

Revista
**Constitución
y República**



Sociedad Peruana
de Constitucionalistas



Sociedad Peruana de CONSTITUCIONALISTAS

Revista **Constitución y República** | Año 3 - N° 3 - Julio, 2026 | ISSN: 3119-7116

Tema: El constitucionalismo frente a los nuevos desafíos de la soberanía

Director

Francisco Eguiguren Praeli

Comité editorial

Gorki Gonzales Mantilla
(Coordinador)

Erika García Cobián

Melissa Díaz

Julia Romero

Galimberty Ponce

Luis Andrés Portugal

Pedro P. Grández Castro

Consejo científico

Silvia Bagni
Universidad de Bologna

Elena Malfatti
Universidad de Pisa

Francisco Javier Díaz Revorio
Universidad de Castilla La Mancha

Rubén Martínez Dalmau
Universidad de Valencia

Gianluca Famiglietti
Universidad de Pisa

Pablo Quintanilla
Pontificia Universidad Católica del Perú

Tania Groppi
Universidad de Siena

Roberto Romboli
Universidad de Pisa

© Sociedad Peruana de Constitucionalistas

Informes:
spc.informes@gmail.com

Lima – Perú

Constitución y República publica artículos originales e inéditos, previamente sometidos a evaluación por pares externos bajo el sistema de doble ciego.



Contenido

PRESENTACIÓN DEL CONSEJO EDITORIAL:

GORKI GONZALES MANTILLA
LUIS ANDRÉS PORTUGAL PIZARRO 5

Palabras del presidente de la Sociedad Peruana
de Constitucionalistas
FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI 7

Erosión del espacio cívico en Perú: la Ley anti-ONG
JAVIER ALONSO DE BELAUNDE DE CÁRDENAS 10

La reforma constitucional de la Magistratura italiana.
Tres modos de contarla
GIANLUCA FAMIGLIETTI 27

Más allá del territorio: el desafío tecnopolítico a
la soberanía del Estado constitucional
GUSTAVO FERREIRA SANTOS
ALINE ANDRADE
ESTEFFANY NEVES 39

Cuando el territorio no está vacío: soberanía sobre
recursos naturales, territorios indígenas y justificación
constitucional reforzada del artículo 66
ILEANA ROJAS ROMERO 52

La Declaración para la soberanía digital europea y la utilidad
(desatendida) del recurso a la geopolítica
PAOLO PASSAGLIA 66

Libre determinación indígena para una relación inclusiva
con el Estado peruano
DAVID LOVATÓN 75



La naturaleza como sujeto de derechos y el proceso
constitucional ambiental: análisis desde el caso peruano
con perspectiva comparada

ANDREA MARIANA DOMINGUEZ NORIEGA
SHIRLEY MERCEDES BAUTISTA ATANACIO
SHARON MAY ZABARBURU CHAVEZ

84

La alargada sombra de la crisis del constitucionalismo
democrático

JOSÉ ENRIQUE SOTOMAYOR TRELLES

99



PRESENTACIÓN DEL CONSEJO EDITORIAL:

GORKI GONZALES MANTILLA

Coordinador del Consejo Editorial

LUIS ANDRÉS PORTUGAL PIZARRO

Miembro del Consejo Editorial

La Revista “Constitución y República” presenta su tercer número a la comunidad académica y jurídica. En esta edición se consolida como un espacio de reflexión, con una perspectiva global sobre los problemas y desafíos de las democracias constitucionales de nuestros días. Los hechos de la historia reciente muestran que la soberanía estatal ha dejado de ser un punto de referencia estable para el modelo que dio origen al constitucionalismo moderno. Dinámicas de poder económico, hegemonías políticas y militares, conflictos armados y disputas territoriales han erosionado los supuestos del orden internacional de la posguerra. Este número de Constitución y República busca examinar el significado de algunas de estas mutaciones de la soberanía y su incidencia en los derechos e instituciones de los ordenamientos constitucionales.

Estos problemas y desafíos se acentúan, además, cuando en el centro del debate están el Estado de derecho y la democracia, la soberanía y el respeto al medio ambiente y a las comunidades indígenas. Además, no son exclusivos de un hemisferio —ni de una parte de la clásica distinción entre el norte y el sur globales—, sino que son problemas que afectan al mundo de hoy en su totalidad y que resquebrajan los cimientos sobre los cuales se construyeron los Estados liberales.

El escenario no es alentador. En el reciente informe *Democracy Report 2026: Unraveling The Democratic Era?*, publicado por el Instituto V-Dem (*Varieties of Democracy*), se advierte un contexto alarmante sobre el estado de la democracia global. En efecto, existe un retroceso en la percepción de la democracia que nos lleva a los niveles de 1978, lo que significa décadas de retroceso de las conquistas liberales posteriores a la Guerra Fría y a la caída de varias dictaduras en Latinoamérica y en otras partes del globo. Asimismo, el informe señala también que el 74 % de la población mundial vive bajo regímenes autocráticos, mientras que solo el 7 % vive en democracias liberales. Además, la tendencia a futuro es desoladora. El mundo cuenta ya con 92 autocracias frente a 87 democracias y existen más personas sometidas a autocracias cerradas (28 %) que a democracias electorales y liberales combinadas (26 %).

Esto impacta en las estructuras esenciales del Estado, erosiona los avances en la conquista de derechos y distorsiona el concepto de soberanía. Por lo tanto, la legitimidad que justifica la existencia de los regímenes políticos se convierte en una pregunta indispensable para identificar los factores de la crisis, pero también para pensar en alternativas que permitan esclarecer y superar este estado de cosas. Esta idea coincide con el hecho de que nuestro

país se encuentra en un escenario semejante e ingresa a un momento difícil: el contexto de un gobierno que deberá enfrentar el desafío de construir consensos y legitimidad para responder a la desigualdad y la injusticia social, como demandas que han marcado la evolución de nuestra república.

Estos problemas y desafíos son los que se pretenden advertir en este número de la Revista “Constitución y República”, en el que los autores dan cuenta de los intentos legales y extralegales de retroceso democrático en el mundo. Frente a este escenario, el derecho intenta desarrollar algunas herramientas para enfrentar a los poderes y las tecnocracias autoritarias, como, por ejemplo, el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos o los desafíos tecnopolíticos a la soberanía estatal.

En este tercer número hemos incorporado la revisión de pares ciegos internacionales para cada artículo. El propósito corresponde a una decisión editorial que busca auspiciar la reflexión y la difusión de ideas sobre la base de un compromiso abierto con el debate informado. En esa misma línea se inscribe el surgimiento de la Sociedad Peruana de Constitucionalistas.

Finalmente, expresamos nuestra gratitud a quienes han colaborado para concretar este número, tanto a los autores como a los revisores. Su compromiso encontrará reconocimiento en los lectores y fortalecerá la reflexión académica y constitucional del Perú y el mundo.



Palabras del presidente de la Sociedad Peruana de Constitucionalistas

Con nuevos Gobierno y Congreso

Lo que tiene que cambiar para que nuestro régimen constitucional y democrático salga de la crisis

FRANCISCO JOSÉ EGUIGUREN PRAELI

Presidente de la Sociedad Peruana de Constitucionalistas

La aparición de este tercer número de nuestra revista “Constitución y República” coincide con el inicio de funciones del gobierno encabezado por Keiko Fujimori, que llega a la presidencia de la República luego de tres derrotas electorales previas, y de un nuevo Congreso bicameral, que tendrá una composición política algo menos fragmentada y más equilibrada que el tan desprestigiado parlamento unicameral anterior.

La pregunta medular que podemos hacernos, desde espacios académicos como la Sociedad Peruana de Constitucionalistas, es si en el régimen político que comienza se mantendrán o no las mismas características y deficiencias que, durante los últimos diez años, han erosionado gravemente la estabilidad constitucional y democrática, así como la legitimidad de la representación política en nuestro país.

La magnitud de la crisis política que vivimos desde mediados de 2016, iniciada durante el gobierno de Pedro Pablo Kuczynski y el Congreso unicameral dominado por el fujimorismo, no tiene precedente en nuestra historia política de este siglo, ni tampoco en buena parte del siglo pasado; se asemeja más a los tiempos alborales de nuestra República. Ninguno de los presidentes elegidos por el pueblo en las dos últimas elecciones, ni de los vicepresidentes que los sucedieron, pudieron culminar su mandato constitucional. En tan solo dos períodos gubernamentales, no tuvimos dos sino ocho presidentes y tres congresos; cuatro de estos presidentes fueron elegidos por el Congreso, luego de que el presidente o vicepresidente de turno fueran vacados o forzados a renunciar al cargo.

En un régimen político de raíz presidencial como el peruano, al que desde hace más de ciento cincuenta años se le fueron injertando instituciones propias de sistemas parlamentarios (existencia de un presidente del Consejo de Ministros, gabinete ministerial, censura y cuestión de confianza de los ministros ante el parlamento, disolución del congreso), en esta década de crisis política se reeditó una situación que era propia de un pasado ya lejano: cuando un presidente carece de respaldo político significativo en el parlamento, no logra culminar su mandato. Pero mientras que antes la caída del presidente provenía de un golpe de Estado militar, lo reciente ha sido que se produzca por un “golpe de Estado parlamentario”, instrumentado mediante la aprobación de la vacancia presidencial por incapacidad

moral, bastando simplemente lograr el número de votos requeridos por el Reglamento del Congreso y sin que importe mucho la causa invocada. Con ello, esta causal de vacancia se ha convertido en una suerte de (inconstitucional) censura al presidente por el Congreso.

En la década política que termina (y esperamos que ello no sea solo un dato cronológico) hemos padecido gobiernos y presidentes políticamente débiles, frente a congresos dominantes, incluso cuando no existía una única fuerza opositora hegemónica en el parlamento. Por eso, en el último Congreso hemos apreciado como, sin importar las aparentes diferencias partidarias o ideológicas, los parlamentarios se pusieron de acuerdo para aprobar leyes que les otorgaban beneficios económicos, que debilitaban las atribuciones de los fiscales que los investigaban por algún delito, o que favorecerían las actividades de grupos criminales o de sectores dedicados a la economía ilegal. Nunca como en el último quinquenio, el cargo de ministro ha devenido en tan efímero e irrelevante, lo que se evidencia en el altísimo número de ministros designados y la escasa duración de sus mandatos, a tal punto que la mayoría de sus nombres no fueron siquiera conocidos por la ciudadanía o la prensa mientras ejercían el cargo.

Los resultados electorales de la primera vuelta en las dos últimas elecciones generales pusieron en evidencia la falta de respaldo real en la ciudadanía del conjunto de las agrupaciones políticas, lo que se refleja no solo en la gran fragmentación política sino en que más de dos tercios del electorado no votó por ninguna de las dos fuerzas que pasaron a dirimir la segunda vuelta. En la última elección, la inmensa mayoría de los “partidos” que compitieron no lograron superar la valla electoral, por lo que no alcanzaron representación parlamentaria y han perdido su inscripción. La desmesurada proliferación de agrupaciones y candidatos que concurrieron a las pasadas elecciones, lejos de expresar pluralismo político, denota el alto grado de desprestigio social de la política y de los políticos; creando un escenario que favorece la improvisación, el oportunismo, el aventurerismo y la demagogia, sin consistencia orgánica ni coherencia ideológica.

Por ello, el nuevo Gobierno y Congreso deben saber interpretar el significado de la voluntad popular expresada en las elecciones y en las encuestas de opinión, lo que implica reconocer que carecen de sustento de legitimidad política suficiente para sostener que cuentan con la representación real de una mayoría del electorado, o que podrán gobernar imponiendo su voluntad contra todo el resto. Ante esta evidente crisis de representatividad social y grave polarización política, construir y consolidar espacios de diálogo y de concertación, sobre los temas y las necesidades más urgentes para nuestro país, se impone como una exigencia democrática imperativa. También demanda la participación vigilante de la sociedad civil y la fiscalización de la prensa independiente.

La grosera caricaturización de las instituciones constitucionales y democráticas, vivida en la última década, ha erosionado y socavado la confianza ciudadana en nuestro régimen político, impidiendo avanzar sostenidamente en el logro del desarrollo económico y social del país, la generación de empleo digno y redistribución social de riqueza, para disminuir sustancialmente la pobreza e injusticia existentes.

El paso a un Congreso bicameral y su composición política más equilibrada, podrían contribuir a que se establezcan acuerdos, tanto de respaldo al gobierno como de conformación de una oposición, que den mayor estabilidad y control del poder en el régimen político. Con ello, seguramente se hará menos fácil instrumentar en el Congreso la vacancia por incapacidad moral para derribar al presidente o la presidenta elegidos por el voto popular;

o que el juicio político se siga utilizando para inhabilitar a opositores políticos incómodos o para sancionar a jueces o fiscales que, en ejercicio de su autonomía funcional, actúen con independencia para controlar los excesos o arbitrariedades en que puedan incurrir el Gobierno o el Congreso.

Esperemos también que el Congreso, a la brevedad, apruebe las leyes que corrijan o deroguen aquellas normas que favorecieron a las organizaciones criminales y actividades delictivas. Que se restituya el derecho de iniciativa ciudadana para la convocatoria directa al referéndum para impulsar propuestas de reformas constitucionales o legales, que no tengan que aprobarse previamente en el Congreso. Que dejen de aprobarse reformas constitucionales sobre asuntos que antes ya fueron rechazados por la ciudadanía, eludiendo su necesaria ratificación popular mediante el referéndum. Que la indispensable acción estatal contra las organizaciones criminales y frente a la inseguridad ciudadana, no se aproveche para adoptar medidas legislativas o políticas de corte autoritario o antidemocrático; que no se insista en el discurso político que promueve el retiro del Perú del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como fórmula de impunidad.

Finalmente, no deja de ser muy preocupante el legado que dejan las fuerzas políticas que controlaron el anterior gobierno y el Congreso, pero que siguen presentes en estos nuevos órganos, en la determinación de la composición de las instituciones (autónomas) establecidos por la Constitución precisamente para controlar la actuación de los poderes políticos. Por buen tiempo más, permanecerán en sus cargos los actuales integrantes del Tribunal Constitucional, la Junta Nacional de Justicia, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría o la Fiscalía de la Nación, instituciones que, en general, han mostrado bastante docilidad y complacencia frente a las decisiones políticas emanadas desde el gobierno y el Congreso. Ante esta virtual falta de contrapeso y control frente a la arbitrariedad política o legislativa, no es casual que el Congreso saliente y la JNJ hayan emprendido acciones destinadas a limitar la independencia judicial o a sancionar a los magistrados que no se sometieron a sus designios y objetivos políticos.

No cabe descartar, porque dicen que la esperanza es lo último que se pierde, que la crisis política vivida en estos años lleve al nuevo gobierno y al Congreso a aprender la lección y a tomar conciencia que no se puede persistir en las mismas conductas. Pero aunque ello ocurra o no, desde la sociedad civil y la comunidad académica constitucional nos corresponde exigir que las situaciones políticas antes descritas no continúen repitiéndose.



Erosión del espacio cívico en Perú: la Ley anti-ONG

JAVIER ALONSO DE BELAUNDE DE CÁRDENAS

Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. INTRODUCCIÓN

Sin mayor pretensión de originalidad, el Perú se sumó a la lista creciente de estados que reprimen a la sociedad civil. El 15 de abril de 2025 se publicó la Ley N.º 32301. La norma supone un cambio sustancial al régimen de cooperación técnica internacional (CTI) y a las atribuciones de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional-APCI. En el discurso oficial, la reforma se presentó como una herramienta de transparencia, fiscalización y buen uso de los recursos provenientes del exterior. En la práctica, es uno de los marcos más restrictivos aprobados en el Perú reciente contra la sociedad civil. Por ello, no sorprende que la norma haya sido rápidamente identificada en el debate público como la “Ley anti-ONG” (Calderón, 2025; Fowks, 2025).

La Ley, desarrollada por los Decretos Supremos N.º 032-2025-RE y N.º 033-2025-RE, expande las atribuciones de APCI —órgano administrativo adscrito al Ministerio de Relaciones Exteriores— sobre las entidades privadas que gestionan o ejecutan CTI. Exige registros y conformidades previas, impone deberes amplios de información, establece prohibiciones de contenido abiertamente problemático y prevé sanciones que pueden llegar hasta la cancelación administrativa de la inscripción en los registros de APCI. El régimen pasa así de una supervisión acotada de la cooperación internacional a un modelo de condicionamiento, control y eventual sanción de organizaciones privadas que la reciben.

Conviene precisar a qué nos referimos cuando hablamos de ONG. Se trata de un término paraguas que, en propiedad, no alude a un tipo legal de persona jurídica. Las organizaciones no gubernamentales son personas jurídicas sin fines de lucro que trabajan por el desarrollo. Persiguen fines lícitos de interés social, cultural, ambiental, político, humanitario o de derechos humanos. Son parte de lo que se ha venido a denominar el “tercer sector”. No pertenecen al estado ni al sector privado lucrativo. La mayoría financia sus actividades con CTI, esto es, con recursos humanos, bienes, servicios, capitales y tecnología provenientes del exterior vía donaciones. En el Perú, las ONG suelen constituirse como asociaciones o fundaciones bajo el Código Civil. En el extranjero, se constituyen bajo los tipos de personas jurídicas no lucrativas regulados en su legislación nacional. La definición de ONG es más amplia que las denominaciones ONGD (*organizaciones no gubernamentales de desarrollo*) o ENIEX (*entidades e instituciones extranjeras de cooperación técnica internacional*) que derivan de una calificación adicional vinculada a los registros administrativos a cargo de APCI (De Belaunde, 1993; Ostolaza, 2005; Parodi, 2009).

La relevancia de las ONG en una democracia es ampliamente reconocida. Entre otras labores, vigilan al poder, documentan abusos, acompañan a víctimas, producen información e investigaciones, canalizan demandas de grupos vulnerables, litigan casos de interés público, defienden territorios y derechos colectivos, prestan servicios que el estado no brinda y abren espacios de deliberación. Así lo reconoció el Tribunal Constitucional en 2007:

Estas entidades —ya sea bajo la forma de asociaciones o fundaciones— coadyuvan en la implementación de dichos fines del sistema, y también en la existencia plena del estado social y democrático de derecho. Siendo que su incansable labor devino esencial en el restablecimiento de la democracia y; hoy en día, en un contexto de normalidad constitucional, su actuación no es de menor relevancia; por el contrario, es esencial para el proceso de fortalecimiento de la democracia peruana. Participación que no se da en términos de política partidaria, sino que alude a una dimensión política extraestatal de carácter cívico y social, vinculada íntimamente con las consideraciones sobre el pluralismo y la promoción del diálogo, evitando la atomización y la destrucción misma de la estructura del sistema institucional (Tribunal Constitucional [TC], 2007, fundamento jurídico 7).

Por otro lado, las ONG han sido centrales en el sistema interamericano de derechos humanos para facilitar el acceso de las víctimas a la Comisión y a la Corte Interamericana, así como para fortalecer estructuralmente la protección regional de los derechos humanos (Krsticevic, 2003).

La discusión sobre la Ley N.º 32301 es, entonces, una discusión sobre el lugar que ocupa la sociedad civil en el orden constitucional. ¿Puede el estado condicionar la ejecución de fondos privados de cooperación internacional a una conformidad administrativa previa? ¿Puede prohibir que esos fondos sean utilizados para asesorar, asistir o financiar procedimientos y/o procesos contra el propio estado? ¿Puede obligar a revelar públicamente información sensible sobre recursos, gastos, proyectos, donantes o beneficiarios? ¿Puede cancelar administrativamente el registro de una ONG y, en los hechos, impedirle operar? La respuesta constitucional y convencional es negativa.

El presente artículo desarrolla ese argumento en cuatro pasos. Primero, ofrece un marco general sobre el fenómeno transnacional de erosión del espacio cívico, con especial atención a las leyes anti-ONG y a las restricciones al financiamiento extranjero. Segundo, explica los principales alcances del nuevo marco normativo peruano y muestra cómo reproduce varios de los patrones identificados comparativamente. Tercero, analiza por qué la Ley N.º 32301 y sus reglamentos presentan problemas de compatibilidad con la Constitución y con los tratados de derechos humanos suscritos por el Perú. Finalmente, presenta conclusiones sobre lo que está en juego. La posibilidad de contar con un espacio cívico abierto, plural y democrático.

2. EL FENÓMENO TRANSNACIONAL DE EROSIÓN DEL ESPACIO CÍVICO

En las últimas dos décadas, la relación entre el estado y la sociedad civil ha sufrido una transformación inquietante en todo el mundo. Luego de los años noventa, cuando la expansión de las ONG fue celebrada como parte de la democratización, promoción de derechos y globalización de la solidaridad, numerosos estados comenzaron a adoptar medidas destinadas a restringir su funcionamiento. Este fenómeno es parte de uno mayor denominado

“cierre”, “reducción”, “estrechamiento” o “erosión” del espacio cívico (Buyse, 2018; Poppe & Wolff, 2017; Rutzen, 2015). Es decir, el deterioro de “las circunstancias reales que hacen posible la participación ciudadana en una sociedad en un momento y tiempo determinado” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2023, párr. 42). Más allá del término, la idea es la misma. Apunta a gobiernos que limitan las condiciones que permiten a personas y organizaciones asociarse, expresarse, reunirse, participar, fiscalizar al poder y defender derechos.

En cierta medida, las ONG han sido víctimas de su propio éxito. Su ascenso a actores relevantes de la gobernanza global, capaces monitorear, movilizar, litigar, producir información, incidir en agendas públicas e incluso generar formas de *soft law*, despertó resistencias (Jenkins, 2012). Rutzen (2015) anota que, si el final del siglo XX estuvo marcado por una “revolución asociativa”, el siglo XXI empezó a mostrar una reacción estatal frente a esa misma capacidad de organización de la sociedad. Sin ser homogénea, la reacción es reconocible. En distintos países, gobiernos de signo ideológico diverso —especialmente autoritarios, iliberales o en procesos de retroceso democrático— han buscado debilitar a las organizaciones que consideraban demasiado autónomas, críticas o conectadas con redes transnacionales (Buyse, 2018; Poppe & Wolff, 2017). En particular, la mira se posó sobre ONG vinculadas a derechos humanos, democracia, medio ambiente y rendición de cuentas (Bromley et al., 2020; Fransen et al., 2021).

Buyse (2018) describe el proceso de erosión del espacio cívico como una presión creciente sobre la sociedad civil a través de leyes anti-ONG, entre otras medidas. Las restricciones suelen adoptar formas que aparentan ser simple regulación administrativa: registros, permisos, reportes, controles financieros, fiscalizaciones, obligaciones de publicidad, límites al financiamiento o sanciones. Si bien los cierres arbitrarios, las confiscaciones de bienes y la violencia siguen formando parte del repertorio represivo (CIDH, 2023), la vía regulatoria permite algo políticamente más rentable: restringir derechos con apariencia de normalidad administrativa, confundir a la ciudadanía y reducir los costos internacionales de la represión (Chaudhry, 2022). Ello explica que muchas de estas medidas invoquen como cobertura fines constitucionales valiosos: transparencia, rendición de cuentas, seguridad nacional, lucha anticorrupción, combate contra el lavado de activos, soberanía nacional o eficiencia del gasto (Buyse, 2018; Poppe & Wolff, 2017; CIDH, 2025). Como advierten Dixon y Landau (2021), los autócratas se han vuelto más sofisticados y legalistas. Sus actos se disfrazan con los términos y las técnicas del constitucionalismo democrático liberal para lograr objetivos antidemocráticos. A ello denominan *abusive constitutional borrowing*, término que puede traducirse como “préstamo constitucional abusivo” o, mejor, “apropiación constitucional abusiva”. En una línea complementaria, Martinico (2021) sostiene que el populismo suele apoyarse oportunistamente en categorías propias del lenguaje constitucional para reconfigurarlas selectivamente y construir una contranarrativa constitucional. El referido autor explica esta estrategia mediante las nociones de “mimetismo” y “parasitismo”. El mimetismo permite a los actores populistas presentarse como compatibles con la Constitución. Mientras que el parasitismo altera las jerarquías axiológicas de la democracia constitucional, haciendo prevalecer una lectura mayoritaria de la misma sobre el pluralismo, los derechos, los límites al poder y el estado de derecho.

Un tema recurrente es la restricción al financiamiento de las organizaciones. Se busca obstaculizar o bloquear su acceso a recursos extranjeros. Para muchas ONG, la cooperación internacional es la única vía para sostener investigaciones, litigios, campañas, equipos

técnicos y presencia territorial, supliendo las limitaciones de la filantropía local. Controlar los fondos es un mecanismo para controlar su capacidad de actuación.

Estas restricciones al financiamiento adoptan diversas formas: límites al monto o destino de los fondos, aprobación gubernamental obligatoria, registros y reportes gravosos, canalización de recursos a través del estado, prohibiciones, intimidación, hostigamiento o persecución de organizaciones financiadas desde el exterior (Poppe & Wolff, 2017). La evidencia comparada confirma el patrón. Christensen y Weinstein (2013) encontraron que los gobiernos tienden a limitar el apoyo externo a la sociedad civil cuando se sienten vulnerables frente a desafíos internos, especialmente si perciben que las organizaciones pueden contribuir a la oposición política o a la movilización social. Dupuy y otros (2016), a partir de una base de datos sobre 153 países entre 1993 y 2012, hallaron que 39 de ellos adoptaron leyes restrictivas sobre financiamiento extranjero a ONG, y que el riesgo de aprobación aumentaba en contextos de elecciones competitivas. Bromley y otros (2020) ampliaron el análisis e identificaron que más de 60 países implementaron leyes de este tipo entre 1994 y 2015.

La geografía cambia, pero el mecanismo se repite. Rusia convirtió la etiqueta de “agente extranjero” en una herramienta de estigmatización de organizaciones críticas financiadas desde el exterior (Buyse, 2018; Christensen & Weinstein, 2013). Egipto justificó la investigación y persecución de ONG con financiamiento internacional como defensa frente a intereses foráneos (Christensen & Weinstein, 2013; Poppe & Wolff, 2017). Hungría asoció la financiación externa con influencia política indebida y obligó a determinadas organizaciones a registrarse como entidades apoyadas desde el extranjero (Bromley et al., 2020; Robinson, 2024). China sometió a las organizaciones extranjeras a registro, patrocinio estatal y control policial, con amplias facultades de supervisión sobre oficinas, finanzas y actividades (Smidt et al., 2020; Van De Velde, 2018). El repertorio represivo circula, se adapta y se aprende. En África, Musila (2019) identificó herramientas similares: leyes marco anti-ONG, exigencias de registro, restricciones al financiamiento extranjero, impedimentos operativos, prohibiciones de actividades políticas y cláusulas amplias de seguridad nacional.

Recientemente, Amnistía Internacional (2026) encontró un patrón semejante en el vecindario regional. Las leyes anti-ONG aprobadas en Nicaragua, Venezuela, Paraguay, El Salvador y Ecuador presentan rasgos comunes: narrativas estigmatizantes, falta de justificación legítima, vaguedad normativa, registros convertidos en autorización previa, cargas administrativas excesivas, control del financiamiento, riesgos para la privacidad, sanciones desproporcionadas y disolución forzosa de organizaciones. En la misma línea, WOLA advirtió el uso de herramientas legales en la región para restringir a las organizaciones que fiscalizan corrupción, defienden derechos humanos o cuestionan abusos estatales (Meyer & Welch, 2025).

¿Qué buscan estas normas? En el plano retórico, suelen invocar fines difíciles de rechazar: transparencia, rendición de cuentas, prevención del lavado de activos, de la financiación del terrorismo o de la corrupción. El problema constitucional aparece cuando esas finalidades, aun cuando puedan ser legítimas en abstracto, se emplean para justificar medidas que no responden a un riesgo real, que no son necesarias ni proporcionales y que se aplican selectivamente contra organizaciones incómodas.

La motivación real suele estar vinculada a la preservación del poder. Bakke y otros (2019) sostienen que los estados que han asumido compromisos internacionales en derechos

humanos, pero continúan cometiendo abusos, tienen incentivos para restringir a las organizaciones que monitorean, documentan y transmiten información sobre esos abusos, pues así reducen los costos internacionales de su incumplimiento. Las restricciones a las ONG anuncian mayores violaciones a los derechos humanos (CIDH, 2023).

La aparición de las leyes anti-ONG suele estar precedida o acompañada por campañas de descrédito. Las organizaciones son presentadas como “enemigos internos”, “agentes extranjeros”, “operadores políticos”, “ideólogos”, “antipatrias”, “lucradores de la pobreza”, “defensores de criminales” o, en clave peruana, “caviares”. Amnistía Internacional (2026) identifica estas narrativas estigmatizantes como un patrón regional que antecede y acompaña la aprobación de leyes restrictivas en la región. Hummel y Schubert (2025) describen este discurso como un intento de deslegitimar a la sociedad civil mediante generalizaciones, escándalos selectivos y exageraciones políticamente efectivas, aunque empíricamente débiles. En el caso de organizaciones de derechos humanos, la acusación de promover agendas extranjeras resulta especialmente funcional. Permite convertir la defensa de víctimas, la crítica al poder o el litigio internacional en una supuesta amenaza a la soberanía (Haddad & Sundstrom, 2023; Poppe & Wolff, 2017).

Las restricciones afectan a las ONG en varios frentes. En primer lugar, se produce un efecto amedrentador (*chilling effect*). Las organizaciones anticipan sanciones, reducen su actividad, evitan ciertos temas, modifican su lenguaje o se abstienen de litigar casos sensibles (Amnistía Internacional, 2026). Smidt y otros (2020) muestran que, cuando los gobiernos acumulan varios tipos de restricciones, las organizaciones tienen más dificultades para adaptarse y disminuye el flujo de información hacia redes internacionales de denuncia. En segundo lugar, se desplaza la agenda institucional. Frente a represión y restricciones, muchas ONG reducen o abandonan actividades de incidencia y adoptan formas más frágiles, opacas o moderadas de colaboración transnacional (Fransen et al, 2021). En tercer lugar, se afecta el desarrollo. Es improbable lograr resultados equitativos, sostenibles o inclusivos donde se restringe el espacio cívico (Hossain et al., 2018; CIDH, 2023).

Esta es la advertencia de la literatura comparada. Las leyes anti-ONG erosionan el espacio cívico. Lo vuelven costoso y administrativamente gravoso, trasladan poder desde la sociedad civil hacia el estado y reconfiguran la relación entre organizaciones, donantes, beneficiarios y autoridades. Sobre todo, permiten que el gobierno determine qué tipo de sociedad civil tolera y cuál considera sospechosa. La Ley N.º 32301 debe analizarse en ese marco.

3. ALCANCES DE LA LEY ANTI-ONG PERUANA

La defensa pública de la Ley N.º 32301 siguió el libreto comparado. Sus promotores invocaron transparencia, supervisión y buen uso de recursos. Además, recurrieron a la sospecha sobre la labor de las organizaciones. Desde el Ejecutivo, la presidenta Dina Boluarte presentó la promulgación de la ley como un paso en favor de la transparencia, la buena gestión pública y el fortalecimiento de la democracia, pero al mismo tiempo sostuvo que la norma permitiría revisar a una “minoría de ONG” que actúa en contra de los intereses del país, siembra el odio, ataca el sistema y promueve una agenda ideológica foránea financiada con cooperación internacional (Redacción EC, 2025). El canciller Elmer Schialer afirmó que la regulación era un asunto de soberanía nacional y de transparencia sobre el origen y uso de fondos, remarcando que se trataba de una ley como las que tiene “todo el mundo” (Calderón, 2025). Su antecesor, Javier González-Olaechea, había calificado de

injerencias las preocupaciones diplomáticas de los estados europeos y cuestionado el supuesto activismo político de las ONG (Ayma Ayma, 2024).

En el Congreso, el tono fue más confrontacional. Si bien se sostuvo que la norma no buscaba restringir ni limitar —sino asegurar el buen uso de los recursos CTI—, también se acusó a las ONG de aprovecharse de la cooperación, lucrar con la pobreza, defender terroristas, perseguir a militares y policías, no rendir cuentas, no pagar impuestos e imponer agendas políticas al país (Fowks, 2025; Quispe Sánchez, 2025). Concretamente, hubo legisladores que presentaron a las ONG como vehículos encubiertos de la izquierda y les atribuyeron la siembra de ideología en la población (García, 2025).

La justificación oficial, en suma, combinó una dimensión institucional (soberanía, transparencia y fiscalización), con una dimensión política de deslegitimación de organizaciones críticas. La segunda explica mejor a la primera.

El contexto de estas narrativas es más amplio. Se vincula con la progresiva degradación de la democracia constitucional peruana. Landa (2025) explica que la desconstitucionalización de la democracia y del estado de derecho viene siendo promovida desde 2011 por fuerzas conservadoras aglutinadas en el Congreso, orientadas a canalizar el malestar social contra el estado liberal, sus instituciones y las organizaciones sociales, con miras a consolidar una democracia iliberal, caracterizada por la concentración del poder, la subordinación de órganos de control y la producción legislativa conservadora o antiderechos. Desde esa perspectiva, la Ley N.º 32301 puede ser leída como una pieza adicional de un proceso de reducción de disidencia y debilitamiento de contrapesos.

Para medir el cambio que supone la Ley anti-ONG, es necesario volver al punto de partida. El régimen peruano de CTI distinguía, en la práctica, dos tipos de cooperaciones. De un lado, la que se gestionaba a través del estado. De otro, la cooperación privada, canalizada directamente entre fuentes extranjeras y entidades nacionales o extranjeras, sin intervención estatal. La primera quedaba sometida a las normas de derecho común (derecho civil, penal, laboral, tributario, municipal, etc.) y al régimen especial APCI. La segunda se encontraba, por regla general, solo bajo normas de derecho común. Las entidades privadas que ejecutaban cooperación sin participación estatal podían optar por inscribirse voluntariamente en los registros de APCI para acceder a beneficios tributarios o facilidades (De Belaunde & Ostolaza, 2005). Esta lectura fue confirmada por el TC en 2007, al interpretar que el sistema nacional no establecía un modelo obligatorio para todas las ONG, sino un régimen de inscripción vinculado a la autonomía de la voluntad y, en particular, al acceso a beneficios.

La Ley N.º 32301 trastoca esta arquitectura. Su cambio central extiende el régimen APCI —supervisión, fiscalización, control y sanción— a toda persona jurídica, pública o privada, que gestione o ejecute CTI en el territorio nacional. Es indiferente que la cooperación haya pasado por el estado o nacido de una relación privada. La definición de CTI sigue siendo muy abarcadora: recursos humanos, bienes, servicios, capitales y tecnología provenientes de fuentes externas para contribuir al desarrollo. El reglamento define qué significa ejecutar CTI —implementar o utilizar los recursos en planes, programas, proyectos o actividades—, pero no aclara qué es gestionarla. Esa vaguedad brinda a APCI un margen de interpretación amplio. El resultado es que la cooperación privada deja de regirse por la autonomía de la voluntad y pasa a integrarse a un sistema administrativo de registro, información, conformidad, fiscalización y sanción.

La nueva regulación crea dos clases de registros. Los comunes —ONGD, ENIEX e IPREDA— son obligatorios: toda entidad que gestione o ejecute CTI debe inscribirse en el que le corresponda. Los especiales son los de donantes y fuentes cooperantes, que los reglamentos tratan como bancos de datos recogidos por APCI de los reportes de las entidades obligadas. En principio, donantes y fuentes no asumen obligaciones ni sanciones directamente. Pero sus datos igual ingresan a una plataforma estatal, alimentada por las organizaciones que ejecutan o gestionan. Es un sistema que concentra la carga de cumplimiento en quien ejecuta, pero extiende la trazabilidad del estado hasta quien financia.

Más problemática es la conformidad previa. La ley encarga a APCI la aprobación anticipada de los planes, programas, proyectos o actividades que registran las organizaciones. Los reglamentos intentan moderar la gravedad de esta figura intrusiva mediante un sistema de aprobación automática. Pero el nombre no cambia la naturaleza de las cosas. Para ejecutar CTI ya no basta la inscripción registral que toda entidad privada necesita para tener personalidad jurídica. Las ONG deben, además, inscribirse en el registro administrativo de APCI, registrar su intervención y obtener una autorización previa. En la práctica, la administración conserva la llave de la actividad.

La nueva regulación también multiplica los deberes de información. Las entidades obligadas deben reportar: datos institucionales, planes, programas, proyectos y actividades, fuentes de financiamiento, informes anuales, reportes semestrales y actualizaciones. Y deben, además, publicar en un portal de transparencia la ejecución del gasto hecho con recursos CTI. El punto es especialmente sensible. Como se verá en la sección siguiente, reproduce una obligación que el TC examinó negativamente en 2007.

El núcleo más restrictivo del nuevo régimen aparece en las prohibiciones. La más grave impide utilizar recursos CTI para asesorar, asistir o financiar, de cualquier forma o modalidad, procedimientos administrativos, procesos judiciales o de otra naturaleza, en instancias nacionales o internacionales, contra el estado peruano. Una organización de derechos humanos podría ser sancionada por usar cooperación internacional para representar víctimas ante tribunales nacionales o ante el sistema interamericano. Una organización ambiental podría ser sancionada por financiar una petición administrativa contra una autorización estatal lesiva para una comunidad. Una organización de mujeres podría ser sancionada por acompañar litigios contra políticas públicas discriminatorias. Allí donde la sociedad civil cumple una función de control, la ley introduce una prohibición de alcance amplio.

También se prohíbe destinar recursos CTI a actividades declaradas administrativa o judicialmente como actos que afecten el orden público, la seguridad ciudadana, la defensa nacional o el orden interno. El Decreto Supremo N.º 033-2025-RE define orden público como una “situación de normalidad y tranquilidad en la que discurren las principales actividades de un estado sin perturbaciones ni conflictos”. Una definición reveladora. El orden público democrático¹ no equivale a ausencia de conflicto pacífico ni autoriza a excluir del espacio público la protesta, la fiscalización, la denuncia, el litigio o la incidencia. La democracia es, por definición, bulliciosa. En una sociedad plural, esas prácticas pueden incomodar a las autoridades, pero forman parte del ejercicio ordinario de derechos de expresión, reunión,

¹ Sobre la relación entre orden público, deliberación y protesta, véase Gargarella (2005). En el sistema interamericano, la Corte IDH ha interpretado el orden público de la Convención como vinculado al funcionamiento de instituciones bajo un sistema de valores democráticos y no como simple preservación de tranquilidad estatal (Corte IDH, 2026, párr. 87-90).

asociación y participación (CIDH, 2019). Una normalidad estatal tan estrecha no debiese ser el parámetro para restringir la actuación de la sociedad civil.

El régimen sancionador completa el esquema. La ley clasifica las infracciones en leves, graves y muy graves. Las sanciones incluyen amonestación, multa de hasta 500 unidades impositivas tributarias, suspensión temporal de beneficios y cancelación de inscripción y registro en APCI. Cancelar el registro significa, en la práctica, no poder volver a trabajar con cooperación internacional.

La Ley N.º 32301 reproduce así varios rasgos típicos de las leyes anti-ONG identificados en la sección anterior. A saber: registro obligatorio, autorización previa, sobrecarga informativa, control del financiamiento extranjero, prohibiciones vagas, cláusulas amplias de orden público, estigmatización del litigio contra el estado y sanciones desproporcionadas. APCI queda transformada en una autoridad con capacidad para condicionar la operación de las organizaciones que reciben cooperación internacional. Ese es el alcance jurídico del nuevo marco normativo. Su compatibilidad constitucional y convencional debe examinarse a partir de ese diseño.

4. PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD

La Ley N.º 32301 presenta serios problemas de compatibilidad con la Constitución y los tratados de derechos humanos de los que el Perú es parte. El primero es que vulnera la libertad de asociación. El artículo 2.13 de la Constitución reconoce el derecho a asociarse y constituir personas jurídicas no lucrativas “sin autorización previa”. Establece, además, que estas no podrán ser disueltas por resolución administrativa. Se trata de una garantía frente al poder del estado. La persona jurídica existe porque las personas deciden crearla, no porque la administración autorice sus fines. Su eventual extinción —jurídica o *de facto*— no puede quedar en manos del poder político. Solo el Poder Judicial, con las garantías de un debido proceso, puede disolver forzosamente una organización (De Belaunde, 2024).

La libertad de asociación no se agota en el acto formal de constituir una persona jurídica. Protege también la capacidad de desarrollar sus fines, organizar sus actividades, definir su programa de acción, buscar recursos, recibir financiamiento y actuar en el espacio público. Los estándares internacionales lo confirman.

A nivel del sistema interamericano de derechos humanos, la Comisión ha reconocido que el derecho a buscar, recibir y utilizar recursos de fuentes nacionales e internacionales es una de las manifestaciones del derecho a la libertad de asociación (CIDH, 2023, 2025). Esto conlleva la obligación estatal de abstenerse de restringir los medios de financiación de las organizaciones y de facilitar su acceso a fondos de cooperación internacional, “sin requerir ningún tipo de autorización especial” (CIDH, 2023, párr. 206). La Comisión considera inadmisibles los “cierres de facto” y entiende la disolución forzosa como una de las formas más severas de restricción, admisible solo por conductas muy graves, conforme a los principios de legalidad y proporcionalidad, cuando no quepan medidas menos restrictivas y por decisión judicial con debido proceso (CIDH, 2023, párr. 172-179). Sin ser igual de explícita, la Corte Interamericana ha reconocido componentes equivalentes. En *Huilcamán Paillama y otros vs. Chile*, consideró contrario a la libertad de asociación que el estado tratara como indicios de ilicitud conductas propias del funcionamiento de una asociación, entre las cuales incluyó “mantener relaciones y comunicaciones con organiza-

ciones nacionales e internacionales y obtener financiamiento de estas” (Corte IDH, 2024, párr. 240). Para la Corte, la libertad de asociación protege la conformación y funcionamiento de organizaciones orientadas a fines lícitos, “sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar dicha finalidad” (Corte IDH, 2024, párr. 241). Asimismo, en criterio fijado respecto a sindicatos pero que encuentro extendible a todo tipo de asociación, la Corte tiene establecido que las organizaciones no deben estar sujetas a disolución por vía administrativa y que su disolución solo puede producirse voluntariamente o por vía judicial (Corte IDH, 2021, párr. 87 y 123).

El estándar regional está alineado al europeo y al universal. Las Directrices Conjuntas sobre Libertad de Asociación de la OSCE/ODIHR y la Comisión de Venecia² (2014) reconocen expresamente la libertad de las asociaciones para determinar sus objetivos y actividades, así como para buscar, recibir y utilizar recursos. En el mismo sentido, los Relatores Especiales de Naciones Unidas han señalado que “las restricciones indebidas a la financiación constituyen una vulneración del derecho a la libertad de asociación” (2024, p. 10). La Comisión de Venecia (2019) añade que esta libertad es crucial para el funcionamiento democrático y que las asociaciones deben estar libres de intervenciones externas indebidas en la determinación de sus fines y operaciones. El proyecto de Observación General N.º 38 del Comité de Derechos Humanos (2026), sobre el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, refuerza el punto: trata esta garantía como fundamento de una gobernanza participativa, democrática y respetuosa del estado de derecho. A nivel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la jurisprudencia vinculada a la ley de agentes extranjeros rusa delinea estándares similares. En *Ecodefence and Others v. Russia*, se destacó que la capacidad de una organización de solicitar, recibir y utilizar financiamiento de fuentes variadas para lograr sus fines es parte del derecho de asociación y que las restricciones a la misma no son necesarias en una sociedad democrática (TEDH, 2022). Mientras que en *Kobaliya and Others v. Russia*, se advirtió que la disolución forzosa es una medida drástica que debe aplicarse de forma excepcional para conductas muy graves bajo una motivación cualificada, por los efectos inhibitorios que produce en el espacio cívico (TEDH, 2024).

Desde esa perspectiva, un sistema que obliga a registrarse y obtener conformidad previa para ejecutar cooperación internacional afecta el contenido mismo del derecho. No basta con conservar la personalidad jurídica civil si la ejecución de los fines y el acceso a los recursos quedan sometidos a la habilitación administrativa de APCI, sobre todo cuando el incumplimiento puede derivar en sanciones severas. Por otro lado, respecto de organizaciones dedicadas a investigación, comunicación, capacitación o incidencia, la exigencia de conformidad compromete también las libertades informativas —incluida la prohibición de censura previa— y el derecho a participar en la vida política, social y cultural del país.

El antecedente del TC de 2007 es decisivo. En aquella sentencia, recaída en los expedientes acumulados 00009-2007-PI/TC y 00010-2007-PI/TC, se examinó una reforma previa al régimen de APCI. Esa norma también pretendía ampliar la supervisión estatal sobre orga-

² La Comisión Europea para la Democracia por el Derecho, más conocida como Comisión de Venecia, es el órgano consultivo del Consejo de Europa en materia constitucional. Goza de amplio prestigio por sus opiniones técnicas e independientes sobre democracia, estado de derecho y derechos humanos. Aunque sus dictámenes no son vinculantes, constituyen un referente autorizado de derecho constitucional comparado. Si bien el Perú no integra el Consejo de Europa, sí es miembro de la Comisión. En el pasado el estado le ha formulado consultas sobre crímenes de lesa humanidad (2011), cuestión de confianza (2019), juicio político (2025), reforma del ministerio público (2025) y reforma judicial (2026).

nizaciones que ejecutaban cooperación internacional. El TC declaró fundada en parte la demanda, fijando límites relevantes. Por un lado, interpretó que la inscripción ante APCI no era obligatoria para todas las entidades que gestionaban cooperación privada sin intervención estatal, sino que se vinculaba a la decisión de acceder a beneficios y facilidades. Por otro lado, declaró inconstitucional la obligación de publicar la ejecución del gasto de la cooperación internacional privada. Finalmente, declaró inconstitucional la sanción de cancelación administrativa de la inscripción en los registros de APCI porque, en la práctica, equivalía a una disolución administrativa encubierta.

La Ley N.º 32301 desconoce esos tres criterios. Convierte la inscripción en obligatoria, restablece la publicidad de la ejecución del gasto y reintroduce la cancelación administrativa del registro. En ese sentido, reproduce y agrava fórmulas que ya fueron corregidas por el máximo intérprete de la Constitución. El Congreso puede modificar la legislación, pero no reintroducir aquello que el Tribunal Constitucional declaró incompatible con los derechos fundamentales.

La privacidad y la autodeterminación informativa plantean un problema adicional. El TC reconoció en 2007 que las personas jurídicas no tienen intimidad en el mismo sentido que las personas naturales, pero sí cuentan con un ámbito de vida privada constitucionalmente protegido frente a injerencias estatales indebidas. Por eso declaró inconstitucional exigir la publicidad de la ejecución del gasto de cooperación privada. La nueva ley vuelve sobre el mismo punto. Obliga a exhibir información financiera y operativa sensible en un portal estatal. Esta información puede comprender estrategias institucionales, vínculos con donantes, beneficiarios, identidad de víctimas, zonas de intervención, prioridades de litigio o acciones de incidencia. El deber de informar puede ser compatible con la fiscalización estatal cuando es razonable, específico y proporcionado. Lo que resulta incompatible con la Constitución es transformar información privada en exposición pública indiscriminada.

Los estándares internacionales coinciden. La Comisión de Venecia (2019) distingue entre obligaciones de reporte ante autoridades competentes y obligaciones de divulgación pública. Las primeras pueden justificarse en determinados casos, las segundas requieren un examen más estricto por los riesgos que generan para asociaciones, donantes y beneficiarios. La CIDH considera que las funciones de fiscalización deberían activarse cuando exista la sospecha fundada de la comisión de una infracción grave o en materia tributaria, pero siempre garantizando la privacidad (2023, párr. 198). Por su parte, los Relatores Especiales de Naciones Unidas (2024) advirtieron al Perú que la divulgación obligatoria de información financiera constituye una restricción desmesurada a la libertad de asociación y pone en riesgo información sensible de donantes, beneficiarios y personal de las organizaciones. En contextos de hostilidad política, la transparencia mal diseñada no ilumina el debate público. Expone y desprotege a quienes defienden derechos y a las víctimas.

La lógica estatizante del espacio cívico aparece con especial claridad respecto a los convenios privados de cooperación obtenida sin intervención del estado. La Ley N.º 32301 autoriza a APCI a supervisar, fiscalizar y controlar dichos acuerdos, así como a dictar medidas preventivas o correctivas e imponer sanciones vinculadas a su ejecución. De esta forma, sin haber sido invitada, la administración queda incorporada a los *grant agreements* como si fuera parte de la relación contractual. El TC ya había advertido en 2007 que el estado no puede arrogarse una posición de “socio” o gestor de los recursos privados de cooperación, ni estatizar la vida privada de las organizaciones. La Ley N.º 32301 hace precisamente eso. Decide cómo deben ejecutarse recursos privados, vigila el cumplimiento de cláusulas

pactadas entre privados y prevé sanciones cuando la organización varía actividades, reasigna fondos o destina recursos de un modo que APCI considera indebido. Ello afecta la libertad de contratar, la libertad contractual y la garantía del artículo 62 de la Constitución, según la cual los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones.

El régimen sancionador agrega un problema de principio de legalidad. Varias infracciones son vagas, abiertas o dependen de valoraciones administrativas altamente discrecionales. “Uso indebido” de recursos, afectación del “orden público”, “seguridad ciudadana”, “defensa nacional” u “orden interno” son fórmulas que, sin delimitación precisa, permiten castigar actividades legítimas de incidencia, protesta, litigio o denuncia. El riesgo de arbitrariedad se intensifica porque algunas de estas conductas quedan ubicadas en la categoría más severa. En materia sancionadora, la ley debe definir con claridad las conductas prohibidas (CIDH, 2023). No se puede sorprender a los administrados. Tampoco se puede otorgar a la administración un margen indeterminado para decidir qué actividad cívica perturba la normalidad del estado.

El diseño también presenta problemas de proporcionalidad. Una multa de hasta 500 UIT puede ser devastadora para las organizaciones y disolverlas *de facto*. La suspensión de beneficios puede afectar la continuidad de proyectos. La cancelación administrativa del registro puede impedir la ejecución de cooperación internacional y, en los hechos, frustrar los fines institucionales. El TC (2007) ya sostuvo que esa consecuencia es incompatible con la prohibición constitucional de disolución administrativa. La Comisión de Venecia (2019) también ha advertido que las sanciones frente a obligaciones de reporte o divulgación deben ser proporcionales y no pueden llevar, de modo desmedido, a la disolución o paralización de asociaciones.

El flanco convencional más grave aparece en la prohibición de utilizar CTI para litigios contra el estado peruano. Esta disposición afecta simultáneamente la libertad de asociación, la libertad de contratación, el derecho de petición, el derecho de acceso a la justicia, el derecho a la defensa y la protección judicial. También incide directamente en el sistema interamericano. Muchas víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, pueblos indígenas, mujeres, personas LGBTI+, trabajadores, comunidades campesinas o defensores ambientales acceden a la justicia gracias al acompañamiento de organizaciones que cuentan con cooperación internacional. Prohibir ese apoyo no protege la soberanía. Priva de asistencia a quienes más la necesitan y dificulta el control jurídico de la actuación estatal. Revela, además, una suerte de cinismo institucional. El estado invoca la legalidad para cerrar las vías legales de quienes reclaman justicia.

La Corte Interamericana ya identificó el problema. El punto de partida fue el caso *Ramos Durand y otros vs. Perú*, referido a la esterilización no consentida y posterior muerte de Celia Edith Ramos Durand, en el marco del Programa Nacional de Salud Reproductiva y Planificación Familiar 1996-2000. En ese proceso, DEMUS ejercía la representación de las víctimas. La Corte aplicó el artículo 53 de su Reglamento y ordenó al estado garantizar que dicha organización pudiera ejercer libremente el patrocinio legal, sin represalias derivadas de la eventual aplicación de la Ley. Resulta significativo que la primera decisión de la Corte sobre la Ley anti-ONG recayera precisamente en este caso, relativo a una política que afectó de forma desproporcionada a mujeres rurales, indígenas y campesinas. La norma buscaba proyectar sobre el sistema interamericano barreras que muchas víctimas enfrentan en sede nacional.

Posteriormente, la Corte dio la misma respuesta en resoluciones vinculadas a los casos *Gamboa García y otros*, *Ramírez Mejía y otros*, *Pueblos Indígenas Mashco Piro*, *Yora y Amahuaca*, y en la supervisión de 19 casos contra el Perú, donde reiteró que, de permitirse la aplicación de la Ley N.º 32301, podría constituir una represalia indirecta contra representantes de víctimas y afectar el acceso a la justicia internacional (Corte IDH, 2025a, 2025b, 2025c, 2025d, 2025e). En la sentencia de fondo del propio caso *Ramos Durand*, la Corte volvió sobre el tema y fue más enfática: la Ley N.º 32301 “constituye una amenaza legal de represalia, prohibida por el artículo 53 del reglamento de la Corte” (Corte IDH, 2025f, párr. 49). Permitir su aplicación supondría lesionar los derechos de defensa y el acceso a la justicia (Corte IDH, 2025f, párr. 49).

El punto convencional es claro. La protección no se limita a represalias abiertas o directas. También alcanza amenazas legales que, bajo apariencia administrativa, condicionan o castigan la labor de quienes representan víctimas ante el sistema. Una norma que prohíbe financiar asesoría, asistencia o representación contra el estado coloca a las organizaciones que defiende derechos ante una disyuntiva inaceptable: abandonar una parte central de su objeto social o exponerse a una sanción. El tribunal europeo condenó un efecto similar en los casos sobre la ley rusa (TEDH, 2022).

El estado puede regular la cooperación internacional y exigir deberes razonables de información, en particular para prevenir delitos como el lavado de activos, la financiación del terrorismo, el fraude o la corrupción. Sin embargo, la transparencia no opera como una finalidad autónoma que habilite cualquier restricción, sino como un medio que debe vincularse a fines legítimos y superar las exigencias de legalidad, necesidad, proporcionalidad y no discriminación. La Comisión de Venecia (2019) ha distinguido entre deberes de información ante la autoridad —que, según el caso, pueden ser compatibles con esos fines— y obligaciones de divulgación pública de fuentes o donantes, cuya justificación es mucho más limitada. La CIDH ha seguido esa línea en sus informes sobre Nicaragua y defensores de derechos humanos (2023, 2025). En particular, sostuvo que restringir la libertad de asociación invocando la soberanía nacional es incompatible con el derecho internacional, pues los agentes no estatales no están obligados por el principio de no injerencia ni pueden violarlo. La financiación extranjera, por sí sola, no prueba dirección o control efectivo por un tercer Estado que justifique un interés legítimo en restringir el derecho de asociación para proteger la soberanía nacional (CIDH, 2023, párr. 211). Los Relatores Especiales de Naciones Unidas (2024) coinciden: la soberanía estatal no es, en sí misma, una causal legítima para restringir el financiamiento extranjero de asociaciones bajo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Ley N.º 32301 no supera el examen constitucional ni convencional. No identifica un riesgo concreto que justifique someter a todas las entidades que gestionan o ejecutan CTI a un régimen expansivo. No diferencia entre tipos de organizaciones, actividades, fuentes, montos, riesgos o beneficios públicos. No opta por medidas menos gravosas. No protege adecuadamente información sensible. No evita la discrecionalidad administrativa. No respeta los límites fijados por el TC. Y, en el extremo más grave, prohíbe financiar acciones legales contra el estado, justamente allí donde la sociedad civil cumple una función democrática indispensable. De mantenerse este diseño, es previsible que la norma continúe enfrentando controles de convencionalidad y constitucionalidad en sede interamericana y nacional, cuando sea evaluada en condiciones de independencia judicial.

5. CONCLUSIONES

La Ley N.º 32301, conocida como Ley Anti-ONG, plantea un problema serio para la democracia constitucional peruana. Aunque su lenguaje es el de la transparencia, la fiscalización y la soberanía, su diseño somete a las organizaciones que reciben cooperación internacional a registros obligatorios, conformidades previas, deberes intensos de información, exposición pública de datos sensibles y sanciones que pueden comprometer su continuidad operativa.

En el plano comparado, la norma reproduce patrones asociados a la erosión del espacio cívico. En plano interno, reintroduce mecanismos que el Tribunal Constitucional ya había considerado incompatibles con la Constitución.

El aspecto más grave es la prohibición de utilizar recursos de la cooperación internacional para el litigio contra el estado peruano. Esa regla afecta a víctimas y colectivos que dependen de ese apoyo para acceder a la justicia. La reacción de la Corte Interamericana en una serie de casos muestra que la aplicación de la prohibición puede operar como una amenaza legal de represalia contra representantes de víctimas y afectar el acceso a la justicia.

Ello no implica negar la legitimidad de ciertos deberes de rendición de cuentas. Las organizaciones de la sociedad civil, como cualquier actor privado, están sujetas al ordenamiento jurídico. Pero la rendición de cuentas no puede convertirse en subordinación política. La transparencia no puede justificar exposición indiscriminada. La fiscalización no puede operar como autorización previa. Y una sanción administrativa no puede producir efectos equivalentes a una disolución.

El futuro de la Ley N.º 32301 dependerá de la respuesta jurisdiccional que reciba. A la luz de los estándares constitucionales y de derechos humanos revisados, su aplicación debería ser interpretada restrictivamente, sometida a control estricto y, cuando corresponda, inaplicada o expulsada del ordenamiento.

En definitiva, lo que está en juego excede a las ONG. Una sociedad civil autónoma permite documentar abusos, acompañar víctimas, defender territorios, denunciar corrupción, litigar violaciones de derechos y fiscalizar al poder. Preservar ese espacio de actuación es una condición de existencia del sistema democrático. El estado no debería temerle. Debería protegerlo.

REFERENCIAS

- Amnistía Internacional. (2026). *Rompiendo el tejido social: El impacto de leyes restrictivas sobre organizaciones de la sociedad civil en las Américas*. Amnesty International Ltd.
- Ayma Ayma, D. (2024, 14 de junio). El canciller tildó de “tono injerencista” la preocupación de embajadas por proyecto sobre financiamiento de oenegés. *RPP Noticias*. <https://rpp.pe/politica/gobierno/javier-gonzalez-olaechea-tildo-de-tono-injerencista-la-preocupacion-de-embajadas-por-proyecto-sobre-oeneges-noticia-1561737>
- Bakke, K. M., Mitchell, N. J., & Smidt, H. M. (2019). When states crack down on human rights defenders. *International Studies Quarterly*, 63(4), 1047-1063. <https://doi.org/10.1093/isq/sqz088>

- Bromley, P., Schofer, E., & Longhofer, W. (2020). Contentions over world culture: The rise of legal restrictions on foreign funding to NGOs, 1994-2015. *Social Forces*, 99(1), 281-304. <https://doi.org/10.1093/sf/soz138>
- Buyse, A. (2018). Squeezing civic space: Restrictions on civil society organizations and the linkages with human rights. *The International Journal of Human Rights*, 22(8), 966-988. <https://doi.org/10.1080/13642987.2018.1492916>
- Calderón, C. (2025, 13 de marzo). Canciller a favor de “ley anti ONG” y advierte a embajadores: “Declaraciones deben partir de un ejercicio diplomático y no mediático”. *Infobae Perú*. <https://www.infobae.com/peru/2025/03/13/canciller-a-favor-de-ley-anti-ong-y-advierte-a-embajadores-declaraciones-deben-partir-de-un-ejercicio-diplomatico-y-no-mediatico/>
- Chaudhry, S. (2022). The assault on civil society: Explaining state crackdown on NGOs. *International Organization*, 76(3), 549-590. <https://doi.org/10.1017/S0020818321000473>
- Christensen, D., & Weinstein, J. M. (2013). Defunding dissent: Restrictions on aid to NGOs. *Journal of Democracy*, 24(2), 77-91. <https://doi.org/10.1353/jod.2013.0026>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2019, septiembre). *Protesta y derechos humanos: Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal* (OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.22/19). Organización de los Estados Americanos.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2023, 23 de septiembre). *Cierre del espacio cívico en Nicaragua* (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 212/23). Organización de los Estados Americanos.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2025, 15 de abril). *Tercer informe: Situación de personas defensoras de derechos humanos en las Américas* (OEA/Ser.L/V/II, Doc. 119/25). Organización de los Estados Americanos.
- Comisión de Venecia. (2019). *Report on funding of associations* (CDL-AD(2019)002).
- Comité de Derechos Humanos. (2026). *Proyecto de observación general N.º 38. Artículo 22: Derecho a la libertad de asociación* (CCPR/C/GC/R.38/Rev.1).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2021, 5 de mayo). *Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género* (Opinión Consultiva OC-27/21, Serie A No. 27).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2024, 18 de junio). *Caso Huilcamán Paillama y otros vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas*. Sentencia. Serie C No. 527.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2025a). *Caso Ramos Durand y otros vs. Perú*. Aplicación del artículo 53 del Reglamento de la Corte. Resolución de 2 de mayo de 2025.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2025b). *Casos Neira Alegría y otros; Castillo Páez; Barrios Altos; Cantoral Benavides; Durand y Ugarte; Huilca Tecse; Gómez Palomino; Baldeón García; La Cantuta; Cantoral Huamaní y García Santa Cruz; Anzualdo Castro; Osorio Rivera y familiares; Tarazona Arrieta y otros; Espinoza Gonzáles; Cruz Sánchez y otros; Comunidad Campesina de Santa Bárbara; Tenorio Roca y otros; Lagos del Campo y Terrones Silva y otros vs. Perú*. Aplicación del artículo 53 del Reglamento de la Corte y supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 2 de julio de 2025.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2025c). *Caso Gamboa García y otros vs. Perú*. Aplicación del artículo 53 del Reglamento de la Corte. Resolución de 2 de julio de 2025.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2025d). *Caso Pueblos Indígenas Mashco Piro, Yora y Amahuaca vs. Perú*. Aplicación del artículo 53 del Reglamento de la Corte. Resolución de 2 de julio de 2025.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2025e). *Caso Ramírez Mejía y otros vs. Perú*. Aplicación del artículo 53 del Reglamento de la Corte. Resolución de 2 de julio de 2025.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2025f). *Caso Ramos Durand y otros vs. Perú*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2025.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2026, 23 de abril). *Caso Rojas Riera y otra Vs. Venezuela: Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas* (Serie C No. 592).
- De Belaunde López de Romaña, J. (1993). Condiciones para el impulso de las ONGDs como factores de desarrollo en el Perú. En B. Caravedo & A. Pillado (Comps.), *Cooperación Internacional, ONGDs y Desarrollo* (pp. 103-119). SASE.
- De Belaunde López de Romaña, J., & Ostolaza, P. M. (2005). Las ONGs en el Perú. En J. de Belaunde, W. Albán, J. Morales, J. Pazos, O. Trelles, M. Salazar, & P. M. Ostolaza (Comps.), *Personas jurídicas: Selección de textos* (Vol. 2, pp. 289-290). Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.
- De Belaunde López de Romaña, J. (2024). *Personas naturales y jurídicas: Comentarios al Libro Primero del Código Civil*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Dixon, R., & Landau, D. (2021). *Abusive constitutional borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oso/9780192893765.001.0001>
- Dupuy, K., Ron, J., & Prakash, A. (2016). Hands off my regime! Governments' restrictions on foreign aid to non-governmental organizations in poor and middle-income countries. *World Development*, 84, 299-311. <https://doi.org/10.1016/j.worlddev.2016.02.001>
- European Court of Human Rights. (2022). *Ecodefence and Others v. Russia* (Applications nos. 9988/13 and 60 others).
- European Court of Human Rights. (2024, October 22). *Case of Kobaliya and Others v. Russia* (Applications nos. 39446/16 and 106 others).
- Fowks, J. (2025, 13 de marzo). Congreso aprueba ley inconstitucional para someter a las organizaciones de la sociedad civil. *IDL-Reporteros*. <https://www.idl-reporteros.pe/el-congreso-aprueba-ley-inconstitucional-para-someter-a-las-organizaciones-de-la-sociedad-civil/>
- Fransen, L., Dupuy, K., Hinfelaar, M., & Mazumder, S. M. Z. (2021). Tempering transnational advocacy? The effect of repression and regulatory restriction on transnational NGO collaborations. *Global Policy*, 12(S5), 11-22. <https://doi.org/10.1111/1758-5899.12972>
- García, M. T. (2025, 21 de septiembre). Fiscalizarán a las ONG que ideologizaron el Perú con reglamentación de Ley APCI, asegura bancada de Renovación Popular. *Expreso*. <https://www.expreso.com.pe/politica/fiscalizaran-a-las-ong-que-ideologizaron-el-peru-con-reglamentacion-de-ley-apci-asegura-bancada-de-renovacion-popular-patricia-chirinos-alejandro-munante-noticia/1224113/>
- Gargarella, R. (2005). *El derecho a la protesta: El primer derecho*. Ad-Hoc.
- Haddad, H. N., & Sundstrom, L. M. (2023). Foreign agents or agents of justice? Private foundations, backlash against non-governmental organizations, and international human rights litigation. *Law & Society Review*, 57(1), 12-35. <https://doi.org/10.1111/lasr.12642>
- Hossain, N., Khurana, N., Mohmand, S., Nazneen, S., Oosterom, M., Roberts, T., Santos, R., Shankland, A., & Schröder, P. (2018). *What does closing civic space mean for development? A literature review and proposed conceptual framework* (IDS Working Paper No. 515). Institute of Development Studies.

- Hummel, S., & Schubert, P. (2025). *The anti-NGO narrative: The attempt to delegitimise civil society* (Opuscula No. 201). Maecenata Institut für Philanthropie und Zivilgesellschaft.
- Jenkins, G. W. (2012). Nongovernmental organizations and the forces against them: Lessons from the anti-NGO movement. *Brooklyn Journal of International Law*, 37(2), 459-526.
- Krsticevic, V. (2003). El papel de las ONG en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos: Trámite de los casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En *Memoria del Seminario El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI* (2.ª ed., t. I, pp. 407-423). Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Landa, C. (2025). *Populismo constitucional en el Perú*. Tirant lo Blanch.
- Martinico, G. (2021). *Filtering populist claims to fight populism: The Italian case in a comparative perspective*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781108866156>
- Meyer, M., & Welch, C. (2025). *Curtailing civic space: Tightening restrictions on civil society in the Americas*. Washington Office on Latin America.
- Musila, G. M. (2019). *Freedoms under threat: The spread of anti-NGO measures in Africa*. Freedom House.
- OSCE/ODIHR & Comisión de Venecia. (2014). *Joint guidelines on freedom of association* (CDL-AD(2014)046).
- Ostolaza, P. M. (2005). La conceptualización de la cooperación técnica internacional en el marco del derecho al desarrollo. En J. de Belaunde, W. Albán, J. Morales, J. Pazos, O. Trelles, M. Salazar, & P. M. Ostolaza (Comps.), *Personas jurídicas: Selección de textos* (Vol. 2, pp. 291-296). Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.
- Parodi Luna, M. B. (2009). State supervision of NGOs in Perú. *International Journal of Not-for-Profit Law*, 12(1), 55-66.
- Poppe, A. E., & Wolff, J. (2017). The contested spaces of civil society in a plural world: Norm contestation in the debate about restrictions on international civil society support. *Contemporary Politics*, 23(4), 469-488. <https://doi.org/10.1080/13569775.2017.1343219>
- Quispe Sánchez, D. (2025, 13 de marzo). Congreso da golpe contra las ONG a través de ley que somete su financiamiento y persigue sus actividades. *La República*. <https://larepublica.pe/politica/congreso/2025/03/12/congreso-aprueba-ley-que-somete-a-las-ong-persigue-su-financiamiento-y-sus-actividades-hnews-149904>
- Redacción EC. (2025, 14 de abril). Dina Boluarte promulga ley que modifica la APCI para fiscalizar fondos de las ONG. *El Comercio*. <https://elcomercio.pe/lima/sucesos/dina-boluarte-promulga-ley-que-modifica-la-apci-para-fiscalizar-fondos-de-las-ong-ultimas-noticia/>
- Relatores Especiales de Naciones Unidas. (2024). *Comunicación OL PER 4/2024 al Gobierno del Perú sobre proyectos de ley de modificación de la Ley de Creación de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional-APCI*.
- Robinson, N. (2024). The regulation of foreign funding of nonprofits in a democracy. *Virginia Journal of International Law*, 65(1), 57-112.
- Rutzen, D. (2015). Civil society under assault. *Journal of Democracy*, 26(4), 28-39. <https://doi.org/10.1353/jod.2015.0071>
- Smidt, H., Perera, D., Mitchell, N. J., & Bakke, K. M. (2020). Silencing their critics: How government restrictions against civil society affect international naming and shaming. *British Journal of Political Science*, 51(3), 1270-1291. <https://doi.org/10.1017/S0007123419000693>

- Tribunal Constitucional. (2007). *Sentencia recaída en los expedientes acumulados N.º 00009-2007-PI/TC y N.º 00010-2007-PI/TC*.
- Van De Velde, J. (2018). The “foreign agent problem”: An international legal solution to domestic restrictions on non-governmental organizations. *Cardozo Law Review*, 40(2), 687-747.



La reforma constitucional de la Magistratura italiana. Tres modos de contarla

GIANLUCA FAMIGLIETTI

Profesor de la Universidad de Pisa

1. PREMISA

Un ataque artero y sin precedentes contra uno de los núcleos más sensibles y neurálgicos de la Constitución republicana antifascista de 1948; este es, en extrema síntesis, el juicio sobre la reforma de algunas de las disposiciones que la Constitución italiana dedica al Ordenamiento judicial, un proyecto que ha concluido el iter de aprobación parlamentaria el 30 de octubre de 2025 y está a la espera de ser sometido a referéndum popular los próximos 22 y 23 de marzo¹.

La reforma ha sido propuesta por el Gobierno al Parlamento, el cual ha aprobado por mayoría absoluta un texto “blindado” sin introducir en él enmienda alguna². Resulta superfluo subrayar el carácter anómalo de un itinerario semejante, que, además de haber tornado inútil el debate parlamentario y la audiencia de decenas de expertos, se ha concluido con el voto favorable de la mayoría de los Parlamentarios elegidos en septiembre de 2022, cuando, con la abstención del 36% del electorado, la coalición de centroderecha resultó vencedora con aproximadamente el 44% de las preferencias, obteniendo la mayoría absoluta en ambas Cámaras en virtud de las reglas de la ley electoral.

¿Se ha tratado de un procedimiento legítimo? Ciertamente sí, en la medida en que todo ha tenido lugar con respeto formal del procedimiento de revisión constitucional (art. 138 Const.³). No obstante, es necesario preguntarse si ¿ha sido oportuno que el Gobierno, res-

³ El texto del proyecto de revisión constitucional se puede consultar en la pagina <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2025/10/30/25A05968/sg>

⁴ Ha sido muy crítico con el procedimiento seguido en la ocasión el ex Primer Presidente del Tribunal de Casación Ernesto Lupo, *La “blindatura” parlamentare della riforma costituzionale della magistratura*, en <https://www.giustiziainsieme.it/articolo/3818-la-blindatura-parlamentare-della-riforma-costituzionale-della-magistratura>

⁵ «Las leyes de revisión de la Constitución y demás leyes constitucionales serán adoptadas por cada una de las Cámaras en dos votaciones sucesivas con un intervalo entre ellas de al menos tres meses, y se aprobarán por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara en la segunda votación.

Dichas leyes serán sometidas a referéndum popular dentro de los tres meses siguientes a su publicación cuando así lo solicite una quinta parte de los miembros de una Cámara o quinientos mil electores o cinco Consejos Regionales. La ley sometida a referéndum no se promulgará si no es aprobada por la mayoría de los votos válidos.

No habrá lugar a referéndum si la ley se aprueba en la segunda votación de cada una de las Cámaras por una mayoría de dos tercios de sus respectivos componentes».

paldado por una mayoría parlamentaria que en las elecciones ha obtenido el 23% del total de los consensos (frente a 50 millones de electores habilitados y con una participación del 64%), se haya arrogado una reforma tan incisiva de la Constitución, máxime enviando al Parlamento soberano y titular del poder constituyente el claro mensaje de no modificar ni siquiera una coma del texto presentado? Evidentemente no.

Esta reforma puede ser relatada de tres maneras: aquello que la reforma *no hace*, aquello que la reforma *dice hacer* y aquello que la reforma *no dice que hará*.

2. LO QUE LA REFORMA NO HACE

La *justicia* italiana arrastra desde hace años un déficit de recursos y de personal que operen con el fin de reducir la insostenible duración de los procesos penales y, sobre todo, civiles, lo cual ha dado lugar a numerosas condenas contra Italia en materia de resarcimiento de daños por la duración irrazonable de los procedimientos por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; esta reforma – por expresa admisión de algunos de sus autorizados proponentes, en primer lugar del Ministro de Justicia Carlo Nordio – no acortará en un solo día la duración de los procesos ni contribuirá a hacer más eficiente la “maquinaria de la justicia”. Esta ley constitucional, además de no reducir los tiempos de los procesos, no incrementa ni el número de magistrados ni el del personal administrativo, no estabiliza a los 5.000 magistrados honorarios que evitan la congestión definitiva del sistema, no refuerza la digitalización; no se orienta, por consiguiente, al interés de los ciudadanos. La ineficiencia de la justicia constituye un problema sobre todo para los indigentes en el proceso civil y para los inocentes en el proceso penal. Los adinerados pueden esperar tranquilamente una sentencia favorable, mientras que quien no lo es puede arruinarse durante la espera. Del mismo modo, para los culpables el transcurso del tiempo comporta el beneficio de la prescripción, mientras que para los inocentes implica años de tormento en espera de la absolución.

Todo ello se ve agravado por las políticas gubernamentales en materia penal. En un período histórico en el que la pobreza absoluta afecta a una décima parte de la población italiana, y en el que millones de personas viven por debajo o apenas por encima del umbral de empobrecimiento; en el que servicios públicos fundamentales como la sanidad y la educación atraviesan una grave situación de crisis; en el que necesidades básicas como la vivienda no encuentran satisfacción; en el que los derechos de los trabajadores son vulnerados hasta el punto de registrarse una media de tres muertes laborales al día, el Gobierno responde al creciente malestar social únicamente mediante la represión penal, produciendo una insensata proliferación de tipos delictivos derivados del disenso. Mientras, al mismo tiempo, reduce las responsabilidades de políticos y administradores y se propone asegurar la impunidad a las fuerzas del orden que excedan en las acciones represivas.

3. LAS RAZONES DEL MODELO ACTUAL

Antes de examinar en detalle las novedades de la reforma y aquello que estas ocultan (esto es, lo que la reforma *dice hacer* y lo que *no dice que hará*), resulta oportuno recordar las razones que impulsaron a los Constituyentes a tejer la compleja y sofisticada arquitectura del actual Ordenamiento judicial, situando en su centro al Consejo Superior de la Magistratura.

Como es sabido, la Constitución italiana de 1948 nace para crear una cesura neta respecto del régimen fascista (1922-1943): de tal voluntad está impregnado todo el texto, hasta el punto de considerar la Carta de 1948 como una constitución abiertamente antifascista. Esa voluntad se manifiesta de manera indiscutible en las disposiciones que delinean las garantías del Poder judicial, hasta el extremo de considerar la reforma actual como un intento de hacer retroceder el “reloj de la Historia” a una época preconstitucional.

Uno de los primeros actos del régimen fascista fue la disolución, en 1925, de la Asociación de Magistrados que, desde su creación en 1909, había luchado en defensa de los derechos del gremio⁴.

La aplicación de la reforma fascista del Poder judicial alcanzó su punto culminante con el Real Decreto n.º 12 de 1941 (recordado como el “ordenamiento judicial Grandi”, por el nombre del Ministro de Justicia del Gobierno fascista, Dino Grandi), cuya estructura se ajustaba a la visión totalitaria del fascismo, orientada a concentrar todo el poder en manos del Gobierno. En efecto, el nuevo sistema judicial sometía completamente el Poder judicial al Ejecutivo, encuadrando el “cuerpo” de los magistrados en una organización altamente jerarquizada, de modo que la injerencia del Ministro en la carrera de los jueces resultaba extremadamente incisiva. El Ministro decidía todo: admisiones, traslados, promociones. Cabe considerar, además, que los requisitos preliminares para acceder al concurso de la magistratura (resulta superfluo recordar que se está hablando de un Poder judicial compuesto exclusivamente por hombres) eran esencialmente dos: ser de “raza italiana” y miembro del partido fascista.

El “ordenamiento Grandi” demuestra que en el período fascista el Poder judicial se hallaba sustancialmente privado de garantías, de un gobierno autónomo y de una independencia que asegurase a los miembros de los órganos jurisdiccionales el libre ejercicio de sus funciones.

Al término de la Segunda Guerra Mundial, con el Real Decreto-ley n.º 511 de 1946 (conocido como “ley sobre las garantías del Poder judicial”), promulgado bajo la dirección de Palmiro Togliatti, líder del Partido Comunista y por entonces Ministro de Justicia, se introdujeron modificaciones significativas en el sistema de impronta fascista de 1941: se restablecieron las garantías abolidas por el fascismo y se crearon otras nuevas, como la inamovilidad en el cargo y la supresión de la relación de dependencia jerárquica entre el Ministerio Público y el Ministro.

Fue también sobre la base de los principios establecidos por la disciplina del “decreto Togliatti” de 1946 que los Padres constituyentes fijaron el marco constitucional relativo al Poder judicial, y aquel fue el resultado de una serie de compromisos y acuerdos alcanzados laboriosamente a lo largo de casi dos años de trabajo⁵.

En la Asamblea Constituyente todos eran plenamente conscientes de la necesidad de evitar que el Poder judicial sufriera presiones por parte del poder político, como había ocurrido

⁴ Véase Guido Melis, *Storia della magistratura e storia dell'associazionismo giudiziario: una complementarità necessaria*, en <https://www.questionegiustizia.it/articolo/storia-magistratura>

⁵ Se pueden tomar en consideración varios escritos de Alessandro Pizzorusso, entre ellos aparece imprescindible *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, il Mulino, 1974, que reconstruye para el Poder judicial los momentos cruciales de la transición del régimen fascista al ordenamiento republicano.

durante el fascismo, que consideraba incompatible con el principio de la soberanía estatal unitaria cualquier forma de autogobierno en el seno del Poder judicial.

El objetivo de los Constituyentes era, por tanto, dar efectividad al principio de la separación de poderes y, a través de él, reforzar los valores de la autonomía y de la independencia del Poder judicial, incorporando al texto constitucional el principio del autogobierno.

Pero la buena intuición de la Asamblea Constituyente fue la de comprender que, para obtener la efectiva independencia del órgano judicial, resultaba indispensable la existencia de un órgano autónomo capaz de garantizar la impermeabilidad de los jueces en el ejercicio de la jurisdicción. Se consideraba, con razón, que no era suficiente la mera proclamación de la independencia y de la autonomía en el juzgar, sino que era necesario asegurar la existencia de un órgano dotado de los instrumentos necesarios para proteger la jurisdicción de cualquier tipo de influencia interna o externa; precisamente el Consejo Superior de la Magistratura, que se inserta en esta delicada y equilibrada arquitectura institucional⁶.

4. LO QUE LA REFORMA *DICE HACER* Y LO QUE LA REFORMA *NO DICE QUE HARÁ*

Los promotores de la reforma actualmente en el centro del debate⁷ afirman que esta no afecta en absoluto al primer párrafo del artículo 104, que dispone: «La Magistratura constituye un orden autónomo e independiente de todo otro poder». Resulta superfluo señalar que previsiones análogas se encuentran en las Constituciones de Estados autoritarios (por ejemplo, Rusia y Hungría), en los cuales, sin embargo, en la práctica los magistrados no son ni independientes ni autónomos. Un principio constitucional que no sea concretamente desarrollado por el legislador queda reducido a letra muerta⁸.

El eslogan con el que se presenta la reforma es el de la “separación de las carreras entre jueces y fiscales”. Para alcanzar este objetivo, la reforma interviene sobre el Consejo Superior de la Magistratura, órgano encargado de administrar la organización de la Magistratura, decidiendo los ingresos, los traslados, las progresiones de carrera y ejerciendo la potestad disciplinaria (los “cuatro clavos” que habrían asegurado la efectiva autonomía de la Magistratura, como definió esos cuatro ámbitos Meuccio Ruini, el Constituyente que presidió la “Comisión de los 75” encargada de elaborar el texto base de la nueva Constitución que debía someterse posteriormente a la Asamblea Constituyente).

Actualmente el Consejo Superior se ocupa de los “cuatro clavos” respecto de todos los magistrados, tanto de aquellos encargados de las investigaciones (los fiscales) como de

⁶ En tema véase Francesca Biondi, *Il C.S.M.: le ragioni della composizione mista e delle modalità di formazione*, en <https://www.giustiziainsieme.it/it/ordinamento-giudiziario/1865-il-c-s-m-le-ragioni-della-composizione-mista-e-delle-modalita-di-formazione?hitcount=0>

⁷ Entre ellos, el más destacado es sin duda Nicolò Zanon, *Sostenere la riforma della separazione delle carriere e il sorteggio dei membri del Csm per garantire la terzietà del giudice e sottrarre la magistratura al controllo delle correnti*, en <https://www.rivistailmulino.it/a/liberare-la-giustizia-e-i-magistrati>

⁸ Sobre el artículo 104 de la Constitución en el proyecto de reforma véase Roberto Romboli, *L'indipendenza della magistratura. Storia, attualità, prospettive*, en <https://www.giustiziainsieme.it/it/ordinamento-giudiziario/3250-lindipendenza-della-magistratura-storia-attualita-prospettive-roberto-romboli?rCH=2>

aquellos que dictan las sentencias (los jueces). Con la modificación constitucional – que podría alterar el texto de siete disposiciones (arts. 87, 102, 104, 105, 106, 107 y 110) – se crearían dos Consejos Superiores distintos, uno para los jueces y otro para los fiscales; a ambos nuevos órganos se les sustraería la función disciplinaria, que sería atribuida a un tercer órgano – también de nueva creación –, la Alta Corte disciplinaria. Con respecto al Consejo Superior de la Magistratura vigente, cambiaría de manera significativa el modo de selección de los miembros de los tres nuevos órganos, pasando de la elección al sorteo.

En la intención del legislador reformador, separar las carreras entre jueces y fiscales significa romper la relación entre ellos – es decir, “entre colegas” – la cual es considerada la razón de que, en el proceso, induciría al juez a “alinearse” con la hipótesis acusatoria formulada por el fiscal; además, según sostienen igualmente los proponentes, de este modo hallarían plena aplicación los principios del “debido proceso”, consagrados en el artículo 111 de la Constitución, en la redacción resultante de la reforma de 1999.

En términos generales, tales motivaciones subyacen a un mensaje sumamente peligroso: generan en los ciudadanos desconfianza hacia la Magistratura, dando a entender que en Italia se celebran cotidianamente procesos injustos. En lo específico, desde el primer punto de vista, basta con examinar los datos relativos a los expedientes archivados y a las acusaciones, así como a las sentencias condenatorias y a las absolutorias, para constatar que el sistema se encuentra en un equilibrio absoluto (en 4 de cada 10 casos el juez absuelve al imputado, desmintiendo de hecho la hipótesis acusatoria del fiscal)⁹; desde el otro punto de vista, resulta casi superfluo recordar que la actuación de una previsión constitucional corresponde al legislador ordinario y que no se lleva a cabo introduciendo una modificación constitucional, es decir, confiando la actuación de la Constitución “a la propia Constitución”.

Es cierto que jueces y fiscales proceden del mismo concurso (un filtro altamente selectivo), pero, una vez superado el concurso común y tras un período de formación igualmente común, los jóvenes magistrados deben optar por la función fiscal o por la función jurisdiccional; posteriormente, pueden solicitar al Consejo Superior el paso a la otra función a) solo una vez a lo largo de su vida profesional (por lo tanto, se trata de una elección irreversible), b) dentro de los primeros nueve años, y, finalmente, c) cambiando de distrito de Corte de Apelación (esto es, cambiando de Región). Los traslados de este tipo ascienden a pocas decenas al año sobre un total de 9.000 magistrados. ¿Puede realmente pensarse que una reforma constitucional de tal envergadura se adopte para impedir tales transiciones? Si se hubiese querido excluir de manera absoluta el paso de una a otra función, habría sido suficiente una ley ordinaria.

La previsión de la separación de las carreras ha conducido al Gobierno a desdoblar, en el artículo 104 de la Constitución reformado, el actual Consejo en uno competente para la magistratura juzgadora y otro para la magistratura de los fiscales, sin valorar, por ejemplo, la posibilidad de establecer dos secciones internas, manteniendo inalterada la estructura originaria¹⁰. El desdoblamiento del Consejo Superior de la Magistratura, si en abstracto

⁹ Los datos oficiales se pueden consultar en la pagina <https://dati statistiche.giustizia.it/page/it/giustizia-penale>

¹⁰ Esta solución ha sido patrocinada por Nicolò Zanon, *Perché non è bene avere un altro CSM*, en <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/10-2024-la-separazione-delle-carriere-perche-non-e-bene-avere-un-altro-csm>

puede aparecer como un efecto natural y lógico de la pretendida separación de las carreras, en concreto produce una evidente reducción de las funciones propias de garantía del Consejo.

Si hasta este momento el modelo italiano de ordenamiento judicial se ha sostenido sobre la unidad del Consejo y sobre su función institucional principal vinculada a la tutela de la autonomía y de la independencia de la Magistratura, la fragmentación propuesta tiende a poner en crisis la centralidad de su posición de garantía dentro del ordenamiento y, sobre todo, en lo que respecta a la relación con el Poder ejecutivo, evidencia una posición que resulta concretamente debilitada y “neutralizada”.

Hoy el fiscal y el juez son ambos magistrados porque comparten el interés público en la reconstrucción de la verdad de los hechos; ello hace necesaria la común procedencia concursal y la compartición de lo que se denomina “cultura de la jurisdicción”, que se sustenta en la autonomía y en la independencia en el ejercicio cotidiano de las respectivas funciones. Añádase que, conforme con el artículo 358 del Código Procesal Penal, el fiscal, en la fase de las investigaciones, no está obligado únicamente a buscar elementos de prueba contra el investigado, sino también aquellos absolutorios y, si se convence de su no vinculación respecto del hecho imputado, solicitará el archivo de las investigaciones o, si se halla en la fase procesal, la absolución del acusado. El fiscal no es, por tanto, la contraparte del abogado defensor, puesto que mientras este último debe presentar únicamente pruebas de descargo en favor de su asistido, el fiscal tiene como objetivo la reconstrucción de la verdad de los hechos.

Es necesario abandonar la idea de que el proceso (especialmente el penal) sea un partido de fútbol, en el que dos equipos (acusación y defensa) se enfrentan y un árbitro (el juez) decide. En efecto, el juez y el fiscal actúan en la persecución de un interés público común, el orientado al esclarecimiento de la verdad de los hechos. El fiscal no “vence” cuando obtiene una condena de parte del juez, sino cumple con sus deberes cuando sus conclusiones se ajustan a las pruebas practicadas en el proceso. El abogado defensor, en cambio, actúa en función de la realización de un interés privado, consistente en el deber de garantizar a su asistido la mejor defensa técnica posible: si el abogado se convence de la culpabilidad de su defendido, no puede solicitar al juez su condena; por el contrario, el fiscal tiene el deber de pedir la absolución del imputado cuando las pruebas no sostienen la acusación.

Con la reforma se tendrá un fiscal organizativa y culturalmente separado del juez, que se dedicará exclusivamente a buscar pruebas en apoyo de la culpabilidad del investigado; un verdadero “abogado de la acusación”. ¿Quién podría contrarrestar eficazmente a este “superpolicía”, impregnado de esta nueva mentalidad unidireccional y que, además, puede contar con instrumentos de investigación considerablemente superiores a los que están a disposición de los abogados defensores (baste pensar que el fiscal desarrolla las investigaciones sirviéndose de la policía judicial)? La respuesta es sencilla: nadie, o a lo sumo aquellos investigados que pueden permitirse grandes y costosos despachos de abogados capaces de recurrir a agencias de investigación privadas. Vuelve así, una vez más, la idea de una justicia “a dos velocidades”: una para los acomodados y otra para quienes no disponen de esos mismos medios.

Cuando este nuevo “ministerio público” se haya vuelto demasiado poderoso, es razonable pensar que la política querrá controlarlo.

En todos los ordenamientos en los que jueces y fiscales están separados, estos últimos presentan en todas partes un vínculo más o menos fuerte con el Poder ejecutivo¹¹.

5. MODALIDADES DE FORMACIÓN DE LOS DOS NUEVOS CONSEJOS SUPERIORES

Uno de los aspectos indudablemente más singulares, e indudablemente más surrealistas, de la reforma consiste en la modificación del modo de formación de los dos nuevos Consejos, que pasaría de la elección al sorteo.

Actualmente, el Consejo Superior está compuesto por 33 miembros; de estos, 3 son miembros natos: el Presidente de la República, que preside el Consejo; el Primer Presidente del Tribunal de Casación (simbólicamente, el primer juez de Italia); y el Fiscal General del Tribunal de Casación (simbólicamente, el primer fiscal del País). Los otros 30 miembros son electivos: 10 (un tercio) son los miembros “laicos”, elegidos por el Parlamento en sesión conjunta entre profesores universitarios de materias jurídicas y abogados con al menos 15 años de ejercicio profesional; 20 (dos tercios) son los miembros “togatos”, es decir, magistrados elegidos por los propios magistrados.

La elección de los Constituyentes de crear un órgano de autogobierno de toda la Magistratura, que la protegiera de condicionamientos políticos (o de otro tipo) externos, confiándole decisiones que anteriormente correspondían al Ministro, respondía precisamente al propósito de que fueran los propios magistrados, eligiendo a sus colegas al Consejo, quienes decidieran, indirectamente a través de los elegidos, sobre su propia vida profesional. Existía, sin embargo, el riesgo de que este órgano se transformara en un órgano corporativo y autorreferencial y, por esta razón, los Constituyentes optaron por una composición mixta, en la que la componente “togada” fuese reequilibrada por la componente “laica”. Para perfeccionar ulteriormente el equilibrio se estableció que el Vicepresidente del Consejo Superior – figura central, dado que el Presidente de la República preside el Consejo en raras ocasiones y solo en casos extraordinarios – debía ser elegido entre los miembros “laicos”.

La reforma que hoy se debate desautoriza también en este punto las equilibradas decisiones de la Asamblea Constituyente. Desde el punto de vista de la composición de los dos nuevos Consejos, el primer efecto será el de “desdoblar” las cúpulas de la Magistratura, de modo que, manteniéndose la presidencia de ambos Consejos en cabeza del Presidente de la República, el Primer Presidente del Tribunal de Casación será miembro nato del Consejo Superior juzgador y el Fiscal General del Consejo Superior de los fiscales.

En lo que respecta a los demás miembros, la propuesta de revisión mantiene la proporción entre “togatos” (dos tercios) y “laicos” (un tercio), pero modifica radicalmente las modalidades de selección de los dos nuevos Consejos. La reforma introduce el controvertidísimo sistema del sorteo tanto para los “laicos” como para los “togatos”, con una diferencia evidente, puesto que los “laicos” cuentan, en todo caso, con una fase intermedia, vinculada a la extracción dentro de una lista elaborada, mediante elección, por el Parlamento en sesión conjunta, dentro de los seis meses siguientes a su constitución, mientras que

¹¹ Véase el análisis comparado de Marco Bisogni, *Il referendum sulla riforma costituzionale della Magistratura*, disponible en el enlace <https://www.dirittogiustiziaecostituzione.it/wp-content/uploads/2026/03/Referendum-costituzionale-sulla-magistratura-.pdf>

los “togatos” quedan sujetos a un sorteo puro y simple. Ello significa que el sorteo de los “laicos” estará controlado por la mayoría parlamentaria que procederá a votar una lista de personas sorteables. Un grupo homogéneo y organizado (los “laicos”, sorteados de manera controlada por la mayoría parlamentaria) tendrá fácilmente la prevalencia sobre una tropa inconexa (los “togatos”, sorteados de manera pura) carente de una cohesión interna. Y entre los “laicos”, compactos y organizados, en uno y otro Consejo, se continuará eligiendo las figuras centrales de los dos Vicepresidentes.

En caso de aprobación del referéndum constitucional, los Consejos Superiores judicial y fiscal constituirían los primeros órganos de relevancia constitucional formados por sorteo y, por tanto, por el azar, con una evidente y concreta lesión del principio de representatividad¹².

Sortear significa cancelar la esencia misma del pluralismo cultural como perfil a valorizar dentro del asociacionismo, y ello conducirá al sacrificio de las más elementales reglas democráticas cuando se trata de colegios amplios y altamente cualificados como el de los magistrados, ya sean jueces o fiscales.

El sorteo no es adoptado por ningún sistema (serio) en el mundo. El autogobierno requiere algunos elementos mínimos: ante todo, la legitimación democrática interna, por la cual quien decide sobre la organización de la magistratura debe ser percibido como representativo del conjunto del cuerpo judicial; en segundo lugar, la responsabilidad frente a los electores. Un consejero sorteado no responde ante nadie.

Un sorteo puro elimina de antemano la posibilidad de confiar en sujetos competentes, técnicamente preparados, dotados de sensibilidad institucional y capaces de impulsar una orientación programática en interés del Consejo y de los magistrados representados.

Por primera vez en la historia de la República se tendrá un órgano que decide sobre la carrera de los magistrados compuesto por magistrados no elegidos por los magistrados y por miembros “laicos” seleccionados por mayorías parlamentarias. Se tendrá así: 1) “togatos” más débiles, sin legitimación electiva, menos autorizados y más expuestos a presiones externas; 2) “laicos” más fuertes, en la medida en que el filtro parlamentario incrementará el peso de la mayoría política; y 3) nombramientos para cargos de dirección (las jefaturas de las Fiscalías de la República) que serán adoptados por un Consejo Superior (el fiscal) con un centro de gravedad más político.

Los partidarios de la reforma sostienen que con el sorteo se erradicará finalmente el fenómeno de la degeneración de las “corrientes” dentro del Poder judicial (en italiano *correntismo*), verdadero “cáncer” de la política judicial.

Pero ¿qué son las “corrientes” de la Magistratura? Casi el 95% de los magistrados italianos está afiliado a la Asociación Nacional de Magistrados (ANM), que, lejos de constituir un cuerpo granítico y compacto, ha visto desarrollarse con el tiempo en su interior una serie de “corrientes”, esto es, orientaciones estructuradas dentro de la Asociación que responden

¹² Entre los más críticos respecto al sistema del sorteo se encuentra Luigi Ferrajoli, *Il vero scopo di questa riforma è assoggettare i magistrati al potere politico*, en <https://www.glistatigenerali.com/politica/referendum/ferrajoli-referendum-giustizia-magistratura/>

a visiones distintas acerca de la jurisdicción, pero que todas se reconocen en el mismo sujeto asociativo unitario¹³.

¿Pero realmente puede hablarse de un poder excesivo de las corrientes? Resulta verdaderamente curioso que una propuesta de reforma de este tipo provenga de exponentes políticos, y además con una justificación semejante (extirpar el “cáncer de las corrientes” de la Magistratura); que exponentes de partido, formados y promovidos por las “corrientes” internas de los propios partidos, pretendan de los nuevos Consejos Superiores de la Magistratura la “virginidad” frente al pluralismo resulta realmente singular: se quieren magistrados como una casta sacerdotal neutra, carente de opiniones y de referencias y, por tanto, dócil a la voluntad gubernamental. En realidad, impedir las corrientes significa impedir el derecho a la representación, derecho constitucional inalienable.

El sistema del sorteo solo pretende sustituir a las “corrientes” de la Magistratura por las “corrientes” de los partidos (de la mayoría).

Este es el eje sobre el cual se articula la demolición de la separación de poderes: ¡un solo poder debe prevalecer, el poder del Gobierno!

Este es el aspecto decididamente *trumpiano* de la reforma.

6. LA JUSTICIA DISCIPLINARIA

En el sistema vigente – el estructurado en torno a los “cuatro clavos” del Consejo Superior de la Magistratura tal como fue concebido por los Constituyentes (ingresos, traslados, progresiones de carrera y justicia disciplinaria) – la justicia disciplinaria respecto de los magistrados está confiada a una Sección del Consejo Superior de la Magistratura (compuesta por 4 Consejeros “togatos” y 2 “laicos”), y las correspondientes resoluciones son recurribles ante las Secciones Unidas Civiles del Tribunal de Casación.

La modificación constitucional de las competencias de los nuevos Consejos tiene su núcleo neurálgico en el hecho de que estos ya no ejercerán la justicia disciplinaria, que es lo que verdaderamente define el autogobierno de la Magistratura. El “nuevo” artículo 105 de la Constitución establece la institución de un nuevo órgano, la Alta Corte disciplinaria, llamada a ejercer en vía exclusiva esta delicadísima prerrogativa respecto de todos los magistrados.

También a este respecto debe señalarse que la atribución de la función disciplinaria a un órgano *ad hoc* representa un *unicum* en el panorama europeo, no existiendo ningún órgano asimilable a la Alta Corte. Añádase que la nueva Alta Corte, que sería competente para toda la jurisdicción disciplinaria (conociendo, por tanto, de las infracciones disciplinarias tanto de la magistratura juzgadora como de la fiscalía), se compondrá de 15 miembros: 6 “laicos” (3 designados por el Presidente de la República entre profesores universitarios de materias jurídicas o abogados con al menos 20 años de ejercicio profesional y 3 sorteados

¹³ Véase el atento análisis que se hace del fenómeno, de sus aportaciones y de sus desviaciones Guido Melis, *Le correnti nella magistratura. Origini, ragioni ideali, degenerazioni*, en https://www.questiongiustizia.it/articolo/le-correnti-nella-magistratura-origini-ragioni-ideali-degenerazioni_10-01-2020.php

de una lista de sujetos con los mismos requisitos elaborada por el Parlamento en sesión conjunta) y 9 “togatos” (6 jueces y 3 fiscales extraídos por sorteo entre magistrados con al menos 20 años de funciones, que ejerzan o hayan ejercido sus funciones en el Tribunal de Casación). Se tendrá así una jurisdicción disciplinaria en que la presencia de la política es más fuerte y con un carácter altamente jerárquico (solo quienes forman o han formado parte del Tribunal Supremo pueden formar parte de los “togatos” sorteados).

Por último —detalle no menor— las sentencias disciplinarias de la Alta Corte solo son impugnables ante la propia Alta Corte. ¡El mismo juez en primera instancia y en apelación!

¿Dónde reside, entonces, la coherencia de una reforma que nace con la finalidad de mantener lo más separados posible a jueces y fiscales, pero que luego los reunifica bajo la Alta Corte, la cual juzgará las infracciones disciplinarias tanto de unos como de otros?

A los nuevos Consejos permanecen asignadas las decisiones relativas a los ingresos, los traslados, las evaluaciones de profesionalidad y la atribución de funciones.

Si estas modificaciones no desplazan en gran medida el perímetro de las atribuciones del actual Consejo Superior de la Magistratura, aun cuando las distribuyen entre el Consejo de los jueces y el de los fiscales, la verdadera novedad consiste en haber sustraído al Consejo Superior la función disciplinaria, que posee carácter jurisdiccional. Añádase que la reforma incide también en el artículo 87 de la Constitución, donde se enumeran las atribuciones del Presidente de la República, quien, pasando de ser actualmente Presidente del Consejo Superior de la Magistratura —órgano de autogobierno en sentido propio y pleno, en cuanto titular también de la competencia disciplinaria—, pasará a presidir dos nuevos Consejos Superiores que ya no serán órganos de autogobierno (porque privados de aquello que más “define” tal concepto, precisamente la competencia disciplinaria), sino simples órganos de administración de las magistraturas (separadas). Ello para subrayar que la reforma también reduce las atribuciones del jefe del Estado.

La intervención gubernamental que incide sobre el Consejo encuentra su *ratio* en la presunta voluntad de superar la percepción de una jurisdicción excesivamente doméstica y benevolente respecto de los magistrados, todo ello fundado en una sustancial y profunda desconfianza en el ejercicio de la competencia disciplinaria por parte del Consejo.

¿Pero puede realmente considerarse la actuación de la Sección Disciplinaria del Consejo Superior de la Magistratura como el reflejo de una jurisdicción doméstica y proteccionista?

A partir del examen de los datos¹⁴, cabe advertir lo siguiente: desde enero de 2023 hasta octubre de 2025 (en 3 años de actividad de la actual conformación del Consejo Superior) la Sección Disciplinaria ha dictado nada menos que 194 sentencias; de ellas, 121 han sido condenatorias, en cuanto han comportado el reconocimiento de la responsabilidad del magistrado, mientras que las absoluciones por exclusión del cargo han sido solamente 50. Nada menos que 25 sentencias han aplicado las sanciones más graves: 8 han dispuesto la remoción del orden judicial y 17 la pérdida de antigüedad. En 23 casos la sentencia pronunciada ha sido de no lugar a continuar, debido a que el magistrado sometido a procedimiento disciplinario presentó su dimisión.

¹⁴ Los datos se pueden consultar en el documento <https://www.questionegiustizia.it/data/doc/4400/analisi-statistica-2-2.pdf>

En menos de 10 casos las sentencias absolutorias, actualmente susceptibles de recurso ante el Tribunal de Casación, han sido impugnadas por el Ministro de Justicia, quien, en su condición de uno de los dos titulares de la acción disciplinaria (siendo el otro el Fiscal General del Tribunal de Casación), habría podido ejercer su potestad de manera más amplia en caso de disenso.

Por consiguiente, los datos estadísticos desmienten las acusaciones de laxitud y de corporativismo dirigidas al Consejo Superior de la Magistratura.

Privar al Consejo de una función tan delicada suena, una vez más, como un intento ni siquiera demasiado encubierto de sancionar a la Magistratura en general y al Consejo en particular, considerándolos incapaces de ejercer esta competencia garantizando la debida autonomía, independencia e imparcialidad.

Terminado de escribir el 24 de febrero de 2025

EPÍLOGO

Los días 22 y 23 de marzo se celebró el referéndum constitucional, en el que ganó el «No» con el 53,7 % de los votos, unos 15 millones de votos, mientras que el «Sí» obtuvo poco más del 46 %, lo que equivale a unos 13,2 millones de votos.

La victoria del «No» rechazó, por lo tanto, la reforma de la Magistratura impulsada por el Gobierno de Giorgia Meloni que, al modificar siete artículos de la Constitución, habría querido separar las carreras de jueces y fiscales, pero también dividir el Consejo Superior de la Magistratura, elegir a sus miembros por sorteo y crear una Alta Corte disciplinaria. Nada de esto se llevará a cabo.

La votación del domingo y el lunes fue sorprendente y significativa, sobre todo por la participación, muy alta para un tema aparentemente bastante técnico y, sobre todo, más alta que en las elecciones más recientes. En toda Italia votó el 58,9 % de las personas con derecho a voto, un resultado final muy cercano al de las elecciones políticas de 2022, cuando votó el 63,9 %.

En concreto, las Regiones donde votó más gente fueron Emilia-Romaña (66,7 %), Toscana (66,2 %) y Umbría (65 %). Por el contrario, donde menos se votó fue en Sicilia (46,1 %), Calabria (48,4 %) y Campania (50,4 %). Entre las Provincias, la que registró mayor participación fue Bolonia (70,3 %), seguida de Florencia (70 %) y Siena (67,6 %), mientras que Bolzano fue la provincia con menor participación (38,9 %).

El «No» obtuvo la mayoría en 17 de las 20 Regiones. El «Sí» ganó en algunas Regiones del Norte (Lombardía, Véneto y Friuli-Venecia Julia), donde el centro-derecha suele tener más fuerza.

En general, se perfila una línea clara: la reforma encuentra consenso sobre todo en las Provincias del Norte (pero también en Lacio), pero pierde sistemáticamente en los grandes centros urbanos, donde el «No» es más claro y a menudo decisivo para definir el resultado político del referéndum.

Sin duda, se puede concluir que este intento de modificar la Constitución republicana antifascista de 1948 en un sentido punitivo hacia el Poder judicial y subversivo respecto a los principios constitucionales, gracias a la votación del 22 y 23 de marzo, queda relegado a la lista de los peligros evitados.



Más allá del territorio: el desafío tecnopolítico a la soberanía del Estado constitucional^{1 2}

GUSTAVO FERREIRA SANTOS

Profesor de la Universidad Católica de Pernambuco

ALINE ANDRADE

*Doctoranda en Derecho en la Universidad Católica de Pernambuco
y en la Università di Pisa*

ESTEFFFANY NEVES

Licenciada por la Universidad Católica de Pernambuco

1. INTRODUCCIÓN

En 2021, un proyecto de cable submarino destinado a conectar pequeños Estados del Pacífico, como los Estados Federados de Micronesia, Nauru y Kiribati, avanzaba con la participación de una empresa china que había presentado una propuesta técnicamente viable y financieramente competitiva. El proceso se interrumpió tras la intervención del Gobierno de los Estados Unidos, que alegó posibles riesgos de seguridad asociados al funcionamiento de la infraestructura por parte de ese proveedor. A raíz de ello, el proyecto se abandonó en su configuración original y posteriormente se retomó con el apoyo y la coordinación de socios alineados con los Estados Unidos (Bashfield & Strating, 2026).

El episodio muestra que decisiones aparentemente técnicas sobre infraestructuras digitales están condicionadas por disputas geopolíticas y generan dependencias estructurales. La sustitución de un proveedor por otro no supone, en casos como este, el fortalecimiento de la soberanía digital de esos países. Por el contrario, solo se ha producido un cambio en el origen de los riesgos, sin alterar la dependencia estructural que caracteriza su inserción en el mundo.

Este no es un problema exclusivo de los microestados, como el del ejemplo citado, sino también de países de tamaño mediano y grande, en diferentes niveles, que se muestran vulnerables frente a los intereses de las grandes potencias tecnológicas. No es casual que la

¹ Los autores utilizaron herramientas de inteligencia artificial (DeepL y sistemas de IA generativa) como apoyo para la traducción, revisión lingüística, organización de referencias y adecuación del texto a los límites editoriales. El contenido final es de exclusiva responsabilidad de los autores.

² Texto producido en el contexto del Proyecto de Investigación 310826/2021-7, PQ, CNPq, "Parámetros constitucionales para la regulación de la inteligencia artificial".

experiencia regulatoria más relevante provenga de la Unión Europea, una fuerte comunidad de países aunque haya generado tensiones con empresas y gobiernos de EE. UU.

Los conflictos no surgen únicamente en el ámbito de las infraestructuras. Estados Unidos y China son conscientes de la importancia estratégica de la tecnología, y la disputa económica entre ambos se perfila como una pugna por el liderazgo en este campo. Otros Estados dependen, en distintos grados, de la tecnología extranjera, y se ven envueltos en una disputa en la que su poder de decisión es bastante limitado.

En este trabajo, de carácter exploratorio, destacamos la soberanía digital como una cuestión urgente, que debe ser objeto de atención por parte de los investigadores del ámbito del Derecho Constitucional. En cierta medida, es la propia razón de ser del Estado constitucional lo que está en juego, cuando su capacidad para crear normas y aplicarlas se ve amenazada por poderes privados desproporcionados, aliados a gobiernos de potencias militares.

Desde el punto de vista metodológico, el artículo adopta un enfoque teórico-conceptual y analítico-comparativo. Parte de la reconstrucción del concepto de soberanía en la tradición constitucional para examinar su proyección en el entorno digital. A continuación, analiza la experiencia reguladora de la Unión Europea como un caso de estudio paradigmático de la soberanía reguladora. A partir de ahí, aborda las tensiones relacionadas con la capacidad del Estado para imponer normas en entornos digitales transnacionales, utilizando como ejemplos las difíciles relaciones entre las grandes plataformas digitales y Brasil y la Unión Europea. La selección de los casos tiene en cuenta su relevancia para demostrar diferentes formas de ejercicio y cuestionamientos de la soberanía digital.

El trabajo se organiza en cuatro partes: concepto de soberanía, definición de soberanía digital, análisis del modelo europeo y estudio de tensiones contemporáneas.

2. LA SOBERANÍA COMO CONCEPTO CENTRAL DEL «PROYECTO POLÍTICO DE LA MODERNIDAD»

La soberanía ocupa un lugar central en la formación del Estado moderno europeo, pero no ha permanecido estática desde Bodin, quien la concebía como poder absoluto y perpetuo (Piana, 2009, p. 50), ni se agota en el orden internacional de la Paz de Westfalia, donde se acordó que los conflictos entre naciones se resolverían «a través de conferencias multilaterales basadas en los nuevos principios de soberanía, igualdad y equilibrio entre las potencias» (Liarte Alcaine, 2010, p. 10). Con el tiempo, el concepto se ha reconstruido en diálogo con categorías como el poder constituyente y la democracia.

Estas categorías sitúan la titularidad de la soberanía en el pueblo, un sujeto colectivo capaz de decidir sobre los destinos del Estado y de la sociedad. En el poder constituyente la soberanía se manifiesta de forma originaria, autolimitándose a través de la constitución. El constitucionalismo sitúa a la Constitución en el centro de la vida política, confiriéndole la función de organizar el poder, limitar su actuación y garantizar los derechos fundamentales. La soberanía deja de concebirse como poder absoluto y asume la forma de una autoridad jurídicamente estructurada y condicionada por normas superiores, especialmente las de naturaleza constitucional (Ferrajoli, 2011, p. 7).

Esta transformación también se produjo en las relaciones entre países, que se fueron volviendo más complejas. Tras la Primera Guerra Mundial con la creación de la Sociedad de Naciones se impulsa la institucionalización del multilateralismo, que, tras la Segunda Guerra Mundial, con las Naciones Unidas, incorpora la protección de los derechos humanos más allá del plano nacional (Tenório, 2018).

El concepto de soberanía comprende una dimensión externa y una dimensión interna. En el plano externo, se refiere a la independencia del Estado frente a otros; en el interno, a la capacidad de establecer e imponer normas que regulan la vida social. Esta doble dimensión se refleja en el derecho constitucional brasileño, que la consagra como fundamento de la República y como principio del orden económico.

A pesar de su centralidad, la soberanía nunca se ha ejercido en condiciones de plena igualdad entre Estados. Relaciones asimétricas, uso arbitrario de la fuerza, procesos coloniales y diversas formas de dependencia han condicionado su alcance. Más recientemente, la globalización y la intensificación de las interdependencias normativas han tensionado el modelo clásico, relativizando la idea de un poder estatal plenamente autónomo. La formación de espacios jurídicos supranacionales, como la Unión Europea, refuerza esta tendencia al mostrar que la producción normativa puede superar los límites del Estado e incidir directamente sobre individuos e instituciones.

En este contexto, Ferrajoli señala el surgimiento de una auténtica «jungla de poderes transnacionales», tanto públicos como, sobre todo, privados, que «desempeñan realmente un papel de gobierno sin estar sometidos a normas jurídicas, ni estatales ni internacionales» (Ferrajoli, 2011, p. 421). Así, la crisis contemporánea de la soberanía no se deriva únicamente de la limitación voluntaria de los Estados, sino también de la emergencia de centros de poder que escapan a las formas tradicionales de control jurídico. Se trata de un fenómeno que debilita la capacidad reguladora del Estado y compromete la eficacia de los propios límites constitucionales al ejercicio del poder.

El entorno digital intensifica esta transformación. Las grandes empresas tecnológicas concentran capacidades sin precedentes de organización social, control de la información y mediación del espacio público, incidiendo en la circulación de ideas, la formación de la opinión pública y los procesos democráticos. A diferencia de etapas anteriores, no se trata solo de presión externa sobre el Estado, sino de estructuras privadas que operan dentro de los sistemas sociales y jurídicos, condicionando el ejercicio del poder normativo.

El impacto afecta tanto a la dimensión externa como a la interna de la soberanía. En el plano externo, el debilitamiento del multilateralismo y la reconfiguración del poder internacional reducen la capacidad de los Estados, especialmente los menos influyentes, para protegerse mediante acuerdos estables. En el plano interno, el ejercicio de la competencia normativa enfrenta límites no solo jurídicos, sino también estructurales, derivados de la dependencia tecnológica, la asimetría económica y la reacción de actores privados globales.

3. SOBERANÍA DIGITAL: DEFINICIÓN OPERATIVA DEL CONCEPTO Y DELIMITACIONES

La soberanía no se presenta como aislamiento o autosuficiencia tecnológica, ni puede entenderse como una simple proyección del control territorial sobre el entorno digital. Por el

contrario, se relaciona con la capacidad de estructurar normas, imponer deberes y limitar poderes en un entorno marcado por flujos transnacionales de datos, por la actuación de plataformas globales y por la centralidad de las infraestructuras digitales en la organización de la vida social.

La soberanía depende, en gran medida, de la capacidad de influir y ordenar procesos económicos, informativos y tecnológicos que no se restringen al espacio nacional. No se agota en la definición de fronteras ni en la afirmación de una independencia formal. Implica, más bien, la posibilidad de intervenir jurídicamente en dinámicas que operan a escala global. Esto es especialmente visible en ámbitos como la circulación de información, el funcionamiento de los servicios digitales y la actuación de agentes privados con una capacidad de organización social.

La soberanía digital no puede entenderse como autarquía tecnológica ni como cierre territorial del Estado. En un entorno digital transnacional, caracterizado por plataformas globales, infraestructuras distribuidas, flujos de datos y sistemas algorítmicos (Lemos et al., 2024), ya no se ejerce mediante el control físico del territorio, sino a través de la capacidad jurídico-política de establecer normas, imponer obligaciones, limitar el poder privado y proteger derechos. En este sentido, puede definirse como la capacidad de regular infraestructuras, datos y sistemas algorítmicos de forma compatible con los derechos fundamentales y las condiciones democráticas (Silveira & Xiong, 2025).

Esta definición operativa exige descartar dos reducciones frecuentes. La primera es la reducción tecnocrática, que identifica la soberanía digital únicamente con la capacidad nacional de producir hardware, software o infraestructura tecnológica. La segunda es la reducción estatista-territorial, que la relega exclusivamente a la jurisdicción sobre datos o redes ubicadas en el espacio nacional. Aunque ambas dimensiones son relevantes, no agotan el concepto.

Silveira y Xiong (2025, p. 2) conceptualizan la soberanía digital como la aptitud político-institucional de una sociedad y de un Estado para ejercer control y capacidad de gobierno sobre tecnologías estratégicas, en la medida en que dichas tecnologías condicionan la autodeterminación colectiva, la protección de derechos, la creatividad social y las posibilidades de desarrollo. Lemos, Espíndola y Tosatti (2024) muestran que el concepto abarca fenómenos como la vigilancia algorítmica, las plataformas digitales y la inteligencia artificial y tiene, por tanto, un carácter multidimensional. En términos similares, Guerra González et al. (2022, p. 229, citado en Lemos et al., 2024, p. 7) la entienden como formas de control y autonomía sobre infraestructuras, tecnologías y datos. Así, la noción adoptada es más amplia: incluye la capacidad de regular jurídicamente la estructura sociotécnica que condiciona la vida pública y el ejercicio de derechos.

Desde esta perspectiva, el concepto puede descomponerse en cuatro capas. La primera corresponde a la soberanía sobre infraestructuras críticas y datos, es decir, a la capacidad de regular redes, centros de datos y flujos de información estratégicos. La segunda se refiere a la autonomía estratégica y la capacidad de producir y hacer cumplir normas frente a actores privados dominantes. La tercera alude a la soberanía democrática sobre la formación de la voluntad política en un espacio público mediado por sistemas digitales. La cuarta se vincula a la soberanía popular en entornos sociotécnicos, lo que exige transparencia, contestabilidad y control democrático. Esta descomposición es coherente con

la propuesta de Silveira y Xiong (2025), aunque la amplía al incorporar explícitamente la dimensión democrático-constitucional.

Por lo tanto, una definición operativa adecuada de soberanía digital debe rechazar tanto la imagen de un Estado tecnológicamente autosuficiente como la idea de un poder territorial incapaz de abarcar arquitecturas digitales transnacionales. El concepto designa, más bien, la capacidad de configuración jurídico-política del ecosistema digital a la luz de los derechos fundamentales, de las exigencias democráticas y de las estrategias institucionales de contención del poder infraestructural privado.

4. SOBERANÍA DIGITAL Y REGULACIÓN: LA CONTRIBUCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

Desde esta perspectiva, el modelo europeo de regulación adquiere importancia, ya que parte de la premisa de que, en una Internet transnacional, la soberanía no se ejerce únicamente «mandando dentro de las fronteras», sino mediante la creación de marcos normativos capaces de imponer obligaciones públicas a los actores privados globales. La experiencia de la Unión Europea es paradigmática al concebir la soberanía no como aislamiento, sino como capacidad normativa orientada a valores públicos.

Carrillo (2023, p. 33, como se citó en Lemos et al., 2024, p. 9) destaca que la soberanía digital europea “no se concibe como la versión en línea del principio tradicional de soberanía”, sino como un objetivo normativo vinculado a la autonomía estratégica de la Unión y a la defensa de un modelo digital basado en sus valores y principios. Lemos, Espíndola y Tosatti (2024, p. 17) sostienen que, en el contexto europeo, la soberanía digital puede ser comprendida como la capacidad de la Unión Europea para ejercer control y adoptar decisiones autónomas sobre tecnologías e infraestructuras digitales estratégicas, de modo que se reduzcan las dependencias frente a corporaciones extranjeras y a otros Estados, preservando así su autonomía regulatoria, económica y geopolítica.

La relevancia de este modelo reside en demostrar que la soberanía, en el entorno digital, puede reconstruirse como un poder regulador orientado a la tutela de los derechos fundamentales, a la reducción de las asimetrías privadas de poder y a la protección de las condiciones estructurales de la democracia.

En este contexto, la Ley de Servicios Digitales (DSA) expresa una soberanía regulatoria europea. Establece obligaciones para plataformas y servicios digitales centradas en la transparencia, la rendición de cuentas y la mitigación de riesgos sistémicos. Según la Comisión Europea, refuerza los derechos fundamentales y exige a las plataformas, especialmente las mayores, reducir riesgos para los ciudadanos.

La importancia de la DSA radica en desplazar la soberanía territorial hacia una soberanía regulatoria sobre la mediación privada de la vida pública. No se limita a contenidos ilícitos, sino que busca reconstruir la autoridad pública sobre infraestructuras que organizan la visibilidad, el acceso a la información y la circulación discursiva. Así, permite entender la soberanía digital como la capacidad de imponer obligaciones a plataformas en un entorno transnacional, incluso cuando operan más allá de un Estado pero afectan derechos fundamentales y el proceso democrático (Unión Europea, 2022).

La Ley de IA, por su parte, profundiza en esa misma lógica al trasladar la soberanía regulatoria al ámbito de los sistemas de inteligencia artificial. Su eje estructurante es un enfoque basado en niveles de riesgo, en el que determinadas prácticas están prohibidas, otras están sujetas a requisitos más rigurosos y algunas exigen obligaciones específicas de transparencia y supervisión.

Desde el punto de vista conceptual, la Ley de IA muestra que la soberanía digital no se limita al control de la infraestructura o de los datos, sino que implica establecer parámetros jurídicos para sistemas algorítmicos que pueden afectar derechos. Al exigir transparencia, supervisión humana y evaluación de impacto, traduce la soberanía en la capacidad de someter la innovación tecnológica a límites compatibles con los derechos fundamentales.

La Declaración Europea sobre Derechos y Principios Digitales (2022) refuerza esta interpretación al afirmar que la transformación digital debe situar a las personas en el centro, de conformidad con los valores de la Unión y con los derechos fundamentales. La Declaración establece un marco de referencia orientado hacia una transformación digital segura y centrada en los derechos, alejando la idea de soberanía como cierre territorial y acercándola a un modelo normativo orientado por valores democráticos.

En conjunto, estos instrumentos demuestran que la soberanía digital puede entenderse como la capacidad de configuración jurídico-política del ecosistema digital, mediante la imposición de límites y obligaciones a los actores privados que desempeñan un papel central en la organización de la vida social contemporánea. Más que controlar territorios, se trata de estructurar jurídicamente las condiciones en las que operan las tecnologías, los mercados y las plataformas, con el fin de garantizar la protección de los derechos fundamentales y la integridad del proceso democrático.

5. INFRAESTRUCTURA CRÍTICA Y DEPENDENCIA ESTRUCTURAL

La soberanía digital, más allá de su dimensión normativa y regulatoria, se proyecta también sobre una base material constituida por infraestructuras tecnológicas esenciales para la conectividad. En este sentido, Silveira y Xiong (2025) afirman que la soberanía digital debe entenderse como la capacidad de las comunidades y los Estados para ejercer «control y gobernanza sobre sus infraestructuras digitales» (p. 3), y también destacan que la independencia de la infraestructura digital exige el dominio sobre «hardware básico (chips, servidores, etc.), software básico (...), infraestructuras de almacenamiento y procesamiento (servicios en la nube, centros de datos)» (p. 4). Así, para el ejercicio del poder y el control de los datos es necesario el dominio sobre una tecnología tangible, ya que, como demuestran los autores, «sin control sobre el hardware, el software y los sistemas de almacenamiento, un país queda vulnerable a las interrupciones externas y al espionaje» (Silveira y Xiong, 2025, p. 5).

Además, Couldry y Mejías (2019) observan que el control de estas infraestructuras ha sido ejercido por grandes corporaciones tecnológicas, asociadas sobre todo a países del Norte Global, como Estados Unidos, y, más recientemente, también a China. Este escenario revela una distribución asimétrica y concentradora del poder, que compromete la capacidad de los Estados para ejercer control y gobernanza sobre sus infraestructuras digitales.

La capacidad de reacción varía según la posición económica, tecnológica y geopolítica de cada Estado o bloque regional. Los países pequeños o económicamente dependientes

tienden a tener pocas alternativas concretas. El episodio narrado en la introducción de este artículo, que gira en torno a la disputa entre Estados Unidos y China sobre la instalación de cables submarinos en Asia, muestra que la soberanía no se ejerce únicamente por la capacidad formal de decidir sino que depende de la posición del Estado en redes de poder que involucran a actores privados globales y potencias tecnológicas (Bashfield & Strating, 2026)

Por su parte, actores con mayor capacidad económica e institucional, como la Unión Europea, combinan regulación, financiación y política industrial con inversión en infraestructuras propias. En una resolución de enero de 2026, el Parlamento Europeo reconoció una alta dependencia de terceros países en productos, servicios e infraestructura digital. El informe propone identificar estas dependencias a lo largo de la cadena digital y desarrollar una base europea que abarque conectividad, computación, sistemas espaciales, software, datos e inteligencia artificial. La estrategia articula regulación y políticas públicas para fortalecer capacidades internas, promover estándares abiertos e interoperabilidad y reducir vulnerabilidades sin romper la integración en la economía digital global.

La dependencia generada por este monopolio físico no es solo comercial, sino estructural y política, lo que Couldry y Mejías (2019) interpretan a la luz del concepto de «colonialismo de datos», definido como «un orden emergente para la apropiación y extracción de recursos sociales con fines lucrativos a través de los datos, practicado mediante relaciones de datos» (p. XIX). Así, esta subordinación se consolida en el Estado y en la sociedad.

El primero de estos motivos se pone de manifiesto en el condicionamiento de la vida social e institucional. En este ámbito, la dependencia se vuelve estructural, ya que el propio funcionamiento de los servicios críticos y la garantía de los derechos fundamentales pasan a depender de acuerdos corporativos privados, a menudo extranjeros. Según Polido (2024), estos acuerdos pueden someter los datos personales y sensibles de la población a un control externo, incluso para el entrenamiento de algoritmos de inteligencia artificial, lo que debilita las salvaguardias legales y los derechos fundamentales.

Esta dependencia se agrava a través de la asimetría de gobernanza, en la medida en que las directrices globales sobre el funcionamiento de las redes se definen con frecuencia fuera de los espacios de deliberación democrática de los países afectados.

Un tercer mecanismo se deriva de la limitación de la capacidad tecnológica estatal, que reduce la aptitud para mantener, auditar o migrar sistemas propios, intensificando la dependencia de infraestructuras extranjeras.

Además, la dependencia estructural se ve reforzada por el menoscabo de la auditabilidad, debido a la opacidad de los sistemas algorítmicos, lo que dificulta el control democrático y puede generar sesgos con repercusiones sobre los derechos.

Por último, la extraterritorialidad de los flujos de información contribuye a este escenario, en la medida en que los datos de los ciudadanos y las instituciones pasan a almacenarse bajo jurisdicciones externas, escapando al control estatal de origen.

Como consecuencia directa de esta dependencia estructural, se observa que el *centro* del poder migra de instituciones sometidas al control democrático a infraestructuras privadas transnacionales. Para las democracias constitucionales, este fenómeno plantea un problema constitucional relevante, relacionado con la definición de quién ejerce el poder

de decisión sobre la arquitectura de la red. Como señala Reidenberg (como se citó en Carvalho, 2018), estas decisiones se han concentrado históricamente en comunidades técnicas y corporativas, configurando un tipo de «elitismo político» marcado por la ausencia de control democrático.

Ante esto, cabe preguntarse qué límites deben regir estas decisiones técnicas que producen efectos normativos en la sociedad. La respuesta reside en el reconocimiento de que la arquitectura de la red no es neutra; según Lessig (2006, citado en Carvalho, 2018), el «código codifica valores» y refleja elecciones políticas sobre el control y los espacios de libertad. Por lo tanto, las decisiones técnicas corporativas deben someterse a los límites de la soberanía estatal, la cual, a su vez, debe operar bajo criterios rígidos de legitimidad: la actuación en la red debe respetar razones jurídicas de fondo basadas en los derechos fundamentales, velar por el debido proceso amparado en las leyes locales e internacionales, y evitar la superposición de los valores de un único país sobre las culturas y legislaciones globales (Carvalho, 2018, p. 227).

Por último, el reto central reside en cómo recuperar la capacidad estatal de auditoría, fiscalización e imposición de obligaciones sin que ello suponga un retroceso hacia soluciones autoritarias. Según Carvalho (2018), debe abandonarse el argumento de que el Estado debe perseguir la utopía de una «eficacia perfecta y completa», ya que esta premisa inflexible desemboca a menudo en medidas desproporcionadas y autoritarias, como la censura previa, el control total de las conductas o el bloqueo indiscriminado de tecnologías de privacidad (p. 228). Para recuperar su poder regulador de forma democrática, el Estado debe actuar de manera prudente, cautelosa y autorrestritiva, aplicando medidas proporcionadas que no exijan un cierre hermético de la red, pero que sean suficientes para elevar los costes de una actividad con el fin de limitar su ocurrencia a niveles aceptables, tal y como afirman Goldsmith y Wu (2006, como se citó en Carvalho, 2018). De este modo, la imposición de obligaciones a las infraestructuras transnacionales garantiza la eficacia de la legislación local, manteniéndose en consonancia con las garantías democráticas y la preservación de Internet como un espacio plural.

5. TENSIONES CONTEMPORÁNEAS EN LA PRÁCTICA DE LA SOBERANÍA DIGITAL

La observación de la actuación de Brasil y de la Unión Europea en algunos conflictos recientes en torno a la aplicación de sus normas a las empresas tecnológicas extranjeras nos ayuda a comprender la dimensión del problema que estamos viviendo. Ambos han experimentado, en los últimos años, conflictos con las grandes tecnológicas, principalmente estadounidenses.

A diferencia de Europa, Brasil no cuenta con una ley de mercados o servicios digitales, ni con una ley que trate de manera integral la inteligencia artificial. Existe una dificultad para que avancen en el Parlamento las propuestas en estos ámbitos. Los mayores conflictos con las grandes empresas tecnológicas extranjeras son asumidos por el Poder Judicial.

En 2024 se produjo un enfrentamiento entre el Tribunal Supremo Federal (STF) y el empresario Elon Musk, quien actuó de forma políticamente explícita, incumpliendo órdenes judiciales de bloqueo de perfiles. Aprovechando el alcance de su propia red, Musk atacó a autoridades locales, como el ministro del STF Alexandre de Moraes, y animó a los ciuda-

danos a burlar la justicia. Este hecho dio lugar a la suspensión de la plataforma X en Brasil entre el 30 de agosto y el 8 de octubre de 2024, cuando la empresa finalmente cedió a la jurisdicción nacional y pagó 28,6 millones de reales en multas (De Souza, 2026).

Como señalan Francisco Brito Cruz y Danyelle Reis Carvalho (2025), la resistencia de las plataformas no se da solo por vías formales, sino también a través de estrategias que explotan la fragmentación institucional y las limitaciones operativas de la jurisdicción, reforzando la asimetría entre el poder público y las empresas tecnológicas en la gobernanza digital. Además, la postura de las Big Tech y de los agentes del Gobierno estadounidense se basa en un «primero- o enmendista radical», es decir, el intento de imponer el modelo nacional estadounidense de libertad de expresión (Brito Cruz y Reis Carvalho, 2025).

En junio de 2025, el Tribunal Supremo Federal modificó la interpretación del artículo 19 del Marco Civil de Internet, una ley general sobre Internet de 2014. En la nueva interpretación, eliminó el requisito absoluto de una orden judicial previa para exigir la responsabilidad de las plataformas por contenidos ilícitos de terceros e instituyó un modelo diferenciado de responsabilidad, estructurado en múltiples regímenes según la naturaleza del contenido. Pasó a admitir la responsabilidad de las plataformas por contenidos de terceros a partir de notificaciones extrajudiciales cuando se trata de contenidos manifiestamente ilícitos. Estableció obligaciones de actuación proactiva en casos de alta gravedad. Previo la presunción de responsabilidad para contenidos con promoción pagada y mantuvo el requisito de orden judicial únicamente para delitos contra el honor.

Empresas como Meta y Google comenzaron a cuestionar públicamente la decisión (Info-Money, 2025), señalando riesgos de inseguridad jurídica y de ampliación de la denominada «censura privada», acusando a la nueva interpretación de incentivar la eliminación preventiva de contenidos para evitar la responsabilidad. Además de la crítica pública, se adoptaron estrategias institucionales, como la interposición de un recurso en el proceso, para aclarar los criterios de aplicación y solicitar la modulación de los efectos de la decisión, incluyendo la petición de un plazo para adaptarse a los nuevos requisitos.

La contestación de las empresas combina argumentos jurídicos, presión institucional y la construcción de narrativas sobre la libertad de expresión y la viabilidad económica, revelando la capacidad de las plataformas para influir en los términos concretos de aplicación del derecho en el entorno digital.

De hecho, la actuación de las empresas impide el avance de las propuestas legislativas. Una investigación de Agência Pública (2025) identificó una red de presión formada por al menos 75 profesionales vinculados a 15 empresas tecnológicas, que actuaban ante el Ejecutivo y el Congreso Nacional. Aproximadamente dos tercios de estos profesionales habían ocupado cargos públicos, transitando así entre el Estado y el sector privado.

El aparato se movilizó durante la tramitación del proyecto de ley 2630/2020, cuyo objetivo era establecer normas para el funcionamiento de las plataformas digitales en Brasil. Empresas como Google y Meta actuaron para bloquear la propuesta, contratando a interlocutores políticos, lanzando campañas publicitarias y coordinándose con parlamentarios y sectores económicos. También hubo manifestaciones públicas coordinadas en momentos decisivos de la tramitación, con la movilización de sectores ajenos a la tecnología y negociaciones indirectas que involucraban intereses económicos. El conjunto de estas acciones contribuyó

al vaciamiento del proyecto, posteriormente considerado inviable por la presidencia de la Cámara de Diputados.

En una realidad diferente, como ya hemos visto, la Unión Europea ha construido un aparato normativo más denso. La capacidad de la Unión Europea para legislar y aplicar leyes en el entorno digital puede explicarse, en gran parte, por el peso de su mercado interior. Como sostiene Chad Damro (2015), la Unión Europea ejerce poder internacional a través de la proyección regulatoria de sus estándares, condicionando el acceso de empresas y países a su espacio económico al cumplimiento de sus normas. Esta actuación regulatoria europea sobre los mercados digitales afecta a diferentes dimensiones del poder de las Big Tech. Pero esto ha ocurrido con mucha resistencia por parte de las empresas y presión de EE. UU.

Un artículo del portal Euronews presenta un panorama de las principales medidas adoptadas por la Unión Europea en 2025 para hacer frente al poder de las grandes empresas tecnológicas. El año pasado se pasó de la fase de elaboración normativa a una fase de aplicación efectiva de las normas, mediante el uso de instrumentos legales. Se iniciaron procedimientos de investigación basados en la Ley de Mercados Digitales contra grandes plataformas clasificadas como «*gatekeepers*», como Google, Apple y Meta, debido a posibles prácticas de autopreferencia, restricciones a los competidores y limitaciones a la interoperabilidad en sus ecosistemas digitales. También se han iniciado investigaciones relacionadas con el uso de datos y contenidos en el contexto del desarrollo de sistemas de inteligencia artificial, especialmente en lo que respecta a la utilización de material de terceros por parte de las grandes plataformas sin mecanismos claros de consentimiento o compensación. Asimismo, se han iniciado procedimientos en defensa de la competencia, orientados a verificar el abuso de posición dominante en mercados digitales estratégicos, como la publicidad en línea y la distribución de aplicaciones.

En Estados Unidos, la percepción que tienen el Gobierno y el Parlamento es que la aplicación por parte de la Unión Europea de la *Ley de Mercados Digitales* (DMA) contra las grandes plataformas afecta de manera desproporcionada a empresas estadounidenses como Google, Apple, Amazon y Meta. No consideran la actuación reguladora europea como una cuestión comercial que deben abordar sus empresas, en su adaptación a un mercado extranjero, sino que ven un conflicto que afecta directamente al Estado.

Tanto en Brasil como en la Unión Europea, la presión externa, especialmente la de EE. UU., cuenta con socios nacionales. No todo el espectro político considera la soberanía digital como un tema prioritario. Muchos adoptan el discurso que promueven los EE. UU. de que las normas van en contra de la competencia e, incluso, de la libertad de expresión. Esta resistencia interna puede debilitar la capacidad del Estado para establecer e imponer sus normas.

Pero la Unión Europea también cuenta con agentes internos que trabajan en favor de los intereses de las empresas extranjeras. Un informe del Corporate Europe Observatory (2026) demuestra la actuación de una red transnacional dedicada a cuestionar y debilitar la regulación digital de la Unión Europea, articulando a actores políticos vinculados a la extrema derecha, think tanks y grandes plataformas tecnológicas. Destaca que esta articulación difunde narrativas según las cuales normas como la Ley de Servicios Digitales (Digital Services Act) constituirían formas de censura. El informe identifica la producción coordinada de contenidos contra la regulación y destaca la presión política, especialmente de Estados Unidos, con el apoyo de algunos agentes europeos, en defensa de las

empresas tecnológicas. Este acercamiento entre estos actores y los partidos europeos tiene como objetivo internalizar la agenda antirregulatoria en el propio proceso de toma de decisiones de la Unión. Queda claro que la oposición a las normas digitales europeas no se limita a divergencias técnicas, sino que forma parte de una estrategia más amplia, que combina presión económica, movilización política y disputa discursiva para limitar la capacidad regulatoria de la Unión Europea en el ámbito digital.

CONSIDERACIONES FINALES

La idea de soberanía digital va más allá de la cuestión del dominio sobre el territorio; se proyecta sobre la capacidad de regular las tecnologías, protegiendo los derechos fundamentales y los intereses públicos. No se trata de aislar al país con la justificación de mantener su soberanía. La soberanía regulatoria no sustituye a la autonomía tecnológica ni elimina las asimetrías estructurales del sistema internacional. Las nuevas tecnologías son necesarias para un mejor funcionamiento del Estado y de la economía.

Sin embargo, es necesario que los Estados conserven su capacidad de decisión sobre las infraestructuras, los flujos de información y los sistemas algorítmicos. La soberanía digital no debe entenderse como un estado de independencia absoluta, sino como la capacidad de limitar los poderes privados y externos, reducir las vulnerabilidades estratégicas y preservar unas condiciones mínimas de autodeterminación democrática en un entorno estructuralmente interdependiente.

Pocos países pueden alcanzar un grado razonable de autosuficiencia tecnológica. La mayoría está lejos de ese objetivo. Las posibilidades concretas de actuación varían en función de la posición económica, tecnológica y geopolítica de cada Estado. La Unión Europea es un ejemplo de actor sólido que está reconociendo las dependencias críticas en materia de infraestructura digital y planea hacerles frente mediante la regulación, la política industrial, la inversión pública, los estándares abiertos, la interoperabilidad y la construcción de infraestructura digital pública. Para los Estados más pequeños o periféricos, es necesario buscar estrategias internacionales cooperativas y regionales, ya que el simple cambio de proveedores o de potencia de referencia no supera la dependencia estructural.

Para los países del Sur Global, la soberanía digital difícilmente podrá alcanzarse mediante la autosuficiencia tecnológica. Las asimetrías económicas, tecnológicas y geopolíticas limitan la posibilidad de replicar las estrategias adoptadas por las grandes potencias o por bloques económicos como la Unión Europea.

En este contexto, el desarrollo de capacidades reguladoras propias, la cooperación regional, la inversión en infraestructuras públicas digitales, la adopción de estándares abiertos y la diversificación de proveedores constituyen vías realistas para ampliar los márgenes de autonomía.

La soberanía digital de estos Estados no debe medirse por la eliminación completa de las dependencias externas, sino por la capacidad de gestionar, limitar y distribuir dichas dependencias de forma compatible con sus objetivos constitucionales. El reto no consiste en sustituir una dependencia por otra, sino en evitar que las decisiones esenciales sobre derechos fundamentales, flujos de información e infraestructuras estratégicas se transfieran íntegramente a intereses privados o extranjeros.

En este momento, a los países menos poderosos les beneficiaría volver a la senda del Derecho Internacional, apostando por el multilateralismo. Dadas las características de Internet, es necesario que, en cierta medida, su regulación sea multilateral, fijando normas comunes, permitiendo la cooperación judicial y estableciendo mecanismos capaces de regular las plataformas, los flujos de datos y las infraestructuras críticas. Lamentablemente, vivimos un contexto adverso, con la fragmentación del multilateralismo, que ha debilitado a las instituciones internacionales, las cuales son incapaces de responder de manera eficaz a las crisis globales y de exigir responsabilidades a los actores más poderosos (International Crisis Group, 2024; CIVICUS, 2026).

Cuando pensamos en la afirmación de la soberanía digital, pensamos en el poder, propio de un Estado, de crear normas, imponiendo obligaciones a los diversos agentes, especialmente con el fin de limitar los poderes privados o extranjeros en este mundo digital, para proteger los derechos fundamentales. Destacamos que es necesario, además, una profundización teórica del concepto, vinculada a las preocupaciones por una recuperación del Estado como entidad capaz de poner freno a esos intereses privados y externos que amenazan los derechos y los procesos democráticos, lo que requiere investigaciones que apunten a nuevas formas de gobernanza digital.

REFERENCIAS

- Agência Pública. (noviembre de 2025). *The block party: How Big Tech's lobby avoided regulation in Brazil*. <https://apublica.org/2025/11/the-block-party-how-big-techs-lobby-avoided-regulation-in-brazil/>
- Bashfield, S., & Strating, R. (2026). «Friendshoring» the seabed: Securing submarine cables through network centrality. *European Journal of International Security*, 1–22. <https://doi.org/10.1017/eis.2026.10042>
- Cruz, F. B., & Carvalho, D. R. (2025). Uma nova ordem global nas políticas digitais? *Journal of Democracy em Português*, 14(1), 114–145. <https://fundacaofhc.org.br/wp-content/uploads/2025/04/jod-abr-2025-uma-nova-ordem-global-nas-politicas-digitais-1.pdf>
- Carvalho, L. B. (2018). Soberania digital: legitimidade e eficácia da aplicação da lei na internet. *Revista Brasileira de Direito*, 14(2), 213–235. <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2018.v14i2.2183>
- CIVICUS (2026). 2026 State of Civil Society Report. <https://publications.civicus.org/publications/2026-state-of-civil-society-report/global-governance-power-politics-tests-global-rules/>
- Corporate Europe Observatory. (marzo de 2026). *Inside the far-right network targeting Europe's digital rules*. <https://corporateeurope.org/en/2026/03/inside-far-right-network-targeting-europes-digital-rules>
- Couldry, N., & Mejias, U. A. (2019). *The costs of connection: How data is colonizing human life and appropriating it for capitalism*. Stanford University Press.
- Damro, C. (2015). Market power Europe: Exploring a dynamic conceptual framework. *Journal of European Public Policy*, 22(9), 1337–1354. <https://societyreport.org>.
- De Souza, R. A. (2026). Estados privados e soberania digital: a regulação de plataformas globais no Brasil e na América Latina. *Atlantic Dialogues on Technology and Regulation* 2025, 136.
- European Commission. (2022). *European Declaration on Digital Rights and Principles*. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/european-declaration-digital-rights-and-principles>

- 
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia* (Vol. 1: Teoría del derecho). Trotta.
 - InfoMoney. (2025). *Google e Meta dizem estar preocupadas com a liberdade de expressão após decisão do STF*. <https://www.infomoney.com.br/business/google-e-meta-dizem-estar-preocupadas-com-liberdade-de-expressao-apos-decisao-do-stf/>
 - International Crisis Group. (2024, September 10). Ten Challenges for the UN in 2024-2025. International Crisis Group. <https://www.crisisgroup.org/sbr/global/sb12-ten-challenges-un-2024-2025>
 - Lemos, G., Espíndola, M. B. de, & Tosatti, N. C. M. (2024). *Soberania digital: definições, desafios e implicações na era da dataficação*. LOGEION: Filosofía de la Información, 11 (ed. especial), 1–22.
 - Liarte Alcaine, M. R. (2010). Europa durante la Guerra de los Treinta Años y la paz y el espíritu de Westfalia. *Revista de Claseshistoria*, (3), 1–36.
 - Piana, R. S. (2009). Jean Bodin, retomando su pensamiento en torno a la crisis de la soberanía. *Revista de Derecho y Ciencias Penales Universidad San Sebastián*, 12, 45–57.
 - Polido, F. (2024). Estado, soberania digital e tecnologias emergentes: Interações entre o Direito Internacional, a cibersegurança e a inteligência artificial. *Revista de Ciências do Estado*, 9, 1–30. <https://doi.org/10.35699/2525-8036.2024.53066>
 - Silveira, S. A. da, & Xiong, J. (2025). *Índice de soberania digital: o caso do Brasil*. Liinc em Revista, 21(1), e7451.
 - Supremo Tribunal Federal. (2025, June 26). *STF define parâmetros para a responsabilização de plataformas por conteúdos de terceiros*. <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/stf-define-parametros-para-responsabilizacao-de-plataformas-por-conteudos-de-terceiros/>
 - Tenório, G. I. (2018). *O papel do multilateralismo e da ONU na construção do mundo pós-1945: as dificuldades de implementação*. [Tesis de máster, Universidade Estatal Paulista (UNESP)].



Cuando el territorio no está vacío: soberanía sobre recursos naturales, territorios indígenas y justificación constitucional reforzada del artículo 66

ILEANA ROJAS ROMERO

*Profesora en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos,
la Universidad Científica del Sur y la Universidad Antonio Ruiz de Montoya*

1. INTRODUCCIÓN

Una concesión minera puede parecer, desde el expediente administrativo, una decisión todavía distante del territorio. No remueve tierra, no instala maquinaria ni inicia por sí misma la explotación. Sin embargo, cuando recae sobre un territorio indígena, ya produce algo jurídicamente relevante: organiza una expectativa de aprovechamiento sobre un recurso, proyecta una relación estatal sobre un espacio concreto y desplaza hacia etapas posteriores la discusión sobre los efectos que esa decisión puede tener en la vida colectiva, el ambiente y la continuidad cultural de un pueblo.

Allí empieza el problema constitucional que este artículo busca enfrentar. La Constitución peruana afirma que los recursos naturales son patrimonio de la Nación y que el Estado es soberano en su aprovechamiento. Esa cláusula reconoce una competencia pública decisiva sobre bienes estratégicos, pero no resuelve por sí sola cómo debe ejercerse cuando la decisión estatal incide, o puede incidir directamente, en territorios indígenas, derechos colectivos y bienes ecológicos relevantes. El conflicto no está en la existencia de competencia estatal, sino en la forma de ejercerla y justificarla cuando el territorio afectado no es un espacio vacío, sino un ámbito de vida colectiva, identidad cultural, autonomía comunal, prácticas económicas propias, relaciones ecológicas y sistemas normativos.

Desde esa tensión, la pregunta central de este artículo es la siguiente: *¿qué carga de justificación constitucional debe asumir el Estado cuando ejerce su soberanía sobre recursos naturales ubicados en territorios indígenas o vinculados a ellos en contextos de crisis ecológica?*

La tesis que se defiende es que el artículo 66 debe interpretarse como una cláusula de competencia estatal limitada. Cuando el ejercicio de esa competencia afecta territorios indígenas, derechos colectivos, bienes ecológicos relevantes o condiciones de supervivencia cultural, el Estado debe ofrecer una justificación constitucional reforzada, intercultural y ecológicamente informada. Esa justificación tampoco puede asumir que los pueblos indígenas son sujetos internamente homogéneos. Las decisiones sobre recursos naturales no afectan del mismo modo a todos los pueblos indígenas ni a todas las personas dentro de

un mismo pueblo; por ello, el análisis de la afectación territorial, cultural y ecológica debe incorporar una perspectiva de género e interseccional.

Buena parte de la discusión constitucional peruana sobre recursos naturales y pueblos indígenas se ha concentrado en la consulta previa. Esa discusión es indispensable, pero no agota el problema. La consulta es una garantía central, aunque no reemplaza el análisis sustantivo de la decisión estatal ni responde por sí sola qué significa que el Estado sea soberano en el aprovechamiento de recursos naturales cuando estos se encuentran en territorios indígenas o se vinculan con ellos.

En ese marco, el artículo se inscribe en una discusión más amplia sobre los desafíos contemporáneos de la soberanía. En sociedades atravesadas por pluralismo jurídico, obligaciones internacionales de derechos humanos, desigualdades históricas y crisis ecológica, la soberanía constitucional sobre recursos naturales requiere límites, razones y controles. En el caso peruano, esa discusión surge del propio texto constitucional: el artículo 66 debe leerse junto con los artículos 2.19, 55, 67, 68, 69, 88, 89 y 149 de la Constitución Política del Perú (1993), así como con el Convenio 169 de la OIT, la Ley de Consulta Previa, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y los estándares constitucionales e interamericanos aplicables.

La justificación constitucional reforzada no es una fórmula expresamente acuñada por el Tribunal Constitucional ni por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es una construcción analítica que toma elementos ya existentes en el orden constitucional peruano, en la jurisprudencia constitucional sobre consulta previa y afectación directa, en los estándares interamericanos sobre territorio indígena, consentimiento, estudios de impacto y beneficios compartidos, y en la Constitución ambiental. Su utilidad está en ordenar esas piezas alrededor del problema de la soberanía sobre recursos naturales.

Con esa ruta, el argumento se desarrolla en cinco partes: artículo 66 y soberanía sobre recursos naturales; territorios indígenas, pluralismo jurídico e interculturalidad crítica; crisis ecológica y Constitución ambiental; estándares constitucionales e interamericanos relevantes; y propuesta de un estándar de justificación constitucional reforzada.

2. ARTÍCULO 66, SOBERANÍA ESTATAL Y RECURSOS NATURALES EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA

El artículo 66 de la Constitución peruana organiza la relación entre Estado, Nación, recursos naturales y aprovechamiento. Al reconocer que los recursos naturales son patrimonio de la Nación y que el Estado es soberano en su aprovechamiento, establece una competencia pública fuerte sobre bienes estratégicos. Esa fuerza, sin embargo, no transforma la competencia estatal en potestad absoluta.

Para ubicar correctamente esa cláusula, conviene partir de una idea básica del Estado constitucional: ninguna disposición de poder se interpreta en aislamiento. La soberanía estatal sobre recursos naturales no está situada fuera del sistema de derechos, por encima de los límites ambientales ni al margen del pluralismo jurídico. Opera dentro de la Constitución. Por eso, el artículo 66 no puede resolver por sí mismo todo conflicto sobre recursos naturales, territorio y derechos colectivos.

En esa misma dirección, la Ley 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, confirma que el aprovechamiento de recursos naturales se desarrolla dentro de un régimen jurídico y bajo condiciones. Manuel Pulgar-Vidal aporta aquí una precisión útil: los recursos naturales no pueden ser tratados como propiedad estatal en sentido civil. La Constitución de 1993 mantuvo la idea de patrimonio de la Nación, pero eliminó la referencia expresa a que los recursos naturales pertenecen al Estado; luego, la Ley 26821 reconoció el dominio estatal sobre los recursos en su fuente y su otorgamiento a particulares bajo modalidades legales, sin transferencia de ese dominio (Perú, 1997; Pulgar-Vidal Otálora, 2008). Esta distinción permite evitar una confusión persistente: soberanía, dominio eminencial y propiedad no son categorías equivalentes.

A partir de esa diferencia, el análisis constitucional cambia. Una cosa es afirmar que los recursos naturales son patrimonio de la Nación y que el Estado tiene competencia para regular su aprovechamiento. Otra distinta es asumir que esa competencia vuelve preferente toda decisión administrativa sobre recursos frente a los derechos territoriales, culturales o ambientales involucrados. El artículo 66 no borra el resto de la Constitución ni desplaza la exigencia de control cuando la decisión estatal produce efectos sobre sujetos colectivos constitucionalmente protegidos.

Por ello, la discusión no debería plantearse como una oposición simple entre soberanía estatal y derechos indígenas. La cuestión más precisa consiste en determinar cómo se ejerce la competencia estatal cuando se proyecta sobre territorios con densidad constitucional propia. Allí el artículo 66 deja de ser una frase autosuficiente y debe leerse junto con las demás cláusulas que organizan la relación entre Estado, territorio, ambiente y diversidad cultural.

Esta lectura permite evitar dos salidas débiles. La primera sería tratar la soberanía estatal sobre recursos naturales como una potestad casi inmune al control constitucional. La segunda sería vaciar el artículo 66 hasta hacerlo irrelevante frente a cualquier reclamo territorial o ambiental. Ninguna de las dos opciones es necesaria. El punto es interpretar la competencia estatal dentro de un orden constitucional que reconoce derechos, límites ecológicos, pluralismo jurídico y obligaciones internacionales.

Desde allí se entiende mejor el riesgo de una lectura patrimonialista del artículo 66. Bajo esa lectura, la soberanía queda reducida a una relación de dominio: el Estado decide, administra, concede y autoriza; los territorios afectados aparecen después, como espacios sobre los cuales se proyecta la decisión. Esa comprensión resulta insuficiente. El territorio indígena no es un soporte físico disponible para el aprovechamiento de recursos. Tampoco la naturaleza puede ser tratada únicamente como un conjunto de bienes susceptibles de valorización económica.

Los artículos 67, 68 y 69 establecen la política nacional del ambiente, la conservación de la diversidad biológica, la protección de áreas naturales y el desarrollo sostenible de la Amazonía. Estas disposiciones forman parte del marco constitucional que condiciona el aprovechamiento de recursos naturales. Del mismo modo, los artículos 2.19, 89 y 149 impiden imaginar un sujeto constitucional único, homogéneo y monocultural: reconocen identidad étnica y cultural, autonomía comunal, derechos sobre tierras comunales y funciones jurisdiccionales de las autoridades de comunidades campesinas y nativas dentro de su ámbito territorial, de conformidad con el derecho consuetudinario y con el apoyo de las rondas campesinas (Perú, 1993).

Así, la consecuencia de esta lectura sistemática es clara: el artículo 66 debe interpretarse como una competencia limitada. Esta competencia permite al Estado regular, administrar y ordenar el aprovechamiento de recursos naturales, pero no le permite prescindir de las condiciones constitucionales que rodean el territorio, la diversidad cultural, la autonomía comunal, la protección ambiental y los derechos colectivos. Si el artículo 66 se interpreta como dominio, la pregunta se reduce a quién decide sobre el recurso; si se interpreta como competencia limitada, la pregunta cambia: bajo qué razones, procedimientos, límites y controles puede decidir el Estado cuando esa decisión afecta territorios indígenas y bienes ecológicos relevantes. Esa segunda pregunta corresponde a un constitucionalismo que entiende la soberanía como competencia jurídicamente limitada, no como poder exento de justificación.

3. TERRITORIOS INDÍGENAS, PLURALISMO JURÍDICO E INTERCULTURALIDAD CRÍTICA

La lectura del artículo 66 cambia cuando se la sitúa frente a los territorios indígenas. La Constitución peruana no reconoce a las comunidades campesinas y nativas como simples titulares patrimoniales. El artículo 89 reconoce su existencia legal, personería jurídica, autonomía organizativa, económica y administrativa, y derechos sobre sus tierras. Ese reconocimiento permite afirmar que los territorios comunales tienen una dimensión material, cultural, política y normativa. No se reducen a propiedad ni a superficie.

En esa línea, Antonio Peña ha trabajado la importancia constitucional del artículo 89 para comprender a las comunidades campesinas y nativas en su autonomía, propiedad e identidad cultural (Peña, 2013). La discusión sobre comunidades, Constitución y Convenio 169 no empieza con este artículo. Precisamente por eso, el aporte aquí no consiste en repetir que el artículo 66 debe armonizarse con el artículo 89, sino en precisar qué carga de justificación se deriva de esa armonización cuando el Estado ejerce soberanía sobre recursos naturales.

Desde esta perspectiva, el territorio indígena tiene una densidad jurídica que no puede ser desplazada por la sola presencia de recursos naturales. El Convenio 169 de la OIT reconoce la importancia especial de la relación de los pueblos indígenas con sus tierras y territorios, así como su derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos existentes en ellas (Organización Internacional del Trabajo, 1989). Esa protección se amplía y precisa en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que desarrollan con mayor fuerza la libre determinación, la autonomía, la participación, el consentimiento, la protección ambiental y los derechos sobre tierras, territorios y recursos (Organización de los Estados Americanos, 2016; Organización de las Naciones Unidas, 2007). Esta relación no se agota en la propiedad formal. Involucra subsistencia, cultura, instituciones, espiritualidad, memoria y continuidad colectiva.

En el derecho interno, la Ley 29785 desarrolla el derecho a la consulta previa respecto de medidas legislativas o administrativas que afecten directamente derechos colectivos de pueblos indígenas u originarios. Reconoce la consulta como un proceso previo, de buena fe, intercultural y orientado a alcanzar acuerdo o consentimiento a través del diálogo (Perú, 2011). Su Reglamento precisa la afectación directa como un cambio posible en la situación jurídica o en el ejercicio de derechos colectivos (Perú, 2012). Estos elementos desplazan la consulta del terreno de la cortesía política al de la obligación jurídica.

En consecuencia, la afectación directa no debe entenderse como una fórmula estrecha ni puramente registral. En conflictos sobre recursos naturales, puede aparecer antes de la explotación material del recurso si la medida estatal altera la posición jurídica del pueblo, introduce una expectativa de intervención sobre su territorio, modifica las condiciones bajo las cuales podrá ejercer sus derechos colectivos o reduce su capacidad real de incidir en decisiones posteriores. Esto no significa que toda concesión deba ser consultada automáticamente. Significa que el Estado no puede descansar en la etapa formal del proyecto para evitar el análisis constitucional.

De ahí que la oportunidad de la consulta sea un problema constitucional de primer orden. Una consulta tardía puede conservar apariencia procedimental, pero perder capacidad real de incidencia. Si el Estado decide primero y consulta después, el diálogo intercultural queda reducido a la gestión posterior de una decisión ya tomada. En cambio, si la afectación se identifica tempranamente, la consulta puede permitir que los pueblos afectados participen en la formación de la decisión pública, no solo en la recepción de sus consecuencias.

Sin embargo, la consulta no debe ser tratada como un procedimiento autosuficiente. Puede existir una consulta formalmente realizada y, al mismo tiempo, una decisión estatal insuficientemente justificada. El problema constitucional exige analizar si el Estado identificó adecuadamente la afectación territorial, cultural y ecológica; si evaluó alternativas; si ponderó la intensidad del impacto; si explicó por qué la medida era necesaria; y si permitió una participación indígena real, informada y culturalmente adecuada.

En este punto, el artículo 149 refuerza la conclusión. El reconocimiento de funciones jurisdiccionales comunales muestra que la Constitución peruana no se construye sobre una sola fuente de normatividad. Raquel Yrigoyen ha desarrollado la relevancia del pluralismo jurídico y del constitucionalismo pluralista en América Latina, así como la necesidad de reconocer sistemas jurídicos indígenas sin reducirlos a expresiones subordinadas del derecho estatal (Yrigoyen, 2011, 2025). Desde esa perspectiva, los territorios indígenas no pueden ser tratados como espacios sin autoridad, sin instituciones y sin racionalidades normativas propias.

Ahora bien, la interculturalidad que requiere este análisis no puede reducirse a traducción, reuniones informativas o adecuaciones procedimentales aisladas. Catherine Walsh distingue una interculturalidad funcional, compatible con el mantenimiento de estructuras dominantes, de una interculturalidad crítica orientada a cuestionar la matriz colonial, racial y jerárquica que organiza las relaciones entre Estado, sociedad y pueblos históricamente subordinados (Walsh, 2010). En este artículo, la interculturalidad tiene ese sentido más exigente: no opera como gesto de buena voluntad institucional, sino como criterio para revisar cómo se produce la decisión pública sobre territorios indígenas y recursos naturales.

Esta precisión es importante para el derecho ambiental peruano. La ausencia de un enfoque intercultural en las decisiones ambientales sigue siendo frecuente. Muchas evaluaciones identifican impactos biofísicos, pero no comprenden los vínculos entre agua, bosque, movilidad, alimentación, espiritualidad, memoria, autoridad comunal y continuidad cultural. Esa omisión reproduce una forma antigua de ordenar el territorio: el Estado define el recurso, fija el procedimiento, autoriza el aprovechamiento y deja a los pueblos afectados la carga de demostrar que su territorio es algo más que el espacio físico donde se ubica el recurso.

A su vez, la estructura colonial no aparece solo en discursos abiertamente discriminatorios. También se reproduce en formularios, expedientes, plazos, mapas, categorías sectoriales y decisiones administrativas que separan el recurso del territorio y el impacto ambiental de la vida colectiva. Cuando una autoridad evalúa una medida sobre recursos naturales sin escuchar de manera efectiva a los pueblos afectados, sin reconocer sus instituciones, sin comprender sus vínculos territoriales y sin valorar sus formas de conocimiento, el problema no es solamente de procedimiento. Es de estructura constitucional del poder.

Esa estructura tampoco es neutra en términos de género. Aura Cumes advierte que las mujeres indígenas enfrentan una experiencia de dominación que no puede entenderse separando patriarcado, colonialismo, racismo y clase social, porque esas formas de poder se articulan en la vida concreta (Cumes, 2012). Esta lectura es útil para el análisis constitucional: si el Estado evalúa la afectación de una medida sobre recursos naturales como si el pueblo afectado fuera un sujeto uniforme, corre el riesgo de invisibilizar impactos diferenciados sobre mujeres indígenas, niñas, personas mayores, defensoras territoriales y otras personas colocadas en posiciones de mayor exposición.

La Recomendación General 39 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer refuerza esta lectura en clave jurídica. Allí se reconoce que las mujeres y las niñas indígenas tienen una relación inextricable con sus pueblos, tierras, territorios, recursos naturales y cultura; y que las medidas estatales deben considerar la discriminación interseccional que enfrentan por razones de sexo, género, identidad indígena, raza, edad, idioma, situación socioeconómica y otros factores (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 2022). Además, el Comité vincula los derechos sobre tierras, territorios, recursos naturales, ambiente sano, participación efectiva y consentimiento libre, previo e informado con la protección de los derechos de las mujeres y niñas indígenas. En consecuencia, la justificación constitucional reforzada no puede limitarse a preguntar si hubo consulta al pueblo en términos generales; también debe examinar si la decisión estatal produjo información, participación y valoración suficiente de los impactos diferenciados dentro del propio territorio indígena.

Esta afirmación no convierte al Perú en un Estado plurinacional por vía interpretativa. Tampoco niega la competencia estatal. El punto es más preciso: la soberanía estatal sobre recursos naturales debe ejercerse reconociendo que el territorio indígena no es un objeto pasivo de administración pública. Cuando una decisión estatal incide en ese territorio, se activa una exigencia constitucional mayor. La consulta previa, en este marco, es una garantía de participación constitucionalmente relevante; y el consentimiento libre, previo e informado, en supuestos determinados, es una exigencia jurídica más intensa vinculada a la gravedad de la afectación.

4. CRISIS ECOLÓGICA, BIENES CONSTITUCIONALES AMBIENTALES Y DEBER REFORZADO DE JUSTIFICACIÓN

La crisis ecológica introduce una capa decisiva en este argumento. Modifica el modo en que debe interpretarse la soberanía sobre recursos naturales, no porque todo conflicto ambiental tenga la misma intensidad, sino porque el aprovechamiento de recursos ya no puede analizarse como una cuestión exclusivamente económica, sectorial o administrativa. En contextos de deterioro ambiental, pérdida de biodiversidad, afectaciones climáticas y presión sobre territorios indígenas, el artículo 66 requiere una lectura ecológicamente informada.

Para sostener esa lectura no es necesario abandonar el texto constitucional peruano. Los artículos 67, 68 y 69 ofrecen una base interna suficiente: política nacional del ambiente, uso sostenible de recursos naturales, conservación de la diversidad biológica, áreas naturales protegidas y desarrollo sostenible de la Amazonía (Perú, 1993). En esa línea, César Landa ha desarrollado los principios de la Constitución ambiental y su relación con la prevención, la precaución y la sostenibilidad (Landa, 2017). Eduardo Gudynas, por su parte, distingue entre justicia ambiental y justicia ecológica, lo que permite pensar los límites del antropocentrismo en la relación entre derecho, naturaleza y desarrollo, sin convertir este artículo en una defensa general de los derechos de la naturaleza (Gudynas, 2010).

La conexión entre crisis ecológica y territorios indígenas tampoco es accidental. Muchos territorios indígenas se encuentran en áreas de alta diversidad biológica, zonas amazónicas, bosques, cuencas o ecosistemas sujetos a presión extractiva. Cuando el Estado autoriza, concede o permite actividades que afectan esos espacios, la afectación no es solo ambiental en sentido técnico. Puede comprometer medios de vida, prácticas culturales, salud, alimentación, agua, movilidad territorial y continuidad colectiva.

En territorios indígenas, por ello, la afectación ecológica puede traducirse en pérdida de condiciones materiales para la continuidad cultural. La contaminación de una fuente de agua, la fragmentación de un bosque, la restricción de acceso a zonas de uso tradicional o la alteración de ciclos ecológicos pueden afectar prácticas alimentarias, rutas de movilidad, formas de cuidado, relaciones espirituales con el territorio, transmisión de conocimientos y organización colectiva. Una evaluación constitucionalmente suficiente debe preguntar qué significa ese impacto para el pueblo afectado.

Esta dimensión adquiere mayor importancia porque los daños no siempre aparecen de manera inmediata ni aislada. Muchas afectaciones se acumulan por decisiones sucesivas que, vistas por separado, parecen manejables, pero que en conjunto erosionan las condiciones de vida colectiva. Una concesión puede no producir por sí misma un daño físico inmediato; una autorización de exploración puede presentarse como intervención limitada; una infraestructura auxiliar puede aparecer como medida secundaria. Sin embargo, la suma de decisiones puede modificar profundamente el territorio. El estándar de justificación reforzada debe evitar que el análisis constitucional se fragmente al ritmo de los expedientes administrativos.

Por esa razón, la evaluación de afectación no puede ser estrecha. Es necesario analizar si una medida produce riesgos o cambios relevantes en la relación del pueblo con su territorio, en las condiciones ecológicas que sostienen su vida colectiva, o en la posibilidad de reproducir sus instituciones y prácticas culturales. La crisis ecológica obliga a mirar impactos acumulativos, daños graves o irreversibles, incertidumbre científica y alternativas menos lesivas.

En el plano interamericano, la OC-23/17 de la Corte Interamericana consolidó la relación entre derechos humanos y medio ambiente, al desarrollar obligaciones estatales de prevención, precaución, cooperación, información, participación y acceso a la justicia en materia ambiental (Corte IDH, 2017). Más recientemente, la OC-32/25 reforzó la idea de que, en contextos de emergencia climática, el deber de garantía exige una debida diligencia reforzada, cuyo contenido depende del riesgo específico, de las medidas necesarias para proteger los derechos amenazados y de la situación de vulnerabilidad de las personas o pueblos afectados (Corte IDH, 2025). En una línea convergente, la Opinión Consultiva de

la Corte Internacional de Justicia sobre obligaciones de los Estados en materia de cambio climático afirmó que la diligencia debida puede adquirir un estándar estricto ante la gravedad de la amenaza climática, y vinculó esa exigencia con mejores esfuerzos, mejor ciencia disponible, evaluación de riesgos, evaluación de impacto, prevención, precaución y cooperación (Corte Internacional de Justicia, 2025). Estas opiniones no reemplazan el análisis de la Constitución peruana, pero sí permiten precisar el contenido ecológico de las obligaciones estatales y la mayor intensidad de justificación exigible cuando la decisión pública puede producir daños graves, diferenciados o irreversibles.

En consecuencia, la dimensión ecológica de la soberanía no debe confundirse con prohibición absoluta de actividades económicas. El estándar defendible afirma algo más acotado: cuando el aprovechamiento de recursos compromete bienes ecológicos relevantes y territorios indígenas, el Estado debe justificar de manera reforzada su decisión. La autoridad estatal conserva competencia, pero debe ejercerla con razones suficientes frente a los derechos y bienes constitucionales comprometidos.

5. ESTÁNDARES CONSTITUCIONALES E INTERAMERICANOS RELEVANTES

Con ese marco, la jurisprudencia constitucional peruana permite construir una posición intermedia. La STC 00022-2009-PI/TC desarrolló el contenido constitucional de la consulta previa, su relación con el Convenio 169 y la necesidad de entenderla como un derecho orientado al diálogo y al acuerdo (Tribunal Constitucional del Perú, 2010a). Por su parte, la STC 06316-2008-PA/TC, vinculada a actividades hidrocarburíferas y pueblos en aislamiento o contacto inicial, reforzó la consulta como derecho habilitante para proteger vida, salud, propiedad, identidad cultural, ambiente y autodeterminación (Tribunal Constitucional del Perú, 2010b).

Dentro de esa línea, Asacasi es especialmente relevante porque aborda la tensión entre concesión minera, consulta previa, comunidades campesinas y artículo 66. En esa sentencia, el Tribunal Constitucional caracteriza la concesión minera como acto administrativo de derecho público que otorga una situación jurídica de poder o ventaja sobre un territorio, bajo condiciones establecidas por el ordenamiento. Esa precisión importa porque la concesión no es un simple dato neutro: organiza jurídicamente una expectativa de aprovechamiento sobre un espacio determinado. Al mismo tiempo, el Tribunal sostiene que no existe una antinomia abstracta entre consulta previa y soberanía estatal sobre recursos naturales, y que la concesión minera no activa automáticamente la consulta previa por sí sola. La consulta puede ser exigible cuando exista evidencia razonable de afectación directa sobre territorio, modo de vida u organización social, económica, cultural, política, territorial o jurídica del pueblo afectado (Tribunal Constitucional del Perú, 2023).

Huayanay Centro actualiza y matiza esa línea. La sentencia confirma que la oportunidad de la consulta no depende mecánicamente de la etapa formal del proyecto, sino de la afectación directa. La diferencia entre concesión, exploración, explotación e intervención material no puede ser ignorada, pero tampoco puede operar como refugio formal para excluir el análisis constitucional. El punto decisivo es si la medida administrativa produce o puede producir afectación directa sobre derechos colectivos, territorio o condiciones de vida colectiva (Tribunal Constitucional del Perú, 2025).

Leídas en conjunto, Asacasi y Huayanay Centro impiden dos extremos: afirmar que toda concesión minera debe consultarse automáticamente o sostener que la concesión nunca puede activar obligaciones reforzadas. La regla constitucional es más sobria: la afectación directa debe ser evaluada en el contexto de la medida, su secuencia administrativa, su proximidad con la intervención territorial y sus efectos previsibles sobre derechos colectivos. La jurisprudencia nacional no adopta expresamente la fórmula de justificación constitucional reforzada, pero sí ofrece sus piezas.

A partir de ese punto, el estándar interamericano permite completar la lectura. En Sarakama, la Corte IDH desarrolló salvaguardas frente a proyectos de desarrollo o inversión con impacto en territorios indígenas o tribales, incluyendo consulta efectiva, estudios de impacto ambiental y social, beneficios compartidos y consentimiento en supuestos de afectación intensa (Corte IDH, 2007). Esas salvaguardas no deben verse como una lista agregada a la consulta, sino como componentes de una carga de justificación más densa: el Estado debe explicar cómo identificó el impacto, cómo permitió la participación del pueblo afectado, cómo evaluó los riesgos ambientales y sociales, cómo distribuyó beneficios y cuándo la intensidad de la afectación exige consentimiento.

Sarayaku refuerza esa orientación al desarrollar la consulta previa, de buena fe, informada y culturalmente adecuada, y al rechazar que el Estado delegue esa obligación a empresas privadas (Corte IDH, 2012). Lhaka Honhat conecta propiedad colectiva, ambiente sano, agua, alimentación e identidad cultural, y muestra cómo el territorio indígena no puede separarse de condiciones materiales y ecológicas de vida colectiva (Corte IDH, 2020). U'wa actualiza esta línea en un caso vinculado con proyectos extractivos, propiedad colectiva, consulta, participación, vida cultural, ambiente sano y garantías judiciales (Corte IDH, 2024a). Tagaeri y Taromenane, en cambio, muestra el extremo de afectación intensísima: pueblos en aislamiento, no contacto, intangibilidad y supervivencia física y cultural (Corte IDH, 2024b).

En todo caso, el derecho interamericano no sustituye la Constitución peruana ni convierte cada estándar en regla automática aplicable a cualquier caso. Su función es interpretativa: permite precisar qué significa proteger territorio, consulta, consentimiento, ambiente sano, supervivencia cultural y participación efectiva cuando el Estado invoca soberanía sobre recursos naturales.

También el desarrollo internacional sobre derechos de los pueblos indígenas aporta una pieza útil. James Anaya y Robert Williams explican cómo el sistema interamericano fue desarrollando la protección de tierras y recursos naturales indígenas como parte de un cuerpo específico de derechos colectivos (Anaya & Williams, 2001). Erica Daes, desde el sistema universal, trabajó la soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre recursos naturales como una dimensión vinculada a libre determinación, tierras, territorios y supervivencia (Daes, 2004). En esa misma línea, la Declaración de las Naciones Unidas y la Declaración Americana deben ser leídas como fuentes interpretativas relevantes: ambas son posteriores al Convenio 169 y desarrollan de manera más robusta libre determinación, autonomía, participación, consentimiento, protección ambiental y derechos sobre tierras, territorios y recursos (Organización de los Estados Americanos, 2016; Organización de las Naciones Unidas, 2007). Su función no es desplazar la Constitución peruana ni el Convenio 169, sino reforzar que la soberanía sobre recursos naturales ya no puede ser pensada solo como prerrogativa estatal.

Finalmente, la distinción entre consulta y consentimiento debe ser tratada con precisión. La consulta previa es un derecho de participación y diálogo intercultural orientado a alcanzar acuerdo. El consentimiento libre, previo e informado también debe ser reconocido como derecho en determinados supuestos, especialmente cuando la medida puede producir una afectación particularmente intensa sobre territorio, supervivencia cultural, integridad física o condiciones de vida colectiva. En el derecho peruano, la Ley 29785 orienta la consulta hacia el acuerdo o consentimiento; en el plano internacional e interamericano, el consentimiento adquiere especial relevancia frente a desplazamiento, impacto masivo o irreversible, grave afectación a la supervivencia cultural o física, intervención especialmente intensa sobre territorio o riesgo extraordinario asociado a pueblos en aislamiento. Diferenciar ambos derechos permite construir un estándar graduado sin reducir el consentimiento a una fórmula defensiva ni tratar la consulta como un trámite menor.

6. HACIA UN ESTÁNDAR DE JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL REFORZADA

A partir de lo anterior, el estándar de justificación constitucional reforzada parte de una premisa sencilla: cuando el Estado ejerce la competencia del artículo 66 en contextos que comprometen territorios indígenas y bienes ecológicos relevantes, no basta invocar soberanía, desarrollo o interés público. Es necesario explicar constitucionalmente la decisión. Este estándar no es una fórmula cerrada ni un test rígido. Es una exigencia de motivación, evaluación y control más intensa cuando confluyen tres elementos: territorio indígena, bien ecológico relevante y riesgo para derechos colectivos o condiciones de continuidad cultural.

Su utilidad está en ordenar la intensidad del control. Una medida de alcance general, sin incidencia identificable sobre derechos colectivos o bienes ecológicos relevantes, no activa la misma carga que una autorización vinculada a exploración, explotación, infraestructura o intervención material sobre territorio indígena. La exigencia aumenta cuando crece la proximidad entre la decisión estatal y la afectación territorial, cultural o ecológica. Asacasi y Huayanay Centro impiden afirmar que toda concesión minera deba ser consultada automáticamente, pero también impiden convertir la concesión en una zona inmune al análisis de afectación directa. Saramaka, Sarayaku, Lhaka Honhat y U'wa muestran, desde el plano interamericano, que consulta, estudios de impacto, participación efectiva, consentimiento en supuestos intensos y protección de la supervivencia cultural integran una misma exigencia: justificar con mayor rigor las decisiones sobre recursos que sostienen formas colectivas de vida.

El estándar propuesto también tiene una función institucional. Obliga a que la administración produzca razones antes de decidir, no solo defensas después de ser demandada; a que el control judicial examine la suficiencia de esas razones, no solo la existencia formal de competencias; y a que la soberanía estatal sea entendida como responsabilidad constitucional, no como privilegio decisorio. Esa diferencia es central para distinguir una lectura patrimonialista del artículo 66 de una lectura constitucionalmente limitada.

En concreto, el estándar exige identificar tempranamente la afectación territorial, cultural y ecológica; determinar con seriedad la afectación directa; garantizar participación indígena efectiva; realizar consulta previa cuando corresponda; evaluar el consentimiento libre, previo e informado en supuestos de afectación intensa; producir una evaluación ambiental, intercultural e interseccional suficiente; analizar alternativas menos lesivas; prevenir

daños graves o irreversibles; considerar beneficios compartidos cuando resulten exigibles; motivar de manera reforzada; y asegurar control judicial suficiente.

Cada uno de esos elementos cumple una función específica. La identificación temprana evita que la participación aparezca cuando la decisión ya fue adoptada. La afectación directa impide tanto la consulta automática como la exclusión absoluta de la consulta. La participación efectiva exige que el diálogo tenga capacidad real de incidir en la decisión pública. El consentimiento opera como exigencia más intensa cuando la afectación compromete gravemente el territorio, la supervivencia cultural, la integridad física, la continuidad colectiva o la existencia misma del pueblo. La evaluación ambiental, intercultural e interseccional exige mirar no solo impactos biofísicos, sino también efectos sobre agua, bosques, movilidad, alimentación, salud, prácticas culturales, espiritualidad, organización comunitaria, formas de relación con la naturaleza y distribución interna de cargas dentro del pueblo afectado.

A su vez, las alternativas menos lesivas obligan al Estado a explicar por qué la medida elegida es constitucionalmente admisible frente a otras opciones posibles. La prevención de daños graves o irreversibles exige considerar incertidumbre científica, impactos acumulativos y afectaciones diferenciadas. Los beneficios compartidos, cuando resulten exigibles, evitan que los costos territoriales, culturales y ecológicos recaigan sobre los pueblos afectados mientras los beneficios se concentran fuera de ellos. La motivación reforzada exige explicar por qué la medida respeta derechos colectivos, qué información se produjo, cómo se valoró la posición indígena, qué alternativas fueron descartadas y qué mecanismos de prevención, compensación o control se activaron. Finalmente, el control judicial suficiente exige revisar razonabilidad, proporcionalidad y suficiencia constitucional de la decisión estatal, no solo existencia formal de competencia.

El incumplimiento de esta carga no constituye un defecto meramente argumentativo. En el plano interno, puede revelar insuficiente motivación, indebida identificación de la afectación directa, omisión de consulta, evaluación ambiental o intercultural deficiente, falta de análisis de alternativas menos lesivas o ausencia de ponderación suficiente de impactos diferenciados. Según el tipo de acto y el derecho comprometido, ello puede habilitar la revisión en sede administrativa, el proceso contencioso-administrativo, el amparo u otros mecanismos de control constitucional y judicial. Las consecuencias pueden incluir la nulidad, suspensión o adecuación de la decisión estatal, la retroacción del procedimiento, la realización de consulta previa, la complementación de estudios de impacto, la emisión de una nueva motivación o la adopción de medidas de prevención, reparación y no repetición. En el plano internacional, si la omisión compromete derechos convencionales sobre propiedad colectiva, participación, vida cultural, ambiente sano o garantías judiciales, el incumplimiento también puede alimentar responsabilidad internacional del Estado. De ese modo, la justificación constitucional reforzada no funciona como una exhortación retórica, sino como una condición de validez, control y responsabilidad del ejercicio estatal de la soberanía sobre recursos naturales.

Así formulado, el estándar impide que el artículo 66 se use como respuesta suficiente por sí misma. Obliga a leer soberanía, territorio indígena y ambiente en conjunto. Desplaza la discusión desde la consulta como trámite hacia la justificación constitucional de la decisión. No elimina la autoridad estatal, pero le exige razones reforzadas.

CONCLUSIONES

El recorrido realizado permite volver al artículo 66 con una lectura más exigente. La soberanía estatal sobre recursos naturales conserva fuerza constitucional, pero esa fuerza no autoriza una decisión unilateral sobre territorios indígenas ni sobre bienes ecológicos relevantes. En una Constitución que reconoce diversidad cultural, autonomía comunal, pluralismo jurídico, protección ambiental, diversidad biológica y obligaciones internacionales de derechos humanos, el aprovechamiento soberano de recursos naturales requiere una justificación constitucional más densa.

El aporte del artículo se ubica en ese desplazamiento. La discusión no se agota en armonizar el artículo 66 con la consulta previa, el Convenio 169 o los derechos de los pueblos indígenas. Esa línea ya ha sido desarrollada por la doctrina y por la jurisprudencia constitucional. El punto central es otro: cuando el Estado decide sobre recursos naturales vinculados a territorios indígenas, la consulta previa no basta como verificación procedimental si la decisión estatal carece de razones suficientes sobre la afectación territorial, cultural y ecológica que produce o puede producir.

Por ello, el estándar de justificación constitucional reforzada permite ordenar las exigencias mínimas que deben acompañar el ejercicio de esa competencia estatal: identificación de la afectación territorial, cultural y ecológica; determinación seria de afectación directa; consulta previa cuando corresponda; consentimiento libre, previo e informado en supuestos intensos; evaluación ambiental, intercultural e interseccional suficiente; análisis de alternativas menos lesivas; prevención de daños graves o irreversibles; beneficios compartidos cuando resulten exigibles; motivación reforzada; razonabilidad, proporcionalidad y control judicial suficiente.

Su incumplimiento puede producir consecuencias jurídicas concretas. Si la decisión estatal carece de motivación suficiente, omite identificar la afectación directa, desplaza indebidamente la consulta, ignora impactos ecológicos o interculturales, o no valora alternativas menos lesivas, puede ser revisada, suspendida, anulada, adecuada o sometida a una nueva evaluación según la vía correspondiente. En supuestos de afectación convencionalmente relevante, también puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado.

Esta tesis no vacía el artículo 66 ni convierte toda actividad extractiva en territorios indígenas en una medida constitucionalmente inadmisibles. Su alcance es más preciso. La soberanía estatal sobre recursos naturales deja de operar como argumento autosuficiente cuando la decisión pública compromete territorio, cultura y bienes ecológicos. En esos casos, el Estado no solo debe demostrar que tiene competencia. Debe justificar cómo la ejerce.

Esa es la contribución específica del artículo: leer el artículo 66 como una competencia pública que debe responder por sus efectos constitucionales. La soberanía sobre recursos naturales no desaparece; se vuelve más exigente. Y en esa exigencia se juega una parte central del constitucionalismo peruano frente a la crisis ecológica, el pluralismo jurídico, la estructura colonial que todavía organiza muchas decisiones públicas y los derechos de los pueblos indígenas.

REFERENCIAS

- Anaya, S. J., & Williams, R. A., Jr. (2001). The protection of indigenous peoples' rights over lands and natural resources under the Inter-American human rights system. *Harvard Human Rights Journal*, 14, 33–86.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (2022). *Recomendación general núm. 39 sobre los derechos de las mujeres y las niñas indígenas* (CEDAW/C/GC/39). Naciones Unidas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007). *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C núm. 172.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C núm. 245.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *Opinión Consultiva OC-23/17. Medio ambiente y derechos humanos. Serie A núm. 23.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020). *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C núm. 400.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2024a). *Caso Pueblo Indígena U'wa y sus miembros vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2024. Serie C núm. 530.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2024b). *Caso Pueblos Indígenas Tagaeri y Taromenane vs. Ecuador. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2024. Serie C núm. 537.*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2025). *Opinión Consultiva OC-32/25. Emergencia climática y derechos humanos. Serie A núm. 32.*
- Corte Internacional de Justicia. (2025). *Obligations of States in respect of Climate Change. Advisory Opinion of 23 July 2025.*
- Cumes, A. E. (2012). Mujeres indígenas, patriarcado y colonialismo: Un desafío a la segregación comprensiva de las formas de dominio. *Anuario Hojas de Warmi*, 17, 1–16.
- Daes, E.-I. A. (2004). *Indigenous peoples' permanent sovereignty over natural resources: Final report of the Special Rapporteur* (E/CN.4/Sub.2/2004/30). Naciones Unidas.
- Gudynas, E. (2010). La senda biocéntrica: Valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica. *Tabula Rasa*, 13, 45–71.
- Landa, C. (2017). Principios de la Constitución ambiental. *Revista de Direito Brasileira*, 16(7), 412–427.
- Organización de las Naciones Unidas. (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.*
- Organización de los Estados Americanos. (2016). *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.*
- Organización Internacional del Trabajo. (1989). *Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169).*

- Peña Jumpa, A. (2013). Las comunidades campesinas y nativas en la Constitución Política del Perú: Un análisis exegético del artículo 89º de la Constitución. *Derecho & Sociedad*, 40, 195–206.
- Perú. (1993). *Constitución Política del Perú*.
- Perú. (1997). *Ley 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales*.
- Perú. (2011). *Ley 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*.
- Perú. (2012). *Decreto Supremo 001-2012-MC, Reglamento de la Ley 29785*.
- Pulgar-Vidal Otálora, M. (2008). Los recursos naturales, el derecho y la visión de desarrollo. *IUS ET VERITAS*, 18(36), 398–409.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2010a). *Sentencia recaída en el Expediente 00022-2009-PI/TC*.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2010b). *Sentencia recaída en el Expediente 06316-2008-PA/TC*.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2023). *Pleno. Sentencia 310/2023. Expediente 03326-2017-PA/TC, Comunidad Campesina de Asacasi*.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2025). *Pleno. Sentencia 169/2025. Expediente 02608-2023-PA/TC, Comunidad Campesina de Huayanay Centro y otras*.
- Walsh, C. (2010). Interculturalidad crítica y educación intercultural. En J. Viaña, L. Tapia, & C. Walsh, *Construyendo interculturalidad crítica*. Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello.
- Yrigoyen Fajardo, R. Z. (2011). El horizonte del constitucionalismo pluralista: Del multiculturalismo a la descolonización. En C. Rodríguez Garavito (Coord.), *El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (pp. 139–159). Siglo Veintiuno Editores.
- Yrigoyen Fajardo, R. Z. (2025). Hacia la aplicación efectiva del pluralismo jurídico igualitario en el Perú. En *Junta Nacional de Justicia: fortaleciendo su rol en la democracia*.



La Declaración para la soberanía digital europea y la utilidad (desatendida) del recurso a la geopolítica

PAOLO PASSAGLIA

Profesor de la Universidad de Pisa

1. INTRODUCCIÓN

En el contexto actual de inestabilidad e incertidumbre que aflige (también) a las sociedades occidentales, algunas nociones recurren con cada vez mayor frecuencia, ya sea como objetivo al que se debe tender, ya sea como punto firme que debe establecerse: entre estas, una posición no marginal debe reconocerse a la llamada «soberanía digital» (Farrand & Carrapico, 2022; Fratini *et al.*, 2024; Baldoni, 2025).

No está del todo claro de dónde deriva la expresión (Bellanger, 2011, 2014), ni puede decirse qué resume exactamente, y esto también porque las definiciones que se proponen son apreciablemente dispares. Cualquiera que sea el significado que se adopte, es además indudable que el uso del sustantivo sea cuando menos audaz, mientras que el adjetivo puede resultar desconcertante, por el simple hecho de que resulta cada vez más difícil trazar la distinción entre lo que es «digital» y lo que es externo a esta dimensión: las intersecciones y las superposiciones entre mundo físico y mundo virtual, entre «digital» y «analógico», se han convertido en un aspecto consustancial de la vida colectiva y de la individual, como han intentado demostrar (Passaglia, 2021), también en el plano jurídico, los muchos que han teorizado un derecho de acceso a las nuevas tecnologías, pero también quienes han teorizado un derecho a no utilizarlas (Kloza *et al.*, 2025).

Dejando de lado estas problemáticas —que sin embargo serían de extrema importancia— para centrarse en el término «soberanía», resulta casi necesario calificar su uso en términos optativos, mucho más que realistamente descriptivos: si se toman en consideración los más clásicos atributos de la soberanía, resulta evidente que son todos difíciles de identificar dentro del ecosistema digital.

Piénsese en la naturaleza originaria del ente soberano, que en el contexto de las nuevas tecnologías deja paso a una afirmación del poder en buena medida derivada de lo que las nuevas tecnologías mismas permiten. No es en efecto el soberano quien auto-funde su propio poder, sino que son más bien los progresos tecnológicos los que trazan (según los casos, en sentido expansivo o en sentido restrictivo) el marco dentro del cual el «soberano» puede moverse.

Análogas reservas pueden exponerse respecto al carácter esencial de la soberanía interna, es decir, la supremacía respecto a cualquier otro sujeto: en este caso, la soberanía referida

a cualquier ente debe enfrentarse con la naturaleza cuando menos fragmentada del ecosistema digital, en el cual —entre otras cosas— un papel determinante es desempeñado por sujetos privados, respecto a los cuales se está claramente en dificultad para desplegar una verdadera supremacía (ya sea que se manifieste en términos de poder regulatorio, ya sea que se exprese en el monopolio de la fuerza).

Incluso bajo el perfil externo de la soberanía, el de la independencia de los demás entes soberanos, emergen dificultades no desdeñables, dado que cualquier sujeto o ente que aspire a definirse independiente corre el riesgo de enfrentarse con las evidencias de signo contrario, aquellas que connotan una interdependencia difícil de desentrañar (en el mejor de los casos) o (peor aún) aquellas que conducen a la inevitable constatación de la imposibilidad práctica de superar los condicionamientos provenientes del exterior.

Establecidas estas premisas, la referencia al concepto de «soberanía digital», más que ir a identificar determinadas formas de control y de gestión del ecosistema digital, parece que desempeña una función casi «tranquilizadora», en el sentido de diseñar una consolidación de poderes que se perciben como amenazados o bien un horizonte de compromiso finalizado a reafirmar una presencia no puramente pasiva en un contexto más amplio (Bellanger, 2011).

No es casual, por lo demás, que, si el concepto abstracto es frecuentemente evocado, no es posible individuar un ente que se defina «soberano digital»: ninguno lo es, algunos (o quizás incluso muchos) querrían serlo, todos saben que no pueden serlo o que no pueden serlo realmente hasta el final. La excepción está representada por estas referencias a la soberanía que, evocando verdaderos o presuntos peligros externos, están finalizadas a crear fronteras protegidas dentro de las cuales es posible ejercer formas más o menos rigurosas de censura: aquí el soberano efectivamente existe, pero como actualización en tiempos de revolución digital de formas premodernas de ejercicio del poder (Gobierno de la Federación Rusa, 2019).

2. LA ADOPCIÓN DE LA DECLARACIÓN PARA LA SOBERANÍA DIGITAL EUROPEA

Manteniendo firme el carácter excepcional de la hipótesis últimamente recordada, es, probablemente, utilizando la perspectiva de análisis inmediatamente arriba propuesta como deben ser interpretados aquellos documentos, aquellas afirmaciones y aquellos actos en los cuales, en nombre de entes «analógicamente soberanos», se inviste también de la soberanía digital.

Última en orden de tiempo, pero no ciertamente en orden de importancia, es la *Declaration for European Digital Sovereignty*, adoptada en Berlín el 18 de noviembre pasado por los representantes de los Estados miembros de la Unión Europea (Consejo de la Unión Europea, 2025). Se trata de un texto que se coloca fuera del derecho euro-unitario, estableciendo objetivos y principios que prescinden de los confines competenciales, y que por lo tanto no se refieren solo a la Unión, sino también a los Estados. Se trata, sin embargo —es conveniente precisarlo claramente—, de un texto que establece, sí, objetivos y principios generales, pero que no contiene normas vinculantes: a lo sumo, puede por tanto aspirar al rango de *Soft Law*, sin que pueda excluirse (más bien...) que termine siendo uno de los no

pocos ejemplos de meras declamaciones, de eficacia concreta no exactamente garantizada (Mostacci, 2008; Somma, 2009; Shaffer & Pollack, 2010).

Ahora bien, a pesar de una importancia que, en el plano práctico, es sin duda necesario relativizar de manera notable, la Declaración en cuestión merece ser analizada, por el simple hecho de que se plantea como el precipitado institucional de una serie de iniciativas que se han desarrollado en los últimos años, sobre todo después del período de la emergencia pandémica (von Ditfurth, 2025).

Un primer aspecto a subrayar es la definición de soberanía digital que se proporciona, es decir: «la capacidad de la UE y de sus Estados miembros de actuar autónomamente y de elegir libremente sus propias soluciones, recogiendo al mismo tiempo los beneficios de la colaboración con *partners* globales, cuando sea posible» (Consejo de la Unión Europea, 2025, párr. 1). Si las palabras tienen un sentido, tal definición tiene muy poco que ver con el concepto de «soberanía», poniendo en evidencia, más bien, el de «autonomía», vinculada a una libertad (y no a un poder) de elección.

Una declaración, que se quiere lo más solemne posible, la cual contiene un *incipit* de este tipo es ya de por sí bastante indicativa del desajuste entre el «ser» y el «querer ser». Desde el inicio, por lo demás, se evocan sujetos con los cuales colaborar, «si es posible»: sujetos que son globales, y que por lo tanto operan a un nivel más amplio que la Unión. La constatación de esta diversidad de niveles es una clara advertencia inherente a una posición de potencial minoridad de Europa, tanto es así que se admite que la colaboración no es obvia, lo que significa, como mínimo, que la Unión no está en condiciones de imponerla.... Por otra parte, que no se trata de «soberanía» está escrito de manera aún más nítida en el período inmediatamente sucesivo al citado, en el cual el poder de elección de las propias soluciones se dice que implica «la definición y la aplicación de una reglamentación jurídica propia, conforme a los principios aceptados a nivel internacional» (Consejo de la Unión Europea, 2025, párr. 1): en definitiva, la Declaración no es una afirmación de soberanía, sino una reivindicación de autonomía en un contexto internacional en el que operan actores globales.

Y la sustancia no cambia tampoco cuando, inmediatamente después, al rechazar aislacionismo y proteccionismo, se sustituye al concepto de «autonomía» el de «independencia»; porque no basta decir que Europa debe poder «actuar de modo independiente y autodeterminado», si luego, al enumerar los cánones sobre los que basarse, se parte del «derecho internacional», y solo después se mencionan «sus propios derechos, valores e intereses de seguridad» (Consejo de la Unión Europea, 2025, párr. 1). Un real recupero de «soberanía» no puede ciertamente venir de esto; más eficaz, si cabe, es la precisión del rumbo que debe dar a la cooperación internacional, que se quiere desarrollar con los *partners* «que comparten los valores y los principios europeos» (Consejo de la Unión Europea, 2025, párr. 1): por lo menos, no se trata de una resignada búsqueda de colaboración con cualquiera.

En efecto, de manera mucho más concreta, la definición posteriormente proporcionada de soberanía digital se convierte en la capacidad de Europa, de los Estados y de los sujetos que operan en ellos «de actuar de forma independiente en el mundo digital, permitiendo decisiones autónomas sobre el uso, la *governance* y el desarrollo de sistemas digitales, sin una excesiva dependencia de actores externos al fin de proteger nuestras democracias europeas y nuestros valores europeos» (Consejo de la Unión Europea, 2025, párr. 2). No se puede uno sustraer a registrar un concepto de soberanía bastante anómalo, que apunta a la protección de los pilares de los sistemas sin apoyarse de manera «excesiva» en actores

externos. Como decir que lo que se huye no es, de por sí, apoyarse en intervenciones externas para garantizar los rasgos fundamentales de la propia forma de ser; es el exceso de ayuda solicitada lo que es estigmatizado. Si se quiere hablar propiamente de soberanía, la noción que viene primero a la mente es entonces la de los «Estados a soberanía limitada» de brezneviana memoria (Glazer, 1971)...

Con estas premisas, los principios mediante los cuales se pretende dotarse de un «marco de referencia para reforzar la capacidad de Europa de actuar en la esfera digital, garantizando al mismo tiempo coherencia, equilibrio y apertura» (Consejo de la Unión Europea, 2025, párr. 4), aunque sean todos, en sí y por sí, fácilmente compartibles, no pueden ver su alcance no considerablemente redimensionado a la luz del objetivo minimalista que están llamados a perseguir. Además, no puede dejarse de subrayar que la Declaración, ya desde su título, indica un fin («para», *for*), que, en cuanto tal, no está garantizado que sea alcanzable.

No es tanto esto, sin embargo, el punto más delicado de la Declaración: en el fondo, sería injusto criticar la modestia de los objetivos, si no es otra cosa en la medida en que esta derive de inyecciones de fuertes dosis de sano realismo. El aspecto en el cual quizás es más interesante detenerse atañe a la distancia que se ha creado entre el enfoque definitorio general y la concretización que, a través de las conductas deseadas, se ha propuesto. Dicho de otra forma, en el momento de delinear los confines y las formas de manifestación de los llamados «principios», los redactores de la Declaración, que bien en limine se mostraron (incluso demasiado) conscientes de la duplicidad de escalas geográficas en las que operan los actores nacionales y europeos, de un lado, y los globales, del otro, han optado, sin embargo, por un análisis sin anclaje al dato espacial *lato sensu*, optando por afirmaciones generales. Afirmaciones que, en su abstracción, de generales se han convertido bajo muchos perfiles genéricas y, por lo tanto, en parte no irrelevante inútiles.

3. LA GENERICIDAD DE LA DECLARACIÓN...

El marco dentro del cual se originó la Declaración para la soberanía digital está connotado, entre otras cosas (pero quizás sobre todo), por un doble reconocimiento: por un lado, el de la dimensión relativa de la Unión Europea respecto a las dinámicas globales y, por el otro, el de las dificultades que la Unión Europea encuentra para enfrentarlas y, *a fortiori*, para orientarlas.

A la luz de esta doble constatación, se podría haber esperado que la Declaración pretendiera proponer claves de lectura volcadas al superamiento siquiera parcial de las indicadas dificultades, a fin de dar cuerpo a algo no demasiado distante de una «soberanía», obviamente dentro de los confines de la Unión.

La enumeración de las acciones propuestas y de los principios a seguir, en cambio, se emparenta más con la expresión en el mundo digital de algunas de las características propias de los sistemas jurídico-institucionales europeos que con la prospectación de los pilares sobre los que plantear una real *policy* de actuación de la soberanía digital.

Ahora bien, para que la soberanía digital tenga alguna concretización, a pesar de los obstáculos que la minan en su raíz y de manera irremediable, es necesario que, en el momento de proyectar su actuación, se parta precisamente de estos obstáculos, con la idea de al

menos en parte sortearlos. Dicho esto, cuando se afronta la temática de la soberanía digital, el aspecto inevitablemente más delicado reside precisamente en la diversidad de planos entre la Unión Europea y los fenómenos que la Declaración misma define como «globales» y que tienen un relieve primario en el campo de las nuevas tecnologías.

Llama la atención que, evidenciadas, desde el principio, las dificultades derivadas de esta discrepancia de planos, la Declaración, cuando alude a la existencia de «*partners globales*», asume los fenómenos que trascienden a la Unión como un dato unitario, o mejor, como un conjunto de fenómenos que pueden tratarse unitariamente. Se trata de una simplificación que es, al mismo tiempo, excesiva y equívoca: excesiva, porque no tiene en cuenta la existencia de diferencias incluso profundas entre los fenómenos variamente vinculados al ecosistema digital; equívoca, porque precisamente la asimilación de fenómenos distintos impide adoptar un enfoque polédrico al dar cuerpo a la (anhelada) soberanía digital.

En cambio, la duplicidad de planos intuida *ab initio* podría y debería haberse desarrollado de manera mucho más articulada y convincente; y esto habría resultado posible si el análisis de marca político-institucional hubiera sido enriquecido por una visión de tipo geopolítico.

4. ... Y LA OPORTUNIDAD DE UN ANÁLISIS GEOPOLÍTICO DE LOS FENÓMENOS

Este último término —objeto, de más a menos, de un uso que no es quizás excesivo definirlo como inflacionario— requiere una precisión. En lugar de la definición que frecuentemente se proporciona de geopolítica, y que la sitúa cerca del análisis de las relaciones internacionales (Ibrido, 2025; Passaglia, 2026), una lectura diferente puede resultar más fructífera, en la medida en que permite asociar la decisión *lato sensu* política y la dimensión geográfica, identificando aquellas *policies* en las que el dato geográfico ejerce un peso no desdeñable en el ámbito del *decision-making*. La referencia va, esencialmente, a la conceptualización de la disciplina propuesta, entre finales de los años Setenta y los años Ochenta, por Yves Lacoste (1976), iniciador de una escuela todavía hoy muy seguida en Francia, cristalizada principalmente alrededor de la revista *Hérodote* (Lacoste, 2008).

A los presentes fines, la atención a la geografía (Lacoste, 2008) es particularmente importante sobre todo porque permite colocar en diferentes órdenes de magnitud los varios fenómenos que están vinculados a la soberanía digital. Para decirlo en términos más explícitos, el ecosistema digital no se compone solo de fenómenos globales, ya que dentro de él conviven fenómenos que son efectivamente globales y fenómenos que tienen un alcance geográfico más circunscrito, incluso mucho más circunscrito, hasta ser eminentemente locales. Si la imagen más sugestiva es la del ciberespacio en el cual barreras y fronteras tradicionales se evaporan en una dimensión a-espacial (Barlow, 1996), no se puede prescindir del hecho de que esta dimensión, para existir, requiere ante todo de infraestructuras, que tienen en cambio una materialidad indiscutible, y que frecuentemente imponen opciones de *policy* bien arraigadas en territorios específicos. Sin *servers* y cables no existiría el ciberespacio (Martino, 2024), pero la ubicación de unos y otros es el producto de opciones en las cuales entran en juego factores incluso muy lejanos del mundo digital. De la misma manera, el desarrollo de la inteligencia artificial no sería posible sin *data centers*, cuya localización, sin embargo, representa una elección geográficamente entre las más delicadas, como lo demuestra —entre otras cosas— el elevado uso de agua para el enfriamiento y el

nivel de ruido producido, escasamente compatible con la proximidad a centros poblados (Aresu, 2024).

Es claro que afirmar una soberanía digital debe significar, ante todo, propugnar el ejercicio en plena independencia de poderes vinculados a fenómenos que caben íntegramente dentro del territorio en el cual se ejerce la soberanía en sentido propio. No es significativo, a los presentes fines, si la competencia debe imputarse a la Unión Europea o a los Estados miembros: lo que importa es que el ente al cual se atribuye el poder esté en condiciones de ejercerlo.

En este punto no conviene detenerse en el dato puramente formal, que sugeriría conclusiones tanto obvias como, al final de las cuentas, inútiles: una verdadera soberanía digital debería, en efecto, ser capaz de condicionar (también) a los actores globales respecto a las decisiones que tengan una relevancia enteramente interna a los confines del que decide; las capacidades de influencia y de condicionamiento que las grandes multinacionales ejercen en muchos países del Sur global, incluso en la adopción de decisiones de este tipo, deberían ser una advertencia contra posibles expansiones de este *decision-making* alterado hacia el Viejo Continente. Y entonces, algún posicionamiento sobre un aspecto tan delicado, dentro de una Declaración para la soberanía digital europea, ciertamente no habría estado de más, más bien probablemente habría sido más que oportuno.

La omisión de cualquier referencia por así decir «localista» da testimonio de la perspectiva únicamente «global» en la que se ha vertido la reivindicación de soberanía digital. La elección, como se ha dicho, es discutible en sí, por todo lo que deja sin resolver, pero, si se mira bien, resulta fallida incluso bajo otro punto de vista, quizás igualmente importante. La Declaración objeto de examen hace amplio uso del término «global», asumiendo que este sea, por su naturaleza, descriptivo de una realidad única. Si se mira bien, sin embargo, las referencias parecen simplemente indicar la existencia de actores cuya esfera de actividad supera la de la Unión Europea y que, quizás, podrían definirse más provechosamente con el menos comprometedor atributo de la transnacionalidad: es obvio, en efecto, que no todo lo que supera la dimensión europea es «global». Pero lo que importa más es que el empleo de este último adjetivo no permite distinguir las diversas manifestaciones de la «globalidad», *recte* de la «transnacionalidad».

Para que las manifestaciones de la transnacionalidad no vayan a confluir en un bloque indistinto, el enfoque de tipo geopolítico se convierte en indispensable, y es particularmente perspicaz el recurso a métodos cartográficos que permitan figurar los fenómenos, concretizando sus caracteres esenciales desde la perspectiva geográfica (Lacoste, 2022).

En efecto, un fenómeno que tiene valencia transnacional, o, en el límite, incluso global, cuando se representa en un mapa, puede revelar configuraciones significativamente distintas. Este fenómeno puede ser auténticamente global, en el sentido de estar difundido por todo el planeta en formas siquiera significativas: el ciberespacio o el uso de los *smartphones* son dos elementos que pueden sin duda incluirse dentro de esta categoría. Al contrario, otros fenómenos están presentes, quizás, incluso en todas las áreas del planeta, pero su difusión, lejos de ser uniforme, deja emerger fuertes discrepancias, hasta el punto de poder individuar áreas de marcada concentración: un mapa del valor económico del recurso al *eCommerce* hace evidente que son las áreas más ricas del planeta las en las que el fenómeno se concentra; un mapa de la difusión de los drones hace, en cambio, emerger una tasa de penetración particularmente elevada en las zonas de guerra; y así sucesivamente.

Estas consideraciones pueden parecer, a primera vista, del todo extranjeras a la perspectiva teórica de amplio aliento que no puede ser sino propia de una Declaración que tenga por objeto la soberanía digital europea. En realidad, su impacto incluso sobre la dimensión auténticamente jurídico-institucional es de primera importancia.

Si la Unión Europea pretende de verdad ejercer su propia soberanía digital (o al menos intentarlo), por ejemplo adoptando normas que tengan por objeto fenómenos transnacionales, debe, claramente, tener en cuenta las problemáticas propiamente jurídicas ligadas a la diversidad de planos en los que se mueve (y que por tanto pueden asociarse a situaciones de extra-territorialidad, a necesidades de elección del derecho aplicable, etc.); al mismo tiempo, sin embargo, es más que oportuno que no descuide los elementos geopolíticos, ya que es fundamentalmente de estos de donde puede intentar prevenir su propia fuerza de condicionamiento.

Es prueba de esto el hecho de que la Unión Europea, de manera concreta, puede contar con un gran poder cuando debe reglamentar fenómenos que son transnacionales, pero que están concentrados en poca áreas del planeta, y entre estas Europa tiene un espacio relevante. Los destinatarios de la reglamentación saben, en efecto, que no pueden enfrentarse frontalmente a la Unión Europea sin correr el riesgo de perder una cuota notable de sus consumidores o de su volumen de negocios.

En lo opuesto, el poder de condicionamiento y la eficacia de la normativa se reduce grandemente cuando la Unión Europea reglamente fenómenos transnacionales de alcance auténticamente global. En este caso, el ejercicio de las atribuciones inherentes a la soberanía digital no puede valerse de la «renta de posición» constatada en la hipótesis anterior. Esto puede conducir a obvias dificultades de *enforcement*, pero la consecuencia potencialmente más significativa consiste en la posibilidad de que se produzcan procesos de «*foot voting*» (Tiebout, 1956; Banzhaf & Walsh, 2008). En efecto, si un cierto fenómeno es global, los destinatarios de las normas de la Unión Europea pueden tomar en consideración la idea de sustraerse a la reglamentación introducida sufriendo consecuencias relativamente limitadas.

Solo para plantear un ejemplo que pueda ser cuanto más posible explicativo, el caso de la reglamentación de la inteligencia artificial resulta particularmente idóneo: puesto que Europa no tiene una posición privilegiada respecto a otros sujetos geopolíticos (no invierte más que otros en la investigación, no tiene infraestructuras más competitivas, etc.), la introducción de una normativa rigurosa puede tener el efecto de hacer desplazarse los sujetos implicados en el desarrollo de la inteligencia artificial hacia otras áreas del planeta, donde sus actividades están menos limitadas. Se produce como consecuencia una crisis de efectividad de la normativa europea, pero también un refuerzo de *competitors* que, en el futuro, corren el riesgo de estar en una posición de fuerza tal como para imponer a la Unión Europea determinadas políticas (Passaglia, 2024).

5. UNA NOTA FINAL

El caso últimamente planteado sugiere más de alguna aprehensión, porque hace claro que la reivindicación y el concreto ejercicio de atribuciones soberanas, si no se calibran adecuadamente a la luz del contexto en el cual se colocan, corren el riesgo de tener pesados

efectos perjudiciales, hasta el punto de que una afirmación de soberanía puede, a la larga, traducirse, incluso, en el origen de una posición de debilidad.

Esto demuestra que un enfoque que sea únicamente de tipo jurídico-formal hacia las temáticas inherentes al ecosistema digital, y señadamente hacia las más «comprometedoras», no puede ser nunca adecuado. Nada, en efecto, perjudica las reivindicaciones de soberanía tanto como la incapacidad de hacer respetar lo que se haya impuesto. Y en un contexto en el cual Europa suma no pocos factores de debilidad, incluso las simples declaraciones, carentes de correspondencias concretas, pueden resultar contraproductivas, si no son percibidas como algo concretizable.

El enfoque geopolítico es precisamente en este nudo donde interviene: es también gracias a la geopolítica que se puede comprender, en primera instancia, si y cómo se puedan hacer seguir a una declaración efectos concretos y, posteriormente, qué tipo de efectos, inmediatos y en el medio-largo plazo, pueden diseñarse. No es poco, más bien es muchísimo, especialmente en un escenario global tan fragmentado e incierto como el actual. Pero entonces no se puede ocultar un cierto arrepentimiento derivado de la elusión de cualquier análisis geopolítico en el momento en que, a nivel europeo, se reivindicaba con fuerza el propio ser un actor soberano en el ecosistema digital.

Porque si a las palabras deben seguir los hechos, es bueno que los hechos sean previstos cuanto más sea posible.

REFERENCIAS

- Aresu, A. (2024). Geoecologia dei data center. *Limes. Rivista italiana di geopolitica*, 11, 159 ss.
- Baldoni, R. (2025). *Sovranità digitale. Cos'è e quali sono le principali minacce al cyberspazio nazionale*. Bologna.
- Banzhaf, H. S., & Walsh, R. P. (2008). Do people vote with their feet? An empirical test of Tiebout's mechanism. *The American Economic Review*, 3, 843 ss.
- Barlow, J. P. (1996, 8 de febrero). *A declaration of the independence of cyberspace*. Electronic Frontier Foundation. <https://www EFF.org/cyberspace-independence>
- Bellanger, P. (2011, 30 de agosto). De la souveraineté en général et de la souveraineté numérique en particulier. *Les Echos*.
- Bellanger, P. (2014). *La souveraineté numérique*. París.
- Brunessen, B., & Le Floch, G. (Eds.). (2024). *La souveraineté numérique*. Bruselas.
- Consejo de la Unión Europea. (2025). *Declaration for European Digital Sovereignty*. Berlín.
- Czerniawski, M. (2025, 3 de diciembre). EU's digital sovereignty and the rights-based imperative: Linking enforcement, competences and fundamental rights. *Verfassungsblog*. <https://verfassungsblog.de/digital-sovereignty-and-the-rights/>
- Farrand, B., & Carrapico, H. (2022). Digital sovereignty and taking back control: From regulatory capitalism to regulatory mercantilism in EU cybersecurity. *European Security*, 3, 435 ss.
- Fratini, S., Hine, E., Novelli, C., Roberts, H., & Floridi, L. (2024). Digital sovereignty: A descriptive analysis and a critical evaluation of existing models. *Digital Society*, 3, 59 ss.

- Glazer, S. G. (1971). The Brezhnev doctrine. *International Lawyer*, 169 ss.
- Gobierno de la Federación Rusa. (2019). *Ley federal n.º 90-FZ del 1.º de mayo de 2019*. Modificaciones a la ley federal «sobre las comunicaciones» y a la ley federal «sobre la información, las tecnologías de la información y la protección de la información».
- Ibrido, R. (2025). *Geopolitica costituzionale. Una introduzione*. Bologna.
- Kloza, D., Kuźelewska, E., Lievens, E., & Verdoodt, V. (Eds.). (2025). *The right not to use the internet: Concept, contexts, consequences*. Londres.
- Lacoste, Y. (1976). *La géographie, ça sert, d'abord, à faire la guerre*. París.
- Lacoste, Y. (2008). La géographie, la géopolitique et le raisonnement géographique. *Hérodote*, 130, 17 ss.
- Lacoste, Y. (2022). *La géopolitique par les cartes. La longue histoire d'aujourd'hui*. París.
- Martino, L. (2024). Sovranità digitale e competizione geopolitica nel contesto dei cavi sottomarini: analisi comparata degli approcci di Cina, Stati Uniti e Unione europea. *MediaLaws*, 2, 144 ss.
- Mostacci, E. (2008). *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*. Padua.
- Passaglia, P. (2021). La problematica definizione dell'accesso a Internet e le sue ricadute su esclusioni sociali e potenziali discriminazioni. *MediaLaws*, 3, 125 ss.
- Passaglia, P. (2024). Protezione dei dati personali e intelligenza artificiale: il Consiglio d'Europa tra ruolo geopolitico e tutela dei diritti fondamentali. *Alexis, Otoño-Invierno 2024/2025*, 78 ss.
- Passaglia, P. (2026). *Geopolitica e diritto. Un legame trascurato*. Milán.
- Roberts, H., Hine, E., & Floridi, L. (2023). Digital sovereignty, digital expansionism, and the prospects for global AI governance. En M. Timoteo, B. Verri, & R. Nanni (Eds.), *Quo Vadis, Sovereignty?* (pp. 51 ss.). Cham.
- Shaffer, G. C., & Pollack, M. A. (2010). Hard vs. soft law: Alternatives, complements, and antagonists in international governance. *Minnesota Law Review*, 712 ss.
- Somma, A. (Ed.). (2009). *Soft law e hard law nelle società post-moderne*. Turín.
- Tiebout, C. (1956). A pure theory of local expenditures. *Journal of Political Economy*, 5, 416 ss.
- von Ditzfurth, I. (2025). The European Union's pursuit of digital sovereignty through legislation. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2, 286 ss.



Libre determinación indígena para una relación inclusiva con el Estado peruano¹

DAVID LOVATÓN

Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú

1. INTRODUCCIÓN

El derecho fundamental a la libre determinación de los pueblos indígenas está reconocido en el Perú. El presente artículo desarrolla dicha consagración constitucional y su contenido constitucionalmente protegido, a la luz no sólo del texto constitucional y la aún escasa jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano sobre el particular, sino también a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, que en el Perú también forma parte del bloque de constitucionalidad.

También desarrollamos algunos aportes que una genuina vigencia de la libre determinación podría contribuir al fortalecimiento del Estado constitucional en el Perú: i) afianzar el carácter intercultural del Estado, que supone construir una nueva relación con los pueblos indígenas, ii) contribuir a la protección de la Amazonía, la biodiversidad, las áreas naturales protegidas, las fuentes de agua dulce y al uso sostenible de los recursos naturales; y iii) contribuir a una auténtica descentralización y a una mejor gestión territorial a nivel local.

2. EVOLUCIÓN Y CONTENIDO DEL PRINCIPIO/DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN INDÍGENA

En los años ochenta del siglo XX el paradigma de la integración respecto de los pueblos indígenas, fue reemplazado —paulatinamente— por el paradigma de la interculturalidad, en virtud del cual los pueblos indígenas ya no debían “integrarse” a la sociedad general, sino que los Estados nacionales tienen la obligación internacional no sólo de respetar la identidad cultural y libre determinación de los pueblos indígenas, sino de propiciar las condiciones para que se desarrollen conforme sus propias cosmovisiones y sistemas normativos.

En el ámbito internacional, la superación del paradigma integracionista se materializó con la adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en junio de 1989, fortaleciéndose con la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007. (Ramírez & Cerqueira, 2021, p. 5).

¹ Este artículo es una síntesis actualizada de una sección del libro “La libre determinación de los pueblos indígenas en el Estado constitucional” publicado por el autor el año 2024 (https://palestraeditores.com/wp-content/uploads/2024/09/INTERIORES-Lovatón-La-libre-determinación-de-los-pueblos-indigenas-PREVIOS.pdf?srltid=AfmBOoolcy906F7NxBSlQj6_vuLvI2LIZOICfE89lr91VArWxgaoXfgA)

En el ámbito normativo interamericano, este paradigma intercultural se consolidó con la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2016, aunque la jurisprudencia de la Corte interamericana inició este tránsito hacia este paradigma a partir del año 2000 con su pionera sentencia en el caso *Awas Tingni contra Nicaragua* a favor de los derechos territoriales y de propiedad colectiva de los pueblos indígenas. A partir de dicha sentencia, la Corte ha desarrollado una frondosa jurisprudencia a favor no sólo del derecho a la propiedad colectiva indígena, sino también en torno a la identidad cultural, sus modelos de desarrollo o la consulta previa.

Aunque el derecho internacional de los derechos humanos le ha conferido a la libre determinación un contenido, el mismo debe ser interpretado y aplicado en cada caso concreto tomando en cuenta la apropiación cultural que cada pueblo indígena hace de la libre determinación. En otras palabras, la libre determinación puede ser entendida culturalmente de diversas maneras y, por ello, su contenido jurídico siempre debe contar con una aproximación intercultural que, en el caso de América Latina y sin ser exhaustivos, podrá ser la noción del buen vivir adoptada por las Constituciones de Ecuador² y Bolivia, o de la Madre Tierra o Pachamama³, entre otras⁴.

Con esa prevención cultural y sin perjuicio del contenido constitucional que cada ordenamiento nacional desarrolle, podemos definir el derecho a la libre determinación como el derecho fundamental a determinar “libremente su condición política” y a perseguir “libremente su desarrollo económico, social y cultural” (ONU, 2007, art. 3º; OEA, 2016, p. 13, art. 3º).

En otras palabras, es el derecho, por un lado, a autoorganizarse y autogobernarse como pueblo en unas tierras o territorio determinados y, por otro lado, a decidir sus modelos de desarrollo y sus proyectos colectivos de vida. A fin de cuentas, es el derecho a decidir libremente cómo se organizan y se gobiernan y cómo y de qué viven.

El reconocimiento del derecho a la libre determinación supone —o debería suponer— la progresiva construcción de una nueva relación entre los Estados nacionales y los pueblos indígenas, bajo el paradigma intercultural de respeto a sus culturas, formas de gobierno local, modelos de desarrollo propios y formas de vida ancestrales, con pleno respeto a la integridad territorial y unidad política de tales Estados. Al respecto, la Comisión Interamericana ha sido enfática en sostener que el derecho a la libre determinación

² “La satisfacción de las necesidades, la consecución de una calidad de vida y muerte digna, el amar y ser amado, el florecimiento saludable de todos y todas, en paz y armonía con la naturaleza y la prolongación indefinida de las culturas humanas” (Ministerio de Educación de Ecuador, s.f.).

³ “‘Pacha’ significa universo, mundo, tiempo, lugar, mientras que ‘Mama’ es madre. Esta adoración a la Madre Tierra, significa el agradecimiento por las cosechas y el buen tiempo, por los animales y la abundancia del suelo” (Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, 2020).

⁴ “En la primera década del siglo XXI, y en el contexto de la crítica al paradigma del desarrollo, desde la perspectiva más vivencial del mundo indígena se han ido concretando un discurso y un concepto alternativos que se resumen en el *sumak kawsay* (en kichwa), *suma qamaña* (en aimara), *ñandereco* (vida armoniosa, en guaraní), *qhapaj ñan* (camino o vida noble, en quechua) —que incluye principios de vida como el *ayni*, *minka*, reciprocidad, solidaridad, respeto, complementariedad, dignidad, participación colectiva, justicia social, armonía con la madre naturaleza y con la comunidad, y el bienestar colectivo y familiar— y que podrían traducirse como ‘buen vivir’ o ‘vivir bien’” (Cepal, 2014, p. 33).

debe ser entendido como la base del diálogo para la construcción de una nueva relación entre estos pueblos y los Estados que puede dar lugar a arreglos específicos para que dichos pueblos puedan determinar su desarrollo económico, social y cultural, y otros aspectos de la libre determinación. (CIDH, 2021, p. 14, párr. 5)

Esta nueva relación del Estado nacional y los pueblos indígenas debería suponer, también, una mejora sustancial de los derechos sociales de los pueblos indígenas, que no son enemigos sino aliados del desarrollo, pero no de uno impuesto y contaminador, sino de un modelo de desarrollo sustentable tanto social como ambientalmente.

3. CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO/DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN INDÍGENA EN EL PERÚ

El derecho fundamental a la libre determinación de los pueblos indígenas está consagrado en el bloque de constitucionalidad peruano. Aunque no está literalmente mencionado, su consagración constitucional se desprende con claridad, por un lado, del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas, que, a la luz de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución peruana⁵, del artículo 55° constitucional⁶ y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano⁷, también forma parte de dicho bloque de constitucionalidad.

Por otro lado, también se desprende de la cláusula abierta de reconocimiento de derechos fundamentales del artículo 3° de la Constitución. Cláusula que abre la puerta entonces para reconocer otros derechos fundamentales como la libre determinación de los pueblos indígenas, que se desprende tanto de su dignidad humana, como del carácter democrático del Estado peruano, en el que debe regir la inclusión y ya no la exclusión de los pueblos indígenas.

Por ello, consideramos que este derecho fundamental de libre determinación está cobijado en el artículo 3° constitucional porque se desprende, por un lado, del principio/derecho a la dignidad humana consagrado en el artículo 1° constitucional y del derecho a la identidad étnica y cultural consagrada en el artículo 2.19° constitucional⁸ y, por otro lado, del reco-

⁵ “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.” (Constitución Política del Perú, 1993, cuarta disposición).

⁶ “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” (Constitución Política del Perú, 1993, art. 55°).

⁷ Sostenida jurisprudencia que incluso ha sido positivizada en el artículo VIII del Título Preliminar del Código procesal constitucional peruano: “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.” (Congreso de la República del Perú, 2021)

⁸ “Toda persona tienen derecho... A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación” (Constitución Política del Perú, 1993, art. 2.19°).

nocimiento de sistemas jurídicos y de justicias indígenas en el artículo 149º constitucional⁹ y del reconocimiento del autogobierno de las comunidades campesinas y nativas y de su identidad cultural colectiva consagrado en el artículo 89º constitucional¹⁰.

Por su parte, los derechos fundamentales consagrados en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú, así como en la interpretación que de los mismos hacen tribunales internacionales como la Corte Interamericana, también forman parte del bloque de constitucionalidad, pues la Cuarta Disposición Final y Transitoria establece que los derechos que la Constitución reconoce, se interpretan de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú y el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional agrega que también se interpretan de conformidad con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

En este caso, la libre determinación está reconocida como derecho en la Declaración de Naciones Unidas y en la Declaración Americana sobre los Derechos de Pueblos Indígenas. Si bien son declaraciones y no tratados ni convenios internacionales, y por ende, los Estados no podrían ser condenados internacionalmente por incumplir una Declaración, sin duda son criterios de interpretación de las normas, tanto internacionales como nacionales, que consagran los derechos de los pueblos indígenas y, en consecuencia, deben ser tomados como criterios de interpretación de las normas internas peruanas que consagran derechos fundamentales por parte de jueces y autoridades públicas.

El Tribunal Constitucional en al menos dos (02) sentencias ha reconocido el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. En una sentencia definió a este derecho como la capacidad de autoorganizarse y la facultad de aplicar sus propios sistemas normativos para resolver los conflictos dentro de sus territorios.¹¹ Por su parte, en la otra sentencia, el TC consagró la libre determinación indígena como la autonomía para definir sus propios destinos en base a la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.¹²

⁹ “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial” (Constitución Política del Perú, 1993, art. 149º).

¹⁰ “Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. *Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo*, dentro del marco que la ley establece... *El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas*” (Constitución Política del Perú, 1993, art. 89º, cursivas nuestras).

¹¹ “la libre autodeterminación es la capacidad de los pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros...” (Tribunal Constitucional del Perú, 2009, p. 14, párr. 32)

¹² ... el reconocimiento de tales pueblos indígenas, con sus costumbres propias, sus formas de creación de derecho y de aplicación del mismo, traspasan la dimensión de una mera asociación civil. Su visión se asienta sobre una dimensión política, establecida en última instancia en el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas [artículos 3º y 4º de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas-DNUDPI]. ... El objetivo es más bien el res-

4. APORTES DEL PRINCIPIO/DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN INDÍGENA AL ESTADO CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

Es pertinente desarrollar también algunos aportes de este derecho en la realización de otros bienes jurídico-constitucionales o derechos fundamentales. El reconocimiento y promoción de la libre determinación indígena puede ser un aporte importante en la realización de otros derechos como a un medio ambiente equilibrado, debido a la especial relación que ancestralmente han mantenido con la Naturaleza. A diferencia de la cultura occidental dominante, en virtud de la cual la Naturaleza y la tierra pueden ser objeto de explotación y por ello se habla de “recursos naturales”, por el contrario, las culturas indígenas consideran al hombre como parte de la Naturaleza y de la Tierra, por ende, la respetan, la cuidan y se benefician de la misma en forma sustentable.

Al respecto, el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas presentó el 2022 el informe temático “Áreas protegidas y derechos de los pueblos indígenas: las obligaciones de los Estados y las organizaciones internacionales”, en el que da cuenta, por un lado, de que tierras indígenas bajo protección de autoridades gubernamentales con frecuencia no han sido conservadas debidamente y, por otro lado, del valioso aporte que los pueblos indígenas pueden hacer para la conservación de las áreas naturales protegidas (Calí Tzay, 2022, p. 8).

Por su parte, el artículo II.2 del Título Preliminar de la Ley forestal y de fauna silvestre peruana (Ley N° 29763) contempla la posibilidad de que los pueblos indígenas participen en la gestión forestal; con lo cual, en el ámbito forestal ya está contemplada la posibilidad de un mayor involucramiento de los pueblos y comunidades en la gestión y protección de los árboles y bosques.

Por otro lado, ante un Estado que hasta ahora se ha mostrado incapaz de combatir eficazmente las actividades ilícitas que contaminan y devastan la Amazonía, como la minería ilegal de oro, en ejercicio de su libre determinación los pueblos indígenas podrían acordar e implementar con las autoridades estatales, a través de asociaciones público-comunitarias, un mejor y más eficiente control y combate contra estas actividades ilegales.

En el Perú ya hay un antecedente exitoso en la década de los noventa del siglo XX, cuando las fuerzas armadas entrenaron a los comités de autodefensa para combatir en las zonas rurales a Sendero Luminoso y el MRTA. Asimismo, las rondas campesinas que surgieron en los años setenta del siglo XX en las regiones de Cajamarca y Piura, años después también se enfrentaron al terrorismo. Hoy en día las rondas campesinas están reconocidas en el artículo 149° constitucional como parte de los sistemas de justicia indígenas y están reguladas por la Ley N°27908.

En América Latina hay experiencias de policías indígenas o comunitarias reconocidas por los Estados y que coordinan y articulan con las fuerzas del orden, como la Guardia indígena del Cauca en Colombia o la Policía Comunitaria Indígena del Estado de Guerrero en México (CIDH, 2021, p. 132–134, párr. 291–296). En esa línea, una posibilidad que habría para analizar

peto de su autonomía para definir sus propios destinos, así como su idea y proyecto de desarrollo. (Tribunal Constitucional del Perú, 2012, párr. 23)

y explorar más es la conformación de “guardias indígenas” en la Amazonía, como la que ya han creado los pueblos shipibo-konibo y kakataibo en la Amazonía central del Perú¹³.

Si bien el monopolio de la fuerza corresponde a las fuerzas armadas y policiales en un Estado constitucional (Constitución Política del Perú, 1993, art. 166° y 165°), también es un principio constitucional la legítima defensa, individual o colectiva, propia o de terceros, contra amenazas inminentes o agresiones, en el marco de los deberes primordiales del Estado peruano de “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos” y “proteger a la población de las amenazas contra su seguridad” (Constitución Política del Perú, 1993, art. 2.23° y 44°).

En ese marco constitucional, los pueblos indígenas, en coordinación con la Policía Nacional o con las Fuerzas Armadas, podrían organizarse en “guardias indígenas” para protegerse y proteger sus tierras contra actividades ilícitas y criminales, constituyendo una suerte de “autocuidado colectivo” de sus vidas y territorios y ciertamente con el límite del respeto de los derechos humanos que ya está consagrado en el artículo 149° constitucional.

Por otro lado, si bien el Estado peruano es unitario según el segundo párrafo del artículo 43° constitucional; a la vez, también es descentralizado (artículo 188° constitucional). Para combatir este excesivo centralismo limeño, en la Constitución vigente se consagró un claro mandato constitucional de descentralización territorial, de competencias y de recursos, como una de las rutas para incentivar el desarrollo integral y equilibrado y perfeccionar la democracia.¹⁴ Sin embargo, luego de algo más de dos décadas desde el inicio del proceso de descentralización, éste no ha contribuido significativamente al desarrollo integral ni equilibrado del país, salvo algunas excepciones de gestiones regionales y municipales destacables.

Ante ello, es pertinente repensar la descentralización en el Perú desde la perspectiva, entre otras, de un Estado intercultural que busca construir una nueva relación inclusiva con los pueblos indígenas, a partir del principio/derecho a la libre determinación. Bajo esta mirada, podría contemplarse la posibilidad de la creación de municipios o territorios indígenas con un doble propósito.

Por un lado, permitir el ejercicio de la libre determinación indígena en su faz de gobierno autónomo de sus tierras o territorios a nivel local. Por otro lado, la gestión territorial de localidades en las que el Estado peruano tiene escasa o nula presencia y que, en diálogo y alianza con algunos pueblos indígenas, podrían gobernarse mejor en términos de seguridad ciudadana, prevención y combate de economías ilegales, desarrollo económico, turístico, agrícola o forestal, sustentables social y ambientalmente, prestación intercultural de servicios públicos como salud y educación, entre otros.

Al crearse municipios indígenas, también se les podría permitir la elección de sus autoridades municipales según su propio sistema normativo indígena. En algunos municipios de México, eso ya sucede. El caso emblemático más conocido es el de la comunidad indígena

¹³ “Fueron los shipibo-konibo xetebo los primeros en implantar la guardia indígena. Ellos son un pueblo que habita predominantemente la región amazónica de Ucayali...” (Tosi, 2023, p. 37).

¹⁴ “La descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país” (Constitución Política del Perú, 1993, art. 188°)

Purépecha de San Francisco de Terán en el municipio del mismo nombre, en el Estado de Michoacán¹⁵.

Un atisbo de esta posibilidad ya está contemplado en el párrafo sexto del artículo 191º constitucional, cuando señala que “La ley establece porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, *comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales*. Igual tratamiento se aplica para los *Concejos Municipales*” (1993, cursivas nuestras). Es decir, la Carta vigente ya contempla la posibilidad que los pueblos y comunidades indígenas participen en los Consejos regionales y Concejos municipales, lo que normativamente prepara el camino institucional para la posible creación de gobiernos locales indígenas¹⁶.

En esta línea, una experiencia interesante a la que el Estado peruano debería darle mayor atención y evaluarla, es la que el pueblo amazónico wampís plantea desde hace varios años: el Gobierno territorial autónomo de la Nación Wampís¹⁷. Esta propuesta de gestión autónoma de su territorio ancestral¹⁸, busca “el aseguramiento de la continuidad de la existencia biofísica cultural de... la nación Wampis, tomando como base inseparable y un sistema simbiótico positivo del hombre-naturaleza y se proyecta al logro de Tarimat Pujut”¹⁹. El Tarimat Pujut es el buen vivir o vida plena en lengua wampís (Barclay & Noningo, 2023). Es importante destacar también que este ejercicio del gobierno autónomo territorial ya está reconocido en otros países amazónicos como Colombia²⁰.

¹⁵ “En el estado de Michoacán, México, la comunidad indígena purhépecha de San Francisco Cherán, en el municipio del mismo nombre donde también se encuentran otras comunidades purhépecha, logró el reconocimiento del derecho a realizar sus procesos de elección electoral según su propios usos y costumbres y sin la participación de partidos políticos... en 2014 la Suprema Corte de la Nación reconoció el carácter de municipio indígena de Cherán” (CIDH, 2021, p. 127, párr. 280).

¹⁶ Al respecto, María Soledad Pérez Tello hace un balance negativo de dichas cuotas electorales indígenas a nivel regional y municipal: “La norma, por lo tanto, no ha resuelto el problema, sólo lo ha puesto en evidencia. Por ejemplo, la cuota indígena muchas veces ha sido cubierta sólo con fines de trámite, ya que los representantes indígenas, los jóvenes y las mujeres han ocupado los últimos lugares y no tuvieron, desde que postularon, ninguna posibilidad de salir elegidos.” (Tello, 2022, p. 389).

¹⁷ Véase dicha propuesta en su página web: <https://nacionwampis.com/>

¹⁸ “El territorio de la Nación Wampís abarca 1 327 000 hectáreas y se extiende sobre dos de las regiones amazónicas del Perú. En la región Amazonas abarca la cuenca del río Kanús o Santiago (distrito Río Santiago, provincia Condorcanqui, región Amazonas) que discurre desde la frontera con Ecuador hasta el río Marañón. En la región Loreto abarca los tramos medio y alto del río Kankaim o Morona, que igualmente se origina en el Ecuador. Enlazando ambas cuencas, comunicadas por caminos ancestrales, se encuentra la cordillera Kampankias que se eleva 1435 metros, donde nacen muchos de los afluentes que alimentan ambas cuencas. La población Wampís de poco más de 15 mil habitantes se distribuye en 85 asentamientos que conforman 22 comunidades y anexos...” (Barclay & Noningo, 2021, p. 572).

¹⁹ Véase dicha propuesta en su página web: <https://nacionwampis.com/>

²⁰ “A través de la Mesa Regional Amazónica, instancia de concertación entre los pueblos indígenas de los 6 departamentos amazónicos y el Gobierno Nacional, se construyó y acordó el Decreto Ley 632 sobre el establecimiento de territorios indígenas en áreas no municipalizadas de los departamentos de Amazonas, Guainía y Vaupés que formaliza el reconocimiento de sus Consejos Indígenas como figuras de gobierno propio y pone en funcionamiento las entidades territoriales indígenas reconocidas en la Constitución de Colombia” (CIDH, 2021, p. 129, párr. 283).

CONCLUSIONES

En el marco de un Estado peruano intercultural, el bloque de constitucionalidad —que también comprende el derecho internacional de derechos humanos ratificado por el Perú— consagra el derecho fundamental a la libre determinación de los pueblos indígenas. Este derecho es de carácter colectivo, por un lado, porque sus titulares son los pueblos y comunidades indígenas; y, por otro lado, porque es la facultad colectiva de los pueblos indígenas a determinar libremente su condición política, su desarrollo económico, social y cultural y su sistema normativo. Este contenido constitucional comprende los derechos a un gobierno autónomo de sus tierras y territorios a nivel local, a sus sistemas jurídicos y de justicia, así como a modelos propios de desarrollo económico, social y cultural.

Ahora bien, en el marco del paradigma intercultural vigente, la libre determinación no sólo es un derecho, sino también un principio que debe regir una nueva relación entre el Estado peruano y los pueblos indígenas. Dicha relación no debería estar caracterizada por la exclusión y discriminación, como ha sido históricamente, sino por la inclusión y el diálogo basados en el respeto y valoración de las diversas culturas, conocimientos, estilos de vida y sistemas normativos indígenas.

En ese sentido, el Perú podría aprender mucho más de los conocimientos ancestrales en tiempos de emergencia climática, para cuidar la Amazonía y la Naturaleza en su conjunto. Como ha sostenido la Corte interamericana en la Opinión consultiva OC-32/25, los pueblos indígenas “históricamente han sido guardianes de los ecosistemas y poseen conocimientos tradicionales profundos sobre su funcionamiento.” (Corte IDH, 2025, párrafo 280)

Consideramos que esta nueva relación entre el Estado peruano y los pueblos indígenas podría generar valiosos aportes en el cumplimiento efectivo de otros derechos y bienes constitucionales. Estos aportes comprenden, entre otros, la configuración de un Estado intercultural, una auténtica y eficiente descentralización del país, una mejor gestión y gobierno del territorio nacional, una significativa contribución a la protección de la Amazonía, las áreas naturales protegidas y la biodiversidad, y, especialmente, a la lucha contra las economías criminales como el narcotráfico, la minería ilegal de oro, la tala ilegal, la pesca ilegal, entre otras.

REFERENCIAS

- Barclay, F. & Noningo, S. (2021). El camino de la autonomía de la Nación Wampís. En M. González, A. Burguete, J. Marimán, P. Ortiz-T. & R. Funaki (coord.), *Autonomías y autogobierno en la América diversa*. Universidad Politécnica Salesiana.
- Calí Tzay, F. (2022, 19 de julio). Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, José Francisco Calí Tzay - Áreas protegidas y derechos de los pueblos indígenas: las obligaciones de los Estados y las organizaciones internacionales, Naciones Unidas. <https://www.ohchr.org/es/documents/thematic-reports/a77238-protected-areas-and-indigenous-peoples-rights-obligations-states>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2021). *Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales [Informe]*. CIDH, OEA. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LibreDeterminacionES.pdf>

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2000). *Caso de la comunidad mayagna (sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares*. Sentencia del 1 de febrero del 2000. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_66_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2025). Opinión consultiva OC-32/25 del 29 de mayo del 2025 sobre emergencia climática y derechos humanos. <https://corteidh.or.cr/tablas/OC-32-2025/index.html>
- Instituto Nacional de Asuntos Indígenas. (2020, 1 de agosto). *Día de la Pachamama, o día de la Madre Tierra*. Portal oficial del Estado argentino. <https://www.argentina.gob.ar/noticias/dia-de-la-pachamama-o-dia-de-la-madre-tierra#:~:text=“Pacha”%20significa%20universo%2C%20mundo,y%20la%20abundancia%20del%20suelo>
- Ministerio de Educación de Ecuador. (s.f.). *¿Qué es el Buen Vivir? El nuevo Ecuador*. Página del Ministerio de Educación. <https://educacion.gob.ec/que-es-el-buen-vivir>
- Orantes, J. & Burguete, A. (coord.). (2018) *Justicia indígena, derecho de consulta, autonomías y resistencias*. Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones Multidisciplinarias sobre Chiapas y la Frontera Sur.
- Ramírez, N. & Cerqueira, D. (2021). *La libre determinación de los pueblos indígenas en México. Experiencias y regulación*. Fundación para el debido proceso, Fundar, Oxfam México.
- Tosi, J. (2023). *Las guardias indígenas amazónicas. Experimentos de autoprotección en el camino hacia la autonomía de los pueblos originarios en la Amazonía peruana*. Instituto de Defensa Legal, Forest Peoples Programme, The Shipibo Conibo Center, Organización Regional Guardia Indígena, Guardia Indígena del Pueblo Kakataibo
- Tribunal Constitucional del Perú. (2009). Expediente 03343-2007-PA/TC. Lima: 19 de febrero. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2012). Expediente 01126-2011-HC/TC. Madre de Dios: 11 de setiembre. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/01126-2011-HC.html>



La naturaleza como sujeto de derechos y el proceso constitucional ambiental: análisis desde el caso peruano con perspectiva comparada

ANDREA MARIANA DOMINGUEZ NORIEGA

Profesora de la Pontificia Universidad Católica del Perú

SHIRLEY MERCEDES BAUTISTA ATANACIO

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú

SHARON MAY ZABARBURU CHAVEZ

Magister por la Pontificia Universidad Católica del Perú

1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, los efectos de la crisis ecológica global han puesto en evidencia las limitaciones de los marcos jurídicos tradicionales para responder de manera eficaz a la degradación ambiental. Los distintos fenómenos como la pérdida acelerada de biodiversidad, el cambio climático y la contaminación de ecosistemas han desbordado las capacidades regulatorias del derecho ambiental clásico, enfocado principalmente en la gestión de recursos naturales desde una perspectiva utilitaria y centrada en el ser humano. Este contexto ha impulsado una expansión del constitucionalismo ambiental, entendido como la incorporación de principios, derechos y deberes ecológicos en los textos constitucionales y en la interpretación judicial, con el objetivo de reforzar la protección del ambiente como un bien jurídico fundamental (Boyd, 2012, p. 23).

En América Latina, diversos países han incorporado el derecho a un ambiente sano como derecho fundamental, dotándolo de mecanismos de exigibilidad a través de procesos constitucionales. Sin embargo, más allá de este reconocimiento, en años recientes ha emergido una tendencia aún más novedosa: el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos. Este giro implica una transformación profunda en la teoría jurídica, al cuestionar la tradicional distinción entre sujetos y objetos de derecho. Como sostiene Gudynas (2011), este enfoque propone “abandonar la visión instrumental de la naturaleza y reconocer su valor intrínseco” (p. 47).

El caso paradigmático es el de Ecuador, cuya Constitución de 2008 establece expresamente los derechos de la naturaleza que permiten a cualquier persona exigir su protección (art.

71). Este reconocimiento ha tenido un impacto significativo en la práctica judicial, abriendo la puerta a nuevas formas de litigio ambiental. De manera complementaria, la Corte Constitucional de Colombia (2016) ha desarrollado una línea jurisprudencial que reconoce a ciertos ecosistemas como sujetos de derechos, tal como ocurrió con el río Atrato en la sentencia T-622/16 (párr. 9.27). Estas experiencias reflejan una tendencia regional hacia la adopción de enfoques ecocéntricos en el derecho constitucional.

Este desarrollo ha sido impulsado en gran medida por la actuación de tribunales constitucionales y cortes nacionales, que han reinterpretado los derechos existentes a la luz de la crisis ecológica. En este sentido, el rol del juez constitucional ha adquirido una relevancia central, al convertirse en un actor clave en la construcción de nuevos paradigmas jurídicos. Como señala Rodríguez-Garavito (2011) la judicialización de los conflictos ambientales ha permitido expandir el alcance de los derechos y generar respuestas innovadoras frente a problemas estructurales (p. 1675).

En el caso peruano, si bien no existe un reconocimiento explícito de la naturaleza como sujeto de derechos, se observa una evolución progresiva del constitucionalismo ambiental. La Constitución reconoce el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado, y el Tribunal Constitucional ha desarrollado una jurisprudencia que amplía su alcance mediante la protección de intereses difusos. Asimismo, en años recientes se ha evidenciado un uso creciente de lenguaje ecocéntrico en decisiones judiciales y en el debate doctrinal, lo que sugiere una apertura hacia este nuevo paradigma.

No obstante, el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos no está exento de desafíos. Más allá de su valor simbólico, este enfoque plantea interrogantes fundamentales sobre su implementación práctica. En particular, surgen preguntas sobre cómo articular estos derechos dentro de los procesos constitucionales existentes, diseñados originalmente para la protección de derechos humanos. Aspectos como la legitimación activa, los estándares probatorios y la naturaleza de los remedios requieren ser repensados a la luz de esta nueva configuración jurídica.

En este contexto, el presente artículo plantea como marco de análisis ¿qué implicancias tiene el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos para el proceso constitucional ambiental? A partir de esta pregunta, se propone analizar cómo este nuevo paradigma transforma las categorías procesales tradicionales y cuáles son los desafíos que plantea para su implementación efectiva, con especial atención al caso peruano.

La hipótesis que orienta este estudio consiste en que, si bien el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos constituye un avance significativo en el plano conceptual, su eficacia depende de la capacidad del sistema jurídico peruano para adaptar sus estructuras procesales. Sin estas transformaciones, existe el riesgo de que este reconocimiento se mantenga en un nivel meramente declarativo, sin generar cambios sustantivos en la protección del ambiente.

En tal sentido, el objetivo de este artículo es examinar, desde una perspectiva reflexiva y crítica, las principales implicancias procesales del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, identificando tanto sus potencialidades como sus límites. Para ello, se analizará la experiencia comparada, la evolución del constitucionalismo ambiental en el Perú y los desafíos específicos que enfrenta el proceso constitucional en materia ecológica. Este análisis parte de la premisa de que la crisis ecológica contemporánea no solo

evidencia las limitaciones del derecho ambiental clásico, sino que también tensiona las nociones tradicionales de soberanía estatal sobre los recursos naturales, abriendo paso a nuevas configuraciones del constitucionalismo contemporáneo. En este contexto, se busca contribuir al debate académico sobre la construcción de un modelo de justicia ambiental capaz de responder de manera efectiva a estos desafíos.

2. EL RECONOCIMIENTO DE LA NATURALEZA COMO SUJETO DE DERECHOS: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO COMPARADO

En los últimos años ha surgido un nuevo régimen desde el derecho ambiental constitucional e internacional que regula y promueve la protección de los derechos ambientales relacionados propiamente a la naturaleza, frente a posibles afectaciones a los ecosistemas. En ese contexto, resulta relevante comprender las concepciones que promueven la conservación de la naturaleza: antropocentrismo y ecocentrismo.

Al respecto, el antropocentrismo concibe a la naturaleza como un conjunto de objetos valorados por las personas, quienes -en su calidad de seres cognoscentes y sintientes- constituyen agentes morales capaces de otorgar valores a los componentes del ambiente en función de la utilidad económica de los recursos naturales o de su necesidad para la calidad de vida y salud (Gudynas, 2010, p. 48).

Desde el punto de vista jurisprudencial, en el considerando 5.7 de la Sentencia T-622 de 2016, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que desde el enfoque antropocéntrico se “ha concebido al hombre como el único ser racional, digno y completo del planeta. [...], lo único que importa es la supervivencia del ser humano y solo en esta medida debe protegerse el medio ambiente, [...]”.

Dicho lo anterior, queda claro que el enfoque antropocéntrico busca proteger a la persona humana, lo cual resulta concordante con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al señalar como sujeto de protección a la persona, entendida como todo ser humano. Incluso, en atención al principio de equidad intergeneracional la protección no solo alcanza a las generaciones presentes sino también a las generaciones futuras. En ese sentido, bajo dicho precepto la preservación de los recursos naturales garantiza el desarrollo adecuado de la vida de las personas actuales y las siguientes generaciones, para lo cual resulta fundamental conservar el medio ambiente.

No obstante, surge la tendencia ecocéntrica en virtud de la cual el ser humano deja de ser el centro de protección y más bien la naturaleza adopta protagonismo para asegurar su conservación, dejando de lado la calificación de objeto para asumir la posición de sujeto de derecho, lo que implica que la naturaleza se respeta por su valor intrínseco y no por los beneficios que puede proveer a las personas (Cuéllar, 2021, p. 10). Dicho enfoque ha sido acogido en la Constitución Política de Ecuador de 2008, la cual ha sido pionera en establecer expresamente que la naturaleza es sujeto de derechos¹.

¹ Constitución Política de Ecuador de 2008

Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.
[...]

Sobre ello, en los considerandos 5.9 y 9.27 de la Sentencia T-622 de 2016, la Corte Constitucional de Colombia explica que el enfoque ecocéntrico parte de la premisa que el hombre pertenece a la tierra, por ello no es dueño de la biodiversidad ni de los recursos naturales; así, esta teoría concibe a la naturaleza como un auténtico sujeto de derechos que debe ser reconocido por los Estados y ejercidos por representantes legales. En atención a dicho razonamiento, en el numeral 10.2 de la mencionada sentencia se reconoció al río Atrato, su cuenca y afluentes como un sujeto con derechos a la protección, mantenimiento y restauración, en la medida que constituye una entidad compuesta por múltiples formas de vida y representaciones culturales, los que la convierten en un nuevo imperativo de protección integral y respeto por parte de los Estados y las sociedades.

Resulta relevante mencionar que en la mencionada sentencia se reconoce que la contaminación con mercurio y cianuro, así como la realización de actividades de minería ilegal en la cuenca del río Atrato y sus afluentes, vulneran el derecho al ambiente y afectan la producción de insumos (árboles, cultivos y peces), así como las formas tradicionales de vida y las prácticas culturales de las comunidades étnicas. En dicho contexto, resulta relevante el ejercicio efectivo de los derechos ambientales para garantizar la protección del ambiente.

A mayor abundamiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que el derecho al medio ambiente sano busca proteger sus componentes (bosques, ríos, mares, entre otros) y su interrelación para asegurar la supervivencia de los organismos vivos existentes, independientemente de su utilidad para el ser humano o la afectación a otros derechos (salud, vida o la integridad persona). Bajo dicho entendido, la Corte advierte una tendencia internacional a reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza a nivel judicial e internacional (Opinión Consultiva OC-23/17, párr. 62).

Dicha posición ha sido ratificada a través de la Opinión Consultiva OC-32/25, mediante la cual la CIDH indica que catalogar a la naturaleza como sujeto de derecho implica reconocer que los ecosistemas comprenden sistemas complejos e interdependientes, cuya adecuada funcionalidad y protección facilitan la preservación de las condiciones que sustentan la vida en el planeta y garantizan un entorno digno y saludable para el ejercicio de los derechos humanos. Así, la Corte precisa que dicha posición debe adoptarse bajo una perspectiva evolutiva del derecho internacional de los derechos humanos, en tanto representa una manifestación contemporánea del principio de interdependencia entre los derechos humanos y el ambiente (párr. 279 al 282).

De esa manera, se entendía que el derecho a un medio ambiente sano constituye un derecho autónomo que permitía evitar la degradación del ambiente y, por ende, la afectación de la humanidad; no obstante, la CIDH va más allá y establece el contenido del derecho a un ambiente sano, el cual involucra no solo la protección de la población sino también de los organismos no humanos o inertes (bosques, ríos, mares) calificados como “componentes” del ambiente, con lo cual se crea un nuevo sujeto de protección dentro del sistema interamericano (la naturaleza) (Montalván, 2021, p. 521), adoptando con ello la postura ecocéntrica.

A modo de ejemplo, en el caso *La Oroya vs Perú*, la CIDH explica ambos enfoques en función del derecho al agua. Así, señala que el derecho al agua como faceta sustantiva del

Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.

derecho al medio ambiente sano implica proteger los cuerpos de agua como elementos del ecosistema que tienen un valor en sí mismo, por su interés universal y su importancia para los demás organismos vivos; por otro lado, el derecho al agua como derecho autónomo implica reconocer el rol determinante que el agua tiene en los seres humanos, por ello se garantiza su acceso, uso y aprovechamiento. Sobre la base de lo expuesto, la Corte entiende que la faceta sustantiva del derecho al medio ambiente sano que protege este componente (recurso hídrico) parte de una premisa ecocéntrica, mientras que el derecho al agua potable y su saneamiento se fundamenta en una visión antropocéntrica. Ambas facetas se interrelacionan, pero, no en todos los casos, la vulneración de uno implica necesariamente la violación del otro (párr. 124).

De acuerdo con lo expuesto, se advierte una clara tendencia internacional a nivel constitucional y jurisprudencial por el enfoque ecocéntrico, con el cual se busca privilegiar la protección y conservación de la naturaleza y sus elementos, cuya interrelación facilita la funcionalidad de los ecosistemas, la supervivencia de los seres vivos y la protección de los seres inertes, lo que fundamenta los derechos de la naturaleza, cuyo reconocimiento implica “un giro conceptual que reconoce valores intrínsecos en los ecosistemas” (Gudynas, 2011, p. 48). Ello sin desconocer la postura antropocéntrica basada en el uso sostenible de los recursos naturales por parte de la población. Sin embargo, este desarrollo no solo plantea un cambio en la titularidad de los derechos, sino que también introduce tensiones relevantes en las categorías jurídicas tradicionales, particularmente en el ámbito del proceso constitucional.

En efecto, la transición desde un enfoque antropocéntrico hacia uno ecocéntrico exige repensar aspectos como la legitimación, la prueba y los remedios judiciales, lo que evidencia que el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos tiene implicancias que trascienden el plano sustantivo.

Asimismo, este proceso incide en la comprensión de la soberanía estatal sobre los recursos naturales; en este sentido, resulta necesario analizar cómo estos desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales se manifiestan en el caso peruano y qué desafíos plantean para el proceso constitucional ambiental.

3. EL CASO PERUANO

En el Perú, el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos no se encuentra expresamente previsto en el texto constitucional; sin embargo, se observa una evolución progresiva —aunque no lineal— del constitucionalismo ambiental, sobre todo a nivel jurisprudencial. Este proceso refleja una tensión entre el enfoque tradicional antropocéntrico, centrado en la protección del ser humano, y una incipiente apertura hacia perspectivas ecocéntricas que reconocen el valor intrínseco de los ecosistemas.

En este contexto, resulta relevante examinar cómo el ordenamiento jurídico peruano ha conceptualizado el ambiente y cuáles son los fundamentos constitucionales que permiten —o limitan— el desarrollo de un reconocimiento más amplio de la naturaleza como sujeto de derechos. Así, en el marco normativo peruano se ha definido el término ambiente como el espacio que comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las

personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros (Ley N.º 28611, 2005, art. 2.3).

Asimismo, a nivel jurisprudencial se ha dispuesto que el medio ambiente es el mundo exterior que comprende elementos naturales -vivos e inanimados- sociales y culturales que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivos (plantas, animales y microorganismos) (Tribunal Constitucional del Perú, 2004, párr. 27).

De esta manera, se entiende que el ambiente es el ámbito que comprende elementos bióticos y abióticos, cuya interacción permite la funcionalidad de los ecosistemas; no obstante, es innegable su interrelación con el ser humano en la medida que el ambiente constituye el espacio para el adecuado desarrollo de su vida, tal es así que le provee recursos naturales para la satisfacción de sus necesidades. Sobre ello, el Tribunal Constitucional (2005) ha precisado que los recursos naturales son los elementos que brinda la naturaleza que tienen una utilidad actual o potencial para el hombre, esto es que gozan de aptitud para generar algún tipo de provecho o bienestar (párr. 28).

Bajo dicha premisa, no se habilita el uso ilimitado de los recursos naturales, sino que se promueve el aprovechamiento sostenible de los mismos conforme ha sido establecido por el legislador a través de la Ley N.º 26821, a efectos de garantizar la conservación de la biodiversidad y asegurar su uso por parte de las generaciones presentes y futuras.

Partiendo de ello, en el inciso 22 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú se ha contemplado el derecho de toda persona a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, cuyo contenido abarca dos elementos: (i) el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado que otorga la facultad a toda persona a disfrutar sus elementos, sin generar una alteración sustantiva de la interrelación de sus componentes; y, (ii) el derecho a que ese medio ambiente se preserve, lo que genera deberes por parte de las autoridades orientados a garantizar las condiciones adecuadas para su disfrute y de los particulares que ejecutan proyectos de inversión susceptibles de generar impactos en el ambiente (Tribunal Constitucional del Perú, 2004, párr. 17).

En esa línea, los artículos 66 al 69 de la Constitución Política del Perú han establecido el deber del Estado de promover el uso sostenible de los recursos naturales, los cuales son patrimonio de la Nación; asimismo, se ha dispuesto que el Estado garantiza la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas, incluyendo el desarrollo sostenible de la Amazonía. A partir de ello, el Tribunal Constitucional (2020) ha denominado “Constitución ecológica” a nuestra Carta Fundamental, en tanto integra disposiciones que fijan las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente (párr. 7).

De acuerdo con lo expuesto, se evidencia que la persona humana ha sido el centro de preocupación del Estado peruano y la naturaleza el objeto para garantizar el adecuado desarrollo de la vida de las personas, con lo cual se advierte que el ordenamiento peruano se inclina por el enfoque antropocéntrico que busca proteger a la persona humana, quien resulta ser el fin supremo de la sociedad y del Estado, conforme se dispone en el artículo 1 de la Constitución Política del Perú; sin embargo, no podemos desconocer que también a nivel constitucional se ha garantizado la protección de la diversidad biológica.

De ahí que, el Tribunal Constitucional (2023) ha dejado abierto al debate doctrinal la definición del enfoque que adoptaría nuestra Constitución Política, esto es si corresponde a

una concepción antropocéntrica, entendida como el carácter funcional de la naturaleza para satisfacer las necesidades humanas; ecocéntrica, referida a que el ser humano forma parte de un ecosistema valioso, en el que debe existir equilibrio y armonía; o, biocéntrica que implica que todos los seres vivos tienen importancia *per se*, por lo que sus vidas deben ser respetadas (párr. 40).

De ahí que, si bien el propio Tribunal Constitucional (2023) reconoce que la Constitución Política parece proponer una mirada decididamente antropocéntrica (empezando por el artículo 1 de la Carta fundamental), también concluye que la Carta Magna comprende al ambiente, cuyos elementos y sus propias particularidades merecen protección por diversas razones, las cuales no están exclusivamente relacionadas a los intereses o las necesidades humanas (párr. 41).

Por tanto, se aprecia que el máximo intérprete de la Constitución no asumió una posición respecto al enfoque que subyace en la Carta Fundamental; no obstante, ello no ha sido óbice para que las autoridades a nivel judicial, regional o local emitan pronunciamientos respecto al reconocimiento de los elementos de la naturaleza como titulares o sujetos de derecho.

Así, el Juzgado Mixto de Nauta I² reconoció al río Marañón como titular de derechos, precisando que si bien no puede ser calificado como sujeto de derecho, corresponde al Estado reconocer su valor intrínseco y promover la protección, prevención y conservación del río Marañón en tanto contribuye en el funcionamiento de los ecosistemas y en la subsistencia de las comunidades nativas, incluyendo las futuras generaciones.

En esa línea, en el departamento de Puno se observa una tendencia predominante de las autoridades por otorgar derechos a la naturaleza. Por ejemplo, mediante la Ordenanza Municipal N.º 018-2019-CM-PM/A del 23 de septiembre de 2019 emitida por el Concejo Municipal de la Municipalidad Provincial de Melgar se reconoce a la cuenca del río Llallimayo como sujeto de derechos, en tanto posibilita a sus representantes a ejercer las acciones legales frente a la contaminación del río que habría sido causada principalmente por relaves mineros, así como institucionalizar y generar los mecanismos municipales orientados a la conservación y gestión sostenible del río en beneficio de la población.

Del mismo modo, con la Ordenanza Regional N.º 000011-2025-GRP/GR PUNO del 7 de agosto de 2025 el Consejo Regional de Puno del Gobierno Regional de Puno declaró de preferente interés regional el reconocimiento del Lago Titicaca y sus afluentes como sujeto de derecho, estableciéndose en sus considerandos que dicha decisión se basa en la Resolución N.º 14 emitida por el Juzgado Mixto Nauta que reconoce la importancia ecológica de los cuerpos de agua y la necesidad de mecanismos efectivos de conservación y restauración. En ese sentido, se listan los derechos del lago, tales como derecho a su existencia y mantenimiento de su integridad ecológica, derecho a la regeneración natural de sus ciclos hidrológicos y biodiversidad, derecho a estar libre de contaminación y actividades que alteren su estado natural, derecho a ser restaurado en caso de afectación ambiental y derecho a ser representado por entidades que velen por su protección y conservación.

² Resolución N.º 14 del 8 de marzo de 2024, correspondiente al Expediente N.º 00010-2022-0-1901-JM-CI-01. Dicha decisión fue ratificada por la Sala Civil de Loreto a través de la Resolución N.º 31 del 29 de agosto de 2024.

Por otro lado, mediante la Resolución N.º 11 del 28 de junio de 2024, el Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima señaló que el “Zorro Run Run” (zorrito andino) constituye un miembro parte de la naturaleza, que amerita una protección diferenciada y autónoma de sus derechos, siguiendo la doctrina de los derechos de los animales desde los “seres sintientes”³ bajo un enfoque ecocéntrico.

De lo expuesto, se advierte que a nivel constitucional el derecho al ambiente se ha desarrollado principalmente dentro de un paradigma antropocéntrico; sin embargo, el propio Tribunal Constitucional no descarta la aplicación de otros enfoques, tal como el ecocéntrico. En dicho contexto, conforme se expuso anteriormente, las sedes judiciales peruanas han adoptado protagonismo al concebir en algunos casos a elementos de la naturaleza como sujeto de derechos.

Así, dichos ejemplos permiten identificar algunos elementos relevantes. En primer lugar, existe un uso creciente de lenguaje ecocéntrico en el discurso jurídico, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina. En segundo lugar, se observa un reconocimiento simbólico de la naturaleza como entidad digna de protección en sí misma. Finalmente, se evidencia una apertura doctrinal hacia nuevas formas de entender la relación entre el derecho y el ambiente.

No obstante, se verifica que en algunos de los casos antes mencionados tienen como base la degradación del ambiente que conlleva a la afectación de la población, con lo cual se denota el carácter utilitarista del ambiente enfocado en la subsistencia de la humanidad; por tanto, si bien el común denominador de las sentencias judiciales citadas es el enfoque ecocéntrico, no es posible desprender de todas ellas el valor intrínseco de la naturaleza.

Ante dicho escenario, Sánchez (2023) explica que los argumentos jurídicos empleados por los jueces para el reconocimiento de los derechos de la naturaleza dependen del contexto cultural o de otras condiciones y/o intenciones que dificulta contar con un modelo transnacional, por ello considera que no basta con el activismo judicial, sino que resulta necesario el reconocimiento constitucional o en el derecho positivo que permitan esclarecer el desarrollo de estos derechos (p. 108).

Por su parte Cuéllar (2021) señala que “no se trata de situar a la naturaleza por encima de las personas ni mucho menos a las personas como núcleo esencial” (p. 16); por ello, somos de la posición que se determinen expresamente los derechos de la naturaleza, bajo los parámetros establecidos por la CIDH, en tanto consideramos que contienen elementos que por su valor intrínseco requieren protección, lo cual permitirá diferenciar los supuestos para el ejercicio del derecho de las personas a un ambiente sano y equilibrado. Asimismo, si bien se aprecia avances en la normativa vigente; por ejemplo, la Ley N.º 30407, Ley de Protección y Bienestar Animal, aún resulta relevante aclarar el ámbito de protección de ambos derechos que impida la emisión de pronunciamientos similares con argumentos dispares.

³ En el párrafo 87 de la Sentencia recaída en el Expediente N.º 00022-2018-PI/TC, el Tribunal Constitucional aclaró los términos “seres sintientes”: “Esta especial situación de los animales, que ha generado la progresiva adopción de medidas por parte del legislador, empieza a modificarse a través de la asunción de la idea que explica que ellos ostentan la condición de seres sintientes, lo que algunos han denominado incluso como una suerte de ‘dignidad animal’ (con el notorio propósito de distinguirla de los alcances de la dignidad humana), aunque sin trascender, claro está, de la condición de bienes sujetos de regulación a la de titulares de derechos. Efectivamente, el legislador les ha asignado esta suerte de estatus especial al prohibir primero, y criminalizar más tarde, el maltrato animal”.

Por otro lado, reconocemos que este proceso incide en la comprensión de la soberanía estatal sobre los recursos naturales. En efecto, en el artículo 66 de la Constitución Política del Perú se ha establecido que el Estado es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales, lo cual se traduce en la competencia para legislar y ejercer funciones ejecutivas y jurisdiccionales sobre ellos, conforme se dispone en el artículo 6 de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley N.º 26821. Bajo dicho precepto constitucional, el Estado no solo tendría el deber de regular y administrar los recursos naturales a través del otorgamiento de títulos habilitantes a particulares para su explotación en armonía con el interés de la Nación y el bien común, sino también para imponer límites jurídicos orientados a la protección de los ecosistemas por su valor intrínseco.

En consecuencia, el caso peruano refleja una etapa de transición en la que coexisten avances discursivos y aperturas jurisprudenciales hacia el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, junto con importantes vacíos normativos e institucionales. Si bien se ha ampliado el alcance del derecho al ambiente y el acceso a la justicia ambiental, no existe aún un desarrollo sistemático de las implicancias jurídicas de este reconocimiento, especialmente en el ámbito procesal. En particular, no se han definido con claridad aspectos como la legitimación para accionar en defensa de la naturaleza, los estándares probatorios aplicables a los daños ecológicos ni los mecanismos de reparación adecuados para ecosistemas.

Esta brecha entre el reconocimiento incipiente de la naturaleza como sujeto de derechos y la ausencia de herramientas procesales específicas evidencia que los principales desafíos no se sitúan únicamente en el plano sustantivo, sino en la capacidad del sistema jurídico para adaptar sus categorías tradicionales. En este sentido, el análisis del caso peruano permite identificar las tensiones que surgen en el proceso constitucional ambiental y que serán desarrolladas en la siguiente sección.

4. DESAFÍOS PARA EL PROCESO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL

El reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos no solo implica una transformación en la titularidad de los derechos ambientales, sino que plantea una reconfiguración profunda de las categorías tradicionales del proceso constitucional. En efecto, los mecanismos procesales diseñados para la tutela de derechos individuales o colectivos humanos resultan insuficientes cuando el titular del derecho es un ecosistema.

En el caso peruano, donde este reconocimiento aún no ha sido desarrollado de manera expresa en el plano constitucional, estos desafíos se manifiestan de forma anticipada tanto en la práctica judicial como en el debate doctrinal. En este contexto, tres dimensiones resultan especialmente relevantes: la legitimación para accionar en defensa de la naturaleza, los medios probatorios en litigios ecológicos y la definición de remedios constitucionales adecuados frente a daños ambientales complejos.

4.1. La legitimidad procesal de la naturaleza

Uno de los problemas más relevantes que plantea el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos es la determinación de quién puede actuar en su nombre. En los modelos tradicionales de derechos fundamentales, la legitimidad activa está vinculada a la

titularidad individual o colectiva del derecho vulnerado; sin embargo, cuando el titular es un ecosistema, esta lógica resulta insuficiente. Este problema no es meramente técnico, sino que refleja una transformación en la concepción misma del sujeto de derecho, en la medida en que desplaza el eje desde la titularidad humana hacia la representación de entidades ecológicas que no pueden ejercer sus derechos por sí mismas.

En el Perú, el marco constitucional permite una legitimación amplia a través de la defensa de intereses difusos. El Tribunal Constitucional (2005) ha sostenido que cualquier persona puede accionar en defensa del ambiente, lo cual constituye una base relevante para pensar en la legitimidad activa para accionar en defensa de la naturaleza, siendo entendida como sujeto jurídico (párr. 21). Este enfoque amplía el acceso a la justicia, pero no resuelve completamente el problema de la representación adecuada.

En efecto, una legitimación excesivamente abierta puede generar problemas de representación técnica o incluso la instrumentalización del litigio ambiental; por ello, el debate no solo debe centrarse en quién cuenta con legitimidad activa, sino también en cómo garantizar que la naturaleza sea representada de manera adecuada.

La experiencia comparada ofrece alternativas útiles. En Ecuador, la Constitución (2008) reconoce los derechos de la naturaleza y establece que cualquier persona puede exigir su cumplimiento (art. 71). Este modelo de acción amplia ha facilitado el acceso a la justicia ambiental, aunque también ha generado cuestionamientos sobre su efectividad práctica (Kauffman & Martín, 2017, p. 136).

Por otro lado, en Colombia se ha desarrollado la figura de los “guardianes” de la naturaleza. En la sentencia T-622/16, la Corte Constitucional de Colombia (2016) reconoció al río Atrato como sujeto de derechos y estableció un sistema de legitimidad activa compartida entre el Estado y las comunidades locales (párr. 9.27). Este modelo busca asegurar una representación más estructurada y eficaz.

Asimismo, la discusión sobre la representación de la naturaleza plantea interrogantes sobre el rol del Estado en su condición de garante del aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, lo que introduce tensiones con la concepción tradicional de soberanía, en la medida en que esta no puede ejercerse exclusivamente en función de intereses humanos, sino que debe incorporar criterios orientados a la protección de los ecosistemas.

En este contexto, la determinación de mecanismos adecuados de representación adquiere especial relevancia. En el caso peruano, una posible alternativa consiste en combinar una legitimación amplia con esquemas de representación especializada, como la designación de guardianes o defensores ambientales, lo cual también puede plantear desafíos adicionales, especialmente en relación con la definición de criterios claros para su designación, su legitimidad para actuar en nombre de la naturaleza y los mecanismos de control sobre su actuación.

4.2. Prueba en litigios ecológicos

Un segundo desafío central se vincula con la insuficiencia de los estándares probatorios tradicionales para abordar la complejidad de los litigios ecológicos. A diferencia de otros ámbitos del derecho, los daños ambientales suelen ser difusos, acumulativos y de

manifestación progresiva, lo que dificulta su acreditación dentro de los marcos procesales convencionales.

En primer lugar, el daño ecosistémico no siempre es inmediatamente visible ni fácilmente cuantificable, puede manifestarse en la pérdida de biodiversidad o en alteraciones funcionales del ecosistema. Como señala Boyd (2012) estos daños “son complejos, interdependientes y difíciles de traducir en categorías jurídicas tradicionales” (p. 64).

En segundo lugar, la incertidumbre científica constituye un obstáculo relevante. En muchos casos no existe consenso sobre las causas o los efectos de una determinada actividad, lo que debilita la posición del demandante. Asimismo, la causalidad en materia ambiental suele ser multifactorial, lo que dificulta atribuir responsabilidad directa.

Frente a estos problemas, el principio precautorio se presenta como una herramienta clave. Este principio permite adoptar medidas de protección incluso en ausencia de certeza científica absoluta, priorizando la prevención del daño ambiental. Según Peel y Osofsky (2015), el principio precautorio “reconfigura los estándares probatorios tradicionales al favorecer la acción preventiva” (p. 78).

Otra propuesta relevante es la inversión de la carga de la prueba. En contextos donde existe asimetría de información, podría exigirse al demandado que demuestre la inocuidad de su actividad. Este enfoque busca equilibrar las condiciones del proceso y facilitar la protección del ambiente. Este tipo de mecanismos refleja una reconfiguración del equilibrio procesal tradicional, orientada a compensar las asimetrías estructurales propias de los conflictos ambientales.

No obstante, la incorporación de estos mecanismos plantea tensiones relevantes con principios estructurales del proceso, como el debido proceso y la seguridad jurídica. El desafío no radica únicamente en flexibilizar los estándares probatorios, sino en diseñar un modelo procesal que permita responder a la complejidad del daño ambiental sin desnaturalizar las garantías fundamentales. En este sentido, la adaptación de las reglas probatorias se configura como un elemento central para la efectividad del proceso constitucional ambiental.

4.3. Remedios constitucionales ecológicos

El tercer desafío se refiere a la adecuación de los remedios constitucionales frente a la protección de la naturaleza como sujeto de derechos. Cuando el titular del derecho es un ecosistema, la lógica tradicional de la reparación resulta insuficiente, en la medida en que esta no puede limitarse a compensaciones económicas, sino que debe orientarse a la restauración de los procesos ecológicos afectados.

En este contexto, la restauración ecológica se presenta como el remedio más adecuado. Esta implica la recuperación del ecosistema afectado a su estado original o a un estado funcionalmente equivalente. Según Aronson y colaboradores (2016), la restauración “busca restablecer la integridad ecológica y los procesos naturales del sistema” (p. 193).

Sin embargo, la implementación de este tipo de medidas plantea desafíos prácticos importantes. La restauración puede ser costosa, prolongada y técnicamente compleja, lo que requiere mecanismos de seguimiento continuo. Esta característica evidencia que los remedios

en materia ambiental no pueden ser concebidos como medidas puntuales, sino como procesos continuos que requieren una intervención sostenida del aparato jurisdiccional.

En este sentido, el monitoreo judicial emerge como una herramienta clave, el cual implicaría que el juez no solo dicte una sentencia, sino que supervise su cumplimiento a lo largo del tiempo. Este cambio supone una transformación en la función del juez constitucional, quien deja de limitarse a declarar derechos para asumir un rol activo en la garantía de su cumplimiento efectivo. Como señala Rodríguez-Garavito (2011), este tipo de intervención judicial permite “asegurar la efectividad de los derechos más allá del fallo inicial” (p. 1685).

Asimismo, los planes de recuperación ambiental constituyen una alternativa complementaria que permiten estructurar medidas de corto, mediano y largo plazo, integrando aspectos técnicos, sociales y económicos. De este modo, los remedios adquieren una dimensión estructural, orientada no solo a reparar el daño, sino a prevenir su reiteración y garantizar la sostenibilidad del ecosistema a largo plazo.

En el caso peruano, la adopción de este tipo de remedios requeriría una adaptación sustantiva del proceso constitucional, así como una mayor coordinación entre el Poder Judicial y las autoridades administrativas ambientales. Sin estos ajustes, existe el riesgo de que las decisiones judiciales se limiten a declaraciones simbólicas, sin capacidad real de incidir en la protección efectiva de los ecosistemas.

En este contexto, la definición de remedios adecuados se configura como un elemento central para la efectividad del proceso constitucional ambiental. La transición hacia un enfoque ecocéntrico exige no solo ampliar el catálogo de derechos, sino también desarrollar mecanismos de reparación capaces de responder a la complejidad de los daños ecológicos. De lo contrario, el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos corre el riesgo de permanecer en un plano meramente declarativo, sin generar transformaciones reales en la protección de los ecosistemas.

CONCLUSIONES

El reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos constituye uno de los desarrollos más innovadores del constitucionalismo ambiental contemporáneo, en la medida en que cuestiona las bases antropocéntricas tradicionales del derecho e introduce una nueva racionalidad jurídica orientada a la protección de los ecosistemas por su valor intrínseco. Como sostiene Gudynas (2011), este cambio implica abandonar la visión instrumental de la naturaleza y reconocer su valor propio dentro del orden jurídico (p. 50).

La principal conclusión consiste en que la eficacia de los derechos de la naturaleza depende, en gran medida, de la capacidad del sistema jurídico para transformar sus categorías procesales. En efecto, los mecanismos tradicionales del proceso constitucional —diseñados para la tutela de derechos individuales o colectivos humanos— resultan insuficientes cuando el titular del derecho es un ecosistema. Esto obliga a replantear de manera integral aspectos como la legitimación, la representación, los estándares probatorios y los remedios judiciales.

En este contexto, la experiencia comparada muestra que la definición de mecanismos de representación adecuados, como la designación de guardianes, puede contribuir a una

protección más estructurada de la naturaleza, aunque también plantea desafíos en términos de legitimidad y control. Asimismo, la complejidad del daño ambiental exige la adaptación de los estándares probatorios tradicionales, incorporando herramientas como el principio precautorio y la inversión de la carga de la prueba, orientadas a enfrentar las asimetrías propias de los litigios ecológicos. De igual modo, la definición de remedios adecuados requiere superar la lógica compensatoria para avanzar hacia medidas de restauración ecológica y mecanismos de seguimiento continuo que garanticen su efectividad.

A la luz de estos elementos, el caso peruano evidencia con claridad las tensiones propias de un proceso de transición. Si bien se observan avances relevantes en el plano discursivo y una apertura jurisprudencial hacia un enfoque ecocéntrico, persisten vacíos normativos e institucionales que limitan la operatividad de este paradigma. En particular, la ausencia de un desarrollo sistemático de las implicancias procesales del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos constituye una de las principales barreras para su implementación efectiva

Esta brecha entre el reconocimiento incipiente y su aplicación práctica revela que los desafíos del constitucionalismo ambiental contemporáneo no se sitúan únicamente en la ampliación del catálogo de derechos, sino en la transformación de las estructuras procesales que permiten su exigibilidad. En este sentido, la necesidad de adaptar los mecanismos probatorios y los remedios judiciales ha sido destacada por diversos autores, quienes advierten que la complejidad del daño ambiental exige respuestas jurídicas igualmente complejas.

Asimismo, el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos introduce una reconfiguración de la soberanía estatal sobre los recursos naturales, en la medida en que impone límites jurídicos orientados a la protección de los ecosistemas por su valor intrínseco.

En consecuencia, el desafío para el Perú no radica únicamente en incorporar el lenguaje de los derechos de la naturaleza, sino en construir un modelo de proceso constitucional ambiental capaz de responder a la complejidad de los conflictos ecológicos contemporáneos. Sin estas transformaciones, existe el riesgo de que dicho reconocimiento permanezca en un plano meramente declarativo. Solo a través de la adaptación de las categorías procesales será posible consolidar una justicia ambiental efectiva, coherente con las exigencias del constitucionalismo contemporáneo.

REFERENCIAS

- Aronson, J., Clewell, A., Blignaut, J. & Milton, S. (2016). Ecological restoration: A new frontier for nature conservation and economics. *Journal of Environmental Management*, 181, 191–197.
- Boyd, D. (2012). *The environmental rights revolution*. UBC Press.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008, 20 de octubre), Asamblea Nacional Constituyente
- Constitución Política del Perú. (1993, 30 de diciembre). Congreso Constituyente
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). (1978, 12 de julio). Decreto Ley N.º 22231. Poder Ejecutivo.

- Cuellar, H. (2021). La naturaleza como sujeto de derechos. Un breve análisis constitucional, comparado y jurisprudencial. *Dos mil tres mil*, 23, 1-18. <https://revistas.unibague.edu.co/dosmiltresmil/article/view/269>
- Expediente 00010-2022-0-1901-JM-CI-01 (2024). *Resolución Número Catorce*. Juzgado Mixto de Nauta I.
- Expediente 04921-2021-0-1801-JR-DC-03 (2024). *Resolución N.º 11*. Tercer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima
- Gudynas, E. (2010) La senda biocéntrica: Valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica. *Tabula Rasa*, 13, 45-71. <https://www.revistatabularasa.org/numero13/la-senda-biocentrica-valores-intrinsecos-derechos-de-la-naturaleza-y-justicia-ecologica/>
- Gudynas, E. (2011). Derechos de la naturaleza: ética biocéntrica y políticas ambientales. *Revista de Derecho Ambiental*, 5(2), 45-62. <https://gudynas.com/wp-content/uploads/GudynasDerechosNaturalezaLima14r.pdf>
- Habitantes de La Oroya vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Series C No. 511 (2023). Corte Interamericana de Derechos Humanos. <https://www.gob.pe/institucion/minam/informes-publicaciones/5663914-sentencia-caso-habitantes-de-la-oroya-vs-peru>
- Kauffman, C., & Martín, P. (2017). Can rights of nature make development more sustainable? *World Development*, 92, 130-142. <https://cpb-us-e1.wpmucdn.com/blogs.uoregon.edu/dist/7/13481/files/2022/09/Kauffman-Martin-17-Can-Rights-of-Nature-Make-Development-More-Sustainable.pdf>
- Ley N.º 26821. (1997, 26 de junio). *Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales*. Congreso de la República.
- Ley N.º 28611. (2005, 15 de octubre). *Ley General del Ambiente*. Congreso de la República.
- Ley N.º 30407. (2016, 8 de enero). *Ley de Protección y Bienestar Animal*. Congreso de la República.
- Montalván, D. (2021). Antropocentrismo y ecocentrismo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Araucaria*, 23(46), 505-527. <https://revistascientificas.us.es/index.php/araucaria/article/view/14326>
- Opinión Consultiva OC-23/17. (2017, 15 de noviembre). *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Serie A N.º 23. Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf
- Opinión Consultiva OC-32/25. (2025, 29 de mayo). *Emergencia Climática y Derechos Humanos*. Serie A N.º 32. Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_32_es.pdf
- Ordenanza Municipal N.º 018-2019-CM-PM/A (2019, 23 de septiembre). *Ordenanza que reconoce a la cuenca del río Llallimayo como sujeto de derecho, con el fin de institucionalizar y generar los mecanismos y estrategias municipales que garanticen la conservación y gestión sostenible en beneficio de la población y de los ecosistemas*. Municipalidad Provincial de Melgar
- Ordenanza Regional N.º 000011-2025-GRP/GR PUNO (2025, 20 de septiembre). *Ordenanza Regional que declara de preferente interés regional el reconocimiento del Lago Titicaca y sus afluentes*. Gobierno Regional de Puno.
- Peel, J., & Osofsky, H. (2015). *Climate change litigation*. Cambridge University Press.

- Rodríguez-Garavito, C. (2011). Beyond the courtroom. *Texas Law Review*, 89(7), 1669–1698. https://texaslawreview.org/wp-content/uploads/2015/08/Rodriguez-Garavito-89-TLR-1669.pdf?utm_source=chatgpt.com
- Sánchez, D. (2023). El reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos: una oportunidad para repensar la planeación del ordenamiento territorial como función administrativa. *Revista Derecho del Estado*, 54, 87-131. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/8364/13325>
- Sentencia recaída en el expediente N.º 0048-2004-AI/TC (2005, 1 de abril). Tribunal Constitucional. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>
- Sentencia recaída en el expediente N.º 0012-2019-PI/TC (2020, 16 de junio). Tribunal Constitucional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00012-2019-AI.pdf>
- Sentencia recaída en el expediente N.º 03383-2021-PA/TC. (2023, 25 de julio). Tribunal Constitucional. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/03383-2021-AA.pdf>
- Sentencia T-622/16. (2016, 10 de noviembre). Corte Constitucional de Colombia. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=72478>



La alargada sombra de la crisis del constitucionalismo democrático

JOSÉ ENRIQUE SOTOMAYOR TRELLES

Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú

1. ESTADO DE CRISIS

El ideal constitucionalista de control y limitación en el ejercicio de un poder representativo en términos democráticos parece hoy en notoria crisis por múltiples y complejas razones (cfr. Loughlin, 2019). Por crisis, me refiero aquí a un estado de cosas en el cual las premisas y presupuestos que sostienen este modelo de teoría político-jurídica están bajo asedio y en una situación de erosión permanente. El ideal se encuentra bajo ataque porque hoy hay voces que cuestionan tanto el componente constitucional como el componente democrático: de un lado, quienes creen que la democracia debería demandar menos frenos en su despliegue y que, en tal medida, los mecanismos constitucionales suponen molestas limitaciones al devenir de la voluntad popular; del otro, voces que consideran que la democracia no es un régimen político valioso y que alguna forma de gobierno alternativa la puede reemplazar sin mayor pérdida (por ejemplo, un gobierno de expertos o de elites económicas) (Vid. Issacharoff, 2018). Pero el ideal también está en erosión porque las democracias constitucionales occidentales acumulan malestar y desilusión ciudadana a sus espaldas: con un modelo de estado de bienestar largamente superado por el desarrollo histórico y con una alternativa neoliberal que se ha visto aplastada por un renovado nacionalismo económico, las democracias constitucionales se encuentran ante un desgaste de la confianza que generaban en la ciudadanía, a lo que se suma la progresiva destrucción de instituciones políticas informales que sostenían la formalidad de las reglas de juego.

En la esfera política, nuevas formas de legitimidad carismática de talante autoritario han marcado una agenda global que poco a poco ha tendido hacia la erosión de las reglas de juego y la banalización de los derechos fundamentales. Esto ha afectado no solo al fuero interno de democracias occidentales, sino a las endeble reglas que sostienen al precario derecho internacional. En ese frente, la sombra de Carl Schmitt y su soberano guardián de la Constitución retorna frente a la esperanza kelseniana de una arquitectura del poder y de las reglas que dominó a las democracias occidentales desde al menos la segunda mitad del siglo XX (vid. Herrera, 1994).

Pero no solo la política enfrenta los embates de una crisis compleja: las reglas que otrora se esperaba que pudieran controlar la acometida de los mercados y el poder del dinero hoy se ven sobrepasadas por el poder salvaje por antonomasia, uno capaz de fundar la desigualdad antes que la igualdad. El poder de grandes empresas transnacionales y super millonarios es cada vez mayor y el ascenso de los magnates de la tecnología —con una plétora de defensores y entusiastas entre quienes se cuentan mediáticos filósofos— solo va a acentuar esta situación en la que una publicación en una red social como X puede

hacer entrar en crisis a mercados y países¹. Ante tal escenario, la vuelta a los debates sobre el constitucionalismo económico aparece como necesaria, y la incorporación de enfoques como el del movimiento derecho y economía política (LPE) se muestra pertinente (vid. Britton-Purdy *et al.*, 2020, para una panorámica los temas y problemas de una agenda de investigación sobre LPE).

En tercer término, las presiones ciudadanas apuntan en muchos casos a un restablecimiento de una idea de soberanía en renovada clave rosseauiana: la soberanía del pueblo. Esto ha llevado a algunos teóricos políticos a verse seducidos por los efluvios de un populismo teóricamente refinado, un soberano-pueblo perpetuo. Al final de cuentas, esto muestra nuevamente que la tecnología constitucional del control y canalización del poder está sometida hoy a notables presiones multinivel desde varios frentes.

A todas estas capas se suman dos fenómenos que han devenido relevantes en países como el Perú. Primero, los procesos migratorios que han desplazado a enormes grupos humanos —como los venezolanos, sirios, palestinos o haitianos— fuera de sus países de origen, desde territorios usualmente ubicados en el Sur Global y hacia el Norte (aunque hoy es también un fenómeno habitual la migración Sur-Sur). Este frente nos pone ante el escándalo moral de las fronteras cerradas y los procesos migratorios de imposible prosecución y nos hace preguntarnos, en clave ferrajoliana, si la noción de ciudadanía no es hoy una carta de desigualdad. Por otro lado, tenemos una crisis de orígenes internos y relacionada con el desarrollo de formas de pluralismo jurídico que exigen una respuesta constitucional renovada. Los nuevos constitucionalismos latinoamericanos como los de Bolivia y Ecuador fueron parte de un movimiento esperanzador para terminar con la herencia colonial en su faceta de régimen político, pero como resulta evidente hoy —cuando parece posible hacer un balance— los resultados no han sido todo lo promisorios que se esperaba. Algunos, como Gargarella (2018), apuntan a una razón relacionada al olvido de la siempre relevante sala de máquinas de la constitución, por lo que volveré sobre ese tema más adelante.

Las mencionadas son solo algunas postales de una crisis generalizada de la que parece incierto que el proyecto del constitucionalismo pueda salir bien librado. No obstante, dado que se trata de una tecnología política que tiene más de mil años de historia, es al menos justo brindarle el beneficio de la duda sobre sus prospectos para salir bien librada. La pregunta, entonces, es ¿cómo puede hacerlo?

2. EL REVIVAL DE LOS LIDERAZGOS CARISMÁTICOS Y EL LUGAR DE LAS INSTITUCIONES INFORMALES

La autoridad carismática weberiana descansaba sobre la relación que se establece entre un líder político y la población que le sigue. Esta relación se basa en componentes afectivos más que racionales —estos últimos eran propios de la autoridad racional-legal—, y no requiere de un tamiz reflexivo o de un razonamiento basado en reglas (Weber, 1964, pp. 172 y ss.). El líder es capaz de representar y canalizar emociones, sentimientos y miedos, y ofrecer formas imprecisas de revertir un estado indeseable de cosas. En esta empresa, el

¹ Véase, por ejemplo, el caso de una noticia falsa publicada en X sobre los aranceles del gobierno de Estados Unidos durante el 2025: <https://www.eleconomista.es/mercados-cotizaciones/noticias/13307308/04/25/que-ha-pasado-en-el-mercado-un-tuit-falso-sobre-un-supuesto-freno-a-los-aranceles-dispara-a-wall-street-un-5.html>

líder puede adoptar medidas reñidas, extraordinarias o hasta contrarias con las que sugiere el derecho formal. En tal medida, un campo de pugna constante es el que se configura entre esta figura y el imperio de la ley. Hoy vemos el retorno de esta forma de liderazgo en personajes como Donald Trump, Viktor Orbán, Nayib Bukele o Recep Tayyip Erdogan. El sello distintivo de su estilo es que son capaces de llevar hasta los límites la contraposición entre su liderazgo y el mundo de las reglas, donde se encuentra la constitución como ley fundamental (cfr. Lutmar & Dayan, 2025). Pero si ellos defienden un sentir epocal, una suerte de eticidad, son capaces de contraponer la ley constitucional con la constitución como entidad histórico-política. Pretenden ser, en ese sentido, los auténticos guardianes de una constitución hecha a la medida de sus ambiciones. Su ascenso se ve signado por la creciente importancia de la figura presidencial, aunque esto no es siempre así.

A este primer rasgo de crisis política del constitucionalismo se suma un segundo componente. Como apuntaron hace unos años Levitsky y Ziblatt (2018), un factor de erosión democrática notorio lo encontramos en el abandono progresivo de una serie de reglas no escritas —instituciones informales— que sostienen la democracia. Estas reglas no escritas tienen funciones asociadas, por ejemplo, a la reducción de los niveles de polarización o al logro de consensos en sede parlamentaria. Sin estas, es muy difícil pensar que las solas reglas formales puedan soportar las tensiones constitucionales. Entre los autores que han reflexionado sobre cuestiones emparentadas desde el derecho constitucional, Mark Tushnet (2004) acuñó la expresión de “juego rudo constitucional (*constitutional hardball*)”. Para Tushnet, este concepto remite a prácticas políticas (que pueden ser legislativas del ejecutivo) que, aunque se encuentran dentro de los linderos de la competencia formal asignada por alguna fuente de derecho (Constitución o ley), suponen sin embargo una tensión o presión sobre entendimientos preconstitucionales. Esto de “entendimientos preconstitucionales”, que —como ya señalé— son un conjunto de prácticas o reglas no escritas de convivencia política. Un ejemplo para graficar la idea lo encontramos en el devenir político constitucional peruano. Desde antes del 2016, momento en que se inicia la larga crisis política que asola el país, teníamos las figuras de vacancia presidencial (artículo 113), cuestión de confianza (artículo 130), interpelación a ministros (artículo 131), disolución del Congreso (artículo 134), antejuicio político (artículo 100), entre otras. Evidentemente estas instituciones tenían una serie de deficiencias de diseño cuyas costuras se hicieron visibles cuando la crisis escaló. Pero el punto consiste en plantear una pregunta contrafáctica (siempre tan problemática para la filosofía): ¿por qué estas instituciones no se habían utilizado de forma tan agresiva o ruda antes? Si las deficiencias son de origen y yacen en una redacción constitucional problemática, ¿por qué no saltaron antes a la vista? Una hipótesis razonable es que no vimos que estallaran porque una serie de reglas no escritas de medida y contención política subyacían a la práctica de los actores involucrados, sea el ejecutivo o el legislativo. El debilitamiento de estas instituciones informales es un rasgo de varias democracias constitucionales contemporáneas.

3. EL PODER SALVAJE DEL DINERO

Luigi Ferrajoli consideraba que el gran problema asociado a la intromisión del dinero en la democracia constitucional consistía en que ponía en cuestión la separación entre esfera pública y privada, entre poderes políticos y económicos, a través de conflictos de intereses y vínculos de signo corrupto entre política y economía (Ferrajoli, 2011, p. 53). Si bien el autor italiano reflexionaba estas cuestiones a la luz de la experiencia del poder privado y su influencia en los medios de comunicación, creo que más grave y acuciante es el escenario

reciente que han hecho posibles las enormes empresas tecnológicas que han dado pie a una nueva clase de super-rícos que pululan lugares como Silicon Valley en los Estados Unidos. Estos magnates controlan conglomerados digitales de redes sociales, inteligencia artificial y seguridad nacional. De tal forma, regeneran el modelo de desarrollo estadounidense entendido como un complejo militar-industrial del que salen nuevas tecnologías de vigilancia, extracción de datos y precarización del trabajo. El punto de relevancia constitucional aquí se relaciona con el poder diferencial que estos actores tienen para incidir en la gestión de la res pública, el devenir de la libertad de expresión, de la protección de datos e información personal y la forma en que ven el futuro. Tenemos ya muestras de la ideología que les inspira: desde la combinación *sui generis* de libertarismo y utilitarismo del “altruismo eficaz” que inspiró a personajes como el estafador de criptomonedas Sam Bankman-Fried, pasando por ciertos componentes eugenésicos en el “largotermismo” (la idea de que es un problema ético central el asegurar la prosperidad futura), o la ideología neoreaccionaria de empresarios como Peter Thiel —fundador de Palantyr— y llegando hasta las políticas públicas de recorte del gasto público que Elon Musk quiso (y por un tiempo logró) canalizar a través de DOGE en los Estados Unidos, estos personajes amasan capacidad de influencia y presión sobre los mecanismos políticos tradicionales y, así, buscan lograr decisiones que moldeen el mundo a su antojo (*vid.* MacAskill, 2016 y 2022; Karp & Zamiska, 2025).

Pero a la par de estos terraformadores a imagen de Silicon Valley, tenemos una penetración de capital en la política en países con elevados niveles de informalidad y anomia social como el Perú. Aquí, a la par de los apóstoles de la economía (como los llamó Francisco Durand, 2017), tenemos una nueva y creciente penetración de intereses económicos ilegales en la gestión parlamentaria y del ejecutivo a través de lobbies y corruptelas. Tal escenario se potencia en una democracia sin partidos, como es la peruana. Así, mediante estas formas no democráticas de influenciar en la política se ha transformado la actividad parlamentaria en un foro de gestión de intereses privados.

4. SOBERANO-PUEBLO PERPETUO

La tercera manifestación de la crisis constitucional se relaciona con el renacimiento del populismo en la teoría política contemporánea. Los mecanismos ideados por el constitucionalismo para canalizar las demandas de la ciudadanía y la esfera pública al sistema político han fracasado debido a dinámicas políticas y tecnocráticas que tergiversan el mandato representativo hasta desfigurarlo. Esta autonomización de subsistemas especializados, para retomar las líneas de un diagnóstico habermasiano, genera una desconexión con las bases sociales de legitimidad, por lo que la reversión de ese estado de cosas la han encontrado algunos en la tradición radical del soberano-pueblo perpetuo, capaz de intervenir y reintervenir cuantas veces sea necesario (*cfr.* Habermas, 1987, pp. 240 y ss.; Vergara, 2020). Pero esto ha derivado en formas de populismo que en sus variantes más peligrosas acarrearán falta de reflexividad y la supresión de garantías y derechos. Precisamente la tradición contractualista del constitucionalismo enfatizaba en la mediación temporal de una política reglada, capaz de canalizar en procedimientos las demandas políticas y reconducirlas por un cauce institucional. Esa mediación es vista hoy con sospecha y el resultado puede ser un peligroso populismo y desinstitucionalización de las democracias constitucionales, aunque este asunto podría ser matizado en más de un aspecto, en la línea del trabajo de autores como Ernesto Laclau y Chantal Mouffe (*vid.* Laclau, 2005).

5. DOS PROCESOS ADICIONALES CONTEMPORÁNEOS: LAS OLAS MIGRATORIAS Y EL PLURALISMO JURÍDICO

Ya sea que la causa se encuentre en procesos de erosión social, económica y política de origen interno, presiones internacionales, legados históricos convulsos asociados al colonialismo o guerras contemporáneas, el mundo enfrenta hoy el reto de grandes olas migratorias que han generado presión en las fronteras. Las noticias dan cuenta de diásporas de ciudadanos venezolanos, sirios, palestinos o haitianos que abandonan sus regiones de origen en busca de mejores perspectivas de vida. Estas olas solían adoptar el esquema de origen desde el Sur Global hacia un país del Norte, como en el caso de la migración latinoamericana hacia Estados Unidos o la migración de países de África hacia el mediterráneo europeo, pero es cada vez más común ver procesos migratorios Sur-Sur o intrarregionales asociados, por ejemplo, a la crisis del cuidado y las demandas de trabajo doméstico barato. Hoy especialistas de CEPAL (Valenzuela *et al.*, 2020), por ejemplo, hablan de corredores migratorios asociados a migrantes de trabajo doméstico entre países como Perú, Bolivia y Paraguay hacia destinos como Argentina. A esto se suma el fenómeno de que la economía de países como El Salvador, Honduras o Nicaragua depende en buena medida de las remesas que envían sus compatriotas desde el exterior.

En su llegada a los países de destino las olas de migrantes enfrentan tanto barreras físicas de entrada como, una vez precariamente instalados en el destino, una serie de barreras más sutiles e invisibles. En una potente expresión, autoras como Emily Frank (2024) o Marta Pérez, Débora Ávila, Sergio García y Ariadna Ayala (2021) hablan de la burocracia como frontera. Esta frontera opera limitando derechos, desincentivando procesos legales, imposibilitándolos, sancionando y persiguiendo trabajos realizados por migrantes precarios o entorpeciendo diversos aspectos de la vida en los destinos finales de los migrantes y son una arista clave para entender una ciudadanía de segunda o hasta tercera categoría asignada a estas personas.

El escenario hasta aquí descrito pone frente al constitucionalismo un reto de corte cosmopolita: las fronteras nacionales parecen hoy artificios de exclusión que limitan la prosecución de derechos a aquellos pocos afortunados que gozan del beneficio de la ciudadanía oficial. De esta forma, las olas migrantes aparecen llanamente excluidas o precarizadas y vulnerables frente a criminalidad, pobreza y violencia física y sexual. Esta faceta de la crisis muestra que incluso en su variante funcional, el constitucionalismo democrático de linderos nacionales parece insuficiente frente a los retos de un mundo convulso, interconectado y complejo.

Por otro lado, el reto del pluralismo jurídico demanda un constitucionalismo renovado. Hoy, el proceso histórico que ha llevado a los distintos momentos de lo que Raquel Yrigoyen (2011) llama “horizonte del constitucionalismo pluralista” requiere un reconocimiento en igualdad de condiciones de la ciudadanía de personas de diversas culturas y etnias. Ya no basta con integrarlas a un modelo oficial de desarrollo sino que se hace necesario reconocer niveles de autonomía y coordinación entre la justicia y gestión local y los niveles oficiales de ejercicio del poder político. En estas cuestiones, el modelo de desarrollo y diálogo intercultural que encontramos en instrumentos como la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 no se ve reflejado en la letra y el espíritu del funcionamiento constitucional de varios países de la región. Asimismo, aquellos países que podríamos considerar que cuentan con modelos plurinacionales de avanzada, como Bolivia (2009) y Ecuador (2008) enfrentan la vieja herencia de las constitucionales

liberales de los siglos XIX y XX. Desde el punto de vista de Roberto Gargarella (2015) esta vejez maquillada radica en factores como un desbalance hacia el Ejecutivo en el sistema constitucional de frenos y contrapesos y una declaración robusta de derechos que no es, sin embargo, acompañada por adecuadas garantías. Ahora bien, el balance no es del todo negativo porque, nuevamente de acuerdo con Gargarella, es verdad que hay un intento — no siempre bien logrado — por subsanar el déficit democrático que enfrentaba la tradición constitucional latinoamericana.

En cualquier caso, queda claro que un constitucionalismo capaz de salir airoso de la crisis que enfrenta debe ser capaz de incorporar mecanismos de pluralismo jurídico más o menos ambiciosos, a la vez que de esta forma ahonda el talante democrático al incorporar la voz de minorías y mayorías históricamente excluidas como son los pueblos indígenas y originarios de la región andina.

6. CONCLUSIÓN: ESPERANZA EN MEDIO DE LA TORMENTA PERFECTA

Podría arribarse a este punto pensando que la crisis es realmente insalvable y que, en consecuencia, el constitucionalismo democrático está condenado a sucumbir ante alguno o todos los factores de la crisis, pero la historia nos brinda algunas razones para el optimismo. Como ha documentado con fina erudición un autor como Maurizio Fioravanti (2011 y 2014), la constitución y el constitucionalismo son tecnologías sociales con una historia larga y compleja. Han pasado por grandes transformaciones y se han adaptado a las demandas de diversos contextos, manteniendo siempre en su seno la tensión entre el componente de control y balance en el ejercicio del poder y la raíz democrática que le brinda legitimidad. Lo que sí me parece claro es que aquel modelo que emerja luego de este tiempo histórico deberá presentar innovaciones sustanciales en cuanto a sus mecanismos, órganos y funcionamiento si no quiere asemejar a una reliquia histórica. En tal caso aplicaría la mordaz crítica que alguna vez Oliver Wendell Holmes (1897) dirigió a los argumentos puramente basados en la autoridad formal de la ley y la jurisprudencia: que es repugnante que nuestra mejor razón para tener y obedecer esa regla es que fuera establecida en el pasado, que su única autoridad reside en la imitación ciega del pasado.

REFERENCIAS

- Britton-Purdy, J., Singh Grewal, D., Kapczynski, A., & Rahman, K. S. (2020). Building a law-and-political-economy framework: Beyond the twentieth-century synthesis. *The Yale Law Journal*, 129, 1784–1835. <https://yalelawjournal.org/feature/building-a-law-and-political-economy-framework>
- Durand, F. (2017). *Los doce apóstoles de la economía peruana*. Fondo Editorial PUCP.
- Ferrajoli, L. (2011). *Poderes salvajes: La crisis de la democracia constitucional*. Trotta.
- Fioravanti, M. (2011). *Constitución: De la antigüedad a nuestros días*. Trotta.
- Fioravanti, M. (2014). *Constitucionalismo: Experiencias históricas y tendencias actuales*. Trotta.
- Frank, E. (2024). *Bureaucracy as borders: Refugees' experiences of citizenship at government offices* [Tesis doctoral]. https://opus4.kobv.de/opus4-hsog/frontdoor/deliver/index/docId/5610/file/Dissertation_Frank.pdf
- Gargarella, R. (2015). Lo “viejo” del “nuevo” constitucionalismo latinoamericano. *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA)*, Universidad de Yale.

- Gargarella, R. (2018). Sobre el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”. *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 27(1), 109–129. <https://doi.org/10.26851/rucp.27.5>
- Habermas, J. (1987). *Teoría de la acción comunicativa* (Vol. 1). Taurus.
- Herrera, C. M. (1994). La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 86, 195–227. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27301>
- Holmes, O. W. (1897). The path of the law. *Harvard Law Review*, 10(8), 457–478. <https://www.gutenberg.org/files/2373/2373-h/2373-h.htm>
- Issacharoff, S. (2018). Democracy’s deficits. *The University of Chicago Law Review*, 85(2), 485–520. <https://www.jstor.org/stable/26455915>
- Karp, A., & Zamiska, N. (2025). *The technological republic: Hard power, soft power, and the future of the West*. Crown Currency.
- Laclau, E. (2005). *On populist reason*. Verso.
- Levitsky, S., & Ziblatt, D. (2018). *Cómo mueren las democracias*. Ariel.
- Loughlin, M. (2019). The contemporary crisis of constitutional democracy. *Oxford Journal of Legal Studies*, 39(2), 435–454. <https://doi.org/10.1093/ojls/gqz005>
- Lutmar, C., & Dayan, E. (2025). Trends in political science research: Charismatic leadership. *International Political Science Abstracts*, 75(6). <https://doi.org/10.1177/0020834525140>
- MacAskill, W. (2016). *Doing good better*. Avery Publishing Group.
- MacAskill, W. (2022). *What we owe to the future*. Basic Books.
- Pérez, M., Ávila, D., García, S., & Ayala, A. (2022). Bureaucracy as border: Barriers to social rights in Spain. En D. della Porta & E. Steinhilper (Eds.), *Contentious migrant solidarity* (pp. 121–137). Routledge.
- Tushnet, M. (2004). Constitutional hardball. *The John Marshall Law Review*, 37(2), 523–553. <https://dash.harvard.edu/server/api/core/bitstreams/7312037d-3854-6bd4-e053-0100007fdf3b/content>
- Valenzuela, M., Scuro, L., & Vaca Trigo, I. (2020). Desigualdad, crisis de los cuidados y migración del trabajo doméstico remunerado en América Latina (Serie Asuntos de Género No. 158, LC/TS.2020/179). Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).
- Vergara, C. (2020). *República plebeya: Guía práctica para constituir el poder popular*. Sangría.
- Weber, M. (1964). *Economía y sociedad* (2.ª ed. en español). Fondo de Cultura Económica. (Trabajo original publicado en 1922)
- Yrigoyen Fajardo, R. (2011). El horizonte del constitucionalismo pluralista: Del multiculturalismo a la descolonización. En C. Rodríguez Garavito (Coord.), *El derecho en América Latina* (pp. 139–159). Siglo XXI.

