



Universidad Nacional Mayor de
SAN MARCOS
Universidad del Perú. Decana de América
Facultad de Derecho y Ciencia Política

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos



Vol. 79, n.º 79, enero-diciembre, 2024

Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)

DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2024.v79n79

79

REVISTA DE
DERECHO
Y CIENCIA POLÍTICA



REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Vol. 79, n.º 79, enero-diciembre, 2024 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)

DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2024.v79n79

FUNDADORES

PEDRO M. OLIVEIRA, DECANO (†1958)

ALBERTO ULLOA SOTOMAYOR (†1975)

ANGEL GUSTAVO CORNEJO (†1943)

JUAN BAUTISTA DE LAVALLE (†1970)

JORGE BASADRE (†1980)

MANUEL G. ABASTOS (†1983)

DECANO

VÍCTOR ENRIQUE TORO LLANOS

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-0977-9471>

E-mail: vtorol@unmsm.edu.pe

DIRECTOR

LEOPOLDO FÉLIX GAMARRA VILCHEZ

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-0382-6268>

E-mail: lgamarrav@unmsm.edu.pe

EDITORES ASOCIADOS

GLADYS FLORES HEREDIA

Universidad Ricardo Palma, Lima, Perú

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-7515-6905>

E-mail: gladys.floresh@urp.edu.pe

DANTE MARTIN PAIVA GOYBURU

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-9140-6580>

E-mail: dante.paiva@unmsm.edu.pe

CONSEJO EDITORIAL

JESÚS MARÍA ELENA GUERRA CERRÓN
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-4375-4262>
E-mail: jguerrac@unmsm.edu.pe

FRANCISCO JOSÉ MIRÓ QUESADA RADA
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-9464-790X>
E-mail: fmiroquesadar@unmsm.edu.pe

JOSÉ ENRIQUE BENJAMÍN PALMA NAVEA
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-7581-2877>
E-mail: jpalman@unmsm.edu.pe

JUAN GUALBERTO CHÁVEZ MARMANILLO
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-3653-500X>
E-mail: jchavezm@unmsm.edu.pe

HÉCTOR ELVIS MARTÍNEZ FLORES
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-2048-5343>
E-mail: hmartinezf@unmsm.edu.pe

CARLOS HAKANSSON NIETO
Universidad de Piura, Piura, Lima
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-3410-8573>
E-mail: carlos.hakansson@udep.edu.pe

CARLOS FERNÁNDEZ FONTENOY
Universidad Antonio Ruiz de Montoya, Lima, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-7382-6036>
E-mail: carlos.fernandezf@uarm.pe

CARLOS VICENTE NAVAS RONDÓN
Universidad Nacional Federico Villarreal, Lima, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-7110-418X>
E-mail: carlosnavasr@hotmail.com

FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA
Universidad Ricardo Palma, Lima, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0009-0005-1404-7074>
E-mail: francisco.tavara@urp.edu.pe

JORGE LUIS CÁCERES ARCE
Universidad Católica de Santa María, Arequipa, Perú
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-0212-1298>
E-mail: jcaceres@ucsm.edu.pe

CONSEJO CONSULTIVO

CLAUS ROXIN

Universidad de Múnich, Múnich, Alemania
Orcid iD: <https://orcid.org/0009-0006-2403-8451>
E-mail: mail@claus-roxin.de

DIETER NOHLEN

Universidad de Heidelberg, Heidelberg, Alemania
Orcid iD: <https://orcid.org/0009-0007-4271-5804>
E-mail: dieter.nohlen@urz.uniheidelberg.de

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España
Orcid iD: <https://orcid.org/0009-0003-8142-9342>
E-mail: fdezsegado@der.ucm.es

RICARDO ALONSO GARCÍA

Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-7619-6431>
E-mail: rag@der.ucm.es

RICARDO RIVERO ORTEGA

Universidad de Salamanca, Salamanca, España
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-0593-3470>
E-mail: ricriv@usal.es

ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO

Universidad de Sevilla, Sevilla, España
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-4110-8662>
E-mail: aperez3@us.es

PAOLO COMANDUCCI

Universidad de Génova, Génova, Italia
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0003-0378-3293>
E-mail: comanducci@unige.it

DIEGO VALADÉS

Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, México
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-1247-7450>
E-mail: valades@unam.mx

IGNACIO FERNÁNDEZ SARASOLA

Universidad de Oviedo, Asturias, España
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-2638-4108>
E-mail: sarasola@uniovi.es

JOAN OLIVER ARAUJO

Universidad de las Islas Baleares, Illes Balears, España
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-6812-3045>
E-mail: joliveraraujo@gmail.com

HERNÁN ALEJANDRO OLANO GARCÍA
Institución Universitaria Colegios de Colombia UNICOC, Bogotá, Colombia
Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-7662-4504>
E-mail: haolano@unicoc.edu.co

Corrección, cuidado de edición y diagramación: Editorial Cátedra Vallejo E. I. R. L.
E-mail: editorialcatedravallejo@gmail.com

EQUIPO TÉCNICO

Corrección: Anfer Enrique Salomón Toledo Navarro
Traducción: Yuri Tornero Cruzatt
Diseño: Rodolfo Loyola Mejía
Gestión y publicación OJS: Infoedutec.com

ISSN: 3028-9343 (En línea)
ISSN: 0034-7949 (Impreso)
DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2024.v79n79

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2024-00899.

© Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Germán Amézaga 375, Lima 1, Ciudad Universitaria, Pabellón de Derecho
Teléfono: (01) 6197000, anexo: 2002
E-mail: jpalominom@unmsm.edu.pe

DIRECCIÓN POSTAL

Germán Amézaga 375, Lima 1, Ciudad Universitaria, Pabellón de Derecho

La revista no se responsabiliza de las opiniones vertidas
por los autores de los artículos.

LICENCIA



La Revista de Derecho y Ciencia Política. Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0).

**AUTORIDADES ACTUALES DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS**

DRA. JERI GLORIA RAMÓN RUFFNER DE VEGA
Rectora

DR. CARLOS FRANCISCO CABRERA CARRANZA
Vicerrector académico de Pregrado

DR. JOSÉ SEGUNDO NIÑO MONTERO
Vicerrector de Investigación y Posgrado

**AUTORIDADES ACTUALES DE LA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

DR. VÍCTOR ENRIQUE TORO LLANOS
Decano

DR. JORGE GUTIÉRREZ TUDELA
Vicedecano académico

DR. CARLOS ANTONIO PÉREZ RÍOS
Vicedecano de Investigación y Posgrado

DR. FRANCISCO JOSÉ MIRÓ QUESADA RADA
Director de la Unidad de Posgrado

DR. CHEDORLAOMER GONZALES ESPINOZA
Director de la Escuela Profesional de Derecho

DR. JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO
Director de la Escuela Profesional de Ciencia Política

LIC. DIANA CCAHUAY GARRIAZO
Directora administrativa

MAG. MIGUEL ÁNGEL TAPIA CABAÑÍN
Director del Centro de Responsabilidad Social y Extensión Universitaria

PROFESORES HONORARIOS

(Derecho)

ALESSANDRI, ARTURO (†)

ALEX, ROBERT

ALPA, GUIDO

ALTERINI, Atilio Aníbal (†)

ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA

ATIENZA RODRÍGUEZ, MANUEL

BARATTA, ALESSANDRO (†)

BARCÍA TRELLES, CAMILO (†)

BEDOYA REYES, LUIS (†)

BIANCA, CESARE MASSIMO (†)

BIDART CAMPOS, GERMÁN J. (†)

BORDA, GUILLERMO ANTONIO (†)

BUSNELLI, FRANCESCO

CALMÓN, PEDRO (†)

CANÇADO TRINDADE, ANTONIO (†)

CAPPELLETI, MAURO (†)

CORTIÑAS PELÁEZ, LEÓN (†)

DE BARROS CARVALHO, PAULO

DE BUEN LOZANO, NÉSTOR (†)

DE REGO MONTEIRO, LUIS A. (†)

DÍEZ-PICAZO, LUIS (†)

ESPIN CÁNOVAS, DIEGO (†)

FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO

FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR (†)

FRANÇA, RUBENS LIMONGI (†)

FRANCO, MANOEL DE OLIVEIRA (†)

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO (†)

GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO (†)

GARRIDO, LUIS (†)

GHEZZI, GIORGIO

GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO BERDUGO

GORDILLO, AGUSTÍN (†)

KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA

LAPLAZA, FRANCISCO P. (†)

LENE, ERNESTO (†)

MALHERBE, JACQUE

MARTÍ BUFILL, CARLOS (†)

MARTÍN MATEO, RAMÓN (†)

MOISSET DE ESPANÉS, LUIS (†)

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO
NIETO GARCÍA, ALEJANDRO
NILES, RUSSEL D. (†)
PAREJO ALFONSO, LUCIANO
PEYRANO, JORGE W.
RÉBORA, JUAN CARLOS (†)
RECASENS SICHES, LUIS (†)
RESCIGNO, PIETRO
ROCA Roca, EDUARDO (†)
ROCCO, EMMA ADELAIDA
ROMAGNOLI, UMBERTO (†)
ROUSSEAU, CHARLES (†)
ROXIN, CLAUS
RUSSOMANO, MOZART VÍCTOR (†)
SIEBER, ULRICH
SOLER, SEBASTIÁN (†)
TIEDEMANN, KLAUS (†)
VISINTINI, GIOVANNA

PROFESORES EMÉRITOS

(Derecho)

ABASTOS, MANUEL G. (†)
ACEVEDO CRIADO, LUIS (†)
ALZAMORA SILVA, LIZARDO (†)
ALZAMORA VALDEZ, MARIO (†)
APARICIO VALDEZ, GERMÁN (†)
ARAMBURÚ MENCHACA, ANDRÉS (†)
ARIAS SCHREIBER PEZET, MAX (†)
BACACORZO, GUSTAVO (†)
BASADRE, JORGE (†)
BRAMONT ARIAS, LUIS A. (†)
CABREDO RÍOS, MARÍA JESÚS
CASTAÑEDA, JORGE EUGENIO (†)
CASTILLO COLONNA, LUCIANO (†)
CASTILLO DÁVILA, MELQUÍADES (†)
DUMBAR TEMPLE, ELLA (†)
FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS (†)
FERRERO COSTA, AUGUSTO
FERRERO COSTA, RAÚL ENRIQUE J.
GARCÍA CALDERÓN, MANUEL (†)
GARCÍA MONTÚFAR, GUILLERMO (†)

GARCÍA RADA, DOMINGO (†)
GAZZOLO MIANI, LUIS (†)
HERAUD CRICET, LUIS (†)
HERRERA PAULSEN, DARIO (†)
LA HOZ TIRADO, RICARDO (†)
LANATTA, RÓMULO E. (†)
LEÓN BARANDIARÁN, JOSÉ (†)
LLONTOP AMORÓS, CARLOS (†)
MAÚRTUA VÁSQUEZ, VÍCTOR (†)
MIMBELA DE LOS SANTOS, EDUARDO (†)
MOISSET DE ESPANÉS, LUIS (†)
MONTROYA MANFREDI, ULISES (†)
NUGENT, RICARDO (†)
PARODI REMÓN, CARLOS (†)
QUISPE CORREA, ALFREDO (†)
RENDÓN VÁSQUEZ, JORGE
RODRÍGUEZ PASTOR, CARLOS (†)
ROY FREYRE, LUIS EDUARDO (†)
RUIZ EL DREDE RIVERA, ALBERTO (†)
SOLÍS ESPINOZA, ALEJANDRO (†)
TELLO JOHNSON, JACINTO (†)
THOL, JUAN (†)
UGARTE DEL PINO, JUAN VICENTE (†)
VÁSQUEZ DE VELASCO PRENTICE, RAFAEL (†)

DOCENTES DE LA FACULTAD

Profesores principales

BEAUMONT CALLIRGOS, RICARDO
BROUSSET SALAS, RICARDO ALBERTO
CARRUITERO LECCA, FRANCISCO ROGGER
CHANAMÉ ORBE, RAÚL ROOLSEVELT
CHÁVEZ DE PAZ, GREGORIO DENNIS
CORNEJO GUERRERO, CARLOS ALEJANDRO
DELGADO GUZMÁN, OCTAVIO GALVARINO
ESPINOZA ESPINOZA, JUAN ALEJANDRO
GALLEGOS RUIZ CONEJO, ADA LUCÍA
GONZÁLES CAMPOS, ROBINSON OCTAVIO
GONZALES ESPINOZA, CHEDORLAOMER RUBÉN
GUERRA CERRÓN DE MULLER, JESÚS MARÍA ELENA
GUTIÉRREZ TUDELA, JORGE GUILLERMO
HERNÁNDEZ CAMPOS, CARLOS AUGUSTO

HORNA TORRES, JOSÉ
HUANCAHUARI FLORES, SIMEÓN
JAEGER REQUEJO, RAFAEL EDUARDO
LANDA ARROYO, CÉSAR RODRIGO
MAGALLANES REYES, JOSÉ
MALLQUI QUIJANO, WILLIAM GAUDENCIO
MARTÍNEZ FLORES, HÉCTOR ELVIS
MEZA INGAR, CARMEN
MIRÓ QUESADA RADA, FRANCISCO JOSÉ
NIZAMA VALLADOLLID, MEDARDO
ÑIQUE DE LA PUENTE, JOSÉ ANTONIO
ORTIZ SOTELO, JORGE ALFREDO RAFAEL
PALOMINO MANCHEGO, JOSÉ FELIX
PÉREZ RÍOS, CARLOS ANTONIO
PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR ROBERTO
RAMÍREZ ERAZO, RAMÓN
RETAMOZO LINARES, JOSÉ ALBERTO
ROMERO MONTES, FRANCISCO JAVIER
ROMERO QUISPE, JACOBO
SÁENZ TORRES, ALEXEI DANTE
SEIJAS RENGIFO, TERESA DE JESÚS
SILVA VALLEJO, JOSÉ ANTONIO NICANOR
SMALL ARANA, GERMÁN
TORO LLANOS, VÍCTOR ENRIQUE
TORRES VÁSQUEZ, ANÍBAL
UGARTE VEGA CENTENO, MÁXIMO ALFREDO
URQUIZO OLAECHEA, JOSÉ FRANCISCO
VARSI ROSPIGLIOSI, ENRIQUE ANTONIO
ZÁRATE DEL PINO, JUAN BELFOR

Profesores asociados

ABREGÚ BAEZ, MARÍA DEL CARMEN
ARBULÚ MARTÍNEZ, JIMMY
ARIANO DEHO, EUGENIA SILVIA MARÍA
BAZÁN CHÁVEZ, JUAN ANTONIO
BOLAÑOS VELARDE, VÍCTOR HUGO
CABREJO ORMACHEA, NAPOLEÓN
CANELO RABANAL, RAÚL BLADIMIRO
CHÁVEZ MARMANILLO, JUAN GUALBERTO
CIUDAD REYNAUD, ADOLFO ALBERTO
CUBAS VILLANUEVA, VÍCTOR MANUEL

CUETO CHUMÁN, PEDRO GUSTAVO ALBERTO
ESTELA HUAMÁN, JOSÉ ALBERTO
FERNÁNDEZ CARTAGENA, JULIO AUGUSTO
FIGUEROA BUSTAMANTE, JULIO HERNÁN
GAMARRA VÍLCHEZ, LEOPOLDO FÉLIX
GRANDEZ CASTRO, PEDRO PAULINO
LAMA MORE, HÉCTOR ENRIQUE
LEDESMA NARVÁEZ, MARIANELLA LEONOR
MÁVILA LEÓN, ROSA DELSA
NINAMANCO CÓRDOVA, JHUSHEIN FORT
PALMA NAVEA, JOSÉ ENRIQUE BENJAMÍN
PARIONA ARANA, RAÚL BELEALDO
PEÑA FARFÁN, SAÚL
PEÑA JUMPA, ANTONIO
PERALTA FRANCIS, SAULO YENSQUI
PRÍNCIPE TRUJILLO, HUGO HERCULANO
RAMOS MONTES, CARLOS
RAMOS MORALES, LEONIDAS LUCAS
RAMOS PADILLA, CÉSAR EUSEBIO
RIVAS COSSIO, RUBI ELISBETH
SOTO VALLENAS, VÍCTOR GASTÓN AQUILES
TAPIA CABAÑÍN, MIGUEL ÁNGEL
UGARTE BOLUARTE, KRUPSKAYA ROSA LUZ
VARGAS JARAMILLO, GUILLERMO JULIO
VIGIL DE QUIRÓZ, CLOTILDE CRISTINA
ZELADA BARTRA, JAIME VÍCTOR

Profesores auxiliares

ALIAGA JIBAJA, LUIS AUGUSTO
ARANA YANCES, DANIEL MARTÍN
BELTRÁN PACHECO, JORGE ALBERTO
BERMÚDEZ TAPIA, MANUEL ALEXIS
BERNUI ORÉ, PEDRO ENRIQUE
CABALLERO SEGA, KATTY ANGÉLICA
CAMUS CUBAS, JOSÉ ALEXANDER
CASTAÑEDA GONZÁLES, VLADO ERICK
CASTILLO RAFAEL, CARLOS ENRIQUE
CUBA MENESES, ERICK GREGORY
ESCATE CABREL, OSCAR ENRIQUE
FELIX DILL'ERVA, ITALO JOSHUA
GARCÍA JIMÉNEZ, MOISÉS GUSTAVO

HUERTA AYALA, OSCAR ALBERTO
JÁUREGUI MENDIETA, JORGE ANTONIO
LARA MARQUEZ, JAIME NILTON
LARICO APAZA, YANETH CAROL
LEYVA SAAVEDRA, SEGUNDO JOSÉ
LÓPEZ VILLANES, NOAM DANTE VALENTÍN
MARTÍNEZ ORTIZ, JUAN JOSE
MEDINA RIVAS PLATA, ANTHONY ROLANDO
MEJÍA TARAZONA, ROBERT ALEJANDRO
MENDIETA PÉREZ, MICHAEL IVÁN
MEZARINA GARCIA, SILVIO JESUS
MONTESINOS LEÓN, NATALY PATRICIA
MORALES HERVÍAS, RÓMULO MARTÍN
NAVARRO GONZÁLES, MARTIN DEMETRIO
OLAYA MEDINA, JOE ORIOL
PAIVA GOYBURU, DANTE MARTIN
PÉREZ CAMARENA, ROLF KENT
PÉREZ LÓPEZ, JORGE ADALBERTO
QUISPE PONCE, MARÍA CANDELARIA
RAMÍREZ HUAROTO, BEATRIZ MAY LING
REBAZA VÍLCHEZ, KAREN MARIBEL
ROBLES MORENO, CARMEN DEL PILAR
ROCA MENDOZA, ORESTE GHERSON
RODRÍGUEZ NAVIA, ALIZON WILDA
ROJAS LEO, JUAN FRANCISCO
ROMERO ROMERO, YURI FRANK
SALAZAR SÁNCHEZ, NELSON
SALCEDO CUADROS, CARLO MAGNO
SANTY CABRERA, LUIGGI VICTORIO
SOSA SACIO, JUAN MANUEL
TAMANI RAFAEL, CARLOS REINERIO
TAPIA CORNEJO, BRUNO ALONSO SAMUEL
VARGAS APOLINARIO, ANDRÉS VICENTE
VERGARA GERSTEIN, JUAN JORGE



La Revista de Derecho y Ciencia Política. Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos es una publicación de periodicidad anual, cuyo objetivo principal es la difusión de artículos inéditos que son el resultado de investigaciones sobre temas jurídicos y políticos. En ese sentido, las principales líneas temáticas que difunde la revista incluyen todas las especialidades del derecho, entre las que se encuentran: derecho constitucional, derechos humanos, derecho administrativo, derecho civil, derecho penal, derecho procesal, filosofía e historia del derecho y teoría general del derecho. Asimismo, se promueve el empleo de enfoques y metodologías inter y multidisciplinarias que acerquen al derecho con la filosofía, la sociología, la ciencia política, la economía, la antropología, entre otras disciplinas.

Los artículos de la revista se arbitran tomando en cuenta los siguientes criterios de evaluación: originalidad, aporte, actualidad y contribución al conocimiento sobre el derecho y la ciencia política. La revista se reserva el derecho de publicación y realizará las correcciones de estilo y las adecuaciones pertinentes a los artículos aceptados para cumplir con las exigencias de la publicación.

La Revista de Derecho y Ciencia Política recibe las colaboraciones de todos los docentes de nuestra casa de estudios, así como los de otras universidades nacionales e internacionales, y de investigadores en temas jurídicos y políticos.

Esta publicación va dirigida a investigadores del derecho y la ciencia política, docentes universitarios, estudiantes y al público interesado en las cuestiones propias de la investigación jurídica y política.

REVISTA DE
DERECHO
Y CIENCIA POLÍTICA



The Review of Law and Political Science. A publication of the Faculty of Law and Political Science of the Universidad Nacional Mayor de San Marcos is an annual publication, whose main objective is the dissemination of unpublished articles that are the result of research on legal and political issues. In this sense, the main thematic areas covered by the journal include all specialities of law, among which are: constitutional law, human rights, administrative law, civil law, criminal law, procedural law, philosophy and history of law and theory of law. It also promotes the use of inter and multidisciplinary approaches and methodologies that bring law closer to philosophy, sociology, political science, economics, anthropology, among other disciplines.

The articles in the journal are refereed taking into account the following evaluation criteria: originality, thematic contribution, current problems, and any contribution to the knowledge of law and political science. The journal reserves the right of publication and will make the necessary style corrections and adjustments to the articles accepted in order to comply with the requirements of the publication.

The Review of Law and Political Science welcomes contributions from all professors at our university, as well as from other national and international universities, and from researchers in legal and political subjects.

This publication is aimed at researchers in law and political science, university professors, students, and the public interested in legal and political research issues.



REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Vol. 79, n.º 79, enero-diciembre, 2024 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)

DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2024.v79n79

CONTENIDO

Editorial

19

LEOPOLDO FÉLIX GAMARRA VÍLCHEZ

Artículos de investigación

La noción de dignidad humana en la expansión de los
derechos humanos 25

ABEL HURTADO ESPINOZA

Dialéctica de la democracia representativa 51

JORGE ANTONIO JÁUREGUI MENDIETA

Perú: Estado centralista inviable 69

CIRO GÁLVEZ HERRERA

Análisis crítico sobre la ineficacia de las políticas
públicas contra la violencia de género en el Perú 85

CECILIA MILAGROS DÍAZ HUANCA

- 105 Fundamentos del derecho desde la perspectiva de la escuela
austriaca de economía
RAÚL ANTONIO BRAVO SENDER
- 121 Impacto de las fusiones horizontales en la concentración
bancaria del Perú durante el periodo 2000-2019
MIGUEL HILDEBRANDO PISFIL CAPUÑAY
- 143 Derecho a la privacidad en la era digital: desafíos regulatorios
de la desindexación en motores de búsqueda
SANTOS ELADIO SAAVEDRA MONCADA
- 159 El control de convencionalidad como garantía de
los derechos reproductivos: un imperativo hacia la
despenalización del aborto por causa de violación e
inviabilidad fetal en la legislación peruana
FANNY REAÑO BAYONA



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Vol. 79, n.º 79, enero-diciembre, 2024 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)

DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2024.v79n79.01

EDITORIAL

La publicación del presente número coincide con hitos trascendentales para nuestra Facultad. En primer lugar, es grato anunciar que, en noviembre de este año, nuestra *Revista de Derecho y Ciencia Política* fue declarada Patrimonio Cultural de la Nación por el Ministerio de Cultura (Resolución Viceministerial n.º 000325-2024-VMPCIC/MC). Esta distinción, que protege específicamente los 14 volúmenes publicados entre 1936 y 1950, reconoce su gran valor histórico y documental, así como su aporte fundamental al desarrollo jurídico y social del Perú.

En segundo lugar, celebramos la reciente indexación de la revista en el catálogo 2.0 de Latindex por parte de Concytec, un logro alcanzado tras la publicación continua de 78 números. Este reconocimiento constituye un paso firme hacia nuestra meta de ingresar próximamente a bases de datos de alto impacto como Scielo, Scopus y Web of Science, objetivo en el cual venimos trabajando arduamente. Expresamos nuestro reconocimiento al colega José Félix Palomino Manchego, quien, durante su gestión como director (2022-2023), actualizó los formatos y requisitos editoriales que hicieron posible este logro.

Este número ofrece una perspectiva multidisciplinaria a través de ocho investigaciones. Inicia con el trabajo de Abel Hurtado Espinoza, quien desarrolla un estudio centrado en la dignidad humana frente a la expansión de los derechos humanos, planteando garantías para que

el ciudadano no se vea sometido a un ejercicio arbitrario y desproporcionado del *ius puniendi*. Como tal, se evita que tanto el derecho subjetivo de penar como el derecho objetivo, que es el derecho penal, se tornen autoritarios y contravengan los postulados democráticos de estos tiempos.

Por su parte, Jorge Antonio Jáuregui Mendieta, docente ordinario del Departamento de Ciencias Jurídicas y Políticas, presenta el artículo «Dialéctica de la democracia representativa». El autor analiza el contexto actual de movimientos dialécticos de negación, supresión y conservación que operan sobre componentes centrales de la democracia, como el sistema de partidos, el sufragio y el sistema electoral.

En la línea de la reflexión política, se suma el artículo de Ciro Gálvez Herrera titulado «Perú: Estado centralista inviable». En él se examina la realidad nacional, resaltando cómo el predominio del pensamiento liberal ha sido determinante en las dinámicas de cambio constitucional e interacción con diversas corrientes doctrinarias; influencia que se ve reflejada, por ejemplo, en la incorporación del modelo neoliberal en la Constitución de 1993.

Asimismo, destaca el trabajo de Cecilia Milagros Díaz Huanca, «Análisis crítico sobre la ineficacia de las políticas públicas contra la violencia de género en el Perú». La autora aborda esta problemática estructural que trasciende el ámbito intrafamiliar y afecta la plena integración social, laboral y política de las mujeres, concluyendo que es impostergable la adopción de medidas urgentes para enfrentar este grave flagelo.

En el ámbito del derecho económico y la teoría jurídica, Raúl Antonio Bravo Sender presenta «Fundamentos del derecho desde la perspectiva de la escuela austríaca de economía». En esta detallada investigación se analiza la evolución histórico-jurídica del tratamiento del concebido a través de las distintas eras; además, se repasan los planteamientos de grandes codificadores como Augusto Teixeira de Freitas, Andrés Bello y Dalmacio Vélez Sarsfield, para finalmente ingresar a la situación actual de esta figura en el ordenamiento peruano.

Continuando con los aportes de nuestros docentes, Miguel Hildebrando Pisfil Capuñay, en su investigación sobre el impacto de las fusiones horizontales en la concentración bancaria del Perú entre el 2000 y el 2019, desarrolla una evaluación de la realidad política, económica y social peruana de los últimos seis años, donde se advierte la omisión de variables que han incidido en periodos de inestabilidad. El estudio resalta la escasa atención al desarrollo urbano y al planeamiento demográfico, factores que limitan la generación de márgenes de inclusión positivos y afectan la calidad de los servicios públicos.

Sumado a los estudios sobre la era tecnológica, presentamos el trabajo de Santos Eladio Saavedra Moncada, quien reflexiona sobre el derecho a la privacidad en la era digital y los desafíos regulatorios de la desindexación en motores de búsqueda. Consideramos este aporte de lectura obligatoria para reforzar el debate sobre derecho civil comparado y la permanente actualización de nuestro sistema jurídico.

Del mismo modo, desde la perspectiva comparada, contamos con el artículo de Fanny Reaño Bayona: «El control de convencionalidad como garantía de los derechos reproductivos: un imperativo hacia la despenalización del aborto por causa de violación e inviabilidad fetal en la legislación peruana». Una temática desafiante y compleja, abordada con lucidez por la autora, quien propone la necesaria armonización con la legislación interna para garantizar la concreción sustantiva de los derechos de las mujeres.

Finalmente, reiteramos nuestro especial agradecimiento al Dr. José Félix Palomino Manchego por su inestimable colaboración en la revisión y culminación de este número. Sus sugerencias han sido de sumo provecho para mantener la excelencia académica que nos caracteriza.

Lima, diciembre de 2024

LEOPOLDO FÉLIX GAMARRA VÍLCHEZ
Director

Revista de Derecho y Ciencia Política
Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

REVISTA DE
DERECHO
Y CIENCIA POLÍTICA



Artículos de investigación



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Vol. 79, n.º 79, enero-diciembre, 2024 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)

DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2024.v79n79.02

LA NOCIÓN DE DIGNIDAD HUMANA EN LA EXPANSIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

The notion of human dignity in the expansion of human
rights

ABEL HURTADO ESPINOZA

Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: Abel.hurtado@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0009-0001-3987-3234>

RESUMEN

La noción de dignidad humana vinculada a los derechos humanos es relativamente reciente si se compara con su extensa trayectoria histórica, a lo largo de la cual experimentó diversas aproximaciones conceptuales antes de consolidar su forma actual mediante su incorporación al derecho internacional positivo. Desde entonces, su observancia y desarrollo han sido determinantes para la expansión del carácter universal de los derechos humanos, la creación de instrumentos específicos y el reconocimiento de nuevos derechos. Aunque la dignidad humana carece de una delimitación jurídica precisa —pues constituye, en términos generales, el fundamento de los derechos humanos y, en

particular, un derecho en sí misma—, esta noción aporta un contenido jurídico común a todas las garantías: el denominado *mínimo común invulnerable*. Así, la amplitud de su carácter conceptual se convierte en una ventaja que facilita la expansión contemporánea de los derechos humanos.

Palabras clave: dignidad humana; expansión de derechos humanos; derecho a la dignidad humana; mínimo invulnerable.

ABSTRACT

The notion of human dignity linked to human rights is relatively recent when compared to its extensive historical trajectory, during which it underwent various conceptual approaches before consolidating its current form through its incorporation into positive international law. Since then, its observance and development have been decisive for the expansion of the universal nature of human rights, the creation of specific instruments, and the recognition of new rights. Although human dignity lacks a precise legal definition—since it constitutes, in general terms, the foundation of human rights and, in particular, a right in itself—this notion provides a legal content common to all guarantees: the so-called inviolable minimum. Thus, the breadth of its conceptual nature becomes an advantage that facilitates the contemporary expansion of human rights.

Keywords: human dignity; expansion of human rights; right to human dignity; inviolable minimum.

Recibido: 15/06/2024 Aprobado: 03/08/2024 Publicado: 10/12/2024

1. INTRODUCCIÓN

El vínculo entre la dignidad humana, los derechos humanos y la persona se consagró con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948. Esta relación constituye una «trilogía» indivisible e inquebrantable, dado que la ausencia de cualquiera de sus elementos impediría el desarrollo y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

Se plantea que la concepción de la dignidad humana desde un enfoque internacional de los derechos humanos posee una doble dimensión: general y específica. La primera se manifiesta como fundamento universal para el reconocimiento de los derechos; la segunda concierne a su contenido jurídico como un derecho humano, es decir, como derecho a la dignidad humana. Este dualismo constituye uno de los debates centrales en la Academia contemporánea, ya que, en el plano internacional, la dignidad se entiende casi indistintamente como principio y como derecho.

Pese a que las críticas sobre su generalidad conceptual pueden ser abrumadoras por su amplitud y falta de delimitación, esta característica ofrece ventajas que permiten el reconocimiento de nuevos derechos, la cual denominamos el *fundamento para la expansión de los derechos humanos*. En efecto, resulta inviable incorporar al ordenamiento positivo un derecho sin el sustento de la dignidad humana, como tampoco es posible —mediante interpretación— reconocer un derecho humano conexo a otro ya positivizado sin dicho argumento; por ejemplo, el derecho a una vida digna como conexo del derecho a la vida.

En ese orden de ideas, para desarrollar la noción de la dignidad humana en la expansión de los derechos humanos, es necesario integrar al menos los siguientes tres argumentos. Primero, la idea de la universalidad de los derechos humanos fundados en la dignidad. Esto ha permitido el desarrollo de instrumentos a nivel universal y regional, al involucrar incluso a sectores renuentes a reconocer los derechos humanos de origen occidental como auténticos. Una aproximación a

esto se encuentra en la Declaración de los Derechos Humanos en el Islam o la más reciente Carta Árabe de Derechos Humanos. Segundo, el desarrollo de instrumentos internacionales de alcance universal y regional (tratados, convenios, pactos, protocolos) enfocados en grupos poblacionales determinados y materias específicas. El objetivo es dotar de mayores protecciones y garantías a estos grupos debido a su situación de vulnerabilidad. Estos instrumentos se vinculan con acciones afirmativas para consagrar los derechos de los menos favorecidos o de quienes históricamente han tenido un reconocimiento limitado, como las mujeres, las víctimas de discriminación o los pueblos indígenas. Tercero —posiblemente el más complejo—, el reconocimiento de nuevos derechos humanos. Esta es una de las formas más claras de la expansión de los derechos, evidenciada cuando los organismos internacionales definen e incorporan nuevos catálogos, tales como el derecho de acceso al agua potable, al internet, al autogobierno indígena o la identidad genética. En ese sentido, los derechos humanos, en su proceso de expansión, tendrían a la dignidad humana como un componente imperativo, al ser el *mínimo común invulnerable*. Tal como apunta Manuel Atienza, el fundamento basado en la dignidad humana derrota a todos los demás fundamentos y razones, sin importar las circunstancias, ya que es lo más próximo al principio de lo absoluto (citado en Casado, 2009, p. 83).

2. LA NOCIÓN SOBRE LA DIGNIDAD HUMANA

En palabras de Pele (2010), los pensadores de la época antigua sentaron las bases para que otros pudieran continuar desarrollando la idea de la dignidad humana (p. 63). De acuerdo con el autor, la noción ha tenido una larga evolución, pero mantuvo siempre un factor común identificador relacionado con las cualidades específicas de la persona dentro del plano social y político. Esta idea pasó de ser considerada, en un primer momento, como un fundamento de la moral a vincularse, posteriormente, con la espiritualidad. En esta etapa destacan pensadores como San Agustín, Santo Tomás y Giovanni Pico della

Mirandola, quienes consideraron que el ser humano, como un ser superior, es creado a imagen y semejanza de Dios. Como tal, se eleva sobre las demás criaturas y es colocado en el centro del mundo para que, mediante el uso de su razón e inteligencia, pueda interpretar a la naturaleza; así la dignidad vendría a ser una derivación de su sumisión a Dios.

De hecho, tanto los clásicos como los estoicos ya habían sembrado la idea de la dignidad al enaltecer a la persona por sus cualidades, habilidades, honorabilidad, raciocinio o espiritualidad. Este es el caso de Cicerón, quien consideraba al «hombre como cosa sagrada para el hombre» (Peces-Barba, 2022, p. 25); sin embargo, a mi parecer, es Séneca quien incorpora una noción mucho más ambiciosa al sostener que todos los hombres son iguales por su dignidad. De hecho, esta idea siguió una línea fundamental en futuros filósofos, teólogos y estudiosos. Uno de los más destacados pensadores de la escuela de Salamanca, Francisco de Vitoria, consideraba que la igualdad era el fundamento para que todas las personas estuvieran dotadas de esa cualidad intrínseca que las hace portadoras de derechos universales. Se generó entonces una noción de dignidad no solo centrada en la racionalidad o espiritualidad de las personas para diferenciarlas de los demás seres vivos, sino también en la virtud de ser titulares de derechos. Aquello planteó una fugaz pero próspera idea sobre la futura noción de la universalidad de derechos humanos, postura que a la fecha mantiene un predominio creciente en los debates sobre su vigencia.

Una concepción limitada de dignidad vinculada a los derechos perduró —aunque de manera más sutil y racional— con las ideas utilitaristas de Jeremy Bentham (2008), quien consideraba que el derecho se mide con la maximización del valor fundamental de la felicidad, privilegiando el placer por encima del dolor. Es decir, lograr la mayor felicidad para el mayor número de personas como medida de lo justo. Si llevamos esta postura al plano de la dignidad-derecho-persona, no resiste la menor posibilidad de ser considerada válida e idónea en la

actualidad. Resultaría discriminatoria al excluir a las minorías para favorecer a las mayorías; precisamente, este es uno de los principales retos que los derechos humanos afrontan con el desarrollo de protecciones para determinados grupos, a lo que denominamos el plano de la especificidad de los derechos humanos.

Si bien la noción de la dignidad tuvo aproximaciones conceptuales importantes a lo largo de su evolución, lo cierto es que hasta la fecha no existe una definición precisa y delimitada de su conceptualización jurídica. Considero que esta situación permite invocarla de manera casi ilimitada al postular la defensa y la protección de los derechos humanos, aproximándose así a la idea de lo absoluto. La dignidad humana constituye su punto invulnerable; es la noción que permite configurar a los derechos humanos como conexos, interdependientes, contentivos, irrenunciables y universales. Mientras exista un ser humano, existirán sus derechos. Aun cuando un individuo pueda considerarse indigno a sí mismo, se trata de un atributo al cual no puede renunciar ni del cual puede despojarse. En suma, rechazar su propia dignidad no está bajo su control o dominio; por el contrario, el sujeto se encuentra investido de la más amplia potestad para reclamarla y defenderla.

Actualmente, la noción de dignidad ha superado las deficiencias de muchas de sus aproximaciones conceptuales e históricas, aunque no en su totalidad. Uno de los grandes avances en su contenido jurídico radica en su naturaleza universal: al concebirse como un atributo inherente a todas las personas por su sola condición humana —independientemente de su ubicación o comportamiento—, resulta irrelevante discutir si las circunstancias determinan que un titular de derechos posea mayor o menor dignidad. Este último punto no debe confundirse con la intensidad de las protecciones y garantías de los derechos humanos. No todas las personas tienen la misma posibilidad de acceso y ejercicio de sus libertades fundamentales, no por un límite en la esencia u origen de sus derechos, sino por las condiciones en las que se encuentran, las cuales suelen depender de terceros (por

ejemplo, el de los Estados) y no de su voluntad. La vigencia de la dignidad es independiente de la oportunidad fáctica que tienen las personas para ejercer y disfrutar sus derechos.

La dignidad, en su origen, es horizontal: no existen personas dotadas de mayor o menor dignidad, ya que, por naturaleza, el ser humano es el mismo. Lo que difiere son las intensidades en la protección cuando se trata de personas en inminente situación de vulnerabilidad. Es decir, aunque la dignidad, en esencia, sigue siendo la misma, se requieren mayores acciones y protecciones para garantizar su vigencia en términos de derechos. Esa postura nos lleva a afirmar que *los derechos humanos vienen a ser la expresión jurídica de la dignidad humana*. Tal perspectiva teórica se basa, en gran medida, en el planteamiento de dos de los imperativos categóricos de Immanuel Kant: la universalidad y los fines. El imperativo de la universalidad permite comprender las máximas o reglas de conductas que deseamos sean universales; mientras que el de los fines concibe al ser humano como un fin en sí mismo y no como un medio, evitando así su instrumentalización para el logro de otros fines (2005). Esta es la concepción más aceptada para dotar de contenido a la dignidad humana y fundamentar su expresión jurídica en los derechos humanos.

Sin embargo, pese a que los argumentos expuestos parecen resolver el problema conceptual de la dignidad humana, su delimitación sigue siendo un desafío, en la medida que no existe una conceptualización jurídica definitiva y consensuada en los instrumentos internacionales. Por un lado, la noción jurídica de la dignidad sigue siendo una generalidad, pero se ha convertido en el fundamento central y universal para la expansión de los derechos humanos; por otro, ha servido para dotar de mayor intensidad a la protección de ciertos derechos humanos; así como para el reconocimiento de otros nuevos, llegando incluso a ser considerada un derecho humano *per se*. Esta postura es defendida por autores como Barak, para quien la dignidad humana constituye un derecho marco o derecho madre (2024, p. 186).

En este contexto, tal como apunta Bustamante (2018), en la Antigüedad la dignidad estuvo asociada con el estatus social, la imagen y la honorabilidad de las personas en función del cargo que ejercían en el plano público (p. 38). Se trataba de una noción que separaba a la gran mayoría, pues no se basaba en cualidades naturales, sino en un constructo social de la época. Por esto, en tiempos antiguos era difícil concebir la idea de que las personas esclavas pudieran tener algún tipo de dignidad. De hecho, la noción de dignidad no tuvo el propósito de resguardar ni dar contenido jurídico a los derechos, porque aún no existía el desarrollo de los derechos humanos, como tampoco la compleja idea de la persona como merecedora de derechos universales y titular exclusiva de los mismos. Si bien desde la aquel periodo la dignidad se vinculaba siempre al «hombre», la terminología compuesta por «dignidad humana», «persona humana» y «derechos humanos» responde a un contexto mucho más reciente.

Considero que este contexto nace con una nueva concepción de trilogía en la dignidad, compuesta por la positivización internacional de los derechos humanos, teniendo como titulares exclusivos y excluyentes solo a los seres humanos. Esta trilogía es definitiva e indivisible: hoy es imposible concebir la idea de dignidad fuera de los derechos humanos, o a los seres humanos despojados de ellos. Esta compleja situación permite que los estándares de protección sean cada vez más intensos, debido a que la noción de la dignidad lo resiste todo y eleva los derechos humanos a un plano de idealización, a la cúspide de las aspiraciones humanas. Esto puede generar un mayor debate al abordar la problemática de su eficacia y materialización real, dado que las necesidades y las exigencias por satisfacer son casi ilimitadas. En términos de Sarlet (2019), la eficacia de los derechos humanos dependerá mucho de cómo se vinculen los poderes públicos con los derechos humanos (p. 330).

3. LA NOCIÓN SOBRE LA GENERALIDAD Y ESPECIFICIDAD CONCEPTUAL DE LA DIGNIDAD HUMANA

La dignidad humana presenta una doble dimensión al abordar la amplitud de su conceptualización jurídica. Por un lado, se considera como el fundamento universal para el reconocimiento de los derechos humanos (generalidad); por el otro, un derecho humano en sí mismo (especificidad). En el plano de su generalidad, la dignidad humana es el núcleo o *mínimo común invulnerable* de todos los derechos humanos. Es el contenido esencial que justifica la proporcionalidad de las garantías y la intensidad en los estándares de protección de los que gozan todos ellos de manera universal. En cambio, en el plano de su especificidad, es concebida como un derecho humano, pero carente de un contenido jurídico propio y autónomo.

3.1. LA NOCIÓN DEL MÍNIMO COMÚN INVULNERABLE

Este concepto constituye el punto más próximo a lo absoluto, dado que no puede ser despojado ni restringido de su dignidad. Incluso cuando en determinadas circunstancias se limita el ejercicio de ciertos derechos, la dignidad permanece como garantía mínima para la vigencia de los derechos humanos restringidos. Por ejemplo, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, uno de los instrumentos más modernos, postula en primer orden que: «la dignidad humana es inviolable», constituyéndose así en el fundamento para todo el desarrollo de los derechos incorporados en dicho documento. Visto de otro modo, su intervención implicaría necesariamente una vulneración del contenido esencial de los derechos humanos. Esta es la razón por la cual la restricción de derechos debe darse solo de manera excepcional y con justificación absoluta. Como sabemos, en el plano internacional existen mandatos muy claros que precisan qué derechos pueden ser restringidos y cuáles conforman el núcleo duro que nunca puede ser limitado, sin importar las circunstancias. De este modo, la dignidad humana se percibe como inherente a los seres humanos,

independientemente de su situación o de la gravedad de sus actos. Esta condición irrestricta hace imposible que uno mismo pueda despojarse de su dignidad, ya sea en pleno uso de sus capacidades o cuando se ha perdido la posibilidad de expresar libremente la voluntad.

La noción del *mínimo común invulnerable* parte básicamente de la idea de igual dignidad para todas las personas por su sola condición humana. Esta categoría se manifiesta en el plano jurídico como la igualdad en derechos. Este principio se extiende, además, al principio de no discriminación, siendo una excepción a esta regla general las acciones afirmativas desarrolladas a través de instrumentos específicos (la especificidad de los derechos humanos). Se parte del postulado de que no se puede tratar igual a los desiguales; por tanto, potenciar sus derechos con un mayor grado de intensidad en garantías y protecciones busca igualar esas brechas sin discriminar arbitrariamente a los demás. Sobre este punto, el Tribunal Constitucional de España precisó que, si bien la dignidad corresponde a todos los seres humanos con carácter general, no se puede ignorar la especificidad de la condición femenina para la concreción de sus derechos en el ámbito de su maternidad (STC 53/1985, f. 8).

Así, esta noción se encuentra impregnada incluso en los derechos humanos más específicos. Por la naturaleza misma de los instrumentos específicos, estos terminan incorporando —en su catálogo de protecciones o vía interpretación de derechos conexos— nuevos derechos humanos de los cuales solo tienen titularidad el sector poblacional sobre el que recae dicha protección. Esta propuesta podría resultar confusa y hasta atrevida, puesto que ha sido poco desarrollada en el plano teórico. Visto en perspectiva: los instrumentos generales reconocen derechos para todas las personas sin distinción, ya que su centro de acción es la persona humana como paraguas de protección en igualdad de condiciones. Sin embargo, en el marco internacional se vienen desarrollando diversos instrumentos específicos que terminan por abarcar materias concretas para una población específica, debido

a que un sector requiere una mayor intensidad de garantías para el ejercicio de sus derechos.

Una propuesta sobre el *mínimo común invulnerable* la ofrece Robert Alexy (2019), quien considera que una intervención o intromisión justificada en la dignidad humana es sencillamente imposible de realizar (p. 281). Esta postura es potente y descarta toda posibilidad justificada de interrumpir la dignidad sin importar las circunstancias; hacer lo contrario implicaría necesariamente que se vulneren derechos humanos y, por ende, el incumplimiento de los deberes de respeto y garantía que asumen los Estados. Otra idea relevante es la de Walzer, quien sostiene que la moral mínima y universal estaría inscrita en toda persona y cultura. De cierto modo, estos mínimos tomarían forma en la expresión de mandatos negativos universales, como la prohibición de la esclavitud o la tortura, o a través de principios positivos como la verdad y la justicia (1994, p. 10). Walzer explica que, para comprender estos mínimos universales, basta actuar de forma intuitiva, pues las personas generamos expectativas en el comportamiento de los demás basadas en rasgos compartidos dentro de la diversidad moral. Traemos a colación esta propuesta en la medida en que los derechos humanos son reglas morales llevadas al plano positivo en el marco del derecho internacional.

3.2. SOBRE SU GENERALIDAD CONCEPTUAL

Los derechos humanos manifiestan en la dignidad la más alta aspiración y el valor supremo para su plena realización. Por esto, la noción de la universalidad de los derechos humanos tiene su punto de origen en la universalidad humana. Si esta es inherente a todo ser humano, es lógico sostener que es universal o, al menos, universalizable, ya que el simple requisito para poseerla es la condición humana y, por ende, la innata facultad para ser titular de derechos. En palabras de Donnelly (2003), uno de los más férreos defensores de la tesis universalista, como descendientes del *homo sapiens* somos titulares de derechos universales (p. 10). En contraste, Pérez Luño (2002) considera que los detractores

de esta postura son los enemigos de la universalidad de los derechos humanos. Así, al no existir un derecho que no se fundamenta en la dignidad, esta abarca un terreno muy amplio desde su generalidad. Ello se evidencia en el desarrollo de diversos instrumentos internacionales, ya sea en su parte considerativa —inspirando el sustento principal para el reconocimiento de derechos— o al reforzar los estándares y el contenido esencial de ciertos derechos específicos. Resulta lógico, entonces, pensar en la universalidad de la dignidad humana como punto de partida.

Por su parte, autores como Norbert Hoerster o Jesús Mosterín relativizan la conceptualización de la dignidad al considerarla una fórmula vacía que, dada su generalidad y carencia de especificación, no significaría nada. Macklin (2003) o Pinker (2008) sostienen que la dignidad humana es un concepto vacío, una simple generalidad que no denota significado alguno, una vaguedad que no aporta nada. Según esta visión, la dignidad tendría una noción totalmente subjetiva que no podrá satisfacer las principales demandas morales asignadas. Al respecto, Atienza (2022), en respuesta a estas posturas, considera que una crítica a la dignidad humana que solo alega su generalidad conceptual o su relatividad no es de gran valor (p. 36). De otro lado, García (2013) considera que el principal fundamento de los derechos humanos viene a ser la libertad y no la dignidad humana, ya que ella está desprovista tanto de contenido como de significado (p. 45). En esa misma línea, se encuentra Maurice Cranston, quien, al postular que los únicos derechos humanos son los civiles y políticos (negando los DESC), reduce el fundamento de los derechos humanos al principio de las libertades (citado en Hayden, 2001, p. 164).

Otra consideración sobre la generalidad de la conceptualización jurídica es que ciertos derechos positivos específicos llevan el paraguas de la dignidad humana para dotar de mayor intensidad a su contenido esencial en términos de garantías y protecciones. Es decir, en el marco internacional existen derechos que incorporan taxativamente en su contenido positivo la noción de la dignidad, entre ellos el derecho al

honor, al trabajo, o la prohibición de la discriminación y la esclavitud, etc. Esta situación podría llevarnos a creer que tales derechos son los responsables de la delimitación conceptual jurídica de la dignidad, o que conforman el bloque que la provee de contenido. Sin embargo, considero enfáticamente que la dignidad posee un contenido *común* en todos los derechos humanos. Por tanto, esta posible delimitación de un reducido catálogo de derechos humanos que desarrollan de manera expresa la dignidad no la delimita, sino que evidencia una desordenada forma de dotar de contenido a ciertos derechos, cuando en realidad todos gozan de él (el *mínimo común invulnerable*), ya que no existe un solo derecho humano que no se fundamente en la dignidad humana.

3.3. SOBRE SU ESPECIFICIDAD CONCEPTUAL

En el plano de su especificidad, considero que la conceptualización jurídica de la dignidad humana adquiere una connotación mucho más compleja en tanto sea considerada como derecho humano. Para Glensy (2011), la dignidad humana —sea en su vertiente positiva o negativa— constituye un derecho sustantivo y la fuente principal para la interpretación de otros derechos (p. 38). Barak (2024) coincide con esta postura y sostiene que la dignidad humana puede definirse tanto como derecho o como valor constitucional, ya que, si no se expone de manera taxativa, se deriva vía interpretación de otros derechos positivos (p. 167). Por su parte, Fernández García (2001) considera que la dignidad humana es «el derecho a tener derechos» (p. 13). No obstante, en el marco internacional no encontramos una definición del contenido jurídico de la dignidad humana como *derecho*. De hecho, en muchos instrumentos internacionales, sobre todo en el Sistema Interamericano, se utiliza como principio (fundamento) y como derecho de manera casi indistinta.

Ahora bien, si incluso superamos el debate sobre si la dignidad humana es un derecho, el tema no termina allí. Su especificidad exige resolver, al menos, dos cuestiones puntuales: a) la dignidad humana

como derecho autónomo; y, b) la dignidad humana como derecho contentivo o conexo.

En el primer caso, resulta complejo reconocer el derecho a la dignidad como un concepto autónomo; es decir, que posea un contenido jurídico propio. Tratar de delimitarlo a un concepto individualizado redundaría en la enumeración de todo el catálogo de derechos humanos ya reconocidos, los cuales tienen su fundamento en la dignidad. En síntesis, este razonamiento implicaría que el derecho a la dignidad equivale al reconocimiento del derecho a la vida, a la identidad, al honor, a la libertad de expresión, a la salud, al trabajo, etc. En el segundo caso, se abre una posibilidad más alentadora. En la medida en que la dignidad humana ya se encuentra inscrita en todos los derechos humanos como su *mínimo común invulnerable*, este sería el punto de partida para expresarse como un derecho contentivo y conexo, mas no autónomo. Entonces, para que la dignidad tome la forma de derecho, debe exteriorizar su contenido jurídico valiéndose de otros derechos conexos; por ejemplo, el derecho al trato digno que se desprende del derecho a la igualdad, o el derecho al respeto de la dignidad derivado de la prohibición de la tortura. Para ilustrar mejor su desarrollo, vayamos al plano de la justicia supranacional.

En el marco del Sistema Interamericano, se ha desarrollado mucho el tema de la dignidad humana como derecho, pero hasta el momento, tal como apunta Guiliana Busso (2021), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) no ha efectuado una distinción definitiva entre la dignidad humana como fundamento o como derecho. Si bien la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) reconoce el derecho a la dignidad en el bloque del derecho al honor, su desarrollo jurisprudencial evidencia que la dignidad toma contenido, de manera indistinta, con la protección de otros derechos como la libertad sexual, la prohibición de la desaparición forzada o la esclavitud.

- En el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil* (2016), la Corte IDH desarrolló el derecho a la prohibición de la esclavitud mediante la protección de derechos conexos como la integridad, la libertad, la seguridad personal, la honra y la dignidad. El Tribunal consideró que una situación de esclavitud representa una restricción sustancial a la personalidad jurídica de todo ser humano y conlleva violaciones a la libertad, la integridad personal y la dignidad (f. 273).
- En el caso *Niños de la Calle vs. Guatemala* (1999), la Corte postuló el derecho a vivir con dignidad, el cual se desprende de la protección del derecho a la vida.
- Asimismo, en el caso *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México* (2018), donde se denunciaron violaciones sexuales, tanto la Comisión Interamericana (CIDH) como la Corte IDH invocaron la protección del derecho a la dignidad junto a derechos conexos como la integridad personal, una vida libre de violencia, la prohibición de la tortura y la discriminación por razón de género y el derecho a la reunión, determinando la responsabilidad internacional del Estado.

En el caso del Sistema Europeo, si bien el texto del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no hace referencia directa a la dignidad humana, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha dejado claro en reiteradas decisiones que esta se encuentra inmersa en todos los derechos garantizados. Así lo estableció en el caso *Bouyid v. Belgium* (2015): aun cuando no se mencione a la dignidad en el texto convencional, esta constituye la esencia de la Convención (f. 89 y 101). En esa línea, el Tribunal ha vinculado el contenido de la dignidad humana a ciertos derechos humanos como la prohibición de la servidumbre o la esclavitud, y la libertad y seguridad personal. Destaca el caso *Moldovan and others v. Romania* (2005), donde el Tribunal vinculó a la dignidad humana con la protección del derecho a la vida y la prohibición de la discriminación racial (f. 110, 113).

En el plano doméstico, el Tribunal Constitucional de España reconoce la dignidad como principio constitucional y base para el reconocimiento de los derechos fundamentales, pero no como un derecho fundamental en sí mismo; al no estar reconocida como tal en la Constitución ni tener un contenido propio tutelable mediante pretensión independiente. Por el contrario, en el caso alemán, el Supremo Tribunal ha establecido de manera categórica que la dignidad humana es un derecho fundamental que goza de una jerarquía normativa incluso superior.

En el caso peruano, el Tribunal Constitucional ha precisado que la dignidad humana es un principio constitucional sobre el cual reposa todo el ordenamiento jurídico, esto en sintonía con el postulado del artículo 1 de la Constitución. No obstante, en el plano de su desarrollo jurisprudencial, ha expresado reiteradamente la vigencia de la dignidad humana como principio y derecho para argumentar el contenido de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales. Además, en el ámbito de la protección de los animales, el Tribunal peruano ha incorporado al debate la noción de una dignidad animal, en la medida en que estos ostentan la condición de seres sintientes (Exp. n.º 0022-2018-PI/TC, f. 87). Así, los actos de tortura o maltrato innecesarios son contrarios a la propia dignidad humana, al no existir un argumento racional que justifique tal comportamiento (Sentencia n.º 0042-2004/PI/TC, f. 28).

4. LA EXPANSIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

4.1. EL FUNDAMENTO SOBRE LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

Entre los exponentes más destacados que siguieron la línea de Santo Tomás sobre la idea de derechos universales está Francisco de Vitoria, quien reconocía la dignidad de las personas como seres libres e iguales. Esta idea siguió su curso y fue llevada al campo del derecho internacional por Hugo Grocio, y al campo de la moral por Immanuel

Kant, quien, en uno de sus imperativos categóricos, postuló que las acciones buenas de las personas son principios de una legislación universal (2005). Al respecto, Pérez Luño (2002) afirma que el kantismo introduce en la filosofía moral la noción de la universalidad (p. 98).

Si bien estas posturas sentaron las bases sobre la idea de universalizar los derechos, es la DUDH la cual introduce en su parte medular el imperativo de derechos humanos universales. Este trabajo, entre otros, se lo debemos principalmente a René Cassin, responsable de redactar el principal instrumento de derechos humanos más trascendente que perdura en el tiempo. Esta línea ha sido seguida por autores como Jack Donnelly, Gregorio Peces-Barba, Antonio Pérez Luño o Francisco Laporta, quienes han desarrollado y defendido — en mayor o menor intensidad— la idea de derechos humanos universales fundados en la dignidad humana. Así, Laporta considera que el rasgo de la universalidad implica que los derechos humanos se adhieren a todos los seres humanos; más allá de su simple implicancia formal, involucra directamente a los titulares de derechos y obligaciones (citado en Angulo, 2015, p. 283). En esa misma línea, Barranco (2011), apunta que la universalidad implica que los derechos son iguales para todos los seres humanos pese a que la noción de la diversidad introduce tensiones por la forma que se le concibe (p. 13).

Como ya lo he plantado anteriormente, el rasgo de la universalidad no solo está vinculado a los derechos humanos por tener como sus titulares absolutos a los seres humanos, sino también es un factor común en la noción de la dignidad humana. Esto significa que la universalidad de los derechos humanos tiene su punto de origen en la noción universal de la dignidad humana, en la medida que ambos no pueden desvincularse. No hay posibilidad de separarlos; de hacerlo, se vaciaría de contenido a ambos. Como bien indica Bobbio (1991), la dignidad humana encuentra su forma cuando es entendida en el sentido de derechos humanos y, como tal, adquiere contenido jurídico en ese extremo (p. 49). Asimismo, los derechos humanos encuentran en la dignidad la garantía de su *mínimo común invulnerable*.

En ese sentido, la dignidad humana viene a ser el fundamento universal para la expansión de los derechos humanos. Si bien esta postura no es aceptada en su integridad —sobre todo por quienes defienden el relativismo cultural—, consideramos que existe una clara tendencia universalista en la expansión de los derechos humanos. Ello se puede evidenciar en el desarrollo progresivo de diversos instrumentos a nivel universal y regional, donde predomina la noción de la dignidad humana vinculada a los derechos humanos. Por tanto, incluso cuando la noción de derechos humanos universales no es definitiva, la tendencia universalista mantiene una expresión progresiva debido a la inminente expansión de los derechos en el plano internacional.

4.2. LA ESPECIFICIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

La clave para comprender los derechos humanos radica en ubicar, de manera clara y didáctica, su desarrollo en el marco internacional. Esto es, entender si se encuentran reconocidos en instrumentos de alcance universal o regional, y si son de naturaleza general o específica.

Con la DUDH —la cual lleva al plano positivo la noción de derechos humanos vinculados a la dignidad humana y el ser humano—, el desarrollo de instrumentos regionales ha sido progresivo, manteniendo las características y rasgos esenciales incorporados en la Declaración, tales como la universalidad, indivisibilidad, conexidad e interdependencia. La generalidad de los derechos humanos ha sido la fuente de inspiración para su desarrollo específico, así como su dimensión universal lo ha sido para su diseminación regional.

El monopolio para el reconocimiento de instrumentos de alcance universal, como bien sabemos, recae principalmente sobre la Organización de las Naciones Unidas (ONU). No obstante, cabe precisar que estos instrumentos pueden ser de naturaleza general o específica (la especificidad de los derechos humanos). Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) son dos de los pilares fundamentales de alcance universal y carácter general

que inspiran la creación de otros instrumentos específicos —también de alcance universal—, con el fin de incorporar mayores estándares de protección sobre un derecho concreto o para favorecer a un grupo poblacional vulnerable; este es el caso de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). En síntesis, en el plano universal hay instrumentos de derechos humanos que reconocen un catálogo de derechos a favor de la población sin diferenciarlos por su condición de vulnerabilidad (generalidad) a diferencia de aquellos de naturaleza específica que necesariamente justifican su desarrollo con la precisión de esa condición.

Esta misma línea se aprecia en el plano regional. En el Sistema Interamericano contamos con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) y la CADH como instrumentos de alcance regional y carácter general; paralelamente, se han desarrollado instrumentos específicos para garantizar mayores protecciones a grupos poblacionales en situación de vulnerabilidad como las mujeres, las personas adultas mayores, los pueblos indígenas o las personas desaparecidas. Entre ellos tenemos a la Convención Belém do Pará o la más reciente Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPPII). Lo propio se observa en los sistemas europeo y africano con el desarrollo de instrumentos generales como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), respectivamente, y el desarrollo paralelo de instrumentos específicos como el Convenio Europeo sobre la Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica o el African Charter on the Rights and Welfare of the Child.

Por su parte, en el ámbito musulmán y árabe —que suele presentar un proceso más conservador sobre la idea de los derechos humanos— se ha logrado un avance considerable, especialmente en el desarrollo de instrumentos vinculados a la dignidad de las personas. Sin embargo, en este bloque, los instrumentos regionales como la

Declaración de Derechos Humanos en el Islam o la Carta Árabe de Derechos Humanos, se conservan solo en el plano de su generalidad, sin que se haya evidenciado aún un desarrollo progresivo de instrumentos específicos para afrontar la grave situación de los sectores más vulnerables, como las mujeres, los niños o las minorías.

Muhammad (2017) sostiene que el islam ha establecido una hermandad universal que se expresa en la virtud de las relaciones de los unos con los otros guiados por Dios (p. 42). Por tanto, es importante resaltar el avance del bloque de países de la Organización de la Conferencia Islámica, que plantea el desarrollo de derechos humanos desde una perspectiva musulmana, como la Declaración del Cairo. Asimismo, destaca el caso de la Liga de Estados Árabes con la Carta Árabe de Derechos Humanos; este documento, uno de los instrumentos más completos y recientes de derechos humanos fundado en la dignidad de las personas, expresa un vasto desarrollo de garantías procesales (debido proceso), derechos de naturaleza prohibitiva (no discriminación), libertades (expresión), derechos de igualdad (trabajo) y derechos colectivos (libre determinación). Sobre todo, la Carta resalta la igualdad en derecho y dignidad entre hombres y mujeres.

Como se puede apreciar, en toda esta línea de proceso —que indudablemente muestra un avance progresivo importante—, la dignidad humana ha sido el factor común que fundamenta la expansión positiva de los derechos humanos en los diversos instrumentos internacionales, ya sean de alcance universal o regional, general o específico. Considero que, desde el momento de su vinculación con los derechos humanos, la dignidad ha tenido un crecimiento vertiginoso en el plano internacional, convirtiendo su conceptualización jurídica (como generalidad) en un *monopolio universal* para la expansión de los derechos humanos.

4.3. EL RECONOCIMIENTO DE NUEVOS DERECHOS HUMANOS

Tanto la Declaración de Virginia como la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano constituyen las fuentes históricas más

próximas para la internacionalización de los derechos naturales y su tránsito al derecho positivo; una época donde predominó la luz del conocimiento y la razón impulsada por parte de un grupo de pensadores de la ilustración. Pese a sus marcados defectos —como la tolerancia a la esclavitud, la restricción de los derechos de las mujeres o el desconocimiento de los derechos de las minorías—, estos acontecimientos sentaron las primeras bases para el actual desarrollo de un marco internacional. Este camino se abrió de manera definitiva con la DUDH, lo que significó una explosión de derechos humanos como parte de su internacionalización y universalización.

Cabe precisar que, al referirnos a esta tercera dimensión sobre la expansión de derechos humanos, apuntamos a las más recientes incorporaciones (positivización) de derechos no considerados en los principales instrumentos internacionales clásicos. Ahora bien, surge la interrogante: ¿qué motiva que en el plano internacional se sigan reconociendo nuevos derechos humanos? Una aproximación ponderada a esta cuestión es la siguiente: la generalidad de la conceptualización de la dignidad humana es tan amplia que permite acomodar una necesidad indispensable de la persona a la categoría de derecho humano; por ejemplo, el acceso al internet o al agua potable. Entonces, el reconocimiento de nuevos derechos debe atender a las demandas justas e indispensables que estén a la altura de los ideales y aspiraciones que admite el contenido de la dignidad humana, los cuales son casi ilimitados.

Estas justas exigencias poseen, en esencia, el contenido de los derechos naturales, pues son derechos buenos, justos y necesarios que dignifican la vida de las personas. Ello descarta la existencia de un derecho humano injusto que podría alinearse con una concepción positivista. Sin embargo, a decir de Donnelly (2003), el énfasis de los derechos humanos radica en la selección de ciertos valores universales, pero no todas las cosas buenas pueden ser consideradas derechos humanos. Por ejemplo, el amor, la caridad o la compasión son virtudes y valores justos, pero no cuentan con un contenido jurídico que las eleve a dicha categoría. Asimismo, en este plano, el debate entre positivismo

y naturalismo pierde fuerza cuando entra a tallar la dignidad humana. Al incorporarse la noción de dignidad como una exigencia justa e indispensable, esta toma forma de derecho, resultando indiferente si proviene del ámbito de natural o positivo. En gran medida, los derechos humanos son tanto naturales como positivos, ya que existe un punto medio (ese *mínimo común invulnerable*) en el que ambos se hacen indispensables el uno al otro.

En ese orden, al existir la posibilidad de seguir incorporando nuevos derechos humanos al catálogo actual, su expansión es inminente por una sencilla razón: las necesidades de la condición humana son infinitas y los tiempos exigen cambios. Esto evidencia que no existe una lista cerrada de derechos, dada su vinculación innata con la dignidad y la persona humana (única titular exclusiva de estos derechos). Para ilustrar lo dicho, podemos citar algunos de los instrumentos del *soft law* como la A/RES/64/292, a través del cual, en el 2010, la ONU declaró el acceso al agua potable y al saneamiento básico como derechos humanos. Ocurrió lo mismo respecto del acceso a internet y la promoción y protección de los derechos en el entorno digital. Por otra parte, a nivel regional, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce uno de los catálogos de derechos humanos más progresivos, incluyendo el derecho a los servicios de colocación, a la protección contra el despido arbitrario, a la buena administración, de petición, al Defensor del Pueblo, entre otros. Mientras tanto, la DADPPII incorporó a su catálogo de protecciones el derecho a pertenecer a los pueblos indígenas o al autogobierno, derechos específicos de los cuales solo estos pueblos gozan de titularidad.

5. CONCLUSIONES

Los derechos humanos son la expresión jurídica de la dignidad humana. Así, la dignidad constituye la más alta aspiración y el valor supremo para su realización. No obstante, en el marco del derecho internacional, los diferentes tratados —sean de alcance universal o regional, de

naturaleza general o específica— han incorporado la noción de la dignidad humana como fundamento y como derecho de manera casi indistinta, pero sin una delimitación precisa de su conceptualización y contenido jurídico en el plano positivo.

Por su parte, en el ámbito de la justicia supranacional comparada, la Corte IDH no ha sentado posición definitiva sobre la distinción conceptual entre la dignidad humana como fundamento y como derecho, por lo que su desarrollo se da de manera indistinta. Por otro lado, el TEDH ha incorporado jurisprudencialmente la dignidad humana como fundamento esencial para la protección de los derechos humanos reconocidos en el CEDH. En contraste, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido específicamente el derecho fundamental a la dignidad humana, pero sin precisar cuál es su contenido jurídico en tanto derecho.

En el plano teórico, la noción de la dignidad humana vinculada a los derechos humanos tiene una doble dimensión conceptual: como generalidad y como especificidad. Como generalidad, viene a ser el fundamento universal para el reconocimiento y la expansión de los derechos humanos. Es el *mínimo común invulnerable* de todos los derechos, el cual justifica la proporcionalidad de las garantías y la intensidad en los estándares de protección universal de derechos. Parte fundamentalmente de la noción de igual dignidad para todas las personas por su sola condición humana, lo que se expresa jurídicamente como igualdad de derechos.

Sin embargo, se ha identificado que en el marco internacional ciertos derechos incorporan taxativamente (en su contenido positivo) la noción de la dignidad humana; entre ellos, el derecho al honor, al trabajo, o la prohibición de la discriminación y la esclavitud. Sostengo que estos derechos no delimitan la conceptualización jurídica de la dignidad, ni conforman el bloque que la dota de contenido como derecho, dado que la dignidad es el contenido común en todos los derechos humanos. Por tanto, esta situación solo evidenciaría una

desordenada forma de incorporar la noción de dignidad al contenido esencial de ciertos derechos, cuando en realidad está impregnada en todos ellos.

En su dimensión específica, el derecho a la dignidad humana constituye la facultad de las personas de poder exigir el reconocimiento y la garantía de libertades fundamentales; es decir, el derecho a tener derechos humanos. No obstante, resulta complejo determinar su contenido propio y autónomo. Se configura, más bien, como un derecho de naturaleza contentiva y conexa, que encuentra su expresión y contenido cuando se otorga una mayor intensidad de protección a otros derechos humanos; por ejemplo, el derecho a vivir con dignidad desprendido del derecho humano a la vida.

Finalmente, para comprender la noción de la dignidad humana en la expansión de los derechos humanos es necesario considerar, como mínimo, tres argumentos teóricos: 1) la expansión de los derechos humanos universales se basa en la noción universal de la dignidad humana; 2) la noción de la dignidad humana impulsa el desarrollo de instrumentos específicos para garantizar una mayor protección a poblaciones en situación de vulnerabilidad; y 3) la noción de la dignidad humana actúa como el fundamento central para el reconocimiento y la incorporación positiva de nuevos derechos. Con esta propuesta concluyo que *la noción de la dignidad humana viene a ser el monopolio universal para la expansión de los derechos humanos debido a su generalidad conceptual.*

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2019). *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*. Palestra Editores.
- Angulo, G. (2015). *Teoría contemporánea de los derechos humanos: elementos para una reconstrucción sistémica*. Dykinson.
- Atienza, M. (2022). *Sobre la dignidad humana*. Editorial Trotta.

- Barak, A. (2024). *La dignidad humana. Como valor y como derecho constitucional*. Palestra Editores.
- Barranco, M. C. (2011). *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*. Dykinson.
- Bentham, J. (2008). *Introducción a los principios de la moral y la legislación*. Claridad.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Editorial Sistema Madrid.
- Busso, G. (2021). *La dignidad como derecho en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. *Derecho PUCP*, 87, 405-432. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202102.012>
- Bustamante, R. (2018). *La idea de persona y dignidad humana*. Dykinson.
- Casado, M. (Coord.). (2009). *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*. Civitas; Thomson Reuters.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (1999). *Niños de la Calle vs. Guatemala*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2016). *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2018). *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*.
- Donnelly, J. (2003). *Universal Human Rights in theory and practice* (2.^a ed.). Cornell University Press.
- Fernández García, E. (2001). *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*. Dykinson.
- García, R. (2013). *La libertad de todos: Una defensa de los derechos sociales*. El Viejo Topo.
- Glensy, R. D. (2011). The right to dignity. *Columbia Human Rights Law Review*, 43(1), 65-142.
- Hayden, P. (2001). *The Philosophy of Human Rights*. Paragon House.

- Kant, I. (2005). *Crítica de la razón pura* (P. Ribas, Trad.). Taurus.
- Macklin, R. (2003). Dignity is a useless concept. *British Medical Journal*, 327, 1419. <https://www.bmj.com/content/327/7429/1419.full>
- Muhammad, K. (2017). *Islam and Human Rights*. Islam International Publications Limited.
- Peces-Barba, G. (2022). *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. Dykinson.
- Pele, A. (2010). *La Dignidad Humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico*. Dykinson.
- Pérez Luño, A (2002). *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Universidad Externado de Colombia.
- Pinker, S. (2008, 27 de mayo). The stupidity of dignity. *The New Republic*. <https://newrepublic.com/article/64674/the-stupidity-dignity>
- Sarlet, I. W. (2019). *La eficacia de los derechos fundamentales. Una teoría general desde la perspectiva constitucional*. Palestra Editores.
- Tribunal Constitucional de España. (1985). *Sentencia 53/1985*. Madrid: 11 de abril de 1985.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2005). *Caso Moldovan y otros c. Rumanía (n.º 2) (Demandas n.º 41138/98 y 64320/01)*. Estrasburgo: 12 de julio de 2005. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69670>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2015). *Caso Bouyid c. Bélgica (Demanda n.º 23380/09)*. Estrasburgo: 28 de septiembre de 2015. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-157670>
- Walzer, M. (1994). *Thick and Thin. Moral argument at home and abroad*. University of Notre Dame Press.



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Vol. 79, n.º 79, enero-diciembre, 2024 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)

DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2024.v79n79.03

DIALÉCTICA DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Dialectic of representative democracy

JORGE ANTONIO JÁUREGUI MENDIETA
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: jjaureguime@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0001-7687-1345>

RESUMEN

El artículo analiza la evolución de la democracia moderna representativa bajo la óptica de la dialéctica hegeliana, a partir de sus momentos y movimientos. Se identifican los elementos que configuran la democracia moderna republicana, al abarcar desde la Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre hasta su contradicción dialéctica con el capitalismo. Este último, surgido en el seno del modelo democrático moderno, despliega movimientos dialécticos de negación, eliminación y conservación sobre componentes centrales como el sistema de partidos, el sufragio y el sistema electoral. Tal dinámica conduce a una nueva realidad que, si bien preserva las formas democrático-republicanas modernas, vacía de contenido la soberanía

popular, el pluralismo representativo y la libertad individual, entendida esta última como la posibilidad de realizar un proyecto de vida de forma libre y razonable.

Palabras clave: democracia; sistemas electorales; partidos políticos; sufragio; elecciones.

ABSTRACT

This article analyses the evolution of modern representative democracy from the perspective of Hegelian dialectics, focusing on its defining moments and movements. It identifies the elements that shape modern republican democracy, from the French Revolution and the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen to its dialectical contradiction with capitalism. The latter, which emerged within the democratic model, develops dialectical movements of negation, elimination and conservation on central components such as the party system, suffrage and the electoral system. This dynamic generates a new reality which, although it maintains modern democratic-republican forms, empties popular sovereignty, representative pluralism and individual freedom of content, the latter understood as the possibility of realising a life project in a free and reasonable manner.

Keywords: democracy; electoral systems; political parties; suffrage; elections.

Recibido: 05/06/2024 Aprobado: 03/08/2024 Publicado: 10/12/2024

1. DIALÉCTICA DE LA HISTORIA Y LA POLÍTICA: HEGEL EN EL ESPÍRITU DEL MUNDO

El sistema filosófico de Friedrich Hegel constituye, para muchos, un punto de inflexión en la civilización europea, ya que conecta la teoría política moderna con la teoría política contemporánea. Este vínculo enlaza una primera fase —surgida del radicalismo democrático y el republicanismo con Maquiavelo, Bodin y Hobbes— con una segunda etapa desarrollada por Marx, Nietzsche y Freud.

La propuesta hegeliana, desarrollada en *La enciclopedia* (1817) sobre la base de *La ciencia de la lógica* (1813), ofrece una explicación del ser, de la historia y de la totalidad de la realidad desde la dialéctica. Si bien Platón aplicó este método para explicar el ser —concibiéndolo como dos visiones que dialogan: el mundo de las sensaciones y el de las ideas—, para Hegel la realidad misma actúa de esa manera (Hegel, 1997, § 81).

No obstante, hay que señalar que el sistema hegeliano responde a una perspectiva occidental. Aunque se trata de un pensamiento sugestivo, hoy se comprende al mundo y al género humano más como un *pluriverso* (cultural, humano, existencial y sensitivo) que como un *universo*, término tradicional en la filosofía política de Occidente. Al respecto, resulta pertinente el concepto de *pluriverso* desarrollado por autores como Ashish Kothari, Arturo Escobar y Alberto Acosta, entre otros, en tanto describe la pluralidad del género humano.

Etimológicamente, el término «dialéctica» proviene de «diálogo», es decir, dos visiones que interactúan. Sin embargo, Hegel plantea una comprensión de la dialéctica distinta a la platónica al situar esta dinámica en el interior de la realidad. De este modo, toda la realidad, incluidos los sujetos históricos y los fenómenos, es dialéctica; se despliega en un proceso de contradicción entre lo general y lo particular que produce nuevas realidades. Esta lógica resulta particularmente relevante para ciencias sociales como el derecho y la ciencia política, dado que permite entender el proceso de despliegue, progreso y

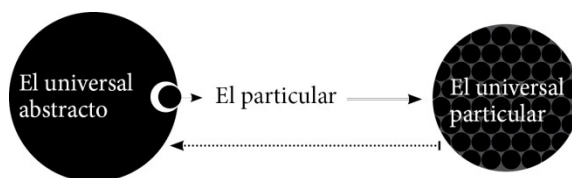
evolución de los sujetos históricos, sean estos de una persona individual, una clase social o una comunidad.

1.1. UN SISTEMA FILOSÓFICO OMNICOMPRESIVO EN TRES MOMENTOS Y EN TRES MOVIMIENTOS

En el sistema filosófico hegeliano distinguimos tres momentos de la dialéctica: el universal abstracto, el particular y el universal particular. A estas etapas, Karl Marx, en su obra *Miseria de la filosofía*, las denominó tesis, antítesis y síntesis (1987, p. 69). El universal abstracto, conformado por el conjunto de posibilidades, es negado por el particular —es decir, por una de las posibilidades específicas—, lo que produce un tercer momento: el universal particular. Esta síntesis constituye, a su vez, un nuevo universal abstracto que reactiva el ciclo dialéctico.

Figura 1

Representación esquemática de los tres momentos de la dialéctica hegeliana



Cada fase dialéctica conlleva a la negación y superación de la precedente. Para esto, la dialéctica opera mediante tres movimientos: la negación, la eliminación y la conservación. De este modo, lo particular niega al universal abstracto, lo elimina y, simultáneamente, lo conserva; esto permite que el sujeto histórico tenga historia y genere un nuevo momento dialéctico.

Cuando el sujeto histórico, sea individual o colectivo, realiza una posibilidad, se autolimita. Esto equivale a decir que se autoniega como universal abstracto para decantar en un particular. El tránsito de lo universal abstracto a lo particular es decisivo, porque el *yo* se determina, se limita y se dota de contenido.

Hegel descubre que la historia universal posee una finalidad, un *télos*. La historia y, por ende, el conjunto de teorías políticas desarrolladas en ella no son un conjunto de ideas inconexas o sueltas, sino el resultado de un proceso dialéctico. A esta progresión universal, Hegel la define como el *espíritu del mundo*.

La contradicción y el juego de opuestos conforman el motor de la historia. Así, el avance surge del enfrentamiento: cada momento histórico lleva en sí el germen de su propia superación, ya que contiene contradicciones internas que conducirán a su destrucción, conservación y superación. Cada fase representa un progreso en la autoconciencia del espíritu, entendida esta última como la autoconciencia de la libertad humana.

Finalmente, en *La ciencia de la lógica*, Hegel explica toda la realidad a través de su sistema. Comienza con lo más universal y abstracto: el ser, concepto tan general que resulta indefinible, donde el ser y la nada constituyen, así, la primera contradicción dialéctica (1982, p. 74).

2. DIALÉCTICA DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

La democracia es un término complejo debido a los diferentes contenidos que ha adquirido a lo largo de la historia occidental. Etimológicamente, su origen se halla en el antiguo griego y se compone de dos voces: *demos* (pueblo) y *kratos* (poder); es decir, el poder del pueblo. Es importante considerar que, en el mundo griego, el pueblo —entendido como la *ekklesía* de la polis— no estaba conformado por todos los hombres. En aquel contexto no existía la noción de un género humano o una humanidad universal y fraterna; la participación se reservaba, más bien, para un grupo reducido y privilegiado. Posteriormente, la civilización occidental moderna desarrolló el concepto de dignidad humana, así como el espíritu absoluto, lo que dio paso a la idea de esta humanidad universal, libre y fraterna.

En la Grecia clásica, la palabra «democracia» no correspondía al ideal de organización de la sociedad vigente hoy. Aristóteles la situó

dentro de los regímenes despóticos —o desviados—, junto con la tiranía y la oligarquía. Para él, la democracia integraba el grupo de modelos en los que los individuos o facciones imponían sus intereses particulares sobre el interés de la comunidad o el bien común. Como expone el filósofo estagirita, el bien común no es la suma de la totalidad de los intereses individuales y particulares, sino el punto medio de estos.

De esta forma, los regímenes en los que prevalece dicho punto medio (el bien común) son los denominados *regímenes políticos*: modelos razonables donde hombres formados en la *paideia* logran consensos éticos y políticos sobre la idea de justicia y organizan a la polis bajo parámetros políticos. Este ideal, en el que una mayoría de hombres libres decide la orientación de su comunidad basándose en el bien común o en la justicia, es lo que Aristóteles denominó *politeia*. Contemporáneamente, conocemos este concepto por su traducción latina: *res publica* o «casa de todos».

La democracia moderna dista de la idea de la democracia en la Grecia antigua y se asocia al ideal de la *politeia* o república. Es el republicanismo moderno el modelo propuesto por Occidente para reemplazar las estructuras tradicionales, estamentales y dinásticas del Medioevo, y es el que contiene la esencia de lo que hoy llamamos democracia. Este nuevo modelo de sociedad y de régimen se basa en una nueva idea de la soberanía. Se reemplaza la soberanía estamental, monárquica y dinástica —en la que la libertad de decidir recaía en un solo hombre: el soberano— por una soberanía popular moderna. Esta última consagra la libertad e igualdad de todas las personas de la comunidad quienes, dotadas de libertad, poseen la capacidad de ejercer el poder soberano.

La conformación de las repúblicas democráticas modernas es consecuencia de una evolución dialéctica. La soberanía transitó de un individuo a un grupo reducido en la *politeia* griega y la república romana; luego, se expandió al conjunto de la comunidad y, finalmente, abarcó a la humanidad de forma universal como aporte del humanismo cristiano.

Como explica el destacado politólogo e historiador estadounidense Charles Tilly (2010), la democracia implica un proceso de inclusión de los excluidos. En este sentido, solo podemos definir un sistema político, social y económico como democrático cuando todas las personas forman parte efectiva de la comunidad y se benefician de ella material y realmente. Así, la democracia no se reduce a un acto simbólico y declarativo, sino que constituye una dinámica de inclusión que Tilly define como «proceso democratizador».

Un aspecto ineludible de la democracia es su carácter universal; esto es, que no se desarrolló únicamente en Europa occidental, como erróneamente plantean algunos autores occidentales, incluido Hegel. Al respecto, Amartya Sen (2019) señala:

La creencia de que la democracia no ha florecido en ninguna parte del mundo más que en Occidente está muy extendida y se expresa con frecuencia. Y se usa para explicar acontecimientos contemporáneos. Por ejemplo, la culpa de los inmensos problemas surgidos después de la intervención en Irak no se atribuye a la naturaleza peculiar de la desinformada y mal argumentada ocupación militar de 2003, sino más bien a una dificultad imaginaria que considera que la democracia y el razonamiento público no son convenientes para las culturas y tradiciones de países no occidentales como Irak. (p. 352)

Si aplicamos la dialéctica hegeliana a la democracia representativa liberal contemporánea, observaremos que esta configura un universal particular. Este, a su vez, se convierte nuevamente en un universal abstracto, activando así el ciclo de la dialéctica, dado que contiene la totalidad de los elementos que forma la nueva realidad.

La democracia representativa contemporánea, basada en el republicanismo moderno, se configuró como universal concreto con la Revolución francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre en las postrimerías del siglo XVIII. No obstante, debido al desenvolvimiento

dialéctico de la historia, se transformó en un universal abstracto, cuyos elementos internos entran en relación dialéctica con la totalidad de la nueva realidad establecida.

De este modo, la orientación comunitarista, igualitarista y liberal de la república moderna encuentra su contradicción dialéctica en los intereses particulares de grupos sociales dominantes. Estos buscan imponer sus agendas al resto, lo cual distorsiona la lógica republicana y democrática de una sociedad que concibe a hombres y grupos sociales como libres e iguales, capaces de deliberar en el espacio público y lograr consensos políticos razonables. Como describe Hamilton et al. (2014):

La ambición, la avaricia, la animosidad personal, el espíritu de partido y muchos otros móviles no más laudables que estos pueden influir a los que apoyan el lado justo de una cuestión y los que se oponen a él. Aun sin estas causas de moderación, nada es tan desacertado como ese espíritu de intolerancia que ha caracterizado en todos los tiempos a los partidos políticos. (p. 4)

El fenómeno particular que produce la contradicción dialéctica con la organización comunitarista, igualitarista y liberal de la sociedad democrática es el capitalismo, el cual se consolida en la primera mitad del siglo XIX; es decir, dentro de la dinámica de funcionamiento del republicanismo democrático.

Karl Marx define al capitalismo como un sistema de relaciones, sociales, políticas y económicas basado en el trabajo abstracto y destinado a la concentración y centralización del capital (1975, p. 57). Históricamente, el trabajo se entiende como el despliegue voluntario de energía humana, intelectual y física, orientado a solucionar los problemas concretos de la vida humana: el trabajo concreto.

No obstante, en el capitalismo, el trabajo se transforma en un despliegue deliberado de energía humana, intelectual y física, destinada a

generar ganancia para los dueños de los medios de producción, constituyendo así una nueva forma: el trabajo abstracto.

El capitalismo surge al interior del universal abstracto —la democracia representativa contemporánea— y entra en contradicción dialéctica con esa realidad. Esta última se sustenta en la soberanía popular, la representación política y en un concepto de justicia que sostiene la totalidad de la estructura: la libertad individual y la igual dignidad de todas las personas que integran parte de la sociedad.

El capitalismo establece una relación de negación, eliminación y conservación con el concepto de soberanía democrática. Por un lado, niega y elimina el control real y efectivo que el conjunto de la sociedad debería ejercer sobre el poder instituido; por otro, conserva formas democráticas como los procesos electorales. Sin embargo, restringe simultáneamente el poder soberano democrático a través de mecanismos como las *puertas giratorias* y la captura del Estado. Como resultado, el poder soberano —que es esencialmente ciudadano— encuentra un límite: un Estado capturado y controlado por funcionarios no elegidos, quienes no cumplen la función de árbitros imparciales en los conflictos sociales, sino que favorecen los intereses del capital.

Asimismo, el capitalismo replica esta dinámica dialéctica con el concepto de representación política. Esta evolucionó de la representación estamental privada a una representación política propia de la democracia representativa. En el Antiguo Régimen se desarrollaron formas de representación estamental en las cortes, donde los delegados defendían los intereses particulares de su estamento: la aristocracia, el clero y el pueblo o burguesía; este tipo de mandato estaba sujeto a las reglas del derecho privado. En cambio, en la democracia representativa, basada en el espíritu republicano, la representación es política: no defiende intereses privados, sino el interés general y el sentido de justicia de la sociedad. Por ello, está sujeta a límites institucionales y al control electoral del soberano: la sociedad.

De esta forma, la representación contemporánea conserva las formas democráticas mediante elecciones políticas, pero estas operan bajo condiciones distorsionadas por sistemas de partidos con tendencias oligárquicas —como explica Robert Michels (1996)— y, sobre todo, por su dependencia del financiamiento de grandes donantes privados, dueños de los medios de producción y del capital.

Por otra parte, el capitalismo entra en relación de negación, eliminación y conservación con el concepto base de la democracia representativa: la razón pública o la idea de justicia democrática. Como lo expone Amartya Sen:

De los precedentes capítulos de este libro debe resultar claro el papel central del razonamiento público para la comprensión de la justicia. Este reconocimiento conlleva a una conexión entre la idea de justicia y la práctica de la democracia puesto que en la filosofía política contemporánea ha ganado amplia aceptación la idea de que la democracia se entiende mejor como el gobierno por discusión. (...)

Existe por supuesto una visión más antigua y formal de la democracia que carga el acento en las elecciones y los votos, en lugar de la más amplia perspectiva del gobierno por discusión. (2019, p. 354)

Bajo esta lógica, la justicia democrática, que debería expresarse en la garantía de la libertad individual para todas las personas, se ve transformada en la anarquía de los agentes económicos. Estos operan sin límites democráticos, vulnerando libertades fundamentales que deben ser garantizadas para el conjunto de las personas. Rawls (1995) explica que: «El mejor sistema de libertades depende de la totalidad de las limitaciones a las que se le sujete» (p. 194).

La libertad individual es un principio liberal que garantiza el derecho de las personas a realizar su proyecto de vida de manera libre y razonable. Esto último implica respetar el derecho de los demás a

ejercer dicha libertad, lo que deriva en la igualdad de las condiciones para acceder a ella. Rawls define este concepto como justicia sustantiva, la cual trasciende la justicia formal:

La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es a los sistemas de pensamiento. Una teoría por muy elocuente y concisa que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas deben ser reformadas o abolidas. (1995, p. 17)

Un efecto complejo del capitalismo sobre la democracia representativa contemporánea radica en el carácter internacional de la concentración y centralización de capital. Este enfoque configura una acumulación de poder fuera del control de los Estados nacionales, tal como explica Wolin (2012):

El problema fundamental reside en la suposición original de que el capitalismo y la democracia evolucionarían en líneas compatibles y se reforzarían mutuamente; o, dicho de manera distinta, que la cultura a la que estaba expuesto el trabajador sería coherente con la cultura del ciudadano. (...) Con el surgimiento del capitalismo como sistema de poder dominado por enormes conglomerados que otorgan recompensas radicalmente desiguales, su cultura democrática continuamente se volvió más obvia. (p. 776)

2.1. LA DEMOCRACIA CARTELIZADA DEL CAPITALISMO

La democracia representativa liberal contemporánea, al configurar un universal abstracto y entrar en relación dialéctica con el particular —capitalismo—, da lugar a un nuevo universal particular: la democracia cartelizada. Esta se define como modelo social y político que, aun cuando reconoce formalmente los fundamentos del régimen democrático, permite la conservación de lógicas oligárquicas y autocráticas.

La cartelización empresarial es una forma en la que los agentes económicos, mediante acuerdos y marcos institucionales, eliminan la competencia en los mercados para mejorar su posición de poder. Por esto, resulta didáctico emplear el concepto de cartelización para describir la eliminación de la competencia en la representación de intereses de la esfera pública, acción realizada por los grupos de poder económico en el capitalismo. Estos grupos consolidan su posición de poder a través de la captura del Estado, el cual pierde su dimensión de árbitro neutro de los intereses particulares para constituirse, más bien, en un instrumento al servicio de grupos e intereses específicos.

Los mecanismos de la cartelización de las democracias capitalistas están configurados por una triada de elementos institucionales que veremos a continuación.

2.2. EL SISTEMA DE PARTIDOS POLÍTICOS

En principio, ubicamos a los sistemas de partidos políticos, conformados por el conjunto de organizaciones con fuerza para impulsar acuerdos e intereses en la esfera estatal; asimismo, forman parte de este sistema las pautas de interacción acordadas para tal fin. El sistema de partidos puede bloquear la libertad y la soberanía popular al depender de los grupos sociales de la cartelización capitalista. Esto ocurre a través de tres mecanismos:

En primer lugar, la dependencia del financiamiento partidista y de campañas electorales. En algunos países, como los Estados Unidos, este financiamiento no tiene tope, por lo que el poder de la cartelización capitalista sobre los partidos y los procesos políticos resulta ilimitado.

Un segundo mecanismo refiere a la definición de las propuestas ideológico-programáticas. Si estas no se discuten y aprueban de forma democrática —es decir, mediante la participación y votación de los afiliados y la militancia—, los partidos terminan adoptando propuestas programáticas que no representan los intereses de distintos grupos sociales.

En tercer lugar, el modo más intenso de limitar la libertad y la soberanía democrático-republicana opera mediante la elección de la oferta electoral; en otras palabras, la designación de quienes postulan a cargos de elección popular. Si la elección interna partidista de candidaturas no se realiza mediante la votación universal, libre, directa, secreta e igualitaria de los ciudadanos, los partidos pueden imponer una oferta que no represente los intereses de la sociedad en su conjunto. Por el contrario, representarán los intereses de la cartelización capitalista, la cual financia tanto a la organización partidista como a la política.

2.3. EL SISTEMA DE SUFRAGIO Y DE DISTRICTALIZACIÓN

Un segundo elemento institucional del proceso de oligarquización de las democracias cartelizadas es el sistema de votación, conformado por el tipo de sufragio y por la configuración de los distritos electorales. Respecto al sistema de votación, podemos distinguir dos modalidades: en primer lugar, el sufragio restringido u oligárquico; y, en segundo lugar, el sufragio democrático, caracterizado por cinco componentes: universal, igualitario, secreto, libre y directo.

En sistemas políticos como el estadounidense, la elección del presidente se realiza mediante un sistema de sufragio indirecto a través de un colegio electoral. En este modelo, los votos de los electores no se contabilizan en una votación nacional directa —como en la mayoría de los países—, sino que se calculan a nivel estatal. Así, se asigna a cada partido un número de escaños en el colegio electoral en proporción de los votos obtenidos en cada Estado. Esta elección presidencial indirecta otorga relevancia al peso de los grandes donantes de campaña para influir sobre los «compromisarios» (representantes de los partidos en el colegio electoral). Estos pueden llegar a votar de forma distinta a la voluntad popular expresada en las urnas. Tal dinámica dio el triunfo a Donald Trump sobre Hillary Clinton y a George Bush sobre Albert Gore; en ambos casos, los ganadores perdieron en las urnas, pero vencieron en el colegio electoral. Este mecanismo distorsiona directamente la libertad ciudadana y la soberanía popular.

Otra distorsión de la democracia representativa vinculada al sistema de votación radica en la disparidad de tamaños de los distritos electorales. Por ejemplo, en la elección del senado estadounidense, todos los estados eligen dos senadores indistintamente de su población. Esto provoca que California, con más de cuarenta millones de electores, tenga la misma representación (dos escaños) que Estados con menos de medio millón, lo que vulnera el principio de sufragio igualitario.

En el caso peruano, esta afectación al principio de igualdad de voto se materializa en las enormes diferencias demográficas entre los distritos electorales. Por ejemplo, el distrito electoral de Lima Metropolitana cuenta con más de siete millones de electores, frente al distrito de Amazonas, que no llega a los trescientos mil. Dado que no existe una proporcionalidad estricta en la asignación de escaños, el número de electores por representante es mucho mayor en Lima que en Amazonas. Esto implica que el peso del voto es menor en la capital, lo que afecta el principio de igualdad. Sin embargo, es en esta diferencia del peso del voto rural-campesino respecto al voto urbano —aplastantemente mayor en número— donde se observa el bloqueo a la representación de la población campesina. Así, las asimetrías en los volúmenes de electores por distrito y por grupo social impactan en las condiciones de igualdad del voto, efecto que se intensifica mediante la distritalización.

Finalmente, la distritalización configura el mecanismo que permite definir los territorios geográficos y demográficos de los distritos electorales para hacerlos funcionales a los objetivos estratégicos de los partidos. En los Estados Unidos, por ejemplo, en los estados del sur con mayor presencia conservadora —proclive al Partido Republicano—, la distritalización se utiliza para marginalizar a la población afroestadounidense. De esta forma artificial, el Partido Republicano logra mejores resultados electorales en la cámara de representantes.

2.4. EL SISTEMA ELECTORAL

El tercer elemento institucional que puede afectar a la democracia representativa es el sistema electoral. Dieter Nohlen (2004) lo define como un sistema institucional complejo que permite traducir los votos y candidaturas en escaños, transformando así la configuración numérica del sistema de partidos.

Las distorsiones que produce el sistema electoral en la democracia representativa operan a través del grado de proporcionalidad o desproporcionalidad con la que se asignan los escaños y cargos de elección popular. Esto puede crear mayorías artificiales, pero, sobre todo, genera la subrepresentación de ciertos grupos sociales y la consecuente sobrerepresentación de otros. En otras palabras, la desproporcionalidad en la distribución de escaños favorece a los sectores sobrerrepresentados —quienes logran representar sus intereses— en desmedro de los subrepresentados, que carecen de participación material en el proceso. Esta dinámica restringe de manera absoluta la libertad individual de estas personas y la soberanía popular que corresponde al conjunto de la sociedad.

En conclusión, es posible apreciar que los elementos internos que conforman el universal abstracto —la libertad individual y la soberanía popular— son negados, eliminados y conservados en una nueva configuración dentro de la democracia representativa cartelizada. Este proceso es ejecutado por los sistemas de partidos, los sistemas de votación y los sistemas electorales, los cuales cartelizan la representación y, por ende, la soberanía de las democracias occidentales contemporáneas. Esta lógica de funcionamiento conduce al *totalitarismo invertido*, concepto destacado por el profesor estadounidense Sheldon Wolin. Él define el poder corporativo en el capitalismo como un totalitarismo instituido desde el mundo privado, el cual enajena la libertad y la ciudadanía (2012). A diferencia de los totalitarismos de la primera mitad del siglo XX, que se instituyeron desde partidos políticos, el totalitarismo del siglo XXI se erige desde un poder centralizado globalmente

en el mundo corporativo, que fractura y dispersa sistemáticamente la resistencia ciudadana a través de una poderosa industria cultural.

3. CONCLUSIONES

La democracia representativa liberal occidental contemporánea configuró un universal concreto que, al activar el movimiento dialéctico, se transformó en un universal abstracto. Este entra en relación dialéctica con el capitalismo, elemento particular que surge al interior y que, en consecuencia, la niega, elimina y conserva.

El nuevo universal concreto producido por la relación dialéctica entre la democracia representativa y el capitalismo es la democracia cartelizada. Esta figura conserva las formas del poder democrático, pero carece de su contenido sustancial, lo que produce la negación y superación de sus fundamentos esenciales: la soberanía democrática, la representación política y la justicia social.

La neutralización del Estado como mecanismo para superar los conflictos de intereses entre los grupos de poder económico y los demás grupos sociales evidencia, en la democracia cartelizada, un fenómeno nuevo: una injusticia transnacional propia del capitalismo financiero y de vigilancia del siglo XXI. Por tanto, urge que los Estados recuperen su rol de mediador razonable; para ello, deben organizarse con el fin de controlar colectivamente el poder del capitalismo financierizado actual.

El capitalismo entra en relación dialéctica con el principio liberal de libertad individual. Si bien esta libertad individual implica que las personas realicen su proyecto de vida de manera libre y razonable —sin limitaciones externas del Estado o la sociedad—, la pobreza generada por las relaciones de dominación y explotación capitalistas constituye una privación fáctica de la capacidad para ejercerla.

Dado que la libertad individual solo puede ejercerse cuando se dispone de un conjunto de condiciones materiales —lo que John Rawls (1995) denominó *bienes primarios*—, la pobreza priva a las

personas de la disposición a dichos bienes. En consecuencia, esta carencia las incapacita para el ejercicio de su libertad.

Finalmente, los modelos de partidos políticos compatibles con la racionalidad de una democracia representativa requieren mecanismos efectivos de democracia interna. Estos incluyen la participación de los afiliados en la elección de autoridades de partidos políticos y en la definición de la oferta programática, así como la participación de la ciudadanía en la elección de las candidaturas electorales.

REFERENCIAS

- Hamilton, A., Madison, J., & Jay, J. (2014). *El Federalista*. Fondo de Cultura Económica.
- Hegel, G. W. F. (1982). *Ciencia de la lógica* (A. Mondolfo y R. Mondolfo, Trads.). Ediciones Solar.
- Hegel, G. W. F. (1997). *Enciclopedia de las ciencias filosóficas en compendio* (R. Valls Plana, Trad.). Alianza.
- Marx, K. (1975). *El capital. Crítica de la economía política* (Tomo I, Vol. 1) (P. Scaron, Trad.). Siglo XXI Editores.
- Marx, K. (1987). *Miseria de la filosofía*. Siglo XXI Editores.
- Michels, R. (1996). *Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna* (E. Notas, Trad.). Amorrortu.
- Nohlen, D. (2004). *Sistemas electorales y partidos políticos*. Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (1995). *Teoría de la justicia* (M. D. González, Trad.; 2.^a ed.). Fondo de Cultura Económica.
- Sen, A. (2019). *La idea de justicia* (H. Valencia, Trad.; 2.^a ed.). Taurus.
- Tilly, C. (2010). *Democracia* (L. Mosconi, Trad.). Akal.
- Wolin, S. (2012). *Política y perspectiva. Continuidad e innovación en el pensamiento político occidental* (L. García & N. de Allende, Trads.). Fondo de Cultura Económica.



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Vol. 79, n.º 79, enero-diciembre, 2024 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)

DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2024.v79n79.04

PERÚ: ESTADO CENTRALISTA INVIABLE

Peru: an unviable centralised state

CIRO GÁLVEZ HERRERA

Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: ciro.galvez@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0009-0001-3553-2141>

RESUMEN

Este estudio plantea la inviabilidad del Perú como Estado bajo su actual modelo centralista y unitario, el cual preserva una estructura colonial que excluye sistemáticamente a los pueblos indígenas. En contraposición, se examina el Tawantinsuyu como una confederación descentralizada que respetó la autonomía étnica y se adaptó a la compleja geografía andina. La República, heredera de la visión homogeneizadora virreinal, ignora la diversidad cultural y las barreras físicas del territorio, lo que impide una verdadera integración nacional. El análisis histórico y demográfico identifica la desconexión física y la exclusión política como causas estructurales de la polarización y conflictividad actuales. Se concluye que la solución a la crisis institucional exige la construcción de un nuevo tipo de Estado que reconozca la autonomía

de los pueblos originarios y fundamente la unidad nacional en un proyecto de futuro inclusivo y descentralizado, más allá de reformas superficiales.

Palabras clave: Estado centralista; pueblos indígenas; Tawantinsuyu; exclusión social; geografía andina.

ABSTRACT

The article argues that Peru is unviable under its current centralist and unitary state model, which preserves a colonial structure that has systematically excluded indigenous peoples. In contrast, it analyses the Tawantinsuyu as a decentralised confederation that respected the autonomy of ethnic groups and adapted effectively to the complex Andean geography. It further argues that the Republic inherited the homogenising vision of the Viceroyalty, which has ignored both cultural diversity and the physical barriers of the territory, thus hindering effective national integration. From this perspective, historical and demographic analysis shows that territorial disconnection and political exclusion are the structural causes of contemporary polarisation and conflict. The study concludes that the solution to the institutional crisis does not lie in superficial reforms, but in the construction of a new type of state that recognises the autonomy of indigenous peoples and bases national unity not on an imposed past, but on an inclusive and decentralised project for the future.

Keywords: Centralist state; indigenous peoples; Tawantinsuyu; social exclusion; Andean geography.

Recibido: 13/04/2024 Aprobado: 15/08/2024 Publicado: 10/12/2024

1. INTRODUCCIÓN

La polarización y la conflictividad multidireccional en la república actual radican en la construcción vertical del Estado peruano durante doscientos años, bajo una visión colonizadora exclusiva para los descendientes españoles. Esta estructura, cimentada en el Estado colonial y opuesta a la del Estado prehispánico, ha excluido la participación de los pueblos indígenas. A inicios de la República, este grupo constituía más del 57 % de la población nacional —según el censo de 1791 del virrey Francisco Gil de Taboada—; sin embargo, se lo mantuvo en la misma situación de exclusión impuesta por el coloniaje. En consecuencia, dichos pueblos carecen hasta hoy de representación en el Congreso, no tienen poder de decisión gubernamental ni forman parte de la estructura estatal.

Según el censo realizado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), de 2018, los pueblos indígenas representan el 17,54 % de la población peruana. No obstante, estas cifras oficiales no son confiables. Diversos estudios sugieren que la población indígena actual supera el 30 %, ya que muchos censados ocultan su identidad originaria. Al respecto, Juan Ossio Acuña (1994), exministro de Cultura, afirmó:

Si a estas cifras agregamos los migrantes permanentes desde hace unos 30 años, y sus hijos, tendríamos que más del 50 % de la población peruana está vinculada con estas unidades sociales. No son pues entidades irrelevantes para el contexto nacional. Por el contrario, son muy significativas y gracias a ellas se ha perpetuado la cultura andina y se sostiene el precario ordenamiento social de nuestro país. (p. 116)

Se deduce, entonces, que la población originaria supera los datos del INEI. El peruano indígena, ante el censador criollo, suele ocultar su identidad y evitar su lengua originaria como mecanismo de protección frente a la discriminación. Es importante notar que la población

aborigen se distribuye en los *ayllus* precolombinos, hoy denominados comunidades campesinas y nativas. Cabe recordar que el *ayllu* constituyó la unidad política básica del Tawantinsuyu.

La disminución gradual de este grupo responde al mestizaje —promovido por la visión racialista del Estado criollo para borrar rasgos indígenas—, los trabajos forzados, la deficiente atención sanitaria y el exterminio físico. En este contexto, resulta evidente que, mientras ese vasto sector permanezca excluido, la problemática histórica se agravará hasta provocar un latente colapso nacional.

2. TAWANTINSUYU: ESTADO DESCENTRALIZADO

Antes de la colonización española, el Perú estuvo organizado como una confederación de etnias autónomas denominada Tawantinsuyu, la cual no llegó a consolidarse como un Estado centralista y unitario. El Cusco no fue la capital de un supuesto «gran imperio» sólidamente cohesionado, imagen proyectada tradicionalmente por la historiografía eurooccidental.

El accidentado territorio, habitado por etnias distintas (generalmente una por cuenca) con limitada conexión entre sí, impidió que los incas las unificaran bajo una sola ley, idioma y costumbre. Por esta razón, la élite cusqueña respetó la autonomía política, económica, social y cultural de los pueblos que conformaban la confederación panandina. Al respecto, Gálvez señala: «La diversidad de los escenarios [...] fue entendida por los incas, y por ello, respetaron las formas de organización, las costumbres, los modos de vida e idioma de cada etnia» (2022, p. 8).

Dada la ausencia de una fluida interconexión, la escasa relación entre los *ayllus* vecinos tuvo como única finalidad afrontar solidariamente los rigores de la naturaleza. Tal como indica el autor: «El contacto entre *ayllus* y etnias no fue como en Europa para el intercambio comercial ni para despojar a través de la guerra bienes que poseían solo algunas etnias, ni para esclavizar a los vencidos» (Gálvez, 2022, p. 8).

La incorporación de pueblos fue, por lo general, pacífica y se realizaba mediante *yaykupakuy* (iniciativas de reciprocidad) para persuadir sobre la conveniencia de confederarse, salvo en casos excepcionales de resistencia.

En el escenario andino accidentado y diverso, los pueblos se desarrollaron independientemente, interrelacionados pero sin fusionarse para formar un Estado unitario. La adversa geografía impidió la construcción de grandes vías de transporte, en tanto que la inexistencia de caballos y otros animales de carga y tracción y la imposibilidad de usar la rueda influyeron para que el proceso de evolución fuera diferente que en Europa, de modo que evolucionaron hasta convertirse en una confederación de pueblos autónomos, porque la producción de gran diversidad de alimentos en los numerosos pisos altitudinales existentes en el propio terruño posibilitó el autosostenimiento de cada uno, sin necesidad de intercambiar productos con otras latitudes. La imposibilidad de migrar y el modo de vida dedicado a la agricultura influyeron para que el poblador andino permanezca plenamente ligado a la tierra. Las autoridades de los ayllus no tuvieron la necesidad de transferir sus facultades de gobierno a un organismo central. (Gálvez, 2022, p. 47)

Al no consolidarse como un Estado centralista, el Tawantinsuyu carecía de un territorio delimitado por fronteras y de fuerzas armadas regulares para su defensa permanente. En consecuencia, no existía un compromiso sólido que garantizara la solidaridad de la confederación ante la invasión ibérica. El Tawantinsuyu no fue un Estado unitario, sino la materialización de la filosofía de llevar el bienestar que predicaron y practicaron a los cuatro *suyos* (puntos cardinales del mundo). Por esta razón, los incas no actuaron como emperadores absolutistas, sino como sabios embajadores cusqueños y médiums (*waqraq*) que posibilitaban la comunicación entre los seres humanos y la divinidad (*Pachacamaq*).

3. FACTORES QUE FACILITARON LA CAÍDA Y COLONIZACIÓN DEL TAWANTINSUYU

La rápida invasión y dominación española sobre los pueblos indígenas respondió a la convergencia de cuatro factores determinantes: la frágil cohesión entre las etnias del Tawantinsuyu; la creencia de que los españoles eran dioses (*wiracochas*), motivo por el cual no se les enfrentó militarmente —costumbre reverencial que subsiste en muchas comunidades—; el mestizaje facilitado por la atracción y la práctica cultural *uywanakuy* (matrimonio a prueba) entre las mujeres indígenas; y la superioridad bélica de los españoles frente a una sociedad agraria sin experiencia en la guerra moderna ni la malicia política de los castellanos.

A eso se debe que la ocupación de Cajamarca, ejecutada por Francisco Pizarro y su reducido ejército, no encontrara resistencia, situación que se repitió en Cusco. En Cajamarca, los españoles asesinaron a más de seis mil indígenas desarmados que, vestidos de blanco por el mes del *ayaymarqay* (mes de meditación y reencuentro con sus difuntos), acudieron a la *hatun kancha* (plaza principal) para recibir a los supuestos dioses; un genocidio confirmado por cronistas presentes como Hernando Pizarro, Cristóbal de Mena, Francisco de Jerez, Miguel de Astete, Juan Ruiz de Arce y otros. Tras la muerte de Atahualpa, los líderes de su entorno (*q'apaqkuna* y *willaq umakuna*) se suicidaron ritualmente para «acompañar» al líder supremo, lo que dejó al Tawantinsuyu descabezado y sin autoridad (Gálvez, 2022, p. 64). La gran confederación quedó así a merced de los invasores y, consumada la invasión, la colonización se desplegó gradualmente.

En el ámbito político, se inició la construcción del Estado colonial mediante la implantación de estructuras políticas, económicas y sociales europeas. La demarcación territorial por intendencias, basadas en líneas administrativas y líneas arbitrarias, abolió la organización natural por cuencas y fragmentó las unidades étnicas previas, excluyendo a la población de la nueva estructura estatal. Los *hatun curacas* (líderes

étnicos), ante la imposibilidad de resistir, se sometieron al virrey. Este reconoció su investidura y autoridad plena para gobernar; aunque sin integrar a dichos *ayllus* al aparato estatal central. Con el asentimiento de estas autoridades, el virrey Toledo reubicó los *ayllus* en territorios accesibles (reducciones) bajo el pretexto de mejorar la coordinación con los *wiracochas*, cuando el objetivo real era optimizar el control social y la recaudación del tributo indígena. Sin embargo, tras la derrota de Túpac Amaru II en 1781, y debido al papel protagónico de los curacas en la rebelión, el título nobiliario fue abolido. Esta medida dejó a los *ayllus* desconectados del Estado y aislados entre sí, dado que la autoridad indígena constituía su principal elemento de cohesión. El vacío de poder agravó la dispersión e inermidad de la población aborígen, al privarla de su única, aunque deficiente, instancia de representación ante el Estado.

En el ámbito social, se impulsó un proceso de homogeneización sin respetar las diferencias culturales de las etnias subyugadas, con el fin de desarraigarlas de su cultura originaria. No obstante, tal política fracasó debido a los mismos obstáculos geográficos que impidieron la consolidación centralista del Tawantinsuyu.

4. RELATIVA INDEPENDENCIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DURANTE LA COLONIA

Durante el periodo colonial, los pueblos indígenas conservaron una relativa independencia y autonomía territorial, ya que los colonizadores —al igual que los incas— no lograron ejercer un dominio absoluto sobre la sierra y la selva. En este sentido, Mariátegui (2007) sostiene:

Ni el español ni el criollo supieron ni pudieron conquistar los Andes. En los Andes, el español no fue nunca sino un *pioneer* o un misionero. El criollo lo es también hasta que el ambiente andino extingue en él al conquistador y crea, poco a poco, un indígena. (p. 171)

Pese al estado de dispersión e inermidad de los pueblos originarios, la accidentada geografía impidió que los españoles dominaran totalmente la región andina. Los *ayllus*, protegidos por los contrafuertes de la cordillera, mantuvieron su capacidad de autosostenimiento gracias a una agricultura diversificada en distintos pisos altitudinales, lo que garantizaba una dieta balanceada. Esta misma diversidad geográfica, que antes impidió la consolidación de un Estado centralista prehispánico, frenó la visión colonizadora y el proceso de castellanización. En consecuencia, la población aborígen, excluida de la estructura estatal y sin recibir beneficios de la Corona —salvo la asistencia espiritual católica—, subsistió al margen del sistema oficial.

Aunque inicialmente no hubo resistencia militar por la creencia en la divinidad de los invasores, décadas más tarde surgieron levantamientos aislados, los cuales resultaron tardíos frente a una dominación ya afianzada. Las únicas grandes rebeliones de carácter libertador, que abarcaron una parte significativa del territorio pero culminaron en derrota, fueron las lideradas por Manco Inca, Juan Santos Atahualpa y Túpac Amaru II. La caída de este último allanó el camino para que los criollos fundaran la República, bajo una visión excluyente, constituida sin la participación de los pueblos indígenas.

5. VISIÓN COLONIZADORA DE LA REPÚBLICA

La república actual se fundó bajo la misma visión ibérica, sin participación de la población sojuzgada. Esto se aprecia con claridad en la *Carta a los españoles americanos*, documento en el que Juan Pablo Vizcardo y Guzmán insta a los españoles nacidos en el Nuevo Mundo a independizarse de la madre patria para asumir los beneficios que la colonización les había otorgado. El prócer explica que el nuevo Estado, en su calidad de heredero del coloniaje, beneficiaría exclusivamente a los descendientes de los conquistadores, sin mencionar a los pueblos indígenas. Un fragmento de este célebre documento basta para comprender que el paradigma de la emancipación consistía en sustituir a los españoles europeos en el disfrute de los derechos:

Hermanos y hermanas: *españoles americanos*. Este glorioso triunfo será completo y costará poco a la humanidad... El español sabio y virtuoso, que gime en silencio de la opresión de su patria, aplaudirá en su corazón nuestra empresa. Se verá renacer la gloria nacional en un imperio inmenso, convertido en asilo seguro para todos los españoles, que además de la hospitalidad fraternal que siempre han hallado allí, podrán respirar libremente bajo las leyes de la razón y de la justicia. (Citado en Gutiérrez, 2007, p. 329; cursivas propias)

El proyecto del nuevo Estado no incluyó a la población indígena; para ella, la fundación de la República no significó más que el ascenso al poder de una nueva clase dominante. A partir de la Independencia, este sector dejó de estar dominado por la Corona española para pasar al dominio de la flamante república criolla.

En lo político, el Estado peruano ignoró sistemáticamente al pueblo quechua. En relación con esto, Montoya (2002) sostiene:

Desde 1821 hasta 1920, el Estado peruano ignoró al pueblo quechua (...) A la (...) formación del nuevo país, de nombre Perú, no fueron invitados los llamados indios. Tampoco ellos exigieron su derecho de estar presentes porque toda la dirección de la rebelión de Túpac Amaru fue liquidada en 1781. La República fue constituida sólo para descendientes de españoles. El gobierno de Leguía reconoció las Comunidades de Indígenas en 1920, y en 1974 los pueblos amazónicos fueron tomados en cuenta por una Ley de Comunidades Nativas, dada por el gobierno del general Velasco Alvarado. En consecuencia, el capítulo de la relación entre el Estado y los pueblos indígenas como conjuntos de seres humanos con derechos es brevísimo e incipiente. (p. 26)

La República no restableció la representación de los pueblos indígenas en los poderes del Estado —facultad que, aunque deficientemente, habían ejercido los *curacas* durante el incanato y el coloniaje—.

En las elecciones para el primer Congreso, así como en las sucesivas hasta la actualidad, no se convocó a los pueblos originarios para elegir a sus representantes ante el parlamento nacional.

En cuanto a lo económico, persistió la visión orientada a parcelar y adjudicar los territorios comunales a propietarios particulares. Paradójicamente, el propio libertador Simón Bolívar dispuso la privatización de las tierras indígenas mediante el Decreto Supremo del 8 de abril de 1824, medida ratificada por la Ley de tierras de 1893. Este proceso se ha fortalecido con la Constitución Política de 1993, de corte neoliberal, la cual busca consolidar un Estado centralista conformado por propietarios particulares.

Finalmente, en los aspectos socioculturales, se mantiene la visión racialista homogeneizadora que busca borrar los rasgos originarios a través del mestizaje y en favor de la occidentalización. Aunque las leyes de preservación cultural no han logrado abolir la discriminación en la práctica, existe un dinámico resurgimiento cultural. Este fenómeno responde a la reacción de los pueblos influenciados por el movimiento indígena mundial y a la necesidad de rescatar conocimientos y valores ancestrales frente a la crisis ambiental; proceso favorecido hoy por la tecnología y la comunicación virtual, pese a la indiferencia estatal. Del análisis precedente, se deduce que el Estado actual opera en sentido contrario a los derechos de los pueblos originarios, lo cual explica la permanente conflictividad entre ambas partes.

6. TERRITORIO PERUANO: INCOMPATIBLE PARA ESTADO CENTRALISTA

En la actualidad, la misma diversidad y adversidad del escenario geográfico que imposibilitó la consolidación centralista del Tawantinsuyo y del Virreinato se oponen a la República, impidiendo su afianzamiento como un Estado unitario funcional. La compleja orografía andina, con sus laderas verticales y quebradas, dificulta la construcción de autopistas de alta capacidad y aeropuertos aptos para aeronaves de gran

envergadura, infraestructuras indispensables para interconectar fluidamente el país con una capital centralista.

De las veinticuatro regiones, ocho carecen de servicio aereocomercial regular: Pasco, Huánuco, Amazonas, Áncash, Ica, Moquegua y Apurímac no cuentan con aeropuertos aptos para vuelos comerciales frecuentes, mientras que Huancavelica no posee siquiera una pista de aterrizaje. El panorama se agrava al constatar que la conectividad aérea existente es radial —diseñada para unir las regiones con Lima— y no interregional. A esto se suman factores climáticos como huaicos y lluvias excesivas, que obstruyen repentinamente las carreteras, lo que interrumpe la comunicación con la capital y afecta la calidad de los servicios de internet. Esta desconexión física, que históricamente obligó a los pueblos andinoamazónicos a autosostenerse, permite deducir que el territorio peruano es estructuralmente incompatible con la consolidación de un Estado centralista.

Históricamente, el Estado colonial intentó centralizar el poder en torno a Lima y homogenizar a las poblaciones negando su autonomía y diversidad étnica. La República, perpetuando esta visión, promueve hasta hoy dicho centralismo y homogenización cultural sin obtener resultados óptimos; de igual modo, impulsa la privatización de todos los territorios de propiedad colectiva de los *ayllus* —hoy comunidades campesinas—, un objetivo que tampoco se ha consumado plenamente.

Esta insistencia en un modelo centralista republicano, lejos de solucionar problemas, conduce al colapso institucional. Los programas de los partidos políticos tradicionales, sustentados en ideologías europeas tanto de derecha como de izquierda, no han logrado resolver la confrontación histórica entre el aparato estatal y los pueblos originarios. La pretensión de que todas las regiones dependan administrativamente de Lima, la «Ciudad de los Reyes», así como la idea de homogeneizar todas las culturas nacionales, resultan incompatibles con la realidad geográfica y social del país.

7. LA REPÚBLICA CENTRALISTA: INVIABLE POR SER HEREDERA DEL COLONIAJE

En la actualidad, es evidente que la República, fundada bajo la misma visión centralista y unitaria de la Colonia —contraria a la autonomía de los pueblos originarios y excluyente en su estructura—, enfrenta graves dificultades para su consolidación. Resulta inviable pretender centralizar a los pueblos indígenas en torno a un Estado del que no forman parte, ni esperar que desarrollen un sentimiento de unidad hacia una institucionalidad que los ha excluido sistemáticamente. La polarización y la conflictividad nacional no se resolverá mediante leyes expedidas por el Congreso mientras no se reconozca la autonomía ancestral de las regiones —vigente en la época prehispánica y abolida por el centralismo colonial—, ni se restablezca la soberanía de estos pueblos, garantizando su representación directa en los poderes del Estado (Gálvez, 2022, p. 3).

Del mismo modo, la grave crisis política que atraviesa el país no hallará solución en el triunfo electoral de uno u otro partido político; ya sea bajo un gobierno de derecha o izquierda, el caos persistirá, porque el problema estructural no radica en la oposición entre partidos, sino el conflicto histórico y permanente entre el Estado peruano y los pueblos indígenas, que hoy constituyen el 30 % de la población nacional. Esta tensión se manifiesta claramente en las protestas de las comunidades campesinas y nativas en defensa de sus territorios, las cuales, en ocasiones, desencadenan enfrentamientos violentos con las fuerzas policiales o militares, con resultados sangrientos.

El paradigma del Estado centralista y unitario, anhelado por los españoles americanos, se diluye progresivamente. Un indicador de ello son los intentos separatistas promovidos históricamente por la propia población criolla en diversas regiones: el levantamiento de Arequipa, encabezado por el general Vivanco en 1856; el intento de independizar Loreto en 1896, liderado por José Madueño y Ricardo Seminario; y la proclamación de la República Independiente de Loreto en 1927 por el

mayor Guillermo Cervantes. En la actualidad, las protestas en la región Puno, con una marcada connotación indígena enfrentada al Estado criollo, y los conatos de violencia durante el proceso electoral de 2021, evidencian la fragilidad de la cohesión nacional. Estos hechos sumados a los clamores separatistas de la macrorregión sur (Huancavelica, Ayacucho, Apurímac, Cusco, Arequipa, Puno, Tacna y Moquegua), demuestran que, a pesar del sistema educativo diseñado en español y de cinco siglos de discriminación, la identidad indígena no se ha extinguido.

Los gobernantes y políticos actuales, bajo una visión colonizadora supérstite, no perciben que el problema histórico es la oposición permanente entre el Estado hispanoperuano y la población originaria sojuzgada desde 1532. Por las mismas razones que los incas respetaron la autonomía de las diversas etnias, hoy es imperativo comprender la inviabilidad de un modelo centralista y concebir un nuevo tipo de Estado. Este debe reconocer y respetar las diferencias culturales de los numerosos grupos étnicos sin menoscabar el sentimiento de unidad nacional.

La unidad y fortaleza de una nación no radica en la homogeneidad racial ni en el pasado común de todos sus habitantes, sino en el futuro promisorio que debe ser construido con participación de todos los connacionales, sin discriminación ni exclusión de nadie.

8. EL FUTURO UNE A LOS PUEBLOS MÁS QUE EL PASADO

El principal factor de cohesión entre los pueblos no es el pasado común compartido, sino el futuro promisorio que les espera. Existen Estados conformados por pueblos con una larga historia común que, no obstante, enfrentan clamores de desmembramiento; en contraste, en naciones de reciente data, los grupos que la conforman se sienten orgullosos de pertenecer al nuevo Estado, porque en él perciben un mejor futuro. Un caso visible es el de Estados Unidos, un país de migrantes de diferentes razas y culturas donde, pese a tales diferencias,

los ciudadanos se sienten plenamente realizados cuando adquieren la nacionalidad gracias al futuro de bienestar que visualizan (hay otros casos como este, que exceden la extensión de este artículo).

9. CONCLUSIONES

Resulta poco probable la consolidación de un Estado centralista y unitario cuando la población nacional no es homogénea. Esta inviabilidad se agrava en un territorio tan accidentado y diverso como el caso peruano, donde coexisten pueblos de diversas culturas que permanecen ajenos a la estructura estatal. De ahí que resulte inviable lograr que los pueblos originarios se concentren en torno al Estado o desarrollen un sentido de pertenencia hacia él, si este mismo los ha excluido.

De ese modo, el sentimiento de unidad nacional no debe implicar que todos sean de una raza y cultura uniforme. La identidad nacional no se impone; surge de manera espontánea en pueblos diversos que deciden pertenecer a una nación motivados por el futuro que esta les ofrece. No es el pasado común quien une a los pueblos, sino el futuro promisorio. Para esto, el Estado no debe imponer leyes y costumbres, sino adaptarse a los pueblos, sin desarraigarlos de su cultura.

REFERENCIAS

- Gálvez, C. (2022). *El renacimiento de los Runa. Runa Kawsariy*. Fondo Editorial EDUNI.
- Gutiérrez, A. (2007). Juan Pablo Viscardo y su «Carta dirigida a los españoles americanos». *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, 9(17), 323-344. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2263106>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática; Ministerio de Cultura (2018). Población indígena u originaria de los Andes. En *La Autoidentificación Étnica: Población Indígena y Afroperuana* (pp. 33-74). INEI; Ministerio de Cultura.

- Mariátegui, J. C. (2007 [1928]). 7 ensayos de interpretación de la realidad peruana (3.^a ed.). Fundación Biblioteca Ayacucho.
- Montoya, R. (2002, 3 de febrero). Pueblos indígenas y Estado: exclusión y novedades. *La República*, p. 26.
- Ossio, J. (1994). *Las paradojas del Perú oficial. Indigenismo, democracia y crisis estructural*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Vol. 79, n.º 79, enero-diciembre, 2024 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)

DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2024.v79n79.05

ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE LA INEFICACIA DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL PERÚ

Critical analysis of the ineffectiveness of public policies
against gender-based violence in Peru

CECILIA MILAGROS DÍAZ HUANCA
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: cecilia.diazh@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0009-0009-4218-1317>

RESUMEN

La violencia basada en género constituye un problema estructural que trasciende el ámbito intrafamiliar y afecta la plena integración social, laboral y política de las mujeres. Pese a la existencia de un marco normativo y políticas públicas orientadas a su erradicación, persiste una brecha significativa entre la legislación y su implementación efectiva. A través de un análisis documental, esta investigación identifica los factores que obstaculizan dicha aplicabilidad. Se sostiene que la naturalización de la violencia, las creencias sexistas arraigadas,

la debilidad institucional, la desarticulación intersectorial y la insuficiencia de recursos son elementos que perpetúan la discriminación y los índices de feminicidio. Se concluye que una solución efectiva exige voluntad política, coordinación interinstitucional y un enfoque integral traducido en políticas medibles y sostenibles.

Palabras clave: violencia de género; desigualdad; políticas públicas; Perú; derechos fundamentales.

ABSTRACT

The gender-based violence is a structural problem that transcends the family sphere and affects women's full social, labour and political integration. Despite the existence of a regulatory framework and public policies aimed at its eradication, there remains a significant gap between legislation and its effective implementation. Through a documentary analysis, this research identifies the factors that hinder such applicability. It argues that the normalisation of violence, entrenched sexist beliefs, institutional weakness, intersectoral disarticulation and insufficient resources are elements that perpetuate discrimination and femicide rates. It concludes that an effective solution requires political will, inter-institutional coordination and a comprehensive approach translated into measurable and sustainable policies.

Keywords: gender-based violence; inequality; public policies; Peru; fundamental rights.

Recibido: 13/08/2024 Aprobado: 15/10/2024 Publicado: 10/12/2024

1. INTRODUCCIÓN

El Perú enfrenta una profunda paradoja: a pesar de contar con uno de los marcos normativos más robustos de la región para combatir la violencia basada en género (VBG) —que incluye instrumentos como la Ley n.º 30364—, las estadísticas sobre feminicidios, brechas salariales y desigualdad en la participación política continúan siendo alarmantes. Esta persistente disonancia entre la letra de la ley y la realidad vivida por miles de mujeres sugiere que el problema trasciende una simple falla en la implementación. Este artículo argumenta que la ineficacia de las políticas públicas radica en una disonancia conceptual: mientras la normativa se enfoca en combatir la *discriminación estructural*, elude la raíz del problema, es decir, la *violencia estructural* normalizada y perpetuada por las propias instituciones sociales y estatales.

Para sustentar esta tesis, el presente análisis deconstruye el andamiaje doctrinal y legal que enmarca la problemática. Se parte de la conceptualización del género no como una diferencia biológica, sino como un constructo sociocultural que, según la UNESCO, asigna roles y percepciones que históricamente han subordinado a las mujeres. Posteriormente, se examina cómo, a pesar del compromiso del Estado con el principio de igualdad, las políticas implementadas no logran dismantelar las estructuras de poder que originan la violencia. Metodológicamente, se utilizan herramientas cualitativa basadas en el análisis documental de fuentes provenientes del Congreso de la República, el Poder Ejecutivo y la Defensoría del Pueblo, así como de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Esta investigación identifica las limitaciones dogmáticas del enfoque estatal y evidencia cómo dicho marco resulta insuficiente, lo que se traduce en una protección superficial para las mujeres en los distintos ámbitos donde se desarrollan. Por consiguiente, se ofrece una perspectiva que permite reorientar el debate hacia las causas estructurales de la violencia; esto constituye un paso indispensable para que

la promesa de igualdad deje de ser un ideal normativo y se convierta en una realidad tangible para las mujeres y demás grupos vulnerables.

2. LAS CORRIENTES DOCTRINARIAS ACTUALES

Comprender la complejidad de la VBG sigue siendo indispensable; por esta razón, es preciso analizarla desde las corrientes doctrinarias que han moldeado —y continúan moldeando— tanto su conceptualización como las respuestas institucionales que brinda el Estado.

2.1. LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La teoría de los derechos fundamentales sustenta el andamiaje doctrinal referente a la lucha contra la VBG, dado que se postula bajo los derechos inherentes y exclusivos de la persona, consagrados tanto en la Constitución como en las normas internacionales de las que el país es miembro, y cuya garantía corresponde al Estado como obligación primordial. Si bien la Declaración Universal de Derechos Humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas [AGNU], 1948) sentó un principio fundacional de igualdad, es importante señalar que su universalidad inicial fue cuestionada. En esa línea, como recuerda Franco (2015), las primeras declaraciones de derechos humanos marginaron a las mujeres; su inclusión en años posteriores fue producto de las arduas luchas de los movimientos feministas, los cuales evidenciaron cómo las sociedades conservadoras perpetuaban la discriminación mediante sus propios ordenamientos jurídicos.

Para corregir esta exclusión histórica, la comunidad internacional elaboró una serie de instrumentos específicos. Entre estos destaca la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (AGNU, 1979), la cual se convirtió en un pilar al definir la «discriminación» como cualquier diferencia, exclusión o restricción basada en el sexo que menoscabe derechos, visibilizando además su particular vulnerabilidad en contextos de pobreza. Posteriormente, se emitieron normas internacionales importantes,

como la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (AGNU, 1993) y la Plataforma de Acción de Beijing (AGNU, 1995). Estos instrumentos profundizaron el análisis al identificar la discriminación como una manifestación de relaciones de poder desiguales y al reconfirmar categóricamente que los derechos de las mujeres son derechos humanos, un principio que el Perú ha suscrito formalmente.

Autores como Garcés & Portal (2016) y Nogueira (2005) coinciden en que la dignidad y la no discriminación son principios constitucionales y derechos exigibles, frente a los cuales el Estado tiene la responsabilidad ineludible de protección. Además, Alexy (1993) sostiene que la teoría de los derechos fundamentales abarca todas las esferas de la vida pública de la persona humana y se vincula intrínsecamente con el Estado, sus instituciones y la ciudadanía, entes obligados a custodiarlos y protegerlos.

Por su parte, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL, 2016) identifica al menos cinco enfoques proactivos para la agenda regional de género, lo que incluye la igualdad de género y los derechos humanos de las mujeres. En concordancia, Nogueira (2005) reitera que los derechos fundamentales son elementos clave de la dignidad humana, cuyo respeto y protección son responsabilidad estatal. Sin embargo, lo expuesto se enfrenta a una frágil realidad en la región. Como señala el profesor Landa (2002), en su diagnóstico crítico para América Latina —aplicable al Perú—, la debilidad del trabajo jurídico y la persistencia de factores estructurales, como el caudillismo, la manipulación política y la extrema desigualdad económica, socavan la democracia e impiden que la promesa de los derechos humanos se materialice en una protección efectiva.

2.2. TEORÍA DE LA IGUALDAD

Aunque la Constitución peruana consagra la igualdad como un derecho fundamental bajo la tutela del Estado, la simple enunciación de la

norma ha demostrado, con el tiempo, ser insuficiente para garantizar una aplicación material y efectiva en la vida de las mujeres. Esta persistente brecha entre la norma y la realidad ha hecho indispensable la adopción de instrumentos internacionales como la CEDAW, herramientas jurídicas necesarias para operativizar un principio que, de otro modo, corre el riesgo de permanecer en la abstracción. La existencia de esta normativa supranacional evidencia una carencia en el ordenamiento interno para dismantelar, por sí solo, las barreras que impiden la igualdad real.

En esa línea, la CEPAL (2016) ha argumentado que la igualdad trasciende su dimensión puramente legal para constituirse en una «obligación ética inherente», toda vez que exige la materialización del principio en políticas concretas y estructuras institucionales diseñadas explícitamente para dismantelar las desigualdades existentes. El objetivo es asegurar que no se realicen distinciones arbitrarias entre hombres y mujeres en su libre desarrollo personal. Sin embargo, a pesar de este reconocimiento, la situación en el Perú sigue siendo deficitaria; esto se evidencia con las estadísticas de la CEPAL (2023), que ilustran un panorama de importantes brechas de género en indicadores como los salarios urbanos, la informalidad laboral, la representación parlamentaria y la desproporcionada carga de trabajo doméstico y de cuidados no remunerado que recae sobre las mujeres.

Esta desconexión entre el ideal democrático y la realidad es crítica y profunda. En este sentido, Touraine (2001) asocia una verdadera democracia con el respeto irrestricto a los proyectos de vida de cada persona, y afirma que la igualdad es el cimiento de la cultura democrática, dado que habilita el derecho de cada individuo a gobernarse a sí mismo. No obstante, desde una perspectiva crítica, autores como Vargas (2014) advierten que, en el contexto regional, la noción liberal de *igualdad ante la ley* puede operar como un velo que, bajo una aparente neutralidad, legitima resultados desiguales y, por ende, vulnera los derechos de grupos minoritarios al servir a los intereses

de las élites dominantes. Este análisis es complementado por Durango (2011), quien precisa que, para que la igualdad legal sea efectiva, debe ir acompañada de una cláusula explícita que prohíba toda forma de discriminación arbitraria, entendida como cualquier «diferenciación injusta».

La problemática se agudiza en el contexto socioeconómico. Tellería (2010) enfatiza que las disparidades en la distribución de la riqueza —siendo América Latina la región más inequitativa del mundo— no son un factor secundario, sino el problema principal que exacerba la pobreza y limita cualquier avance real en materia de igualdad. Profundizando en el concepto, Urbano-Guzmán (2014) recuerda que el principio de igualdad surge de la concepción del ser humano como un ser social que, en su diversidad natural, requiere de un trato normativo igualitario para garantizar condiciones de vida mínimas. Además, considera que la institucionalización de este derecho es un fenómeno históricamente reciente, lo que podría explicar su subvaloración y su frágil aplicación en la práctica jurídica y política.

2.3. TEORÍA DE GÉNERO

La teoría de género nace como una herramienta analítica indispensable para deconstruir las bases históricas sobre las cuales se han edificado los roles de hombres y mujeres, el machismo y la sociedad patriarcal. A diferencia de las primeras aproximaciones de Parsons (1951), que sugerían un condicionamiento biológico en dichos roles, la perspectiva de género sostiene que la supuesta inferioridad femenina es una construcción social con profundas raíces históricas. Sobre esta noción se erigieron los cimientos jurídicos, políticos y sociales que, por siglos, justificaron la exclusión y la discriminación sistemática de las mujeres.

En este contexto, Lagarde (1996) la define como una síntesis crítica, derivada de una concepción feminista, que se opone a la visión androcéntrica de la humanidad. No se trata solo de una teoría, sino de una perspectiva que busca activamente la construcción de una nueva

configuración social y subjetiva desde la experiencia y la voz de las mujeres; sin embargo, este marco no está exento de debates internos. Guzmán & Pérez (2007) plantean una advertencia epistemológica al señalar que varias corrientes feministas parten de supuestos que consideran fijos, como la universalidad del patriarcado. Los autores cuestionan si, al hacerlo, estas teorías no incurrir en la misma rigidez dogmática que critican en la ciencia positivista. Este es un punto crucial para mantener la reflexividad dentro del propio campo de estudio.

Una de las distinciones conceptuales más importantes para entender el debate actual la aporta Miranda (2012), quien aclara la diferencia entre *perspectiva de género* e *ideología de género*. La primera —explica— es una postura relacional que busca la igualdad a través del respeto a las diferencias entre los sexos, sin que estas impliquen una relación de dominación. Este enfoque reconoce los derechos de las mujeres, su feminidad y su capacidad de contribuir a la sociedad, asignando a las instituciones estatales la responsabilidad de generar los cambios necesarios. En contraste, la segunda, en algunas de sus interpretaciones, es descrita como una postura más individualista que, en su búsqueda de igualdad legal, podría propiciar que las mujeres alcancen dicha paridad mediante la adopción de roles y valores tradicionalmente masculinos.

Esta tensión se refleja en las propias corrientes del feminismo, tal como describe Secret (2008), quien establece que el feminismo radical, de corte más individualista, exigiría la igualdad en la capacidad de ser libre; mientras que un feminismo moderado pondría el énfasis en una «esencia femenina» y sus cualidades morales, las cuales deberían influir en el espacio sociopolítico y moralizarlo. Por esto, comprender estas distinciones no es un ejercicio meramente académico, sino fundamental para analizar los diferentes enfoques que se disputan en la arena pública y que influyen directamente en el diseño y la aceptación de las políticas de igualdad de género.

2.4. VIOLENCIA BASADA EN GÉNERO

La conceptualización de la VBG constituye el punto de partida fundamental para este análisis. El marco normativo peruano, a través del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP, 2016), adopta la amplia definición de la Convención Interamericana, entendiéndola como toda conducta basada en el género que ocasione un daño físico, sexual o psicológico. Esta definición no solo abarca la violencia en el ámbito privado o comunitario —como las agresiones sexuales o el acoso—, sino también aquella que es perpetrada o tolerada por el propio Estado, extendiéndose hoy en día al espacio digital mediante el uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC).

Frente a esta gravedad, la respuesta estatal se ha canalizado principalmente a través de la vía punitiva. Un ejemplo paradigmático es la promulgación del Decreto Legislativo n.º 1323, norma diseñada para fortalecer la lucha contra el feminicidio y la violencia doméstica mediante la reforma del Código Penal. Sin embargo, esta estrategia centrada en la sanción ha sido objeto de críticas doctrinales. Palomino (2011) ofrece una perspectiva aguda al cuestionar la eficacia de lo que denomina la «sobrepotección» del derecho penal. El autor argumenta que, si bien la violencia contra las mujeres es un fenómeno endémico en sociedades patriarcales, la mera prohibición y el castigo resultan insuficientes para catalizar un cambio cultural genuino, ya que el problema emana de patrones patológicos que el derecho penal, por su naturaleza reactiva, no puede transformar por sí solo. En su lugar, el autor sugiere que el Estado debería priorizar medidas socioeducativas como una vía más efectiva para fomentar la inclusión y la participación libre de violencia.

Este enfoque se alinea con el diagnóstico elaborado por la Defensoría del Pueblo (2022b), que describe la violencia como un fenómeno multiestructural. Asimismo, dicho organismo constitucional distingue entre la violencia directa —agresiones físicas, psicológicas o económicas, visibles y sancionables— y la violencia cultural o estructural, que

normaliza la desigualdad y legitima la primera. Esta última se aprecia mediante prácticas cotidianas y en las bases institucionales que perpetúan la injusticia. Las estadísticas revelan un panorama alarmante en el Perú: 166 feminicidios registrados en 2019, sumados al 85 % de mujeres víctimas de violencia que requirieron atención médica ese mismo año, según datos de los Centros Emergencia Mujer (CEM), parecen confirmar la insuficiencia del enfoque punitivo aplicado por el Estado y la persistencia de una violencia estructural que la ley, por sí sola, no ha logrado dismantelar.

2.5. POLÍTICAS PÚBLICAS Y PLANES DE PROTECCIÓN A LAS MUJERES

Frente a este panorama, el Estado peruano ha desarrollado, a lo largo de las últimas décadas, un complejo andamiaje normativo y de políticas públicas con el objetivo de hacer frente a la violencia y la desigualdad de género. Este esfuerzo comenzó con la Ley n.º 26260, que estableció la obligación de las autoridades de recibir e investigar denuncias sobre VBG y otras relacionadas. Luego, el marco se expandió con la Ley n.º 28983, que buscó orientar las políticas estatales hacia un ejercicio de derechos en plena igualdad, definiendo la discriminación como cualquier limitación basada en el sexo que menoscabe dichos derechos. Asimismo, en años posteriores se sumaron instrumentos como el Registro de Víctimas de Feminicidio (2009) y diversos planes de monitoreo.

En el 2019 se aprobó la Política Nacional de Igualdad de Género (Decreto Supremo n.º 008-2019-MIMP), instrumento que reviste un gran valor dado que, por primera vez, el Estado reconoce formalmente la existencia de una «discriminación estructural» contra las mujeres. Este diagnóstico oficial admite que el problema no se limita a actos individuales, sino que emana de «patrones socioculturales» arraigados en la sociedad y sus instituciones, los cuales han consolidado una distribución desigual del poder y una estructura social patriarcal con roles de género preasignados.

No obstante, existe una profunda brecha entre la norma y la realidad debido a la deficiente implementación de los avances antes señalados. Esta situación es reafirmada mediante un informe elaborado por la Defensoría del Pueblo (2022a), en el cual se identificaron deficiencias sistémicas graves; por ejemplo, una alarmante falta de articulación entre los tres niveles de gobierno, la inexistencia de un registro unificado de actividades, una notoria debilidad institucional y, sobre todo, una persistente falta de voluntad política para transversalizar el enfoque de género en los presupuestos públicos. Esta fragilidad estructural quedó brutalmente expuesta durante la pandemia de la COVID-19, contexto en el que la carencia de un enfoque de género en las medidas de emergencia derivó en un alarmante aumento de mujeres desaparecidas y asesinadas, así como en la creación de nuevas barreras para la atención de la violencia.

2.6. ORIENTACIÓN JURISPRUDENCIAL EN TORNO A LA APLICACIÓN NORMATIVA

Frente a la brecha entre la normativa y su aplicación efectiva, las sentencias de los órganos internacionales —y en específico de la Corte IDH— han emergido como una fuente indispensable para la defensa de los derechos de las mujeres en el Perú. Es importante recordar a Franco (2015), quien enfatiza que las decisiones de la Corte no son meras declaraciones, sino catalizadoras que impulsan reformas normativas y mejoras en los sistemas de protección regional. El rol que asume este tribunal es crucial, sobre todo en el contexto peruano. Al respecto, Amnistía Internacional (2020) señala que los avances legislativos y normativos han sido insuficientes para erradicar la VBG, persistiendo graves deficiencias en el acceso a la justicia, la investigación de crímenes en contra de las mujeres y la debida diligencia de los funcionarios estatales, como los del Poder Judicial y el Ministerio Público, encargados de la administración de justicia.

Cabe señalar que los fallos supranacionales contra el Estado peruano han expuesto y buscan corregir las fallas estructurales del sistema judicial. Por ejemplo, un área crítica ha sido la valoración de la prueba en casos de violencia contra la libertad sexual en agravio de mujeres.

En el *Caso Espinoza González vs. Perú* (2014), la Corte IDH evidenció cómo la ausencia de normas legales específicas para valorar la prueba en estos delitos conducía a que los jueces aplicaran estereotipos de género en sus fallos, lo que revictimiza a la denunciante. Un año antes, en el *Caso J. vs. Perú* (2013), el tribunal ya había emitido un precedente fundamental, debido a que había otorgado valor probatorio al testimonio de la víctima de violación sexual, reconociendo que la naturaleza de este tipo de delitos a menudo impide la existencia de pruebas gráficas o documentales adicionales. Como puede verse, los casos señalados abordan la responsabilidad del Estado en la protección de las mujeres bajo su custodia.

En el *Caso del Penal Miguel Castro vs. Perú* (2006), la Corte constató graves violaciones a los derechos de las mujeres privadas de su libertad, incluida la falta de atención a su salud y necesidades básicas cruciales para su bienestar. En esa sentencia, se sostuvo enfáticamente que el Estado tiene una obligación reforzada de garantizar condiciones dignas no solo para las mujeres, sino para la ciudadanía en general. Por eso, se advierte que estas sentencias no solo han condenado al Estado peruano por hechos específicos, sino que han delineado un estándar de debida diligencia que obliga a las autoridades a realizar sus investigaciones con perspectiva de género, valorar la prueba sin estereotipos, evitar la revictimización y proteger activamente a las mujeres bajo su responsabilidad.

3. DISCUSIÓN

Uno de los hallazgos críticos de esta investigación reside en la conceptualización de la raíz del problema. Si bien la Política Nacional de

Igualdad de Género (PNIG) diagnostica la situación como «discriminación estructural», se considera que este enfoque resulta limitado, pues no aborda la causa subyacente: la violencia estructural. Tal como la definen Galtung (1990) y la propia Defensoría del Pueblo (2022b), la violencia estructural no es un mero conjunto de prácticas culturales, sino un sistema de exclusión y vulnerabilidad arraigado en las propias instituciones estatales.

Al centrar las políticas públicas solamente en la «discriminación», el Estado elude su propia rendición de cuentas hacia la ciudadanía. En consecuencia, las soluciones propuestas se diluyen en declaraciones de buenas intenciones, sin especificar mecanismos concretos de empoderamiento hacia la mujer. Esta falla conceptual en el diseño de las políticas públicas podría permitir que los factores socioculturales que perpetúan la violencia hacia la mujer, como su naturalización y las creencias sexistas, permanezcan intactos sin que se observen cambios estructurales en la sociedad.

La persistencia de actitudes que toleran la VBG en poblaciones jóvenes, como estudiantes de secundaria y universitarios, constituye una señal alarmante, pues indica que los patrones patriarcales se siguen transmitiendo generacionalmente. Esto provoca que cualquier cambio normativo sea meramente superficial. El panorama se complica aún más por los debates públicos que, como señala Miranda (2012), a menudo confunden la «perspectiva de género» —un enfoque que busca la igualdad respetando las diferencias— con una supuesta «ideología de género», percibida como amenazante. Esta confusión obstaculiza el consenso necesario para implementar políticas efectivas hacia la erradicación de la violencia.

La ineficacia del sistema de justicia es, quizás, la manifestación más tangible de esta violencia estructural hacia las mujeres. A pesar de los esfuerzos y las reformas legales, informes de organismos como Amnistía Internacional (2020) y la Defensoría del Pueblo (2020) han denunciado obstáculos sistémicos, tales como la falta de debida

diligencia de los funcionarios encargados de erradicar esta violencia y la tendencia a priorizar únicamente los casos mediáticos o de extrema gravedad. La jurisprudencia de la Corte IDH, en casos como *Espinosa González vs. Perú*, sigue siendo crucial, ya que evidencia cómo los estereotipos de género infiltrados en la valoración probatoria perpetúan la impunidad. Esta realidad refuerza la crítica de Palomino (2011) a la «sobrepotección» del derecho penal; el autor argumenta que el enfoque punitivo ataca el síntoma —la violencia directa—, pero no la enfermedad, constituida por patrones culturales patológicos.

Por consiguiente, la persistencia de la VBG en el Perú no se explica solamente por la ausencia de un marco jurídico o de políticas públicas, sino por una compleja interacción de fallas sistémicas. Entre estas destacan: una conceptualización insuficiente del problema que elude la violencia estructural; la falta de voluntad política traducida en instituciones débiles y sin recursos; modelos socioculturales patriarcales que normalizan la violencia; y un sistema de justicia que, con frecuencia, revictimiza en lugar de proteger. Estas deficiencias, agravadas por la ausencia de datos, entre las entidades involucradas impiden la formulación de respuestas verdaderamente integrales y eficaces.

4. CONCLUSIONES

Las normas legales en el Perú para combatir y erradicar la VBG, si bien son formalmente robustas y están alineadas con los estándares internacionales de derechos humanos, operan en la práctica como una fachada normativa. La alarmante persistencia de la violencia contra las mujeres y las profundas brechas de desigualdad en los ámbitos laboral, político y familiar evidencian una trágica discrepancia entre las leyes y la realidad cotidiana. Esto demuestra que la mera proliferación de normas no garantiza, por sí misma, una transformación social efectiva.

La ineficacia de las normas legales no son producto de una falla aislada, sino de un fracaso sistémico interconectado en el Estado.

Su raíz reside en una falta de voluntad política que se materializa en instituciones públicas débiles, presupuestos insuficientes sin un enfoque de género real y una crónica desarticulación intersectorial entre los distintos niveles de gobierno. Además, esta debilidad es, a su vez, consecuencia y refugio de un error conceptual en el diseño de las políticas públicas: al centrarse en la «discriminación estructural», eluden diagnosticar y confrontar la «violencia estructural» hacia las mujeres, matriz de poder patriarcal ejercida y normalizada por la sociedad y las propias instituciones estatales.

Esta conceptualización limitada condena las políticas públicas a ser meras declaraciones de buenas intenciones, ineficaces para dismantelar las condiciones de subordinación de las mujeres. Esto permite que factores socioculturales profundos, como la naturalización de la violencia y las creencias machistas, continúen intactos y perpetúen la desigualdad. En última instancia, la carencia de datos unificados y fiables solo agrava este ciclo, pues dificulta la formulación de respuestas estatales basadas en evidencia y sume al aparato público en una suerte de ceguera institucional. Por tanto, superar esta problemática no requerirá de más leyes, sino de un cambio de paradigma. Es imperativo transitar de un Estado meramente declarativo a uno genuinamente responsable y efectivo, que reoriente sus políticas públicas para atacar la violencia estructural y que respalde ese compromiso con recursos públicos adecuados. Se debe comprender que la verdadera igualdad no se construye solo en las normas jurídicas, sino en la transformación profunda de la cultura y de las instituciones sociales.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Amnistía Internacional. (2020). *Perú: Informe al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*. <https://www.amnesty.org/es/documents/amr46/2518/2020/es/>

- Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU). (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Naciones Unidas. https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/Discapacidad/Declaracion_U_DH.pdf
- Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU). (1979). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Resolución 34/180*. Naciones Unidas.
- Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU). (1993). *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución 48/104*. Naciones Unidas.
- Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU). (1995). *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing*. Naciones Unidas.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). (2016). *Autonomía de las mujeres e igualdad en la agenda de desarrollo sostenible*. Naciones Unidas. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/40633-autonomia-mujeres-igualdad-la-agenda-desarrollo-sostenible>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). (2023). *Brechas de género en las cadenas globales de valor de América Latina y el Caribe: Nuevos y viejos retos en un escenario de incertidumbre*. Naciones Unidas. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/48789-brechas-genero-cadenas-globales-valor-america-latina-caribe-nuevos-viejos-retos>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2006). *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2013). *Caso J. vs. Perú*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2014). *Caso Espinoza González vs. Perú*.

- Defensoría del Pueblo. (2020). *Balance de la gestión defensorial frente a la violencia contra las mujeres 2019-2020*. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/12/Balance-de-la-gestion-defensorial-frente-a-la-violencia-contra-las-mujeres-2019-2020.pdf>
- Defensoría del Pueblo. (2022a). *Informe de seguimiento de recomendaciones defensoriales sobre derechos de las mujeres (2017-2021)*. https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2023/01/Informe-de-Seguimiento_Completo_Web.pdf
- Defensoría del Pueblo. (2022b). *Vigésimo Quinto Informe Anual de la Defensoría del Pueblo: Enero - Diciembre 2021*. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2022/05/Informe-Anual-DP-2021.pdf>
- Durango, E. (2011). Igualdad y no discriminación en el derecho constitucional colombiano. *Revista Pensamiento Jurídico*, (33), 33-57.
- Franco, M. J. (2015). *Los derechos humanos de las mujeres en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. CNDH México.
- Galtung, J. (1990). La violencia: ¿Cultural, estructural, o directa? *Revista de Estudios Políticos*, (71), 109-121.
- Garcés, M., & Portal, S. (2016). *Dignidad, igualdad y no discriminación en el derecho constitucional*. Defensoría del Pueblo.
- Guzmán, M. & Pérez, A. (2007). La teoría de género y su principio de demarcación científica. *Cinta de Moebio*, 30, 283-295. <https://moebio.uchile.cl/30/guzman.html>
- Lagarde, M. (1996). *Género y feminismo: Desarrollo humano y democracia*. Horas y Horas.

- Landa, C. (2002). Teorías de los derechos fundamentales. *Cuestiones Constitucionales*, 6, 50-71. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=645894>
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP). (2016). *Violencia basada en género: Marco conceptual para las políticas públicas y la acción del Estado*. MIMP.
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP). (2019). Política Nacional de Igualdad de Género. Decreto Supremo n.º 008-2019-MIMP. Lima: 4 de abril de 2019. <https://www.gob.pe/institucion/mimp/normas-legales/271118-008-2019-mimp>
- Miranda, M. (2012). Diferencia entre la perspectiva de género y la ideología de género. *Díkaion*, 21(2), 337-356. http://scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-89422012000200002
- Nogueira, H. (2005). Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: La delimitación, regulación, garantías y limitaciones. *Ius et Praxis*, 11(2), 15-64. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2255406>
- Palomino, W. (2011). Reparto inequitativo de roles y relaciones de dominio: ¿Será el recurso al derecho penal la respuesta a la violencia contra la mujer? *Boletín Estudio Oré Guardia*, 35, 1-10.
- Parsons, T. (1951). *The social system*. The Free Press.
- Secret, E. (2008). *Qué es y para qué sirve la perspectiva de género*. Instituto de la Mujer Oaxaqueña. IMO.
- Tellería, L. (2010). Gobernabilidad, entre el ser y el deber ser, el debate en América Latina. En *Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), Apuntes para una teoría sobre gobernabilidad y convivencia democrática*. CLACSO.
- Touraine, A. (2001). *¿Qué es la democracia?* Fondo de Cultura Económica.

- Urbano-Guzmán, M. (2014). El concepto de igualdad en algunas teorías contemporáneas de la justicia. *Criterio Libre Jurídico*, 11(1), 123-139. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7830028>
- Vargas, L. (2014). *Marco constitucional plural en Colombia: Algunas claves para la discusión. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2014*. Konrad Adenauer Stiftung.



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Vol. 79, n.º 79, enero-diciembre, 2024 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)

DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2024.v79n79.06

FUNDAMENTOS DEL DERECHO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA ESCUELA AUSTRIACA DE ECONOMÍA

Fundamentals of law from the perspective of the Austrian
school of economics

RAÚL ANTONIO BRAVO SENDER
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: raul.bravo@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-4011-8981>

RESUMEN

El presente artículo analiza los fundamentos del derecho a partir de los postulados teóricos de la escuela austríaca de economía. Se sostiene que el ordenamiento jurídico no constituye una creación deliberada del Estado, sino un proceso social espontáneo derivado de la interacción individual, las preferencias temporales y el aprendizaje por ensayo y error. Bajo este enfoque, se reexamina la función legislativa y se concluye que esta debe restringirse a imponer límites al poder para garantizar la libertad individual, en lugar de ejercer una planificación

centralizada. Se propone que la labor del jurista debe centrarse en el descubrimiento y descripción de las normas evolutivas preexistentes, en contraposición al diseño normativo constructivista.

Palabras clave: escuela austriaca de economía; órdenes espontáneos; teoría subjetiva del valor; individualismo metodológico.

ABSTRACT

This article analyses the fundamentals of law based on the theoretical postulates of the Austrian school of economics. It argues that the legal system is not a deliberate creation of the state, but rather a spontaneous social process derived from individual interaction, temporal preferences, and trial and error learning. Under this approach, the legislative function is re-examined, concluding that it should be restricted to imposing limits on power to guarantee individual freedom, rather than exercising centralised planning. It also proposes that the work of jurists should focus on the discovery and description of pre-existing evolutionary norms, as opposed to constructivist normative design.

Keywords: Austrian school of economics; spontaneous orders; subjective theory of value; methodological individualism.

Recibido: 13/08/2024 Aprobado: 15/10/2024 Publicado: 10/12/2024

1. INTRODUCCIÓN

Las ideas expuestas en este artículo han tenido como principales elementos algunos de los postulados de la escuela austríaca de economía (EAE). En primer lugar, se destaca la teoría de los órdenes espontáneos, la cual sostiene que el derecho es un proceso social espontáneo, no deliberado ni creado centralizadamente. Por su parte, el individualismo metodológico surge de la premisa de que todos los fenómenos se reducen a acciones individuales. Asimismo, se incorpora la teoría subjetiva del valor, basada en la idea de que los objetos carecen de un valor objetivo intrínseco; por el contrario, son las personas quienes les asignan valor de acuerdo con sus preferencias temporales y valor marginal. Finalmente, se aborda la información dispersa y el conocimiento limitado, el cual sostiene que cada persona maneja una parcela de información y se encuentra en mejores condiciones de decidir por sí misma, dado que conoce su propio entorno y realidad.

2. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

La situación problemática radica en la arraigada idea de que la creación del derecho compete exclusivamente a los legisladores. Esto deriva de la influencia del sistema jurídico romano-germánico —en el que prevalece el positivismo jurídico—, lo que conduce a la creencia de que no existe más derecho que la norma jurídica escrita.

Esta concepción de entender el derecho, como si se tratara de un proceso que atañe solamente a los legisladores y que excluye la participación de los ciudadanos en el proceso jurídico, fomenta la creación centralizada y monopólica del derecho por parte del Estado. A su vez, propicia problemas sociales como el centralismo, el autoritarismo, la corrupción y la informalidad.

En consecuencia, el presente análisis se sustenta en los principales postulados de la EAE. Estos permiten afirmar que el derecho se crea, en realidad, de manera descentralizada y competitiva en el escenario social, como consecuencia de la interacción de millones de

personas. En este sentido, se trata de un orden no dirigido por una autoridad específica; por el contrario, al seguir sus propios planes y al relacionarse con los demás, los individuos generan un conjunto de pautas, axiomas, usos y costumbres. Con el tiempo, mediante el reconocimiento, la sanción social y la convicción de los propios actores, estas prácticas se convierten en derecho.

3. TEORÍA DEL DERECHO

En relación con la teoría del derecho, Couture (1976) señala lo siguiente: «[un] Orden jurídico general; sistema de normas que regulan la conducta humana en forma bilateral, externa y coercible, con el objeto de hacer efectivos los valores jurídicos reconocidos por la comunidad» (p. 217). En concordancia con esta visión, el derecho suele definirse como el conjunto de normas jurídicas que tienen como propósito regular la conducta externa de las personas. A diferencia de otras normas de conducta, el derecho es de obligatorio cumplimiento para todos. En efecto, las normas morales son relativas, dado que lo moralmente aceptable para unos puede ser inaceptable para otros; por tanto, carecen de carácter vinculante u obligatorio general. Lo mismo ocurre con las normas religiosas, cuyo cumplimiento solo es exigible a quienes profesen una determinada confesión. De igual manera, las normas del trato social dependen de la formación en el hogar.

Una distinción fundamental para comprender el derecho consiste en distinguir entre el derecho subjetivo y el derecho objetivo. El primero se refiere a la atribución o prerrogativa reconocida a la persona para ejercer sus derechos por sí misma, mientras que el segundo corresponde a la norma jurídica escrita. Al respecto, Torres (2008) refiere:

En sentido subjetivo, se entiende por derecho a la facultad, poder, autorización o situación que la norma jurídica confiere y garantiza a las personas para obrar o abstenerse sobre los bienes o frente a las demás personas con el fin de que puedan satisfacer sus intereses en armonía con el bien común. (p. 11)

De lo expuesto por Torres, se infiere que dicha prerrogativa es conferida a las personas por el derecho objetivo. Cabe advertir que la norma jurídica (derecho objetivo) no «obsequia» el derecho de disposición, sino que su razón de ser consiste en garantizar que las personas precisamente puedan decidir por sí mismas. Asimismo, otra clasificación distingue al derecho sustantivo del derecho adjetivo. El primero hace alusión a los derechos materiales de los cuales es titular el sujeto; por su parte, el derecho adjetivo comprende a las normas procesales o procedimentales mediante las cuales las personas hacen valer sus derechos sustantivos ante los tribunales de justicia.

Actualmente, en el ámbito académico prevalece una definición normativista, la cual circunscribe el derecho a la norma jurídica emanada del Estado. Esto se debe a que el Estado moderno ha monopolizado la creación legislativa. Sin embargo, el Estado está conformado por los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, los organismos constitucionales autónomos y los niveles de gobierno subnacional; todas estas instituciones emiten diversas normas jurídicas. Entre estas se establece una jerarquía normativa en la cual la Constitución se erige como la norma fundamental.

Para el jusnaturalismo, el derecho es universal y atemporal; es decir, siempre ha existido, incluso antes de la aparición del ser humano. No obstante, se deben distinguir dos clases: una de corte divino, que considera que el derecho es revelado al ser humano por una deidad o divinidad; y otra de corte natural, la cual sostiene que el derecho es propio del orden natural racional. Por otro lado, para el juspositivismo, no hay más derecho que la norma jurídica escrita, a la cual se debe despojar de toda noción de moralidad. El derecho se reduce o limita a lo objetivamente dado por el Estado, el cual, como se ha precisado, ejerce el monopolio de su creación.

Según Gherzi (2010), tanto para el jusnaturalismo como para el juspositivismo, el derecho es dado externamente al ser humano; en otras palabras, es ajeno a la acción humana directa. En el jusnaturalismo

divino, proviene de una deidad; en el natural racional, existe en la naturaleza; y, finalmente, para el juspositivismo, es impuesto por el Estado.

Para el historicismo jurídico, el derecho debe entenderse como parte de un proceso histórico. No es posible comprenderlo ni legislar sin recurrir a sus fuentes históricas. Uno de los máximos representantes de la escuela histórica del derecho fue el jurista alemán Friedrich Karl von Savigny, para quien el derecho era la expresión del «espíritu del pueblo» (*volksgeist*). Savigny polemizó con quienes, en la entonces Prusia, aclamaban la necesidad de un Código Civil alemán —similar al *Code* que Napoleón había dado a los franceses—, argumentando que para ello era indispensable recurrir primero a las fuentes históricas del derecho civil alemán.

Mientras que, para la sociología jurídica, el derecho es expresión de la sociedad: rige en ella y nace de ella. La sociedad está constituida por todas las personas en convivencia y, producto de esa interacción, surgen normas para regular la conducta. Como resultado de prácticas reiterativas, constantes y uniformes, se moldean normas sociales que, con el tiempo, se convierten en derecho positivo. Bajo esta óptica, el legislador debe limitarse a legislar y codificar lo que ya rige socialmente. De esta manera, la realidad social termina desbordando a la legalidad estatal.

Finalmente, la teoría tridimensional del derecho se le atribuye a los juristas Miguel Reale y Carlos Fernández Sessarego. En esta, el derecho es el resultado de la interacción de tres dimensiones: el hecho, el valor y la norma. Primero ocurren los hechos (dimensión fáctica), luego se produce su valoración (dimensión axiológica) y, finalmente, se configura la norma (dimensión normativa). Sobre Miguel Reale, García Máñez (2004) señala:

El jusfilósofo brasileño ha difundido desde la década del 50, lo que ha denominado con similar acierto como «teoría tridimensional del derecho». Según afirma, los aspectos de la experiencia

jurídica son los hechos, el valor y la norma, los cuales son inescindibles y ni pueden ser aislados. La validez formal está dada por la norma, la eficacia por el hecho y el fundamento por el valor. Todo esto origina una experiencia jurídica unitaria, que denomina normativismo jurídico concreto. (p. 42)

De esta manera, el derecho se genera como resultado de la confluencia de estas tres dimensiones o fenómenos: lo fáctico, lo axiológico y lo normativo. Lo que se ilustra por medio de la ley penal: en la realidad ocurren hechos como robos, asesinatos o violaciones; estos son valorados negativamente, y, en ese sentido, surge la norma penal, con el propósito de castigar dichas conductas. En consecuencia, surge la norma para proteger o cautelar ciertos bienes jurídicos que merecen una especial tutela por parte del ordenamiento jurídico.

4. POSTULADOS DE LA ESCUELA AUSTRÍACA DE ECONOMÍA

Se ha sostenido la hipótesis de que la EAE continúa la línea filosófica presente en la escuela de Salamanca y en la Ilustración escocesa. Las ideas de los salmantinos deben abordarse en el contexto del descubrimiento de América y la conquista española. Producto de la explotación de oro en las colonias y su traslado al suelo europeo, se produjeron diversos fenómenos económicos que los salmantinos supieron identificar, adelantándose a su época. En efecto, muchas de las ideas cultivadas posteriormente por los ilustrados escoceses y los integrantes de la escuela austríaca ya se encontraban en los salmantinos, como es el caso de la teoría subjetiva del valor.

Los escolásticos de Salamanca teorizaron sobre la inflación monetaria y la existencia de derechos naturales previos a la constitución de los Estados modernos. Por ejemplo, Francisco de Vitoria, considerado el padre del Derecho Internacional Público, sostenía que los indios americanos poseían derechos por naturaleza que la Corona española no podía desconocer. Según Ossorio (1943), sobre el padre Vitoria sostiene lo siguiente:

¿Se adujo que los indios eran por naturaleza esclavos aun antes de la llegada de los españoles? Pues nuestro frailecito contesta que lo cierto es todo lo contrario pues ellos estaban en pacífica posesión de sus cosas, pública y privadamente, y por lo tanto deben ser tenidos por dueños y no puede turbárseles en su tenencia. (pp. 38-39)

Murray Rothbard, reconocido representante de la EAE —aunque del ala radical, al punto de ser considerado anarcocapitalista—, profundizó en las raíces salmantinas de esta. En su *Historia del pensamiento económico*, cita a autores como Diego de Covarrubias (1536-1623), para quien «el valor de una cosa no depende de su naturaleza objetiva sino de la estimación (subjctiva) de los hombres, incluso aunque tal estimación sea alocada» (1999). En la obra de Covarrubias se aprecia un postulado fundamental que posteriormente daría origen a la «revolución marginalista» en la segunda mitad del siglo XIX con los aportes de Carl Menger: la teoría subjetiva del valor.

Por otro lado, es crucial contextualizar los orígenes de la EAE en el debate suscitado entre Carl Menger y Gustav Schmoller, representante de la escuela histórica alemana (EHA). Sobre el particular, Jeannot (2018) precisa:

La EHA sostuvo que no existían leyes universales con respecto a los fenómenos económicos y que su conocimiento debía proceder con la investigación histórica como forma de analizar la realidad circunstanciada, pero no como una pormenorización de lo sucedido. La Escuela Austríaca, por el contrario, consideró oportuno partir del conocimiento elemental del individuo utilitario y aplicar un método hipotético deductivo para identificar con facilidad a las leyes universales y atemporales de la economía. De esta forma, la Escuela Austríaca optó por un método por el cual se explican los fenómenos económicos y sociales a partir de los comportamientos individuales; es decir, reducción de la

sociedad universal a la sumatoria de individuos para investigar los fenómenos de la misma con base en el comportamiento de un arquetipo individual. (p. 65)

Menger emergió en el ambiente académico bajo el predominio del historicismo alemán, pretendiendo elaborar una teoría económica independientemente de los procesos históricos. Postulaba que la ciencia económica se sustenta en leyes universales, contrariando la visión historicista. El debate fue intenso y llegó incluso hasta a las agresiones verbales. Para Menger, las económicas son de aplicación universal, al margen de la historia de cada sociedad. En contraposición, para los historicistas, dichas se desprenden del entendimiento de los procesos históricos de los pueblos, argumentando la existencia de un *espíritu del pueblo*.

Precisamente, al abordar la economía como una ciencia autónoma, comprensible desde postulados universales y apriorísticos mediante el método deductivo, Menger sentó las bases de la EAE. Esto consolidó lo que la historia del pensamiento económico denominaría la «revolución marginalista», como se mencionó con anterioridad.

Por esto, el individualismo y la subjetividad constituyen los pilares de la EAE. Legaz (1964), citando a Hayek, precisa:

Sobre todo, en Hayek culmina esta evolución con un claro repudio no ya sólo de la socialización, que es «camino de servidumbre», sino del concepto mismo de lo social. Pues actualmente, dice, la voz «social» se ha convertido en una palabra y una expresión perturbadora, porque ha venido a sustituir a la palabra «moral», a pesar de que lo que hay de válido en la idea social es pura y simplemente lo que tiene de «moral». Pues lo social sirve para afirmar cosas ciertamente valiosas, como, por ejemplo, el altruismo; pero esto ya existía como idea moral antes de que se inventase el concepto de lo social. Este sirve, en cambio, para matar toda iniciativa y responsabilidad personal, sentando una premisa

deliberadamente imprecisa, cuyas consecuencias se aceptan o se rechazan según conviene. Por eso es una expresión perturbadora, cuya única misión es ir matando progresivamente en el hombre las ideas morales, que son precisamente de las que se nutre la sociabilidad. (p. 36)

No se puede negar que el individuo es un ser social por naturaleza, dado que todos nos necesitamos los unos a los otros. El primer espacio de socialización lo constituye la familia. Luego, la escuela y el trabajo; así como los medios de comunicación, las iglesias, la opinión pública, la moda, el espectáculo, el deporte, etc. Sin embargo, cada persona es libre de decidir por sí misma. La inclinación natural del individuo hacia la sociabilidad deriva de su propia vulnerabilidad; es en la división del trabajo donde cada uno sirve a los demás y, a su vez, se sirve de ellos, encontrando un lugar en el orden social. Como señaló en alguna ocasión Ortega y Gasset: «Yo soy yo y mis circunstancias».

Respecto al origen espontáneo de los metales como dinero, Menger (1982) señala:

En otras palabras, por esa vía funcionan como mercancías por las cuales todos buscan cambiar sus productos del mercado, en general, no con el fin de destinarlos al consumo sino debido a su suprema liquidez, con la intención de poder cambiarlos más tarde por otros productos que les resulten directamente útiles. Ningún accidente, ni la consecuencia de la compulsión del estado ni el convenio voluntario de los comerciantes pudo cambiar esto. Fue el hecho de entender simplemente cuáles eran los propios intereses individuales lo que hizo que todas las naciones económicamente más avanzadas aceptaran los metales preciosos como dinero ni bien se logró reunir e introducir en el comercio una provisión suficiente de ellos. (p. 13)

En la teoría de los órdenes espontáneos postula que nadie dirige ni planifica el orden de manera centralizada, pues no hay mejor orden

que aquel que cae por su propio peso. El caos es el orden. Este orden es construido por la interacción de todos los agentes que siguen su propio camino. No obstante, esta teoría también tiene sus detractores. De acuerdo con Boettke (2017):

Los críticos del orden espontáneo a menudo invocan la prevalencia casi universal del gobierno como si existiera de algún modo evidencia de que el gobierno es superior a los acuerdos privados y espontáneos en la producción de orden social. No puedo entender por qué. Hay todo un campo de la economía política llamado elección pública. El punto principal de aquel es que los resultados políticos ineficientes abundan. Por supuesto, esta idea básica se aplica también a la existencia misma del gobierno. (p. 26)

No existe un «Comité Central» que planifique la vida de millones de personas; cada individuo es el planificador de su existencia. Es el *cosmos* (orden espontáneo) en contraposición a la *taxis* (orden dirigido).

En la obra de Carl Menger ya se encuentra la idea germinal de esta teoría, específicamente en su ensayo *El origen del dinero* (1892). Allí sostiene que el dinero, el lenguaje y el derecho son fenómenos sociales no planificados, surgidos espontáneamente de la necesidad de regular nuestros intercambios, comunicación y relaciones jurídicas. En esa línea, Mises (1947) afirma:

No hay fuerzas mecánicas misteriosas: sólo existe la voluntad de cada individuo para satisfacer su demanda de diversos bienes (...). Lo que hace la gente en la economía de mercado es la ejecución de sus propios planes (...). Lo que defienden quienes se llaman a sí mismos planificadores no es la sustitución del dejar que las cosas sigan curso por la acción planificada. Es la sustitución de los planes de sus conciudadanos por el plan del propio planificador. (p. 18)

Así, no existe un Banco Central que cree el dinero, ni una Real Academia de la Lengua que invente el lenguaje, ni un parlamento o gobierno que cree deliberadamente todo el derecho. Se trata de procesos —o hechos— sociales que emergen como consecuencia inintencionada de la acción de millones de personas. Lo relevante es que los individuos no se propusieron crear estas instituciones, pero estas surgieron. Para Huerta de Soto (2012):

Entre los principales éxitos teóricos y contribuciones de la Escuela Austríaca al avance de la humanidad, destaca la demostración científica de la imposibilidad de organizar la sociedad en base a mandatos y reglamentos coactivos (socialismo e intervencionismo), pues no es posible que el órgano regulador o planificador se haga con la información de primera mano que necesita para dar un contenido coordinador a sus mandatos. (p. 56)

De allí el título de una de las obras fundamentales de Friedrich von Hayek: *La fatal arrogancia* (1988). Esa fatal arrogancia alude a quienes, a modo de ingenieros sociales, pretenden decidir por los demás. Por el contrario, la sociedad, debe entenderse como un orden en constante transformación, nunca en equilibrio estático, que cada persona descubre desde sus circunstancias de tiempo y lugar.

Es por ello que Hayek llegó a distinguir dos clases de racionalidad: una de corte cartesiano (cientificista), que inspira la planificación centralizada; y otra sustentada en el conocimiento de las circunstancias particulares, construida mediante el ejercicio empírico de ejercicio ensayo y error. Hayek identifica en el sistema de precios un mecanismo de información mediante el cual las personas adecúan sus comportamientos.

La idea de la información dispersa y el conocimiento limitado se relaciona estrechamente con la imposibilidad de planificar la sociedad. Dado que la información se encuentra diseminada entre todos los

agentes, un ente central no puede concentrarla para tomar decisiones eficientes. Al respecto, Hayek (1945) menciona lo siguiente:

Fundamentalmente, en un sistema en que el conocimiento de los hechos pertinentes se encuentra disperso entre muchas personas, los precios pueden actuar para coordinar las acciones separadas de diferentes personas en la misma manera en que los valores subjetivos ayudan al individuo a coordinar las partes de su plan. (p. 164)

En efecto, los precios de mercado actúan como señales que condicionan el comportamiento. Según Griziotti (1961):

El *homo oeconomicus*, al procurarse la satisfacción de sus necesidades, es un ser racional, porque razona sobre la oportunidad de la elección entre las necesidades y los usos alternos de los bienes, hace acto de previsión y pondera, unos respecto de los otros, las penas y los placeres que la satisfacción de sus deseos o la abstención respecto de los mismos le pueden procurar. Sobre la base de dichas elecciones individuales entre las utilidades que se ofrecen se forman los valores de cambio en el mercado. (pp. 8-9)

Se trata de un proceso racional de valoración subjetiva. El *homo oeconomicus* busca transitar de un estado de menor satisfacción a uno de mayor satisfacción. Dado que el orden es complejo y la información cambia constantemente, son los individuos —poseedores de parcelas de conocimiento— quienes se encuentran en la mejor posición para decidir, y no un comité central de planificación.

5. CONCLUSIONES

La escuela austríaca de economía se inscribe en una sólida tradición de pensamiento que se remonta a la escolástica tardía de los españoles salmantinos, precursores en la teorización de conceptos como la

teoría subjetiva del valor. Esta línea intelectual tuvo continuidad en la Ilustración escocesa, la cual aportó nociones fundamentales como la teoría de los órdenes espontáneos, sintetizada en la metáfora de la «mano invisible» de Adam Smith. Posteriormente, la «revolución marginalista» de 1871 y los aportes de Carl Menger sobre la economía como ciencia autónoma sentaron las bases definitivas de la EAE. No obstante, la consolidación de esta escuela no puede disociarse del contexto del debate metodológico que Menger sostuvo con Gustav Schmoller y la escuela histórica alemana.

Asimismo, sobre el cimiento de la teoría subjetiva del valor, la EAE ha construido un cuerpo teórico que, pese a las discrepancias internas, se sustenta en postulados esenciales: el individualismo metodológico, la teoría de los órdenes espontáneos, la imposibilidad socialista y el cálculo económico, la teoría de los ciclos económicos y el rol del emprendedor. Desde esta perspectiva económica, la comprensión del derecho como un proceso social espontáneo requiere distinguir entre los dos grandes sistemas jurídicos de Occidente. En el sistema anglosajón, el derecho se construye en los tribunales, donde los jueces se limitan a descubrir y describir la realidad social. En contraste, en el sistema romano-germánico, el derecho suele ser producto de la acción deliberada de los parlamentos. Bajo la óptica austríaca, el rol del legislador y del jurista debería asemejarse al del modelo anglosajón: describir el derecho que emerge espontáneamente de la interacción inintencionada de los individuos quienes, al perseguir sus propios intereses, configuran pautas de comportamiento.

Siendo así que, en este marco analítico, resulte imperativo diferenciar tres conceptos que suelen ser confundidos: derecho, ley y legislación. La legislación se entiende como la intromisión regulatoria mediante mandatos imperativos que coartan la libertad de decisión individual. La ley, por su parte, constituye la norma jurídica del Estado de derecho, emanada de los parlamentos con el fin de limitar el poder y salvaguardar libertades. Finalmente, el derecho se concibe como un proceso social espontáneo generado por la convivencia; es un orden

que las personas adoptan voluntariamente por su eficacia para satisfacer necesidades, sin imposición centralizada.

En síntesis, el análisis permite afirmar que es factible entender el derecho no como un diseño deliberado de una autoridad, sino como un orden espontáneo en cuya generación participan todos los actores sociales. Esta concepción encuentra su sustento teórico en los pilares de la escuela austríaca: la teoría subjetiva del valor, el individualismo metodológico y la teoría de los órdenes espontáneos.

REFERENCIAS

- Boettke, P. (2017). *Manual de economía austríaca contemporánea*. Unión Editorial.
- Couture, E. (1976). *Vocabulario Jurídico*. Ediciones Depalma.
- Fernández, C. (2011). Reflexiones sobre el objeto de estudio y la finalidad del derecho. *Themis Revista de Derecho*, 60, 285-293. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9069>
- García Máynez, E. (2004). *Introducción al estudio del derecho* (55.^a ed.). Editorial Porrúa.
- Gherzi, E. (2010). El carácter competitivo de las fuentes del derecho. *Revista de Economía y Derecho*, 7(28), 45-61. <https://revistas.upc.edu.pe/index.php/economia/article/view/254>
- Griziotti, J. (1961). *Historia de las doctrinas económicas modernas*. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana.
- Hayek, F. (1945). *El uso del conocimiento en la sociedad*. (F. Cante y A. Supelano, trad., tomada de *American Economic Review*, XXXV).
- Huerta de Soto, J. (2012). La esencia de la Escuela Austríaca y su concepto de eficiencia dinámica. *ICE, Revista de Economía*, 1(865), 55-70. <https://www.revistasice.com/index.php/ICE/article/view/1493>
- Jeannot, F. (2018). El conflicto del método. *Análisis Económico*, 33(82), 59-72. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2448-66552018000100059

- Legaz, L. (1964). *Socialización*. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.
- Menger, C. (1892). El origen del dinero. <https://www.eumed.net/cursecon/textos/Menger-origen-dinero.pdf>
- Mises, L. (1947). *Caos planificado*. Mises Institute. <https://cdn.mises.org/Caos%20planificado.pdf>
- Ossorio, A. (1943). *El pensamiento vivo de Fray Francisco de Vitoria*. Losada.
- Rothbard, M. (1999). *Historia del pensamiento económico* (Vol. 1). Unión Editorial.
- Torres, A. (2008). *Temas fundamentales de introducción al derecho*. Editorial San Marcos.



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Vol. 79, n.º 79, enero-diciembre, 2024 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)

DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2024.v79n79.07

IMPACTO DE LAS FUSIONES HORIZONTALES EN LA CONCENTRACIÓN BANCARIA DEL PERÚ DURANTE EL PERIODO 2000-2019

Unilateral effects of horizontal mergers and the structure
of the banking industry in Peru (2000-2019)

MIGUEL HILDEBRANDO PISFIL CAPUÑAY
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: mpisfilc@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-3548-7467>

RESUMEN

Desde la perspectiva de la organización industrial, se analizan los efectos unilaterales de las fusiones horizontales y su relación con la estructura industrial bancaria en el Perú. La teoría y la política de competencia sobre esta materia, desarrolladas a partir de las legislaciones antimonopolio de Estados Unidos y Europa, han influido en la normativa nacional sobre el control previo de las concentraciones empresariales (Ley n.º 31112, de 2021). Al aplicar este marco al mercado bancario peruano, caracterizado por la presencia de bancos líderes y seguidores, y emplear un modelo de datos de panel para el periodo 2000-2019,

se identifican hallazgos estadística y teóricamente consistentes sobre la relevancia del poder de mercado, los costos relativos y las fusiones horizontales en la configuración de la estructura industrial del sector.

Palabras clave: fusiones horizontales; efectos unilaterales; poder de mercado; concentración industrial; sistema bancario.

ABSTRACT

From the perspective of industrial organisation, this paper analyses the unilateral effects of horizontal mergers and their relationship with the industrial structure of the banking sector in Peru. Competition theory and policy on this subject, developed from antitrust legislation in the United States and Europe, have influenced national regulations on the prior control of business concentrations (Law n.º 31112, 2021). By applying this framework to the Peruvian banking market, characterised by the presence of leading and follower banks, and using a panel data model for the period 2000-2019, statistically and theoretically consistent findings are identified on the relevance of market power, relative costs and horizontal mergers in shaping the industrial structure of the sector.

Keywords: horizontal mergers; unilateral effects; market power; industrial concentration; banking system.

Recibido: 13/02/2024 Aprobado: 15/04/2024 Publicado: 10/12/2024

1. INTRODUCCIÓN

Algunos dicen que esta legislación de las fusiones no es necesaria, porque si una empresa ya fusionada se comporta monopólicamente y hace abuso de su poder de mercado puede ser sancionada después. Pero el daño ya está hecho, ya los consumidores reciben menos tasas de interés por sus ahorros o pagan más tasas de interés por sus préstamos, o tienen que pagar precios más altos. Entonces, no es un mecanismo eficiente, mientras que el control de fusiones de alguna manera sí previene para que las empresas no hagan prácticas anticompetitivas. (Roca, 2015).

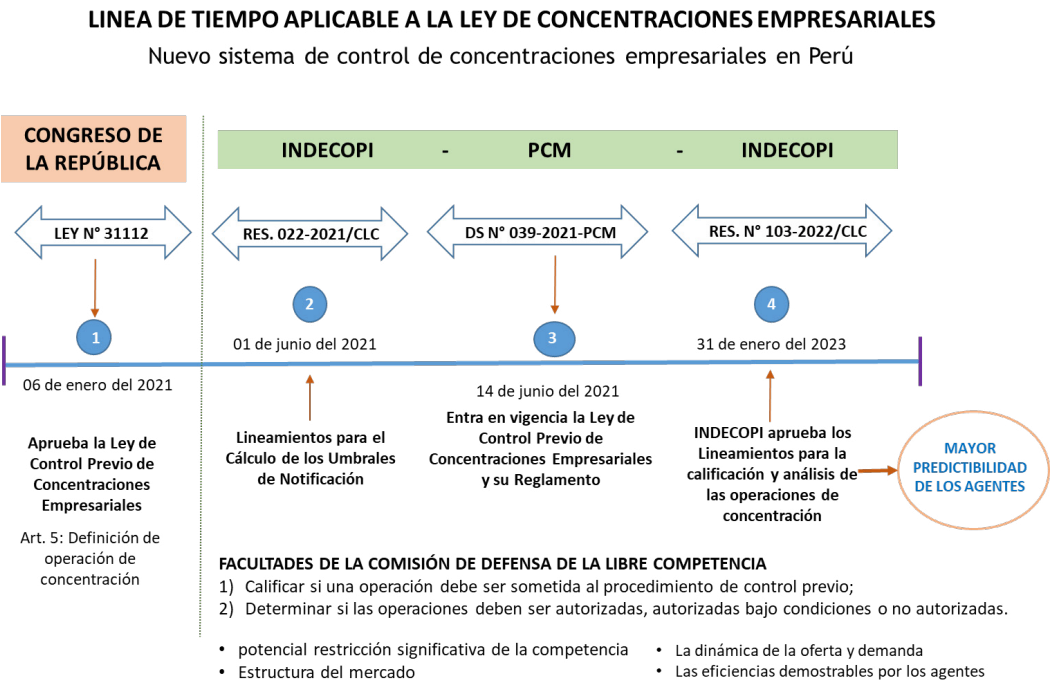
Expresidente de Directorio de INDECOPI (2004-2006)

Hasta el año 2019, el Perú era uno de los cinco países en el mundo —y el único en Sudamérica— sin una ley de fusiones horizontales o de control previo de concentraciones empresariales ajustada a la política de competencia que rige la actividad industrial en el mundo. Las leyes de competencia aplicables a las fusiones horizontales datan del siglo XIX; la experiencia de política antimonopolio más antigua y relevante es la Ley Sherman (1890) de Estados Unidos. Aunque esta norma no contenía una sección dedicada expresamente a dicha política, prohibía la formación de *trusts*, debido a sus severos impactos negativos en las condiciones de competencia y al abuso de dominio de mercado, impuesto especialmente por las grandes empresas de la industria petrolera. Fue a partir de la Ley Clayton (1914) y de la creación de la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos (FTC) en el mismo año, cuando se formularon los principios, fundamentos y procedimientos de control de las fusiones horizontales que reducen la competencia. Estos preceptos legales han inspirado las legislaciones de la Comunidad Económica Europea (desde 1989) y del resto del mundo, incluida América Latina.

Las Horizontal Merger Guidelines (HMG) de EE. UU. se promulgaron en 1968; posteriormente, se revisaron con cambios importantes en 1982, 1992 y 2010, así como con revisiones menores en 1984 y 1997.

Desde su inclusión en la legislación de 1992, los efectos unilaterales —definidos como «efecto poder de mercado» y «efecto ganancias de eficiencia», mutuamente compensatorios— se revisaron para brindar mayor orientación empírica a las investigaciones y la práctica antimonopolio. Las directrices de 2010 propiciaron la actualización y un mejor tratamiento multidimensional de los efectos unilaterales. Asimismo, la afinidad de las agencias con los modelos cuantitativos como fuente de mayor crédito para sus decisiones ha permitido legitimar el modelado en la comunidad antimonopolio (Miller & Sheu, 2021; Valleti & Zenger, 2021). La evaluación previa toma herramientas predictivas de la economía y la estadística para analizar —con base en un marco jurídico establecido— lo que probablemente sucederá si se produce una fusión, en comparación con lo que ocurriría si esta no se lleva a cabo (Yang, 2018). En Perú, la legislación y la práctica cuenta apenas con tres años de ejercicio (figura 1).

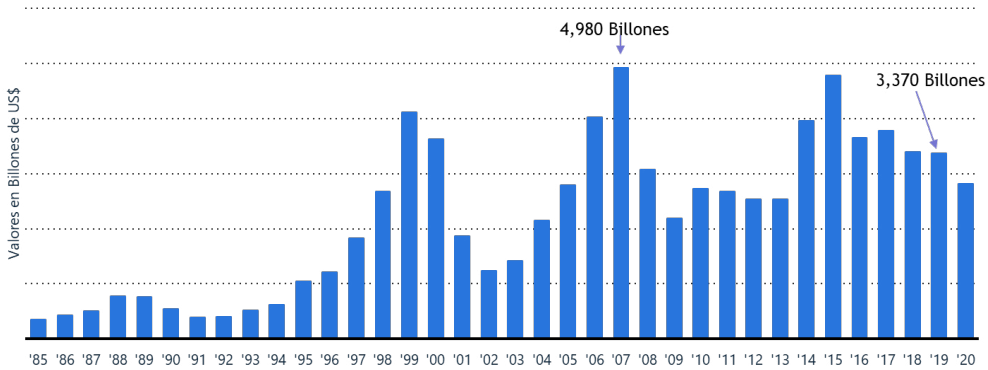
Figura 1
La legislación sobre concentraciones empresariales en Perú



La figura 2 muestra las cifras de los procesos de fusiones y adquisiciones en el mundo desde 1985 hasta 2020 (Statista, 2021). Se trata de procesos cuantiosos y complejos que, en la industria bancaria internacional, también muestran una dinámica secuencial de «ola de fusiones» horizontales (VanHoose, 2022).

Figura 2

Fusiones y adquisiciones en el mundo (en billones de dólares)

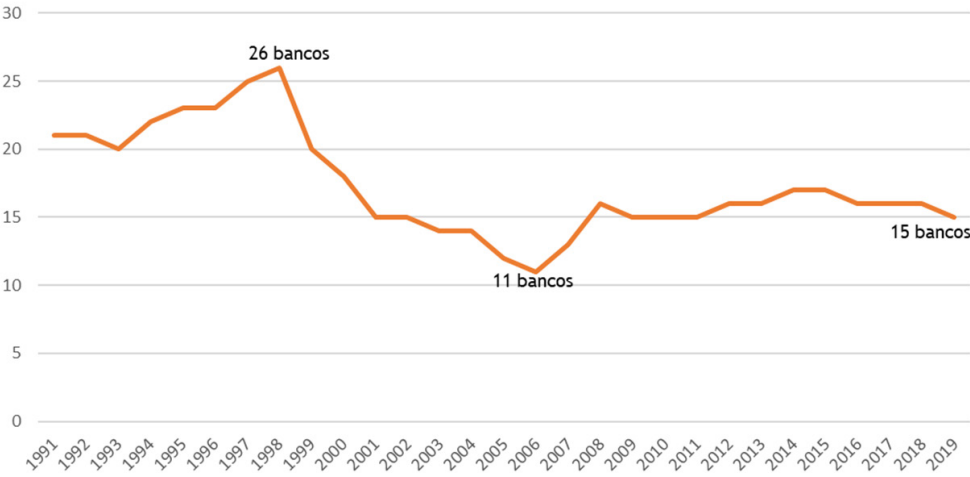


Nota. Adaptado de *Value of mergers and acquisitions (M&A) worldwide from 1985 to 2020 (in billion U. S. dollars)* por Statista (2021, p. 2).

Bajo este escenario, Perú, una de las economías en desarrollo con alta exposición a la globalización y a la inversión internacional en industrias extractivas, registra una importante actividad de fusiones y adquisiciones en América Latina (en número de operaciones y valor en dólares), situándose detrás de Brasil, México, Argentina, Chile y Colombia. Las operaciones más significativas se han producido en sectores clave. Por ejemplo, en la industria de bebidas destaca la consolidación del grupo Backus y Johnston durante treinta años y la fusión de Coca-Cola con Inka-Kola. Asimismo, resalta la operación entre la empresa periodística Epsa y el Grupo El Comercio (2013), y la fusión de las mayores cadenas farmacéuticas a fines de 2017. Estas fusiones horizontales han derivado en la formación de mercados imperfectos del tipo oligopólico con alto poder de mercado y significativos riesgos anticompetitivos. De haber existido una ley de

control preventivo, tales operaciones habrían ameritado el escrutinio de las autoridades de política de competencia y, tal vez, la exigencia de cumplimiento de ciertas condiciones de adecuación previas a su autorización.

Figura 3
Número de Bancos durante el periodo 1991-2019



Durante el periodo de estudio (2000-2019), la industria bancaria estuvo conformada por quince bancos. Esta configuración fue resultado de un prolongado proceso de consolidación iniciado en la década de 1990 —tras la nueva ley de bancos y de seguros— y de un saneamiento que se extendió hasta los primeros años del 2000, momento en que empiezan a mejorar las condiciones macroeconómicas sustancialmente y el mercado se amplificó con nuevos participantes. En este periodo también se produjeron varios procesos de fusiones horizontales bancarias que, dados los umbrales aceptados habitualmente, habrían ameritado ser objeto de un control previo.

Conforme a la experiencia internacional, a la legislación y a la teoría económica, se espera que, antes de ser autorizadas, las fusiones horizontales generen una compensación entre dos fuerzas. Por un lado, el efecto de *poder de mercado*, inherente a la fusión por la eliminación de una empresa titular del mercado, crea una entidad de mayor tamaño;

esto presiona al alza los precios y márgenes posfusión, lo que afecta el bienestar de los consumidores. Por otro lado, el efecto de *ganancia de eficiencia* se relaciona con las sinergias, la disminución de costos y la probable reducción de los precios y de los márgenes, lo cual mejora el bienestar del consumidor.

Desde un enfoque dinámico que distingue los ajustes temporales (uno, dos o tres años tras el evento), postulamos que ha de predominar una de estas dos fuerzas. Cuando prevalece el efecto *poder de mercado*, los mayores márgenes abren la posibilidad de entrada de una nueva empresa competidora en el futuro. En cambio, cuando predomina el efecto *ganancia de eficiencia*, se reducen las posibilidades de ingreso de nuevas empresas. Estas condiciones pueden ejercer impactos en la estructura de los mercados y su análisis es aplicable al sector bancario. Son fuerzas mutuamente compensatorias: la primera es una fuerza atractiva al ingreso de nuevos competidores, mientras que la segunda impulsa la salida de empresas establecidas.

Por lo tanto, es fundamental esclarecer si las fusiones horizontales ocurridas entre 2000 y 2019, junto con otros factores, han producido efectos significativos en la estructura industrial bancaria peruana y cuál de los efectos unilaterales ha predominado.

Este es el primer estudio con data real de la industria bancaria peruana. Se inspira en dos líneas fundacionales: Carl Shapiro (Farrel & Shapiro, 1990; Shapiro, 2021), principal referente contemporáneo de las presunciones estructurales en la legislación universal; y las proposiciones de Oliver Williamson (1968) sobre las ganancias de eficiencia, en su ensayo seminal «Economies as an antitrust defense: the welfare tradeoffs» y escritos posteriores.

2. LA TEORÍA

Dada su alta complejidad, el análisis de las fusiones horizontales es, quizás, la aplicación más desarrollada de la economía de la organización industrial en el dominio de la política de competencia. Las

pautas modernas de fusión reflejan un consenso global, aun cuando las carencias, como sostiene Kaplow (2021), sean más numerosas y graves de lo que se reconoce. En ese sentido, Miller & Sheu (2021) consideran que los asuntos relacionados con el modelado y las estimaciones por desarrollar deben reconocer las limitaciones analíticas de su uso y solo permitir medir sus impactos con cierto grado de solvencia. Esto constituye un paso importante para lograr inferencias trascendentes en materia de fusiones horizontales, las cuales buscamos aplicar a la banca en Perú.

3. LAS FUSIONES HORIZONTALES

Las fusiones entre empresas impactan sobre la estructura y organización del mercado, así como en su interacción competitiva. Una fusión horizontal puede dar origen a un líder del mercado; una serie de fusiones (ola de fusiones) concentra la oferta en unas cuantas empresas; y las fusiones verticales tienen el potencial de hacer más eficientes los procesos y reducir costos. Por su parte, la fusión de conglomerados facilita la diversificación del riesgo frente a la incertidumbre de los agentes proyectada a la fluctuación de los ingresos corporativos. Además, brinda exclusividad en los beneficios potenciales derivados de la vinculación y empaquetamiento de productos o, simplemente, da paso a la formación de un imperio con un centro de control financiero alineado con la estrategia del adquirente.

En cuanto a las motivaciones, la razón fundamental para que los bancos crezcan vía fusiones es aumentar el valor para los accionistas. La consolidación bancaria resulta coherente con este objetivo si la operación incrementa los beneficios previstos o reduce los riesgos para los accionistas (VanHoose, 2022).

La teoría de fusiones permite demostrar que, en un mercado imperfecto del tipo Cournot (1969), la fusión entre una empresa de costos altos y otra de costos bajos será rentable siempre que la desventaja de la empresa menos eficiente sea suficientemente grande. Esto

aplica cuando las empresas operan con costos distintos, ya sea por la posibilidad de eliminar duplicidades en el uso de *costos fijos* —y bajar su participación en la composición de los costos totales— (Salinger, 2005) o porque la fusión reduce los *costos variables*. Este asunto es vital para entender por qué las autoridades de competencia (AC) no asignan crédito *a priori* a los argumentos sobre «ganancias por eficiencia» como factor compensatorio del «poder de mercado». Las AC exigen evidencia clara del impacto compensatorio, que debe ser mayor al eventual daño anticompetitivo.

No obstante, esta condición particular de rentabilidad se resuelve conceptualmente al incorporar el tiempo al juego estático de Cournot. Es decir, cuando se modela un juego dinámico de interacción entre empresas seguidoras que juegan a la fusión para alcanzar el estatus de las líderes y cuando se compite con productos diferenciados (estrategias de competencia que también caracterizan a la banca). Por ende, las fusiones horizontales serán rentables de forma natural aun cuando puedan resultar anticompetitivas (Sørgard, 2009; Farrell & Shapiro, 1990).

4. LOS EFECTOS UNILATERALES DE LAS FUSIONES HORIZONTALES

Los efectos unilaterales son aquellos que surgen porque las fusiones alteran las estrategias de equilibrio de las empresas en juegos de oligopolio de una sola vez (Werden & Froeb, 2005; Werden, 2008). De acuerdo con estos autores, en el oligopolio de Bertrand (1883), por ejemplo, una fusión que combina dos marcas competidoras de un producto de consumo diferenciado —y no reduce los costos— conduce necesariamente a aumentos de precios unilaterales, aunque solo sean mínimos. El término «unilateral» indica que la empresa fusionada persigue su propio interés.

En la mayoría de los modelos que buscan capturar estos efectos unilaterales, se producen aumentos de precios, disminución de la

producción y reducción del excedente total y de los consumidores, a menos que el cambio en estos incentivos estratégicos se compense con ganancias de eficiencia específicas derivadas de la fusión. La AC se encarga de dimensionar el daño a la competencia y traslada la carga de proceso demostrativa de las eficiencias a las partes interesadas en la aprobación de la fusión horizontal.

De otro lado, en la práctica de control previo es preciso determinar el *mercado relevante*, definir las cuotas de mercado y calcular los índices de concentración de Herfindahl y Hirschman (HHI) como medida universalmente aceptada para dimensionar la concentración industrial. A partir de este primer nivel, se pueden establecer las bases analíticas para evaluar las fusiones, generar presunciones estructurales sobre sus posibles efectos y modificar los umbrales de concentración (el HHI y sus variaciones ΔHHI , antes y después de una fusión) para reflejar la práctica de la AC con mayor precisión. Nos referimos a efectos coordinados, relacionados con la evaluación *ex post* de los riesgos de colusión entre los jugadores del mercado; vale decir, después de autorizada y producida la fusión. Entonces, mediante el uso de paneles y umbrales de HHI y su variación, es posible medir el efecto de una fusión a criterio de las AC a nivel global. Las directrices del 2010 establecen umbrales de concentración industrial de tal forma que se presumirá que una fusión es anticompetitiva si el HHI posfusión supera los 2500 puntos (en una escala de 0 a 10 000) y el cambio en el HHI, $\Delta\text{HHI} > 200$. Expertos como Miller & Sheu (2021) sostienen que la primera de estas condiciones detectaría los efectos coordinados y las preocupaciones sobre el potencial daño a la competencia, mientras que la segunda condición detectaría los efectos unilaterales.

De requerirse un mayor escrutinio del caso, la evaluación a cargo de la AC comprenderá el dimensionamiento de los efectos unilaterales. Las probables decisiones son autorizar o no autorizar la fusión en cuestión. También, la autoridad puede exigir la adopción de correctivos para luego determinar su autorización condicionada; en este escenario, se aplicarían los siguientes remedios:

- Remedios de comportamiento: los precios no pueden aumentar más de un $x\%$ durante los próximos n años.
- Remedios estructurales: mediante la venta de activos de algunas de las empresas a fusionar, a un competidor.

Asimismo, las decisiones de autorizar/no autorizar una fusión pueden involucrar dos tipos de errores:

- Error de tipo I: la AC realizó una intervención innecesaria.
- Error de tipo II: cuando la intervención de la AC fue insuficiente.

El desarrollo analítico de estas proposiciones teóricas y su modelización se despliegan en los trabajos de Werden & Froeb (2005), Dutra & Sabarwal (2020), Miller & Sheu (2021), Valetti & Zenger (2021), entre otros autores.

5. EL MODELO TEÓRICO

Iniciamos la proposición teórica, formulando el modelo básico del oligopolio de Cournot. En este escenario, con N empresas compitiendo en un mercado de bienes indiferenciados, representado por una función de demanda lineal en su forma inversa:

$$P(Q) = a - bq$$

Las empresas operan con costos marginales constantes (c). Dados estos supuestos de demanda y costos, establecemos las condiciones de la interacción estratégica entre las empresas mediante un juego secuencial en dos etapas, cuya solución se expresa en los siguientes términos.

En la primera etapa del juego, las empresas deciden ingresar al mercado. Una empresa i opera en el mercado si su beneficio π cubre el costo F (costo de instalación y competencia con el resto de las empresas), de manera que:

$$\pi_i = (P(Q) - c_i) q_i - F \geq 0 \quad (1)$$

En la segunda etapa, las empresas determinan simultáneamente su producción. Este juego se resuelve por el método *backward induction*: se resuelve la segunda etapa del juego aplicando en (1) la condición de primer orden con respecto a la producción de cada empresa. Bajo los supuestos de simetría, se resuelve y se halla la producción de equilibrio de una empresa, que es la mejor respuesta de los jugadores al movimiento de producción del(os) rival(es):

$$q = \frac{(a-c)}{b(N+1)} \quad (2)$$

El juego esbozado se resuelve en la primera etapa, utilizando la simetría en los costos de configuración. Así, el número de empresas de equilibrio, N , que se obtiene es:

$$N = \frac{(a-c)}{\sqrt{bF}} - 1 \quad (3)$$

En sintonía con Siebert (2019), utilizamos la solución del juego propuesta en el modelo teórico, a la cual aplicamos logaritmos en ambos lados para obtener:

$$\ln(N+1) = \ln(a-c) - \left(\frac{1}{2} \ln(b) + \frac{1}{2} \ln(F)\right) \quad (4)$$

6. METODOLOGÍA

Aplicamos el modelo sugerido en la ecuación (4) con data de la industria bancaria en Perú, organizada en periodos trimestrales para los quince bancos vigentes entre 2000 y 2019. Para ello, se emplean técnicas estadísticas y econométricas de datos de panel para explorar patrones de comportamiento y el impacto que las fusiones horizontales generan en las condiciones de entrada. Este análisis se refuerza con las indispensables pruebas de robustez.

A cada entidad se le atribuye un número, del 1 al 15 organizados en 80 periodos trimestrales, lo que genera un total de 1200 observaciones.

El estudio se enfoca en las ocho fusiones horizontales ocurridas en la actividad bancaria desde el año 2000 hasta 2019. Debe precisarse que los quince bancos múltiples estudiados se encuentran supervisados por la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP (SBS). La muestra excluye a los bancos que cerraron agencias y operaciones, y a las sucursales de bancos del exterior que actúan en nichos corporativos muy específicos.

Tabla 1

Fusiones horizontales de bancos en Perú desde el 2000 al 2019

Periodo	Evento de fusión bancaria
2001 II	Interbank fusiona Banco Latino
2001 IV	Banco Financiero (Pichincha) fusiona NBK Bank
2003 I	BCP fusiona Santander Central Hispano
2005 I	BCP fusiona Bank Boston Perú
2006 II	Wiese Sudameris fusiona Banco Sudamericano
2009 I	Scotiabank fusiona Banco de Trabajo
2015 II	Scotiabank fusiona cartera minorista de Citibank
2015 IV	Mibanco fusiona Edyficar

Completamos el modelo incorporando variables dicotómicas (0, 1) a los datos de fusiones generales ($Fusion_{t-x}$) y de fusiones con poder de mercado ($FusionPM_{t-x}$), con el fin de establecer conjeturas y estimaciones de los efectos dinámicos. Mediante el procedimiento sugerido por Farrell & Shapiro (1990), se identificaron ocho eventos reales de fusiones bancarias en Perú; de estos, en tres predominó el efecto de eficiencia y en cinco, el efecto poder de mercado.

7. EL MODELO APLICADO

Estamos ya en condiciones de probar las bondades del siguiente modelo empírico:

$$N_{i,t} = \beta_1 \ln(\text{Indice de Lerner}_{i,t}) + \beta_2 \ln(\text{Costos Administrativos/Activos}_{i,t}) + \beta_3 \text{Fusión}_{t=4} + \beta_4 \text{Fusión}_{t=8} + \beta_5 \text{Fusión}_{t=12} + \beta_6 \text{FusiónPM}_{t=4} + \beta_7 \text{FusiónPM}_{t=8} + \beta_8 \text{FusiónPM}_{t=12} + \epsilon_{i,t} \quad (5)$$

Incorporamos la variable «índice de Lerner» para cada banco, definida esta como la siguiente relación en valores brutos.

El uso de valores brutos permite abstraer el efecto de la carga impositiva y otros condicionantes externos que pudieran alterar las estrategias de fusión. Con esta variable, buscamos suplir la carencia de información completa sobre precios por productos (dada la multiplicidad de tasas de interés para los distintos tipos de créditos según el perfil de cliente, monto, plazos), elasticidades de demanda, costos por productos y patentes (innovaciones).¹ En su lugar, se emplea la relación (*Costos administrativos/Activos totales*)_{i,t}.²

8. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

8.1. PRUEBAS DE CONSISTENCIA Y RESULTADOS DE SIGNIFICACIÓN GLOBAL Y DE LAS VARIABLES

Con los instrumentos estadísticos y los controles adecuados, se realizaron pruebas de consistencia a los datos del panel de data empleado.

- 1 Las AC trasladan responsabilidad a las empresas participantes de las ofertas de fusión para que demuestren fehacientemente el impacto de las ganancias de eficiencia (ahorro significativo de costos) del proceso en cuestión. Este impacto tendría que ser superior al efecto poder de mercado que presumen las AC como indicador del daño competitivo implícito en las operaciones de fusiones, un enfoque que también es aplicable a las fusiones bancarias.
- 2 En esta proposición no se incluye el impacto de las fusiones con otras empresas del sistema financiero sobre el sector bancario, debido a que, en la práctica, el negocio central de la banca no se integra al de pequeña y microempresa. Los bancos adquieren microfinancieras o crean empresas financieras especializadas sin integrarlas a su *core banking*, lo que permite una mejor gestión de los riesgos asociados a cada línea de negocios gestionando entidades separadas. Ejemplos de ello son las relaciones entre BCP y Mibanco, Scotiabank y CrediScotia y, más recientemente, el caso de BBVA y Financiera Confianza.

Los que sugieren: 1) la selección del modelo de efectos fijos sugerido, conforme al test de Hausman; 2) la obtención de estimadores insesgados y válidos para superar las pruebas de Breusch-Pagan y Cook-Weisberg, lo que permite descartar problemas de incorrelación entre los errores y las variables explicativas. Este ejercicio es crucial para garantizar la validez de las conclusiones sobre el impacto del poder de mercado, los costos y las fusiones en el número de entidades del sistema bancario, el cual se configura jerárquicamente en cuatro bancos líderes y once bancos seguidores. A continuación, se presentan los estimadores más significativos.

Las estimaciones para ambos grupos revelan resultados robustos y confiables para los coeficientes que estiman el impacto del poder de mercado (el índice de Lerner). Esto concuerda con el comportamiento empírico evidenciado en la tendencia creciente de los márgenes bancarios a lo largo del tiempo, un efecto que resulta más significativo para el grupo de líderes que para los de seguidores.

Por su parte. La relación *Costos administrativos/Activos* también influye en la explicación del comportamiento de N , siendo más determinante para los once bancos seguidores que para los cuatro líderes. Finalmente, las fusiones horizontales también muestran un impacto y significación en los modelos estimados para ambos grupos.

En cuanto a los efectos diferenciales, las fusiones del tipo predominio del poder de mercado solo tienen relevancia en el impacto, al cabo de dos años, sobre el número de jugadores para el segmento de bancos seguidores.

Tabla 2
Resultados: modelo 2 – bancos líderes; modelo 3 – bancos seguidores

Variables Explicativas	Valores esperados, β	Coefficientes de los estimadores	$P > [t]$	Coefficientes de los estimadores	$P > [t]$	Comentarios relevantes de la significación e impacto estadístico
$Ln (Indicadores Lerner_{i,t})$	<0	-0,2178857	0,009	-0,0578433	0,166	Negativa y estadísticamente significativa para bancos líderes
$Ln (Costos adm / Activos_{i,t})$	<0	-0,2172219	0,004	-0,714097	0,004	Negativa y estadísticamente significativa para bancos seguidores
$Fusion_{t=4}$	<0, =0, >0	0,0922446	0,042	0,1403067	0,000	Positiva y estadísticamente significativa para bancos líderes y seguidores
$Fusion_{t=8}$	<0, =0, >0	0,1979025	0,000	0,1579834	0,000	Positiva y estadísticamente significativa para bancos líderes y seguidores
$Fusion_{t=12}$	≤ 0 , >0	0,217054	0,000	-0,19366526	0,000	Negativa y estadísticamente significativa para bancos seguidores, y positiva y estadísticamente significativa para bancos líderes
$FusionPM_{t=4}$	>0					No relevante
$FusionPM_{t=8}$	>0	-0,0893222	0,063	-0,1141163	0,000	Negativa y estadísticamente significativa para bancos líderes, seguidores y todo el sistema; de bajo impacto para bancos líderes
$FusionPM_{t=12}$	>0					No relevante
Constante	>0	1,585898	0,025	2,415381	0,000	Positiva y estadísticamente significativa para bancos líderes y seguidores
R ²		0,3012		0,1772		Correlación débil en general; mayor en el caso de bancos líderes
Prob > F		0,000		0,000		Bondad de la prueba de significación global del modelo superada

En los demás casos, resultó una variable omitida por el modelo a pesar de la clara evidencia expuesta en la tabla 2. Este hallazgo conduce a la siguiente interrogante:

8.2. ¿EXISTEN BARRERAS DE EXCLUSIÓN EN EL SISTEMA BANCARIO?

Las barreras de exclusión o *barreras estratégicas a la entrada* resultan de la interacción entre los jugadores establecidos en el mercado (bancos líderes incumbentes) y los nuevos competidores (potenciales bancos entrantes). Esta dinámica provoca estrategias de acomodación

a la entrada o estrategias efectivas que impiden la entrada mediante la generación de costos hundidos (Sutton, 1991; 2001; Motta, 2018) y otras prácticas anticompetitivas como los «precios límite» (Motta, 2018; Cabral, 2022). Existe abundante evidencia internacional de estas prácticas en el mercado bancario de los últimos veinte años. VanHoose (2008; 2022) sostiene que, según los resultados iniciales de esta línea de investigación, la presencia de costos fijos hundidos endógenos derivados de la competencia no basada en precios, como la diferenciación vertical (estrategias de calidad o variedad), produce un límite inferior para la concentración. Esto implica que, en los mercados bancarios, típicamente predominarán unos pocos bancos grandes.

De acuerdo con la visión de los bancos grandes en Perú, la estrategia de negocios aplicable ante el ingreso de nuevos competidores sería enfrentar el desafío de *bancos nuevos con una estrategia de nicho*. No se considera factible un escenario de entrada de un nuevo banco grande con más de 200 o de 300 oficinas.

Los únicos casos de éxito en la estrategia de nichos bancarios son el Banco Ripley y el Banco Falabella. Ambos consolidaron posiciones fuertes en tarjetas de crédito, respaldados por una novedosa estrategia en el mercado peruano: complementar su alta exposición comercial con la extensión de un brazo financiero propio, lo que les permitió anticiparse a la reacción de los bancos tradicionales. La rápida expansión y las posiciones de *retail* de estos dos bancos se alinearon con el dinamismo excepcional de la economía. La coyuntura sincronizó con los beneficios del superciclo global de los metales, el crecimiento de los ingresos medios por hogar y la expansión del comercio y servicios, lo que condujo a un mayor tamaño del mercado. Estas condiciones favorables, amplificadas por el ciclo crediticio expansivo, facilitaron la emergencia de nuevos jugadores en *todos* los mercados, incluyendo entidades financieras nuevas no bancarias.

En este contexto, y de acuerdo con la evidencia empírica y la data estructurada, el número de bancos se ha mantenido estable. Esto ocurre a pesar de la significatividad que encontramos en los

estimadores de los márgenes (el índice de Lerner), la eficiencia de costos y las fusiones horizontales producidas en las dos décadas de estudio.

Es altamente probable que la *invariabilidad del número de jugadores de gran tamaño en el mercado bancario peruano* se deba a la política y acciones del supervisor bancario (SBS). Estas están dirigidas a garantizar las sostenidas condiciones de estabilidad y solvencia del sistema *por sobre las condiciones de competencia*. El supervisor logra esto monitoreando los niveles de riesgos endógenos (operacionales, de personas y sistemas) y los de exposición global (el negocio de arbitraje de carteras de monedas, inversiones, el calce de colocaciones con depósitos), fijando parámetros rigurosos y estableciendo exigencias de liquidez y de solidez patrimonial para salvaguardar el ecosistema bancario y financiero. Todos estos mecanismos de supervisión se relacionan con el resultado que estamos probando: en la práctica, *N* ha resultado un indicador paramétrico próximo a quince (con cota inferior a diecisiete instituciones bancarias en Perú³), y no una variable dinámica. Esto contrasta con los procesos de consolidación bancaria profundos que ocurren en otros mercados, como la reconfiguración del sistema bancario desregulado de EE. UU., que es el más destacable (Kress, 2019; 2022; VanHoose, 2022).

Además, cabe destacar que las sucursales bancarias aumentaron a 2149 en 2016 y a 2300 en 2019, lo que representa una tasa anual de 6,7 %, inferior a la tasa de nuevos cajeros automáticos (ATM), que fue del 15 % anual. Esta *expansión orgánica de canales bancarios en Perú* se ha concentrado en Lima y, en menor medida, en las principales capitales provinciales. Dicho crecimiento no ha demostrado tener la capacidad de expansión territorial producto de la intensa competencia

3 En sentido estricto, como bien sostuvo el exCEO de Credicorp en 2013, solo se abrió espacio para el retorno del Banco Santander (que tardará años en crecer para ser nuevo líder, a menos que decida fusionar rivales) y, tal vez, para un banco de negocios corporativos como brazo financiero de créditos vinculados a mega infraestructuras (como el Banco de China) o para una nueva oficina de representación.

entre operadores de telecomunicaciones; tampoco alcanza las extensas redes de distribución y reabastecimiento de las cadenas comerciales, ni se equipara al alcance de la industria de alimentos procesados y bebidas, la cual exige dotar de una amplia red logística de suministro a los puntos de demanda nacional para mantener o amplificar su cuota de mercado. Últimamente, la digitalización bancaria ha suplido esta carencia (ASBANC, 2016 desde adelante).

Actualmente, asistimos a la transformación del escenario competitivo en todos los mercados, en una acelerada transición de la era industrial a la digital. Estas alteraciones estructurales, provocadas por los ciclos tecnológicos y los *startups* de alto crecimiento (Atkinson & Lind, 2018), marcan hoy todos los mercados e industrias. Es el cambio tecnológico el que impacta con mayor fuerza en las decisiones estratégicas de los negocios, fenómeno que también alcanza a la actividad bancaria. En Latinoamérica, existe nueva evidencia sobre el mayor dominio de mercado que logran las empresas establecidas al adquirir más innovaciones emergentes en forma de *startups* o *fintechs*. En el Perú, el grupo Credicorp (BCP) despliega una estrategia de inversión en emprendimientos digitales de este tipo: en 2021 adquirió la plataforma de pagos Tenpo de Chile, la cual se incorporó a Krealo, la unidad de innovación del grupo que ya cuenta con cinco adquisiciones importantes. Estos procesos sugieren un cambio en la competencia bancaria, donde las entidades adquirientes pueden liderar procesos innovadores reiterados y ejercer un mayor dominio de mercado, lo que les permite continuar adquiriendo nuevos proyectos con una ventaja creciente.

La nueva competencia bancaria se centra en sostener la ventaja estratégica del juego de afianzamiento de las marcas y en la diferencia de costos estructurales que producen la digitalización de procesos transaccionales, la omnicanalidad y el uso de métodos *cashless*. Dicha transformación simplifica los procesos internos y el servicio al cliente, lo que provoca mayor demanda y reduce el uso de plataformas presenciales, provocando una caída en los costos de traslado de efectivo, por migración de las operaciones de clientes, y desplazando a los bancos

pequeños. Estos cambios de rápida transición hacia los procesos digitales están impactando la estructura del mercado bancario.

En resumen, la incorporación de un escenario analítico que considera las estructuras de jerarquía en el mercado, reconfigurando la competencia en la industria bancaria entre empresas líderes y seguidoras, mejora los resultados de las estimaciones y ofrece valores más confiables sobre el impacto de las fusiones horizontales en el mercado bancario del Perú. Al recomponer el sistema, jerarquizando las entidades en bancos líderes y bancos seguidores, los resultados de la estimación son altamente satisfactorios por su armonía con la teoría, la evidencia y con las proposiciones de este trabajo.

REFERENCIAS

- Atkinson, R. D. & Lind, M. (2018). *Big is beautiful. Debunking the myth of small business*. The MIT Press.
- Bertrand, J. (1883). *Théorie des Richesses: reveu de Théories mathématiques de la richesse sociale par Leon Walras et Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses par Augustin Cournot*. *Journal des Savants*, pp.499-508.
- Cabral, L. (2022). *Introducción a la Organización Industrial* (2.^a ed.; R. Gil, trad.). Antoni Bosch.
- Cournot, A. (1969). *Investigaciones acerca de los principios matemáticos de la teoría de las riquezas*. Alianza editorial.
- Dutra, J. & Sabarwal, T. (2020). Antitrust analysis with upward pricing pressure and cost efficiencies. *PLoS ONE*, 15(1), e0227418. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0227418>
- Farrell, J. & Shapiro, C. (1990). Horizontal mergers: an equilibrium analysis. *American Economic Review*, 80(1), 107-126.
- Kaplow, L. (2021). Horizontal merger analysis. *International Journal of Industrial Organization*, 79, 102714. <https://doi.org/10.1016/j.ijindorg.2021.102714>

- Kress, J. (2019). Solving Banking's «Too Big to Manage» Problem. *Minnesota Law Review*, 104(1), 171-241. <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/3232/>
- Kress, J. (2022). Reviving bank antitrust. *Duke Law Journal*, 72(3), 519-598. <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol72/iss3/1>
- Miller, N. H. & Sheu, G. (2021). Quantitative methods for evaluating the unilateral effects of mergers. January. *Review of Industrial Organization*, 58(1), 143-177. https://ideas.repec.org/a/kap/revind/v58y2021i1d10.1007_s11151-020-09805-8.html
- Motta, M. (2018). *Política de Competencia. Teoría y Práctica*. Fondo de Cultura Económica.
- Roca, S. (2015, 19 de abril). Perú no tiene ley sobre fusiones empresariales anticompetitivas. *La República*. <https://larepublica.pe/economia/871014-peru-no-tiene-ley-sobre-fusiones-empresariales-anticompetitivas>
- Salinger, M. (2005, 14 de septiembre). Four questions about horizontal merger enforcement [discurso]. *ABA Economic Committee of Antitrust Section*.
- Shapiro, C., Shelanski, H. (2021). Judicial response to the 2010 horizontal merger guidelines. *Review of Industrial Organization*, 58(1). <https://www.jstor.org/stable/e48514847>
- Siebert, R. (2019). Estimating differential dynamic merger effects on market structure and entry in related markets. *Review of Industrial Organization*, 55, 431-458. <https://doi.org/10.1007/s11151-019-09709-2>
- Sørgard, L. (2009). Optimal merger policy: enforcement vs. deterrence. *Journal of Industrial Economics*, 57(3), 438-456. <https://doi.org/10.1111/j.1467-6451.2009.00389.x>
- Statista. (2021). *Value of mergers and acquisitions (M&A) worldwide from 1985 to 2020 (in billion US dollars)* [gráfico]. <https://concepto.de/estadistica/>

- Sutton, J. (1991). *Sunk cost and market structure. Price competition, advertising, and the evolution of concentration*. MIT Press.
- Sutton, J. (2001). *Technology and market structure. Theory and history*. MIT Press.
- Valletti, T. & Zenger, H. (2021). Mergers with differentiated products: where do we stand? *Review of Industrial Organization*, 58(1), 179-212. <https://doi.org/10.1007/s11151-021-09810-5>
- VanHoose, D. (2008). *Policy implications of endogenous sunk fixed costs in banking: has U. S. antitrust policy been on the wrong track?* Networks Financial Institute. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1326522
- VanHoose, D. (2022). *The industrial organization of banking: bank behavior, market structure, and regulation* (3.^a ed.). Springer.
- Werden, G. J. (2008). Unilateral competitive effects of horizontal mergers I: Basic concepts and models. En W. D. Collins (Ed.), *Issues in competition law and policy* (Vol. 2, pp. 1109-1123). American Bar Association.
- Werden, G. J. & Froeb, L. (2005). Unilateral competitive effects of horizontal mergers. *Advance in the Economics of Competition Law*. MIT Press.
- Williamson, O. (1968). Economies as an antitrust defense: the welfare tradeoffs. *American Economic Review*, 58(1), 18-36.
- Yang, Y. (2018). *A new solution to market definition: an approach based on multi-dimensional substitutability statistics* [tesis de doctorado, Washington University in St. Louis]. Washington University Open Scholarship. https://openscholarship.wustl.edu/law_etds/55/



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Vol. 79, n.º 79, enero-diciembre, 2024 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)

DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2024.v79n79.08

DERECHO A LA PRIVACIDAD EN LA ERA DIGITAL: DESAFÍOS REGULATORIOS DE LA DESINDEXACIÓN EN MOTORES DE BÚSQUEDA

The right to privacy in the digital age: regulatory
challenges of de-indexing in search engines

SANTOS ELADIO SAAVEDRA MONCADA
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: santos.saavedra@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0002-3715-130X>

RESUMEN

El auge de Internet y las redes sociales ha convertido la información personal en un activo permanentemente accesible, planteando dilemas críticos sobre el control de la reputación y la identidad digital. Si bien el derecho a la privacidad y al olvido son fundamentales en la era de la información, su aplicación enfrenta una complejidad intrínseca respecto a su alcance y límites técnicos. Este artículo analiza la desindexación como el principal mecanismo para ejercer dicho control frente a los motores de búsqueda. Se examina el proceso mediante el cual ciertos contenidos son suprimidos de los resultados mostrados

por los principales operadores —tales como Google, Bing o Yahoo— cuando la información indexada se torna obsoleta, irrelevante o lesiva para la dignidad de la persona. Asimismo, se abordan los desafíos regulatorios para equilibrar la libertad de información con la protección de datos en el entorno de estas plataformas globales.

Palabras clave: privacidad digital; derecho al olvido; desindexación; motores de búsqueda; protección de datos.

ABSTRACT

The rise of the internet and social media has turned personal information into a permanently accessible asset, posing critical dilemmas regarding the control of reputation and digital identity. While the right to privacy and the right to be forgotten are fundamental in the Information Age, their application faces intrinsic complexity regarding their scope and technical limits. This article analyzes de-indexing as the primary mechanism for exercising such control over search engines. It examines the process through which certain content is removed from the results displayed by major operators—such as Google, Bing, or Yahoo—when indexed information becomes obsolete, irrelevant, or harmful to the person's dignity. Furthermore, it addresses the regulatory challenges involved in balancing freedom of information with data protection within the environment of these global platforms.

Keywords: digital privacy; right to be forgotten; de-indexing; search engines; data protection.

Recibido: 14/05/2024 Aprobado: 17/07/2024 Publicado: 10/12/2024

1. INTRODUCCIÓN

En la sociedad 2.0 emerge una figura fundamental y global: el *prosumidor*, quien fusiona los roles de productor y consumidor. Este actor se adapta a un entorno digital donde la comunicación unidireccional ya no tiene cabida, lo que permite transformar a los antiguos receptores pasivos en creadores y difusores de contenido (Martín & Ruiz, 2022). Sin embargo, el uso de estas plataformas también expone a los usuarios a nuevos riesgos o amplifica peligros tradicionales, como el acoso y la intimidación.

Desde 2005, las redes sociales se han convertido en los espacios preferidos por los adolescentes, especialmente aquellos entre 11 y 15 años, quienes constituyen el grupo más activo en plataformas como YouTube (Ordóñez & Calva, 2020). Este entorno no solo funciona como medio de comunicación, sino también como un espacio de expresión cultural donde los jóvenes construyen su identidad mediante la creación y consumo de contenido (García et al., 2022, p. 94).

En este contexto de exposición digital, ciertas conductas han sido tipificadas como delitos por el legislador. Su regulación abarca elementos descriptivos y normativos orientados a prevenir y sancionar estas acciones para proteger los bienes jurídicos vulnerados. Al analizar delitos como el acercamiento y el engaño sexual a menores en entornos virtuales (*grooming*), surgen desafíos prácticos (Estévez, 2021). Estos incluyen problemas en la dogmática penal, como la determinación de la responsabilidad, la imputación objetiva y la protección de bienes jurídicos bajo el marco internacional de los derechos de niñas, niños y adolescentes (Moncada et al., 2022, pp. 1460-1461).

Si bien la distinción entre lo público y lo privado suele presentarse como una dicotomía, es esencial incorporar el concepto de lo íntimo para comprender sus implicaciones profundas. En el entorno digital, lo público se reconfigura como aquello que se publica ante una audiencia (Bolesina & Gervasoni, 2022). A diferencia de las interacciones presenciales, esta audiencia amplia y heterogénea posee la

capacidad de alterar el proceso comunicativo mediante sus reacciones. Mientras que en el entorno físico es posible identificar visualmente a los interlocutores, en línea resulta casi imposible prever el alcance y las consecuencias de las manifestaciones vertidas en la red (González et al., 2022).

Esta tendencia puede fomentar representaciones que discrepan de la realidad, convirtiendo a las redes sociales en plataformas de proyección personal donde predomina el monólogo sobre el diálogo (Argenzio, 2020). Por otro lado, según un estudio de Epsilon Icarus Analytics en España, se registró un aumento significativo en el volumen de conversaciones digitales relacionadas durante el periodo de la COVID-19, alcanzando los 10,9 millones de menciones. Dicho informe señala que la experiencia de crisis influyó en estas interacciones, marcadas por el miedo y la incertidumbre (Núñez-Cansado, 2022), lo que permite inferir una digitalización acelerada de las relaciones humanas. Este fenómeno confirma la superación de las limitaciones territoriales tradicionales, haciendo necesario ampliar nuestra perspectiva jurídica; en especial, respecto a la obligación de ajustar la protección legal a la era digital para salvaguardar la esfera de la identidad (Sánchez, 2019).

En la actualidad, los motores de búsqueda y sus algoritmos de indexación han simplificado el acceso a la información privada. A través de la práctica coloquialmente conocida como «googlear», se introduce el nombre de una persona en los buscadores con el propósito de investigar y recopilar su información disponible en la red (Batuecas, 2022). Dado que estos contenidos son accesibles para un público indeterminado, los motores de búsqueda, ante la ausencia de una regulación adecuada, pueden poner en riesgo diversos derechos fundamentales. En este contexto, se reconoce la necesidad de incorporar el derecho al olvido en nuestra legislación, mecanismo que debe permitir la desindexación o eliminación de información personal que ya no refleje la realidad actual del individuo (Romero, 2018).

El uso generalizado de Internet conlleva la creación de huellas digitales que configuran y revelan nuestra identidad, un proceso que en las nuevas generaciones comienza desde la infancia. Estos rastros son prácticamente imborrables y difíciles de ocultar; con el tiempo, se vuelven más abundantes y profundos debido al acceso continuo a redes sociales mediante múltiples dispositivos de uso diario, como teléfonos inteligentes, ordenadores y consolas, especialmente entre los jóvenes (Muñoz & Cardoso, 2021). Esta exposición puede derivar en consecuencias no deseadas, como la suplantación de identidad. Para las nuevas generaciones, comprender el impacto a largo plazo de acciones aparentemente simples, como divulgar una imagen en línea, constituye un desafío significativo (Hernández et al., 2021).

Actualmente, la sociedad habita una realidad híbrida denominada *onlife*, vivencia que se acentúa en aquellos nativos digitales que no han experimentado un mundo desconectado (Serrate-González et al., 2023). Cabe resaltar que el uso de estos dispositivos moldea la forma en que los adolescentes establecen relaciones interpersonales y afecta procesos esenciales de su desarrollo, como la construcción de la identidad y la sexualidad (Gómez & Jiménez, 2022). Por consiguiente, resulta imperativa la regulación de los procesos de indexación para facilitar la concreción efectiva del derecho al olvido digital.

2. LOS MENORES DE EDAD EN LAS REDES SOCIALES

2.1. AGENTES PROTECTORES DEL MENOR Y REDES SOCIALES: EL DILEMA DE TIKTOK

2.1.1. La pantalla 2.0 en menores de edad

En los momentos en que los niños se desvinculan de la supervisión familiar directa, resulta prácticamente imposible monitorear todas sus interacciones; sin embargo, es crucial evitar el hiperpaternalismo, ya que la protección no debe confundirse con la dominación, ni siquiera en la infancia. A partir de los siete años, los menores tienen

un acceso significativo a contenidos en línea a través de dispositivos propios o de terceros. El uso de estas herramientas genera un impacto directo en su aprendizaje, conducta e incluso en el desarrollo de sus habilidades. Ante esta realidad, resulta necesario implementar medidas decisivas para abordar dicha problemática. Este desafío cobra mayor relevancia dada la naturaleza de la denominada «generación *touch*», la cual se caracteriza por concebir la pantalla táctil como un elemento fundamental en su percepción del mundo (Martín & Ruiz, 2022, pp. 32-33).

2.1.2. Los representantes en menores de edad

Diversos agentes desempeñan un papel fundamental en esta tarea; entre ellos destacan las instituciones públicas, el sistema educativo, el marco legislativo y los padres. En el caso de plataformas como TikTok, estas tienen la responsabilidad de administrar los contenidos publicados de acuerdo con la legislación vigente. Asimismo, deben velar por la seguridad de los datos privados mediante la implementación de sistemas sólidos de protección. Es esencial que estas plataformas sean transparentes respecto al uso previsto de los datos, especificando quiénes tendrán acceso a la información y si esta será compartida con terceros, especialmente cuando se trata de niños. Cumplir con estas normas y garantizar su alineación con el marco legal de las regiones donde operan requiere un compromiso real y recursos adecuados. El desafío digital exige comprender una realidad en constante transformación en el entorno 2.0. En este escenario surge una tensión entre la autonomía de los menores y la obligación de protegerlos, punto en el cual la intervención estatal cobra vital importancia (Martín & Ruiz, 2022, p. 34).

La Comisión Europea y el programa Safer Internet Plus trabajan en la promoción de un entorno seguro en línea. En este marco, el proyecto EU Kids Online se encarga de analizar la evidencia para adaptar la legislación a la constante evolución de Internet y su impacto

en los menores. Es fundamental que tanto padres como tutores sean informados sobre qué datos recopilan las redes sociales y el uso que les dan, siendo necesario recabar su aprobación previa. Es menester enfatizar que el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), en Europa, y la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD), en España, constituyen un marco normativo que vela por los derechos de los ciudadanos, subrayando la importancia del derecho al olvido digital. En el caso español, el artículo 13 del Real Decreto 1720/2007 establece que los mayores de catorce años poseen la capacidad para consentir el tratamiento de sus datos personales y acceder a estas plataformas (Martín & Ruiz, 2022, p. 35).

2.1.3. La creación y acceso de contenidos en TikTok por menores de edad

Los menores pueden utilizarlo bajo el consentimiento de su padre o tutor, aunque la edad mínima no se detalla expresamente. Cabe señalar que la redacción ganaría en perspectiva de género si contemplara explícitamente la figura materna o empleara términos más inclusivos (Martín & Ruiz, 2022). Con el tiempo, TikTok ha robustecido sus configuraciones de privacidad predeterminadas; aunque, al iniciar sesión desde un navegador, se ofrezcan múltiples vías de acceso (código QR, número telefónico o vinculación con plataformas como Google, Facebook, Apple o Instagram). Esta facilidad de autenticación implica que los menores con acceso a un teléfono inteligente pueden ingresar con acceso irrestricto, dado que simular la mayoría de edad resulta sencillo; una problemática que no es exclusiva de esta red social, sino generalizada en el entorno digital. En su política de privacidad, la plataforma contempla la «prueba de identidad o edad». En supuestos específicos, se puede requerir a los usuarios que acrediten estos datos para acceder a funcionalidades avanzadas, como las transmisiones en vivo (*lives*) o la verificación de cuentas. Respecto a los menores de trece años, el sistema limita sus funcionalidades: solo pueden compartir contenido con «amigos», lo que impide la publicación o interacción

abierta. No obstante, la plataforma advierte que tanto la foto de perfil como la descripción de la biografía permanecen públicas, lo que podría facilitar la identificación del menor (Martín & Ruiz, 2022, pp. 38-39).

2.1.4. Mecanismos de control sobre la prestación del consentimiento de los menores de edad para una protección eficaz de su interés superior

Con el objetivo de garantizar una protección efectiva de los derechos de los menores en las redes sociales, resulta recomendable que las plataformas digitales implementen mecanismos técnicos que permitan validar la autenticidad del consentimiento. Estos sistemas deben ser capaces de impedir que los menores falseen su edad durante el registro y, simultáneamente, verificar que la persona que autoriza el acceso posea la capacidad legal o la titularidad de la patria potestad necesaria para ello (Ayllón, 2022, pp. 602-603).

No obstante, aunque se haya señalado que la protección actual de los datos personales de los menores resulta insuficiente y que es imperativo elevar el nivel de alfabetización digital en la sociedad, esto no implica adoptar una postura pasiva a la espera de dicho cambio cultural. Por el contrario, es factible recurrir a mecanismos transitorios que suplan estas carencias, siendo fundamental la intervención proactiva de los desarrolladores de plataformas digitales. En este sentido, se discute la implementación de sistemas de verificación del consentimiento paterno, los cuales pueden operar *ex ante* (mediante el uso de DNI electrónico o certificado digital) o *ex post* (donde el consentimiento se firma manualmente y se remite por correo electrónico). El objetivo de estos sistemas es garantizar que la autorización provenga efectivamente del titular de la patria potestad en cada caso concreto, mecanismos que podrían incorporarse a nuestro ordenamiento jurídico sin dificultades significativas (Ayllón, 2022, pp. 603-604).

2.2. YOUTUBE Y LOS YOUTUBERS

El término *youtuber* se consolidó alrededor de 2010, designando a aquellos usuarios prosumidores que alcanzaron notoriedad en la plataforma. Estas figuras ejercen una influencia significativa sobre la población juvenil; sin embargo, tanto los menores como sus progenitores suelen subestimar el impacto que esto genera en la construcción de la identidad, la personalidad y las dinámicas sociales. En este proceso identitario, los menores despliegan estrategias de adaptación frente a las redes sociales que pueden favorecer u obstaculizar su desarrollo psicosocial. Un riesgo preponderante es el uso excesivo o adictivo de estas plataformas. En el caso específico de YouTube, la gratificación inmediata que obtienen los usuarios y la adaptación algorítmica de los contenidos —diseñada para retener la atención— son factores determinantes en la conducta adictiva, la cual se vincula más con la mecánica de la plataforma que con la temática de los videos. Lo anterior subraya la responsabilidad de los adultos en la supervisión del tiempo de exposición y en el análisis de cómo estas interacciones moldean la identidad del menor. Frecuentemente, los adolescentes producen y difunden contenido con la expectativa de alcanzar viralidad, careciendo a menudo de conciencia sobre su propia vulnerabilidad y exposición pública (Antonio & Delgado, 2021, pp. 259-260).

2.3. RIESGOS DE LOS MENORES Y LA VULNERABILIDAD DIGITAL

Los niños y adolescentes constituyen un colectivo altamente vulnerable, condición exacerbada por su elevado nivel de dependencia y la adopción masiva de tecnologías digitales. Su estado de hiperconexión a través de múltiples pantallas se ve potenciado por las características intrínsecas del entorno digital: facilidad de acceso, inmediatez y anonimato. No obstante, en ocasiones son los propios adolescentes quienes asumen un rol activo en la ejecución de conductas nocivas en línea. El abordaje de las diversas formas de violencia en redes sociales resulta complejo, dado que frecuentemente implican comportamientos antisociales difíciles de tipificar o deslindar (García et al., 2022, pp. 94-95).

3. EL OLVIDO DIGITAL

Lo fundamental radica en que la persona afectada trascienda el rol de mero espectador frente al agravio y ejerza una defensa activa de sus derechos. Ello implica recurrir a los mecanismos legales idóneos para detener la difusión continuada del contenido lesivo (Bolesina & Gervasoni, 2022). La aplicación del derecho al olvido busca evitar la perpetuación indefinida de datos personales o información lesiva en la web. La esencia de este derecho no reside en la mera existencia del contenido original (como datos o fotografías), sino en restringir su accesibilidad indiscriminada, impidiendo que permanezca indefinidamente al alcance del dominio público (Cervieri et al., 2023, p. 239).

El derecho al olvido se define como la facultad jurídica que permite al titular de datos personales solicitar la supresión o el bloqueo de información considerada obsoleta por el transcurso del tiempo, o aquella que carece de relevancia pública y lesiona sus derechos fundamentales. Esta figura, fundamentada en la protección de datos, trasciende los tradicionales derechos de cancelación y oposición, puesto que responde específicamente a los desafíos que plantean los motores de búsqueda. Estos actúan como vehículos de diseminación indiscriminada y perpetuación de la información personal, lo que exige nuevas prerrogativas para garantizar la autodeterminación informativa en el entorno digital (Romero, 2018, pp. 237-238).

3.1. IMPACTO DEL DERECHO AL OLVIDO EN LA EXPERIENCIA EUROPEA

A partir del 13 de mayo de 2014, dieciséis días después de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el caso C-131/12, los ciudadanos de los Estados miembros comenzaron a presentar solicitudes a los motores de búsqueda, principalmente a Google, para ejercer su derecho al olvido. Estas peticiones se evalúan conforme a los criterios establecidos en el artículo 17 del Reglamento

2016/679 (RGPD). En este contexto, de los 3 869 242 enlaces (URL) cuya desindexación ha sido solicitada, Google ha procedido a eliminar 1 561 716, cifra que representa el 46,7 %. Cabe resaltar que los residentes de la Unión Europea (UE) disponen de la vía administrativa ante las autoridades de protección de datos de sus respectivos países, entidades facultadas para ordenar a los buscadores la supresión de los enlaces. Este mecanismo puede activarse mediante una reclamación directa o tras la negativa de la plataforma a atender la solicitud inicial (Low, 2020, p. 13).

Además de actualizar regularmente sus estadísticas, Google publica en su portal web una casuística de solicitudes aceptadas y rechazadas. Esta difusión se realiza de manera anonimizada, detallando los pormenores de cada supuesto para esclarecer los criterios interpretativos de la empresa respecto a este derecho, lo cual aporta mayor certeza y predictibilidad a los interesados. A modo ilustrativo, se cita el caso de un residente de los Países Bajos condenado por posesión y distribución de pornografía infantil. Dicho individuo solicitó la desindexación de 17 enlaces a artículos periodísticos que aparecían al buscar su nombre y que informaban sobre los hechos que motivaron su sentencia. Google denegó la petición argumentando que los acontecimientos eran recientes y que la condena aún se encontraba vigente al momento de la solicitud, prevaleciendo así el interés público sobre el derecho al olvido (Low, 2020, pp. 13-14).

4. PRIVACIDAD DIGITAL

El valor de la privacidad está intrínsecamente vinculado al grado de accesibilidad que terceros poseen sobre nuestra vida íntima. Especialistas en derecho sostienen que esta esfera se compone sustancialmente de creencias, pensamientos y sentimientos exteriorizados a través de soportes confidenciales, como correspondencia epistolar o diarios personales; elementos que requieren tutela jurídica precisamente por su vulnerabilidad frente a accesos ilícitos o allanamientos. En efecto, la perspectiva de inviolabilidad de la privacidad adquiere

mayor relevancia en el entorno digital, debido a los ataques al honor y a la reputación que se sufren en las redes sociales. Este escenario se agrava cuando la información —e incluso las noticias falsas (*fake news*)— alcanza viralidad, generando un potencial destructivo que refuerza el argumento de cautelar la privacidad con mayor rigurosidad (Rapimán & Chibey, 2022, pp. 198-199).

5. DESINDEXACIÓN EN LOS MOTORES DE BÚSQUEDA

El propósito principal de la desindexación es la supresión de enlaces a información personal en los motores de búsqueda, objetivo que cobra mayor fuerza cuando dichos datos pueden lesionar derechos fundamentales. En sentido estricto, la desindexación procura excluir cierta información del índice (*index*) de los buscadores, con el fin de evitar su aparición en la lista de resultados cuando un tercero realiza una consulta.

En el desarrollo de este derecho, se estableció jurisprudencialmente que operadores como Google están obligados a desindexar ciertos datos de sus registros. Al respecto, se precisó una distinción clave: si bien el motor de búsqueda no tiene potestad para suprimir la página web fuente donde se aloja la noticia, sí debe eliminar el enlace de su índice. Esta acción busca desvincular o desconectar aquella información que el solicitante considera errónea, inadecuada o lesiva para su reputación. Cabe precisar que los motores de búsqueda, como parte de su actividad técnica, almacenan copias de información (*caché*) para optimizar y determinar con mayor precisión los resultados ofrecidos al usuario (Cervieri et al., 2023, p. 243).

Tal como sostiene Romero (2018, pp. 225-226), los motores de búsqueda constituyen sistemas complejos encargados de la indexación de millones de contenidos alojados en servidores web, cuyo propósito es la ubicación inmediata de dichos datos mediante el uso de palabras clave. En otros términos, operan como intermediarios neutrales que facilitan al usuario el acceso a la información de su interés; contenidos que abarcan toda índole, sin límites temáticos ni contextuales.

6. CONCLUSIONES

El uso masivo de tecnologías por parte de los adolescentes resulta preocupante, riesgo que actualmente se ha agudizado al extenderse a rangos de edad inferiores. Hoy es común observar a niños a partir de los cuatro años manipulando dispositivos móviles —como celulares y tabletas— para acceder a juegos y videos, frecuentemente bajo el consentimiento de los padres. Más aún, muchos de estos menores han pasado de ser consumidores a creadores de contenido, asumiendo roles de *tiktokers*, *streamers* o *youtubers*. En este escenario, la privacidad se diluye y los riesgos se multiplican, dado que se comparte información sensible (datos personales, imagen, estados emocionales, entorno social, patrimonio y desplazamientos), exponiendo al menor al escrutinio global sin restricciones ni límites. Esta sobreexposición pone en peligro su intimidad; por tal motivo, resulta imperativo reconocer el derecho al olvido digital, el cual implica la desindexación de información sensible, falsa o denigrante que lesione la privacidad, menoscabando la honra y dignidad de las personas.

En este ámbito, la UE abordó la protección de datos personales mediante la consagración del derecho al olvido digital. Este avance se cristalizó en la jurisprudencia del TJUE, cuyos criterios de salvaguarda incluyen la desindexación en los motores de búsqueda como el instrumento idóneo para la materialización de este nuevo derecho fundamental.

REFERENCIAS

- Antonio, M., & Delgado, Á. (2021). Estudio de la competencia mediática frente al impacto de los youtubers en los menores de edad españoles. *Pixel-Bit. Revista de medios y educación*, (61), 257-270. <https://doi.org/10.12795/pixelbit.74234>
- Argenzio, D. (2020). Celebrificación de la identidad digital del periodista a través de sus contenidos en Instagram. *Revista ComHumanitas*, 11(2), 123-148. <https://doi.org/10.31207/rch.v11i2.245>

- Ayllón, J. D. (2022). Consentimiento de los menores de edad en las redes sociales: especial referencia a TikTok. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (16), 580-609. <https://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2022/04/24.-Jesús-Daniel-Aillón-580-609.pdf>
- Batuecas, A. (2022). El derecho a la identidad y la identidad digital. *Anuario de Derecho Civil*, 75(3), 923-986. <https://doi.org/10.53054/adc.v75i3.9766>
- Bolesina, I., & Gervasoni, T. (2022). A proteção do direito fundamental à privacidade na era digital e a responsabilidade civil por violação do direito à intimidade. *Revista Novos Estudos Jurídicos Eletrônica*, 27(1), 87-109. <https://doi.org/10.14210/nej.v27n1.p87-109>
- Cervieri, V., De Brun, D., Gómez, J., & Lema, P. (2023). Derecho al olvido: Uruguay a la vanguardia de la protección de datos personales. *Revista de Actualidad Mercantil*, (7), 237-245. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/view/27207>
- Estévez, L. (2021). El uso de menores de edad en conflictos armados: Problemática derivada del reclutamiento a través de las tecnologías de la información. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, (7). <https://www.ejc-reeps.com/numeros-antiores/numero-extraordinario-7-2021>
- García, A., Suárez, R., & Montes, M. (2022). Situaciones de vulnerabilidad en los vídeos de los youtubers adolescentes. Diferencias de género y edad. *Revista Mediterránea de Comunicación*, 13(1), 93-106. <https://doi.org/10.14198/MEDCOM20066>
- Gómez, V., & Jiménez, A. (2022). Identity in the digital age: elaboration of social media profiles in Chilean teenagers. *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, (29), 1-26. <https://doi.org/10.29101/crcs.v29i0.17430>
- González, M., Álvarez, I. D., Muñoz, P. C., & Estévez, I. (2022). Adolescencia y privacidad digital. *Revista Mexicana de Investigación Educativa*, 27(93), 583-603.

- Hernández, M., Pérez, A., & Roco, Á. (2021). Identidad digital y conectividad: conocimiento y actitudes en estudiantes universitarios chilenos. *Formación Universitaria*, 14(1), 147-156. <https://doi.org/10.4067/S0718-50062021000100147>
- Low, I. J. (2020). *Actuales criterios jurisprudenciales sobre la responsabilidad de los motores de búsqueda* [tesis de licenciatura, Universidad De Chile]. Repositorio de la Universidad.
- Martín, P., & Ruiz, M. (2022). Agentes protectores del menor y redes sociales. El dilema de TikTok. *Revista Mediterránea de Comunicación*, 13(1), 31-49. <https://doi.org/10.14198/MEDCOM.20776>
- Moncada, I. R., Guerrero, A. L., & Suqui, G. Y. (2022). Contacto y embaucamiento con finalidades sexuales a menores de edad a través de medios electrónicos. *Polo del Conocimiento. Revista científica profesional*, 7(7), 1458-1477.
- Muñoz, L., & Cardoso, M. J. (2021). Estudio sobre las dificultades de aprendizaje y uso de la identidad digital en el aula de Primaria. *REIDOCREA*, (10), 1-20.
- Núñez-Cansado, M. (2022). Construcción de la identidad grupal digital durante la crisis Covid-19 en la red social Twitter. *IC. Revista Científica de Información y Comunicación*, (19), 565-589. <https://doi.org/10.12795/IC.2022.I19.25>
- Ordóñez, L., & Calva, S. (2020). Amenazas a la privacidad de los menores de edad a partir del *sharenting*. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 9(2), 105-130. <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2020.55333>
- Rapimán, M. E., & Chibey, T. J. (2022). Privacidad de la información en la investigación social de naturaleza cualitativa: la transición hacia el mundo digital. *Acta Bioethica*, 28(2), 197-203. <https://doi.org/10.4067/S1726-569X2022000200197>
- Romero, T. A. (2018). Desindexación de datos personales: Fortaleciendo el derecho a la autodeterminación informativa y el olvido digital. *Revista de investigación en Derecho, Criminología y*

Consultoría Jurídica; Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 11(22), 223-244. <https://doi.org/10.32399/fder.rdk.2594-0708.2017.22.531>

Sánchez, R. A. (2019). Derecho al olvido. Breve aproximación a su devenir sobre Google y otros buscadores en Iberoamérica. *Revista Electrónica Iberoamericana*, 13(1), 120-148. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7562730.pdf>

Serrate-González, S., Sánchez-Rojo, A., Andrade-Silva, L., & Muñoz-Rodríguez, J. (2023). Identidad onlife: La cuestión del género y la edad en el comportamiento adolescente ante las redes. *Revista Científica de Educomunicación*, (75), 9-20. <https://doi.org/10.3916/C75-2023-01>



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Vol. 79, n.º 79, enero-diciembre, 2024 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)

DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2024.v79n79.09

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS: UN IMPERATIVO HACIA LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO POR CAUSA DE VIOLACIÓN E INVIABILIDAD FETAL EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

The control of conventionality as a guarantee of
reproductive rights: an imperative towards the
decriminalisation of abortion in cases of rape and fetal
inviability in Peruvian legislation

FANNY REAÑO BAYONA
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)
Contacto: fanny.reano@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0003-3796-7568>

RESUMEN

Este artículo examina la aplicación obligatoria del principio de revisión convencional en el sistema jurídico peruano, planteándolo como una herramienta fundamental para proponer la despenalización del aborto

en casos de extrema vulnerabilidad, tales como la violación sexual o la inviabilidad fetal. Para tal efecto, se revisan críticamente los tratados internacionales de derechos humanos que protegen a las mujeres, instrumentos que el Estado peruano transgrede al mantener la penalización del aborto. Cabe señalar que la legislación penal vigente restringe esta práctica a condiciones médicas terapéuticas. Dicha limitación genera un conflicto normativo, ya que vulnera los derechos de la mujer a la salud integral, la autonomía reproductiva y a una vida digna, contraviniendo los estándares interamericanos. La metodología empleada es cualitativa y normativa, centrada en el análisis de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Esta matriz jurídica sirve de guía para los operadores de justicia de la región, exigiendo una necesaria armonización con la legislación interna para garantizar la concreción sustantiva de los derechos de las mujeres en el Perú.

Palabras clave: derechos humanos; derechos reproductivos; despenalización del aborto; violencia sexual; inviabilidad fetal.

ABSTRACT

This article analyzes the binding application of the principle of conventional review in the Peruvian legal system, proposing it as a fundamental tool for decriminalizing abortion in cases of extreme vulnerability, such as rape or foetal inviability. To this end, it critically reviews international human rights treaties that protect women, instruments that the Peruvian State violates by maintaining the criminalization of abortion. It should be noted that current criminal legislation restricts this practice to therapeutic medical conditions. This limitation creates a regulatory conflict, as it violates women's rights to comprehensive health care, reproductive autonomy, and a dignified life, contravening inter-American standards.

It should be emphasized that current criminal legislation restricts this practice to therapeutic medical conditions. This limitation creates a regulatory conflict, as it violates women's rights to comprehensive health care, reproductive autonomy, and a dignified life, thereby contravening inter-American standards.

The methodology employed is qualitative and normative, focusing on the analysis of the jurisprudence of the Inter-American Human Rights System. This legal framework serves as a guide for justice operators in the region, requiring necessary harmonisation with domestic legislation to guarantee the substantive realisation of women's rights in Peru.

Keywords: human rights; reproductive rights; decriminalization of abortion; sexual violence; fetal inviability.

Recibido: 10/03/2024 Aprobado: 17/05/2024 Publicado: 10/12/2024

1. LA MIRADA PENAL SOBRE EL ABORTO

El debate sobre la interrupción voluntaria del embarazo en América Latina constituye uno de los temas más relevantes del siglo XXI, toda vez que involucra tanto la vida de la gestante como la protección del concebido. Asimismo, esta discusión se enmarca en la lucha reivindicativa por los derechos sexuales y reproductivos. En el Perú, la complejidad de esta problemática se ha reducido frecuentemente a cuestiones morales y de rigidez normativa; desde esta perspectiva, el aborto se concibe como un ilícito penal objeto de sanción, postura que entra en conflicto directo con los derechos fundamentales de mujeres y niñas. Cabe señalar que el artículo 119 del Código Penal establece el aborto terapéutico como único supuesto no punible; es decir, aquel practicado cuando constituye el único medio para salvar la vida de la gestante o evitar un daño grave y permanente en su salud. Esta restricción evidencia una insuficiencia normativa, puesto que impide el acceso legal al aborto

en situaciones de extrema vulnerabilidad, como la violación sexual o el diagnóstico de inviabilidad fetal. Ello refleja el histórico divorcio entre la norma jurídica y la realidad social: mientras la ley tiende a ser estática, la sociedad se transforma constantemente, provocando que el marco legal pierda vigencia y eficacia frente a las demandas actuales.

El citado artículo 119 no toma en consideración la realidad sociohistórica actual del país. Según advierte la Defensoría del Pueblo (2022), la violencia sexual contra niñas y adolescentes ha alcanzado proporciones alarmantes, no solo por el incremento constante de denuncias, sino por la aparente normalización social de estas prácticas y sus consecuencias. En este contexto, el embarazo producto de una violación representa una extensión del daño. Obligar a la víctima a continuar con la gestación, pese a la agresión sexual que la ha marcado física y psicológicamente, no solo la revictimiza, sino que perpetúa su condición de vulnerabilidad. Esta situación se agrava cuando la víctima es una niña, cuyo cuerpo y mente carecen de la madurez necesaria para afrontar el embarazo y asumir una maternidad forzada; escenario que coloca en grave riesgo su salud y su vida (Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2021). Para los organismos internacionales, esta imposición por parte del sistema legal constituye un trato cruel, inhumano y degradante (Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas [CAT], 2018). El Estado peruano no escapa a este cuestionamiento, máxime cuando ha ratificado instrumentos de derechos humanos cuyas obligaciones incumple sistemáticamente.

La prohibición del aborto en casos de inviabilidad fetal configura una vulneración adicional a los derechos reproductivos de la mujer. Esta condición patológica implica un pronóstico de letalidad inevitable para el feto, cuya supervivencia extrauterina resulta biológicamente imposible. Impedir la interrupción del embarazo en este supuesto conlleva obligar a la gestante a llevar a término un proceso sin esperanza de vida, exponiéndola a riesgos físicos innecesarios y a un padecimiento emocional constante. Dado que la legislación penal peruana no contempla expresamente esta causal, se evidencia

nuevamente el desfase entre el cuerpo legal y las complejidades de la realidad médica y social. La consecuencia directa es el sometimiento de la mujer —incluyendo a niñas y adolescentes— a un sufrimiento psicológico desproporcionado, lo cual constituye una violación flagrante de su derecho a la integridad psíquica y a la dignidad, protegidos por el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Como se puede advertir, la naturaleza punitiva del derecho penal, lejos de garantizar el acceso a la justicia para las víctimas, restringe su autonomía y compromete su salud. Esta rigidez constituye una vulneración de los derechos de la mujer al impedir la aplicación del principio de proporcionalidad, el cual exige ponderar adecuadamente la protección de la vida prenatal con los derechos fundamentales de la gestante (Corte IDH, 2012). Esta problemática no responde a situaciones fortuitas o excepcionales, sino a un defecto estructural. Un análisis de la normativa revela la incongruencia sistémica entre la restrictiva legislación peruana y los estándares de protección exigidos por la Corte Interamericana en supuestos de violación sexual e inviabilidad fetal. El marco jurídico vigente sitúa a la mujer en un estado de indefensión y expone al personal médico a responsabilidad penal, institucionalizando así la transgresión de los derechos fundamentales desde el propio ordenamiento legal.

2. LA CONVENCIONALIDAD COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS

En esta coyuntura crítica, el control de convencionalidad emerge como el mecanismo idóneo para abordar la problemática. Este principio de compatibilidad obliga a los jueces y operadores de justicia a verificar que las normas internas y los actos jurídicos se ajusten a los estándares internacionales de derechos humanos, corrigiendo así las deficiencias del derecho interno mediante la aplicación de lo que podríamos denominar la matriz regulatoria: la CIDH.

En tal sentido, surge la interrogante: ¿cómo debe operar el control de convencionalidad en el Perú para superar la incompatibilidad normativa de la penalización del aborto en casos de violación e inviabilidad fetal?, y ¿cómo debe estructurarse este mecanismo para garantizar la efectividad de los derechos de las mujeres? Para responder a ello, resulta imperativo, en primer lugar, examinar qué tratados internacionales tutelan los derechos fundamentales de las mujeres e identificar cuáles son transgredidos por el Estado peruano al prohibir el aborto en los supuestos mencionados. En segundo lugar, es necesario definir el fundamento jurídico y el carácter vinculante del control de convencionalidad que las autoridades judiciales peruanas deben aplicar en el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos. Finalmente, se debe analizar el vínculo directo entre la criminalización del aborto y la vulneración de los derechos a la salud, la autonomía reproductiva y la integridad personal (protección frente a tratos crueles, inhumanos o degradantes), conforme a los estándares establecidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

2.1. VIGILANCIA DE LA CONVENCIONALIDAD: FUNDAMENTO Y RESPONSABILIDAD

La tutela de los derechos humanos ha hallado en el control de convencionalidad una herramienta hermenéutica indispensable, mecanismo que debe activarse ante cualquier vulneración de derechos fundamentales. La obligación de garantizar la eficacia de la Convención Americana se fundamenta en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), cuya doctrina establece con precisión que la responsabilidad de ejercer este control recae en «los Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles», quienes deben realizarlo «dentro de sus respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes» (Corte IDH, 2006, párr. 124).

Esta responsabilidad implica, fundamentalmente, dos deberes que buscan evitar contradicciones jurídicas. Primero, los jueces deben interpretar la «legislación nacional» teniendo como referentes tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) como la jurisprudencia de la CIDH. El resultado de este deber hermenéutico arrojaría como resultado una mejor interpretación de la normativa para que, al administrar justicia, se protejan los intereses de la persona (principio de *pro persona*); el segundo deber es como una alerta para no aplicar normas de la legislación nacional que contradigan las normas aceptadas como regulatorias del buen vivir. Se trataría de llamar la atención a no proceder automatizada o mecánicamente con la función de impartir justicia (Hitters, 2009).

El control de convencionalidad trasciende el ámbito estrictamente judicial, extendiendo su obligatoriedad a todas las instituciones estatales que ejercen funciones públicas, incluidos los poderes Legislativo y Ejecutivo (CIDH, 2021). En el contexto peruano, esta doctrina impone al Congreso el deber convencional de adecuar el Código Penal a los estándares internacionales, y al Ministerio de Salud, la responsabilidad administrativa de garantizar el cumplimiento de protocolos que no contravengan la Convención Americana ni menoscaben los derechos sexuales y reproductivos de la mujer.

Un precedente paradigmático es el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* (2012). Si bien el artículo 4.1 de la CADH protege la vida, la Corte IDH interpretó que dicha protección no es absoluta. En el fallo, el Tribunal resolvió que el embrión no puede ser equiparado a una «persona» en términos absolutos antes de la implantación, y estableció que la tutela de la vida prenatal es gradual e incremental. En consecuencia, esta protección siempre debe ponderarse con los derechos fundamentales de la mujer gestante (2012, párr. 264). Se trata de una decisión equilibrada que establece la prevalencia de los derechos a la vida, la salud, la integridad y la autonomía de la mujer —quien ya es una persona nacida y titular plena de derechos— sobre

la protección del feto, la cual no es absoluta según la propia Convención (Faúndez, 2013). Bajo este razonamiento convencional, la penalización absoluta del aborto y la persecución de quienes lo practican resultan incompatibles con los estándares interamericanos.

2.2. JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA Y DE LA ONU

La necesidad de despenalizar el aborto en casos específicos se fundamenta no solo en la interpretación de la CADH, sino también en las obligaciones derivadas de otros tratados dentro del ordenamiento jurídico interamericano, así como en las obligaciones de los órganos de la ONU.

2.2.1. Prohibición de tratos crueles e inhumanos (artículo 5 de la CDH)

La negativa de acceso al aborto ha sido equiparada por diversos organismos internacionales a una violación del derecho a la integridad personal. En el caso paradigmático *K. L. vs. Perú* (2005), el Comité de Derechos Humanos de la ONU responsabilizó al Estado peruano por negar el aborto terapéutico a una adolescente gestante de un feto anencefálico (inviabilidad fetal), quien sufrió graves daños físicos y psicológicos. El Comité constató múltiples transgresiones: por un lado, la violación del derecho a la salud y, por otro, la vulneración del derecho a no ser sometida a tortura ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes (2005, párr. 10.4). En esta misma línea, el CAT ha señalado que los Estados incurren en prácticas de tortura al restringir legalmente el acceso al aborto y forzar a las mujeres a continuar con embarazos no deseados; lo cual configura una nueva tipología de trato degradante (2018). Por extensión, obligar a una víctima de violación a mantener un embarazo forzado constituye una continuación de la violencia sufrida y un castigo desproporcionado que lesiona gravemente la dignidad humana.

2.2.2. El derecho a la atención integral de la salud y a la no discriminación

Como se ha expuesto, la problemática del aborto trasciende el ámbito estrictamente jurídico e involucra directamente el campo de la salud pública. En este sentido, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) impone a los Estados la obligación de adoptar medidas para erradicar la discriminación en la atención médica (artículo 12). Al respecto, el Comité CEDAW ha interpretado sistemáticamente que las leyes restrictivas sobre la interrupción del embarazo constituyen una forma de discriminación estructural contra la mujer, pues perpetúan un trato desigual y vulneran su salud reproductiva y su autonomía. Dicho organismo instó al Estado peruano a revisar su legislación a fin de despenalizar el aborto en supuestos de violación sexual e inviabilidad fetal, señalando que la criminalización representa un obstáculo que menoscaba el derecho a la salud y a una vida segura (CEDAW, 2014). Negar el acceso al aborto seguro en estos casos configura una modalidad de violencia institucional que impide a mujeres y niñas ejercer plenamente sus derechos y desarrollar su proyecto de vida (Lam, 2020). Bajo esta premisa, resulta pertinente analizar los tres derechos fundamentales cuya vulneración se exacerba con la criminalización del aborto en casos de violación:

- a. Los artículos 12 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales precisan que la salud, entendida como aquello que atañe a lo físico, mental y social, se posiciona en condición de vulnerabilidad cuando las mujeres se exponen a circunstancias riesgosas de morbilidad y mortalidad relacionadas con el embarazo forzado y la gestación de un feto inviable. Las consecuencias psicológicas, como el trastorno de estrés postraumático y la depresión, constituyen un daño grave e irreversible (Vélez & Urbano, 2016).

- b. Los artículos 7 y 11 de la CDH establecen el derecho a la autonomía personal y al desarrollo de proyectos de vida, entre las que se contemplan las decisiones sobre el propio cuerpo y la función reproductiva, como aspectos fundamentales de dicha autonomía. Cuando el Estado obliga a una mujer a finalizar un embarazo no deseado, está privándole de su autonomía y de la capacidad de determinar de forma independiente sus proyectos de vida, lo cual es inaceptable en un Estado democrático (Zúñiga, 2021).
- c. Según los artículos 1.1 y 24 de la ACDH, no se debe discriminar ni criminalizar el aborto, debido a que produce una afectación desproporcionada a las mujeres de bajos ingresos y a las víctimas de violencia, quienes no pueden acceder a servicios seguros ni desplazarse hacia ellos, lo que agrava la desigualdad e incrementa la violencia estructural por razón de género y la condición económica (CIDH, 2021).

La vigilancia de la convencionalidad sin una política de reconocimiento de los derechos de la mujer es, se diría coloquialmente, «letra muerta». En tal sentido, para poder hacer de la convencionalidad una suerte de hermenéutica, pero también epistemología de la igualdad jurídica, resulta imprescindible la intervención activa de la totalidad de los actores del ámbito judicial, tanto como de la ciudadanía.

2.3. EL PAPEL ACTIVO DE LOS PODERES DEL ESTADO EN EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El cumplimiento de las normas interamericanas exige la acción coordinada de los tres poderes del Estado peruano, en conformidad con el marco de aplicación del control de la Convención:

2.3.1. Deberes del Poder Judicial: control concentrado y difuso

Los jueces están llamados a ejercer un control de supervisión difuso (o de oficio) del cumplimiento de las normas de la Convención en cada

caso particular. No se trata solo de una acción mecánica de comparar la legislación nacional con la CADH, sino también con la jurisprudencia de la CIDH, deberá también incluir casos paradigmáticos como la sentencia vinculante en el caso Artavia Murillo (Corte IDH, 2012). Por tanto, una solicitud de interrupción voluntaria del embarazo por violación o inviabilidad fetal, no deberá de derivar en la imposición de sanciones penales, sino más bien se deberá de proteger los derechos de la gestante. No criminalizar a la víctima, sino facilitar el acceso rápido y seguro al aborto legal (CIDH, 2021).

2.3.2. Deber legislativo: adaptación del marco jurídico

El Congreso de la República ostenta la competencia para reformar el Código Penal con el fin de eliminar las antinomias existentes con la Convención Americana. Esta acción no constituye una facultad discrecional, sino un mandato imperativo derivado del artículo 2 de la CADH (deber de adecuación de derecho interno). Las omisiones legislativas en esta materia generan violaciones directas a los derechos humanos y acarrearán responsabilidad internacional del Estado. La incorporación de la violación sexual y la inviabilidad fetal como causales de aborto no punible representa una medida mínima para garantizar los derechos a la salud, la integridad y la no discriminación (CIDH, 2021). Al respecto, la protección absoluta de la vida prenatal invocada por el Estado peruano resulta desproporcionada, pues rompe el equilibrio de derechos exigido por los estándares interamericanos e impide la reparación integral de la víctima. El embarazo forzado menoscaba gravemente el bienestar psicológico, educativo y socioeconómico de la mujer, truncando irreversiblemente su proyecto de vida (Faúndez, 2013).

2.3.3. Deber ejecutivo: políticas públicas para garantizar los derechos

Por su parte, el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Salud (MINSA), tiene la obligación de emitir directrices y protocolos sanitarios que garanticen el acceso efectivo al aborto, no solo por indicaciones terapéuticas, sino también por aquellas causales validadas por el derecho internacional de los derechos humanos (violación sexual e inviabilidad fetal). Dado que el respeto a los derechos fundamentales es un principio rector de la administración pública, la objeción de conciencia del personal sanitario no puede erigirse en un obstáculo institucional que impida el acceso legítimo a la atención médica (Vélez & Urbano, 2016).

La primacía de los estándares internacionales prevalece sobre las disposiciones penales restrictivas, las cuales han quedado desfasadas frente a la evolución del *corpus iuris* internacional. La omisión de este deber estatal únicamente perpetúa el sufrimiento y la discriminación de las mujeres. En suma, esta tríada de obligaciones estatales apunta a la transversalización del control de convencionalidad en la estructura organizativa, administrativa y jurídica de las instituciones, con el fin último de consolidar una sociedad más justa y garante de derechos.

3. CONCLUSIONES

La investigación advierte que la penalización del aborto en Perú en los supuestos de violación sexual e inviabilidad fetal carece de sustento jurídico convencional y resulta manifiestamente inconstitucional. Dicha prohibición infringe de manera directa y desproporcionada los derechos a la salud integral, a la vida digna y a la autonomía reproductiva, configurándose además como un trato cruel, inhumano y degradante. En consecuencia, el Estado peruano contraviene abiertamente sus obligaciones internacionales suscritas en la Convención

Americana (CADH), la CEDAW y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

El control de convencionalidad se fundamenta en el principio de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un mandato irrevocable. En tal sentido, los jueces están obligados a inaplicar los tipos penales en los dos supuestos analizados, dando preferencia a la interpretación que otorgue mayor protección a los derechos de las mujeres (principio *pro persona*). Ello implica adherirse a la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana (Corte IDH), la cual establece la tutela gradual y progresiva de la vida prenatal y la primacía de los derechos de la persona nacida.

Finalmente, la despenalización en estos extremos constituye, en esencia, un acto de justicia reproductiva y social. Implica proteger a las víctimas de violencia estructural y adoptar medidas efectivas para prevenir el sufrimiento innecesario, reconociendo la plena autonomía y dignidad de las mujeres para tomar decisiones fundamentales sobre sus cuerpos y sus proyectos de vida.

REFERENCIAS

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2021). *Derechos humanos de las mujeres y personas gestantes, autonomía y acceso a la interrupción voluntaria del embarazo* (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 248). Organización de los Estados Americanos.
- Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas (CAT). (2018). *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Perú* (CAT/C/PER/CO/6). Naciones Unidas. <https://www.ohchr.org/es/documents/concluding-observations/ccprcperco6-concluding-observations-sixth-periodic-report-peru>
- Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH). (2005). *K. L. vs. Perú*. <https://docs.un.org/es/CCPR/C/85/D/1153/2003>

- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW). (2014). *Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados del Perú* (CEDAW/C/PER/CO/7-8). Naciones Unidas. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10923.pdf>
- Congreso de la República del Perú. (1991). *Código Penal. Decreto Legislativo n.º 635*. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/771198DA8AB8D48A052577BD006EABC3/\\$FILE/DLeg_635.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/771198DA8AB8D48A052577BD006EABC3/$FILE/DLeg_635.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2006). *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2012). *Caso Artavia Murillo y otros («Fecundación in vitro») vs. Costa Rica*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
- Defensoría del Pueblo. (2022). *Informe de la Defensoría del Pueblo sobre la Violencia Sexual contra Niñas y Adolescentes en el Perú*. Defensoría del Pueblo.
- Faúndez, A. (2013). Derecho internacional de los derechos humanos y derecho penal en casos de aborto: La sentencia Artavia Murillo vs. Costa Rica. *Revista IIDH*, (57), 13-39.
- Hitters, J C. (2009). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios Constitucionales*, 7(2), 109-128. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002009000200005>
- Lam, V. F. (2020). Derechos Reproductivos y el SIDH: la salud como derecho humano fundamental y la obligación de despenalizar el aborto en América Latina. *Revista Latinoamericana de Derecho y Género*, 4(1), 1-25.
- Vázquez, A. (2015). Derechos reproductivos y bioética: el caso de la inviabilidad fetal. *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 8(2), 45-68. <https://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/14/derechos-reproductivos%20y%20bioetica.pdf>

- Vélez, A. C., & Urbano, L. (2016). Improper Use of Conscientious Objection in Bogotá, Colombia, Presents a Barrier to Safe, Legal Abortion Care. *Grupo Médico por el Derecho a Decidir*. <https://globaldoctorsforchoice.org/wp-content/uploads/GDC-Colombia-Response-to-Fetus-is-My-Patient-Too.pdf>
- Zúñiga, Y. P. (2021). Objeción de conciencia y aborto en Chile. *Derecho PUCP*, (86), 283-305. https://doi.org/10.18800/derecho_pucp.202001.004

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Editorial

LEOPOLDO FÉLIX GAMARRA VÍLCHEZ

Artículos de investigación

La noción de dignidad humana en la expansión de los derechos humanos

ABEL HURTADO ESPINOZA

Dialéctica de la democracia representativa

JORGE ANTONIO JÁUREGUI MENDIETA

Perú: Estado centralista inviable

CIRO GÁLVEZ HERRERA

Análisis crítico sobre la ineficacia de las políticas públicas contra la violencia de género en el Perú

CECILIA MILAGROS DÍAZ HUANCA

Fundamentos del derecho desde la perspectiva de la escuela austríaca de economía

RAÚL ANTONIO BRAVO SENDER

Impacto de las fusiones horizontales en la concentración bancaria del Perú durante el periodo 2000-2019

MIGUEL HILDEBRANDO PISFIL CAPUÑAY

Derecho a la privacidad en la era digital: desafíos regulatorios de la desindexación en motores de búsqueda

SANTOS ELADIO SAAVEDRA MONCADA

El control de convencionalidad como garantía de los derechos reproductivos: un imperativo hacia la despenalización del aborto por causa de violación e inviabilidad fetal en la legislación peruana

FANNY REAÑO BAYONA



Universidad Nacional Mayor de
SAN MARCOS
Universidad del Perú. Decana de América
Facultad de Derecho y Ciencia Política