular, se tiene pues que, de efectuar el control de convencionalidad a la norma constitucional que preceptúa el derecho a la pluralidad de instancia, debe también evaluarse, si ésta (a través de la norma procesal materia de estudio), restringe o no el acceso al doble grado de jurisdicción ante la imposibilidad que tiene el imputado, de impugnar el sobreseimiento que promueve en la segunda etapa del proceso penal.

Acerca de este problema sobre la declaratoria de inconvenionalidad de la norma constitucional, el profesor Gerardo Eto Cruz (2021), nos dice que el control convencional de las normas constitucionales no viene a significar más que el conflicto normativo que se presenta entre el ordenamiento jurídico interno de un Estado (expresado a través de su “bloque de constitucionalidad”), frente a otro conjunto externo, heterónimo que viene a ser todo ese *corpus iuris* tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus Protocolos y Tratados, más la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, todo este “bloque de normas y resoluciones” constituyen hoy en día el bloque de convencionalidad. (p.198)

Este conflicto normativo, de darse, podría acarrear algunas dificultades, como, por ejemplo, si el juez nacional tendría esa potestad de declarar inconvenional una norma constitucional (el derecho a la pluralidad de instancia), siendo respondida por el profesor Eto Cruz al manifestar (2021), que un juez nacional, pese a que se encuentra investido del *control difuso de convencionalidad*, no puede declarar inconvenional una cláusula constitucional; ello, sin embargo, consciente con la dinámica de la jurisdicción convencional difusa, no le impide, llegado el caso, desaplicar una ley que desarrolle una cláusula constitucional inconvenional. Por ejemplo, podría ser que, en hipótesis de trabajo, en el Perú la pena de muerte, pese a que la Convención Americana se ubica en la tesis abolicionista, allí el juez debe “desaplicar” la ley penal que impone la pena de muerte y sustituir por otro tipo penal. Pero aparte, el juez nacional, sin necesidad de que aplique

una regla constitucional inconvencional, puede simplemente optar por una interpretación *desde* el bloque de convencionalidad, para darle un contenido convencional a la norma constitucional.

(Termina concluyendo) recapitulando, solo la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el único órgano jurisdiccional supranacional que puede declarar a una norma constitucional, como inconvencional. (pp. 202-203)

Por esa razón, debemos dejar en claro que ambos controles, de constitucionalidad y convencionalidad, guardan una estrecha relación, no obstante, de bajo ningún motivo se pretende que tanto una como la otra, pueda rebasar sus límites.

Recapitulando acerca de las implicancias de estos controles, y, siguiendo lo anotado por Jaime Geovanny Pozo Ñamagua (2022) en su análisis del sistema jurídico ecuatoriano que, para la protección de derechos el control de constitucionalidad no debe ser visto como el único mecanismo a ejecutarse sino debe tener en consideración el control de convencionalidad como mecanismo por el cual los órganos controlantes pueden efectuar el análisis de una norma, tomando en consideración el bloque de convencionalidad. De que ello al momento de realizar el examen de contraste en ejercicio del control de constitucionalidad, adicionalmente está realizando un control de convencionalidad, debido a que todo el parámetro de control de convencionalidad es Constitución material de producción externa, cumpliendo con ello el Ecuador con sus obligaciones de respeto, garantía y adecuación de los derechos y libertades contenidas en los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH (p.95)

Con este fin y bajo el marco expuesto, lo que se propone, es que el juez penal, como lo veremos en lo sucesivo, ejerza el control convencional de la norma infra constitucional (la procesal penal, como las últimas líneas del inciso 4 del artículo 352° CPP), ante el infructuoso intento por parte del control constitucional que también la ejerce (el juez), empero, que no logra dotarle contenido; conllevando de esta manera, a una no protección del derecho que tiene todo imputado de acceder a un recurso, a efectos de que la resolución irrogadora de agravios pueda ser revisado por el Tribunal de Alzada, claro está, bajo determinados indicadores que brotan de la misma norma procesal (inciso 2 del artículo 344° CPP).

#### **4.2. Líneas directrices para la aplicación del control de convencionalidad**

Para Gonzales, Reyes y Zúñiga (2016), es importante recordar que aun cuando la doctrina del control de convencionalidad tiene características propias derivadas de las determinaciones de la Corte Interamericana, a su vez tiene una íntima relación con los sistemas jurídicos nacionales, pues la forma en que el control de convencionalidad opera a nivel nacional depende en gran

medida de las normas de derecho nacional. Esta condición de dependencia que “relativiza” la forma en que el control de convencionalidad opera en un determinado Estado quedó claramente definida desde que la Corte Interamericana estableció la “fórmula” que sostiene que las autoridades deberán realizar el control de convencionalidad siempre dentro de sus respectivas competencias y las regulaciones procesales correspondientes, las cuales están establecidas en la ley.

(Prosiguen los autores), entre los factores que determina la forma en que el control de convencionalidad opera a nivel nacional se encuentran los siguientes: (i) las competencias de las autoridades nacionales (ej. si la ley reconoce la existencia de un control de difuso o concentrado de constitucionalidad); ii) las regulaciones procesales correspondientes; (iii) la jerarquía que ocupe la Convención Americana en el sistema jurídico nacional (ej. si una constitución reconoce la supraconstitucionalidad de los tratados de derechos humanos o les reconoce rango infra-constitucional); y, (iv) el nivel de obligatoriedad que el derecho interno reconoce a la jurisprudencia de la Corte Interamericana (ej. si reconoce que es “obligatoria” o si es un “criterio hermenéutico relevante”). (pp. 40-41)

En el caso de nuestro sistema jurídico, no cabe duda alguna de la importancia y la estrecha conexión que tiene este documento internacional, como, la Convención Americana de Derechos Humanos. Prueba de ello, es el rango que se le otorga (la misma que data de la Carta Política de 1979). Teniendo, por un lado, la ratificación de la Convención y el reconocimiento de la competencia litigiosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en línea superlativa de garantizar en todo momento el ejercicio de los derechos de las personas.

En cuanto a los factores que delimitan la forma de operar, el control de convencionalidad, en el derecho interno, nos encontramos conforme con ello, pues, el control de convencionalidad debe ser aplicado por toda autoridad estatal (como el Poder Judicial), teniendo cuenta la jerárquica del instrumento internacional y, como pauta orientadora, las decisiones del intérprete supremo de la Convención, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por eso, como bien dice el profesor Gerardo Eto Cruz (2021), los jueces nacionales pueden ejercer sólo un *control difuso de convencionalidad* bajo ciertos presupuestos y, citando al magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, quien propone como líneas directrices para la aplicación de este control, siendo estas las siguientes:

- a. Todos los jueces nacionales “deben” ejercer el control difuso, desaplicando alguna norma que no compatibiliza con la “supremacía convencional”. En esta perspectiva, el juez nacional se convierte en

un juez interamericano y guardián de la Convención Americana de Derechos Humanos, de sus Protocolos adicionales y de la jurisprudencia de la Corte IDH.

- b. Intensidad del “control difuso de convencionalidad”: de mayor grado cuando se tiene competencias para inaplicar o declarar la invalidez de una norma general. Esto significa que si en el modelo de jurisdicción constitucional de cada país, se le otorga facultades de “inaplicar” normas que contravienen la Constitución, lo propio el juez nacional se encuentra investigado para desaplicar incluso sentencia de los más altos organismos jurisdiccionales de su país, si dichos fallos son inconvencionales.
- c. Debe ejercer el control convencional “de oficio”: sea invocado o no por las partes.
- d. Parámetros de “control difuso de convencionalidad”: el bloque de convencionalidad. Aquí el juez, frente a cualquier tipo de manifestación de orden jurídico interno que no respeta el bloque de convencionalidad, simplemente lo desaplica.
- e. La jurisprudencia convencional: el juez nacional debe tener en cuenta, más que la jurisprudencia constitucional de su Tribunal Constitucional, la “cosa juzgada convencional” que ha significado una interpretación de todo el *corpus iuris* convencional (pp.201-202).

A lo expuesto en este apartado, y si la trasladamos a nuestro orden jurídico nacional se debe partir del reconocimiento a la trascendencia de la norma internacional, empero, que no se entienda que esta deba estar por encima de la doméstica, sino, que van en el sentido de armonizarse entre sí, integrarse.

Teniendo claro ello, los factores de operatividad de este control de convencionalidad a nivel nacional, debemos mencionar que sí resulta atendible, en la medida que se reconoce-no explícitamente-un control difuso y/o concentrado de constitucionalidad. También, de la jerarquía de la Convención, su obligatoriedad (pues por algo fue ratificada), como de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la base de la hermenéutica que hace de la Convención.

En tal virtud, las líneas directrices del control de convencionalidad encuentran su acogimiento por parte de nuestros jueces nacionales, quienes -de oficio- no solo agotan su actividad con examinar la constitucionalidad de la norma (a que se aplicará al caso concreto), sino, si esta es acorde con los preceptos convencionales. Es aquí, donde se intensifica el valor normativo en pro de los derechos humanos o fundamentales y si la norma a someter no cumple con los parámetros de convencionalidad, no la aplica.

### **4.3. Parámetro convencional a la inimpugnabilidad del auto que desestima el sobreseimiento que impulsa el imputado**

Hemos visto, como ha sido delimitado el contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancia por el Tribunal Constitucional, la cual incluso, puede ser redefinida. Así también, que este derecho, constituye una manifestación del derecho al debido, empero, su aplicabilidad, estriba en la configuración legal por parte del legislador, que es quien los crea, esto es, al regular los requisitos que han de cumplirse y el procedimiento que ha de transitar ante su eventual invocación.

En pocas palabras, estamos ante el principio de taxatividad que gobierna la teoría impugnatoria y que en nuestro CPP se visualiza, en el inciso 4 del artículo I del título preliminar y los incisos 1 y 2 del artículo 404°.

Sobre la base de lo expuesto, la no posibilidad del imputado para poder impugnar el auto que desestima el sobreseimiento que promueve en etapa intermedia (y que oraliza en el control sustancial), por no estar regulada como tal en las últimas líneas del inciso 4 del artículo 352° del Código Procesal Penal; siendo así, a consideración del suscrito, este “candado” del legislador al acceso a la vía impugnativa (en la segunda etapa del proceso), resulta ser un abuso del poder estatal, la cual no permite ese llamado contrapeso.

Ante ello, nos preguntamos lo siguiente si el sobreseimiento que viene a constituir una absolución anticipada ¿resulta atendible que ante su rechazo por el juez de investigación preparatoria esta pueda ser impugnada vía apelación? ¿acaso el auto desestimatorio del sobreseimiento no puede contener agravios?

La respuesta cae por su propio peso, es decir, afirmativa. La práctica judicial hoy en día, tiende a “pasar todo” a juicio oral, como si la causa penal este irremediablemente impedida de fenecer en la fase intermedia; lo cual constituye un craso error, pues, esta segunda etapa del proceso penal, debe ser reputado como una de carácter fiscalizadora o contralora de la acusación, mas no, como una de saneamiento, filtro o depurativo como viene siendo conocida actualmente.

Si este dispositivo (el inciso 4 del artículo 352° del CPP), no se satisface con el control constitucional, al leerla de conformidad con el derecho a la pluralidad (inciso 6 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado), empero, desde su contenido esencial, nos daremos cuenta que, este dispositivo procesal la afecta. Razón por la cual, resulta importante, armonizarla a través del criterio de la convencionalidad, que ha venido proponiendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia, vía interpretación a los preceptos de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José.

Así, tenemos que, el artículo que regula el **derecho a recurrir** es la contemplada en el apartado h), acápite 2 del artículo 8° de la CADH<sup>8</sup>, que establece lo siguiente:

**Artículo 8°**

*Garantías Judicial*

(...)

2. “*Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

(...)

**h) derecho de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior.**

De una revisión rápida a la glosa normativa internacional, nos podemos dar cuenta que, **el derecho a recurrir** se levanta como una garantía judicial que cuenta toda persona a quien se le atribuya la presunta comisión de un delito (y que debe ser tratado y considerado como inocente), al tiene que derecho y que podrá ejercer-en plena **igualdad**-en el proceso penal. Esa igualdad, no quiere decir otra cosa que, la igualdad de armas que los sujetos procesales deberá contar (o sea, si el Ministerio Público o el Actor Civil puede recurrir, lo mismo se ampara para el imputado), en la contienda procesal y que el juez procurará en todo momento.

Acerca del contenido de esta garantía-derecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el **Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica**, expone lo siguiente:

**158.** “*La Corte considera que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona”.*

**159.** “*La Corte ha indicado que el derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculcado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por*

**la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto.** *Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia".* (Cursiva, énfasis y subrayado son nuestros)

Dos conclusiones podemos extraer de lo citado. La primera, el contenido del derecho a recurrir, esto es, como una garantía primordial del debido proceso legal para que una sentencia pueda ser revisada por el superior jerárquico. Segundo, que este doble grado de jurisdicción, no se satisface con la sola existencia (o formalidad), sino, que ha de reunir caracteres de legitimidad para la tramitación de los recursos.

Seguidamente, en el siguiente considerando de esta trascendental sentencia, la Corte pone de manifiesto el objeto y finalidad de prever el derecho a recurrir en el texto de la Convención; tal y como se puede leer del siguiente extracto jurídico:

**161. "De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho.** *Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo.* *Al respecto, la Corte ha establecido que "no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos".* (Cursiva, énfasis y subrayado son nuestros)

Este considerando, a título personal, viene a configurar la parte nodal del derecho a recurrir, en la medida que se parte del ideal de protección de los derechos humanos y que todos los Estados están obligados a su tutela, siendo el derecho a recurrir uno de ellos. Por eso, se propone que este recurso ha de ser eficaz en la medida que permita ser corregido por el superior en grado.

Colateralmente, reconoce la Corte la discreción que tienen los Estados de regular la activación del recurso, sin embargo, es enfático al exhortar que no se debe ser restrictivos en dicha labor, por cuanto, ella violaría la naturaleza de este garantía-derecho. A ello debemos adicionar que, si bien, estamos ante mecanismos *intra-proceso*, consideramos que la utilidad de este dispositivo

foráneo va más allá, es decir, buscar en todo momento que se enarboles los valores de justicia como de seguridad jurídica.

Bajo ese sendero argumentativo, las últimas líneas del inciso 4 del artículo 352° del CPP no se adscriben a un modelo garantista de protección de los derechos humanos/fundamentales-como es el derecho a recurrir del imputado (acusado) contra una resolución que tiene vocación también para poner fin a un proceso. Nos explicamos:

El modelo garantista del proceso penal (del que se habla además de su constitucionalización), debe ir a tono o de la mano, también, con los valores intrínsecos que encierran los cánones del derecho internacional, como es la Convención Americana de Derechos Humanos (y demás tratados), cuyos postulados básicos se encuentran recogidos en su preámbulo, en el que se reafirma y reconoce el valor de los derechos esenciales del hombre, los cuales nacen por su atributo como tal y no por el hecho de ser nacional en un concreto Estado.

Seguidamente, se podrá encontrar, como pauta elemental, los deberes y el compromiso de los Estados hacia el respeto de los derechos y libertades de sus connacionales; como también acoplar toda medida legislativa sobre la base de la Convención. Si ese es el mandato, pues el estado peruano ha de acatarlo, descartándose todo sesgo político, porque por encima de adhesión a un bando político, se encuentran los derechos humanos (fundamentales). Ese es el vértice que fundamenta incluso la existencia del Estado.

Se tiene también que, entre los derechos civiles y políticos que promueve el Pacto de San José, están las **garantías judiciales**, las cuales se activan cuando a una persona se le endilga un hecho penalmente relevante; como también sucede en nuestro proceso penal.

Siendo uno de estas garantías, el derecho de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, cuyos alcances han sido expuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, a consideración del suscrito, la terminología que se emplea, debe también ser aplicable, no solo para las sentencias, sino, para los autos, los cuales requieren de una ponderada motivación (como lo norma el artículo 347° del CPP); cuando hablamos del sobreseimiento que, de ser amparado tiene la autoridad de cosa juzgada (carácter del que gozan también las sentencias).

Por ello, las últimas líneas del inciso 4 del artículo 352° del CPP, es decir, el auto que desestima el sobreseimiento que promueve el imputado en etapa intermedia, no se adhiere a un programa de convencionalidad, esto es, de tutela de los derechos humanos o fundamentales. Más bien, el cuerpo normativo del CPP, en materia recursal, parte por señalar que, las resoluciones (decretos,

autos y sentencias), solamente son cuestionables vía recursal, cuando la le expresamente lo señale (principio de taxatividad).

Así, de forma errada, viene siendo entendido en clave constitucional cuando nuestros tribunales no van más allá del concepto como tal, del derecho a la pluralidad de instancia, esto es, el abordaje a su contenido esencial, la cual se proyecta a toda resolución en materia penal que aparte de condenar o imponer una medida seria, limitadora de la libertad, tenga como finalidad poner fin al proceso, como es el sobreseimiento.

Por nuestra parte, la no permisión de poder impugnar, por parte del imputado, el auto que desestima su sobreseimiento no resulta acorde con el derecho a la pluralidad de instancia, bajo el parámetro convencional del derecho a recurrir como lo expone la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Y es que, no se le posibilita el auto desestimatorio pueda ser conocido por el Tribunal Superior, en vía de apelación (para determinados supuestos), en el que se podrá o bien revocar, anular o, en su defecto confirmar la venida en grado.

Hablamos de una resolución (auto) adversa para el imputado/acusado que, al no impugnarla, “recién” tendrá la posibilidad de que, en juicio, este pueda ejercer su defensa en pro de su absolución. Postura que no es atendible, y viene siendo más bien, un proceder no garante para el ciudadano.

Además de ello, se merma considerativamente, la real importancia de este mecanismo procesal como es el sobreseimiento (y su control), la cual, no descansa solamente para el fiscal (cuando lo sostiene por criterio de objetividad), sino, para las defensas e incluso los jueces (que puede dictarse de oficio).

Dicho esto, persistir en la equivocada idea de que la etapa intermedia, únicamente, pueda ser concebida como de saneamiento o depurativo de la acusación, es negarle su funcionalidad que no se agota con ello, sino, la posibilidad de que una causa pueda fenecer anteladamente (ante acusaciones frágiles), como es el sobreseimiento que, de amparada, se genera la autoridad de *res iudicata*; la cual es reconocida por la misma Constitución Política del Estado.

Además de ello, porque el análisis del sobreseimiento, va de forma conjunta con los elementos de convicción que se han recabado a lo largo de la investigación, tanto de cargo como de descargo, de los cuales se podrá extraer si estamos ante una causa probable o no. De presentarse, no existe objeción alguna de que el juicio será la palestra perfecta.

Caso contrario, y aquí el trabajo acucioso del juez, deberá con toda potestad, sobreseer el caso, o lo que es lo mismo decir, declarar fundada el sobreseimiento del imputado (a menos que la declare de oficio), empero, de ser lo opuesto, se debe permitir al imputado el recurso de apelación, cuyo

fundamento, radican en los errores en los que pueden incurrir los órganos jurisdiccionales.

También, es menester señalar que, resulta un contrasentido, que afecta la igualdad procesal (principio basilar del proceso penal), que sí se permita a los demás sujetos procesales (ministerio público y actor civil), excepto el imputado, la vía impugnatoria cuando, en una de las decisiones que adopte el Juez de Garantías (en Etapa Intermedia), declare fundada un sobreseimiento con ocasión de la deducción de una excepción o medio de defensa, como reza el inciso 3 del artículo 352° de la norma procesal penal y cuya consecuencia, sea el sobreseimiento de la causa. En cambio, se le niega al imputado apelar el auto que desestima o declara infundada su sobreseimiento.

En ese marco, y, bajo el prisma convencional, el auto que desestima el sobreseimiento del imputado (últimas líneas del inciso 4 del artículo 352° del CPP), colisiona abiertamente con el derecho a la pluralidad de instancia, esto es, el derecho de recurrir una resolución (contraria a derecho), vía apelación, en el que el imputado (acusado) agraviado, podrá tener la posibilidad de que la Sala Penal, pueda enmendar el error, ya sea anulándola o revocándola; o, en su caso confirmar la recurrida. El proceso penal, en este extremo, no se armoniza con la Constitución (pluralidad de instancia), y mucho menos, con la Convención Americana de Derechos Humanos.

#### **4.4. Control de convencionalidad al inciso 4 del artículo 352° del CPP**

Atendiendo a la crítica que hemos efectuado en torno a la no impugnación del auto que desestima el sobreseimiento que formula el imputado (normado en las últimas líneas del inciso 4 del artículo 352 del CPP), al no adecuarse a lineamientos de índole convencionalidad, es menester proponer una ruta optimizadora una de las garantías judiciales con los que debe contar todo aquel imputado, como es el derecho a un recurso efectivo, en esta fase de la etapa intermedia, la cual, de ninguna manera afecta al contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancia en la medida que, se puede habilitar el recurso de apelación dado que, estamos ante una resolución que tiene aptitud de poner fin al proceso penal con calidad de cosa juzgada.

Sin embargo, la llave recursal deberá abrirse únicamente para determinados supuestos en donde se evidencie que la causa debe ser sobreseída; evitándose así una innecesaria “saturación” del proceso, en mérito a la interposición de sendas apelaciones.

De esta forma, este escudo protector del imputado va a permitir que la Sala Penal pueda revisar, con un mejor criterio, los fundamentos expuestos por el Juez de Investigación Preparatoria cuando desestima el sobreseimiento

(del imputado), y así, ejercer las facultades que la ley confiere (declarar la nulidad, revocar o confirmar), en donde cabe la posibilidad de que pueda estar ser declarada fundada (frente a los errores incurridos), con lo que, la causa puede archivarse.

Entonces, la recomendación va orientada a una interpretación de esta inimpugnabilidad del sobreseimiento que articula el imputado, bajo el prisma convencional. De allí que, este bloqueo a la impugnación debe ser sometido al **control de convencionalidad**, lo que nos permitirá evaluar si es acorde o no a ella. Así tenemos lo siguiente:

- i. ***Todos los jueces nacionales “deben” ejercer el control difuso, desaplicando alguna norma que no compatibiliza con la “supremacía convencional”.***

En efecto, la inimpugnabilidad del auto que desestima el sobreseimiento del imputado, no resulta compatible con la llamada *supremacía convencional*, que regula el derecho a recurrir el fallo (que puede englobar también a los autos, los cuales son resoluciones que para su expedición se exige previa motivación por los jueces), como lo dice la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José).

- . De manera tal que, estas últimas líneas del inciso 4 del artículo 352° del Código Procesal Penal debe ser inaplicada por ser vulneradora del doble grado de jurisdicción al que tiene derecho todo imputado. Esto es, de tener una repuesta por el Superior Jerárquico, frente a los errores que pudo haber incurrido el *a quo* que abordó aspectos de fondo que el imputado promovió al criticar los aspectos contenidos en la acusación.
- ii. ***Intensidad del “control difuso de convencionalidad”: de mayor grado cuando se tiene competencias para inaplicar o declarar la invalidez de una norma general.***

Si bien, en nuestro modelo peruano, se tiene la facultad excepcional de aplicar el control de constitucionalidad de las normas de menor jerarquía, como las últimas líneas del inciso 4 del artículo 352° CPP, vemos pues, que, si la contrastamos con el derecho a la pluralidad de instancia, en su real dimensión, no se encuentra protección de esta norma constitucional de tinte procesal, por tener un marco conceptual determinado.

Eso significa que la ruta no va por la incursión a este modelo de control, sino, a uno de carácter convencional y a su intensificación, que es imperativo, en este caso, del juez de investigación

preparatoria, quien no solo abriga los postulados constitucionales, sino, los convencionales

**iii. Debe ejercer el control convencional “de oficio”: sea invocado o no por las partes.**

Ante el caso que venimos planteando, la labor del juzgador convencional es ejercer ese control, en primer orden que, como hemos visto, no termina en lo constitucional, sino, en lo convencional. Siendo este marco jurídico internacional, el que debe aplicarse en etapa intermedia, cuando, el imputado formule la apelación ante la decisión del Juez de Investigación Preparatoria que desestima el sobreseimiento del imputado; de tal forma que, si este formula apelación, ya sea que la resolución sea dictada en audiencia o le sea notificada, deba ser amparada.

A simple vista, la disposición materia de crítica se encuentra reñida con el derecho al recurso. Hasta el día de hoy, los jueces de investigación preparatoria vienen denegando la procedencia de la apelación, sustentado y/o amparándose en el principio de legalidad procesal (taxatividad), que irradia sobre la teoría impugnatoria.

En ese contexto, los derechos fundamentales procesales que se vulneran con la aplicación automática de esta parte del inciso 4 del artículo 352 del CPP, aparte del recurso, tenemos los siguientes: el debido proceso y porque no decirlo, el derecho de defensa.

Lo que se dice en los fueros judiciales para no admitir la apelación, es que, en la etapa de juzgamiento, el imputado tendrá la posibilidad de poder refutar el requerimiento acusatorio; entendiéndose, desafortunadamente, el real propósito que cumple la etapa intermedia por y para el proceso penal.

**iv. Parámetros de “control difuso de convencionalidad”: el bloque de convencionalidad.**

Acerca del *bloque de convencionalidad*, el profesor Gerardo Eto Cruz (2021), nos dice que así como los Tribunales o Salas o Cortes Constitucionales tienen como parámetro para ejercer el control constitucional su “bloque de constitucionalidad”-recuérdese que el lema “parámetro” alude a un término de referencia, de confrontación, utilizado por los Tribunales Constitucionales para verificar la constitucionalidad del objeto puesto en la base del juicio, estos mismos órganos de jurisdicción constitucional también hoy cuentan con otro parámetro a fin de enjuiciar y valorar si las normas sometidas a su control, cumplen y respetan ese *corpus iuris* que hoy

integra el derecho internacional de los derechos humanos. Pero no solo se trata de todos los tratados sino también de los fallos que emiten los tribunales como son los de la Corte IDH, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, el bloque está compuesto por normas expresadas en los tratados, pactos o convenios, así como los fallos o sentencias que emiten estos órganos de jurisdicción supranacional (p.88).

- . Lo expuesto por Eto Cruz, es sumamente claro, y los órganos jurisdiccionales de nuestro país, deben también enjuiciar y valorar las normas que diariamente interpretan y aplican en su quehacer judicial, de manera tal que pueda confrontarlo con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y de los fallos que los Tribunales evacúan.

En ese caso, el juez de investigación preparatoria deberá someter a examen si las últimas líneas del inciso 4 del artículo 352°, guardan el respeto a este bloque de convencionalidad que, como hemos visto, no es así.

#### v. *La jurisprudencia convencional*

Considerada como el derecho vivo, en tanto que, constituyen reglas jurídicas que los jueces realizan al motivar sus decisiones. En el caso concreto, la jurisprudencia convencional que hemos invocado sobre el derecho al recurso es el insumo fundamental que todo juez debe observar al momento de resolver una incidencia.

El derecho al recurso, desde la jurisprudencia convencional, propone que se habilite un recurso ordinario y efectivo a fin de que un Tribunal puede corregir lo decidido (no solo para las sentencias, sino, para el auto que también debe ser motivado), por el juez de primera instancia (juzgado de investigación preparatoria).

Bajo este concepto, el legislador decidió con la regulación del tantas veces mencionado, inciso 4 del artículo 352° CPP, bloquear todo intento impugnatorio en favor del imputado, quien promueve su control de fondo de la acusación, a través del sobreseimiento, bajo el cumplimiento de determinados presupuestos, la cual termina siendo desestimada. Auto que contiene agravios, empero, no encuentra el camino para su reexamen.

Delo expuesto, notamos que este inciso 4 del artículo 352°, no cumple con los postulados convencionales que dimanen de la Convención Americana de Derechos Humanos (interpretadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de sus sentencias), el cual se asienta en el principio *pro*

*persona*, comprendido por Fernando Aurelio Guerrero Cárdenas (2014), como un mandato de interpretación, que ordena omitir la negación de derechos desarrollados de mejor manera en la Constitución o en la CADH, es decir, ordena aplicar la norma más favorable para un caso concreto, la norma de mayor nivel, la cual puede entonces encontrarse en una garantía interna o estar mejor desarrollada, por ejemplo, en la jurisprudencia internacional de los derechos humanos (p.103).

El derecho al recurso en este extremo de la decisión que adopta el juez de la investigación preparatoria (en etapa intermedia), al desestimar el sobreseimiento del imputado, bajo el lente convencional-asedado en el principio antes invocado-no se garantiza al imputado en etapa intermedia, pues, no se le permite impugnar el auto desestimatorio de sobreseimiento, cuya probabilidad de contener gravámenes, es alta. Eso, por un lado.

Por otro lado, de habilitarse la apelación al imputado contra el auto que desestima su sobreseimiento, bajo el paraguas convencional, si bien garantizamos el derecho recursal, empero, esta permisión podría acarrear una seguidilla de apelaciones que podría afectar la tramitación del proceso penal, pues, se tendría que estar a la espera de que la Sala Penal de Apelaciones resuelva el medio impugnatorio.

## V. Conclusiones y recomendaciones

### 5.1. Conclusiones

- La inimpugnabilidad contra el auto que deniega el pedido de sobreseimiento que incoa el imputado en etapa intermedia, riñe abiertamente con el derecho a la pluralidad de instancia, al no permitírsele al imputado, la posibilidad de poder cuestionar esta decisión, que debe contener agravios, ante el Tribunal Superior.
- De habilitarse la apelación, no se vacía el contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancia en la medida que, el sobreseimiento es una resolución que presenta vocación de poner fin a un proceso o causa, cuya cualidad, es la de gozar de cosa juzgada de índole constitucional.
- El control por parte de los jueces, no solo debe detener la mirada en la constitucionalidad de la norma infra constitucional, sino, también debe someter al parámetro de la convencionalidad, sin que ello comporte una invasión en estos controles y mucho menos que sobrepasen sus límites, sino, lo que se busca es una armonización de los mismos.

- Se debe garantizar el acceso al recurso del imputado contra el auto que desestima su pretensión de sobreseimiento, sin que ello signifique “colmar” el sistema, en este estadio, con un rosario de apelaciones; si no, que ello debe estar supeditado al cumplimiento de algunos de los supuestos del inciso 2 del artículo 344° CPP, sobre la base de los elementos de convicción y su peso incriminatorio.

## 5.2. Recomendaciones

- Se recomienda al Estado, el poder contar con una legislación respuesta de los derechos fundamentales/humanos con el derecho de recurrir, por lo que, se debe reformar legislativamente, las últimas líneas del inciso 4 del artículo 352° CPP, de tal manera que se permita la impugnación a través del recurso de apelación.
- Se recomienda también, que la habilitación de la apelación, deba estar determinadas causales del inciso 2 del artículo 344° CPP, del que se desprenda el sobreseimiento en mérito a los elementos de convicción que fundamentan la acusación, siendo estas las siguientes: i) cuando el hecho objeto de la causa no puede serle atribuido al imputado; ii) cuando el hecho imputado no es típico por atipicidad relativa; y, iii) cuando no exista elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado.
- Se recomienda que, una vez interpuesta la apelación y sea elevada al Tribunal Superior, se debe exigir un control riguroso de admisibilidad en cuanto a la fijación de los agravios se refiere, la misma que debe realizarse de forma juiciosa.

## Referencias

- Binder, A. (2002). Introducción al derecho procesal penal (2ª ed. actualizada y ampliada, 2ª reimpresión). Editorial AD-HOC S.R.L.
- Chanamé Orbe, R. (2015). La constitución comentada (9ª ed.). Editora y Distribuidora Ediciones Legales.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004, 2 de julio). Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2018, 20 de abril). Casación N° 893-2016-Lambayeque.
- Cubas Villanueva, V. (2009). El nuevo proceso penal peruano: Teoría y práctica de su implementación. Palestra Editores S.A.C.
- Eto Cruz, G. (2021). Problemas contemporáneos del control convencional. San Bernardo Libros Jurídicos E.I.R.L.
- Gonzales, P., Reyes, N., & Zúñiga, M. (2016). La doctrina del control de convencionalidad y su aplicación en algunas experiencias nacionales. Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- Guerrero Cárdenas, F. A. (2014). Constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos [Tesis de licenciatura, Universidad Santo Tomás]. <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/2214?show=full>
- Hitters, J. C. (2021). El control de convencionalidad en el sistema interamericano: Efectos, obligatoriedad. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Pozo Ñamagua, J. G. (2022). Control de constitucionalidad y convencionalidad: El rol del juzgado en Ecuador [Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar]. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/9184>
- Sierra Zamora, P. A., Cubiedes Cárdenas, J., & Carrasco Soulé, H. (2016). El control de convencionalidad: aspectos generales en el sistema interamericano de derechos humanos y en el derecho colombiano. En J. Cubiedes Cárdenas (Ed.), El Control de Convencionalidad (CCV): Fundamentación e implementación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (pp. 52-87). Universidad Católica de Colombia.
- Texeira Ripalda, L. S. S. (2021). Inimpugnabilidad del auto que rechaza el sobreseimiento formulado por el acusado, derecho de defensa y doble instancia-Callao 2021 [Tesis de licenciatura, Universidad César Vallejo]. <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/100188>
- Torres Zúñiga, N. (2012). El control de convencionalidad: Deber complementario del juez constitucional peruano y el juez interamericano (similitudes, diferencias y convergencias) [Tesis de licenciatura, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/1367>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2010, 15 de marzo). Expediente N° 05262-2009-PA/TC-Lambayeque.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2011, 11 de agosto). Expediente N° 4235-2010-PHC/TC-Lima.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2015, 9 de diciembre). Expediente N° 02285-2014-PA/TC-Ayacucho.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2021, 6 de julio). Expediente N° 01792-2020-PHC/TC-Ancash.
- Verde Campos, B. S. (2020). ¿Se satisfacen las garantías del derecho de impugnación en la figura de la impugnación diferida? [Tesis de licenciatura, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/18022>

## Notas al final

1. Expedido el 20 de abril de 2018.
2. Emitido el 15 de noviembre de 2017.
3. Evacuado con fecha 24 de mayo de 2019.
4. No obstante, es imperativo mencionar, que dicha Sentencia, aborda finamente este derecho (la pluralidad de instancia), desde el F.J. N° 06, reputándolo como uno de los *pilares* en el que se cimenta un Estado Constitucional (respetuosa de la primacía normativa de la Constitución y de los derechos fundamentales). Seguidamente que, para el suscrito, resulta doblemente fundamental, es la consagración en instrumentos internacionales, de la pluralidad de instancia, conforme se puede leer en el siguiente fundamento de la sentencia. Luego en los siguientes F.J. (N° 8, 9 y 10), invoca-a manera de mostrar y elevar su categoría como derecho fundamental-sentencias importantes por parte de instancias internacionales, los cuales, son de carácter vinculante. Finalmente, en el F.J. N° 11, se fomenta el mensaje para todo operador jurídico al momento de resolver una causa, esto es, que la interpretación de los derechos se efectúa conforme a los tratados internacionales y a la jurisprudencial supranacional, tal y como lo manda, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, como también, el artículo VIII del Código Procesal Constitucional.
5. Acerca de los recursos, el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 02285-2014-PA/TC-Ayacucho, F.J. N° 3.3.2., dice lo siguiente: *“El Tribunal Constitucional tiene expuesto, en uniforme y reiterada jurisprudencia, que el derecho de acceso a los recursos o a recurrir las resoluciones judiciales es una manifestación implícita del derecho fundamental a la pluralidad de instancia, el cual, a su vez, forma parte del derecho fundamental al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3), de la Norma Fundamental (...)”*. (Cursiva, énfasis y subrayado son nuestros)
6. Mención expresa al término, lo encontramos en la Constitución española de 1978, en cuyo Capítulo Cuarto **“De las garantías de las libertades y derechos fundamentales”**, en el apartado 1 del artículo 53° prevé: *Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)*. Sin embargo, esta nomenclatura, ya era contemplada en la Ley Fundamental para la República Federal alemana (Ley de Bonn), del 23 de mayo de 1949, en el Capítulo Primero **“De los derechos fundamentales”**, inciso 2 del artículo 19° normaba lo siguiente: *En ningún caso se podrá afectar al contenido esencial de un derecho fundamental*. Este artículo iniciaba regulando que, si al amparo de la Ley de Bonn se pretendía restringir un derecho fundamental por una ley determinada o en virtud de lo dispuesto en ella, la aplicabilidad de la ley era de carácter general; especificando el derecho cuestionado con indicación del articulado correspondiente. Vemos, como no podría ser de otro modo, la supremacía de los derechos fundamentales, a propósito de lo vivido en la Segunda Guerra Mundial y lo devastadora que fue.
7. <https://dle.rae.es/evidente>
8. Siendo este dispositivo la más precisa, a diferencia del inciso 6 del artículo 7°, en el que, si bien se regula el derecho a recurrir, esta se enmarca en un contexto donde la libertad de un imputado se encuentre restringida, en donde se busque de forma inmediata que un tribunal superior puede observar la legalidad o no de la medida.

## INVESTIGACIONES NACIONALES

# Tipificación de los delitos informáticos en la legislación peruana

## Classification of Cybercrimes in Peruvian Legislation

*Miguel Andrés Osmar Tapia Cornejo*

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

<https://orcid.org/0009-0005-9200-4053>

[miguel.tapia5@unmsm.edu.pe](mailto:miguel.tapia5@unmsm.edu.pe)

Presentado: 23/05/2024 - Aceptado: 02/12/2024 - Publicación: 31/12/2024

### Resumen

El objetivo general del artículo fue determinar si la Ley 30096 ofrece una tipificación que abarca los delitos cibernéticos actuales. Desde el plano metodológico, se tomó en consideración la investigación básica, enmarcada en un modelo cualitativo, mediante el empleo del método inductivo cuyas técnicas de recolección de datos se basó en la recopilación de fuentes relacionadas al tema, así como la documentación de archivos y fuentes gubernamentales. El universo de estudio, fueron todas las informaciones legales obtenidas según los objetivos específicos del estudio. En conclusión, se evidenció que los delitos informativos en Latinoamérica y Perú tomaron auge a partir de la pandemia y continúan hoy por hoy ampliando su forma de trabajo, entre la suplantación de identidad, falsificación informática, fraude electrónico, ataques a la intimidad, estafas virtuales, entre otros, que afectan al ciudadano y las instituciones gubernamentales. Es por ello, que se hace necesario una revisión más profunda a las leyes, así como la implementación de medidas más radicales que no dejen impune este tipo de delitos, haciendo uso de acciones de investigación, seguimiento y captura más eficaces.

**Palabras clave:** delitos cibernéticos actuales, identidad, libertad sexual, plataformas informáticas, secretos comunicacionales.

**Abstract**

General Objective of the Article: Assessing the Adequacy of Law 30096 in Classifying Contemporary Cybercrimes. From a methodological perspective, the study employed basic research framed within a qualitative model, utilizing the inductive method for data analysis. Data collection techniques involved compiling relevant sources and documenting archives and governmental materials. The study's population encompassed all legal information gathered in accordance with the specific research objectives. In conclusion, it was evident that information-related offenses in Latin America and Peru surged during the pandemic and persistently evolve in modus operandi, encompassing identity theft, computer forgery, electronic fraud, privacy infringements, virtual scams, among others, affecting both citizens and governmental institutions. Therefore, there arises a necessity for a more thorough legislative review and the implementation of more stringent measures to combat such crimes effectively, incorporating enhanced investigative, monitoring, and apprehension actions.

**Keywords:** current cyber-crimes, identity, sexual freedom, computer platforms, communication secrets.

---

## I. Introducción

Los nuevos paradigmas del crimen surgen como resultado de metamorfosis acontecidas en tiempos recientes, las cuales han instigado transformaciones equiparables a las generadas en la época del siglo XIX de la Revolución Industrial. La transformación tecnológica en los últimos años durante el siglo XX ha engendrado condiciones propicias para el florecimiento de los sistemas informáticos, los cuales no solo son empleados en el ámbito doméstico o laboral, sino que abarcan la totalidad de las actividades y disciplinas humanas (Martínez, et al., 2020) Aunado a ello, el surgimiento de internet propició la accesibilidad a los distintos sistemas informáticos denominados por Bill Gates como autopista de la información (El Comercio, 2023).

El uso de computadora o sistema de información tiene una básica incidencia en los avances sociales de cada nación y una directa asociación con el progreso económico y cultural, pero como contrapartida negativa, han surgido infracciones y violaciones de derechos a la propiedad o al uso de medios informáticos que han creado nuevos bienes jurídicos a proteger y generado la criminalidad por computadoras o delito informático, el cual es necesario definir y tipificar adecuada y sistemáticamente, en los principios penales rectores, como el principio de legalidad, entre otros. (Universidad Nacional de la Rioja, 2022).

En todo el mundo, los avances tecnológicos generaron el surgimiento del aprendizaje automático la robótica y la inteligencia artificial a un ritmo vertiginoso, dejando en duda muchas probabilidades ante el modelo habitual, ya que, todos estos lineamientos avanzados facilitaron la cotidianidad de las

personas y mejoraron sus vínculos profesionales y personales (Martínez et al, 2020), aunque se puede observar que estos avances han ocasionado un conjunto de dificultades que puede principalmente afectar a la sociedad en cuanto a su privacidad, causando diversos crímenes informáticos que han afectado la seguridad de las personas (Acosta et al., 2020), más aún, cuando este tipo de delito no ha sido clasificado ni actualizado en la norma (Nazario y Villanueva, 2022)

En el contexto mundial, esta forma de delitos informáticos se regula a través del derecho penal de los países que forman parte de la Unión Europea. En España, Díaz y Rangel (2020) refiere que la cooperación internacional es ahora más fuerte para poder combatir la ciberdelincuencia de manera efectiva. Con el cumplimiento del Convenio de Budapest, España tiene similares objetivos que otros países en la lucha contra el crimen cibernético comprometiéndose en la cooperación con otras naciones para la prevención y persecución de criminales informáticos. Particularmente aplicando lineamientos de seguridad en donde la población española navegue por la red de manera segura, según lo establecido el lineamiento de protección de la privacidad de las personas evitando así la accesibilidad no autorizada a modelos informáticos.

En América Latina, los países que han regulado este delito dentro de sus marcos legales son Colombia, Chile y Brasil. En Perú, también se presentan estos problemas sociales y económicos Le afectan a las personas que tienen que utilizar herramientas tecnológicas como las comerciales en la intervención de transacciones comerciales y aunque una Ley N° 30096 denominada: Ley de Delitos Informáticos del 5 de diciembre de 2013 y modificada por la Ley N° 30171 del 10 de marzo de 2014, existen una serie de vacíos legales en la falta de una clasificación clara de los tipos de delitos informáticos, lo que incide en el nivel de vulnerabilidad de seguridad que puede traer su alcance sobretodo todo, cuando cada día aumentan los ciberdelitos (Nazario y Villanueva, 2022)

Los beneficios que aporta la tecnología facilitan las actividades delictivas, provocando daños a la propiedad jurídica de particulares o privados, sin embargo, ante las primeras manifestaciones de estos nuevos delitos informáticos, es muy poco probable que los tipos clásicos de delitos incluyan este tipo de acto tecnológico, razón por la cual el derecho penal moderno debe actualizarse para incluir con precisión estos llamados ciberdelitos.

Los avances tecnológicos asociados a los sistemas informáticos han permitido el ingreso han propiciado el paso del entorno material y tangible al de tipo informático, virtual e inmaterial (Indacochea, 2022). Se refiere el autor a que el mundo virtual ha venido cambiando de una manera veloz

todos los aspectos de nuestra vida y del mismo modo, lo ha hecho a través del derecho en sus distintas modalidades, no únicamente implementando programas informáticos, legales y sistemas computarizados, sino que se ha extendido a sectores bancarios, comerciales, financieros e industriales, lugares en donde los delitos han ido surgiendo por lo que requieren de una legislación adecuada que proteja al sujeto pasivo.

Por esta razón, en la actualidad se requiere de un contexto legal que protejan únicamente las vidas, sino que la calidad de la profesión existe una extendida violencia digital en el contexto laboral, no obstante, los elementos adoptados por las organizaciones no han tenido modificación alguna (Laboy et al., 2021). Sobre esta problemática Chipana y Rivera (2023) mencionan que las brechas de seguridad en las redes, son mayor hoy en día, lo que hace reflexionar si realmente existen leyes sobre el tema y si existen autoridades preparadas para enfrentarlos, ya que son derechos humanos básicos y, por tanto, esenciales para un adecuado desarrollo y bienestar. Es por ello, que se requiere la delimitación de las actividades de acción entre ambos tipos de derecho, por los importantes avances científicos, comunicativos y tecnológicos en donde se da una divulgación fácil de los hechos vinculados a la privacidad de los individuos, de manera que determinar un control sobre este permiso no es una acción sencilla en la jurisprudencia y doctrina, de manera que se pretende la combinación de derechos y deberes de difusión informática sin que las personas sean ofendidas.

Tomando en cuenta el contexto actual a nivel social y los avances tecnológicos en el país, se requiere un enfoque mucho más realista sobre los avances logrados. Es necesario superar la errada idea de que las tecnologías resuelven las diferentes dificultades. Debemos afrontar que, aunque las TIC son trascendentales para el progreso de un país, también han promovido y ampliado problemáticas tanto nuevas como antiguas, como el aumento de los crímenes informáticos. Estos representan uno de los grandes desafíos de la actualidad, ya que vulneran la seguridad de entidades públicas y privadas, así como de los usuarios, desafiando el rol de los sistemas judiciales nacionales (Guerrero, 2020).

La falta de llegar a un consenso común de lo que significa hablar de un ciberdelito, es la de no haber llegado a entender que no hay delito ni grande ni pequeño para diferenciar un delito de esta índole y se deben englobar todos los delitos cometidos con el uso de tecnologías de información y especialmente, aquellos donde se involucren sistemas informáticos. Este problema queda ejemplarizado con lo sucedido por el llamado ciberterrorismo, el cual no está limitado únicamente a las guerras o a colocar bombas explosivas, sino que además emplea la herramienta informática de Stuxnet y Flame que ocasionan la catástrofe que dejó inoperativa a la planta nuclear energética en Irán (Espinoza, 2022).

Desde un punto de vista doctrinal, podemos ver que el fenómeno de la delincuencia que utiliza nuevas tecnologías o sistemas informáticos aún no se ha comprendido plenamente, esto debido a que así como en la sociedad actual existe un nuevo modelo de vínculos comerciales donde todo se lleva de manera informática, también existe una nueva manera de delincuencia en la que el Perú no se encuentra adecuado para dar respuesta pronta y eficiente, pues no es se da la técnica de capacitación de los fiscales del Ministerio Público, o porque aún se cuenta con una base jurídica ambigua que deja a la sociedad en una posición desprotegida e indefensa (Huayca, 2022).

Como en el caso de la inmensa cantidad de denuncias sobre estafas y mensajerías fraudulentas, robos de datos personales, por parte de empresas creadas en internet y que, al ser denunciadas, no pueden ser procesadas porque los dueños del lugar no se encuentran en el país, o como el caso del phishing, en la cual ocurre el envío de mensajes a través del correo electrónico los cuales son redactados ingeniosamente para solicitar datos delicados e importantes que luego es usada para vulnerar la protección de datos personales y cometer alguna estafa (Aredo, 2021). Igualmente, los delitos producidos en la banca peruana y en donde muchas veces, el dueño de una cuenta no puede demostrar no haber sido quien retiro el dinero o como en el caso mencionado de los bonos sustraídos del banco durante la pandemia De acuerdo a esto, en el 2023, INDECOPI recibió 4.406 reclamos y 2.054 denuncias contra las empresas del sistema financiero como BCP, Interbank, BBVA, Falabella y Scotiabank por operaciones no reconocidas y en donde casi la mitad de las denuncias fueron a favor del usuario, pero la otra mitad, no pudo demostrar haber realizado esa operación y fue víctima de la delincuencia cibernética (Alarcón, 2023).

Por todo lo expuesto anteriormente, en la legislación peruana se debe hacer una revisión de los delitos que no están tipificados en la Ley 30096 y que debido a sus características transnacionales se deben aplicar bajo las normas internacionales con asistencia mutua entre los Estados involucrados.

## II. Delitos informáticos

Existe una variedad de formas para referirse a esta conducta como: ciberdelitos, delitos cibernéticos, delitos electrónicos, delitos telemáticos, delitos computacionales, entre otros, pero en todos los casos, es definido como cualquier tipo de conducta criminógena en donde un ordenador se involucra como símbolo, material u objeto (Flores, 2020)

La Organización para la Cooperación del Desarrollo Económico (OCDE) esta referido a que los crímenes vinculados a sistema computacionales se consideran como aquellos procesos no éticos, ilícitos y sin autorización en donde abarca la automatización, procesamiento y transmisión de información (Carriedo, 2022).

## 2.1. Normativa aplicable a los delitos informáticos

De acuerdo a Tavora (2022), el Convenio de Budapest es el primer tratado internacional que abordó los delitos informáticos debido a que los Estados reconocían la insuficiente colaboración internacional y las diferencias entre los ordenamientos jurídicos que dificultaban la investigación y enjuiciamiento de los delitos informáticos (Flores, 2023)

El Estado peruano se adhiere al convenio de Budapest en el 2014 y se elabora la Ley N° 30096 Ley de delitos informáticos del 21 de octubre del 2013 y modificada por la Ley N° 30171 del 17 de febrero de 2014, por lo que esta ley se constituye en la principal norma contra la cibercriminalidad (Ocupa, 2023).

Cabe mencionar que esta norma ha sufrido muchas críticas por parte de los que argumentan que esta ley no cumple con sancionar adecuadamente los delitos informáticos y que fue hecha para salir del paso y cumplir con las obligaciones impuestas para ser parte del Convenio de Budapest, razón por la cual la legislación ha presentado el Proyecto de Ley N° 5630/2020-CR “Ley de Seguridad Informática y Represión de los Delitos Informáticos”, para crear un nuevo marco normativo especializado que incluye los delitos no considerados como informáticos como el acceso ilícito o intrusismo informático, la perturbación informática, la interceptación de datos informáticos, suplantación de identidad informática, la pornografía infantil, el abuso de mecanismos y dispositivos informáticos, la protección al consumidor en el ámbito de comercio electrónico, entre otros. y la cual a la fecha sigue en revisión (Elías, 2022).

## 2.2. Delitos cometidos en plataformas virtuales que no son delitos informáticos bajo la Ley N° 30096

Dentro del Derecho Público, se ubican en la rama del derecho Penal, otros delitos que, aunque son cometidos en plataformas virtuales no se consideran delitos informáticos. El propósito es la de protección de aquellos bienes titulados jurídicamente de importancia coartando de manera eventual la libertad del que atente en su contra estipulado en diferente lineamiento jurídicos.

Flores (2023) menciona los supuestos delitos cometidos en plataformas virtuales que no son considerados delitos informáticos por la Ley N° 30096 y sus modificaciones

- El asedio de una persona por medio de una plataforma virtual y que afecta su entorno familiar, laboral y sentimental, pudiendo sentirse amenazada o acosada para realizar actos de connotación sexual, no es considerado dentro del alcance de la Ley N° 30096 sino que esta conducta se subordina a los artículos 151-A y 176-C del Código Penal.

- El delito por estafas en compra-ventas realizadas en plataformas en línea para engañar y apoderarse del dinero de una persona, no se considera delito informático porque no implica la vulneración de sistemas informáticos y se subordina al artículo 196 del Código Penal.
- Delito de difamación por medios digitales no se considera delito informático porque no implica la vulneración de sistemas informáticos y se subordina al artículo 132 del Código penal.
- Las amenazas de muerte o algún otro tipo de daño, por mensajes enviados en plataforma virtual para lograr que una persona haga algo, se estaría cometiendo un delito de coacción, pero la conducta no se relaciona directamente con el uso de la tecnología.

Flores (2023) hace la aclaración de que, aunque las conductas citadas anteriormente no se encuentren tipificadas como delitos informáticos, no quiere decir que no son sancionadas por la ley, pero hace hincapié en que las personas deben tomar conciencia que sus conductas en línea si tienen consecuencias legales y que el respeto a las personas es igual de importante en el mundo virtual.

Al respecto, Velarde (2023) refiere que existen otras normas que regulan los casos de mal uso de la tecnología y sus dispositivos como herramientas para realizar tareas y determinar responsabilidades. Por ejemplo, la Ley 29904, del año 2012, Ley de promoción de la banda ancha y construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, indica dentro del Art. 6 que aquellos encargados de proveer el servicio de internet no tienen la autorización arbitraria de discriminar, bloquear, restringir o interferir en el derecho de los usuarios a la utilización de protocolos o aplicaciones indistintamente de su propiedad, origen, naturaleza y destino. Igualmente, OSIPTEL aprobó el Reglamento de Neutralidad de Red N° 165-2016-CD/OSIPTEL, modificado el 2023 por la Resolución de Consejo Directivo N.º 003-2023-CD/ OSIPTEL, en donde se determina que las organizaciones proveedoras del servicio de internet pueden implementar la protección frente a actividades malintencionadas interrumpiendo el servicio cuando sea necesario, además de brindar datos IP bloqueando y filtrando aplicaciones o servicios si se contraviene alguna ley específica.

### **2.3. Ley N° 30096: Ley de delitos informáticos**

Ahora bien, la Ley N° 30096 establece como propósito la prevención y sanción de comportamientos ilícitos que afecten o menos caben información y sistemas informáticos, aparte de otros medios jurídicos de importancia penal que se cometen al usar las tecnologías comunicativas e informática, con el propósito de dar garantía y enfrentamiento en contra

de la ciberdelincuencia y para lograrlo cuenta con cinco títulos divididos (Velarde, 2023):

- a. Crímenes en contra de sistemas informativos y de datos.
- b. Crímenes informáticos en contra de la libertad e indemnidad sexual.
- c. Crímenes que se cometen a nivel informático en contra del secreto y la intimidad comunicacional
- d. Crímenes que se cometen a nivel informático que menoscaba en el patrimonio.
- e. Crímenes que se cometen a nivel informático que menoscaba la fe pública y
- f. Comunes disposiciones para los delitos que abarquen abusar de dispositivos y mecanismos informáticos como el desarrollar virus o malware entre otros.

En consecuencia, la Ley N° 30096 describe los crímenes siguientes:

- Accesibilidad ilegal a sistemas informáticos (Artículo 2)
- Violación de la integridad de datos informáticos (Artículo 3)
- Violación de la rectitud de procedimientos informáticos (Artículo 4)
- Propuestas sexuales a menores a través de medios tecnológicos (Artículo 5)
- Comercio ilegal de datos (Artículo 6)
- Interceptación de información digital (Artículo 7)
- Estafa informática (Artículo 8)
- Usurpación de identidad (Artículo 9)
- Abuso de mecanismos y sistemas informáticos (Artículo 10)

#### **2.4. Clasificación de los delitos informáticos**

Por otro lado, de acuerdo a su clasificación, Villanueva (2023) indica que las formas de crímenes informáticos tipificados son:

1. Estafas realizadas a través de la manipulación de computadoras:
  - a. Manipulación de los datos de entrada: Se refiere al acto de alterar o modificar la información que se ingresa inicialmente en un sistema informático. Este tipo de manipulación busca

cambiar los resultados o procesos posteriores de manera fraudulenta o no autorizada, comprometiendo la integridad y precisión de los datos procesados.

- b. Manipulación de programas: se refiere a la alteración o modificación deliberada del código o funcionalidad de un software o aplicación informática. Este tipo de manipulación puede tener como objetivo cambiar el comportamiento del programa para obtener acceso no autorizado, robar información, causar daños, o lograr resultados fraudulentos. Al manipular programas, los atacantes pueden insertar código malicioso, eliminar o desactivar funciones de seguridad, y modificar algoritmos para beneficiar sus propios intereses a expensas de la integridad y seguridad del sistema afectado.
  - c. Manipulación de los datos de salida: Se refiere a la alteración intencional de la información generada por un sistema informático después de que se hayan procesado los datos de entrada. Este tipo de manipulación busca cambiar los resultados finales presentados a los usuarios, lo que puede llevar a decisiones erróneas o fraudulentas. La manipulación de los datos de salida puede implicar modificar reportes, alterar cifras en documentos financieros, o falsificar resultados de análisis, afectando la confiabilidad y precisión de la información proporcionada por el sistema.
  - d. Manipulación informática: Se refiere a cualquier acción deliberada que altere, modifique o interfiera con el funcionamiento normal de sistemas informáticos, software, datos o redes. Este tipo de manipulación puede incluir actividades como la modificación no autorizada de programas y datos, la introducción de código malicioso, la alteración de procesos informáticos, o la interrupción del servicio.
2. Falsificaciones informáticas:
- a. **Como objeto:** esta referida a la creación o alteración de datos, documentos digitales, o identidades electrónicas de manera fraudulenta. Esto puede incluir la falsificación de firmas digitales, certificados, registros financieros, o cualquier otro tipo de información almacenada electrónicamente.
  - b. **Como instrumento:** se utilizan como herramientas para llevar a cabo otros delitos. Aquí, el énfasis está en cómo se emplean las técnicas de falsificación para facilitar actividades ilegales. Por ejemplo, un ciberdelincuente puede usar software

malicioso para alterar registros en una base de datos con el fin de desviar fondos o modificar datos de usuarios para acceder a cuentas bancarias. En estos casos, la falsificación informática es el medio a través del cual se comete el delito, sirviendo como un instrumento para lograr un objetivo ilegal, como el robo de dinero o información sensible.

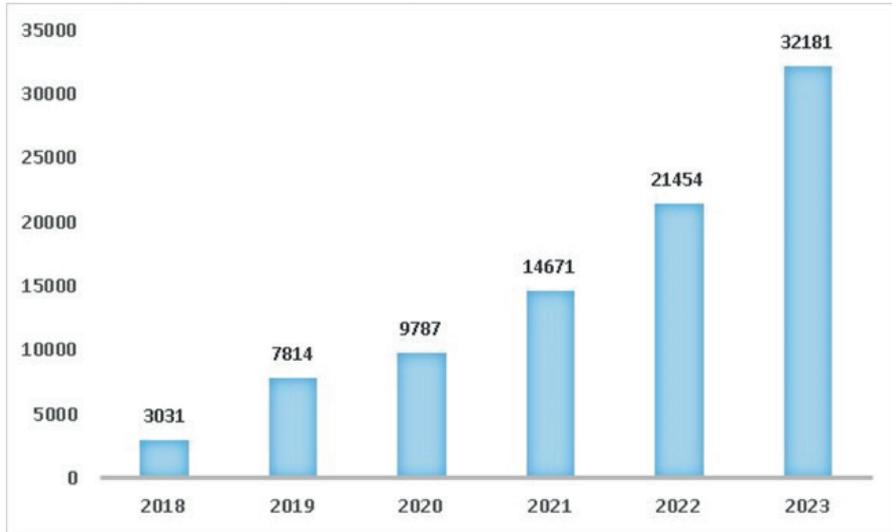
3. Alteraciones o daños a programas o datos digitales:
  - a. Sabotaje informático: se refiere al acto deliberado de manipular, interrumpir o dañar sistemas informáticos, redes, programas o datos con el propósito de causar perjuicio. Este tipo de acciones pueden incluir la introducción de virus, malware o código malicioso en sistemas operativos o aplicaciones para desestabilizar su funcionamiento normal.
  - b. Acceso no autorizado a servicios y sistemas informáticos implica la intrusión ilegal en sistemas protegidos sin permiso explícito de los propietarios o administradores. Este tipo de actividad se realiza generalmente con el propósito de obtener información confidencial, manipular datos o realizar acciones fraudulentas.
  - c. Reproducción no autorizada de programas: se refiere a la copia ilegal o duplicación de software protegido por derechos de autor sin la debida licencia o permiso del titular de los derechos. Esta práctica es común en la piratería informática, donde se distribuyen copias ilegales de programas comerciales o de código abierto.

## 2.5. Ciberdelincuencia en el Perú del 2018 al 2024

De acuerdo con la Defensoría del Pueblo (2023), la delincuencia informática constituye un problema de ámbito mundial que no solo afecta los datos personales, la propiedad y otros bienes jurídicos, sino que también puede poner en grave riesgo la integridad e incluso la vida de sus víctimas, como niños, niñas y adolescentes. No cabe duda que el avance de la tecnología en el quehacer cotidiano de las personas ha impulsado el incremento de los delitos cibernéticos durante los últimos años, y con mayor auge, durante la época más crítica de pandemia del Covid-19, debido a las restricciones planteadas por los diferentes gobiernos a nivel mundial con el fin de evitar su propagación.

En este sentido, La Policía nacional posee un registro de los últimos 5 años que evidencian un aumento proporcional de las denuncias asociadas a crímenes informáticos que se tipifican en esta ley.

**Figura 1**  
*Denuncias tipificadas en la Ley de Delitos Informáticos*



Nota: Gráfico realizado con datos tomados de La Cámara (2024) ajustando el año 2023 a los datos proporcionados por Infobae (2023)

Las denuncias relacionadas con los delitos informáticos de los últimos años son: abuso de dispositivo y mecanismos informáticos, suplantación de la identidad, fraudes informáticos, atentado en contra la integridad de información digital, atentado en contra la integridad de modelos informáticos, acceso ilícito e interceptación de información informática (Defensoría del Pueblo, 2023).

### **III. Naturaleza jurídica del delito contra datos y sistemas informáticos**

A continuación, se detallan diversos puntos que explican los delitos cibernéticos en contra los de los sistemas informáticos y datos de los individuos. En el marco legal peruano, dentro de la Ley N° 30096 de Delitos informáticos se encuentra especificado en los crímenes contra la información y los sistemas digitales.

Se deben sacar los datos informáticos de acuerdo a los aspectos de impulsión electromagnética no cuentan con una naturaleza corporal y necesitan de procesamiento por algún tipo de sistema, por lo cual se debe conceptualizar el dato informático como toda información digital registrada y almacenadas en sistemas informáticos y dispositivos electrónicos y pueden ser: textos, imágenes, audios, videos, números o cualquiera otra información guardada y procesada en un sistema informático (Contreras, 2024).

**Tabla 1**  
*Legislación peruana del delito contra la información y sistemas informáticos*

BIEN JURÍDICO	CIBERDELITO	ARTÍCULO
Contra los datos y los sistemas informáticos	Acceso ilícito	Ley de Delitos Informáticos, artículo 2
	Atentado a la integridad de los datos informáticos	Ley de Delitos Informáticos, artículo 3
	Atentado a la integridad de los sistemas informáticos	Ley de Delitos Informáticos, artículo 4
	Abuso de mecanismos y dispositivos informáticos	Ley de Delitos Informáticos, artículo 10

Fuente: Elaboración propia mediante ley N° 30096 y Código Penal del Perú

Como se observa en la tabla 1, en la Ley N° 30096 de Crímenes informáticos, en el segundo capítulo se encuentran los crímenes en contra de los sistemas e información digital tipificados en tres modalidades de delitos informáticos y descritos como:

El Art. 2 se detallan los aspectos de un ilícito acceso, en donde si un individuo de forma ilegítima y con conocimiento de causa ingresa a un sistema informático o parte de él, vulnerando la seguridad que se establece para impedirlo, será motivo de delito representado por la privación de la libertad entre uno a cuatro años y entre 30 a 90 días de multa. Se establecerá igual pena si hay un acceso a un sistema informático en el que se exceda de lo que se le autorizó.

En el Art. 3 en el que se tipifica la vulneración de la integridad de la información informática, se establece que aquel individuo que tenga un ilegal o deliberado daño, introducción, deterioro, alteración y supresión de información informática, haciéndola inaccesible, será amonestado con la privación de la libertad en un periodo de entre tres a seis años y entre 80 a 120 días de multas.

En el Art. 4 se tipifica la vulneración de la integridad de los sistemas informáticos indicando que aquel individuo que de forma ilegítima y premeditada lo inutilice parcial o totalmente, impidiendo su acceso y la funcionalidad en el servicio que presta, será acusado con privativa de libertad en un periodo de entre tres a seis años y una multa de entre 80 a 120 días.

En el Art. 10 en el que se describe el uso abusivo de dispositivos y mecanismos informáticos en donde ilegítima y premeditadamente se diseñe, fabrique, desarrolle, distribuya, venda, obtenga o importe uno o varios dispositivos, mecanismos, contraseñas,

programas informáticos, códigos de acceso o cualquier otro tipo de información informática, especialmente creados para cometer crímenes tipificados en la ley o el que brinde su servicio para contribuir a tal propósito será acusado con la privación de la libertad en un periodo de entre uno a cuatro años y de 30 a 90 días de multa.

Estos artículos de la Ley N° 30096 fueron modificados por el Artículo 1 de la Ley N° 30171, publicada el 10 marzo 2014:

### **3.1. Tipicidad objetiva de los delitos contra datos y sistemas informáticos**

Según a Chávez (2018) en la tipicidad objetiva de los crímenes que atenten en los sistemas y datos informáticos se describe:

- El sujeto activo en los crímenes contra sistemas e información informática es la persona o grupo de personas que realizan acciones ilícitas dirigidas a comprometer la seguridad, integridad, confidencialidad o disponibilidad de sistemas informáticos y datos.
- El sujeto pasivo en los crímenes contra sistemas e información informática es la entidad que sufre las consecuencias del acto delictivo, siendo afectada la integridad, confidencialidad o disponibilidad de su información y sistemas informáticos.
- El bien jurídico protegido dentro del contexto de los crímenes informáticos se refiere a los datos que se almacenan, tratan y transmiten de manera eficiente, generando un beneficio para la sociedad. Según Reyna (2001), el bien jurídico penal tutelado se basa en los datos como valía económica de la organización, los cuales no solo constituyen un interés vital social, sino que también se ajustan a parámetros que merecen tutela y protección.
- Conducta delictiva. De acuerdo a lo plasmado en la Ley 30096 este tipo de conductas se basa en un inicial hecho único y solo cuando se da el ingreso al sistema.

#### **Conducta típica**

En lo referente a los crímenes contra sistemas y datos informáticos, las acciones típicas se basan en aquellas que, de forma premeditada e ilícita, acceden a los sistemas. Estas acciones incluyen dañar, importar, borrar, deteriorar, modificar y hacer que los datos digitales sean inaccesibles, así como impedir la accesibilidad e inutilizar los sistemas informáticos, afectando así su correcto funcionamiento. (Villanueva, 2023). Entre los elementos de la tipicidad objetiva se encuentran:

- Acceso al sistema informático total o parcialmente.
- Vulnerabilidad de los lineamientos de seguridad.
- Límite de autorización sobre pasados

### **3.2. Tipicidad subjetiva de los delitos contra datos y sistemas informáticos**

Se trata de un delito doloso, motivo por el cual no se permiten las sanciones de las conductas culposas o un accionar imprudente (Rodríguez, 2023). Es un acto que se realiza deliberadamente de manera voluntaria e intencionada. Un ejemplo de este delito es el proceso realizado en Katherine Flores Morales la Cruz, por acceso ilícito (además de fraude informático) a quien el Juzgado penal impuso prisión preventiva de 9 meses debido a que siendo supervisora de procesos operativos en la agencia 2 del centro Comercial Mega Plaza del Banco de Crédito del Perú, accedió de manera intencional y vulnerando los sistemas de seguridad logro un provecho patrimonial de más de 1 millón de dólares.

### **3.3. El delito de Hacking**

Este delito se define como de intromisión o intrusismo informático, es decir, la accesibilidad sin autorización a sistemas informáticos quebrantando la seguridad del mismo tipificado en el Art. 2 de la Ley N° 30096 cuya pena establecida es de entre uno a cuatro años de privación de libertad (Elías, 2023). El hacking es el paso principal que emplean aquellos que realizan delitos informáticos atentando en contra de la integración de sistemas y datos informático o suplantando identidades, así como otros.

### **3.4. El delito de cracking**

Conocido como sabotaje informático, se describe en el Art. 3 de la Ley N° 30096, los crímenes que atentan contra la integridad y naturaleza de los sistemas informáticos se configuran cuando el delincuente, de forma ilegítima y premeditada, inutiliza parcial o totalmente el sistema informático. Esto imposibilita la accesibilidad y funcionalidad del servicio que presta dicho sistema. (Elías, 2023).

### **3.5. Consecuencia jurídica**

Los atentados contra datos informáticos pueden incluir delitos como el hacking, el phishing, la distribución de malware, robo de contraseñas, y la vulnerabilidad de seguridad en los sistemas informáticos, los cuales pueden ser cometidos para la obtención de beneficios económicos, políticos o personales por lo cual son sancionados con una pena no menor de un año ni mayor de seis, y en el artículo 11 se establece los supuestos de agravación de acuerdo al caso y en donde la pena tiene tendencia ascendente (Vargas, 2023).

#### IV. Naturaleza jurídica del delito contra la indemnidad y libertad sexual

De acuerdo a la Defensoría del Pueblo (2023), los padres y madres de familia sostienen que la mayor conexión al ciberespacio ha ido acompañada de mayores riesgos hacia la indemnidad y la libertad sexuales de los menores de edad. Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) a pesar que han representado siempre desarrollo y ventajas para la sociedad, también han generado un desafío constante frente a los riesgos y peligros que pueden surgir de su mal uso.

En el Convenio sobre La Ciberdelincuencia Budapest (2001), tenemos lo siguiente:

*Artículo 9.- Delitos relacionados con la pornografía infantil.*

1. *Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno la comisión deliberada e ilegítima de los siguientes actos: a) la producción de pornografía infantil con la intención de difundirla a través de un sistema informático; b) la oferta o la puesta a disposición de pornografía infantil a través de un sistema informático; c) la difusión o la transmisión de pornografía infantil a través de un sistema informático; d) la adquisición, para uno mismo o para otros, de pornografía infantil a través de un sistema informático; e) la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en dispositivo de almacenamiento de datos informáticos .*

**Tabla 2**

*Ciberdelitos contra la indemnidad y la libertad sexuales en la legislación penal peruana.*

BIEN JURÍDICO	CIBERDELITO	ARTÍCULO
	Proposiciones a niñas, niños y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos	Ley de Delitos Informáticos, artículo 5
Contra los datos y los sistemas informáticos	Acoso sexual	Código Penal, artículo 176-B
	Chantaj sexual	Código Penal, artículo 176-C
	Formas agravadas de violación de la libertad sexual	Código Penal, artículo 177
	Pornografía infantil	Código Penal, artículo 183-A

Fuente: Elaboración propia mediante ley N° 30096 y Código Penal del Perú

En relación al ciberdelito contra la indemnización y la libertad sexual, los verbos autoritativos son aquellos que establecen contacto o comunicación

con menores a través de internet. La acción típica que se toma es interceptar intencional e ilegalmente datos informáticos (Villanueva, 2023)

De acuerdo a lo mencionado en el párrafo 1 del Convenio sobre La Ciberdelincuencia Budapest (2001), se entiende por pornografía infantil todo material pornográfico que tenga la imagen de: un menor, una persona que parezca menor o cualquier imagen realista que represente a un menor, adoptando un comportamiento sexualmente explícito.

De acuerdo a Valdera (2018) se define como ciberacoso o Grooming a la intención sexual realizada por un adulto a través del internet o de medios tecnológicos, con la finalidad de ganarse la confianza de los niños o adolescentes, y que estos envíen imágenes de índole, sexual, para que este adulto se satisfaga sexualmente, pudiendo concertar un encuentro físico y posteriormente abusar de estos menores de edad.

#### **4.1. Bien jurídico protegido**

La protección regulada en el artículo 5, de la Ley N° 30096, se orienta a tutelar la indemnidad y libertad sexual de niños, niñas y adolescentes, por lo que, estando al objeto de la ley, debe entenderse que estos entran a llenar el contenido de lo expresado en “otros bienes jurídicos de relevancia penal”. Por este motivo, la necesidad y merecimiento de pena se habilitará cuando se menoscabe la indemnidad y libertad sexual de niños, niñas y adolescentes a través de las formas previstas en el artículo 5 de la referida Ley, lo cual se refiere a que el autor del delito utilice el internet u otros medios análogos para contactar con los menores con el propósito de pedir u obtener material pornográfico o para concertar una cita con la finalidad de sostener relaciones sexuales. (Valdera, 2018). En resumen, el bien jurídico se trata de la libertad sexual, la que es la base sobre la cual se estructura todo el derecho penal sexual.

#### **4.2. Tipicidad objetiva del delito contra la indemnidad y libertad sexual**

Sujeto activo: Este puede ser cualquier persona, es decir es quien contacta con un menor de 14 años a efectos de solicitarle u obtener material pornográfico o para llevar a cabo actividades sexuales o con un menor entre 14 a 18 años.

Sujeto pasivo: El sujeto pasivo son los menores de edad, esto están comprendidos como los menores de 14 años a quienes producto del delito se les vulnera la indemnidad sexual y también están comprendidos los como sujeto pasivo los menores de edad entre 14 y menor de 18 años.

Conducta típica: En este tipo de delito, se requiere la comisión por parte del sujeto activo una serie de comportamientos que ejecutan el accionar delictivo, las cuales son:

- a. El que (sujeto activo) a través de internet u otro medio análogo contacta con un menor de 14 años (sujeto pasivo) para solicitar u obtener de él material pornográfico.
- b. El que (sujeto activo) a través de internet u otro medio análogo contacta con un menor de 14 años (sujeto pasivo) para llevar a cabo actividades sexuales.
- c. El que (sujeto activo) a través de internet u otro medio análogo contacta con una persona entre 14 y menor a 18 años (sujeto pasivo) y medie engaño, para solicitar u obtener de él material pornográfico o para llevar actividades sexuales con él.

Cabe mencionar que, en los 3 comportamientos anteriores, se indica el contactar a través de internet por medio de cualquier tipo de tecnología de la información y la comunicación (TIC)

#### **4.3. Tipicidad subjetiva de los delitos contra la indemnidad y libertad sexual**

En este delito es netamente doloso, es decir para la violación de la indemnidad y libertad sexual por medios tecnológicos, el autor tiene plena conciencia de que va a realizar una acción que va a provocar un perjuicio a otra persona. Cuando el autor del hecho punible actúa con dolo, quiere cometer ese delito a sabiendas del daño que va a causar. Por lo que el agente o sujeto activo tiene que tener la intención dolosa y estar dispuesto a realizar las acciones típicas del delito.

#### **4.4. Otros delitos facilitados por la tecnología en el Código Penal Defensoría del Pueblo (2023)**

Además de los cibercrimes tipificados en la Ley de Delitos Informáticos, el Código Penal prevé y sanciona delitos facilitados por el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, que constituyen el *modus operandi* de los delincuentes. Entre estos, se pueden identificar los siguientes:

- a. Cibercrimes contra la indemnidad y la libertad sexuales, que comprenden el acoso sexual, el chantaje sexual y las formas agravadas de los delitos de violación de la libertad sexual.
  - El acoso sexual, incorporado en el artículo 176-B del Código Penal por el Decreto Legislativo N° 1410, publicado el 2 de setiembre del 2018. Una de sus modalidades se comete valiéndose de las tecnologías de la información y las comunicaciones para vigilar, perseguir, hostigar, asediar o buscar establecer contacto o cercanía con una persona, sin el consentimiento de esta, para llevar a cabo actos de connotación sexual. Se agrava cuando la

víctima es adulta mayor, se encuentra en estado de gestación o tiene discapacidad; la víctima y el autor tienen o han tenido relación de pareja, son o han sido cónyuges o convivientes, o tienen vínculo parental hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; la víctima habita en el mismo domicilio que el agente o comparten espacios comunes en la misma propiedad; la víctima se encuentra en estado de dependencia o subordinación respecto del autor; la conducta se realiza en una relación laboral, educativa o formativa de la víctima; o cuando la víctima es adolescente entre 14 y 17 años de edad.

- El chantaje sexual, conocido como sextorsión, también fue incorporado en el artículo 176-C del Código Penal por el Decreto Legislativo N° 1410. Este delito consiste en amenazar o intimidar a una persona por cualquier medio, incluyendo las tecnologías de la información y las comunicaciones, para obtener de ella una conducta o acto de connotación sexual. Se agrava si para su ejecución el autor amenaza a la víctima con la difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual en los que esta aparece o participa.
  - La Ley N° 30838, publicada el 4 de agosto del 2018, modificó el artículo 177<sup>o</sup> del Código Penal para considerar como formas agravadas de los delitos sexuales –violación sexual, violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, violación de persona en incapacidad de resistencia, violación de persona bajo autoridad o vigilancia, violación sexual mediante engaño, actos contra el pudor y tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento– cuando el autor registre estas conductas con cualquier medio visual, auditivo o audiovisual, o las transmita mediante tecnologías de la información y las comunicaciones.
- b. Ciberdelitos contra la intimidad y el secreto de las comunicaciones, que comprenden los delitos de violación de la intimidad; la difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual; la organización y el uso indebido de archivos computarizados; la posesión o comercialización de equipos destinados a la interceptación telefónica o similares; y la interferencia de comunicaciones electrónicas, de mensajería instantánea y similares.
- La violación de la intimidad de la vida personal o familiar (artículo 154<sup>o</sup>), que se comete observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de

instrumentos, procesos técnicos u otros medios, o revelando la intimidad conocida de la manera antes prevista. Este delito se agrava por el uso de algún medio de comunicación social o si el autor actúa como funcionario o servidor público en el ejercicio del cargo y, más aún, si accede a la información a partir de la aplicación de la localización o geolocalización.

- El sexting no consentido, incorporado en el artículo 154-B del Código Penal por el mencionado Decreto Legislativo N° 1410 de setiembre del 2018. Una de las formas agravadas de este delito consiste en la difusión, revelación, publicación, cesión o comercialización sin autorización de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual de cualquier persona, que se obtuvieron con su anuencia, utilizando redes sociales o cualquier otro medio de difusión masiva.
- La organización y el uso indebido de archivos computarizados (artículo 157º), que se realiza cuando alguien indebidamente organiza, proporciona o emplea cualquier archivo que tenga datos referentes a las convicciones políticas o religiosas, y otros aspectos de la vida íntima de una o más personas. Este delito se agrava cuando el autor es funcionario o servidor público, y comete el delito en el ejercicio del cargo.

## **V. Naturaleza jurídica del delito informático contra el patrimonio**

Se consideran delitos informáticos contra el patrimonio, aquellos comportamientos delictivos conducentes a burlar los procedimientos de seguridad, por medio del anagrama de ingreso, daño o destrucción a la base información o datos y aplicativos, etc., siendo materia de estudio hacia la propiedad, en los modos de sabotaje, estafa, fraude y hurto.

El fraude informático integra el grupo de delitos que afectan intereses patrimoniales ajenos, cuestión que lo acerca claramente a los delitos contra la propiedad, regulados en el Capítulo 5, artículo 8 de la Ley N° 30096. Como se dijo, tal afectación, unida a la frecuencia de su comisión, explica que el fraude informático se haya convertido en la figura central de la criminalidad informática, actualmente muy relacionada con el comercio electrónico y las transferencias de fondos en línea a tal grado que, durante la pandemia del Coronavirus, se consideró a los cibercrimes la otra pandemia que avanzó en silencio, debido a las cifras de fraudes que tuvieron un incremento del 59% durante los 6 primeros meses de la pandemia en 2020 (Flores, 2020)

Delgado (2022) describe esta modalidad de infracción informática como el ingreso ilícito a los datos o algún bien inmaterial o material, violando

las políticas de garantía de los sistemas informáticos, redes y dispositivos electrónicos con la finalidad de beneficio ilegal utilizando actos engañosos.

**Tabla 3**  
*Ciberdelitos contra el patrimonio en la legislación penal peruana.*

BIEN JURÍDICO	CIBERDELITO	ARTÍCULO
Contra el patrimonio	Fraude informático	Ley de Delitos Informáticos, artículo 8
	Formas agravadas de estafa	Código Penal, artículo 196-A, numeral 5

Fuente: Elaboración propia mediante ley N° 30096 y Código Penal del Perú

El artículo 8 de la “ley de delitos informáticos” tipifica una sola modalidad de delitos informáticos contra el patrimonio, al cual se rotula con el *nomen iuris* de “fraude informático”:

El que deliberada e ilegítimamente procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero mediante el diseño, introducción, alteración, borrado, supresión, clonación de datos informáticos o cualquier interferencia o manipulación en el funcionamiento de un sistema informático, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años y con sesenta a ciento veinte días-multa (Art 8 modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 30171, publicada el 10 marzo 2014)

Espinoza (2023) considera que se debería agregar a ese artículo un agravante como el incluido para cuando se afecte el patrimonio del Estado destinado a fines asistenciales o programas de apoyo social. Refiere que también debería incluirse una pena mayor si los agraviados son mayores de 60 años de edad, personas discapacitadas, de escasos recursos económicos, contra fondos de pensiones de jubilación o cuentas alimenticias de menores.

### 5.1. Bien jurídico protegido

Como en todos los delitos informáticos, existen varios bienes jurídicos afectados pero el principal en este tipo de ciberdelito es el patrimonio, el cual se trata de dinero electrónico que es desplazado desde la cuenta o tarjeta del agraviado y es transferido a cuentas de terceros desde donde será retirado o transferido a la cuenta de los ciberdelincuentes.

### 5.2. Tipicidad objetiva del delito informático contra el patrimonio

La ley tipifica el denominado “fraude informático”, que en su materialidad reclama que el agente, a través de las tecnologías de la información o de la comunicación, procure para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, mediante el diseño, introducción, alteración, borrado, supresión,

clonación de datos informáticos o manipulación en el funcionamiento de un sistema informático.

**Sujeto activo:** El sujeto activo es genérico, el tipo no exige condición y/o cualidad específica. La persona que entra a una cuenta bancaria mediante la manipulación de los mecanismos de seguridad como clave, o token, o del sistema informático y realiza operaciones de transferencias, pagos y demás, o la persona que con los datos de la tarjeta bancaria realiza compras no autorizadas por el titular. Se debe entender que estas personas, por lo que el sujeto activo también se considera al que presta su cuenta bancaria para que le transfieran el dinero sustraído, el que recoge el dinero sustraído y todas las personas que participan. En este tipo de delito el sujeto activo puede ser un hacker, el trabajador de una entidad bancaria que facilita datos de sus clientes, el trabajador de una empresa de telefonía que repone chips sin autorización, un gamer o hacker amateur que realiza pedidos de comida o ropa con tarjetas bancarias de otros.

**Sujeto pasivo:** Este sujeto también es genérico. Los agraviados de este delito son varios desde personas de la tercera edad, personas que no tienen mucho conocimiento de operaciones bancarias, y hasta abogados, ingenieros, o profesionales de informáticos, es decir cualquier persona tenga conocimientos o no de informática puede ser víctima de del delito de fraude. En cualquier momento, los delincuentes informáticos pueden hacer una transferencia no autorizada o alguna compra sin que tengamos conocimiento de ello. Hay que tener en cuenta que el sujeto pasivo también puede tratarse de una empresa o persona jurídica

**Objeto del delito:** Lo constituyen los sistemas informáticos de los bancos, las cuentas bancarias, las tarjetas de débito o crédito y las claves o token bancarias, las cuales son el blanco de los delincuentes con la finalidad de obtener un provecho ilícito.

**Conducta típica:** Las conductas exigidas por el código penal para este delito son:

- Procura para sí o para otro un provecho ilícito;
- Su conducta es en perjuicio de terceros;
- Lo hace mediante la planificación y elaboración de un plan;
- Introducción de claves;
- Alteración de datos y claves
- Borrado de datos;
- Supresión de datos;

- Clonación de datos informáticos como duplicados de tarjetas
- Manipulación de cuentas o tarjetas

### **5.3. Tipicidad subjetiva del delito informático contra el patrimonio**

El tipo se representa como eminentemente doloso, porque el delincuente informático actúa con intención, a propósito, y de manera planeada. La norma presupone como condición objetiva de punibilidad que el comportamiento intrusista esté orientado a procurar, para sí o para otro, un provecho ilícito en perjuicio de tercero, exigiéndose de esta manera que el comportamiento esté motivado por un especial animus lucrandi, que debe comandar el inicio y desarrollo de la acción (Vizcardo, 2014)

### **5.4. Nuevos tipos de fraude**

Debido a que las conductas en el cibercrimen son fronterizas en la actualidad no existen instrumentos eficaces para que los Estados acoten prácticas delictivas vinculadas a la nueva realidad tecnológica, por este motivo, cada vez más los cibercriminales se ingenian para crear maneras de realizar sus actuaciones fraudulentas (Camargo et al., 2023). Entre las modalidades de fraude informático, se tienen las siguientes:

#### **Prishing**

Termino en ingles que alude a pescar. Este cibercrimen está “diseñado para usurpar la identidad de una persona pasiva y que consiste en la obtención de información como: números de tarjetas de crédito, contraseñas, información de cuentas u otros datos personales mediante engaño. Por ejemplo: cuando se recibe un correo electrónico o una ventana emergente y la víctima ingresa su nombre o información personal, y así, a los delincuentes les resulta más fácil obtener nuestros datos (Nazario y Villanueva, 2022)

#### **Vishing**

Esta es una modalidad de phishing en donde la víctima es contactada por medio de una llamada telefónica en donde el delincuente se hace pasar por agente del banco o vendedor de pólizas de seguros. Lo que busca el delincuente es acceder o conocer datos relevantes de la víctima (Carriedo, 2022)

#### **Smishing**

El smishing es una variante de phishing, pero mediante mensajes de texto (SMS). El delincuente envía enlaces adulterados a sus víctimas con la finalidad de asumir la figura de una entidad pública o privada para que sea la misma víctima quien brinde sus datos personales bajo engaño (Flores, 2020)

## **Pharming**

Este delito se configura cuando el delincuente crea y opera una página web falsa, con todas las características de la original, a modo de realizar operaciones normalmente, proporcionando información personal que pueda validar sus operaciones en los canales virtuales dispuestos por el banco, de esta manera el pharming no se lleva a cabo enviando mails en modo masivo, si no que se vulnera la dirección de la web lícita para redirigir a las personas que ingresen hacia otro alojamiento falso pero que aparentemente es el verdadero (Tuesta, 2022).

## **Clonación de tarjetas**

*El delito se comete utilizando un lector electrónico de banda magnética (Skimmer) por medio del cual algunos empleados deshonestos de restaurantes, gasolineras y otros establecimientos extraen datos de tarjetas de crédito. Luego se copian en una computadora portátil o PC y finalmente se copia a otra tarjeta clonada que contiene los mismos datos personales que la tarjeta original. Por ejemplo: cuando se realiza una compra mediante entrega delivery y utiliza un punto de venta (POS) modificado para extraer los datos de la tarjeta de crédito, los delincuentes clonarán dicha tarjeta y realizarán compras en línea o mediante otros canales digitales (Flores, 2020)*

## **5.5. Propuesta de regulación del fraude informático en actual trámite parlamentario**

La firma de abogados CPB refiere que, el Grupo Parlamentario Perú Libre presentó el Proyecto de Ley N°3251/2022-CR, con la finalidad de regular la responsabilidad que tienen las empresas del Sistema Financiero en los fraudes informáticos cometidos a sus clientes mediante operaciones activas y pasivas fraudulentas, y de esta manera establecer las acciones a cumplir para resolver los problemas y el tiempo para hacerlo. De esta manera, mediante este proyecto de ley, se busca proteger y garantizar las operaciones activas y pasivas de los clientes y usuarios del sistema financiero, para reducir el perjuicio económico que estos actos producen en el ciudadano y salvaguardar la reputación crediticia de la empresa.

Las medidas adoptadas son: la obligación de devolver los importes y/o anular las operaciones no autorizadas reportadas por los usuarios de las entidades financieras, en cualquier caso y a más tardar al día hábil siguiente de reportado el incidente. Solamente, si la empresa tiene pruebas para dudar de la veracidad del reporte, deberá informarlo por escrito a la brevedad tanto al usuario como a la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, adjuntando las pruebas que sostienen su decisión, así como la prueba de que en esa operación se activaron todos los mecanismos de verificación que

demuestren que dicha operación fue correctamente realizada (Congreso de la República, 2022).

## **VI. Propuesta**

Partiendo del hecho de que la Constitución Política de Perú establece los derechos a la dignidad humana, y considerando que la tecnología informática está presente en todos los ámbitos de la sociedad, desde el entorno laboral, social, familiar, educativo, salud, bancario entre otros, es necesario que se realice una revisión a las leyes que regulan el uso de dicha tecnología y los mecanismos que permitan imputar los delitos cibernéticos; pues, así como la tecnología ha influido en el crecimiento y rendimiento de los recursos económicos y académicos, también se ha convertido en una fuente útil para aquellos que se dedican a desarrollar plataformas delictivas especializados en la estafa y suplantación de identidad.

A dichas acciones se les ha tipificado con la denominación de delitos informáticos, para lo cual, los países a nivel mundial decidieron establecer las leyes de delitos en esta área en sus respectivos países. En el caso de Perú, la Ley de Delitos Informáticos, la cual en palabras de Morales (2016), requiere ser estudiada a profundidad por poseer varias críticas que van desde la ausencia de medidas de prevención en cuanto a los delitos cometidos contra datos y sistemas informáticos, delitos informáticos contra la indemnidad y libertad sexual hasta los delitos informáticos contra la intimidad y el secreto de las comunicaciones, los cuales considera de muchas formas llenas de vacíos.

En este sentido en la Figura 2 se ofrecen algunas propuestas.

Figura 2

*Propuesta como respuesta ante las víctimas de delitos informáticos*

Hacer mayor énfasis en la persecución del delito.

Aplicar sanciones más radicales de manera que se generen precedentes importantes en cuanto a la efectividad de la legislación en materia de delitos informáticos.

Adiestrar, capacitar y mantener a los profesionales del área en los diferentes delitos informáticos existentes.

Activar mecanismos con un política penal orientada a la protección y educación a la sociedad en cuanto a las formas de ciberdelitos existentes.

Consolidar acciones cooperativas entre los diferentes países, con el fin de buscar soluciones más efectivas frente al ciberdelito.

Solicitar ayuda internacional para optimizar y luchar en contra de los crímenes informáticos; sobre todo, aquellos que atentan los sistemas e información digital y la libertad e identidad sexual, así como aquellos crímenes que van en contra del secreto comunicacional y la identidad.

### **6.1. Consecuencias de la implementación de la propuesta**

La implementación de una propuesta enfocada en combatir o dar respuesta a las víctimas de delitos informáticos, genera con consecuencia la inversión que el Estado de hacer en la preparación y capacitación de personas encargado de investigar los delitos y demostrar el hecho. Todo ello como consecuencia de que el ciberdelito es un agravante que se manera a través de los medios tecnológicos y que requiere una normativa más eficiente que la regule. En opinión de Chipana (2023), la influencia conducida por el tratamiento de los delitos informáticos en el país es relativa aun cuando hoy día se cuenta con el apoyo de la comunidad internacional a través del Convenio de Budapest, la cual permite establecer lazos de ayuda mutua entre países de Latinoamérica y del mundo que se encuentran dentro de dicho convenio.

Otra de las consecuencia obedece a la implementación de políticas de seguridad más estrictas, las cuales, son un poco complicadas de desarrollar considerando que existe un alto nivel de uso de las fuentes informáticas, donde las personas no toman en cuenta las consecuencias de brindar información confidencial a desconocidos en las redes, adicionalmente, el desinterés de muchos en entender que no todo lo que circula por las redes es confiable, lo cual se convierte en una oportunidad para los ciberdelinquentes.

### **6.2. Beneficios que aporta la propuesta**

Dentro de los beneficios que aporta lo que se propone en este estudio, se pueden mencionar los siguientes:

Incremento de la bioseguridad en todos los niveles sociales, laborales y empresariales, incluyendo a los organismos nacionales.

Se requiere capacitar a los individuos para que estos conozcan que hacer y a dónde acudir si son víctimas de crímenes cibernéticos, así como evitar serlos.

Incorporar nuevos modus operandi en la Ley de Delitos Informáticos a fin de actuar de forma más eficiente y efectiva contra tales situaciones.

## **VII. Conclusiones**

La tecnología informática surge con las primeras computadoras a nivel mundial, con el paso de los años la tecnología comenzó a sufrir grandes innovaciones que involucraron la evolución de los celulares y computadoras, posteriormente nace el internet convirtiéndose en una red informática mundial, el cual tuvo un impacto positivo por cuanto permitió que todos los países del mundo se conectaran. Seguidamente nacen las redes sociales mediante las cuales las personas, organizaciones, ministerios y países mantienen conexiones importantes; unos con fines recreativos, de comunicación y otros con fines comerciales.

Pero con el nacimiento de estos medios, nacen también aquellos que, especializándose en la materia tecnológica deciden dedicarse al delito. Estos delitos iniciaron con los robos de datos de tarjetas de crédito y débito, que en algunos países denominaron clonación de tarjetas, delito penalizado en el artículo 8 de la Ley de Delitos Informáticos de Perú.

Sin embargo, para efectos de este estudio, se indagó de tres delitos fundamentales que se deben conocer: crímenes que atentan en contra el sistema y la información digital, crímenes informáticos que atentan contra la libertad identidad sexual y aquellos en contra del secreto comunicacional y la intimidad. Cada uno de ellos posee su pena en la Ley correspondiente, y a través de las indagaciones se observa que cada país contempla en sus respectivas leyes las penas a cumplir por delito cometido, sin embargo, existen vacíos jurídicos, así como desconocimiento de la población sobre cómo actuar cuando sufre algún tipo de daño cibernético.

Es una realidad, que esta problemática va en alarmante crecimiento, pues el acceso a los medios informáticos es cada vez más extenso y los mismos son cada año más novedoso que el año anterior; es decir, cada año la tecnología evoluciona y con ello la destreza de los ciberdelincuentes. Nada más en el Perú durante el año 2017 muchas instituciones se vieron afectadas por los famosos programas ransomware, los cuales son códigos que al ser descargados en los equipos inician un ataque que involucra el secuestro de información y bloqueo del equipo, evitando que el usuario pueda manipularlo.

En consecuencia, es importante que, a medida que evoluciona el delito cibernético también evolucionen las leyes, o en su defecto, se le adiciones artículos que traten de forma específica los delitos inmersos dentro de los tipos ya presentes en las mismas.

## Referencias

- Acosta, M., Benavides, M., García, N. (2020). Cybercrime: Impunity organizational and its complexity in the business of the world. *Revista Venezolana de Gerencia* 25 (89). ISSN: 1315-9984. <https://www.redalyc.org/journal/290/29062641023/29062641023.pdf>
- Alarcón, L. (2023). Robos digitales: las millonarias multas a los bancos por consumos no reconocidos. *Ojo Público*. <https://ojo-publico.com/4559/las-millonarias-multas-los-bancos-por-consumos-no-reconocidos>
- Aredo, L. (2021). *El phishing y su vulneración a la protección de datos personales en los delitos informáticos*. Tesis de Grado. Universidad Cesar Vallejo. [https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/80920/Aredo\\_LLA-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/80920/Aredo_LLA-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Camargo, Z. R. L., Gálvez, E. I. T., Rodríguez, E. L. O., & Camargo, J. L. (2023). Evasión tributaria y su incidencia en la recaudación del impuesto a la renta en Perú. *Revista de ciencias sociales*, 29(7), 420-432. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9034448>

- Chávez, E. (2018). *El delito contra datos y sistemas informáticos en el derecho fundamental a la intimidad personal en la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, 2017*. Tesis de Doctorado. Universidad Nacional Federico Villarreal. <https://repositorio.unfv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.13084/2704/CHAVEZ%20RODRIGUEZ%20ELIAS%20GILBERTO%20-%20DOCTORADO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Chipana, E. y Rivera B. (2023). *Análisis jurídico de la regulación del ciberacoso en la Ley de delitos informáticos, Perú-2022*. Tesis de Grado. Universidad Cesar Vallejo. <https://hdl.handle.net/20.500.12692/127894>
- Carriedo, L. (2022). *Delitos informáticos frente a estándares de derechos humanos y libertad de expresión en México*. Tesis de Maestría. Centro de Investigación e Innovación en Tecnologías de la Información y Comunicación. [https://infotec.repositorioinstitucional.mx/jspui/bitstream/1027/518/1/SOLUCIONESTRATEGICA\\_LMCT.pdf](https://infotec.repositorioinstitucional.mx/jspui/bitstream/1027/518/1/SOLUCIONESTRATEGICA_LMCT.pdf)
- Contreras, S. (2024). Los delitos informáticos en el Código Penal. Dexia Abogados. <https://www.dexiaabogados.com/blog/delitos-informaticos/>
- Convenio sobre La Ciberdelincuencia Budapest. (2001). [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/09/Convenio-sobre-la-Ciberdelincuencia-Legis.pe\\_.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/09/Convenio-sobre-la-Ciberdelincuencia-Legis.pe_.pdf)
- Defensoría del Pueblo. (2023). La ciberdelincuencia en el Perú: Estrategias y retos del Estado. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2023/05/INFORME-DEF-001-2023-DP-ADHPD-Ciberdelincuencia.pdf>
- Delgado Benites, F. J. (2022). El tratamiento penal de los delitos informáticos contra el patrimonio de las personas naturales y jurídicas en la Corte Superior de Justicia del Santa-Chimote. [Tesis de Licenciatura: Universidad Señor del Sipán]. Repositorio de Universidad Señor del Sipán. <https://repositorio.uss.edu.pe/handle/20.500.12802/10400>
- Díaz, M. O., & Rangel, P. E. S. (2020). Desafíos nacionales frente a la ciberseguridad en el escenario global: un análisis para Colombia. *Revista criminalidad*, 62(2), 199-217. <https://revistacriminalidad.policia.gov.co:8000/index.php/revcriminalidad/article/download/168/258>
- El Comercio (2023). ¿Cómo será la ciudad inteligente que quiere construir Bill Gates?. [25 de noviembre de 2023]. <https://elcomercio.pe/tecnologia/actualidad/como-sera-la-ciudad-inteligente-que-quiere-construir-bill-gates-noticia/>
- Elías, R. (2022). **La evolución del cibercrimen en el Perú. De hurtos telemáticos a ataques contra sistemas informáticos**. En *Cibercriminalidad y delitos informáticos. Aspectos sustantivos, probatorios y jurisprudenciales. Protección penal de la información y sistemas informáticos*. (pp. 40 - 85). LIMA. Instituto Pacífico. Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/issue/view/1312>
- Elías, R. (2023). El delito de hacking o acceso ilícito a sistemas informáticos. THEMIS Revista De Derecho, (83), 413-433. <https://doi.org/10.18800/themis.202301.023>
- Espinoza, M. (2022). *Mitigación de vulnerabilidades informáticas utilizando un firewall de software libre con Pfsense en las empresas de revisiones técnicas de la ciudad de Tacna en el año 2021*. Tesis de grado. Universidad Privada de Tacna. <https://repositorio.upt.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12969/2575/Espinoza-Peche-Maximo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Flores, J. (2020). Los ciberdelitos: la otra pandemia que avanzó en silencio en el Perú, [18 de abril del 2020]. <https://pagina3.pe/tecnologia/los-ciberdelitos-la-otra-pandemia-que-avanzo-en-silencio-en-el-peru/>
- Flores, J. (2023) Delitos a través de plataformas virtuales. ¿Vinculación necesaria a los tipos penales previstos en la Ley de Delitos Informáticos? En *Cibercriminalidad y delitos informáticos. Aspectos sustantivos, probatorios y jurisprudenciales. Protección penal de la información y sistemas informáticos*. (pp. 40 - 85). LIMA. Instituto Pacífico. Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/issue/view/1312>

- Guerrero, E. (2020). Efectos de la pandemia de COVID-19 sobre la adopción de las TIC en el Perú. *Ius Inkarrí*, 9(9), 491-523. <http://revistas.urp.edu.pe/index.php/Inkarrí/article/view/3697>
- Huayca, H. (2022). *Propuesta modificatoria de artículos 8 y 9 de Ley 30096 ante incremento de Delitos Informáticos*. Tesis de Grado, Universidad Cesar Vallejo. [https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/116339/Huayca\\_JHG-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/116339/Huayca_JHG-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Indacochea, J. F. (2022). *La eficiencia administrativa y su incidencia en la liquidez de la microempresa jipi chifle en la ciudad de Jipijapa*. [Tesis de licenciatura: Universidad Estatal del Sur de Manabí]. Repositorio de la Universidad Estatal del Sur de Manabí. <https://repositorio.unesum.edu.ec/bitstream/53000/3409/1/TESIS-%20JULEISY%20FERNANDA%20INDACOCHEA%20FIGUEROA.pdf>
- Laboy, L., Steiner, A. I. R., & Suárez, W. F. (2021). La violencia digital como amenaza a un ambiente laboral seguro. In *Forum Empresarial* (Vol. 26, No. 1, pp. 99-107). Centro de Investigaciones Comerciales e Iniciativas Académicas. <https://www.redalyc.org/journal/631/63169773004/63169773004.pdf>
- Ley N° 29904, Ley de promoción de la banda ancha y construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica. (15 de abril de 2015). <https://www.osiptel.gob.pe/media/py5js1qy/ds014-2013-mtc.pdf>
- Ley N° 30096, Ley de Delitos Informáticos (5 de diciembre de 2013). [https://www.policia.gob.pe/pnp/archivos/portal/doc/9885doc\\_24.pdf](https://www.policia.gob.pe/pnp/archivos/portal/doc/9885doc_24.pdf)
- Ley N° 30838, Ley que modifica el código penal y el código de ejecución penal para fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. (4 de agosto de 2018). <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/1677448-1>
- La cámara (2024). Inseguridad ciudadana en el Perú: cifras impactantes y soluciones urgentes. [18 de febrero del 2024] <https://lacamara.pe/inseguridad-ciudadana-en-el-peru-cifras-impactantes-y-soluciones-urgentes/>
- Martínez, R., Palma, A. y Velásquez A. (2020). Revolución tecnológica e inclusión social. Reflexiones sobre desafíos y oportunidades para la política social en América Latina. CEPAL. [https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/45901/S2000401\\_es.pdf](https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/45901/S2000401_es.pdf)
- Morales, D. (2016). La inseguridad al utilizar los servicios de redes sociales y la problemática judicial para regular los delitos informáticos en el Perú-2015. Universidad Señor de Sipán. <https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/10002/Nazario%20Delgado%20Nora%20%26%20Villanueva%20Sanchez%20Lucia.pdf?sequence=6&isAllowed=y>
- Nazario, N. y Villanueva L. (2022). *Fraude informático en la modalidad de Phishing y la necesaria actualización de la legislación para una eficiente persecución y sanción penal*. Tesis de Grado. Universidad Señor del Sipán. <https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/10002/Nazario%20Delgado%20Nora%20%26%20Villanueva%20Sanchez%20Lucia.pdf?sequence=6&isAllowed=y>
- Ocupa, B. (2023). *Aplicación del convenio Budapest y delitos informáticos en el Perú, 2022*. [Tesis de Maestría] Universidad Cesar Vallejo. [https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/119930/Ocupa\\_SBS-SD.pdf?sequence=5&isAllowed=y](https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/119930/Ocupa_SBS-SD.pdf?sequence=5&isAllowed=y)
- Presidencia de la República del Perú- (1984). Decreto legislativo 295 de 1984. Código Civil. Diario oficial el Peruano del 25 de julio de 1984. [https://spijlibre.minjus.gob.pe/content/publicaciones\\_oficiales/img/Codigo-Civil.pdf](https://spijlibre.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/Codigo-Civil.pdf)

- Presidencia de la República del Perú. (2018). Decreto legislativo 1410 de 2018. Decreto legislativo que incorpora el delito de acoso, acoso sexual, chantaje sexual y difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual al código penal, y modifica el procedimiento de sanción del hostigamiento sexual. <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/1690482-3>
- Proyecto de Ley N° 5630/2020-CR. Ley de Seguridad Informática y Represión de los Delitos Informáticos. <https://www.osiptel.gob.pe/media/bdidmioz/pl-5630-2020-cr.pdf>
- Reglamento de Neutralidad de Red N° 165-2016-CD/OSIPEL, modificado por la Resolución de Consejo Directivo N.° 003-2023-CD/ OSIPEL. (9 de enero de 2023). <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/2142044-1>
- Reyna Alfaro, L. M. (2001). Reflexiones sobre el contenido del bien jurídico-penal y la protección de los bienes jurídicos colectivos. *Revista jurídica del Perú*, 51(18), 187-200.
- Rodríguez, F. R. (2023). *Delitos informáticos-1ra edición*. Ecoe Ediciones.
- Tavora, M. (2022). Vigilancia e investigación policial en el ciberespacio aspectos procesales del ciberpatrullaje. [Tesis de Doctorado]. Universidad de Sevilla. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/dctes?codigo=309409>
- Tuesta Estela, R. C. (2022). Fraude informático y su impacto en los derechos fundamentales de la persona en el Cercado de Lima-2022. [Tesis de Pregrado: Universidad Norbert Wiener]. Repositorio Universidad Norbert Wiener. <https://repositorio.uwiener.edu.pe/handle/20.500.13053/8054>
- Universidad Nacional de la Rioja (2022). Tipos de delitos informáticos y legislación aplicable. *La universidad en internet* (28 de noviembre de 2022). <https://www.unir.net/derecho/revista/tipos-delitos-informaticos>
- Valdera, J. (2018). El protocolo de investigación, denuncia y juzgamiento del grooming. [Tesis de Maestría: Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo]. Repositorio de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. <http://repositorio.unprg.edu.pe/handle/20.500.12893/7903>
- Vargas, M. (2023). Atentado a la Integridad de datos informáticos. (Artículo 3 de la Ley de Delitos Informáticos). En *Cibercriminalidad y delitos informáticos. Aspectos sustantivos, probatorios y jurisprudenciales. Protección penal de la información y sistemas informáticos.* (pp. 40 - 85). LIMA. Instituto Pacífico. Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/issue/view/1312>
- Velarde, C. (2023). Prevención de los ciberdelitos. Algunas reflexiones desde casos ocurridos en el Perú. *Revista Iberoamericana de Derecho Informático* (13) 133-148. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9265282>
- Villanueva, J. (2023). Ley de delitos Informáticos N° 30096 y su influencia en La Población de Chiclayo en tiempos de Covid-19. Tesis de Grado. Universidad Señor del Sipán <https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/10627/Villanueva%20Calderon%20Juan%20Amilcar.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=Tipicidad%20Objetiva%20de%20los%20Delitos,producto%20de%20una%20causalidad%20simple>
- Vizcardo, S. J. H. (2014). Tipificación de los Delitos Informáticos Patrimoniales en la nueva ley de Delitos Informáticos N 30096. *Alma máter segunda época*, (1), 69-80. <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/alma/article/view/11870>

## INVESTIGACIONES NACIONALES

# La cuestión social en las plataformas digitales: a propósito de una huelga de streamers en Twitch

## The class struggle on digital platforms: about a streamers' strike on Twitch

Luis Alberto Quintana García

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

<https://orcid.org/0000-0002-2808-6892>

[luisalberto.quintana@unmsm.edu.pe](mailto:luisalberto.quintana@unmsm.edu.pe)

Presentado: 25/03/2024 - Aceptado: 02/12/2024 - Publicación: 31/12/2024

### Resumen

En el presente artículo se analiza críticamente la cuestión social y la huelga a la luz de los conflictos surgidos en las plataformas, teniendo en cuenta la huelga desarrollada por los *streamers* en la plataforma *Twitch*. Para ello, se empieza conceptualizando el contenido de la cuestión social y el papel de la huelga como acción de la clase trabajadora para cambiar sus condiciones materiales de existencia con miras a explicarlos en los conflictos en las plataformas digitales. Posteriormente, se examina la huelga de los *streamers* suscitada en *Twitch* explicando: 1) los antecedentes y dimensión, 2) organización, demandas y acción colectiva, 3) finalización de la lucha y 4) el impacto en los espectadores; con dichos elementos, se tiene como objetivo establecer algunas lecciones y coincidencias cíclicas que permitan comprender cómo la cuestión social en nuestra época se virtualiza así como la dimensión de su impacto en las relaciones laborales.

**Palabras clave:** Cuestión Social, Plataformas digitales, Huelga, Streamers, Twitch.

### Abstract

This article critically analyzes the social issue and the strike in light of the conflicts that have arisen on the platforms, taking into account the strike carried out by streamers on the Twitch platform. For this, it begins by conceptualizing the content of the social question and the role of the strike as an action of the working class to change their material conditions of existence with a view to explaining them in the conflicts on digital platforms. Subsequently, the streamers' strike on Twitch is examined, explaining: 1) the background and dimension, 2) organization, lawsuits and collective action, 3) ending the fight and 4) the impact on viewers; With these elements, the objective is to establish some lessons and cyclical coincidences that allow us to understand how the social question in our time is virtualized as well as the dimension of its impact on labor relations.

**Keywords:** Class struggle, Digital platforms, Strike, Streamers, Twitch.

---

## I. Introducción

La dimensión del conflicto en el ciberespacio se ha venido expresando en los intereses geopolíticos divergentes entre los países que son potencia mundial (EEUU, China y Rusia), lo cual abarca diversas áreas, tales como la tecnología digital, nanotecnología, biotecnología, robótica, inteligencia artificial, entre otros ámbitos; esta situación ha determinado la existencia del conflicto entre el derecho a la privacidad de miles de usuarios y la seguridad nacional (con sus intereses geopolíticos respectivos) impulsada, principalmente, por las multimedias y redes sociales monopólicas de EEUU, lo que trae como perspectiva la necesidad de una soberanía cibernética y la existencia de medios plurales en el marco de un mundo multipolar (Jalife-Rahme, 2019).

Así, existen empresas tecnológicas, como *Google, Amazon, Facebook, Apple y Microsoft*, identificadas con las siglas: GAFAM, de origen estadounidense; también están sus homólogas chinas: *Baidu, Alibaba, Tencent y Xiaomi*, cuyas siglas son: BATX; por otro lado, están en ascenso otras empresas conocidas como *Netflix, Airbnb, Tesla y Uber*, identificadas como NATU (Sebastiá, 13 de octubre del 2020).

De estas compañías, se deben destacar las diversas plataformas y aplicativos que sirven de medios informativos y comunicativos tales como Facebook, Twitter, Twitch, YouTube, WhatsApp, Telegram, entre otros; donde se desenvuelven actividades económicas a través de los creadores de contenidos, la publicidad, los auspicios, etc.

En el ámbito de las relaciones laborales de las plataformas digitales, se han ido expresando una multiplicada de conflictos a partir de la interacción de usuarios, creadores de contenido, empleados y dueños de dichas plataformas; donde, estos últimos son los monopolios tecnológicos

que controlan un tipo de modelo de negocio tercerizado que desarrolla, principalmente, actividades de servicios; mientras que el resto son actores que, conforme a su posición en el modelo de negocios digital, participan en el desenvolvimiento de los servicios que ofrece la plataforma.

Uno de los conflictos que trae lecciones para el Derecho del Trabajo, fue el ocurrido en la plataforma digital de transmisión de videos denominada *Twitch* (perteneciente a la empresa *Amazon*), donde las personas que realizan aquellas transmisiones en directo o *streamers* ejercieron una medida de presión ante dicha plataforma debido a los mensajes de odio que recibieron, ya que perjudicaba el desarrollo de sus labores.

Esta situación se puede equiparar a aquellas acciones espontáneas que los trabajadores ejecutan contra la empresa por la falta de garantías para ejercer sus actividades; y dado lo novísimo de las plataformas digitales para nuestra época, también resulta similar a las acciones de lucha de los trabajadores que se dieron en los albores del movimiento sindical, donde la lucha de clases o cuestión social se manifestó como el eje central de las primeras huelgas, las cuales tuvieron como objetivo el mejoramiento de las condiciones de trabajo.

Por ello, el presente artículo, en primer lugar, examina la cuestión social y su vinculación con la huelga, desarrollando el marco teórico de las acciones de los trabajadores en un proceso de lucha relacionándolo con los creadores de contenido de las plataformas digitales. Posteriormente se realiza un estudio crítico de la huelga de los *streamers* en *Twitch*, a través de: 1) la revisión de sus antecedentes y dimensión del conflicto; 2) organización, demandas y acción colectiva, 3) la finalización de la lucha y 4) el impacto en los espectadores; para finalmente, establecer las lecciones y coincidencia que permita comprender el papel de la huelga como una acción común ante la explotación económica y social capitalista a la que se encuentran expuestos todo tipo de trabajador, donde se incluyen los *streamers* con sus particularidades.

De esta forma se busca comprender los fenómenos actuales a la luz de los conceptos que se muestran cíclicos ante la explotación capitalista, la cual adopta particularidades en la acción de los trabajadores, que como los *streamers*, van adquiriendo progresivamente conciencia de su situación precaria para organizarse sindicalmente y exigir mejores condiciones de trabajo.

## II. La cuestión social y la huelga

La cuestión social es un término que designa una situación de miseria económica y social de la clase trabajadora, la cual, ha tenido su equiparación con la lucha de clases, ya que a través de esta, el enfrentamiento entre los

dueños del capital y los trabajadores (no sólo por su posición en la producción sino por sus acciones) ha generado la modificación o mantenimiento de la situación de explotación de la fuerza de trabajo.

Según Rendón (2007), la cuestión social tiene el siguiente significado:

Desde inicios del siglo XIX, en Francia se denominaba «cuestión social» a la situación de miseria extremada, desempleo permanente, carencia de protección legal e inferioridad política de la clase obrera y al estado de beligerancia social suscitado por la resistencia de esta clase. Esta expresión se extendió para designar a los problemas sociales cuyos antagonistas son, en general, las clases trabajadoras, que con sus familias constituyen la mayor parte de la población. Su contexto es la estructura económica capitalista (p. 5).

La situación de explotación a la que los trabajadores son sometidos, no es una característica particular de la clase trabajadora de los siglos pasados, sino un aspecto común que subyace a la fuerza de trabajo en la estructura económica capitalista, donde se van generando conflictos a partir de la relación capital-trabajo o Estado-trabajo.

Así, en nuestra época, la explotación económica y social capitalista se expresa, entre otras formas, en los riesgos psicosociales como factores que generan un impacto a la salud de los trabajadores por falta de condiciones de trabajo adecuadas (v.g. contratos laborales precarios), ante lo cual, los creadores de contenidos de las plataformas digitales pueden encontrarse expuestos al tecnoestrés, el burnout, el bullying cibernético, mensajes de odio, entre otros factores y, en consecuencia, verse afectados en el normal desarrollo de sus labores.

Esta situación ha generado, incluso que los empleados de los monopolios tecnológicos como *Google*, en noviembre del 2018 realicen una huelga por el inadecuado manejo de las acusaciones de conductas sexuales, lo que incluso originó que dichos trabajadores se organicen en un sindicato para garantizar –además de sus condiciones laborales–, la igualdad en el trabajo y el cumplimiento de principios éticos en dicha empresa tecnológica (Bhuiyan, 7 de noviembre del 2019; Gispert, 5 de enero del 2021).

En esta dinámica, la acción principal que permite conquistar mejores condiciones de trabajo es la huelga, debido al daño que este puede originar a la rentabilidad del capital, por ello, resulta importante comprenderla tanto es sus aspectos generales como en sus particularidades en relación con los creadores de contenido de las plataformas digitales.

En ese sentido, se define la huelga como la paralización colectiva del trabajo o proceso productivo, con el objetivo de ejercer presión al empleador (sea este capitalista o el Estado) para restituir, mejorar o crear un derecho y/o beneficio social, con o sin ausencia del lugar de trabajo (Rendón, 2014, 279-281; Romero, 2022, 240-243).

Esto último es necesario resaltarlo ya que la huelga no puede ser limitada a un mero retiro del centro de labores, pues su dimensión práctica desborda su regulación, que muchas veces parte del prejuicio antisindical para limitarla a un tipo de huelga<sup>1</sup>.

En las plataformas digitales, la huelga también resulta factible, en la medida de que existe una relación de necesidad económica entre los creadores de contenido y las empresas tecnológicas, pues, estas últimas requieren desplegar sus anuncios publicitarios a las comunidades de usuarios, seguidores, espectadores, etc.; inclusive, dado que fijan metas en relación con las reproducciones y visualizaciones (base de referencia del pago a los creadores de contenido), no podrían generar obstáculos al desarrollo de las actividades de los creadores de contenido, ya que estas son la fuente de rentabilidad de su capital tecnológico.

Por ello, el desarrollo normal de las actividades de los creadores de contenido es una condición fundamental para el inicio de la rentabilidad del capital tecnológico; ante lo cual, una acción colectiva que paralice las actividades de dichos creadores puede tener un efecto económico negativo en el modelo de negocios de la plataforma digital; así como también, consecuencias sociales que se expresan en denuncias masivas y reemplazo por el uso de otras empresas tecnológicas, similar al desprestigio originado a causa de un producto defectuoso y cuya denuncia ha sido viralizada por redes.

Es así que, la cuestión social no es ajena a los creadores de contenido, expresándose en el impacto sobre sus condiciones de trabajo, de tal forma que, la reacción a dicho estado de precariedad se expresa mediante acciones colectivas que –como la huelga–, permiten afectar económica y socialmente a los dueños del capital tecnológico y conquistar mejores condiciones laborales.

### III. Huelga de *streamers* en Twitch

Twitch es una plataforma que permite a cualquier persona, previo registro, realizar transmisiones en vivo relacionadas, fundamentalmente, con el entretenimiento, por ejemplo, la transmisión de videojuegos de cualquier tipo, charlas con los usuarios sobre diversos temas, etc.; cumpliendo una función social de recreación o diversión a través de la cual, cualquier persona que acceda a dicha plataforma y elija un canal, puede

visualizar (o consumir) el contenido generado por los transmisores de video en directo o *streamers*.

En dicha plataforma existen diversos actores, los cuales son: los *streamers*, usuarios, espectadores, suscriptores, seguidores, moderadores, el dueño de la plataforma, entre otros; a partir de lo cual interactúan unos en relación con otros, donde puede surgir un conflicto que debe ser resuelto por los dueños de la empresa tecnológica.

Teniendo en cuenta dichos elementos, ahora se analizará la huelga ejercida por los *streamers* en Twitch.

### 3.1. Antecedentes y dimensión del conflicto

La huelga se realizó por los *streamers* de Twitch duró 1 día y se ejecutó el 1 de septiembre del 2021. Tuvo como antecedentes la ausencia de acciones por parte de *Twitch* ante la proliferación de mensajes de odio contra los *streamers*.

Ante la nula acción de *Twitch*, los *streamers* buscaron difundir dicha problemática en *Twitter* a través del *hashtag*: #TwitchDoBetter, que traducido –desde el punto de vista de un reclamo laboral–, significa: #¡Twitchhagaalgomásefectivo!. En efecto, el mensaje era claro: ante las medidas de ataque en el ciberespacio a los *streamers* con mensajes denigrantes que los discriminaban, humillaban y amenazaban de muerte a razón de aspectos raciales, sexuales, etc., se exigía que *Twitch* adoptara alguna medida que permitiera tener un ambiente laboral adecuado.

Dichos mensajes alteraban y ejercían presión psicológica contra los *streamers*, pues, se veían obligados a destinar tiempo adicional para eliminar dichos mensajes masivos, ya que estos generaban interacciones falsas y un aumento artificial de las visualizaciones y/o reproducciones del canal (base de pago de los *streamers*); caso contrario recibían por parte de *Twitch* una sanción de suspensión temporal o definitiva de su cuenta.

Esta situación debe homologarse a las consecuencias surgidas por el *acoso* y *moobing* laboral, los que representan una situación de vulnerabilidad en el que cualquier trabajador resulta gravemente afectado en su dignidad y que puede forzarlo a renunciar.

A ello se debe añadir que dichos mensajes son de carácter anónimo y, en consecuencia, con un alto grado de dificultad para identificar y realizar acciones penales contra dichos individuos que crean, inducen y controlan programas informáticos que efectúan automáticamente determinadas tareas (*bots*), usuarios anónimos que publican mensajes ofensivos (*troles*) o cuentas que usurpan el nombre del canal del creador de contenido y le remiten mensajes de odio (*raids* de odio).

La afectación a los *streamers* se agrava cuando se advierte que su labor tiene como eje principal la interacción virtual, pues, este representa el *único medio* por el cual se llega a los consumidores, seguidores, usuarios, etc. y estos pueden interrelacionarse con aquellos. Entonces, los mensajes de odio tienen un impacto devastador en el ambiente en el que se desenvuelve la actividad de los *streamers*.

### 3.2. Organización, demandas y acción colectiva

A consecuencia de todos estos antecedentes y ante la falta de adopción de medidas por Twitch, se buscó difundir por Twitter el *hashtag*: #ADayOffTwitch, lo cual significa: #UndíadeapagóndelTwitch; así, el sentido del llamado a la acción colectiva era claro: que los *streamers* cesen por un día sus actividades de entretenimiento, con lo cual, se daba un preaviso a la empresa Twitch a fin de que atienda sus demandas.

Sus reclamos estaban ligados, principalmente, a la protección efectiva ante las acciones que realizaran grupos de odio contra los *streamers* a fin de obtener un ambiente de trabajo seguro y saludable. Esto, desde un punto de vista de la lucha de los trabajadores, representa, un pliego de reclamos ante la empresa a fin de que solucione los conflictos en el centro de trabajo.

El conflicto colectivo expresaba así, una relación de subordinación muy particular, donde los *streamers* reconocen, implícitamente, como dueño de la empresa tecnológica a Twitch y el único capaz –por su control de los medios tecnológicos–, de resolver el conflicto suscitado en el ciberespacio.

Figura 1

#ADayOffTwitch: huelga contra los raids de odio y la falta de control en la plataforma



01 septiembre 2021

Este canal se une a

# #ADayOffTwitch

para posicionarse contra las raids de odio y su falta de control por parte de Twitch

Para que la plataforma

- Lleve a cabo un debate público con los creadores afectados para desarrollar e implementar nuevas (y más proactivas) herramientas que permitan combatir el abuso en la plataforma.
- Implemente inmediatamente opciones de protección, permitiendo a los creadores limitar la actividad de cuentas su edad o permitir/denegar raids entrantes.
- Elimine la posibilidad de enlazar más de tres cuentas de Twitch a una sola cuenta de mail. Actualmente, cualquiera puede usar un sólo mail para registrar un número de cuentas ilimitado.
- Sea más transparente en las acciones llevadas a cabo para proteger a los creadores, el tiempo de implementación de estas herramientas y su implicación en el Twitch Safety Advisory Council

#TwitchDoBetter | #ADayOffTwitch | #SubOffTwitch

Traducido desde Reddit

Fuente: Twitter a partir del *hashtag*: #ADayOffTwitch

Estas demandas no fueron óbice para que, desde el punto de vista de otros *streamers*, se reivindicara demandas adicionales tales como: i) apoyo a los canales con pocos suscriptores, ii) endurecer la penalización a los canales cuyo contenido sea sexual, iii) distribución justa en el pago por suscripción, entre otros. (ElRichMC, 1 de septiembre del 2021); las cuales, representan algunos atisbos de la conciencia de ciertos *streamers* sobre diversos temas relacionados a sus condiciones de trabajo.

Por otro lado, también existió una actuación anti-DayOffTwitch, por ejemplo, el caso del conocido *streamer* llamado Rubius, quien, en su transmisión en vivo, recibió la crítica de los usuarios y espectadores, quienes le cuestionaron, su accionar individualista de no sumarse a la huelga; también se destacó la participación, entre otros, de Auronplay, Ibai, etc.; en otros casos, algunos *streamers* reconocidos de Twitch como DrLupo y TimTheTatman se retiraron de dicha plataforma para ser parte de YouTube (Días, 2 de septiembre del 2021).

La crítica realizada por los usuarios y espectadores a los *streamers* que no acataron la medida de lucha, se asemeja a la de los piquetes de huelga, quienes se movilizan para hacer efectiva la huelga; asimismo, el actuar contra la paralización convocada por algunos de los *streamers*, fue idéntica a la de un trabajador amarillo que con su no acatamiento, resta de eficacia a la medida.

Además, determinados usuarios, espectadores, suscriptores y seguidores compartieron las publicaciones (*post*) del llamamiento de las huelga e increparon a la plataforma digital por su falta de solución; en este ámbito también existió una base de apoyo similar a la que se manifiesta en las luchas sociales cuando tiene un alcance neurálgico para la economía de un país.

### 3.3. Finalización de la lucha

Ante todos estos conflictos y reivindicaciones –según informaron diversos *streamers* en diversos *post* (publicación) de Twitter–, Twitch notificó a los *streamers* mediante un mensaje electrónico personal, reconociendo la situación conflictiva generada por los “*bots*, los *raids* hostiles y el acoso a creadores marginados”, comprometiéndose a la adopción de medidas e implementación de herramientas para frenar “el odio, el acoso y los ataques dirigidos” (Nõõrm, 9 de septiembre del 2021; Javiphobic, 9 de septiembre del 2021).

De esta manera, Twitch manejó la solución de los conflictos a través de mecanismos individualistas que buscaron evitar la formación de representantes u organizaciones articuladas de *streamers*.

Este conflicto sirvió de estímulo para que, posteriormente, existieran iniciativas de organización de los trabajadores digitales de YouTube, Instagram, TikTok y otras plataformas, como ha sido el caso de la propuesta de la Unión General de Trabajadoras y Trabajadores (UGT), que impulsó la Red de Creadores de contenido en España (UGT, 22 de noviembre del 2021).

### 3.4. Impacto en los espectadores

El contenido que generan los *streamers* es consumido por los espectadores o *viewers*, quienes, con sus visualizaciones o reproducciones, permiten crear una red de interacciones a partir de las relaciones formadas por usuarios, suscriptores, anunciantes, auspiciadores, donadores, etc.; lo cual representa el aspecto principal de rentabilidad del modelo de negocios de las plataformas digitales. Por ello, la evaluación de los espectadores permite tener un indicador válido para evaluar el impacto de la huelga.

Ahora bien, el día de la huelga, 1 de septiembre del 2021, a las 23:01 horas, el número de espectadores en habla hispana bajó en -47%, a diferencia de los espectadores en habla inglesa, cuya audiencia bajó en -24%, donde se supone se dio el origen del movimiento #ADayOffTwitch (Ginyin, 1 de septiembre del 2021).

De esto se observa que la unidad en la lucha, fundamentalmente, estuvo representada por los *streamers* de habla hispana, a diferencia de los de habla inglesa, donde tuvo origen el conflicto.

A la finalización del día, al observar *twitch tracker*<sup>2</sup>, que es una página de datos y estadísticas de Twitch, se pudo verificar los efectos de la huelga. Así, se tuvo que, globalmente, para el 31 de septiembre del 2021, el máximo de espectadores en Twitch fue 4 517 023 y al día siguiente (día de la huelga) fue de 3 530 067, lo que representó una disminución de casi 22% de la audiencia, impactando en la cantidad de consumidores del contenido de dichas plataformas y afectando el proceso de rentabilidad generada a través de la compra y venta de mercancías, publicidad, monetización, donaciones, etc. que se desenvuelve en torno al contenido elaborado por los *streamers*.

## IV. Lecciones y coincidencias cíclicas en la lucha

De manera general, una de las lecciones que nos deja este proceso es que la lucha de clases se ha virtualizado pero adopta nuevas formas, en los que, los trabajadores, retornan a sus formas clásicas para luchar: establecer demandas, solidaridad de clase, el llamamiento a la lucha, realizar acciones conjuntas, paralizar colectivamente, lucha interna entre trabajadores amarillos vs consecuentes, bases de apoyo social, etc. todo lo cual viene adoptando las formas que las plataformas digitales imponen.

Lo que se advierte también, es el grado primario del proceso de lucha, que, analizado en su conjunto, nos muestra un sector de la vida económica: entretenimiento, que inicia en la escena de la vida sindical con muchas dificultades, dada su novísima formulación y la concepción ideológica que carga, cuyo trabajador se encuentra en un ambiente altamente atomizado e individualista que lo aleja de los cuestionamientos de la vida política y económica real de la sociedad.

Ello se entiende porque, el sector de entretenimiento, que en algunos casos, expresa la banalización, y en otros, la frivolidad, cumple una función en la sociedad, la cual, tiende, en el contexto actual del capitalismo mundial, a promover e insertar el facilismo, fragmentarismo e inmediatez en la conducta de los *streamers*, usuarios, espectadores, suscriptores, seguidores, moderadores, entre otros.

El límite advertido en todo este proceso de lucha ha sido su falta de centralización y el establecimiento de representantes; lo cual se explica por el grado de espontaneidad de la convocatoria colectiva realizada vía hashtag en Twitter. Esta forma de llamado también nos advierte de la falta de organización y claridad en la lucha sindical, por lo que la huelga tampoco cuestionó la relación de explotación ni la estructura económica capitalista monopolizadora de las plataformas digitales.

Adicional a ello, se advirtió que Twitch manejó la solución del conflicto a través de mecanismos individualistas al remitirlos a los *streamers* una respuesta masiva a sus correos personales, con lo que evitaron instalar una mesa de diálogo o trabajo con los representantes de los *streamers*, manteniéndolos en su esfera inmediatez, atomizada y pasiva de acción.

La actuación de los *streamers* en todo este proceso de lucha, genera un horizonte prometedor si es que se fortalece su accionar organizado, se promueve su articulación y se eleva la conciencia social de su actuar para reivindicar otras demandas necesarias para mejorar sus condiciones de trabajo; todo lo cual, llevaría a una mejora, inevitable, del ambiente en el que interactúan usuarios, espectadores, suscriptores, seguidores, moderadores, entre otros.

## V. Conclusiones

La cuestión social expresa una situación de precariedad permanente de la fuerza de trabajo en la estructura económica capitalista, la cual es un aspecto común en la clase trabajadora; sin embargo, dicha generalidad se expresa con matices particulares en la situación de los creadores de contenidos de las plataformas digitales, ya que estos pueden sufrir tecnoestrés, burnout, bullying cibernético, mensajes de odio, entre otros factores.

A partir de dicha situación, los creadores de contenidos pueden exigir mejores condiciones ante los dueños de las plataformas digitales, en el que se destaca la huelga como un mecanismo por excelencia para conquistar derechos sociales que permitan el mejoramiento de sus condiciones de trabajo.

La huelga que se realizó por los *streamers* de Twitch fue de un día y se ejecutó el 1 de septiembre del 2021. Tuvo como antecedentes la ausencia de acciones por Twitch ante la proliferación de mensajes de odio contra determinados *streamers*.

El uso de Twitter para realizar el llamamiento bajo el hashtag: #ADayOffTwitch, permitió que diversos *streamers* se aplegaran a la medida de lucha y se generara una afectación económica y social a Twitch mediante la disminución de los espectadores. Esto también se visualizó en la lucha interna entre los *streamers* así como en los usuarios, espectadores, suscriptores, seguidores y/o moderadores.

La virtualización de la lucha de clases se ha expresado por un lado, en las reivindicaciones exigidas por los *streamers* a Twitch para el mejoramiento de sus condiciones de trabajo y el ambiente en el que interactúan usuarios, espectadores, suscriptores, seguidores, moderadores, entre otros; y por otro, en el manejo del conflicto por Twitter mediante mecanismos individualistas y de atomización para evitar que dicha lucha origine un cuestionamiento a su control económico y social sobre la plataforma digital.

Las lecciones que se obtienen de todo este proceso es que, dado la novísima forma de lucha en las plataformas así como la falta de concientización para comprender la necesidad de la organización, ha originado limitantes en la lucha de los *streamers*.

Por ello surge la necesidad de fortalecer el accionar organizado, su articulación y la elevación de conciencia social de su actuar para reivindicar otras demandas económicas y sociales futuras que permitan el mejoramiento de las condiciones de trabajo así como un ambiente laboral saludable a favor de los *streamers*.

## Referencias

- Bhuiyan, J. (7 de noviembre del 2019), *La huelga en Google: qué exigieron los manifestantes, y qué obtuvieron un año después*. Recuperado de: <https://www.latimes.com/espanol/eeuu/articulo/2019-11-07/la-huelga-en-google-que-exigieron-los-manifestantes-y-que-obtuvieron-un-ano-despues>
- Días, C. (2 de septiembre del 2021), *Así afectó la huelga de Twitch a las audiencias: ¿Un punto de inflexión?*. Recuperado de: [https://esports.as.com/industria/afecto-huelga-Twitch-audiencias-inflexion\\_0\\_1497750213.html](https://esports.as.com/industria/afecto-huelga-Twitch-audiencias-inflexion_0_1497750213.html)
- ElRichMC (1 de septiembre del 2021), *Esta es mi opinión sobre #ADayOffTwitch* [Tuit]. Recuperado de: <https://twitter.com/ElRichMC/status/1433044890963828739/photo/1>

- Gispert, B. (5 de enero del 2021), *Los empleados de Google crean su primer sindicato*. Recuperado de: <https://www.lavanguardia.com/economia/20210105/6166776/empleados-google-crean-primer-sindicato.html>
- Ginyin (1 de septiembre del 2021), -24% en habla inglesa y -47% en habla hispana en el día #ADayOffTwitch [Tuit]. Recuperado de: <https://twitter.com/GGinyin/status/1433173252038438916>
- Grayson, N. (11 de agosto del 2021), Marginalized streamers beg Twitch to 'do better' in wake of hate raids, poor pay. Recuperado de: <https://www.washingtonpost.com/video-games/2021/08/11/twitch-do-better-hate-raids/>
- Grayson, N. (25 de agosto del 2021), Twitch hate raids are more than just a Twitch problem, and they're only getting worse. Recuperado de: <https://www.washingtonpost.com/video-games/2021/08/25/twitch-hate-raids-streamers-discord-cybersecurity/>
- Jalife-Rahme, A. (2019), *La invisible cárcel cibernética*. Google/Apple/Facebook/Amazon/Twitter (GAFAT). México: Orfila Valentini.
- Javiphobic (9 de septiembre del 2021), *La "huelga #ADayOffTwitch no pretendía cambiar el mundo, si no hacernos oír y parece que ha funcionado, al menos lo suficiente como para que Twitch vea necesario enviar esto* [Tuit]. Recuperado de: <https://twitter.com/javiphobic/status/1435993556188073987/photo/1>
- Nõorm (9 de septiembre del 2021), *"La huelga de #ADayOffTwitch no sirvió de nada" iros a estudiar niños* [Tuit]. Recuperado de: <https://twitter.com/KyroSaysBleh/status/1435902825352019973>
- Rendón Vásquez, J. (2007), *Derecho del trabajo, Teoría General I* (2da. ed.), Perú: Editorial Grijley.
- Rendón Vásquez, J. (2014), *Derecho del Trabajo Colectivo, Relaciones Colectivas en la Actividad Privada* (8va. ed.). Perú: Editorial Grijley.
- Romero Montes, F. J. (2022), *El Derecho Colectivo del Trabajo*. Perú: Editorial Iustitia.
- Sebastiá, I. (13 de octubre del 2020), *¿Qué son las empresas GAFAM?*. Recuperado el 11 de septiembre del 2021 de: <https://elordenmundial.com/que-son-las-empresas-gafam-google-amazon-facebook-apple-microsoft/>
- Twitch (s.f.) *Cómo actuar ante el uso de bots de visualización y las interacciones falsas*. <https://help.twitch.tv/s/article/how-to-handle-view-follow-bots?language=es>
- UGT (22 de noviembre del 2021), *UGT impulsa la primera "Red de creadores de contenido" de redes sociales en España*. Recuperado el 18 de marzo del 2022 de: <https://www.ugt.es/ugt-impulsa-la-primera-red-de-creadores-de-contenido-de-redes-sociales-en-espana>

## Notas al final

1 En nuestro país, el art. 72 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR (5/10/2003) ha definido la huelga como "suspensión colectiva del trabajo acordada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores, con abandono del centro de trabajo", asimismo, en su art. 81 señala explícitamente que no están amparadas "las modalidades irregulares, tales como paralización intempestiva, paralización de zonas o secciones neurálgicas de la empresa, trabajo a desgano, a ritmo lento o a reglamento, reducción deliberada del rendimiento o cualquier paralización en la que los trabajadores permanezcan en el centro de trabajo y la obstrucción del ingreso al centro de trabajo"; todo lo cual denota una concepción arcaica y restrictiva del derecho a la huelga, pues lo limita a un mero abandono del centro del trabajo.

2 Disponible en: <https://twitchtracker.com/statistics/viewers>

## INVESTIGACIONES NACIONALES

# ¿Inocente o culpable? Alcances de la relación paradójica entre la Presunción de Inocencia y la Prisión Preventiva

## Innocent or guilty? Scope of the paradoxical relationship between the presumption of innocence and preventive prison

*Pamela Giulianna Pérez Raymundo*

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

<https://orcid.org/0009-0004-4329-1423>

[pamela.perez3@unmsm.edu.pe](mailto:pamela.perez3@unmsm.edu.pe)

Presentado: 30/10/2024 - Aceptado: 02/12/2024 - Publicación: 31/12/2024

### Resumen

El presente artículo de investigación tiene por objetivo analizar en qué medida los mandatos de Prisión Preventiva podrían llegar a trasgredir los límites de la investigación que representa la institución del Principio de la Presunción de Inocencia del investigado, a quien se le impone esta medida. Para ello, se realiza una revisión de la literatura en las bases de datos de Scielo y Alicia; encontrándose una población de 33 trabajos de investigación y artículos de los cuales, luego de aplicar los criterios de inclusión y exclusión, se seleccionan 23 (entre tesis y artículos propiamente dichos), los cuales son analizados y permiten arribar al preocupante resultado de la escasa consideración, tratamiento y análisis del Principio de Presunción de Inocencia del investigado en las Resoluciones Judiciales que le imponen la Prisión Preventiva dentro de un proceso, dejándolo así expuesto a la desproporcional y desmesurada aplicación de medidas coercitivas en su contra, vulnerando así otros principios reconocidos no solo por la norma procesal penal, sino también protegidos por la Constitución Política del Perú, incumpliendo los presupuestos requeridos para la imposición de esta medida de carácter excepcional.

**Palabras clave:** Prisión Preventiva, Resoluciones Judiciales, Presunción de Inocencia, Presupuestos de la Prisión Preventiva, Principio de Proporcionalidad Penal.

### Abstract

The objective of this research article is to analyze to what extent the Preventive Prison mandates could go beyond the limits of the investigation represented by the institution of the Principle of the Presumption of Innocence of the investigated person, to whom this measure is imposed. For this, a literature review is carried out in the databases of Scielo and Alicia; finding a population of 33 research papers and articles of which, after applying the inclusion and exclusion criteria, 23 are selected (between theses and articles themselves), which are analyzed. And they allow arriving at the worrying result of the scant consideration, treatment and analysis of the Principle of Presumption of Innocence of the investigated in the Judicial Resolutions that impose Preventive Prison within a process, thus leaving him exposed to the disproportionate and excessive application of coercive measures in against it and thus violating other principles recognized not only by the criminal procedural norm, but also protected by the Political Constitution of Peru, failing to comply with the requirements required for the imposition of this exceptional measure.

**Keywords:** Preventive Prison, Court Resolutions, Presumption of Innocence, Preventive Prison Budgets, Principle of Criminal Proportionality.

---

## I. Introducción

La ciudadanía es amenazada y violentada a diario a través de la comisión de diversos delitos que se cometen en contra de ella, exigiendo que los operadores del Derecho pongan en práctica la aplicación de modo drástico y ejemplificador del *ius puniendi* (sanción). Entonces el Estado, a través del Derecho Penal (última ratio), debe sancionar toda conducta que atente contra su tranquilidad. Pero por otro lado, tiene el deber de respetar y hacer respetar a cada persona que es detenida, investigada y/o procesada penalmente, a quienes se le deberán considerar como inocentes hasta que no exista una sentencia condenatoria que resuelva lo contrario.

Esto último hace referencia a la Presunción de Inocencia de toda persona que se encuentre bajo investigación o inmerso en un proceso penal, la cual se encuentra regulada en el artículo 2, inciso 24 de la Constitución Política del Perú, por el cual toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad penal en la comisión del delito por el cual se le procese.

En esta línea, es importante, enmarcarnos en una de las principales consecuencias que acarrearía un proceso penal en curso: La privación de la libertad del procesado, ya sea durante el proceso penal propiamente dicho, o como resultado de una sentencia condenatoria que ponga fin a dicho proceso. Esta libertad personal se traduce como un derecho fundamental del ser humano, el cual no es absoluto *iuris tantum*, toda vez que se encuentra sujeto a regulación y puede ser restringido por la ley o limitado por bienes

o valores constitucionales. Las limitaciones que puede imponérsele pueden ser intrínsecos, si se deducen de la naturaleza y configuración del derecho en cuestión; y extrínsecos, si provienen del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes valores o derechos constitucionales.

Respecto a los límites extrínsecos del derecho a la libertad personal del procesado, estos representan, para el sistema penal peruano, un enfrentamiento y constante tensión entre la protección de los derechos del procesado y los intereses de la comunidad respecto a condenar a los culpables de la comisión de delitos, lo cual es exigido por la sociedad de forma inmediata y es recientemente “resuelta” por los órganos jurisdiccionales con la imposición de medidas coercitivas como la Prisión Preventiva, la cual está siendo equívocamente traducida para la comunidad como una “condena anticipada” y, en su plano aplicativo, está representando una amenaza latente contra la Presunción de Inocencia, siendo instrumentalizada en muchas ocasiones para efectuar una investigación que sea catalogada como “eficaz” ante los reflectores de la sociedad y los diversos medios de comunicación; e inclusive procurando evitar una investigación por parte del órgano de control del ente persecutor de la acción penal y órganos jurisdiccionales (hoy, Junta Nacional de Justicia).

De esta manera, hoy en día, la Prisión Preventiva se ha convertido en uno de lo más controversiales tópicos a tratar en el Derecho Procesal Penal. En consecuencia, el contexto del tema central del presente artículo consiste en el análisis de la medida en que, en los últimos años, los mandatos de Prisión Preventiva podrían llegar a trasgredir ciertos límites en la investigación, como el establecido por el Principio de la Presunción de Inocencia del investigado, contra quien finalmente es impuesta esta medida coercitiva.

La importancia del presente trabajo se justifica en el estudio y análisis de trabajos precedentes cuidadosamente seleccionados, a fin de evidenciar que, efectivamente, las Resoluciones Judiciales que dictan mandatos de Prisión Preventiva, en una importante mayoría de procesos penales en la actualidad, estarían reflejando una relación paradójica, adoptada en la praxis, entre esta medida y la Presunción de Inocencia, dejándonos expuestos a la interrogante constante de si, hoy en día, ya se sabe al investigado inocente o culpable incluso antes de emitirse la sentencia correspondiente; representando un serio problema que amerita atención inmediata por parte de los operadores de justicia tras generar un escenario de incertidumbre para todo aquel que sea procesado penalmente.

## II. Marco teórico:

### 2.1. Sobre la presunción de inocencia como derecho del investigado:

Para dar inicio con el presente estudio, es menester definir claramente lo que es la Presunción de Inocencia, en concreto, el cual implica un derecho del que mucho se ha discutido, pero poco se ha estudiado a profundidad y de manera independiente a otro tópico, lo cual se desprende de la escasa literatura encontrada al respecto para la elaboración del presente artículo.

En este sentido, de la revisión de los estudios previos, tenemos como fundamental antecedente la obra de Nogueira (2010) titulada “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”, en la cual define a la Presunción de Inocencia, en líneas generales, como el derecho que tienen todas las personas a que se considere *a priori* como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiriera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso.

Partiendo de esto, también hace referencia a que el Principio de Presunción de Inocencia tiene como uno de sus pilares la previsión de los juicios condenatorios anticipados en contra del investigado inmerso en un proceso penal, exigiendo (de una forma u otra) la determinación de la responsabilidad del acusado a través de una sentencia fundada, congruente y firme, la cual vaya acorde a las fuentes del derecho vigentes. Tomando en cuenta todo ello, podríamos establecer, entonces, que este principio busca evitar juicios antelados de culpabilidad, protegiendo al investigado (como ser humano revestido de todos los derechos que lo amparan como tal según la Corte Interamericana de los Derechos Humanos) ante cualquier vulneración de sus derechos fundamentales (especialmente de su Derecho a la Libertad) durante el proceso penal al cual enfrente, hasta que este culmine con una sentencia condenatoria firme.

Por otro lado, tenemos la postura peculiar pero muy relevante respecto a la Presunción de Inocencia, que considero importante abordar, dentro de la investigación que realiza Mendoza (2015, p. 28) en la cual señala que: “(...) la inocencia del imputado dentro del proceso penal no es un derecho (una facultad) porque el procesado no la habilita ni la ejerce en función de su voluntad (...)”, con lo que podemos afirmar que se ha tomado equívocamente valedero el aforismo “toda persona se presume inocente hasta que no se demuestre lo contrario”, dado que toda persona no se presume inocente, sino que **es inocente**, durante todo el proceso y solo una sentencia condenatoria firme dictada en su contra lo desprende de esta condición.

## 2.2. Sobre la prisión preventiva como medida de coerción procesal:

Al respecto, y como bien señala Sedeillan (2012, pp. 141 -142) en su estudio “Las razones de la amplia procedencia de la prisión preventiva a fines del siglo XIX: Una mirada a través del análisis de la administración judicial en la provincia de Buenos Aires (1877-1906)”:

Se tiene que la Prisión Preventiva (históricamente) surge tras la identificación y asedio de la tardanza en la resolución definitiva del caso y las limitaciones que fijaron los jueces para condenar, lo que derivó en que la percepción de respuesta probable al delito se concentrara con mayor fuerza en limitar la libertad procesal.

Partiendo de aquel punto, podemos establecer que la Prisión Preventiva resulta ser una medida excepcional de carácter limitativo de libertad que surge a raíz de la demora considerable en la obtención de una sentencia que ponga fin a un proceso penal; la cual restringe de forma prolongada la libertad de una persona que se encuentra siendo investigada y/o procesada por la comisión de un delito. Es de resaltar, además, su naturaleza estrictamente jurisdiccional, toda vez que la Prisión Preventiva resulta ser una medida que únicamente puede ser dictada por un juez, sujeto al cumplimiento de determinados presupuestos establecidos en el cuerpo normativo, de los cuales se centra en analizar con mayor énfasis el presupuesto de Peligro Procesal.

Dicho presupuesto, en virtud de sus peculiares características, resulta ser uno de los criterios que debe ser analizado con mayor minuciosidad y cuidado al momento de dictar mandatos de Prisión Preventiva. Su valoración debe estar sujeta a juicios certeros, válidos, que no dejen lugar a dudas para su posterior cuestionamiento, por lo que se debe analizar bajo las prerrogativas de las normas constitucionales, enfatizando claramente por qué declarar fundado un Requerimiento de Prisión Preventiva, en determinado caso, no estaría contraviniendo la Presunción de Inocencia del investigado.

Situación similar expone Estrada (2019, p. 141) en su investigación titulada “Compatibilidad entre la Prisión Preventiva y la Presunción de Inocencia. Un Enfoque Constitucional y Aplicativo del Principio de Proporcionalidad”, tras la cual se concluye que:

El principio de Presunción de Inocencia y la Prisión Preventiva no se ven confrontados en un aspecto netamente jurídico, pues los fines a los que apunta cada uno son disímiles entre sí; sin embargo, en la realidad material, es innegable que tales principios colisionen entre sí, y es allí específicamente donde encuentra aplicación práctica el Principio de Proporcionalidad, equilibrando el escenario y optimizando alguna de aquellas categorías jurídicas.

Es decir, resalta la importancia del análisis constitucional de la relación existente entre la Presunción de Inocencia y la Prisión Preventiva, relación en la que destaca la importancia del Principio de Proporcionalidad para la determinación de los límites entre uno y otro, dado que el enfrentamiento de estos nace de su aplicación en casos concretos, especialmente al momento de resolver un Requerimiento de Prisión Preventiva.

### **2.3. Sobre el principio de proporcionalidad como equilibrio entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia:**

Al respecto, Castillo (2024) nos acerca a una interpretación constitucional del Principio de Proporcionalidad, precisando que el mismo no se usa para definir la jerarquía entre derechos en un caso particular, sino que se emplea para establecer el alcance constitucional de un derecho fundamental, exigiendo que una acción persiga un fin permitido por la Constitución y que sea eficaz en alcanzar dicho fin, requiriendo que dicha acción sea necesaria y esté en grado máximo posible para lograr su objetivo.

En esta línea, se desprende entonces que el Principio de Proporcionalidad, lejos de representar una contraposición de derechos fundamentales, tiene como principal objetivo garantizar que una medida de coerción personal, en este caso refiriéndonos a la Prisión Preventiva, sea impuesta bajo la premisa de la eficacia, necesidad y represente el mecanismo más idóneo para la salvaguarda de un proceso penal, el cual se definiría como el objetivo de todo Requerimiento primigenio de Prisión Preventiva que, recordemos, tiene su origen en Sede Fiscal.

### **III. Metodología:**

El presente estudio consiste en la revisión de la literatura de la Prisión Preventiva como medida cautelar y la vulneración de la Presunción de Inocencia del investigado, con el fin de responder *¿En qué medida la imposición de la Prisión Preventiva como Medida de Coerción Personal puede vulnerar la Presunción de Inocencia del investigado?*; por lo cual constituye un estudio integrativo, observacional, retrospectivo, secundario, de enfoque cuali-cuantitativo, en tanto que su unidad de análisis son los estudios encontrados que se presentan estadísticamente y también mediante análisis cualitativo. Beltrán (2005).

El método utilizado es básico y analítico, de diseño no experimental, transversal, con nivel descriptivo. La búsqueda de artículos se realizó en las bases de datos de Scielo y Alicia; utilizando las siguientes palabras clave, en español: Prisión Preventiva, Presunción de Inocencia, Presupuestos de la Prisión Preventiva y Principio de Proporcionalidad Penal. La exploración se realizó desde el 17 de mayo del 2024 hasta el 17 de agosto de 2024, haciendo una selección de artículos a partir del año 2005 hasta el 2020.

Esta revisión documental tiene la aspiración de identificar los hallazgos de la realidad en aquellos estudios realizados en los diversos países latinoamericanos, debido a que se comparte similitudes con la realidad peruana.

Del total de 33 artículos registrados (muestra); después de esta revisión minuciosa, considerando los criterios de inclusión y exclusión, se incluyeron artículos de investigaciones tanto empíricas, realizadas especialmente en el Perú y sus departamentos y provincias; como teóricas, realizadas en poblaciones latinoamericanas, siempre que su contenido trate o se relacione con el estado actual de la Presunción de Inocencia en el marco de la Prisión Preventiva impuesta. Esta selección se realizó a través de la lectura de los resúmenes. En referencia a aquellos únicamente que tratan en, fueron seleccionándose finalmente un total de 23 artículos que tienen relación con la Presunción de Inocencia del investigado y su relación con la Prisión Preventiva impuesta como Medida Cautelar en los procesos penales en el Perú.

A continuación, en la tabla 1 se detallan los 23 estudios seleccionados, entre tesis y artículos de investigación propiamente dichos, donde se puede visualizar la base de datos, los autores, título, revista de publicación, año, país y tipo de estudio:

**Tabla 1.**  
*Base de datos bibliográficos*

Item	Base de datos	Autor	Título	Revista de publicación	Año	País	Tipo de estudio
1	Scielo	HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ	Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia.	Ius et Praxis	2005	Chile	Teórico
2	Alicia	NELLY MENDOZA BACA	Análisis jurídico de la motivación del presupuesto de peligro procesal en las resoluciones judiciales de prisión preventiva emitidos por los juzgados de investigación preparatoria de la sede central de la corte superior de justicia de Arequipa 2010-2014	Tesis	2015	Perú	Empírico
3	Scielo	GISELA SEDEILLA	Las razones de la amplia procedencia de la prisión preventiva a fines del siglo XIX. Una mirada a través del análisis de la administración judicial en la provincia de Buenos Aires (1877-1906)	Revista de Historia del Derecho	2012	Argentina	Teórico
4	Alicia	MARIA CECILIA ESTRADA ARAGÓN	Compatibilidad entre la Prisión Preventiva y la Presunción de Inocencia. Un Enfoque Constitucional y Aplicativo del Principio de Proporcionalidad.	Tesis	2019	Perú	Teórico
5	Alicia	RICARDO SANTOS HUANES URBANO	La prisión preventiva como medida de coerción procesal excepcional	Tesis	2018	Perú	Teórico
6	Scielo	JORGE ANTONIO CÉSPEDES BAEZ E HILDA ANABEL CHÁVEZ SALAZAR	El principio de Presunción de Inocencia y la prisión preventiva en el Código Penal de 2004	Tesis	2019	Perú	Teórico
7	Scielo	OTILIA YOLITA PALOMINO CORREA Y AUGUSTO ROLANDO QUEVEDO MIRANDA	La prisión preventiva como instrumento vulnerador del principio constitucional de presunción de inocencia	Tesis	2015	Perú	Teórico
8	Scielo	EZEQUIEL KOSTENWEI	La prisión preventiva en plural.	Revista Direito e Práxis	2017	Argentina	Teórico

Item	Base de datos	Autor	Título	Revista de publicación	Año	País	Tipo de estudio
9	Alicia	PASCUAL CEBERNO DEL ROSARIO CORNEJO	El abuso de la prisión preventiva en la práctica procesal, el derecho a la libertad y la presunción de inocencia.	Tesis	2015	Perú	Teórica
10	Scielo	DANIEL ENRIQUE MORALES QUEVEDO	Excepcionalidad de la prisión preventiva en el distrito Judicial de Piura durante 2017 - 2018	Tesis	2020	Perú	Empírica
11	Alicia	LUIS ALBERTO CAPULLE BLAS, MILTON GABRIEL PALACIOS RUIZ, JUAN CARLOS POLO VELASQUEZ	El peligro de fuga como fundamento de la prisión preventiva, vulnera la presunción de inocencia	Tesis	2015	Perú	Teórica
12	Scielo	SANTOS LEOBEJILDO GUEVARA JARA	La aplicación de la prisión preventiva y la relación en los medios de comunicación del nuevo código procesal penal peruano en el distrito judicial de Lima Sur	Tesis	2019	Perú	Empírica
13	Scielo	MARIA ELENA ORDINOLA RODRIGUEZ	Criterios del juez al evaluar el presupuesto del peligro de fuga para determinar la prisión preventiva en el Distrito Judicial de Lima Norte 2016	Tesis	2017	Perú	Empírico
14	Scielo	JOSÉ LUIS LLANOS RODRIGUEZ	Criterios de la prisión preventiva y el derecho a la libertad ambulatoria en el 27 juzgado penal de lima centro, 2018	Tesis	2019	Perú	Empírico
15	Scielo	LILIANA ZOILA MEDINA YCOCHEA	La medida restrictiva de prisión preventiva y su influencia en la presunción de inocencia de los procesados en el Distrito Judicial de Lima Norte, periodo 2017.	Tesis	2017	Perú	Empírico
16	Scielo	GUILLERMO ZEPEDA LECUONA	Trayectoria del Régimen de aplicación de la prisión preventiva en la Constitución Mexicana de 1917.	Intersticios Sociales	2018	México	Teórico
17	Alicia	FRECIA CRISTEL JUNCHAYA VERA Y MARIA DELIA UBILLUS VARGAS	Criterios sustancialistas y procesalistas en la prisión preventiva y los principios constitucionales, en la Corte Superior de Justicia de Cañete, de enero 2016 a julio 2017	Tesis	2019	Perú	Empírico

Item	Base de datos	Autor	Título	Revista de publicación	Año	País	Tipo de estudio
18	Scielo	EZEQUIEL KOSTENWEIN	Relations between preventive detention and punishment in expectation. The meaning of predictions and precisions	Revista Derecho & Sociedad	2019	Perú	Teórico
19	Scielo	GABRIEL BOMBINI	Comentario a Ezequiel Kostenwein: La cuestión cautelar. El uso de la prisión preventiva desde la sociología de la justicia penal	Delito y Sociedad	2016	Argentina	Teórico
20	Scielo	MIRTHA JULIA RICRA ARZAPALO	El peligro procesal determinante de la prisión preventiva	Tesis	2019	Perú	Teórico
21	Scielo	WILLIAM PACO ANTENOR CASTILLO DÁVILA	La proporcionalidad en la prisión preventiva	Tesis	2018	Perú	Teórico
22	Scielo	DIEGO DEI VECCHI	Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes	Revista de Derecho (Valdivia)	2013	Italia	Teórico
23	Scielo	LUIS CASTILLO CÓRDOVA	El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales	Foro Jurídico	2014	Perú	Teórico

*Nota:* La tabla muestra 23 estudios seleccionados, donde se puede visualizar la base de datos donde se encuentran los autores, los títulos, las revistas de publicaciones, el año, país y tipo de estudio.

#### IV. Discusión:

Del análisis de toda la literatura recabada, aunado a la elaboración minuciosa y precisa de nuestro Marco Teórico, podemos determinar que la Presunción de Inocencia ha sido erróneamente interpretada como un “derecho”, toda vez que los estudios precedentes recabados muestra que su invocación no es considerada como facultativa a favor del investigado dentro de un proceso, sino que, por el contrario, el resultado de su reconocimiento por parte de la Constitución Política del Perú trae consigo, per se, que el investigado **es inocente indudablemente**, y no solo se presume como tal.

En la presente investigación, la Medida de Coerción Personal de Prisión Preventiva se encuentra siendo analizada a partir de la Presunción de Inocencia, como principio, y en qué medida este derecho está siendo tomado en consideración al momento de resolver los pedidos fiscales de imposición de esta medida de coerción procesal, recabándose (o no) en el contenido de la diversidad de Resoluciones Judiciales que dictan los mandatos de prisión preventiva correspondientes, a fin de resolver la interrogante respecto a si es (o no) materia de análisis, mínimamente.

Al respecto, se ha podido determinar que, de todos los presupuestos establecidos para la imposición de una Prisión Preventiva, recabados en el Art. 268º del Código Procesal Penal y la Casación 626-2013-Moquegua, es el Presupuesto de la Proporcionalidad de la medida el de más importante observancia para los fines del presente artículo, basándose este en el Principio de Proporcionalidad Penal, en sentido estricto. Este Principio tiene un carácter esencialmente subjetivo, dado que las condiciones personales que el imputado puede tener para establecer si existe o no peligro procesal varían de una persona a otra, por lo que debe existir un análisis individual en cada caso para poder motivar una resolución judicial que dicte (o no) finalmente un Mandato de Prisión Preventiva y, a su vez, que respete los principios y derechos reconocidos al investigado. Ello se debería ver evidenciado, con mayor énfasis, en aquellos procesos penales que persiguen delitos como Criminalidad Organizada, importando para su comisión la participación de más de un individuo, y debiendo analizarse la situación jurídica de cada integrante de dicha organización criminal de forma individual y particular, pese a una susceptible imputación y/o actuación ilícita conjunta.

En los últimos años, vemos cómo la coyuntura nacional e internacional ha traído consigo el sometimiento a procesos judiciales (en su mayoría, aun en etapa de Investigación Preparatoria) de diversos miembros o ex-miembros de organismos gubernamentales, partidos políticos o fuerzas empresariales de trascendental importancia para la economía nacional, a razón de los cargos ocupados que presuntamente fueron utilizados para el favorecimiento propio en perjuicio del Estado (en sus distintas formas, según sea el caso). Esta situación trae como resultado la difusión de los tristemente célebres “Casos

Emblemáticos”, mediatizados por los diversos medios de comunicación, los cuales tienen como principal objeto de investigación las diversas Organizaciones Criminales que se han enquistado en diversos Gobiernos Nacionales, Regionales y Locales, así como en los Procesos de Licitación que se han llevado a cabo en la nación. Es, entonces, dentro de estas investigaciones y procesos penales, en los cuales existe una discusión más recurrente sobre la imposición de la Medida Coercitiva de Prisión Preventiva, siendo esta una constante como parte de la estrategia Fiscal aplicada comúnmente por todos los Despachos que llevan a su cargo las distintas investigaciones.

Ante esta escenario actual, es importante tener claro para el desarrollo de estas investigaciones y procesos penales, que el carácter subjetivo del Principio de Proporcionalidad Penal, que hemos referido inicialmente, y el análisis del cumplimiento del Presupuesto de Proporcionalidad en la discusión de una Prisión Preventiva, exigen el análisis individual de cada investigado para motivar cualquier Resolución Judicial en su contra, por tanto cualquier ausencia de dicho análisis estaría representando un atentado contra los derechos de dicho investigado y, sobre todo, el Principio de la Presunción de Inocencia.

Sin embargo, como consecuencia de que los requerimientos de esta medida y las audiencias de carácter público donde estos son discutidos son, hoy en día, difundidos gracias a los diversos medios de comunicación entre todos los miembros de la sociedad, quienes vienen extasiados de tanta impunidad reflejada en la demora excesiva por parte de órganos jurisdiccionales de emitir sentencias en procesos mediáticos y comunes; tenemos a una sociedad que ve en la Prisión Preventiva una suerte de “adelanto de condena”, hecho que provoca que los Jueces y Fiscales vean influenciada la objetividad e imparcialidad con la que deberían desempeñar su labor, a fin de evitar cuestionamientos, críticas o perjuicios posteriores a sus carreras públicas. Esto conlleva a que las Resoluciones Judiciales que dictan los Mandatos de Prisión Preventiva, últimamente, pasen de estar escasamente motivadas (crítica procesal inicial que se solía hacer) a vulnerar preceptos y principios legales reconocidos por nuestra Carta Magna y tribunales regionales de protección de los derechos humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Esta situación se ha generalizado a todos los casos comunes y cotidianos, donde la Prisión Preventiva ha sido vista como un arma para asegurar el cumplimiento de una condena anticipada, alejándose de su naturaleza de ser una Medida Excepcional, únicamente aplicada para el aseguramiento del proceso en casos estrictamente necesarios, tal como se recaban en los diversos estudios y estadísticas analizadas para el presente artículo. Ello trae como consecuencia que las Resoluciones Judiciales que imponen un mandato de Prisión Preventiva trasgreden ciertos límites de la investigación

penal, como el delimitado por el Principio de Presunción de Inocencia del investigado, para satisfacer los “intereses” de una sociedad que identifica una Prisión Preventiva como un adelanto de la condena de un procesado por la comisión de un delito y el reflejo de una actuación eficiente por parte de los órganos jurisdiccionales, lo cual no es necesariamente el reflejo de la realidad.

En este sentido, es importante resaltar que no nos estamos refiriendo a una preeminencia jurídica (mayor valor normativo) de alguno por sobre el otro, sino que ambos prevalecen pero uno se ve afectado (Presunción de Inocencia) y el otro satisfecho (Prisión Preventiva). Este contexto es el que actualmente vivimos en nuestra sociedad, donde los Mandatos de Prisión Preventiva son emitidos por los órganos jurisdiccionales sin tomar en consideración la Presunción de Inocencia que reviste al investigado, actuando como un “adelanto de condena” que satisface a una sociedad que requiere una muestra fehaciente de que la impunidad cesará mediante la encarcelación de los investigados que (para los medios de comunicación y los miembros de la comunidad) tienen suficiente acervo probatorio en su contra para derivar finalmente en una sentencia condenatoria al llegar a la etapa final del proceso.

De acuerdo a lo expuesto, es innegable que nos encontramos ante la preocupante realidad de que, hoy en día, las Resoluciones Judiciales que imponen la Medida de Prisión Preventiva de manera desproporcional a los investigados dentro de un proceso penal representan la vulneración del Presunción de Inocencia que los reviste, toda vez que encontramos en la práctica, según los estudios analizados, un mínimo y escaso desarrollo del cumplimiento del Principio de Proporcionalidad, necesario para la imposición de esta medida coercitiva, el cual no justifica la limitación del derecho a la libertad del procesado y representa una trasgresión a la Presunción de Inocencia del mismo, al no fundamentarse elementos de convicción suficientes que la enerven.

Esta situación, es verdad, se ve motivada por factores externos que hemos descrito y que, en los estudios realizados previamente, materia de análisis para el presente artículo, se han desarrollado a profundidad. No obstante, es una realidad palpable y representa un problema que debe ser atendido por los operadores de justicia y las autoridades competentes, puesto que debemos tomar en consideración que en un Estado de Derecho existe la premisa del estricto respeto y salvaguarda de los derechos humanos y los principios establecidos en todo cuerpo normativo que lo rijan.

## **V. Conclusiones:**

1. Se considera que la exigencia normativa del cumplimiento previo de determinados presupuestos para el límite que la Prisión Preventiva representa al importante derecho fundamental de la

libertad personal, justifica esta limitación bajo la salvaguarda de los fines del proceso. Sin embargo, en los últimos años, existe un cuestionamiento de la propia regulación normativa de esta medida coercitiva, desde un punto de vista material, como la imposición de una pena adelantada, por lo que su aplicación es susceptible de devenir en inconstitucionalidad al representar una trasgresión a la Presunción de Inocencia del procesado.

2. Si bien la norma procesal penal faculta la aplicación de las medidas cautelares previstas en el proceso penal en forma restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes y salvaguardar el proceso penal y su integridad, estas no pueden ejecutarse valiéndose de la afectación de sus derechos fundamentales, además del daño moral que eventualmente se les pueda producir a los procesados contra quienes se imponen dichas medidas de coerción, como lo es la Prisión Preventiva.
3. En la actualidad, los medios de comunicación y las redes sociales hacen gala de su poder al arrinconar a los jueces y fiscales, mediante la difusión de los tristemente célebres “Casos Emblemáticos” y su exposición ante una sociedad extasiada de casos de corrupción enquistados en diversos Gobiernos y Procesos de Licitación, ocasionando que la sociedad exija, como una patología jurídica por parte de estos operadores de justicia, el requerimiento y mandato de prisiones preventivas “mediáticas” ante la demora excesiva, en la mayoría de casos, de la emisión de sentencias que pongan fin a los procesos penales.
4. La trasgresión de los límites de toda investigación penal se evidencia en los mandatos de Prisión Preventiva, impuestos por diversos órganos jurisdiccionales, los cuales carecen de motivación suficiente que logre enervar el Principio de Presunción de Inocencia del Investigado, sobre todo en el desarrollo escaso e insuficiente del presupuesto de Proporcionalidad de la medida que justifique una privación de libertad de un procesado cuya Presunción de Inocencia, según nuestra Carta Magna, se considera vigente hasta la emisión de una sentencia condenatoria en su contra. De esta forma, la relación intrínseca que la norma establece debe relacionar a la Prisión Preventiva y la Presunción de Inocencia del investigado resulta una paradoja que estaría tornándose en una problemática para nuestro sistema de justicia.
5. En la actualidad, tenemos que los procesos penales están iniciando en su etapa de investigación preparatoria con el investigado, aún dueño de la Presunción de Inocencia, en calidad de detenido en un establecimiento penitenciario con todas las consecuencias

negativas que ello acarrea para él, su familia y ante miembros de la sociedad por los antecedentes que ello acarrea; lo cual representa un problema de necesaria atención por parte de los operadores de justicia, en mérito al escenario de incertidumbre, inseguridad y falta de garantías que se está desarrollando para todo aquel ciudadano que se vea inmerso en un proceso penal.

## Referencias

- Beltrán, G. (2005). Revisiones sistemáticas de la literatura. *Rincón Epidemiológico*, 60-69.
- Bombini, G. (2016). Comentario a Ezequiel Kostenwein: La cuestión cautelar. El uso de la prisión preventiva desde la sociología de la justicia penal. *Delito y sociedad*, 25(41), 169-174. Obtenido de <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/DelitoYSociedad/article/view/6203/9171>
- Capulle, L., Palacios, M., & Polo, J. (2015). *El peligro de fuga como fundamento de laprisión preventiva, vulnera la presunción de inocencia* (Tesis de grado). Universidad Nacional Hermilio Valdizán, Perú. Repositorio Nacional Digital ALICIA. Obtenido de <http://repositorio.unheval.edu.pe/bitstream/handle/UNHEVAL/224/TD%2000077%20C24.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Castillo Córdova, L. (2014). *El significado del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Foro Jurídico, (13), 143-154. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13783>
- Castillo, W. P. A. (2018). *La proporcionalidad en la prisión preventiva* (Tesis doctoral) Universidad Nacional Federico Villarreal, Perú. Repositorio de la UNFV. Obtenido de <http://repositorio.unfv.edu.pe/bitstream/handle/UNFV/2825/CASTILLO%20DAVILA%20WILLIAM%20PACO%20ANTENOR%20-%20DOCTORADO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ceberno del Rosario, P. (2015). *El abuso de la prisión preventiva en la práctica procesal, el derecho a la libertad y la presunción de inocencia, 2015* (Tesis de maestría) Universidad Nacional Hermilio Valdizán, Perú. Repositorio Nacional Digital ALICIA. Obtenido de <http://repositorio.unheval.edu.pe/bitstream/handle/UNHEVAL/3189/PCP%2000113%20D49.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Céspedes, J., & Chávez, H. (2019). *El principio de Presunción de Inocencia y la prisión preventiva en el Código Penal de 2004*. (Tesis de grado) Universidad Privada Antonio Guillermo Urrel. Repositorio UPAGU. Obtenido de <http://repositorio.upagu.edu.pe/bitstream/handle/UPAGU/893/Monograf%20-%20Ch%20-%20Salazar%20y%20C%20-%20spedes%20B%20-%20a1ez.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Dei Vecchi, D. (2013). Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes. *Revista de derecho (Valdivia)*, 26(2), 189-217. Obtenido de: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502013000200008>
- Estrada, M. (2019). *Compatibilidad entre la Prisión Preventiva y la Presunción de Inocencia. Un Enfoque Constitucional y Aplicativo del Principio de Proporcionalidad* (Tesis doctoral) Universidad Nacional de San Agustín, Perú. Repositorio UNAS. Obtenido de: <http://repositorio.unsa.edu.pe/handle/UNSA/9026>
- Ferrajoli, H. (2003) *Temas actuales de Derecho Procesal Penal*. Venezuela: Publicaciones UCAB.
- Guerra, C. (2010) *La decisión judicial de prisión preventiva*. España: Tirant Lo Blanch.
- Guevara, S. (2019). *La aplicación de la prisión preventiva y la relación en los medios de comunicación del nuevo código procesal penal peruano en el distrito judicial de Lima Sur* (Tesis de maestría) Universidad Nacional Federico Villarreal, Perú. Repositorio de la UNFV. Obtenido de: <http://repositorio.unfv.edu.pe/bitstream/handle/UNFV/3905/GUEVARA%20JARA%20SANTOS%20LEOBEJILDO%20-%20MAESTRIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Huancahuire, T. (2019). *La prisión preventiva en el sistema penal acusatorio en el año 2017* (Tesis de maestría) Universidad Nacional Federico Villarreal, Perú. Repositorio de la UNFV. Obtenido de: <http://repositorio.unfv.edu.pe/bitstream/handle/UNFV/3974/HUANCAHUIRE%20%20DIAZ%20%20TANIA%20%20YNES%20-%20MAESTRIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Huanes, R. (2018). *La prisión preventiva como medida de coerción procesal excepcional* (Tesis de grado) Universidad San Pedro, Perú. Repositorio Nacional Digital de ALICIA. Obtenido de: [http://repositorio.usanpedro.edu.pe/bitstream/handle/USANPEDRO/10161/Tesis\\_59813.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.usanpedro.edu.pe/bitstream/handle/USANPEDRO/10161/Tesis_59813.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Junchaya, F., & Ubillus, M. (2019). *Criterios sustancialistas y procesalistas en la prisión preventiva y los principios constitucionales, en la Corte Superior de Justicia de Cañete, de enero 2016 a julio 2017*. (Tesis de maestría) Universidad Privada San Juan Bautista, Perú. Registro Nacional de Trabajos de Investigación SUNEDU. Obtenido de: <http://repositorio.upsjb.edu.pe/bitstream/handle/upsjb/2242/TI-MDPP-Frecia%20Cristel%20Junchaya%20Vera.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Kostenwein, E. (2017). *La prisión preventiva en plural*. Revista Direito e Práxis, 8(2), 942-973. Obtenido de: <https://dx.doi.org/10.12957/dep.2017.25019>
- Kostenwein, E. (2019). Relations between preventive detention and punishment in expectation. The meaning of predictions and precisions. *Revista Derecho & Sociedad*, 52 (1), 219-228.
- Llanos, J. (2019). *Criterios de la prisión preventiva y el derecho a la libertad ambulatoria en el 27° juzgado penal de lima centro, 2018* (Tesis de grado). Universidad César Vallejo, Perú. Repositorio de la UCV. Obtenido en: [https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/40173/Llanos\\_RJL.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/40173/Llanos_RJL.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Medina, L. (2017). *La medida restrictiva de prisión preventiva y su influencia en la presunción de inocencia de los procesados en el Distrito Judicial de Lima Norte, periodo 2017* (Tesis de maestría). Universidad César Vallejo, Perú. Repositorio de la UCV. Obtenido en: [https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/7533/Medina\\_YLZ.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/7533/Medina_YLZ.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Mendoza, N. (2015). *Análisis jurídico de la motivación del presupuesto de peligro procesal en las resoluciones judiciales de prisión preventiva emitidos por los juzgados de investigación preparatoria de la sede central de la corte superior de justicia de Arequipa 2010-2014* (Tesis de grado). Universidad Nacional de San Agustín, Perú. Repositorio UNAS. Obtenido en: <http://repositorio.unsa.edu.pe/handle/UNSA/2215>
- Morales, D. (2020). *Excepcionalidad de la prisión preventiva en el distrito judicial de Piura durante 2017 - 2018* (Tesis de grado). Universidad César Vallejo, Perú. Repositorio de la UCV. Obtenido en: [https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/44852/Morales\\_QDE%20SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/44852/Morales_QDE%20SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Nogueira, H. (2005). Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia. *Ius et Praxis*, 11(1), 221-241. Obtenido en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000100008>
- Ordinola, M. (2017). *Criterios del juez al evaluar el presupuesto del peligro de fuga para determinar la prisión preventiva en el Distrito Judicial de Lima Norte. 2016*. (Tesis de grado). Universidad César Vallejo, Perú. Repositorio de la UCV. Obtenido en: [https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/11470/Ordinola\\_RME.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/11470/Ordinola_RME.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Palomino, O. & Quevedo, A. (2015). *La prisión preventiva como instrumento vulnerador del principio constitucional de presunción de inocencia* (Tesis de maestría). Universidad Privada Antonio Guillermo Urrel. Repositorio de la UPAGU. Obtenido en: <http://repositorio.upagu.edu.pe/handle/UPAGU/131>
- Ricra, M. (2019). *El peligro procesal determinante de la prisión preventiva* (Tesis de maestría). Universidad Nacional Federico Villarreal, Perú. Repositorio de la UNFV. Obtenido en: <http://repositorio.unfv.edu.pe/bitstream/handle/UNFV/3325/>

[RICRA%20%20ARZAPALO%20%20MIRTHA%20%20JULIA%20-%20MAESTRIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](#)

Sedeillan, G. (2012). Las razones de la amplia procedencia de la prisión preventiva a fines del siglo XIX: Una mirada a través del análisis de la administración judicial en la provincia de Buenos Aires (1877-1906). *Revista de historia del derecho*, 43(2), 141-142.

Zepeda, G. (2018). Trayectoria del Régimen de aplicación de la prisión preventiva en la Constitución Mexicana de 1917. *Intersticios sociales*, 15(2), 207-240. Repositorio Nacional Digital de Scielo. Obtenido en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sciarttext&pid=S2007-49642018000100207&lng=es&tlng=es>