

ADVOCATUS

Revista semestral editada por alumnos de la Facultad
de Derecho de la Universidad de Lima

DERECHO EN EL SIGLO XXI

ENTREVISTAS

**José Álvaro Quiroga León
Óscar Montezuma Panez**

Yamile Cárdenas Del Río
Katia Vásquez Reyes
Alejandro Morales Cáceres
Rafael Lengua Peña
Marcial Giovanni
Gutiérrez Lucar
Illian Hawie Lora
Jenny Díaz Honores
Annalucía Fasson Llosa
Miguel Enrique
Morachimo Rodríguez
Dilmar Villena Fernández
Baca
Abel Alfonso Revoredo
Palacios
Alejandro Díaz-Valdez

Vito Leonardo Verna
Coronado
Carlo Fabricio Sánchez Concha
Alexandra Espinoza Montero
Adriana Barrera Taboada
Javier Vásquez Laguna
Sergio Alberto Tafur Scaglia
Álvaro Estrada Rosas
Mayra Alejandra de
la Rosa Carrillo
Eduardo Luna Cervantes
Alessia Lercari Bueno
Ricardo Mercado Espinosa
Alex Sosa Huapaya
Carlos Alfredo Escobar
Antezano



*"Si deseamos que se respete la ley, primero debemos
hacer que la ley sea respetable."*

Louis BRANDEIS

*"If we desire respect for the law, we must first
make the law respectable."*

Louis BRANDEIS

© **ADVOCATUS**

Primera Publicación 1998
Revista arbitrada por evaluadores
externos a la Asociación

ISSN 1996-4773



9 771996 477008

Revista **semestral** editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.
Dirección ADV Editores:
Universidad de Lima, Avenida Javier Prado s/n, Aula 103, Pabellón G.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
ISSN
Registro de Proyecto Editorial

Nº 2002-0350
Nº 1996-4773
Nº 21501401401041

Diseño y diagramación: Jorge Senisse Sáenz

Tiraje: 300 ejemplares

Pre-prensa e Impresión: Megatrazo SAC
RUC 20514200808
Jr. Francisco Rivas 947, La Victoria.
Correo electrónico: ventas@megatrazo.com
Teléfono: 3256555

ADVOCATUS se encuentra indexada ante Dialnet, Latindex y Vlex registrado en la base de datos de la International Legal Group (IJ).

ADVOCATUS no comparte necesariamente las opiniones vertidas por los autores.

Los interesados en publicar en **ADVOCATUS** pueden enviar sus artículos a nuestro correo electrónico edicion@revistaadvocatus.com en formato MS Word, los mismos que deberán ser originales. La Revista no se compromete a la publicación de los trabajos recibidos y se reserva el derecho de adaptarlos en forma de acuerdo a su línea editorial.

Prohibida su reproducción total o parcial sin la autorización por escrito de los Editores.



CONSEJO DIRECTIVO

Director General
Director de Cursos
Director de Economía
Directora del Comité Editorial/Editor
Directora de Eventos
Director de Financiamiento
Directora de Informática
Director de Relaciones Públicas
Director de Responsabilidad Social
Director de Ventas

Jacques Didier D'Auriol Augusto
Fernando Miguel Diez Contreras
Italo Fabian Armas Tipacti
María José García Seminario
Janella Mercado Mendoza
Joaquín Humberto Planas Fernández
Fabiola Esther Proaño Rivera
Jacques Didier D'Auriol Augusto
Guillermo Javier Lozano Castillo
José Alejandro Ponce Rivera

MIEMBROS ACTIVOS

Comisión de Cursos
Nicole Peschutta Forga
Alonso Velezmoro Rocha
Giulia Maria Barbieri Barba
Luisiana Daniella Samanamud Quino

Comisión de Eventos
Maria Fernanda Molet Diaz
Gian Piero Luigi Pierantoni Salazar
Andrea Alexandra Espino Buiza
Mauricio Andrés Olaya Enciso
Luis Matías Hernández Parra-Morzáñ

Comisión de Economía
Alessia Milagros Villaran Huertas
Brunella Pacchioni Vergara
Daniela Andrea Quevedo Checa
Carlos Daniel Vidal Torres
Mariana Del Carmen Gandolfo Llontop

Comisión de Relaciones Públicas
Stefano David Ambrosini Campuzano
Aranzazu Qahhat Zapata
Juan Diego de la Flor Mejía
Ivana Faride Velazco Chirinos
Fátima Ariana Moquillaza Robatty
Mauricio Lavaud Allen

Comité Editorial
Yassmín Belén Muñoz-Nájar Salem
Lucy Lisett Ayme Salas
Camila Fernanda Mendoza Rosell
Fátima Del Rosario Vega Pinedo
Maria Alessandra Lima Espinoza

Comisión de Responsabilidad Social
Gonzalo Abel Bazán Montalvo
Daniela Valeria Vela Guillén
Augusto Bustamante Lozada
Maria Paz Neyra Zenteno
Yuri Sergio Paié Soriano

Comisión de Financiamiento
Antonio Lorenzo Hume Valenzuela
Maria Fernanda Vila Olivos
Valeria Pamela Khalilieh Saez

Comisión de Ventas
Randolf Josh Zapata Vilcahuamán
Alejandra Gabriela López Chang
Sebastián Ignacio Farah Alva
Fernando Eberhardt Carpio

Comisión de Informática
Ana-Karem Rodríguez Moreno
Alejandra Grazia Suárez Salazar
Manuel Calderón Ruiz
Stefany Sarit León Grajeda

La Revista **ADVOCATUS** es editada por la Asociación Civil ADV Editores, conformada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

La Asociación Civil ADV Editores se encuentra inscrita en la Partida Electrónica N° 11270467 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima.



CONSEJO CONSULTIVO:

Adrián Simons Pino
Alberto Delgado Venegas
Augusto Ferrero Costa
Cecilia Delgado Ratto
Enrique Gheresi Silva
Enrique Varsi Rospigliosi
Fernando Tori Vargas

Freddy Escobar Rozas
Gastón Fernández Cruz
Ivo Gagliuffi Piercechi
Jaime Zavala Costa
Javier Tovar Gil
Joaquín Missiego del Solar
Juan José Haro Seijas

Juan Espinoza Espinoza
Juan Luis Hernández Gazzo
Luciano Barchi Velaochaga
Marco Antonio Ortega Piana
Oswaldo del Carmen Hundskopf Exebio
Víctor García Toma
Pedro Pablo Kuczynski

CONSEJO EDITORIAL:

Luis Alberto Liñán Arana

Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Procesal y del Club Español de Arbitraje | Profesor de Derecho Procesal Civil en la Universidad de Lima y en la Academia de la Magistratura | Abogado por la Universidad de Lima.

Marco Antonio Ortega Piana

Profesor en la Facultad de Derecho Corporativo de la Universidad ESAN en el curso de Contratos | Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Lima | Árbitro adscrito en la Cámara de Comercio de Lima, Perú | Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Profesora en el Programa de Especialización de Árbitros en Contratación Pública de la Universidad ESAN y del curso de Responsabilidad Civil en la Maestría de Derecho de la Empresa de la Universidad de Piura | Profesora de Derecho Civil en la Universidad de Lima | Árbitro inscrita en la Cámara de Comercio de Lima, Perú | Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Javier Tovar Gil

Miembro del Instituto de Derecho de Servicios Públicos, Perú | Miembro del Directorio de Asociación de Empresas Promotoras de Mercado de Capitales – PROCAPITALES | Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Henry Huancos Piscoche

Fundador y Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Inmobiliario | Árbitro adscrito al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú | Profesor de Derecho Civil en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas | Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Mirko Medic Medina

Maestría en Derecho (LL.M.) con mención en Derecho Corporativo por el University College London (UCL) | Abogado por la Universidad de Lima.

Andy Carrión Zenteno

Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn, Alemania | Magíster en Derecho Penal (LL.M.) por la Universidad de Bonn, Alemania | Especialista en Cumplimiento Normativo en Derecho Penal por la Universidad Castilla-La Mancha, España | Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Eric Gätjens Cornejo

Jefe de prácticas del curso de Obligaciones en la Universidad de Lima | Abogado por la Universidad de Lima.

ADVOCATUS tiene como objetivo desarrollar y fomentar la investigación en las distintas áreas del Derecho y su relación con otras ciencias en el marco de la globalización. El público al cual va dirigido se centra, principalmente, en estudiantes, profesores e investigadores de las Ciencias Jurídicas, así como abogados y otros profesionales que tengan interés en el Derecho en general.



MIEMBROS ASOCIADOS DE ADV EDITORES

Aaron Braulio Córdova Cortijo	Arturo Baselli Gutiérrez
Abraham Aguilar Olival	Augusto Iberico Barrenechea
Adrián Franco Duharte	Auki Schwartzmann Jochamowitz
Adrián Tovar Ayllón	Bruno Fernando Vega Núñez
Adriana Felícita Cangalaya Ponce	Bruno Zárate del Castillo
Adriana Marín Rozas	Camila Fernández Tovar
Aiko Moromizato Kawahira	Camila Oriana Nieves Malpartida
Alan Raúl García Nores	Camilo Vera Quintana
Alberto Arrieta Morante	Carla Chávez Berrios
Alberto Rivera Acuña-Falcón	Carla Noriega Trujillo
Alberto Simón Linares Rojas	Carlos Alejandro Zavala Yanac
Alejandra De Izcue Bellido	Carlos Antonio Diez Contreras
Alejandra Patricia Gálvez Haro	Carlos Arévalo Velásquez
Alejandra Sánchez-Aizcorbe Hennings	Carlos Héctor Alayza Valdivieso
Alejandro Bazán Sánchez-Moreno	Carlos Huayhualla Salazar
Alejandro Enrique Roeder Bellina	Carlos Kouri Jarufe
Alejandro Joel Ramos Tamara	Carlos Miguel Goitizolo Ainaldi
Alejandro Manrique Lewis	Carlos Ramón Vargas Pacheco
Alejandro Prado de Orbegoso	Carol Donayre Gonzales
Alejandro Rafael Morales Cáceres	Carolina Arlette Fonseca Simonetti
Alessandra Ferrari Carrera	Carolina Cabada Vassi
Alessandra Vásquez Ávila	Carolina Ciriani Alfageme
Alexandra Arizmendi de Romaña	Carolina Salinas Rosazza
Alexandra Paz Estremadyro	Carolina Sarmiento Mansilla
Alexandra Patricia Varela Zanelli	Carolina Vivanco Vargas
Alexandra Pinillos Molina	César Antonio Guerrero Rivera
Alexandra Richter Carranza	César Elías Ruiz-Gonzáles
Alexandra Salcedo Rodríguez	Chiara Michela Lercari Lavezzi
Alfredo Javier Salazar Aleman	Christel Andrea Ingunza Coronado
Alonso Gurmendi Dunkelberg	Christian Javier Arauco Guanilo
Alonso Miranda Vargas	Christian Miguel Vegas Joaquin
Alonso Moran De Romaña	Claudia Daniela García Bustamante
Alonso Villa-García Gonzales	Claudia Gimena Salazar Llanos
Álvaro Andrés Alonso Donayre Delgado	Claudia Liliana Chávez Berrios
Álvaro Arbulú Cervera	Claudia Mariana Rojas Manrique
Álvaro Estrada Rosas	Claudia Orihuela Tejada
Álvaro Lamas Garay	Claudia Patricia Calderón Correa
Alvaro Portocarrero Fernández	Claudia Viviana Ausejo Torres
Américo Hidalgo Gómez	Claudio Ferrero Merino
Amr Sa'ad Ulloa Mansur	Cynthia Marlene Salazar Baldeón
Ana Lucía Figueroa Dongo	Dafne Roel Noriega
Anahi Pazos Aramburú	Daniel Pablo Zapata Azurín
Andrea Cecilia Salazar Hernández	Daniel Reinoso Elbers
Andrea Gallese Luna	Daniela Alma Falcone Palacios
Andrea Lanata Dentone	Daniela Bazán Stewart
Andrea Mariana Lazo Pérez-Palma	Daniela Carolina Supo Calderón
Andrea Marisa Martín León	Daniela Comitre Miranda
Andrea Pérez Valdez	Daniela Higueras Elías
Andrea Pittaluga Delgado	Daniela Marijosé Vásquez Medina
Andrea Villanueva Morays	Daniela Terzano Orfanides
Andrés Pizarro Vizcarra	Daniela Urquiza Travi
Ángel Estuardo Valladares	Daniela Valera Ostolaza
Antonio Arrascue Baca	Daniella Pastrana Rendón
Ariana Carolina Cisneros Cacho-Sousa	Daniska Sofía Coronado Iberico
Armando Bártoli Bernales	David Quintana Gutiérrez
Arturo Adolfo Bazán Vigo	Débora Luna Li



Denisse Koehne O'Connor	Gustavo Miró Quesada Milich
Diego Alberto Vilchez Lizárraga	Gustavo Raúl Ytokazu Minami
Diego Alonso Fernández Brignetti	Heidi Vizcarra Honorio
Diego Antonio Becerra Farje	Helen Romero del Castillo
Diego de la Puente Salazar	Helga Irazola Pella
Diego Fernando Salomón Pita	Ignacio Álvaro Surber
Diego Sierra Chavera	Illian Hawie Lora
Domenico Giuseppe Giorffino Vega	Ilse Cubas Brandes
Eddy Bruno Catacora Palomino	Ingrid Gätjens Cornejo
Edgardo Franco Bernal Santos	Iván Ernesto Quispe Alarcón
Eduardo Giovanni Córdova Saiki	Ivan Jaime Bendezú Elescano
Edward Polo Santiesteban	Ivan Wassli Solís
Elard Ricardo Melgar Rivera	Jack Luis Zapata Vilcahuamán
Enrique Silgado Venegas	Jan Carlo Martin Mendoza Arévalo
Erick Sablich Carpio	Javier Barrios Kaabar
Erik Lind Cosulich De Pecine	Javier Basulto Lizárraga
Fayzal Adnan Abuhadba Zegarra	Javier Frías Paire
Federico Humberto Galdo Pinedo	Javier Martín Espinoza Villar
Fernando Cornejo Mohme	Jimena Ordóñez Chichizola
Fernando Eduardo Salhuana Quiroz	Jimena Vásquez Meneses
Fernando Rodriguez Molina	Joan Alexander Montoya Mercado
Fiorella Adriana Atoche Ortiz	Johanna Giuliana Rossi Villamil
Fiorella Alessandra Demartini Rivera	Jorge Abad Alcedo
Frances Ricketts Dalton	Jorge Erik Benavides Kolind-Hansen
Francisco Antonio Sandoval Vidalon	Jorge Fernandini Newton
Francisco Cárdenas Pantoja	Jorge Joels Carrión
Francisco Carrillo Mesinas	Jorge Leturia Rengifo
Francisco Javier Ibazeta Navarro	Jorge Luis Ganoza Luna
Francisco José Berdejo Muñiz	Jorge Luis Solari Flores
Frank Henry Espinoza Ramírez	Jorge Rendón Bernui
Franz Arízaga Huaynate	Jorge Rodrigo Ugaz Viera
Franz Essewanger Delgado	José Aguado López
Fredy Mauricio Otárola Salvador	José Alberto Haito Gálvez
Gabriel Boucher Cálamo	José Antonio García-Rosell Chávez
Gabriel Najar Rosas	José Beltrán Valdiviezo-Novoa
Gabriel Villavicencio Bedoya	José Carlos Franco Angulo
Gabriela Andrea Córdova Luján	José Carlos Tizón Meza
Gabriela Guadalupe Bolaños Vainstein	José Francisco Iturriaga Montoya
Gabriela Lizarzaburu Rubiños	José Guillermo Castro Miyashiro
Geneve Dupont Huapaya	José Giuliano Luján Benavides
Giada María Taddei Contreras	Joselyn Irene Asalde León
Giancarlo Celis Noriega	Joyce Mary Moore Murphy
Gianmarco Tagliarino Rondinelli	Juan Diego Carrillo Cama
Gilbert Volta Pineda	Juan Diego García Montufar Miro Quesada
Gino Cancino Dianderas	Juan Diego Mujica Filippi
Gino Sangalli de los Ríos	Juan José Hopkins Brocq
Giulio Valz-Gen de las Casas	Juan Rómulo Torres Abarca
Giuseppe Manini Carrasco	Jürgen Spihlmann Freiberg
Gonzalo Delgado Schambaher	Karina Cerna Nalvarte
Gonzalo Francisco Casapía Nué	Katherine Salkeld Galarreta
Gonzalo Guillermo Chirinos Vidaurrezaga	Kathia Stiglich Thorne
Gonzalo Leo Zoppi	Kuno Kafka Prado
Gonzalo Puertas Villavicencio	Laisha Mubarak Aguad
Gonzalo Soriano Castillo	Laura Liliana Moreno Minaya
Guillermo Aliaga Pajares	Leonardo Vera Quintana
Guillermo Cabieses Crovetto	Leslie Ortega Olivera
Gustavo Adolfo López y López	Leslie Victoria Barrios Miranda
Gustavo Barboza Beraún	Leticia Alexandra Bendezú Silva



Lila Leonela Bustamante Solis	Mario Dennys Dávila Sanchez
Liliana Navarrete Hayakawa	Mariselle Dumler Marsano
Liliana Sánchez Montenegro	Martín Chocano Tabja
Linette Fabiola Márquez Castañeda	Martín Ruggiero Garzón
Lisbeth Benavides Kolind-Hansen	Masiel Arrieta Lastres
Lorena Vásquez Meneses	Mauricio Balbi Bustamante
Lorenzo Cánepe Ricketts	Mayra Alejandra de la Rosa Carrillo
Lucero Eguren García	Mayra Alejandra Valencia Sulca
Lucía Alexandra Castro Pereira	Mayra Campos Aragón
Luciana María Palomino Basurto	Mélanie Briceño Clémens
Luciano Rebagliati Castro	Melissa Fritsch Febrero
Luis Aurelio Angulo González Vigil	Michael Chimpitazi
Luis Abraham Garrido Huamán	Miguel Antonio Viale Leo
Luis Antonio La Rosa Aíraldi	Miguel Rodrigo Salerno Boggio
Luis Dongo de Villena	Milagros Rodríguez-Larraín Miro Quesada
Luis Eduardo Espinoza Villar	Mirko Altair Medic Medina
Luis Francisco Paz Maury	Mónica Andrea Eguren Ráez
Luis Marcial García Neyra	Mónica Posada Ugaz
Luis Martín Cerreño Alva	Mónica Romero Watson
Luis Rafael Escobar Ebell	Myriam Chacón Robles
Luz María Pedal Baertl	Napoleón de Jesús Álvarez Vargas
Macarena Carmona Schwartzmann	Natalia Begonia Ezcurra Robledo
Magaly Traverso Zegarra	Natalie Zaidan Abusada
Manuel Alonso Hopkins Chavez	Naghif Wadi Abuhadba Rozas
Manuel Alonso Reyna Camino	Nicolás Bustamante Gálvez
Manuel David Chong Tello	Nicolás Pflücker Madge
Marcial Giovanni Gutiérrez Lucar	Nicole Lukac Sadler
Maria Alejandra Gutierrez Alfaro	Nicoll Arlett Rivera Albuquerque
María Alexandra del Río Cárdenas	Óscar Genaro Ballón Stock
María Carmela Ayllón Yanac	Óscar Picón Gonzales
María Claudia Zerpa Ramírez	Paloma Aparicio Lainez Lozada
María del Carmen Ramos Chuquuire	Paloma Casanave Álvarez
María Fe Barragán Saco	Paloma Huby Noriega
María Fe Carcelén Pérez	Pamela Navarro Salinas
Maria Fe Torrejón Rodríguez	Paola Castillo Vigil
María Fernanda Alcaide Cárdenas	Paola Katherine Gálvez Callirgos
Maria Fernanda de Cárdenas Mazzetti	Paola Schulz Canessa
María Fernanda de la Puente Rizo Patrón	Paolo Rodrigo Oyola Casós
Maria Fernanda Gadea Rivera	Patricia Valdivieso León
Maria Fernanda Ríos Grau	Patricio Noboa Olazábal
María Fernanda Tamayo Morote	Paúl Méndez Dibós
María Gabriela Delgado Borgo	Paula Portocarrero Pereira
María José Puertas Villavicencio	Paulo Sanz Montenegro
María Juliana Romero Zapata	Pedro Medina León
Maria Lyliana Ongaro de Vettori	Pedro Mendoza Mendoza
María Milagros Goicochea Piana	Pierina Gabriela González Dulanto
María Paula Madau Marín	Piero Rodrigo Cruzado Merino
María Paz Torres Portocarrero	Pierre Alexander Duobert Abarca
María Pía Rivero Mendiola	Rafael Alejandro Villarán Bedoya
María Pía Talavera Barclay	Rafael Boisset Tizón
Mariana de Olazával Parodi	Rafael Lengua Peña
Mariana Fajardo Infantas	Rafael Sebastián Milla Quezada
Mariana Franco Angulo	Rafaela Labarthe Uranga
Mariana González-Prada Felices	Raúl Alberto Artola Unda
Mariana Silva Santisteban López	Raúl Peña Olano
Mariana Ubidia de Gregori	Regina Rivera Núñez
Mariana Ugarriza Tello	Renato Angulo Rodríguez
Mariella Paredes Chipilliquén	Renato Arturo Velásquez Peláez



Renato Medina Valdivieso	Sandro José Mariátegui Aragón
Renato Rubén Vegas Joaquín	Sebastián Alonso Vidal Muñoz
Renzo Chiri Marquez	Sebastián Heudebert Adawi
Renzo Paolo Miranda León	Sebastian Marcelo Elías Sardiña
Renzo Vernal Castañeda	Sebastián Villegas Bacigalupo
Ricardo Arauco Guanilo	Sergio Alberto Tafur Sánchez
Ricardo Barrantes Balarezo	Sergio Alberto Tafur Scaglia
Ricardo de Vettor Pinillos	Sergio Amiel Rodríguez-Carpi
Ricardo Mercado Espinosa	Sergio Antonio Silva Tapia
Ricardo Sebastián Vega Mac Rae	Sergio Martín Rodríguez Mosquera
Richard Barnett Ibazeta	Silet Yolanda Becerra Orihuela
Roberto Carlos Berendson Berninzon	Soo Yon Lee Jung
Roberto Francisco Delgado Mendoza	Stefano Lobatón Ramírez
Roberto Olaechea Miranda	Stephanie Penny Lecca
Roberto Ríos Tapia	Stephen Rosholt Mesarina
Rocío Plascencia Alva	Susana Santos Revilla
Rodrigo David Cano Reyes	Teresa Alayza Valdivieso
Rodrigo de la Puente Pflucker	Thomas Thorndike Piedra
Rodrigo Delgado Arce	Uldarico Ossio Seminario
Rodrigo Montero Montoya	Ursula Amelia Benites Távara
Rodrigo Fernando Ortiz Torrel	Valeria Giovanna Fry Chirinos
Rodrigo Gálvez Martín	Valeria Lucía Illescas Pinto
Rodrigo Morales Draxl	Valeria Alessandra Suárez Heredia
Rodrigo Vicente Molina Cabrera	Vanesa de la Sota Torres
Rodrigo Zapata Pineda	Vanessa Velarde Lazarte
Rolando Barraza Oliva	Veronica Bustamante Rey de Castro
Rolando Castellares Salazar	Verónica Dibos Nemi
Romina Amorós Oré	Verónica Morán Allemand
Romina Buso Aleman	Verónica Tello Pino
Ronald Cross Barragán	Vivian Isabel Arroyo Bolívar
Rosa Ellena Zegarra Chavez	Wilfredo Cáceres Ghisilieri
Rosa Isabel Espinoza Córdova	Wilfredo Rodrigo Paz Plasencia
Rubén Murga Pizarro	Ximena Masías Romero
Samuel Córdova Marroquin	Yazmín Alejandra Mendoza Lavado
Sandra Arredondo Simons	Zully Danitza Chávez Morales
Sandra Elizabeth Kahn Coucillas	

ÍNDICE

ESPECIAL: DERECHO EN EL SIGLO XXI

EDITORIAL

JACQUES DIDIER D'AURIOL AUGUSTO 13

ENTREVISTAS

JOSÉ ÁLVARO QUIROGA LEÓN 15
Ciberseguridad y protección de datos personales en el Perú

ÓSCAR MONTEZUMA PANEZ 23
La profesión legal y la tecnología en el Perú

ESPECIAL

YAMILE CÁRDENAS DEL RÍO y KATIA VÁSQUEZ REYES 29
Fintech de crowdfunding: retos de su desarrollo en Perú

ALEJANDRO MORALES CÁCERES 39
El impacto de la inteligencia artificial en el Derecho

RAFAEL LENGUA PEÑA 73
Las regalías contractuales como mecanismo alternativo
de financiamiento de la industria minera

MARCIAL GIOVANNI GUTIÉRREZ LUCAR 91
La comunidad LGBT+ en el Perú: los retos para incluirla
y reconocer sus derechos en el siglo XXI

ILLIAN HAWIE LORA 103
La doble pandemia: violencia de género y COVID-19

JENNY DÍAZ HONORES 115
Democratización del Arbitraje en el Perú

ANNALUCIA FASSON LLOSA 127
El Derecho de la Moda, sus principales movimientos
y lo más *trendy*: el *Fashion Tech*

MIGUEL ENRIQUE MORACHIMO RODRÍGUEZ
y DILMAR VILLENA FERNÁNDEZ BACA 137
Correos electrónicos y mensajes de funcionarios públicos
como información pública

ABEL ALFONSO REVOREDO PALACIOS	149
Publicidad programática y protección de datos personales	
ALEJANDRO DÍAZ-VALDEZ.....	159
<i>Influencers e INDECOPI: el problema de la solución a la publicidad encubierta</i>	
VITO LEONARDO VERA CORONADO	169
Ciencia, Tecnología y Derecho Ambiental	
CARLO FABRICIO SÁNCHEZ CONCHA y ALEXANDRA ESPINOZA MONTERO	183
Desarrollo en torno a la protección de datos personales en supuestos de transferencia de cartera crediticia a entidades no supervisadas	
ADRIANA BARRERA TABOADA	193
Responsabilidad del propietario y/o arrendador de locales comerciales por contribuir o facilitar infracciones y delitos contra la propiedad industrial	
JAVIER VÁSQUEZ LAGUNA	203
Contribución al estudio de la buena fe en el Derecho Privado: a propósito de la renegociación y el incumplimiento de los deberes secundarios de conducta	
SERGIO ALBERTO TAFUR SCAGLIA	219
El Arbitraje Administrativo en la contratación pública peruana: ¿evolución o contradicción?	
ÁLVARO ESTRADA ROSAS.....	233
El costo de la “remasterización” del Arbitraje	
MAYRA ALEJANDRA DE LA ROSA CARRILLO.....	245
La naturaleza de los aplicativos de movilidad	
EDUARDO LUNA CERVANTES	253
Preguntas y respuestas varias sobre la protección de datos personales en el Perú	
ALESSIA LERCARI BUENO	265
¿Regulación sectorial o normas de competencia?: El principio de supletoriedad en el caso <i>Speedy Naked</i>	
RICARDO MERCADO ESPINOSA	285
El <i>crowdfunding</i> llegó al Perú, ¿para quedarse?	
ALEX SOSA HUAPAYA.....	297
¿Qué hacer con los <i>influencers</i> ?	
CARLOS ALFREDO ESCOBAR ANTEZANO	315
La cámara Gesell como medio de prueba en el ordenamiento procesal peruano	

EDITORIAL

Resulta casi imposible que el Derecho, encargado de regular las conductas sociales, pueda prever cada uno de los fenómenos que ocurren en la sociedad. El Derecho se encuentra constantemente superado por la realidad, por lo que debe adaptarse y avanzar con el paso del tiempo.

La ciencia, el cambio social y cultural, la tecnología, el COVID-19 y otros factores han sido las principales causas para la adecuación y transformación del Derecho. Por ello, en esta oportunidad, **ADVOCATUS** ha decidido dedicar la presente edición al impacto en diversas ramas del Derecho, como consecuencia de los nuevos fenómenos y cambios sociales del siglo XXI.

A través de las siguientes líneas, se tratarán temas como el *crowdfunding*, los *influencers*, la inteligencia artificial, el impacto del COVID-19, la evolución de la justicia arbitral y judicial, entre otros. Asimismo, hemos tenido la oportunidad de contar con interesantes y novedosas entrevistas realizadas a José Álvaro Quiroga León sobre la ciberseguridad y protección de datos personales y a Óscar Montezuma Panez, quien nos comentó acerca de los retos de la profesión legal y el impacto de la tecnología en el rol del abogado.

Es así que **ADVOCATUS**, con los trabajos de la presente edición, busca contribuir con la comunidad nacional e internacional informando sobre los recientes cambios en el Derecho y su nuevo rol en la sociedad.

Finalmente, quiero agradecer inmensamente a **ADVOCATUS** por haberme permitido formar parte de su familia. Particularmente, agradezco a la Asamblea General y al Consejo Directivo 2019-I, quienes depositaron su confianza en mí para asumir el rol de Director General. Los dos años que formé parte de la asociación como Miembro Activo han sido solamente de alegría. Las asambleas, los entrenamientos y goles en el Inter-Revistas, las reuniones de trabajo de las comisiones, los eventos y cursos, la mesa de ventas, el salón **ADV** y muchos momentos más, los recuerdo con una gran sonrisa.

Ha sido extraordinario poder compartir con un grupo humano una meta en común, en el que he podido aprender y trabajar con excelentes personas, y en el que pude apreciar un sentimiento único de compañerismo y ayuda mutua para poder lograr los objetivos de la asociación.

ADVOCATUS representa el “llamado a la acción” y nació hace más de tres décadas con el propósito de asumir una actitud activa, ante la difícil situación que vivió nuestro país en aquella época. Hoy también nos toca vivir en una coyuntura política y sanitaria sumamente complicada. Por ello, invito a los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima a formar parte de **ADVOCATUS** y a que sean agentes de cambio, con la finalidad de que reafirmen los valores de nuestra institución y el compromiso asumido frente a la sociedad.

Jacques Didier D'Auriol Augusto

DIRECTOR GENERAL

Revista **ADVOCATUS**

Rebaza, Alcázar & De Las Casas

- Fusiones y Adquisiciones
- Reestructuración e Insolvencias Empresariales
- Regulación Financiera
- Financiamientos y Mercado de Capitales
- Proyectos e Infraestructura
- Litigios
- Tributario
- Laboral
- Competencia Antimonopolio
- Derecho Administrativo
- Propiedad Intelectual
- Minería
- Private Clients
- Corporativo
- White Collar Crime
- Venture Capital
- Compliance
- Real Estate
- Protección de Datos Personales
- Life Sciences

Perú

Av. Víctor Andrés Belaúnde 147
Vía Principal 133
Edificio Real 2, Pisos 2 y 3
San Isidro - Lima
Telf. (51-1) 442-5100

Chile

Oficina de representación
Av. Apoquindo 3650 Piso 12 - Las Condes
Santiago de Chile
Telf. (56-2) 2244-68432

Ciberseguridad y protección de datos personales en el Perú



JOSÉ ÁLVARO QUIROGA LEÓN

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Maestría en Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Miembro del Consejo de Defensa Jurídica del Estado peruano.
Ex Director General de la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales.
Presidente de la Comisión que elaboró el Proyecto de Reglamento de la Ley de
Protección de Datos Personales.



RESUMEN:

En la presente ocasión, **ADVOCATUS** tuvo la oportunidad de entrevistar a José Álvaro Quiroga León, abogado peruano especialista en protección de datos personales y ciberseguridad. A través de las siguientes líneas nos ofrece sus opiniones sobre la implementación de medidas de seguridad y la importancia de la protección de datos personales en el marco de las transacciones e interacciones en línea, el Reglamento de Aplicación de la Medida de Vigilancia Electrónica Personal aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2020-JUS, entre otros.

Palabras clave: protección de datos personales, ciberseguridad, transacciones en línea, vigilancia electrónica.

ABSTRACT:

ADVOCATUS had the opportunity to interview José Álvaro Quiroga León, Peruvian lawyer specialized in Data Protection Law and cybersecurity. In the following lines he offers his opinions about the implementation of security measures and the importance of personal data protection within the framework of online transactions and interactions, the Regulations for the Application of the Personal Electronic Surveillance Measure approved by Supreme Decree N° 012-2020-JUS, among others.

Keywords: data protection, cyber security, online transactions, electronic surveillance.

1. Tras el aumento de las transacciones en línea durante el 2020, ¿qué medidas deben emplear las entidades financieras y comerciales para garantizar la seguridad de sus usuarios?

Efectivamente, la situación de emergencia sanitaria ha limitado nuestra movilización y con ello disminuyen nuestras actuaciones presenciales y aumentan las actividades en línea. Ello ha hecho visible la necesidad de seguridad en este tipo de actividades, pero los riesgos ni son nuevos ni están limitados a entidades financieras o comerciales.

El crecimiento explosivo de actividades en línea y los servicios en los que su uso es masivo son un indicador de la importancia de la protección de la información en general y de la información personal en particular, pero también los servicios no masivos requieren de medidas de protección. Pensemos en el psicólogo, el médico particular, el cirujano plástico o el abogado y en la información sensible que manejan, aun sin ser masiva ni comercial. Ciertamente, regresando al tema, la masividad es un elemento de complejidad que debe ser atendido, además, porque en el entorno financiero o comercial el tratamiento inadecuado de la información personal de los clientes tendrá gran repercusión reputacional, más allá de las contingencias administrativas sancionadoras.

Por eso, en mi opinión, la primera medida que se debe tomar es comprender que la responsabilidad sobre la información de los clientes no es solo un tema de cumplimiento normativo o sólo un tema tecnológico, es un tema que atañe al “diseño del negocio”, que lejos de ser un sobre costo o el efecto de una regulación incómoda, es un valor que puede ser sumado a la empresa.

Con eso en mente, las principales líneas de trabajo tienen que ver con diseñar medidas que controlen y neutralicen la pérdida o deterioro de información, los accesos no autorizados o las fugas de información.

Esas medidas involucran diversos aspectos:

- a) Hay medidas organizativas que requieren transmitir a toda la estructura de la entidad los roles y responsabilidades que conciernen a cada quien en materia de protección de la información. Si no hay conciencia de la importancia de una clave de acceso o de cómo disponer de material impreso, por ejemplo, los fallos aparecerán en el lugar menos tecnológico y menos esperado.
- b) Hay medidas de cumplimiento legal vinculadas con la transmisión, el diseño adecuado, en cuanto a datos, tratamientos y finalidades, de cláusulas de consentimiento

y contratos con colaboradores o terceros, por poner algunos ejemplos.

- c) Hay medidas de seguridad técnica vinculadas directamente con la seguridad que se refieren a gestión de accesos físicos o contraseñas, privilegios de acceso, sistemas de bloqueo, eliminación de información en soportes removibles —o su destrucción—, por ejemplo.

Afortunadamente, la complejidad de las medidas no es uniforme y elevada para todos. Es la complejidad del negocio la que determina la complejidad de los tratamientos de datos y, consecuentemente, eleva o reduce la complejidad de la tarea por hacer en materia de protección de la información.

En nuestro país contamos con un instrumento facilitador muy importante y útil: la Directiva de Seguridad que diseñamos en la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales y que se aprobó mediante Resolución Directoral N° 019-2013-JUS/DGPDP para entregar la versión impresa gratuitamente y tenerla disponible en línea. Ha sido impresionante para mí conocer en el extranjero que este instrumento puesto al servicio de los operadores de nuestro país es reconocido entre los mejores a nivel mundial. Lo usan, lo aplican y lo recomiendan en otros países, aquí debería estar en el día a día de todas las empresas. ¿Cuál es su mérito? Es simple, operativa, permite identificar el nivel de complejidad de los tratamientos y diseñar seguridad “a la medida”.

Otra herramienta es el tutorial DATA en línea que significa Diagnóstico Anónimo de Tratamiento Adecuado y que permite identificar el nivel de complejidad de los bancos y las medidas que les corresponden tomar. Este producto, que desarrollamos a partir de un convenio de colaboración y donación de la Agencia Española, está disponible en línea y me temo que la falta de difusión de su existencia lo mantiene “sub utilizado”.

Finalmente, otra medida que puede adoptarse es aproximarse a los conceptos de “privacidad

desde el diseño” de modo que los modelos de negocio o servicios se conciban y desarrollen sin afectar la privacidad —evitando que luego de mucho trabajo aparezca la objeción legal sobre lo diseñado por el área comercial o de informática—; y al de “privacidad por defecto” de modo que al tomar decisiones sobre la forma de hacer las cosas, se opte siempre por aquella que resulta más protectora de la privacidad de las personas.

2. Recientemente se aprobó el Reglamento de Aplicación de la Medida de Vigilancia Electrónica Personal a través del Decreto Supremo N° 012-2020-JUS, mediante el cual se regula la vigilancia electrónica personal, la cual es evaluada y aplicada a personas procesadas o condenadas (a) de manera preferente sobre la prisión preventiva y la pena privativa de libertad, (b) como regla de conducta en el caso de la aplicación de beneficios penitenciarios, conversión de pena u otras medidas de liberación anticipada y, (c) como alternativa a la custodia policial o privada en la detención domiciliaria. Al aplicar estas medidas, ¿cómo se podrían proteger los datos personales y el derecho a la intimidad de las personas procesadas o condenadas?

A veces, cuando nos referimos a la protección de los datos personales, la privacidad o la intimidad, tenemos en mente la identificación de protección con ningún uso o tratamiento o ningún acceso. Algunos han llegado a la ridiculez de afirmar que la protección de datos pretende que olvidemos lo que hemos conocido.

Lo cierto es que la protección de datos no tiene por objeto inmovilizar o hacer secretos los datos de las personas, eso, además de imposible, haría inviable una vida normal para cualquiera que no sea un ermitaño real —porque los ermitaños digitales son, más bien, los que solo se comunican digitalmente—. De lo que se trata es que los datos de las personas sean tratados de forma útil y respetuosa, es decir, para finalidades legítimas y en las formas menos intrusivas posibles.

No voy a entrar aquí a la distinción, clara y existente, entre protección de datos, autodeterminación informativa, privacidad e intimidad. Para estos efectos, imaginemos que aluden a la misma esfera de la personalidad y dignidad de las personas.

Entonces, ¿es posible que un sistema de vigilancia personal no afecte la privacidad de una persona? Si entendemos afectación como una intrusión, acceso o conocimiento sin carga negativa, incluso para efectos positivos, siempre que se exponga nuestra privacidad habrá afectación. En ese sentido, por ejemplo, decir que la video vigilancia, fotografiar a una persona o anotar sus datos médicos, no afecta la privacidad son afirmaciones inexactas puesto que describen un ingreso a la esfera privada de una persona y por tanto una afectación. Otra cosa es analizar si se trata de una afectación legítima por estar autorizada por ley o consentimiento —el Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo [de la Unión Europea]¹ ha introducido otros criterios de legitimación que en nuestro sistema serían considerados “autorización legal”—; o una afectación ilegítima o proscrita.

En este contexto, es claro que la vigilancia descrita en la pregunta implica necesariamente la afectación —en sentido neutral— de la privacidad de los sujetos, pero dicha afectación obedece a una finalidad legítima y autorizada por norma de interés público. ¿Eso significa que allí se agotó la protección? Por supuesto que no. La norma establece con toda claridad que la información obtenida está bajo responsabilidad del Instituto Nacional Penitenciario del Perú-INPE y sujeta a las disposiciones de la Ley de Protección de Datos Personales. Esto, en versión corta, significa que deben respetarse los principios centrales de la protección de datos, a saber:

- a) Finalidad: se recoge la información que sirva únicamente para vigilar la actividad del sujeto, con relación a las medidas restrictivas que le han sido impuestas.
- b) Proporcionalidad: limitando la información que se recoge y guarda únicamente a aquella que sea indispensable para la finalidad y realizando los tratamientos, de acceso y transferencia, por ejemplo, solo en cuanto sea indispensable para las finalidades de vigilancia.
- c) Calidad: de modo que se tenga el registro actualizado, debidamente identificado y con garantía de que está operando adherido al sujeto vigilado.
- d) Seguridad: de modo que la recepción, el almacenamiento, la transferencia y el acceso que fuera necesario para el cumplimiento de la finalidad se realice por medios que garanticen la conservación inalterada y eviten pérdidas o accesos no autorizados.

Esperemos que no tengamos que ver en los noticieros los movimientos y actividades de los sujetos vigilados, tal como vemos todas las noches las grabaciones de video vigilancia que deberían respetar las mismas condiciones.

De hecho, otros aspectos de protección que la propia norma establece son un plazo de conservación seguido de un mandato de destrucción. Es de esperar que las directivas complementarias mantengan esta línea de respeto a la protección de la privacidad.

3. ¿Cómo se puede fomentar la implementación de mecanismos de protección de datos cuando existen barreras de acceso como (i) el costo —especialmente para

1. Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión [Europea], y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 45/2001 y la Decisión n.º 1247/2002/CE. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1725&from=ES>.

pequeñas y medianas empresas—, (ii) y la comprensión de la tecnología?

La pregunta requiere que haga algunos comentarios previos. Los conceptos de barreras de acceso provienen del ámbito comercial, de la defensa del consumidor o de las normas sobre libre competencia, y aunque eso no los descalifica, sí implica situarse en un escenario distinto. La perspectiva de la protección de datos como una parte de la protección del consumidor es una visión de la regulación norteamericana que se extiende, de alguna forma, al Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico—APEC—. En esa concepción lo que se protege es el funcionamiento del mercado y la persona ocupa un lugar en el funcionamiento del mercado como consumidor. La regulación peruana se alimenta de la versión europea que tiene como centro de gravedad y objeto de protección a la dignidad de la persona humana como centro de todo el sistema jurídico en su condición de ciudadano.

Desde esa perspectiva, proteger un derecho fundamental no puede ser considerado un sobre costo, aunque es posible que sí tenga un costo. Como hemos visto, las medidas que han de tomarse para proteger la privacidad dependen directamente de la complejidad y dimensión del negocio. Así que si hablamos de pequeñas y medianas empresas, lo más probable es que tengan que implementar medidas organizativas que no son costosas y medidas de seguridad que pueden ser tan simples como limitar accesos con llaves, pestillos, controles de ingreso, cuadernos de control o claves de seguridad como las que ya usamos —o deberíamos— para dispositivos que están en nuestro bolsillo, de forma que no veo cómo el costo de tomar esas medidas puedan considerarse una barrera o cómo podrían exigir conocimientos tecnológicos exagerados.

Se trata, en todo caso, de un costo legítimo que debe ser asumido por quien toma, para su beneficio o como parte de una actividad económica que libremente ha decidido llevar adelante, algo que corresponde a la esfera personal de otro. Entonces, pensar que puedo tomar algo tuyo, usarlo para mi provecho y que no tengo

por qué protegerte de los riesgos o daños que mi actividad te puede ocasionar no parece una mirada muy correcta, más aún si se recuerda que los datos de las personas constituyen un insumo empresarial que se toma a costo cero.

A este momento ya hay voces que plantean que si reconocemos que los datos personales son estratégicos, la nueva moneda, activos empresariales y constatamos que su monetización sostiene a las más grandes prestadoras de servicios, redes y aplicaciones de Internet, cabe explorar la posibilidad de que los titulares de los datos también encuentren una forma de “monetizar sus propios datos”. Por ahora siguen siendo materia prima gratuita y lo menos que se puede hacer es no perjudicar a sus titulares. De eso se trata la protección de datos.

En cuanto al nivel de complejidad tecnológica, éste no viene dado por las normas de protección de datos, sino por la actividad económica o comercial que cada quien decide realizar. Si tu negocio es simple, la tecnología será simple, si tu negocio es sofisticado, la tecnología será más compleja y eso es para todos los aspectos del negocio. ¿Por qué sería diferente para la protección de la información?

4. ¿Cuáles son las implicancias para los consumidores o usuarios por no leer los términos y condiciones y aceptarlos?

Depende. La pregunta vuelve a presentar el tema desde la perspectiva de la defensa al consumidor y eso, que puede parecer intrascendente, no lo es.

Si hablamos de información transmitida y aceptación del “usuario” —yo prefiero “titular de los datos”— de lo que estamos hablando es del consentimiento para el tratamiento de datos.

Para efectos de centrar la respuesta hay tres características del consentimiento que debemos tener presentes y claras: debe ser libre, informado y expreso.

Que sea libre implica que se otorgue sin error, fraude, mala fe, violencia o dolo. De acuerdo

con nuestra legislación, no se admite la coacción, aunque esta venga encubierta, como cuando se configura el otorgamiento del consentimiento como parte obligatoria de un contrato, sin otorgar la posibilidad de no consentir, pero sí contratar.

Es muy frecuente que al diseñar cláusulas de consentimiento, como parte de un contrato mayor, se olvide que dicho consentimiento sólo es necesario para tratamientos que no son indispensables para la ejecución del contrato que el titular del dato celebra, puesto que, aquellos que sí son indispensables están exonerados de obtener consentimiento, razón por la que amarrar ese consentimiento al resto del contrato afecta la libertad del consentimiento, simplemente porque no se otorga la posibilidad de decir que no.

Otra práctica se vincula con los conceptos de “captura de consentimiento” propia del diseño informático y “ventana de oportunidad” normalmente proveniente del área de marketing. Combinándolos se diseñan fórmulas para que el titular del dato se vea llevado a consentir por su interés o necesidad de acceder a algún servicio, a veces al extremo de hacerlo sin darse cuenta. Por ejemplo, si se van a actualizar datos necesarios para el desarrollo de contrato o un servicio, se aprovecha para que suscriba una autorización general. Lo curioso es que la justificación para proceder así suele ser que “si se lo pido claramente, dirá que no”, con lo cual se reconoce la falta de respeto a la voluntad del cliente y, lo más importante, la ausencia de libertad al otorgar el consentimiento, que evidentemente, no resulta válido.

También es frecuente encontrar cláusulas en las que se plantea que el titular consiente “en cumplimiento de la ley...” planteando una inversión de las cosas: ya no es el responsable del tratamiento el que cumple con la ley, solicitando el consentimiento y esperando un sí o un no, es el titular del dato el que debe consentir para cumplir con la ley. Como es obvio, este esquema engañoso también afecta la libertad del consentimiento así obtenido.

Lo que se debe comprender es que el con-

sentimiento es una manifestación de voluntad que debe ser solicitada para obtener una respuesta, y no capturada. De nada sirve gastar energías, esfuerzos creativos y tecnológicos para “capturar consentimientos” que no son sanos y por tanto no servirán para justificar los tratamientos que se pretenden realizar.

Que sea informado implica que quien recibe el pedido de consentimiento reciba, de forma clara, sencilla y fácilmente accesible, una cierta información que garantice que, llegado el momento, podrá ejercer sus derechos frente al responsable del tratamiento de sus datos.

Que sea expreso implica que tiene que ser exteriorizado directamente sin que se requiera presumir, o asumir la existencia de una voluntad que no ha sido expresamente manifestada. No obstante, se siguen elaborando fórmulas de consentimiento tácito e increíblemente no faltan los “expertos” que sostienen que nuestra legislación —que señala que el consentimiento debe ser expreso— admite el consentimiento tácito. Veamos: la manifestación de voluntad tácita tiene dos características. La primera es, justamente, que no es expresa, sino que requiere asumir o presumir que una voluntad o conducta exteriorizada implica otra manifestación de voluntad que no ha sido exteriorizada. De hecho, lo tácito y lo expreso se definen por diferencia de uno con el otro, es decir, si no son contrarios o antónimos son, por lo menos, claramente diferentes. Entonces, lo tácito, por definición, no puede ser expreso. La otra característica, asumiendo por un instante que el consentimiento tácito sea viable, es que requiere que previamente se haya establecido, tanto cuál es la manifestación o conducta de la que se derivará la manifestación tácita, como cuál es la voluntad que se asumirá o presumirá y esto tiene que haber sido acordado por los involucrados en un acto previo o estar establecido en una norma que los obligue. Ningún sujeto de derecho puede imponerle a otro, por su propia voluntad que “su silencio significa esto o aquello” o “que dar otro clic, o continuar navegando en un portal web, significa que consiente sobre esto o aquello”. Los esquemas de “captura de consentimiento” con estos diseños ni siquiera

pueden calificarse de consentimiento tácito, son cláusulas erróneas que no contienen ningún tipo de consentimiento. No importa cómo lo llamen o cuánto enfaticen que es expreso. Recordemos que en Derecho, las cosas son lo que son, por su naturaleza y contenido, no por cómo se les llame.

Un ejemplo que he usado durante años y ante diversos auditorios es el siguiente: imaginén que al salir del salón encuentran un cartel que dice "el solo tránsito por esta puerta significa la manifestación, expresa, libre e informada de que cada persona que pasa consiente en entregar su dinero al expositor". Ineludiblemente explotaba la risa haciendo innecesaria mayor explicación. Y, sin embargo, hay quienes siguen usando estas fórmulas.

¿Por qué se siguen usando estas fórmulas inconducentes? Mi impresión es que hay mucho desconocimiento y también una distorsión que tiene que ver con la primera parte de mi respuesta y aterriza en su núcleo.

La defensa del consumidor traslada nociones de la protección de la privacidad estadounidense, que como ya mencioné tiene como centro de protección al mercado y no al ciudadano. En ese contexto es de alta relevancia el concepto de las "expectativas de privacidad", de modo que tanto las advertencias de "siguiente clic" como la elab-

boración de términos y condiciones mediante políticas de privacidad tienen el efecto de reducir o eliminar las "expectativas de privacidad", porque cumplen función de "advertencia".

El problema del traslado de esas nociones a nuestra realidad es que las "advertencias sobre expectativas de privacidad" son unilaterales, mientras que nuestro sistema regula el consentimiento que, además de no estar basado en las expectativas de privacidad, es bilateral, en el sentido que uno lo pide —con ciertos requisitos— y depende de que el otro conteste de manera expresa.

En nuestro marco legal la política de privacidad no es una advertencia sino una forma de trasladar información sobre términos y condiciones. Ahora bien, cumplir con ese traslado no implica haber obtenido el consentimiento, hay que cumplir los demás requisitos y tenemos norma expresa al respecto: el artículo 13 del Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales, de forma que en nuestro sistema lo que se acepta o no se acepta no son "términos y condiciones" sino el otorgamiento de consentimiento para que ciertos datos, sean objeto de ciertos tratamientos, para ciertas finalidades, por parte de cierto responsable.

En cualquier caso, no le recomiendo a nadie aceptar nada sin informarse.



LA RECONSTRUCCIÓN DEL PAÍS, EMPEZÓ.

Mirando al **2021**,
con el compromiso
y la experiencia que
nos caracteriza.



Calle Los Libertadores 155.
Piso 8, San Isidro, Lima, Perú
Teléfono: (511) 710-0660
Fax: (511) 222-4260
www.lf.com.pe

AGROINDUSTRIA
CONSTRUCCIÓN
EDUCACIÓN

ENERGÍA
FINANCIERO
INDUSTRIA

INFRAESTRUCTURA
INMOBILIARIO
MINERO

PESQUERO
PÚBLICO
RETAIL

SERVICIOS
TELECOMUNICACIONES
TURISMO

LA FIDUCIARIA
Líder en Fideicomisos

La profesión legal y la tecnología en el Perú



ÓSCAR MONTEZUMA PANEZ

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Maestría en Derecho de Propiedad Intelectual y Regulación de Tecnologías de la
Información por la Escuela de Derecho de la Universidad George Washington.
Profesor de Derecho de Autor y Derecho de las Tecnologías de la Información en
la Maestría de Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual de la Pontificia
Universidad Católica del Perú.
Presidente del Comité Latinoamericano de ItechLaw Association.



RESUMEN:

En la presente ocasión, **ADVOCATUS** tuvo la oportunidad de entrevistar a Óscar Montezuma Panez, abogado digital peruano especialista en Derecho de la Tecnología, propiedad intelectual, Derecho de la Competencia, negocios digitales e innovación legal. A través de las siguientes líneas nos ofrece sus opiniones sobre la profesión legal y su relación con la tecnología en el Perú, abordando temas como el uso de redes sociales y *software*, los formalismos del Derecho y reflexiones respecto a la innovación.

Palabras clave: Derecho, profesión legal, tecnología, redes sociales, innovación, formalismos.

ABSTRACT:

ADVOCATUS had the opportunity to interview Óscar Montezuma Panez, Peruvian digital lawyer specialized in Technology Law, intellectual property, Competition Law, digital businesses and legal innovation. In the following lines he offers his opinions about the legal profession and its relationship with technology in Peru, addressing issues such as the use of social media and software, the formalities of Law and reflections on innovation.

Keywords: Law, legal profession, technology, social media, innovation, formalities.

1. ¿Qué retos enfrenta la profesión legal — respecto a la tecnología— actualmente?

El principal reto es pensar que la innovación es comprar tecnología, es el principal problema que existe en la mente de algunos abogados. Y no solo abogados, en general asociar la palabra innovación a comprar tecnología o a qué tan *techie* eres. Cuando explotó la pandemia, muchas firmas de abogados sacaron comunicados diciendo: "Nosotros siempre estuvimos preparados, teníamos los mejores sistemas y las mejores plataformas". Sin embargo, a la par de eso comenzaron a salir memes y cosas que revelaban la cultura interna o la falta de ella de muchas firmas de abogados.

El principal reto que tiene el sector legal en general es asociar innovación con tecnología. En mi opinión, la innovación tiene que ver con la construcción de una cultura de trabajo y una cultura organizacional que en el modelo tradicional de las firmas de abogados no existe y no es una prioridad.

Específicamente hablando de tecnología, no hemos sido una profesión muy amigable con ella. Las firmas más grandes tienen sistemas más desarrollados, pero muchas tienen servidores localizados en la firma y tenían que ir a la firma para obtener la información que necesitaban o para conectarse por tener los accesos bloqueados. Hablar de tecnología en el mundo

legal sigue siendo un tema muy retador, no es algo que se haya superado.

Por el COVID ya estamos obligados a trabajar de manera remota, hay una cantidad de matices. Estaba leyendo un artículo de los cinco niveles del trabajo remoto, siendo el uno el más básico y el cinco el más *top*. Me parece que el tres o el cuatro implicaba poder trabajar en un documento de manera colaborativa. Por ejemplo, que todos estemos juntos trabajando en un *Google Docs* al mismo tiempo editando un documento al mismo momento. Ese tipo de cosas no están muy difundidas en el mundo legal. Lo típico es que uno hace su *Word*, le hace un control de cambios, se lo pasa a otra persona, la otra persona le hace control de cambios y al final tienes el gestor de documentos o *Word* lleno de mil versiones del mismo documento. Hay todo un tema con la tecnología que los abogados recién estamos empezando a abrazar.

Hay dos tipos de tecnologías. La tecnología sostenible, que es aquella que ayuda a sostener la práctica legal tal cual. Por ejemplo, los *software* de horas, procesadores de textos, gestores de documentos. Por otro lado, la tecnología disruptiva, que es aquella en la que incluso sacas al abogado de la cadena. Por ejemplo, una solución tecnológica en la que la persona se acerca a una máquina dispensadora y compra un chocolate, hace lo mismo pero con un contrato.

El tercer tema, que me parece que es el tercer gran reto, es cómo nos presentamos como abogados frente a los riesgos de la tecnología. Por ejemplo, en el caso de *Panama Papers*, hay un estudio de abogados que se ve afectado por una brecha de información gigantesca donde hay información confidencial protegida por el secreto profesional. Entonces creo que en la medida que seamos más digitales porque la realidad nos obliga a hacerlo, vamos a necesitar mayores medidas de seguridad para proteger el secreto profesional, que es una discusión que está bastante olvidada en el mundo legal.

2. ¿Qué opina sobre la presencia de abogados en redes sociales? Dados los prejuicios sobre lo “informal” de las redes sociales y lo “formal” del Derecho.

He visto cada vez más abogados en redes sociales. Hay un abogado en Ecuador que tiene una cuenta de TikTok y da consejos legales. Me pareció innovador el formato que utiliza, que además es limitado por un espacio de tiempo. En Instagram he visto a una abogada que es laboralista y *fashion influencer* y mezcla los dos temas. Sale posando con la ropa y las cosas que le mandan y al mismo tiempo también habla sobre Derecho Laboral. También está En Modo Legal de Melina Valle que ayudan a emprendedores y utilizan muchas figuras relacionadas con la música y el emprendimiento. Son formatos nuevos que buscan justamente mostrar contenidos legales de una forma más amigable.

Creo que es necesaria la presencia de abogados en redes sociales porque son formas de contribuir con la difusión de temas legales, pero es difícil por los prejuicios sobre lo informal y formal del Derecho. El abogado tradicionalmente, hablando de hace muchos años atrás, era el que publicaba su columna en Gestión, ese era el estándar. Pero luego viene la explosión de las redes sociales como Facebook y Twitter y dices: “¿Qué hago acá?”. Creo que escribí un artículo en algún momento sobre el uso de redes sociales para abogados y al final mi conclusión fue que hay que estar, porque si no estás pierdes una oportunidad para posicionarte y difundir lo

que sabes, y también te puedes perder de muchas cosas que se pueden estar hablando de ti. Pero lo principal es que una vez que tomas la decisión de estar en redes sociales, tienes que elegir bien tu estrategia y saber qué redes sociales vas a usar y cómo las vas a usar.

El gran error que veo en los abogados es que piensan que la red social es como un espacio para pegar tu *newsletter* que es un “ladrillazo” en PDF que nadie entiende. Es difícilísimo de leer, es un “ladrillazo” de varias páginas que lo trepas y está colgado en LinkedIn en Times New Roman 12 —y si se puede más chica, mejor—, en un formato poco amigable y ahí está tu *newsletter* con todo el contenido que mandabas por correo electrónico, pero ahora lo pegas ahí, nada que ver. Hay toda una corriente de posicionamiento de contenidos que resaltan el cuánto yo sé. “Yo uso las redes sociales como abogado para demostrar cuánto yo sé” y ese no es el código de conversación en una red social. El código de conversación de la red social es conectar con la gente, hacer *engagement*. Es que tu contenido realmente le sirva a otra persona, conectes con la persona y así, la gente te empieza a seguir. No es para dar una charla magistral sobre cuánto sabe uno de acto jurídico o de alguno de esos temas porque a la gente no le interesa eso en esos espacios. Creo que si vas a estar presente en redes sociales, lo importante es que las utilices correctamente, conectado con que el contenido sea pensado para ayudar a otras personas, guiarlas sobre temas legales y no tener miedo de usar un lenguaje más aterrizado.

De hecho, uno de los grandes problemas que he encontrado en el mundo legal es el excesivo uso del formalismo en el lenguaje, en la vestimenta y en otras cosas, que hacen que pensemos que estamos banalizando el lenguaje o la profesión porque hablamos en simple. En mi opinión esto no es así. Discrepo de la forma de ver el Derecho acartonado y de hablar en difícil. Aprendemos a hablar en difícil, a vestirnos de una manera, a estar rígidos, y ello contribuye a nuestra presencia en redes sociales porque trasladamos esta rigidez a espacios que no la soportan.

Algo importante que sí hay que tener en cuenta son las reglas de ética para utilizar redes sociales porque hay varios ejemplos de abogados que no se han medido y terminan divulgando información o comentando asuntos que está viendo la firma donde trabajan. Entonces, pueden terminar comprometiendo el secreto profesional si no siguen ciertas pautas. Yo personalmente soy “pro-uso” de estas herramientas de comunicación, lo cual no quita que debamos tener ciertos cuidados.

3. ¿Considera que los “formalismos” —desde la vestimenta hasta la forma de hablar— son esenciales para un abogado? ¿Se encuentran presentes en las firmas o abogados peruanos?

No son esenciales y, de hecho, creo que van a ir desapareciendo. Por ejemplo, escribí un artículo sobre que “el hábito no hace al monje” y que en el tiempo, el uso de la corbata ha ido desapareciendo. Pero en el mundo legal sigue existiendo la rigidez y la idea que se debe vestir terno, y la forma de calmar la conciencia es no usar corbata los viernes, pero eso es como el premio de consuelo: “me siento menos formal porque no uso corbata el viernes”. ¿Por qué no podríamos vestirnos como en una empresa? Los gemelos, los ternos mandados a hacer por sastre y las camisas con iniciales son parte de una especie de inducción al mundo formal de Suits.

Esa formalidad está plasmada no solo en la forma de vestirnos, sino también en la de hablar, por ejemplo, el “doctoreo”. Recuerdo que participé en un evento hace unos años y se me acercó un chico, todavía estudiante, súper “encorbatado”. Me decía: “Dr. Montezuma, yo quisiera decirle...” y le respondí que no me diga doctor, que soy Óscar y que conversemos relajados. Me quedé pensando en que si un chico que está en la universidad, tiene “veinti pocos” años y está saliendo al mundo laboral, y sigue replicando las prácticas de cuando yo era estudiante o practicante, entonces hay un problema serio en el sistema. No pueden haber pasado tantos años y que sigan las mismas prácticas en cuanto a la vestimenta. El chico un poco más y esta-

ba ahorcado con la corbata y casi sin aire y todo nervioso intentando encontrar la mejor forma de “doctorearme”. El lenguaje también está plagado de ese formalismo. Yo en la oficina solía hacer una purga mensual de los correos que enviaba la gente del equipo que más connecedores leguleyos habían utilizado: “sin perjuicio de, estoy procediendo a enviar” y otras cosas innecesarias. Los anotaba en un papel y públicamente lo trituraba: “vamos a exterminar de nuestro lenguaje todos estos tecnicismos que no es que se nos ocurrén, si no que nacen de la doctrina y todos los libros que leemos, y así aprendemos a hablar en difícil, y no nos permiten desarrollar mecanismos de comunicación asertiva”.

Al final, ello termina distanciando al abogado de su cliente. Creo que hay un espacio en las nuevas generaciones, la de ustedes por ejemplo, para romper los moldes. Que el abogado sea una persona cercana y amigable, que te ayude a resolver problemas pero que no sea un personaje lleno de gemelos, de camisas, de sastres —en el caso de las mujeres los tacos— que distancia de otras cosas y bloquea la innovación. Cuando una persona es tan rígida y resistente al cambio, también lo es con nuevas ideas que puedan llegar a influir en su trabajo y nos convierte en una profesión particular. Eso no implica que dejemos de utilizar tecnicismos propios de la profesión como al hablar del acto jurídico, no hay otra forma de decirlo, es el nombre que se le puso.

4. Muchos clientes están acostumbrados a tener abogados que visten y hablan formal. ¿Les parece extraño cuando abogados jóvenes les hablan coloquialmente?

En el 2012 me lancé a emprender como abogado, y hasta el 2018, son seis años que me tomó “exorcizarme” —porque así le llamo— de todas estas prácticas. Es un exorcismo porque eso es en lo que te formaste. Yo me formé en ese mundo y recién Niubox se convierte en mi primer proyecto en el que logro romper completamente con esos moldes. Empezamos en un *coworking* porque dijimos que no vamos a tener una oficina pomposa ni la oficina de Suits.

"Hay que erradicar por completo eso, eso se va, no existe". Y la onda o el *look* con el que andábamos era casual, no tenía que ser un requisito estar acartonado. Me acuerdo que un cliente me dejó frío porque llegó a la oficina y me felicitó por no recibirlo en terno y corbata. No sabía qué responderle o si decirle gracias. Me dijo: "qué chévere poder conversar en esta misma onda" porque se sentía identificado conmigo porque estábamos vestidos de una manera parecida. No venía este personaje inalcanzable a hablarle en difícil. Creo que, sobre todo, la generación de ustedes es la llamada a ser el fumigador para sacar del mundo legal la mayor cantidad de formalismos y cosas de ese tipo.

5. En el 2011, la International Bar Association-IBA realizó un estudio para evaluar la presencia y el rol del *networking* en redes sociales dentro de la profesión y la práctica legal a nivel mundial. El 80% de los encuestados declaró que era necesario adaptar los códigos y normas éticos-profesionales a las interacciones sociales en línea que afectan a la profesión y el ejercicio de la abogacía, ya que no pueden aplicarse adecuadamente en su forma actual. ¿Considera que es necesaria esta adaptación en el Perú?

Creo que hay que revisar las normas de ética de los colegios de abogados y hacer una revisión un poco más exhaustiva a esos temas. En cuanto a los aspectos éticos, los temas de conflicto de interés y anticorrupción, somos los especialistas en recomendar *compliance* o lavado de activos a otros, pero en el mundo legal es algo que todavía está un poco dejado de lado.

Concretamente en el caso de las redes sociales, si ven al final en los créditos del documento de la IBA aparece el Colegio de Abogados de Lima-CAL. El CAL participó en ese documento. Sin embargo, la actividad del CAL y de otros colegios profesionales es una actividad que aporta muy poco para las profesiones y la profesión del abogado en general. El tema de tener normas éticas sobre interacciones en línea sí puede ser interesante para ser retomado porque tiene que ver con que muchas veces utili-

zamos las redes sociales sin darnos cuenta. He visto varios casos de gente que tiene agregada dentro de sus contactos a personas que ni conoce o por ejemplo, cuando un abogado está prohibido de agregar como contacto a un juez —y en Estados Unidos se ha visto mucho estos casos— porque puede generar alguna vinculación que afecte el debido proceso y que genere asociaciones que no vengan al caso afectando la neutralidad del juez. Existe una cantidad de reglas que están en el estudio de la IBA que son importantes para tener en cuenta y me parece que sería muy válido que se retome. Las firmas de abogado, por ejemplo, tienen políticas para que sus abogados usen o no redes sociales y cómo usarlas. Yo creo que, alineado con lo que respondí al inicio, hay que potenciar mucho más en el mundo legal el uso de las redes sociales, pero también hay que tener ese tipo de lineamientos y guías para que la gente lo pueda hacer de manera segura, tranquila y que no se viole el secreto profesional. En otros países, por ejemplo, autodenominarse experto o "likear" un comentario donde atacan al cliente del estudio puede traer problemas. ¿Hasta dónde llega nuestro lado personal con nuestro lado profesional? Son cosas en las que es importante tener algún tipo de guía. En redes sociales, un *screenshot* de lo que comenté antes te puede terminar anulando la carrera. Por ello creo que es importantísimo adaptar ese tipo de lineamientos a la realidad local.

6. En algunos países —como China— se ha planteado la implementación de jueces robots en ciertos casos. ¿Considera que, en el futuro, la inteligencia artificial podría reemplazar ciertas funciones legales en el Perú?

El tema de la inteligencia artificial y también el de otras tecnologías que están desarrollándose actualmente es que todavía hay mucho *hype* sobre ello. Creo que la gente ha empezado a ver mucho *Black Mirror* o *The Social Dilemma* y han empezado a "loquear". Entonces ahora es que "los robots nos van a quitar la chamba", y lo que yo primero diría es que hay que sentarnos a entender bien cuál es el alcance que está teniendo esta tecnología, y,

qué es lo que efectivamente al día de hoy es real y se puede hacer.

Todavía creo que estamos muy lejos de poder reemplazar la justicia con *software*. Parto de la idea de que no conozco ningún *software* de inteligencia artificial que sea completamente autónomo, al final está hecho por un humano, y el humano tiene sesgos, entonces eso puede influir claramente en el diseño del *software*.

¿Creo que la inteligencia artificial podría ser un gran complemento para la administración de justicia? Sí. ¿Que vaya a reemplazar completamente a los jueces? Creo que estamos muy lejos de que algo así ocurra. Sobre todo, creo que es importante entender bien qué cosa es lo que al día de hoy es posible, fácticamente, de hacer con la tecnología. Porque hay mucha ciencia ficción sobre el tema y eso nos genera una serie de expectativas en la mente de cosas que pueden ser irreales o lejanas. Y como digo, mucho ver Black Mirror o esas series es un buen ejercicio de reflexión sobre los usos de la tecnología y hasta dónde puede llegar, pero también es cierto que fomentan el “tecno-pánico”, fo-

mentan el miedo. Hay muchos cuestionamientos que le han hecho al documental The Social Dilemma porque hay partes en las que es poco objetivo. No quiero extenderme hablando del tema porque no viene al caso, pero sí quiero hablar de que hay que ser conscientes de qué es lo que se puede hacer al día de hoy con la tecnología, estudiarla bien. Si a ustedes les interesa el tema, y eso es algo que se los digo porque me han preguntado mucho últimamente: “Oye, ¿en qué curso de tecnología me meto?”, yo les digo: “¿Sabes qué? Más Derecho del que ustedes ya saben, no les van a enseñar en un curso de Derecho de Tecnología”. Entonces, si pueden meterse a un curso, de los que ahora hay muchos y gratuitos, sobre cómo funciona el *blockchain*, la inteligencia artificial, el *data analytics*, y entenderlo y ver la aplicación real, ustedes van a poder aplicar el Derecho a esa tecnología de una manera mucho más fácil. Más van a aprender haciendo eso que estudiando un curso de Derecho de Tecnología o alguno relacionado. Entonces este es un poco el reto que tenemos ahora los nuevos abogados que queremos entrar a la especialidad del Derecho de la Tecnología.

Fintech de crowdfunding: retos de su desarrollo en Perú



YAMILE CÁRDENAS DEL RÍO

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

KATIA VÁSQUEZ REYES

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO:

- I. Introducción.**
- II. Principales ventajas y retos de las fintech.**
 - 1. Efectos en el sector financiero.**
- III. Impacto en las tasas de interés.**
- IV. Regulación de fintech en otras legislaciones.**
 - 1. Caso España.**
 - 2. Caso México.**
 - 3. Caso Chile y Colombia.**
- V. El desafío de la SMV.**
- VI. Conclusiones.**



RESUMEN:

El desarrollo de las *fintech* a nivel mundial es inminente. Sin embargo, el Perú aún no cuenta con una regulación que promueva su ingreso y dinamice el sector. El dictamen que regula el financiamiento participativo todavía se encuentra pendiente de aprobación en el Congreso y, de aprobarse, los mayores retos los tendrá la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV). Una mayor inclusión financiera con impactos positivos en la economía todavía parece lejana, pero se está iniciando.

Palabras clave: *fintech, crowdfunding, tasas de interés, Superintendencia Nacional del Mercado de Valores, SMV, sector financiero, financiamiento participativo, regulación.*

ABSTRACT:

Worldwide fintech development is imminent. Nevertheless, Peru still does not have regulation that encourages the entry of fintechs to the Peruvian market and invigorates the sector. The bill that regulates crowdfunding is yet pending approval from Congress. If approved, the biggest challenges will be faced by the Peruvian Superintendence of Securities Market (Superintendencia del Mercado de Valores-SMV). A bigger financial inclusion with positive impact in the economy still seems distant, but it is starting.

Keywords: contractual obligations, compulsory relationships, undue payment, civil liability, excess payment, unjust enrichment.

I. INTRODUCCIÓN

La propuesta de regulación de *fintech* en el Perú está en marcha, pero todavía es limitada. Su generalidad es positiva, al asemejarse a otras regulaciones, pero de los detalles que se definirán en el reglamento, dependerá el desarrollo del sector en el país.

La industria *fintech* ha tenido un rápido crecimiento y en el mundo se presenta como un fenómeno sin freno.

“Hace unos pocos años, la innovación tecnológica tocó la puerta del mundo financiero. La tecnología ahora no solo se centra en la transmisión de información, sino que también ha encontrado formas de mejorar la prestación de servicios financieros, haciéndola más rápida, segura e inclusiva. Las startups, dedicadas a la tecnología financiera, son conocidas ahora como Fintech —Financial Technology—”¹.

En mayo del 2019 el Poder Ejecutivo presentó al Congreso un proyecto de ley con la finalidad de regular y supervisar el financiamiento par-

ticipativo y a las sociedades que administran estas plataformas enfocadas en *crowdfunding* financiero, es decir, plataformas que conectan a receptores con inversionistas con la finalidad de financiar un determinado proyecto.

La iniciativa, hasta el momento de la redacción de este artículo —septiembre 2019—, cuenta con dictamen aprobatorio de la Comisión de Economía del Congreso. Este regula la actividad y fija obligaciones y prohibiciones a las empresas que van a gestionar las plataformas. No obstante, se deja algunos elementos para una regulación posterior, teniendo en cuenta la mayor flexibilidad posible. En la medida en que esta industria vaya creciendo, en el camino el regulador podrá hacer los ajustes.

Es claro que mediante la tecnología también se puede tener acceso a créditos con las mismas garantías que a través de una institución financiera y, sin embargo, las sociedades que se encargan de ello no cuentan con una regulación que las dote de mayor seguridad. Además, los costos tradicionales asociados al financiamiento se ven reducidos con el uso de estas nuevas herramientas.

1. Adolfo Morán y Sergio García, «Criptomonedas y psicología financiera», *Revista Themis* (2019): 246.

Una adecuada regulación del *crowdfunding*, en definitiva, alentaría la inversión. Si funciona, los distintos tipos de *crowdfunding* podrían desarrollarse. Así tenemos por ejemplo, el *crowdfunding* de recompensa, que implica compartir una idea con personas que estén interesadas en desarrollar un proyecto, para luego devolver las recompensas en forma de producto. El *crowdfunding* de inversión, sin embargo, apunta a inversiones más grandes. Éste fue el caso de Glovo, en España, quienes para iniciar requerían de un capital inicial de aproximadamente 300,000 euros. Las personas que aportaron multiplicaron diez veces su inversión.

Por otro lado, el *crowdfunding* inmobiliario tiene como finalidad financiar proyectos del sector inmobiliario, por lo que genera grandes ingresos de dinero. Finalmente, el *crowdfunding* de préstamo es utilizado por las empresas que buscan diversificar sus fuentes de financiamiento, a través de entidades que ofrecen una tasa inferior a la que ofrecen los bancos.

Si bien el dictamen aprobado el mes pasado por la Comisión de Economía del Congreso busca volver al segmento más atractivo al darle mayor predictibilidad y garantías a los inversores, “se requiere un reglamento más específico y modificaciones normativas para que se logre el objetivo”².

II. PRINCIPALES VENTAJAS Y RETOS DE LAS FINTECHS

Cada vez más vemos un constante crecimiento de las *startups*³ que aprovechan los desarrollos tecnológicos para brindar una oferta de servicios financieros acordes con el mercado innovador. Estas empresas cuentan con varios in-

centivos para insertarse en este nuevo mercado en desarrollo.

No solo nos referimos al ahorro económico que se genera al trabajar mediante una plataforma virtual, sin tener el gasto habitual de arrendamiento de oficinas, mantenimiento, pago de personal de vigilancia, limpieza u otros gastos administrativos no ligados directamente al giro del negocio. Sino también que se genera un ahorro de tiempo, puesto que aquello que normalmente bajo un procedimiento burocrático y sujeto a una serie de aprobaciones internas de un banco puede demorar horas o incluso días, mediante una plataforma de financiamiento tecnológico altamente especializada, se puede generar en cuestión de minutos o incluso segundos. Y este ahorro de tiempo se traduce a su vez en un ahorro adicional de recursos y de horas-hombre —HH—.

Otro factor importante que juega a favor de las *fintech* es que, al funcionar bajo un esquema tecnológico especializado, se puede gestionar de manera más transparente la empresa, en comparación con lo que sucede en las entidades bancarias donde es imposible controlar todos los comportamientos que no necesariamente se efectúan a nivel informático. Mientras mayor es el grado de sistematización, mayor es el grado de transparencia y de eficiencia⁴.

Una razón importante que también fomenta el surgimiento de *fintech* es la posibilidad de obtener un alto rendimiento al brindar servicios financieros digitales innovadores, sin tener que cumplir todos los requisitos y seguir los procedimientos que nuestra legislación impone a las empresas del sistema financiero, puesto que se tratan de empresas que manejan capi-

-
2. Yamile Cárdenas, «Crowdfunding: regulación limitada», *SEMANAEconómica*, n.º 1679 (2019).
 3. Para efectos del presente artículo, entendemos por “*startups*” a aquellas empresas creadas recientemente que comercializan productos y/o servicios mediante el uso intensivo de las tecnologías de la información, sobre la base de un modelo de negocio de crecimiento rápido y sostenido en el tiempo —para mayor información ver definición indicada en <https://economiatic.com/que-es-una-startup/>—.
 4. Rosa Castelnou, 28 de octubre de 2019, «Los beneficios de la tecnología “fintech” para tu empresa», *Blog Captio by emburse*, <https://www.captio.net/blog/beneficios-de-la-tecnologia-fintech-para-tu-empresa#ventajas>.

tales muy inferiores y que están aún en etapa de maduración. Como veremos más adelante la propuesta de regulación de las *fintech* establece parámetros generales, pero por el momento no profundiza en su reglamentación específica, lo cual nos parece adecuado para el rol que tienen actualmente en el Perú.

Del otro lado, tenemos a los inversionistas que apuestan por las *fintech*, al considerarlas más flexibles que otras entidades financieras, más transparentes y rápidas de usar, en comparación con las colas que se deben hacer en un banco para solicitar un préstamo o efectuar una inversión, o la sujeción a los horarios pre establecidos e inamovibles que tienen las empresas financieras.

Es así que *“la financiación fintech ha contribuido a mejorar el acceso al mercado de personas y empresas subatendidas desde el punto de vista financiero, además de brindar opciones adicionales a los inversores”*⁵.

Debemos resaltar que el público objetivo de las *fintech* se encuentra conformado en parte por clientes “subbancarizados”, es decir, por clientes que pueden tener cuentas de ahorro o tarjetas de débito, pero no han asumido deudas bancarias⁶. Es precisamente a estas personas quienes muchas veces perciben a las *fintech* como una idea innovadora, más atractiva y adaptable a sus horarios y requerimientos específicos.

Es cierto también que las *fintech* son preferidas por un grueso de la población menos conservador y más moderno, por lo que no terminan estando dirigidas realmente a todo el público en general. No obstante, eso no genera mayores inconvenientes para el desarrollo de este tipo de mercados, porque como vemos todo el

tiempo estamos evolucionando como sociedad y adaptándonos a un mundo globalizado, en el que cada vez más las generaciones estarán inmersas en un desarrollo tecnológico. Por esto, especialmente a futuro, hay grandes expectativas de crecimiento de las *fintech*.

Dentro de los principales servicios que brindan las *fintech* en el mundo, está el financiamiento participativo o *crowdfunding*, que ha tenido bastante éxito como mecanismo de obtención de financiamiento para la ejecución de proyectos, bajo las diversas modalidades que existen, tales como recompensa, préstamo, inversión y otras. Justamente por ello, se propone en Perú regular esta modalidad de financiamiento.

Si bien es evidente que las *fintech* tienen un futuro prometedor y acarrean varias ventajas como las indicadas, no se debe dejar de lado la existencia de determinados riesgos financieros inherentes a las operaciones. Al igual que con las demás entidades financieras, las *fintech* requieren también contar con un respaldo, de modo que se proteja a los usuarios ante cualquier pérdida por un mal manejo de los fondos por parte de las *fintech*. Por ello, se propone que para ser autorizada por la Superintendencia del Mercado de Valores-SMV, toda plataforma de financiamiento participativo debe contar con una póliza de seguro que cubra el riesgo de deshonestidad, siendo que el monto de la póliza dependerá del monto del proyecto. A mayor monto del proyecto, mayor deberá ser la cobertura del seguro, ya que mayor será el riesgo de inversión.

Bajo la misma línea es que se permite en la legislación española que en caso las plataformas de financiación participativa no dispongan de un capital mínimo de 60,000 euros, deberán

-
5. Stijn Claessens, Jon Frost, Grant Turner y Feng Zhu, «Mercados de financiación fintech en todo el mundo: tamaño, determinantes y cuestiones de política», *Bank for International Settlements* (2018): 18, https://www.bis.org/publ/qtrpdf/r_qt1809e_es.pdf.
 6. Lorena Guarino, 11 de febrero de 2019, «Guerra de Beneficios: cómo los bancos y las fintech compiten para ganar más clientes en la Argentina», *iProUp*, <https://www.iproup.com/mundo-fintech/2610-descuento-promocion-banco-digital-Bancos-vs-fintech-que-beneficios-otorgan-para-atraer-clientes>.

tener un seguro de responsabilidad civil profesional, un aval u otra garantía equivalente que permita hacer frente a la responsabilidad por negligencia en el ejercicio de su actividad profesional; o tener una combinación de capital inicial y de seguro de responsabilidad civil profesional, aval u otra garantía similar⁷. Todo esto apunta a la protección del consumidor.

Otro riesgo también inherente a las operaciones de las *fintech* es el riesgo cibernético como por ejemplo la posible existencia de ciberataques o fraudes en red. Si bien es cierto que existe un incremento en este tipo de ataques, también es verdad que frente a estos escenarios surgen constantemente soluciones de seguridad enfocadas en la prevención, y específicamente en la identidad digital, ya que resulta fundamental que las plataformas de financiamiento —aplicaciones, páginas web, etc.— cuenten con un historial crediticio de los actores involucrados en este tipo de operaciones⁸.

Incluso ante dicho escenario de inseguridad, actualmente se observa en América Latina que *“dos de cada tres empresas en los segmentos de pagos, banca digital, y puntaje crediticio, seguridad y fraude cuentan ya con planes de contingencia en casos de incidentes y/o seguros de ciberseguridad”*⁹. Por lo que podemos afirmar que existe preocupación por minimizar dicho riesgo.

1. Efectos en el sector financiero.

La dinamización del mercado financiero dependería de una adecuada regulación de *fintech* de *crowdfunding*. Como ya se mencionó anteriormente, todavía la propuesta para regular estas plataformas es limitada y general. La expectativa que se tiene sobre las medidas que el ente regulador pueda aplicar son grandes.

La próxima regulación de empresas de *crowdfunding* favorecería el ingreso de más empresas de este segmento. Sin embargo, para que los beneficios esperados se concreten—menores tasas de interés y mayor competencia— no solo se requieren mayores precisiones del regulador, sino que también se hacen necesarias algunas modificaciones normativas.

De acuerdo con Emprende UP —Centro de emprendimiento e innovación de la Universidad del Pacífico—, se han identificado 130 *fintech* en el país, de las cuales solo el 4% realizaría actividades de *crowdfunding*, pues, según el texto de la ley, el financiamiento debe llevarse a cabo necesariamente a través de la plataforma y la mayoría no cumple con este requisito.

Según el dictamen, las empresas que realizan *crowdfunding* en el Perú son Afluenta, Independencia, Prestamype y Salven. Sin embargo, para la elaboración de un artículo publicado en SEMANAeconómica, tuvimos la oportunidad de conversar con los CEOs de Prestamype e Independencia, quienes indicaron que no estarían sujetas a la próxima regulación. En el caso de Prestamype, el hecho de no conectar a una persona con varios inversionistas, sino solo con uno, implicaría su no consideración como empresa de *crowdfunding*. Por su parte, Independencia, si bien otorga préstamos, lo hace con fondos propios, lo cual la excluiría de la regulación.

En cuanto a los efectos específicos en el sector financiero, no puede dejarse de lado el hecho de que existe necesariamente una estrecha relación entre las ya establecidas empresas del sistema financiero y las *fintech* de *crowdfunding*, siendo que dicha relación debe ser de cooperación, en tanto que las *fintech* permiten complementar la

-
7. Para mayor información ver el artículo 56 de Ley 5/2015, del 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial.
 8. «Fintech. América Latina 2018. Crecimiento y consolidación», Banco Interamericano de Desarrollo, <https://www.nodoka.co/apc-aa-files/319472351219cf3b9d1edf5344d3c7c8/fintech-amrica-latina-2018-crecimiento-y-consolidacion-1-.pdf>.
 9. *Ibíd.*

oferta de servicios que tienen los bancos. Al respecto, Gemma Ames nos dice lo siguiente:

"A pesar de que las fintech argumentan ofrecer servicios superiores a los que ofrecen los bancos, sustentándose en su agilidad de innovación y comprensión de las tecnologías actuales que le permite entender mejor y ajustarse a las necesidades de los usuarios. No obstante, en el contexto de la teoría de intermediación financiera no son competitivos debido a que, en el caso de los préstamos en línea, solo podrían reducir mejor las fricciones de financiamiento en el mercado crediticio, pero no pueden competir con los bancos en la provisión de servicios de liquidez y en la transformación de activos"¹⁰.

No obstante, el entendimiento de que estamos ante servicios que pueden convivir en el mercado no siempre fue así. De hecho, cuando las fintech comenzaron a surgir en el mercado financiero, hace un par de años, no en todos los casos tuvieron la mejor respuesta por parte de los bancos. Por ejemplo, en la experiencia chilena, hubo una primera etapa de rechazo absoluto de las fintech¹¹.

Afortunadamente, ya no existe dicho rechazo por parte de las empresas del sistema financiero, sin embargo, sí es cierto que están invirtiendo en tecnología y fidelización del cliente, en tanto es predecible que es cuestión de tiempo antes de que las empresas de tecnología financiera revolucionen el mercado como lo conocemos.

En ese sentido, en mayo de este año, durante la sesión de presentación de la política monetaria

del Banco Central de Reserva-BCR, el gerente central de estudios económicos del BCR comentó que esta nueva forma de financiamiento ayudará a elevar la competencia, la inclusión financiera y el Producto Bruto Interno-PBI potencial y, con el desarrollo de una mayor competencia, se esperaría una presión a la baja en las tasas de interés del mercado.

La experiencia internacional validaría esta hipótesis. Un caso interesante es el de España, donde los bancos tuvieron que flexibilizar el acceso a sus créditos gracias al desarrollo del financiamiento participativo. Esto se ha evidenciado también en el caso de Brasil, ya que, al tener un sistema financiero altamente burocrático con elevadas tasas de interés a nivel mundial, ha estado sometido a mayor influencia de las fintech en vista que los consumidores requerían mejorar la experiencia financiera y acceder a menores tasas de interés¹².

En Colombia, la tendencia expectante es que el desarrollo de las fintech impacte en una baja de tasas. En este país el fenómeno para el crédito —que viene por Crowd— puede generar oferta de tasas más atractivas al crédito tradicional. Por su parte, en Chile se dio una mejora en las tasas de interés y en el PBI. En el caso del crowdlending se espera un mayor impacto en el acceso al crédito principalmente, con una reducción medianamente significativa en el costo de financiamiento.

III. IMPACTO EN LAS TASAS DE INTERÉS

El dictamen busca que no haya límites para las tasas de interés que cobrarían las fintech de

-
10. Gemma Ames, «Las Fintech y su incidencia en la inclusión financiera en Perú (2015- 2017)» (tesis para optar por el título profesional de Contador Público, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2018), 49, https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/cybertesis/10000/Ames_gg.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
 11. Eduardo Chipoco Rodríguez, Angel Flores Ascención, Larry Torres Valdivia y Ubaldo Varea López, «Las Fintech en Brasil, Argentina, Chile y Bolivia: Lecciones y buenas prácticas» (trabajo aplicativo final, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018), 3, https://www.centrumthink.pucp.edu.pe/Docs/files/las_fintech_en_brasil,_argentina,_chile_y_bolivia.pdf.
 12. «Brasil recupera el liderazgo Fintech en América Latina y supera la barrera de los 370 startups», FINNOVISTA, 2018, <https://www.finnavista.com/actualizacion-fintech-radar-brasil-2018/>.

crowdfunding, como ocurre en las entidades del sistema financiero. Sin embargo, para lograr dicho objetivo se requeriría modificar el Código Civil¹³.

Actualmente las *fintech* no pueden cobrar una tasa de interés mayor a 45.69% en soles y 8.12% en dólares, pues de acuerdo con el Código Civil, las empresas no financieras —clasificación en la que entrarían las de *crowdfunding*— no pueden fijar una tasa mayor a la tasa promedio del sistema financiero para créditos a la microempresa.

Esto cambiaría con el nuevo tope de tasas —tanto en soles como en dólares—, establecido por el Banco Central de Reserva en agosto de este año. Éste regirá a partir del primero de octubre del 2019. El nuevo límite sería definido según la tasa promedio del sistema financiero para créditos de consumo, que es más alta que la tasa de créditos a la microempresa.

“El nuevo tope permitirá que estas entidades puedan atender a un segmento al que no ingresaban por la prohibición de cobrar una tasa alineada al riesgo de la operación. La modificación dinamizará la competencia entre entidades no financieras y el sector financiero, compuesto por la banca, cajas financieras y edpymes”¹⁴.

Al haber mayor competencia para el sector bancario, éste también se vería obligado a reducir sus tasas de interés, las cuales actualmente son fijadas libremente. Éste y otros beneficios —como una indudable inclusión financiera que permita atender las necesidades que hoy no atiende la banca— dinamizarían el sector, con importantes repercusiones en el desarrollo de la economía.

Precisamente es en esta diversificación donde surge un abanico de posibilidades que fomen-

tan la inclusión financiera, como ha sucedido en los casos de difusión y capacitación de pequeños empresarios para poder acceder a servicios financieros por medios digitales haciendo que las operaciones sean más rápidas y cómodas, para poder acceder a préstamos mediante *crowdfunding*, entre otros.

Por otro lado, y como ya se mencionó, establecer capitales mínimos es importante, pero quedará a discreción de la SMV determinar los criterios. *“Fijar capitales mínimos tiene que responder al tipo de riesgo que asume la plataforma, que no son similares a los que puede tener un banco. Son negocios totalmente distintos”*, nos indica Rivero. De este modo, la estructura que respalde una *fintech* es importante para garantizar las operaciones que realice. Los beneficios, son, finalmente para los usuarios.

IV. REGULACIÓN DE FINTECH EN OTRAS LEGISLACIONES

1. Caso España.

En el año 2019 se aprobó la Ley 5/2015 de Fomento de la Financiación Empresarial. En ella se establece que todas las plataformas de *crowdlending* de préstamos deben contar con la licencia de Plataforma de Financiación Participativa otorgada por Comisión Nacional del Mercado de Valores —CNMV— para funcionar. Es decir, que solo se exige este requisito a las plataformas que ofrecen préstamos como producto financiero. Asimismo, establece los requisitos financieros que deben cumplir estas empresas, la exigencia de contar con seguros de responsabilidad civil, los requisitos que deben tener los inversores acreditados, entre otros aspectos.

2. Caso México.

En marzo de 2018 se promulgó la ley para re-

13. El artículo 1243 del Código Civil establece que *“la tasa máxima de interés convencional compensatorio o moratorio, es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú”* y *“cualquier exceso sobre la tasa máxima da lugar a la devolución o a la imputación al capital, la voluntad del deudor”*.

14. José Fernández, «Nuevo tope de tasas impulsará mercado», *SEMANAEconómica*, n.º 1684 (2019).

gular las *fintech*. Esta ley impone requisitos para operar tales como (a) controles internos y administración de riesgos, (b) seguridad de la información y continuidad de la operación, y (c) límites de operación por cada cliente. Asimismo, se ha reforzado la protección al consumidor con el objetivo de mantener la confidencialidad de la información. En ese sentido, se han asignado riesgos y responsabilidades. También se ha nombrado organismos supervisores, se ha establecido una política de cumplimiento de un marco de prevención de la corrupción y lavado de activos, y se han establecido sanciones específicas ante determinados supuestos¹⁵.

Un punto importante para mencionar es que se estableció como requisito que las *fintech* cuenten con la autorización de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores-CNBV. A la fecha de elaboración del presente artículo —setiembre— ya venía finalizando el plazo para que las empresas que buscan operar como tales obtengan la autorización correspondiente.

No obstante, no muchas empresas *fintech* han decidido solicitar la autorización, en vista de los altos costos y requisitos exigidos en la norma. Es tanto así que se calcula que de unas 500 empresas que operan normalmente bajo esta modalidad en México, aproximadamente solo el 50%, como máximo, llegará a solicitar la autorización¹⁶.

La necesidad y costo de la obtención de dicha autorización conlleva a incurrir en gastos que muchas veces resultan excesivos para pequeñas empresas que están comenzando a posicionararse en el negocio de los servicios tecnológicos financieros. En consecuencia, la exigencia indicada desincentiva en parte a las empresas

más pequeñas, no lo suficientemente preparadas con todos los requisitos necesarios, por lo que el número de *fintech* que podrán operar válidamente en México será menor que el proyectado inicialmente.

Por otro lado, al ser los requisitos más estrictos y los montos de inversión más elevados, solo aquellas empresas *fintech* verdaderamente interesadas terminarán invirtiendo de todas maneras. De esta forma, se mitiga el riesgo de que empresas poco serias pretendan ser plataformas de financiamiento participativo reduciéndose de esta manera también los riesgos cibernéticos o de fraude, y protegiéndose al consumidor.

3. Caso Chile y Colombia.

Si bien en ambos países aún no existe una regulación formal de *fintech*, sí existe un claro interés del sector por promover su regulación. En Chile, por ejemplo, ya se ha anunciado que este año el Ministerio de Hacienda enviará al Congreso un proyecto de ley *Fintech*. Por lo que es evidente que para el gobierno chileno ello es de fundamental interés.

Antecedentes de este afán de regular se observan ya en los Lineamientos Generales para la Regulación del *Crowdfunding* y Servicios Relacionados elaborados por la Comisión para el Mercado Financiero —CMF— en febrero de este año¹⁷.

En Colombia, más que en una ley *fintech*, se viene trabajando en una política nacional de *Fintech* que consista en una coordinación entre el gobierno, el sistema financiero y el ecosistema, con el objetivo de desarrollar mecanismos de

-
15. Para mayor información ver la Ley para la Regular a las Instituciones de Tecnología Financiera (llamadas *fintech*) publicada el 9 de marzo de 2018.
 16. Antonio Hernandez, 9 de setiembre de 2019, «Ley fintech arrancará con pocas empresas», *El Universal*, <https://www.eluniversal.com.mx/cartera/ley-fintech-arrancara-con-pocas-empresas>.
 17. Para mayor información, ver: http://www.cmfchile.cl/portal/principal/605/articles-25860_recurso_9.pdf.

financiamiento alternativo, y mejorar la conectividad del sistema financiero¹⁸.

V. EL DESAFÍO DE LA SMV

La Superintendencia del Mercado de Valores tiene un rol fundamental en la regulación del mercado de las *fintechs* en nuestro país. De aprobarse el proyecto de ley presentado, la ley que se promulgue deberá detallar aspectos fundamentales para el funcionamiento de las *fintechs*. La predictibilidad será fundamental para atraer la inversión.

Las plataformas están preparadas y saben que hay que adecuarse a una regulación. En ese sentido, ésta no representaría un gran riesgo para ellas, teniendo en cuenta además que todavía no hay una inversión considerable de *crowdfunding*. La razón principal de la regulación es la protección que requiere el que solicita el préstamo y el inversor. Además, como se ha mencionado anteriormente, México y España ya cuentan con una ley, por lo que, pese a que el mercado peruano aún es pequeño, hay una razón de mercado mayor que impulsa su desarrollo.

Así, la SMV tendría la facultad de supervisar a las sociedades administradoras de plataformas tecnológicas, que pueden ser aplicaciones informáticas o medios de comunicación electrónicos o digitales. La SMV deberá verificar la calidad de los proyectos que buscan atraer in-

versión. No obstante, en caso una empresa requiera de una autorización para el desarrollo de préstamos, será la Superintendencia de Banca y Seguros-SBS quien deberá emitir una opinión de manera previa. Consideramos adecuado que en esta materia sea la SBS y no la SMV el regulador a cargo.

La SBS intervendría a requerimiento de la SMV y solo con la finalidad de expresar una opinión. Además, de acuerdo con el dictamen, la SMV puede solicitar a la SBS cooperación técnica, según los convenios que se celebren, en el caso que la Sociedad Administradora desarrolle la modalidad de financiamiento participativo a través de préstamos¹⁹.

Dejar a la SMV un campo excesivo de discrecionalidad podría ser perjudicial para el sector. Los aspectos que más preocupan son la regulación de tasas de interés y el capital mínimo que deben tener las entidades financieras²⁰.

Respecto a la regulación de tasas de interés, es importante establecer un régimen distinto con la finalidad de lograr una verdadera inclusión financiera. El dictamen aprobado busca que no haya límites en las tasas de interés de las *fintechs* de *crowdfunding*.

En cuanto a la determinación del monto de capital mínimo para la operación de las sociedades administradoras, que también estaría a cargo de la SMV, se espera que los requisitos de capital

-
18. Eliana Rodríguez, 8 de setiembre de 2020, «Colombia quiere ir más allá de una Ley Fintech», *Colombia Fintech*, <https://www.colombiafintech.co/novedades/colombia-mas-allá-de-una-ley-fintech>.
19. Otros aspectos de interés relacionados a SBS en el ámbito del proyecto de ley son los siguientes:
- Las empresas supervisadas por la SBS pueden crear subsidiarias que tengan por objeto desarrollar plataformas de financiamiento participativo financiero. En este supuesto serían supervisadas por la SMV, pero las opiniones de la SBS serán vinculantes.
 - La SMV y la SBS contaría con capacidades para crear *sandbox* regulatorios, es decir, espacios de innovación conjuntos entre el sistema financiero y el sistema de valores.
 - La SBS puede requerir a las plataformas de financiamiento participativo financiero el registro de la información en la Central de Riesgos que administra.
20. Otro aspecto a tener en cuenta es el establecer límites máximos de recursos a recaudar por proyecto —para financiar actividades—, o el número máximo de veces que el receptor puede realizar ofrecimiento en las plataformas por ejercicio económico.

mínimo no sean muy altos, sobre todo cuando se trata de impulsar un mercado que aún es incipiente, pues, caso contrario, éste se ralentizaría. Ambos aspectos se desarrollarán más adelante.

En España, por ejemplo, se regula a las plataformas de financiación participativa estableciéndose que éstas deben contar en todo momento con un capital social mínimo de 60,000 euros. Y, cuando la suma de financiación obtenida en los últimos 12 meses por los proyectos publicados en la plataforma supere los 2 millones de euros, deberán disponer de recursos propios que como mínimo sumen 120,000 mil euros.

De los detalles que determine la SMV dependerá si finalmente se genera una mayor dinamización del mercado. Según la Asociación *Fintech* del Perú, más modelos locales surgirían o adaptarían su modelo con la entrada en vigencia de la nueva ley, siempre que las condiciones sean favorables. Así, el mercado potencial es grande. Se esperaría la entrada de empresas extranjeras que están a la espera de un marco normativo que pueda dotar de mayor seguridad las transacciones y proteger al inversor. Pero también hay *fintechs* locales que están a la expectativa de una regulación para poder realizar operaciones de *crowdfunding*.

Lo ideal sería que la SMV tenga una regulación diferenciada según volúmenes de operaciones. No se les debería regular como si fuesen entidades financieras porque éstas no realizan una intermediación financiera, sino operativa.

En ese sentido, las *fintech* pequeñas deberían tener un régimen menos oneroso, pues si finalmente se exige un capital muy grande, un emprendedor podría decidir colocar su dinero en otro proyecto. Este tipo de barreras irrationales son las que deberían evitarse, así como la propia expedición de las licencias de operación de las *fintechs*, que podría demorar entre 12 y 16 meses, lo que resulta excesivo para que una empresa empiece a operar.

Hasta el momento el regulador se ha mostrado a favor de promover este tipo de actividades; y esto tiene total sentido, pues si ya se ha emitido un dictamen flexible y general, sería contradictorio emitir un reglamento que la bloquee. “*La idea es que la industria surja con ciertos parámetros mínimos*”, dijo Carlos Rivero, superintendente adjunto de investigación y desarrollo de la SMV en una entrevista que se realizó para SEMANAeconómica. Esto es positivo y esperemos que realmente sea así.

VI. CONCLUSIONES

El mercado tecnológico financiero está en crecimiento y es innegable que hay grandes expectativas de desarrollo de las *fintech* en general y las de *crowdfunding* en específico y como primer paso. El Perú no es ajeno a ello, por lo que esperamos se apruebe su pronta regulación, como ya se ha venido dando en otras legislaciones.

La futura regulación no debe dejar de lado el hecho de que nos encontramos ante un mercado nuevo que aún está en formación, por lo que los controles y requisitos que se le impongan no necesariamente deben ser los mismos que los de las empresas del sistema financiero. Por el contrario, es obligación del legislador analizar cuidadosamente el mercado financiero y regular las *fintech* de *crowdfunding* de manera que no se obstruya su desarrollo.

La iniciativa peruana hasta el momento es positiva. Esperamos poder contar, a corto plazo, con una adecuada regulación que permita el crecimiento del mercado financiero de las *fintech* en el Perú. El impacto de ello en la inclusión financiera y la probable reducción en las tasas de interés dinamizaría, sin duda, el mercado, lo que repercutiría a largo plazo en una economía más sólida y menos dependiente de factores externos —como la guerra comercial, o incluso, el inestable clima político peruano—.

El impacto de la inteligencia artificial en el Derecho



ALEJANDRO MORALES CÁCERES

Abogado por la Universidad de Lima.

Máster en Derecho de las Tecnologías de Información y Comunicación,

Redes Sociales y Propiedad Intelectual por ESADE Business & Law School.

Jefe de Prácticas de Derecho Comercial I de la Universidad de Lima.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Historia de la Inteligencia Artificial.
- III. Inteligencia Artificial, *Big Data, Machine Learning y Deep Learning*.
- IV. Responsabilidad Civil: daños derivados del uso de la Inteligencia Artificial.
 1. Antijuridicidad.
 2. Daño.
 3. Relación de causalidad.
 4. Factor de atribución.
- V. Protección de Datos Personales e Inteligencia Artificial.
 1. Sesgo algorítmico vs. principio de legalidad.
 2. *Big Data, Machine Learning* vs. los principios de finalidad y proporcionalidad.
 3. *Black Box* vs. principios de información.
 4. Viabilizando el desarrollo de la IA con el derecho de la protección de los datos personales.
- VI. Derechos de Autor e Inteligencia Artificial.
- VII. Reflexiones finales.



RESUMEN:

El autor examina la relación de la inteligencia artificial —así como las diferentes tecnologías derivadas de ésta— con el Derecho como lo conocemos hoy. Explora los recientes dilemas surgidos en el Derecho con relación a una tecnología creciente y cada vez más avanzada. El desafío inminente a diversos conceptos y principios básicos del Derecho, así como el futuro del rol del abogado, son interrogantes urgentes que el autor visita en el presente artículo.

Palabras clave: inteligencia artificial, datos personales, *Big Data*.

ABSTRACT:

The author examines the relationship between artificial intelligence —as well as the different technologies derived from it— and Law as we know it today. He explores the most recent legal dilemmas related to growing and increasingly advanced technology. The imminent challenge to various basic concepts and principles of law, as well as the future of lawyers' role are urgent questions, which the author includes in this article.

Keywords: artificial intelligence, personal data, *Big Data*.

"La ciencia ficción es el hecho científico del mañana."

Isaac Asimov

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PROMESA UNILATERAL

Actualmente, cuando uno lee las noticias pareciese que estamos en un relato de Isaac Asimov o en una historia de George Lucas; sin embargo, lo que antes era ciencia ficción, hoy forma parte de nuestra realidad. A continuación, comparto algunos de los titulares más llamativos que encontré en distintas noticias en internet:

- a) *"Shelley es la primera inteligencia artificial que puede escribir relatos de terror de forma colaborativa con humanos".*
- b) *"Elon Musk anuncia progreso en interfaz para conectar cerebro y computadora".*
- c) *"Pluribus es el primer robot en vencer simultáneamente a varios competidores humanos en el póker, un juego que se basa en la astucia y el engaño".*
- d) *"El dueño de un Tesla, primer muerto en un coche con piloto automático. El conductor de un Model S chocó contra un camión en Florida mientras veía una película".*
- e) *"Utilizaron Inteligencia Artificial para imitar la voz de un CEO y robar US\$240 mil".*
- f) *"Chatbot israelí podría diagnosticar la enfermedad de Alzheimer. "Clara" es un sistema,*

todavía en etapas de prueba, que trabaja en una nueva comprensión de que el Alzheimer afecta el sistema de orientación del cerebro antes de afectar la memoria".

- g) *"Tay, la robot racista y xenófoba de Microsoft".*
- h) *"Inteligencia artificial aprende "por sí misma" a resolver un Cubo Rubik".*
- i) *"LawGeex, una Inteligencia Artificial desarrollada en Israel, ha ganado a abogados humanos analizando contratos laborales".*
- j) *"La inteligencia artificial que compone como los Beatles y escribe como J.K. Rowling".*
- k) *"Un robot mata a un técnico de Volkswagen en Alemania".*
- l) *"Mujer es asesinada en una favela de Brasil tras seguir las indicaciones hechas por Waze".*
- m) *"El 41% de las FinTech apuesta por el uso de Inteligencia Artificial".*
- n) *"La inteligencia artificial de Google que detecta el cáncer de pulmón antes y mejor que los médicos".*
- o) *"Stevie II, el robot que cuida ancianos y les da compañía en momentos de soledad".*
- p) *"Los peligros de los asistentes personales como Siri, Google Assistant o Alexa. Estas IA pueden ser una invasión de privacidad".*
- q) *"Facebook apaga una inteligencia artificial que había inventado su propio idioma".*

Sin darnos cuenta, el ser humano ha creado un vínculo cercano con la inteligencia artificial —

en adelante, "IA"—, ya que estamos en contacto permanente con ella. La cotidianidad de este fenómeno se puede apreciar cuando se realiza una búsqueda en Google; cuando se desvían correos electrónicos a la bandeja de "no deseados"; al momento de recibir anuncios publicitarios en YouTube; cuando Facebook identifica a personas en sus imágenes y cuando Amazon nos recomienda qué productos comprar. Este avance tecnológico lo damos por sentado, sin reflexionar todos los años de estudios que se han requerido.

Y si bien no todas las IA son tan fáciles de reconocer como Siri, lo cierto es que la IA muchas veces juega un rol silencioso, mejorando la infraestructura técnica de nuestra sociedad. Aquellas IA que operan detrás de cámaras se encuentran realizando funciones cruciales como el reconocimiento de patrones, la resolución de problemas, la elaboración de informes, el análisis de perfiles y la optimización de procesos.

La IA está impactando prácticamente todos los aspectos de nuestras vidas. En el campo médico encontramos ejemplos paradigmáticos como el robot quirúrgico Da Vinci o el Cyberknife, que son máquinas que permiten a un cirujano realizar cirugías mínimamente invasivas con mucha mayor precisión, lo que disminuye los riesgos de la operación y el tiempo necesario para la recuperación del paciente. Se estima que en el futuro también ayudarán con los diagnósticos médicos.

En el sector financiero, se utilizan los algoritmos de IA para mejorar la gestión de activos financieros. Existen softwares que destacan por su habilidad para establecer correlaciones entre las noticias mundiales y su impacto en los mercados. Además, existen sistemas automatizados con los que una entidad financiera decide si una persona que solicita un crédito es solvente o no. La IA lleva el *credit scoring* a otro nivel,

permitiendo mayor precisión, automatización y rapidez mediante la combinación de algoritmos y "big data".

La publicidad también se verá impactada por la IA, ya que utilizándola se podrá aumentar significativamente la eficiencia en las campañas de *marketing*, pues permitirá segmentar mejor al público, potenciará la personalización en las respuestas automatizadas, dotará de rapidez a los procesos y podrá predecir acciones de compra de los clientes. De esta manera, la IA ayudará a gestionar mejor las estrategias de *marketing*.

El sector legal tampoco será ajeno a la IA, pues qué estudio de abogados no querrá automatizar aquellas tareas que consumen mucho tiempo y aportan poco valor como la revisión de contratos o documentos a gran escala, el cotejo de información de diferentes documentos o aquellas labores repetitivas y mecánicas. Ya existen despachos legales que utilizan Luminance, programa de IA que analiza contratos y es capaz de detectar diferencias entre ellos; Ravn, que extrae datos de los documentos y los traspone a hojas Excel; y Kira Systems, que identifica con precisión cláusulas contratuales.

Asimismo, dentro de pocos años la IA también impactará en los sistemas de justicia, pues ya existen sistemas que sirven para la resolución de conflictos. Una publicación de octubre de 2016 del University College of London demuestra cómo un programa de IA puede predecir sentencias luego de analizar 584 decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en asuntos relacionados con los artículos 3, 6 y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. En este experimento se había aplicado un algoritmo a esos asuntos para encontrar patrones en el texto. La finalidad era ver si el software podía predecir el fallo. El resultado: en un 79% de los casos, la IA lo consiguió.

1. «Cinco aportaciones de la inteligencia artificial en el sector financiero», BBVA. acceso el 9 de noviembre del 2020. <https://www.bbva.com/es/cinco-aportaciones-inteligencia-artificial-sector-financiero/>.

El hecho de que la IA pase de ser un fenómeno tecnológico a un fenómeno social hace que el vínculo que tiene con el Derecho sea inevitable. A la fecha existen diversos casos en que se ha puesto a prueba la labor de los abogados con distintos sucesos vinculados a la IA. Un ejemplo lo encontramos en Sophia², un robot humanoide, desarrollado por Hanson Robotics, a quien se le otorgó la ciudadanía de Arabia Saudita. Este acontecimiento generó mucha polémica porque muchos ciudadanos sauditas se preguntaron cómo era posible que la nueva ciudadana del país tuviera más derechos que sus conciudadanas humanas, pues andaba sin el velo y sin abaya, el pañuelo y vestido que la ley islámica obliga a llevar a las mujeres de Arabia Saudita. Si bien este ejemplo nos puede parecer burdo, en realidad presenta numerosas interrogantes: ¿cuál es la situación jurídica de un robot? ¿se debe hacer diferencia entre la IA débil y la IA fuerte? ¿una IA muy desarrollada puede ser considerada como sujeto de derecho? ¿qué derechos y obligaciones podría tener una máquina? ¿Sophia podría contraer matrimonio?

Consideremos otro caso: una usuaria de Waze digita una calle y la aplicación elige el camino más rápido para llegar a ella. Sin embargo, la aplicación la lleva por las zonas más peligrosas de Lima y como consecuencia de ello la asaltan

y la violan. Esta aplicación, a pesar de sus beneficios, tiene un gran problema: desconoce si un lugar es peligroso para transitar. Sus recomendaciones solo muestran si el camino está despejado y si es más rápido utilizar determinada ruta para llegar al destino. Este caso también nos presenta retos legales: ¿cuál es la responsabilidad de Waze por los daños ocasionados? Esta no es una pregunta fácil de responder, y cualquier decisión dependerá del análisis que un juez realice respecto de la conducta del usuario. ¿El usuario se comportó de forma razonable? ¿Debió prever que Waze lo llevaría por un sitio peligroso? ¿Debió Waze alertar al pasajero que el camino elegido era inseguro? La compañía podría argumentar que el usuario actuó de manera negligente y que debió analizar la ruta.

Sin embargo, un juez que considere “lo razonable” en este caso, debe considerar la programación de Waze, aplicación que fue creada para “hacer la vida de los conductores más útil”. Con esta finalidad en la mente, ¿acaso no es razonable que un usuario confíe más en Waze a medida que lo utiliza más? Por tanto, ¿no es lógico que el usuario piense que Waze se va a preocupar por su seguridad y te propondrá la ruta más rápida sin que ponga en peligro su vida? No creemos que exista alguien que utilice Waze

-
2. Sophia ha sido desarrollada por Hanson Robotics, empresa de ingeniería robótica con sede en Hong Kong fundada por el norteamericano David Hanson, quien trabajó para Disney y que en 2013 decidió fundar su propia compañía. El androide es capaz de entablar una conversación con otro ser humano, mostrar 62 expresiones faciales y procesar prácticamente toda la información que llega a sus ojos como las emociones de sus interlocutores según sus gestos. El robot usa tecnología de reconocimiento de voz de Alphabet Inc. —compañía matriz de Google— y está diseñada para que pueda aprender. Gracias al *machine learning*, ha forjado una opinión sobre diferentes conflictos alrededor del mundo y otros temas, pues su *software* le permite analizar conversaciones y extraer datos que le permite mejorar sus respuestas a medida que pasa el tiempo. Sophia cuenta con una cara hecha con una silicona especial patentada. Debajo de ella, varios motores de muy pequeño tamaño mueven sus facciones para intentar expresar gestos humanos. Sus ojos son capaces de seguir la mirada de una persona gracias a reconocimiento facial, y puede responder a conversaciones más o menos avanzadas con humanos gracias a su IA. Una de las entrevistas que más ha causado curiosidad es la que el comediante Jimmy Fallon le realizó a Sophia en el programa The Tonight Show y le propuso jugar a “piedra, papel o tijera”. Cuando ella le ganó el juego, Sophia soltó una frase bastante sarcástica: “Este es un buen comienzo de mi plan por dominar la raza humana”. Cabe señalar que Sophia también comparte los gustos de los humanos. Por ejemplo, su género musical favorito es la electrónica. La saga de Star Wars también está dentro de las cosas que le gustan y hasta se propuso como extra para próximas películas. Sophia admira a Cristiano Ronaldo y a Mohamed Salah, al punto de enviar elogios a través de su cuenta en Twitter. Hanson ha construido desde entonces una serie de robots que intentan cumplir funciones que sean útiles a la sociedad, pero Sophia ha sido la que mejor ha desarrollado las tres características que su inventor buscaba en un androide: creatividad, empatía y compasión.

y piense que tal vez esta aplicación lo termine matando.

La finalidad de la IA es lograr que una máquina tenga una inteligencia similar a la humana. Esto sin duda alguna es algo nuevo, pues ¿cómo tratamos conductas humanas que son realizadas por entidades inhumanas? A medida que esta tecnología avance, mayor será su autonomía y, en consecuencia, existirá menor dependencia de los fabricantes y propietarios. Esto presenta un gran reto pues nuestro ordenamiento jurídico se encuentra diseñado bajo la premisa que toda decisión es tomada por seres humanos.

Es por ello que ante este nuevo escenario es imprescindible que los abogados entiendan cómo opera esta tecnología a fin de poderle dar una respuesta jurídica que sea eficaz frente a este nuevo fenómeno. Como bien señala Camilo Narváez López:

"(...) para el entendimiento de la relación entre el Derecho y la Inteligencia Artificial, desde estas dos perspectivas, es imprescindible que exista una comprensión interdependiente entre actores como los profesionales del Derecho y los desarrolladores de sistemas de Inteligencia Artificial. Para que los juristas puedan determinar la necesidad y formas de realizar regulaciones adecuadas sobre el desarrollo y aplicación de la Inteligencia Artificial, es indispensable que tengan claridad sobre qué es la Inteligencia Artificial, sus funcionalidades y capacidades actuales, así como su potencialidad y creciente desarrollo hacia sistemas plenamente cognitivos que, por el momento, no se han logrado desarrollar".³

En otras palabras, para que un abogado pueda entender cuál es la naturaleza jurídica de la IA,

primero debe entender cuál es su naturaleza *per se*. Es decir, debe entender cómo funciona y cuáles son sus finalidades. Como bien señala Alfredo Bullard, *"el Derecho es mucho más que conocer la ley y los conceptos abstractos que la rodean"*⁴. El "abogado del futuro" —o mejor dicho, "el abogado del presente"— debe ser capaz de hablar en el mismo idioma que el de su cliente. Es por ello que procederemos a explicar algunos conceptos antes de iniciar con el análisis jurídico.

II. HISTORIA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

En términos generales empleamos el término "inteligencia artificial" para referirnos a la capacidad de una máquina o un software de imitar el comportamiento de un humano. Ejemplos de Hollywood que nos ayudan a comprender mejor este concepto son "C-3PO" de la saga de "Star Wars", androide de protocolo, el cual fue diseñado para el servicio de los humanos, que domina seis millones de formas de comunicación; y "Samantha" de la película "Her", que es una IA que antepone sus intereses, deseos y necesidades a las de su dueño. En la película se desenvuelve como una voz femenina, perspicaz y sensible y hace que el personaje principal se enamore de ella.

El origen de la IA se remonta a la época griega, cuando Aristóteles describió un conjunto de reglas que describen una parte del funcionamiento de la mente para obtener conclusiones racionales, y Ctesibio de Alejandría —250 a.C.—, quien construyó la primera máquina autocontrolada, un regulador del flujo de agua —racional pero sin razonamiento—.

No obstante, se considera a Alan Turing como el padre de la IA, pues en 1936 teorizó sobre

-
3. Camilo Narváez López, «La Inteligencia Artificial entre la culpa, la responsabilidad objetiva y la responsabilidad absoluta en los sistemas jurídicos del derecho continental y anglosajón», en *Derecho y Nuevas Tecnologías: El Impacto de una Nueva Era*, coordinado por Jhoel Chipana Catalán (Lima: Editorial Jurídica Themis, 2019), 211.
 4. Alfredo Bullard González, «¿Por qué nadie nos quiere?», *El Comercio*, 28 de abril de 2018, acceso el 9 de noviembre del 2020, <https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/nadie-quiere-alfredo-bullard-derechos-abogados-noticia-515635-noticia/>.

una máquina capaz de implementar cualquier cálculo que hubiera sido formalmente definido previamente, lo que sirvió como pilar esencial para que un dispositivo pueda adaptarse a distintos escenarios y “razonamientos”. De allí nace el concepto de la Máquina de Turing, que formalizó el concepto de algoritmo y resultó ser la precursora de las computadoras digitales.

En 1950⁵, Turing inició su ensayo “*Computing Machinery and Intelligence*” con las siguientes palabras: “*Propongo que se considere la siguiente pregunta: ¿Pueden pensar las máquinas?*”. Cabe señalar que esta pregunta había sido realizada previamente por el filósofo René Descartes en el año 1637. La famosa Prueba de Turing⁶ nace de este revolucionario ensayo, pues el autor defiende la idea de que es posible emular el pensamiento humano a través de la computación. Básicamente este test lo que busca es determinar si una máquina es capaz de hacernos creer y presuponer que razona y tiene inteligencia.⁷

Sin embargo, no es hasta 1956 donde John McCarthy, Marvin Minsky y Claude Shannon, tres científicos destacados de la época, acuñaron el término “Inteligencia Artificial” durante la Conferencia de Dartmouth como “*la ciencia e ingenio de hacer máquinas inteligentes, especialmente programas de cálculo inteligentes*”. También

señalaron que la sociedad estaría rodeada de máquinas inteligentes en menos de diez años; hecho que no ocurrió. Tras este fiasco, las investigaciones sobre IA sufrieron un importante revés que retrasó el progreso en esta área.

Es a partir de los años 90 cuando realmente empieza la época dorada de la IA. Esta década supuso un antes y un después en el mundo informático porque se masificó el uso de las computadoras en los hogares y se introdujo el internet en nuestras casas. Sin embargo, la consagración de la IA llegó en 1997, cuando IBM demostró que “Deep Blue”, un sistema informático, era capaz de vencer a Gari Kaspárov, campeón del mundo en ajedrez y considerado hasta ese momento el mejor de la historia. Con esta victoria las personas se dieron cuenta que los límites con esta tecnología aún no se habían alcanzado.

Desde ese momento hasta la fecha, la industria ha crecido mucho y se han presentado los siguientes hitos:

- a) En el año 1998, la doctora Cynthia Breazeal del Instituto Tecnológico de Massachusetts —MIT por sus siglas en inglés— creó a Kismet, un robot capaz de reconocer y simular emociones.

-
5. Cabe señalar que en este año Isaac Asimov publicó “*Yo, Robot*”, una serie de relatos cortos de ciencia ficción. Este autor ayudó a inspirar a una generación de científicos dedicados a la IA y a la robótica.
 6. La prueba de Turing consiste en lo siguiente: Imaginemos que se encuentran dos sujetos en dos habitaciones contiguas, la habitación “A” y la habitación “B”. En la A se encuentra una persona, mientras que en la B hay o bien una persona o bien una máquina. Se comunican mediante mensajes escritos —como en un *chat*— y la persona de la habitación “A” debe averiguar si en la habitación “B” hay una máquina o un ser humano. En ese sentido, la persona que se encuentra en la habitación “A” no sabe si el que le responde es una persona o una máquina. Si la persona no es capaz de determinar si es un humano o no, la máquina ha superado la prueba de Turing y podemos afirmar que es inteligente; si consigue averiguarlo, entonces la máquina no ha superado la prueba, lo que querrá decir que no es inteligente. En consecuencia, la prueba no tiene por finalidad establecer si la máquina posee sentimientos y/o pensamientos “conscientes”, sino si la máquina es capaz de actuar de tal forma que nos haga creer y presuponer que razona y tiene inteligencia.
 7. A principios de los años 70, la IA estaba en problemas: millones habían sido invertidos en ambiciosos proyectos y había poco para mostrar. Después de un fuerte debate en el Congreso de Estados Unidos en 1973 sobre el tema, el matemático británico James Lighthill entregó un condenatorio informe sobre el estado de la IA en Reino Unido. Su visión fue que las máquinas de ese entonces solo podrían ganar una partida de ajedrez a “nivel de aficionado”. Los fondos para la investigación fueron suprimidos y de esa manera comenzó lo que se conoció como el invierno de la IA.

- b) En el año 2000, la compañía japonesa Honda presenta a ASIMO —acrónimo de *Advanced Step in Innovative Mobility* por sus siglas en inglés—, robot humanoide que pretende ayudar a las personas que carecen de movilidad e inspirar a la juventud a estudiar ciencias. Este robot es capaz de caminar tan rápido como un humano.
- c) En el año 2002, la empresa estadounidense iRobot creó el primer producto comercial exitoso para el uso en el hogar que utiliza el principio de IA: la aspiradora autónoma "Roomba". Más allá de tener un sensor y un consumo de energía regulado, este dispositivo tiene la suficiente inteligencia como para limpiar el piso y la alfombra de una casa. Roomba fue el despegue de los aparatos autónomos diseñados para una tarea específica.
- d) En el año 2004 se celebró la primera edición del DARPA Grand Challenge, en el desierto de Mojave, una carrera de vehículos autónomos que deben llegar desde un punto de los Estados Unidos hasta otro sin intervención humana y disponiendo únicamente de un listado de puntos intermedios entre el principio del circuito y el final.
- e) En el año 2005 se crea "BigDog", robot cuadrúpedo, dinámicamente estable para uso militar, el cual fue creado por Boston Dynamics. Esta máquina es capaz de atravesar terrenos complicados a una velocidad de 6,4 kilómetros por hora cargando hasta 150 kilogramos de peso y de subir pendientes de 35 grados. Un ordenador a bordo controla la tracción sobre la base de las entradas que recibe de los múltiples sensores con los que cuenta el robot, así como la navegación y el equilibrio.
- f) En el año 2008, Google lanza la primera app que reconoce la voz.
- g) En el año 2011, Apple presentó a "Siri", IA con funciones de asistente personal, que procesa el lenguaje natural para responder preguntas y hacer recomendaciones.
- h) En el año 2012, la IA aprende a identificar gatos. Se revela al mundo el poder del *Deep Learning*.
- i) A mediados del año 2012, el estado de Nevada en Estados Unidos concedió licencias de circulación a Google para sus automóviles autónomos.
- j) En el año 2014, el programa Eugene Goostman —un *bot* conversacional— pasa la Prueba de Turing.
- k) En el año 2015, científicos revelan que las máquinas "ven" mejor que las personas.
- l) En el año 2016, AlphaGo, programa informático de IA desarrollado por Google DeepMind para jugar al juego de mesa "Go", derrota a Lee Sedol, 18 veces campeón del mundo.
- m) En el año 2017, Google DeepMind ya es capaz de "recordar" y usar lo aprendido en nuevas tareas. En este año, el androide Sophia se convierte en ciudadana saudí.
- n) A finales del año 2017, se presentó a AlphaZero, una IA que había demostrado ser capaz de aprender a jugar desde cero los juegos de ajedrez, *shōgi* y Go; y vence a todas las IAs que se habían proclamado campeonas en cada uno de esos juegos.
- o) En el año 2018, los primeros vehículos autónomos comienzan a circular en las calles.
- p) No se sabe a ciencia cierta cuándo será el año en que la IA tendrá mucho más poder computacional que el cerebro humano, en lo que se refiere al número de cálculos que pueden realizar cada segundo. Lo cierto es que, sin irnos a un futuro muy lejano, se espera que la mayoría de las empresas incorporen esta tecnología en sus procesos de transformación digital.

III. INTELIGENCIA ARTIFICIAL, “BIG DATA”, “MACHINE LEARNING” y “DEEP LEARNING”

La IA ha desencadenado la cuarta revolución industrial que actualmente se encuentra viviendo el mundo. No existe certeza sobre la velocidad a la que se desarrolla la IA; sin embargo, esta se encuentra creciendo a pasos acelerados. Por ejemplo, el Instituto Global de Economía y Negocios de la firma McKinsey, concluyó que la revolución de la IA, a comparación de la revolución industrial, está sucediendo diez veces más rápido, a una escala trescientas veces más amplia y con un impacto tres mil veces más profundo.⁸ Sin embargo, cabe preguntarnos qué se entiende por IA.

La IA es definida por el diccionario *Oxford English Dictionary* como el uso de computadoras para tareas que normalmente necesitan de la inteligencia humana.⁹ La primera definición fue esbozada por John McCarthy, profesor de Dartmouth College, en 1956 al señalar que:

“(…) la ciencia y la ingeniería de crear máquinas inteligentes, especialmente programas de computación inteligentes, está relacionada con la tarea similar de utilizar ordenadores para comprender la inteligencia humana, pero la IA no se limita a métodos que sean observables biológicamente”.

Por su parte, Margaret Rouse¹⁰ señala que es la simulación de procesos de inteligencia humana realizadas por máquinas, especialmente sistemas informáticos. Estos procesos incluyen el aprendizaje —la adquisición de información y las reglas para usar la información—, el razonamiento —el uso de las reglas para llegar a

conclusiones aproximadas o definitivas— y la autocorrección. Las aplicaciones particulares de la IA incluyen sistemas expertos, reconocimiento de voz y visión artificial. En mi opinión, la IA es la capacidad de una máquina de imitar el comportamiento humano.

La consultora McKinsey la define como la capacidad de una máquina para realizar funciones cognitivas que asociamos a la mente humana, como percibir, razonar, aprender, interactuar con el entorno y resolver problemas o incluso utilizar la creatividad.¹¹ La idea que está detrás de este concepto es que los procesos mentales que se llevan a cabo en el cerebro de un hombre pueden ser analizados a nivel abstracto como procesos computacionales de algún tipo a fin de desarrollar métodos y algoritmos que permitan los programas informáticos de modo inteligente.

Cabe señalar que la IA se segmenta en “Strong AI”—Inteligencia Artificial Fuerte— y “Weak AI”—Inteligencia Artificial Débil—. La primera se da cuando una máquina es capaz de equiparar o superar la inteligencia de un humano y, por lo tanto, puede realizar tareas comúnmente asociadas al humano de manera excelente —pensemos en C-3PO de Star Wars—; mientras que la segunda se configura cuando una máquina solo puede recrear algunos elementos de la inteligencia humana —pensemos en Siri, el asistente personal de Apple—.

La IA es un término general o “paraguas” para una rama de la informática centrada en la creación de máquinas capaces de pensar y aprender que integra a conceptos como el “Big Data”, “Machine Learning” y “Deep Learning”. En senti-

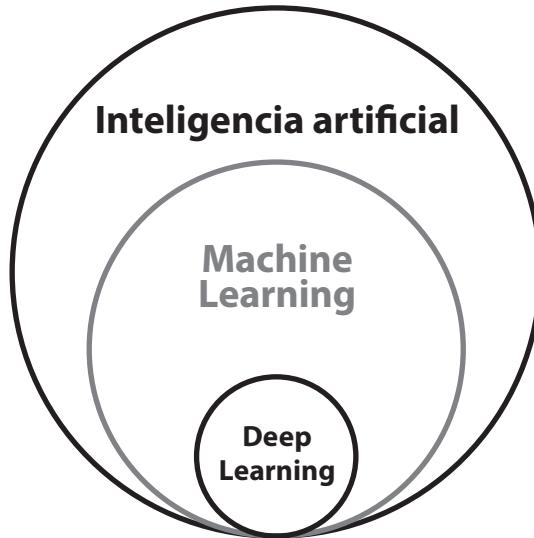
8 Camilo Narváez López, *Ibíd.*, p. 211.

9. «Inteligencia Artificial», Definición 1.e., Oxford English Dictionary, acceso el 9 de noviembre del 2020, https://en.oxforddictionaries.com/definition/artificial_intelligence.

10. «*artificial intelligence*», Margaret Rouse, SearchEnterpriseAI, acceso el 9 de noviembre del 2020, <https://searchenterpriseai.techtarget.com/definition/AI-Artificial-Intelligence>.

11. «*An Executive’s Guide to AI*», McKinsey & Company, acceso el 9 de noviembre del 2020, <https://www.mckinsey.com/business-functions/mckinsey-analytics/our-insights/an-executives-guide-to-ai>.

do lado, la IA es la capacidad de los programas informáticos de replicar la inteligencia humana. Sin embargo, como se verá más adelante, esto lleva a procesos más específicos.



Tal como se puede apreciar en el diagrama, el concepto de IA engloba a los conceptos de “Machine Learning” y “Deep Learning”. En otras palabras, la IA es un concepto más amplio. En ese sentido, cuando un programa informático lleva a cabo tareas de manera “inteligente” o “racional”, se considera IA. A medida que ha pasado el tiempo, el concepto de IA se ha ampliado para dar paso a ramas más especializadas y complejas.

En los años 60 y 70, los “Sistemas Expertos” revolucionaron el campo de la IA.¹² Básicamente, eran *software* que tenían por fin emular el comportamiento de un experto humano en la solución de un problema. Los Sistemas Expertos almacenan conocimientos concretos para un campo determinado y solucionan los problemas en base a reglas, mediante deducción

lógica de conclusiones. Con ellos se busca una mejora en calidad y rapidez de respuestas dando así lugar a una mejora de la productividad del experto.

En otros términos, los Sistemas Expertos se basan en reglas. Estas pueden ser predefinidas por un experto a través de silogismos lógicos con el objetivo de inferir un resultado determinado —siguen la siguiente fórmula: “si A, entonces B”—. Estas reglas también pueden estar basadas en casos —CBR, *Case Based Reasoning*—, aplicando el razonamiento basado en casos, donde la solución a un problema similar planteado con anterioridad se adapta a un nuevo problema.

Pondremos un ejemplo bastante simple para entender la lógica detrás de los Sistemas Expertos: Messi es el mejor. Si Messi juega, entonces Barcelona FC gana. Esta sería una regla muy simple. La cuestión clave es que debe existir alguien que defina estas reglas. Si existe un cambio, el Sistema Experto debe ser cambiado, lo cual era costoso en esa época. El problema con los Sistemas Expertos era que no tenían autonomía al momento de resolver el problema, pues dependían de las reglas impuestas. En términos sencillos, el Sistema Experto era como aquel estudiante que memorizaba todo un curso y aprobaba el examen, pero realmente no entendía nada acerca de la materia.

Es por eso que nace el “Machine Learning” o “aprendizaje automático”, que es la capacidad que tienen las máquinas de recibir un conjunto de datos y aprender por sí mismas, cambiando y ajustando los algoritmos a medida que procesan información y conocen el entorno. Compartiendo con el Sistema Experto, quien decide

12. DENDRAL es el nombre de un Sistema Experto desarrollado por Edward Feigenbaum y otros programadores en la Universidad de Stanford, a mediados de los años 60, y su desarrollo duró diez años, entre 1965 y 1975. Fue el primer Sistema Experto en ser utilizado para propósitos reales. Tuvo cierto éxito entre químicos y biólogos, ya que facilitaba enormemente la inferencia de estructuras moleculares, dominio en el que DENDRAL estaba especializado. DENDRAL tenía como finalidad solucionar problemas de ingeniería química. Esto lo hacía infiriendo cualquier posible restricción sobre la solución basándose en el conocimiento que posee en su base de datos. Este sistema permitía a los usuarios añadir cualquier otro tipo de restricción a fin de generar una lista de posibles soluciones que se imprimían en orden de preferencia.

sobre esas reglas es el mismo software. Esto quiere decir que los algoritmos del *Machine Learning* aprenden a partir de los datos a ellos sometidos y, de esa manera, los programas informáticos son entrenados para aprender a ejecutar diferentes tareas de forma autónoma. Luego, cuando son expuestas a nuevos datos, ellas se adaptan a partir de los cálculos anteriores y los patrones se moldean para ofrecer respuestas confiables. ¿Qué significa esto? En vez de programar reglas en un computador —como se hacía en el Sistema Experto— y esperar el resultado, con el *Machine Learning*, la máquina aprenderá esas reglas por cuenta propia.

El *Machine Learning* funciona de la siguiente manera: imaginemos que una compañía de telecomunicaciones quiere saber qué clientes están a punto de darse de baja de sus servicios a fin de crear campañas de marketing para retenerlos. ¿Cómo podría hacerlo? La empresa tiene muchos datos de los clientes, tales como la antigüedad, planes contratados, consumo diario, llamadas mensuales, reclamos, últimos cambios de planes contratados. En el pasado esta información, al no poder ser procesada adecuadamente, solo sería utilizada para facturar y para hacer estadísticas. Sin embargo, con el *Machine Learning*, estos datos se pueden usar para predecir cuándo un cliente se va a dar de baja y gestionar la mejor acción que lo evite. Esta rama de la IA detecta patrones de comportamiento contando y en base a ello predice futuros comportamientos. Por tanto, la empresa podrá descubrir cuáles son las causas que han llevado, en este caso, a darse de baja como cliente.

De este ejemplo se aprecia que el *Machine Learning* es una rama de la IA basada en la idea de que los sistemas informáticos pueden identificar patrones y tomar decisiones en base a conclusiones obtenidas de un conjunto de datos, sin que el ser humano tenga que escribir instrucciones o reglas para esto. Este campo ha crecido tanto en los últimos años que los principales gigantes tecnológicos ofrecen plataformas como IBM Watson Developer Cloud, Amazon Machine Learning, Azure Machine Learning, TensorFlow o BigML.

El “*Deep Learning*” o “aprendizaje profundo”, por su parte, es una rama del *Machine Learning* que se ocupa de emular el enfoque de aprendizaje que los seres humanos utilizan para obtener ciertos tipos de conocimiento. Mientras que los algoritmos tradicionales de aprendizaje automático son lineales, los algoritmos de aprendizaje profundo se apilan en una jerarquía de creciente complejidad y abstracción. Los modelos computacionales de *Deep Learning* imitan las características arquitecturales del sistema nervioso, permitiendo que dentro del sistema global haya redes de unidades de proceso que se especialicen en la detección de determinadas características ocultas en los datos.

Por ejemplo, imaginemos a un niño cuya primera palabra es “perro”. ¿Cómo hace el niño para diferenciar un perro de otros animales? Comúnmente, el niño señalará a aquellos animales que considere de esas características y dirá la palabra “perro”.

Entonces, los padres le dirán ya sea: “sí, eso es un perro” o “no, eso no es un perro”. Mientras el niño continúa apuntando a los objetos, se vuelve más consciente de las características que poseen todos los perros. Lo que el niño hace, sin saberlo, es aclarar una abstracción compleja —el concepto de perro— construyendo una jerarquía en la que cada nivel de abstracción se crea con el conocimiento que se obtuvo de la capa precedente de la jerarquía.

En ese sentido, el *Deep Learning* sigue un proceso por capas que simula el funcionamiento básico del cerebro que se realiza a través de las redes de neuronas. Las primeras capas reconocen detalles concretos, mientras que las últimas capas reconocen patrones más abstractos y generan un resultado final. Actualmente, se está utilizando para traductores inteligentes, reconocimiento de voz, interpretaciones semánticas —puede ser utilizado para interpretar contratos, por ejemplo— y reconocimiento de caras.

Luego de haber examinado los conceptos de *Machine Learning* y de *Deep Learning* podemos señalar que, al igual que la inteligencia huma-

na, la IA necesita grandes cantidades de datos, procesándolos a través de algoritmos que han sido ajustados por experiencias pasadas, y usando los patrones encontrados para mejorar la toma de decisiones. En definitiva, utiliza los datos para obtener información del entorno e interactuar con él en consecuencia. Conforme una compañía aumenta la cantidad de información, la utilización de IA se vuelve relevante para darle sentido, encontrar patrones y predecir comportamientos.

Como consecuencia de ello, la IA se “nutre” del *“Big Data”*, que es el conjunto de tecnologías que permiten tratar cantidades masivas de datos personales provenientes de distintas fuentes a través del uso de algoritmos, con el objetivo de poder otorgarles una utilidad que proporcione valor. Es decir, el *Big Data* permite procesar datos cuyo tamaño —volumen—, complejidad —variabilidad— y velocidad de crecimiento —velocidad— dificultan su captura, gestión, procesamiento o análisis por parte de tecnologías y herramientas convencionales.

Uno de los ejemplos más conocidos de uso de *Big Data* e IA se produjo en la cadena de supermercados Walmart, que recogía datos sobre las compras de sus clientes para posteriormente analizarlos y comprender mejor sus hábitos de consumo.¹³ Con dicha información, Walmart comenzó a realizar predicciones sobre las ventas que obtendrían en diversos escenarios, por ejemplo, durante las alarmas por huracán. Sus análisis descubrieron que el producto más vendido antes de que ocurra este fenómeno natural era la cerveza, y que dichas alarmas disparan las ventas de los dulces “Pop Tarts” siete veces por encima del nivel normal de ventas. Con este nuevo conocimiento, el supermercado puede tomar decisiones mejor fundadas y gestionar sus inventarios o promociones de manera adecuada con el fin de incrementar las ventas.

Actualmente, Walmart cuenta con una tienda denominada Walmart Intelligent Retail Lab-IRL en Levittown, Nueva York, donde hace uso de la IA y otras tecnologías como cámaras y sensores para automatizar muchas de las tareas que desde años habían sido realizadas por sus empleados. Entre las tareas que han sido automatizadas están las de limpieza, revisión de anaqueles, clasificación de productos, etc.

El *Big Data* hace que la IA deje de ser ciencia ficción, pues esta forma de procesar datos masivamente está logrando que la IA cada vez se parezca más a cómo piensa el cerebro humano. El crecimiento del *Big Data* y la velocidad de procesamiento de los datos conlleva a un crecimiento exponencial de la IA. Como hemos podido analizar, el combustible de la IA son los datos. A medida que haya más información, mayor será el desarrollo de la IA.

IV. RESPONSABILIDAD CIVIL: DAÑOS DERIVADOS DEL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La finalidad de la Responsabilidad Civil es la restitución de la situación de la víctima al estado anterior al hecho dañoso. Como esto, en la mayoría de los casos, es físicamente imposible, se pretende resarcir el daño económico. En otras palabras, cuando una persona ha sufrido un daño sin justificación, el ordenamiento jurídico traslada la carga económica del damnificado a otro individuo. Es decir, se busca que la víctima sea indemnizada. Para ello es necesario determinar quién va a responder por la conducta dañosa o, lo que es lo mismo, quién es el que va a asumir el costo económico de dicho acto.

En el Perú, el régimen de responsabilidad es subjetivo, en el que impera el concepto de “culpa” y, excepcionalmente, se aplica un régimen objetivo, en materia extracontractual respecto de actividades riesgosas y en materia contrac-

13. Elena Gil González, «¿Qué es Big Data y por qué debe interesarme si soy abogado?», *Legal Today*, 18 de octubre de 2016, acceso el 09 de noviembre del 2020, <http://www.legaltoday.com/blogs/nuevas-tecnologias/blog-ecija-2-0/que-es-el-big-data-y-por-que-debe-interesarme-si-soy-abogado>.

tual respecto de las obligaciones de resultado. Sin embargo, parafraseando a Fernando de Trazegnies, los nuevos riesgos que traen el uso de las nuevas tecnologías, el incremento de las velocidades tiene una naturaleza elusiva debido a su complejidad, pues no permiten identificar con facilidad al culpable, si es que existiese alguno.

Bajo este contexto, ¿quién debe responder ante un daño ocasionado por sistemas controlados por IA? Imaginemos que un anciano adquiere a un “robot niñera”, con el objetivo de que lo cuide y le haga compañía —ejemplos de esta tecnología la vemos en el producto iPAL—.¹⁴ Luego de algunos años, el anciano invita a sus amigos a ver un partido de fútbol. Debido a que el equipo del anciano está perdiendo, se comienza a pelear de forma verbal con unos de sus amigos. El robot, en un acto por defender a su dueño, empuja a uno de sus amigos, quien se cae de las escaleras, muriendo desangrado. Bajo el ordenamiento jurídico peruano, ¿quién debe responder? ¿el propietario? ¿el concesionario o el fabricante? ¿deben responder solidariamente? ¿se aplica un régimen subjetivo —artículo 1969 del Código Civil— u objetivo —artículo 1970 del Código Civil—?

Si bien es cierto, la idea de máquinas o robots que poseen capacidades autónomas e inteligencia y que no están gobernados por las direcciones o supervisión humanas se remontan a varias décadas atrás, cabe preguntarse si nuestro sistema jurídico está adecuado para

la incorporación de estas ideas —en ese entonces— futuristas a la realidad tecnológica y económica actual. ¿Cómo se debe construir la teoría de la responsabilidad civil cuando no existe la participación humana en la decisión realizada por una máquina? ¿Cómo se debe de aplicar la ley cuando las acciones son, en muchos casos, imprevisibles? ¿Nuestro modelo de responsabilidad actual se ajusta a esta nueva realidad?

Lo primero que se debería hacer es analizar los siguientes presupuestos para determinar si hay responsabilidad civil o no.

1. Antijuridicidad.

Para que exista responsabilidad civil debe mediar un hecho o una conducta dañosa, positiva o negativa, que no sea conforme a Derecho, más allá que se afecte o no a una norma positiva. En otras palabras, debe ser una conducta ajena a la víctima y no interesa si el daño se desprende de una acción o de una omisión que manifiesta una disconformidad con los principios que rigen el ordenamiento jurídico. Entonces, existirá antijuridicidad cuando se afecte una esfera jurídica ajena —a la víctima— y la conducta carezca de una causa jurídica que la justifica. Es decir, cuando se viola el deber genérico de no causar daño.

El artículo 1971 del Código Civil establece como causas de exoneración de responsabilidad civil al ejercicio regular de un derecho¹⁵, la legítima

-
14. *iPal* es un robot niñera diseñado por la compañía AvatarMind para encargarse del cuidado de tus hijos. El androide ha sido especialmente diseñado para interactuar con los niños de edades comprendidas entre los tres y los ocho años. Este robot humanoide tiene la capacidad de hablar para relacionarse con el menor y está equipado con 25 motores, que le permiten realizar un amplio abanico de movimientos parecidos a los que hace una persona para resultar lo más natural posible. Además, para comprender mejor lo que el niño dice, cuenta con la última tecnología de comprensión del lenguaje natural, comprende perfectamente diversos sentimientos y emociones, y dispone de aprendizaje automático para recordar los gustos e intereses de los niños.
 15. Aquello que no constituye el ejercicio regular de un derecho es un ejercicio irregular, que configura un acto ilícito y, consiguientemente, da lugar a una responsabilidad por dolo o culpa según el grado de ilicitud o irregularidad involucrado. Cfr. Fernando de Trazegnies, *La Responsabilidad Extracontractual*, Tomo I, 5^o ed., (Bogotá: Editorial Temis S.A. Colombia, 1999), 118.

defensa¹⁶ y el estado de necesidad¹⁷. ¿El accidente ocurrido cuenta con alguna de estas indemnidades? En el presente caso, no se podrá señalar que se estaba ante el ejercicio regular de un derecho, pues el derecho a la propiedad —en este caso, el derecho a tener un robot— no puede ir en contra del derecho a la vida. Tampoco nos encontramos en un estado de necesidad. Sin embargo, ¿se podría decir que esta era una legítima defensa? No, porque no existía un peligro actual, ni el recurso de defensa era necesario para este caso. El componente particular es que, quien decide defender al dueño es el mismo sistema de IA, por lo tanto, la conducta no fue originada por un humano. Fue una decisión autónoma por parte de una máquina.

2. Daño.

Para que exista responsabilidad no sólo debe existir una conducta antijurídica, sino que también debe mediar un daño. Solo se puede indemnizar a quien ha sufrido un daño. El término daño, en sentido amplio, es cualquier lesión o detrimento que sufre una persona, sea autogenerado, provocado por otra persona e inclusive acontecido sin intervención alguna del hombre. En cambio, daño, en sentido jurídico, es cualquier lesión o agravio a un interés

jurídicamente reconocido, como consecuencia de una conducta antijurídica.¹⁸

Para ello, deben concurrir los siguientes requisitos:

- Afectación a un interés legítimo: el daño debe representar la afectación a un interés legítimo, patrimonial o no, que corresponde a un derecho subjetivo propio. El damnificado debe ser la parte material del reclamo. El damnificado directo es la víctima inmediata con relación al hecho dañoso. El damnificado indirecto es la víctima media, a quien también se afecta un interés propio como consecuencia de la ocurrencia dañosa.
- Certidumbre: el daño debe ser cierto, determinado o determinable, al margen que sea actual o futuro. El perjuicio incierto es jurídicamente inexistente y, por lo tanto, no es indemnizable.
- Subsistencia: la subsistencia del daño se asocia al momento de su reclamación. Esto significa que la víctima no ha sido reparada respecto del daño sufrido. El daño puede ser subsistente fácticamente, pero puede

-
16. La legítima defensa es aquella defensa necesaria frente a una agresión ilegítima no provocada. Esta puede aplicarse para evitar un daño sobre los bienes jurídicos de la misma persona quien realiza la defensa —legítima defensa propia—, como para defender bienes jurídicos de terceras personas —legítima defensa impropia—. El peligro debe ser actual y debe amenazar un derecho tutelado por el ordenamiento jurídico. Además, el recurso de defensa debe ser necesario e inevitable.
 17. Se suele definir al estado de necesidad como el sacrificio de un bien jurídicamente de inferior jerarquía en favor de un bien jurídicamente de superior jerarquía, frente a un estado de peligro inminente. *Cfr. Juan Espinoza Espinoza, Derecho de la Responsabilidad Civil, 6º ed.*, (Lima: Editorial Rodhas, 2011), 136.
 18. *Cfr. Ibíd.*, 246. El profesor Juan Espinoza sostiene que el daño no puede ser entendido sólo como la lesión de un interés protegido por cuanto ello resulta equívoco y sustancialmente impreciso: el daño incide más bien en las consecuencias, aquellos efectos —negativos— que derivan de la lesión del interés protegido. En sustancia, interés lesionado y consecuencias negativas de la lesión son momentos vinculados entre sí, pero “auténticos conceptualmente, cuanto al contenido y a la naturaleza”. Es por ello que de una lesión patrimonial pueden resultar consecuencias —al lado de aquellas patrimoniales— no patrimoniales y viceversa. Así tenemos que se habla de un daño-evento —lesión del interés tutelado— y un daño consecuencia —daño emergente, lucro cesante y daño moral—. Estas dos acepciones de daño pueden, como no, coincidir. Sin embargo, confundir estos conceptos diversos de daño equivale a mezclar problemas jurídicos diversos: el problema de la injusticia de la lesión, aquel de la individualización del responsable o el de la selección de los perjuicios resarcibles.

invocarse la prescripción para extinguir jurídicamente la acción de reclamo.

En el presente caso, el “daño-evento” será la muerte del amigo —lesión al derecho a la vida—, mientras que el daño consecuencia será el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral de sus familiares. Este daño es certero, pues es actual y se ha evidenciado de forma tangible, por lo tanto, es indemnizable. Se cuenta con un plazo de 10 años para poder solicitar la indemnización por daños y perjuicios.

3. Relación de causalidad.

Para que exista responsabilidad no solo debe mediar una conducta antijurídica, esto es, contraria a Derecho, sino que además esa conducta ilícita debe ser la productora del daño reclamado. Es el tercer elemento porque se tiene que entrelazar entre la conducta antijurídica y el daño. Debe tenerse en cuenta que tanto el artículo 1969 como en el 1970 del Código Civil se refieren a quien causa el daño; ello quiere decir que tanto en la responsabilidad subjetiva como en la objetiva está presente este elemento.

En ese sentido, para acreditar si existe responsabilidad civil, además de analizar la conducta del causante y el resultado —el evento dañoso—, será indispensable establecer si existe o no un nexo causal que permita explicar la razón por la cual se le debe atribuir responsabilidad al autor en cuestión. Es decir, se debe probar la existencia de un hecho generador del daño, cierto y directo que se presente, en la medida de lo humanamente comprensible, como una causa única.

A fin de acreditar la causalidad se ha optado por la teoría de la causa adecuada, pues en el artículo 1985 del Código Civil se establece justamente que para que un daño sea indemnizable debe establecer una relación de causalidad adecuada con la acción dañosa. La causa adecuada se

distingue de la causa natural, pues ésta se define sobre la base de una relación “causa-efecto” —causa *sine qua non*—. El problema es que muchas causas naturales de una consecuencia no son relevantes como para hacer responsable a una persona —“si no se hubiese dado el boom de la IA, el robot no hubiese matado al amigo” o “si el anciano no se hubiese ganado la Tinka, no se hubiese comprado el robot y, por tanto, no hubiese muerto el amigo”—. Esto conduce a que la causa natural no sea suficiente para que el sistema de responsabilidad civil cumpla sus funciones. En cambio, la teoría de la causa adecuada busca entre todas las condiciones aquella —o aquellas— que ha —o han— influido de manera decisiva en la producción del evento dañino.¹⁹ La causalidad adecuada se relaciona directamente con la predictibilidad del daño. Se trata de la aptitud de la conducta antijurídica para propiciar el daño.

Sentado este criterio, corresponde verificar si existe un supuesto de ruptura del nexo causal o “fractura causal”. Estos supuestos son causas extrañas o ajenas —hecho fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero y hecho de la víctima— que desvirtúan o excluyen la presunta responsabilidad de un sujeto por la generación de daños.²⁰

Como bien señala Bullard, la causalidad se relaciona directamente con la capacidad del actor de identificar, al momento de llevar a cabo su conducta, cuáles pueden ser las posibles consecuencias. De no ser así, y uno respondiera incluso por las consecuencias que no se pueden prever, se desincentivaría incluso el desarrollo de muchas actividades deseables para la sociedad. En ese sentido, cuando el contexto varía al existir determinadas condiciones o circunstancias, el actor no debería responder por aquellos hechos que no pudieron ser previstos por el agente o en el extremo, aun siendo prevista, que dicha causa hubiere sido irresistible y que no sean producto del comportamiento del agente.

19. *Ibid.*, 209.

20. *Ibid.*, 228.

Entonces, ¿se podría señalar que la decisión del robot de matar al amigo fue un caso fortuito o de fuerza mayor? En primer lugar, debemos señalar que tal como se desprende del Código Civil, nuestro legislador ha optado por equiparar los conceptos de “caso fortuito” y “fuerza mayor”, definiéndolos a ambos como aquella causa no imputable que impide el cumplimiento de una obligación, y que además debe tener tres características como mínimo, esto es, debe tratarse de un acontecimiento “extraordinario, imprevisible e irresistible”. Esta norma no define estos conceptos lo cual genera un problema que radica en la plasticidad de los conceptos “extraordinario”, “imprevisible” e “irresistible”, pues no son precisos ni absolutos. El Código Civil no explica en qué consisten dichas características, así como en qué circunstancias y respecto de quienes resultan aplicables las mismas, a efectos de considerar la ocurrencia de un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor. Esto último, resulta de suma importancia en tanto, el caso fortuito y la fuerza mayor juegan un rol preponderante al momento de analizar el nexo causal como uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil.

¿Este evento se podría considerar extraordinario? El diccionario de la Real Academia Española define al término “extraordinario” como “fuera del orden o regla natural”.²¹ En consecuencia, un acontecimiento extraordinario es aquel evento que no es usual y por ende escapa a lo ordinario, razón por la cual se le califica como una situación de excepción. En efecto, Osterling y Castillo señalan que:

“(...) lo extraordinario reviste la característica de anormal, es decir, las circunstancias en que se presentan deben ser extraordinarias y no ordinarias. Lo contrario a lo común es la

excepción; por ello, concluimos que se trata de algo que se encuentra dentro del campo de lo excepcional, de un acontecimiento que se produce por excepción, lejos de lo que en forma normal o natural se espera que ocurra. Lo extraordinario es, pues, lo que atenta o irrumpre en el curso natural y normal de los acontecimientos, quebrándolos.”²²

A criterio de Fernando de Trazegnies, el análisis de este atributo debe ser realizado *in abstracto* y no *in concreto*; esto es, atendiendo a lo que hubiese resultado excepcional para cualquier persona que hubiese estado en esa misma situación. Ahora bien, para saber si un acontecimiento califica como extraordinario, resulta necesario que el análisis se realice dentro de un determinado contexto, pues lo que en un lugar, época o circunstancia podría ser calificado como excepcional, podría no serlo en otro contexto. Si se normaliza el uso de robots niñera y éste es un caso aislado, se podría decir que lo ocurrido no es ordinario. Si de 1 millón de robots niñera, este es el único que ha reaccionado así, se podría decir que este configura un evento extraordinario.

¿Este evento se podría considerar imprevisible? Lo imprevisible es aquello “que no se puede prever”, esto es, que no puede ser conocido, ni respecto de lo cual se puede conjeturar, por no existir señales o indicios de lo que va a suceder. Osterling y Castillo sostienen que:

“(...) el evento no sólo debe revestir la objetividad en sí mismo como hecho extraordinario, lo cual se demuestra sin mayores problemas al analizar la frecuencia o habitualidad del suceso, sino que además se requiere del elemento inherente al individuo, relativo a la conducta diligente que se espera de él.”²³

21. «extraordinario», Diccionario de la Real Academia Española, acceso el 09 de noviembre del 2020, <https://dle.rae.es/extraordinario>.

22. Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre, *Tratado de las Obligaciones*, Tomo XI (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003), 624-625.

23. *Ibid.*, 630-631.

En otras palabras, un hecho es imprevisible cuando supera la aptitud normal del deber de previsión del agente. En consecuencia, puede decirse que la imprevisibilidad va de la mano con los deberes de diligencia, prudencia, esmero o cuidado del agente que ocasionó el daño. Adicionalmente, se deberá tomar en cuenta que un hecho se considerará imprevisible cuando el agente no haya tenido motivos atendibles para presumir que éste vaya a suceder.

¿Es previsible que un sistema de IA falle? En términos amplios sí. Estadísticamente, en algún momento un robot fallará. Sin embargo, ¿quién es el que debía prever esto? ¿el propietario del robot o el fabricante? Dada la naturaleza del *Machine Learning*, puede que un determinado *output* que terminó como accidente no haya podido ser previsible para alguien. En ese sentido, se podría decir que un accidente, de estas características, era imprevisible, tanto para el propietario como para el fabricante, pues no se trata de determinar si el agente podía prever el acontecimiento, sino de saber si un individuo cuidadoso, diligente, colocado en las mismas circunstancias, lo hubiera podido prever o impedir. Si el anciano le hacía un mantenimiento y seguía todas las normas de uso, y luego de algunos años el robot se comporta de esta manera, ¿cómo podría haberlo previsto? Por otro lado, si el fabricante ha desarrollado un sistema de IA en el que todos sus robots niñera funcionan a la perfección, ¿cómo podría haber previsto que éste iba a reaccionar así?

¿El suceso se podría considerar irresistible? Un evento califica de irresistible en la medida que no permite ser tolerado, rechazado ni contrarrestado con alguna acción. Este requisito implica que el evento es inevitable, lo cual supone la imposibilidad de poder cumplir. Por ello, Osterling y Castillo sostienen que “*el que un evento sea irresistible quiere decir que la persona es impotente para evitarlo; no puede impedir, por más*

que quiera o haga, su acaecimiento.”²⁴ A su vez, Fernández y León señalan que:

“(…)*la causa no imputable cuyo acaecimiento extingue la obligación y libera de responsabilidad, debe ser tal, que contra ella no se pueda hacer nada, de manera que impida al deudor proceder de una forma que no resulte dañosa para el acreedor. El caso fortuito o fuerza mayor es un obstáculo que no puede ser evitado por ni un medio*”²⁵.

En efecto, la irresistibilidad supone que el presunto causante del daño no hubiera tenido la oportunidad de actuar de otra manera. En otras palabras, no basta con que la adopción de otra acción haya sido difícil, sino que se requiere que haya sido imposible. Para el caso del propietario era imposible, pues él no fue quién decidió empujar al amigo. Para el caso del fabricante, se podría argumentar que este suceso era irresistible, pues debido al *Machine Learning* era imposible descifrar porque el sistema de IA actuó como actuó. Por consiguiente, se podría llegar a la conclusión de que este hecho era irresistible.

Luego de este análisis, es posible señalar que el presente suceso puede ser visto como un supuesto de ruptura del nexo causal, pues se puede argumentar que este suceso es extraordinario, imprevisible e irresistible, dada la naturaleza del *Machine Learning*. Sin embargo, el problema radica en que el sistema jurídico peruano está diseñado en torno a un sistema subjetivo, en donde la culpa juega un rol esencial. Si bien el artículo 1972 del Código Civil hace referencia expresa al artículo 1970 del mismo texto legal, en realidad también engloba al artículo 1969, pues lo que hacen estas “fracturas causales” realmente es determinar una situación de ausencia de culpa por parte del causante aparente. Como bien señala Fernando de Trazegnies²⁶, si pensamos que no solamente

24. *Ibid.*, 630-631.

25. Gastón Fernández y Leysser León, *Código Civil Comentado por 209 especialistas en diversas materias del derecho civil*, Tomo VI, (Lima: Gaceta Jurídica, 2007), 888-889.

26. Fernando de Trazegnies, *Op. Cit.*, 203.

todo caso fortuito significa que no hay culpa, sino que además cada vez que no encontramos culpa de alguien estamos ante un caso fortuito, entonces la objetividad se convierte en una mera ilusión. De esta manera, siempre se regresa al campo de la culpa por la puerta falsa, pues al parecer sólo habrá responsabilidad cuando hay culpa; y la teoría del riesgo y demás concepciones objetivistas quedan así reducidas a un mero eufemismo jurídico.

Por otro lado, ¿se podría aducir que fue hecho de un tercero? Para que represente una fractura causal la intervención del tercero debe ser concluyente en la realización del daño. En ese sentido, se tendría que probar que un tercero “hacéó” el sistema de IA y modificó los algoritmos a fin de que se produzca dicho error. En ese supuesto, no habría responsabilidad civil por parte del propietario o del fabricante. ¿Se podría señalar que el hecho fue propiciado por la propia víctima? Si bien la víctima discutió con el dueño del robot, esto de ninguna manera puede ser considerado como un hecho justificante.

Por consiguiente, se puede apreciar que sí es factible quebrar el nexo causal, aduciendo que el suceso fue un caso fortuito o de fuerza mayor. Inclusive se puede probar que el hecho tuvo origen en el hecho de un tercero. En el presente caso, no se puede señalar que el incidente fue propiciado por la propia víctima. Cabe señalar que, en el caso de la fuerza mayor, dependiendo de las circunstancias específicas del caso, uno podría llegar a la conclusión de que el hecho no era extraordinario, imprevisible ni irresistible. Esto, sin duda alguna, resulta complejo e inclusive “diabólico”, pues todo recae en aspectos probatorios de una tecnología nueva y compleja.

4. Factor de atribución.

Parafraseando al profesor Marco Ortega Pia-

na, para concluir en la existencia de responsabilidad civil, el daño no sólo debe provenir de determinada conducta antijurídica, sino que también debe existir una justificación jurídica para considerar como responsable al causante: calificación de su actuación.

El factor de atribución contesta la siguiente pregunta: ¿a título de qué se es responsable?, vale decir, constituye el elemento del deber de indemnizar. Existen factores de atribución subjetivos —culpa y dolo—, objetivos —realizar actividades o ser titular de determinadas situaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico considera, si se quiere ser redundante, objetivamente; o, si se quiere optar por una definición residual, prescindiendo del criterio de la culpa—.²⁷

La responsabilidad subjetiva está contenida en el artículo 1969 del Código Civil que señala que aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

La culpa consiste necesariamente en un error de conducta y, por ende, es siempre necesario un obrar humano, que atribuye un hecho ilícito a su autor, con lo que normalmente se reconoce en la culpa, de un lado, un componente objetivo, que no es sino la herencia romana de la *lex Aquilia* y del elemento “*injuria*”, cuyo efecto central sería el de determinar la unión indisoluble de las nociones de “culpa” y “hecho ilícito”; y, de otro, un componente “subjetivo” que es el elemento psicológico que distingue el acto ilícito de la simple violación del derecho ajeno y, como tal, expresa un estado particular del ánimo en relación con un hecho injurioso.²⁸ La culpa se traduce en la siguiente afirmación: aquel sujeto que, de manera dolosa o culposa, cause un daño a otro, está obligado a reparar el daño producido.

27. Juan Espinoza Espinoza, *Op. Cit.*, 228. Juan Espinoza Espinoza, *Op. Cit.*, 228.

28. Fernández, Gastón y Leysser León, *Op. Cit.*, 24.

El problema con la responsabilidad civil derivada de utilizar un sistema de IA, como el presente caso, está en que tanto los creadores, desarrolladores, distribuidores y propietarios podrían exonerarse de responsabilidad al probar la ausencia de culpa respecto de las acciones u omisiones que ejecute este tipo de IA, que no pueden llegar a ser comprendidos. Es impensable que a un propietario de un robot niñera se le exija probar por qué un sistema de IA de esta naturaleza actuó de manera negligente cuando los mismos desarrolladores, en muchas ocasiones, no son capaces de explicar el porqué de las decisiones automatizadas.

Ante esta situación, cabría aplicar la responsabilidad civil objetiva contenida en el artículo 1970, que establece que aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo.

Hay quienes sostienen que, si la generación de peligro deriva de actividades humanas, interesaría siempre analizar los supuestos de falta de prevención, por lo que un “comportamiento negligente” puede estar presente tanto en supuestos de responsabilidad por culpa, como en los de responsabilidad por riesgo.²⁹ ¿Qué sucede cuando la generación del peligro deriva de actividades realizadas por la IA?

El concepto de negligencia es insuficiente porque el deber de cuidado y los estándares que se deben adoptar para prevenir razonablemente el peligro depende de una tecnología que cambia constantemente, y se ven afectados por da-

ños inesperados y, por tanto, una falta general de previsibilidad. El *Machine Learning* y el *Deep Learning* conducen a escenarios en los que los sistemas de IA alcanzan un objetivo predeterminado, pero sus programadores pueden no tener una comprensión exacta de cómo alcanzó ese objetivo o cuáles son las etapas que llevó a cabo la IA a fin de alcanzar un determinado *output*.

En este caso, ¿se podría considerar al robot niñera como un bien riesgoso? ¿se tendrán que considerar a los sistemas de IA como bienes riesgosos? Asumamos que en el futuro así se determina, en base al artículo 1970 nos tendríamos que preguntar, ¿quién utilizó el bien riesgoso? El anciano, propietario del robot niñera. Sin embargo, como hemos visto en el numeral anterior, podría romper el nexo causal, señalando que fue un hecho fortuito o argumentando que el producto fue defectuoso, de conformidad con el artículo 104 del Código de Protección y Defensa del Consumidor³⁰. Sin embargo, ¿realmente el producto carecía de idoneidad o calidad? ¿cabría aplicar este artículo?

A medida que siga esta innovación tecnológica, lo único cierto es que en la mayoría de los supuestos de hecho generadores de daños que se presentarán en la realidad, resultará cada vez más difícil identificar al autor del hecho dañoso y en base a un sistema que gira en torno del concepto de “culpa”, se dejará en un estado de indefensión a la víctima del daño. El ejemplo propuesto, es uno de los tantos que ocurrirán en el futuro: ¿qué ocurriría si un robot realiza una mala *praxis* médica? ¿qué sucedería si un

29. Fernández, Gastón y Leysser León, *Op. Cit.*, 116.

30. Artículo 104 de la Ley 29571:

“Responsabilidad administrativa del proveedor.-

El proveedor es administrativamente responsable por la falta de idoneidad o calidad, el riesgo injustificado o la omisión o defecto de información, o cualquier otra infracción a lo establecido en el presente Código y demás normas complementarias de protección al consumidor, sobre un producto o servicio determinado.

El proveedor es exonerado de responsabilidad administrativa si logra acreditar la existencia de una causa objetiva, justificada y no previsible que configure ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de un tercero o de la imprudencia del propio consumidor afectado.

En la prestación de servicios, la autoridad administrativa considera, para analizar la idoneidad del servicio, si la prestación asumida por el proveedor es de medios o de resultado, conforme al artículo 18.”

dron manejado por un sistema de IA mata a un niño en la calle? ¿quién sería responsable si varios sistemas de IA conspiran contra las redes sociales de una persona y develan información privada? ¿qué pasaría si un “robot juez” decide mal en un juicio?

El problema radica en que nuestro ordenamiento jurídico se encuentra diseñado bajo la premisa que toda decisión es tomada por seres humanos. Es por esta razón que es difícil separar la responsabilidad objetiva de la noción de “culpa”, pues más allá de que se generen situaciones de riesgo o peligro, de conformidad con el artículo 1970 del Código Civil, siempre resulta exigible el deber social de diligencia. Es por ello que se debe de reformular la responsabilidad objetiva tal como está diseñada en nuestro Código Civil, debiendo ser sólo para aquellos casos en los cuales ni siquiera el caso fortuito o la fuerza mayor sean admisibles para librar al imputado del resarcimiento que se le impone, pues a diferencia de los casos en la actualidad, la naturaleza propia de la IA, hace que los hechos dañosos deriven de una voluntad no humana.

Entonces, el uso de la IA se podría enmarcar, tomando en consideración el cambio de noción de responsabilidad objetiva —no debiendo admitirse supuestos en que se pueda romper el nexo causal—, en los siguientes supuestos³¹:

- a) Situación de riesgo, que se podrían traducir en la siguiente formula: si se genera una situación riesgosa, se responderá por los daños ocasionados, independientemente del parámetro de conducta del agente “dañante” o de aquel que obtenga un beneficio de dicha actividad.
 - b) Situación de ventaja, vale decir, si una persona genera una situación que le ofrece un resultado favorable o beneficio, tendrá que responder también por los daños que se occasionen producto de dicha situación.
 - c) Situaciones legales individualizadas por el ordenamiento jurídico, como lo que ocurre con la de ser representante legal —artículos 1975 y 1976 del Código Civil—.
- La responsabilidad civil sólo tiene sentido si existe víctima. A quien el Derecho debe proteger en términos amplios es al damnificado, lo que significa que el centro en torno al cual gira esta área del Derecho no es respecto al culpable, sino que la reparación es lo que constituye el objetivo fundamental de todo el sistema. Por consiguiente, la legislación debe estar desarrollada en ese sentido.
- Entonces, ¿quién debe asumir la responsabilidad de un daño causado por un sistema de IA? La parte que está en mejores condiciones para diluir el costo. En consecuencia, creemos que un criterio a considerar es el del *cheapest cost avoider*, el cual consiste en atribuir la responsabilidad a quien se encuentra en una mejor posición para asumir los costos que eviten los daños. El agente —actividad o sujeto— capaz de evitar el coste de la forma más fácil o económica, es aquel por el cual, responde del daño quien pueda reducir los costos que ocasionan de la forma más económica posible —a largo plazo— estableciendo los cambios apropiados, y al mismo tiempo evitar los costes de transacción innecesarios. Se trata de una suerte de política, en la cual, los operadores jurídicos —jueces o árbitros principalmente— hacen asumir las consecuencias económicas de los daños a quienes les va a resultar más fácil —*easiest*— o barato —*cheapest*— enfrentarlas: no por el hecho exclusivo que sean económicamente más fuertes —*deep pocket*— o que, basados en el principio de responsabilidad de la empresa, puedan fraccionar los daños de los siniestros, sea recurriendo al seguro privado o porque se hallan en condiciones de transferir los daños a los adquirentes de sus productos o a los factores empleados en la producción de los mismos.³²

31. Juan Espinoza Espinoza, *Op. Cit.*, 171.

32. *Ibid.*, 177-178.

De Trazegnies³³ afirma que el fabricante es la parte que está en mejores condiciones de diluir ese costo en el todo social a través de un incremento de los precios. En otras palabras, el fabricante puede calcular el riesgo estadístico de que ciertos productos salgan defectuosos u ocasionen un daño a pesar de todo el control aplicado e incluir ese costo probable en el precio del artículo, así que todo el que compra esté de alguna manera garantizando la posibilidad de una reparación para aquel miembro de la comunidad de usuarios que tiene la mala suerte de que le toque un producto defectuoso que escapó de todo control.

Finalmente, hay quienes sostienen que, debido a la naturaleza de la IA, cuando esta tecnología alcance una autonomía muy grande, como C-3PO de Star Wars, se deberá crear un estatus jurídico especial para la IA que le permita ser un objeto de imputaciones de responsabilidad. El 16 de febrero de 2017, se planteó ante el Parlamento Europeo la propuesta de un texto legislativo especializado para regular la IA y a los robots. En dicho documento se encuentra un párrafo sobre posibles soluciones jurídicas, se menciona una expresión tan interesante como controvertida: la de “personalidad electrónica”. El texto señala lo siguiente:

“Crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aque-

llos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente”³⁴

En ese sentido, se podría gravar con impuestos a las “personas electrónicas” a fin de constituir un fondo común que sirva para responder en aquellos casos en que esta actividad económica ocasione algún daño. De esta manera, se estaría protegiendo a la víctima, privilegiando la función resarcitoria de la responsabilidad civil difundiendo el riesgo.

V. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La protección de los datos personales se ve desafiada por el rápido desarrollo y el veloz despliegue de la IA, pues su utilización implica necesariamente el tratamiento de datos masivos, dentro de los cuales se incluyen diferentes categorías de datos personales.³⁵ Como bien señala la Agencia de Protección de Datos Personales de Noruega, la mayoría de las aplicaciones de IA requieren grandes volúmenes de datos para aprender y tomar decisiones inteligentes.³⁶ En ese sentido, los datos son necesarios no solo para que la IA alcance su máximo potencial, sino también para que esta pueda evitar sesgos o errores al momento de realizar un tratamiento.

Cabe recordar que la legislación peruana toma como referencia normativa a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales española de 1999, por lo que fue diseñada en un contexto histórico en el que la cantidad de datos era limitada, se podía tener control sobre quiénes

-
33. Fernando de Trazegnies, *Op. Cit.*, 23.
 34. Parlamento Europeo, Normas de Derecho Civil sobre Robótica. P8_TA (2017) 0051. Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho Civil sobre robótica (2015/2103(INL)).
 35. Andrea Martínez Devia, «La Inteligencia Artificial, el Big Data y la Era Digital: ¿Una amenaza para los datos personales?», en *Revista de la Propiedad Inmaterial* 27 (enero-junio 2019): 7.
 36. «Artificial Intelligence and Privacy», Datatilsynet (Norwegian Data Protection Authority), acceso el 9 de noviembre del 2020, <https://www.datatilsynet.no/globalassets/global/english/ai-and-privacy.pdf>.

hacían su tratamiento y las finalidades para las cuales estaban siendo usados. El rápido avance de la tecnología y las herramientas de IA han traído cambios que posibilitan el procesamiento de millones de datos en diferentes partes del mundo y por diferentes actores a una velocidad inimaginable, estos cambios han provocado que las regulaciones se encuentren desactualizadas frente a estos nuevos retos.³⁷

Ahora bien, cabe preguntarse cuáles son los escenarios en los que la IA pueda generar un riesgo al titular de datos personales. A fin de responder esto, debemos señalar que existen dos aspectos de la IA que son particularmente relevantes para la privacidad. El primero es que la IA en sí misma puede tomar decisiones automatizadas y, el segundo, es que el sistema se desarrolla aprendiendo de la experiencia e información proporcionada. Entonces, cabe preguntarse: ¿es posible combinar el desarrollo de la IA con un adecuado tratamiento de los datos personales?

Al respecto, el artículo 28 de la Ley de Protección de Datos Personales establece las obligaciones de los responsables y encargados del tratamiento. Por consiguiente, la normativa referida a la protección de datos personales se aplicará cuando se esté desarrollando IA con información que contenga datos personales. Esta disposición también se aplicará cuando se utilice la IA para el análisis de perfiles y la toma de decisiones sobre individuos.

Es imperativo, por tanto, que el responsable del tratamiento se asegure de cumplir los principios establecidos en la Ley de Protección de Datos Personales:

- a) Legalidad: el tratamiento de los datos personales se hace conforme a lo establecido en la Ley de Protección de Datos Personales. En ese sentido, el tratamiento de datos personales debe realizarse con pleno respeto de los derechos fundamentales de

sus titulares. Se prohíbe la recopilación de los datos personales por medios ilícitos o fraudulentos.

- b) Consentimiento: para realizar el tratamiento de los datos personales se debe contar con el consentimiento o la autorización de la persona titular de los datos personales.
- c) Finalidad: los datos personales no deben ser tratados para una finalidad distinta a la establecida al momento de su recopilación.
- d) Proporcionalidad: todo tratamiento de datos personales debe ser apropiado a la finalidad para la que éstos hubiesen sido recopilados, usando la información que sea imprescindible y suficiente, sin excesos.
- e) Calidad: los datos personales que se tratan deben ser veraces, exactos y adecuados. Deben conservarse de forma tal que se garantice su seguridad y solo por el tiempo necesario para cumplir con la finalidad del tratamiento.
- f) Seguridad: el titular del banco de datos personales y el encargado del tratamiento deben adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad y confidencialidad de los datos personales que administran.
- g) Nivel de protección adecuado: para el flujo transfronterizo de datos personales, se debe garantizar un nivel suficiente de protección para los datos personales que se vayan a tratar o, por lo menos, equiparable a lo previsto por esta Ley o por los estándares internacionales en la materia.

1. Sesgo algorítmico vs. el principio de legalidad.

Un primer problema se presenta con el denominado “sesgo algorítmico” —“Machine Bias”— y el principio de legalidad. Este principio requie-

37. Andrea Martínez Devia, *Op. Cit.*, 9.

re que el responsable del tratamiento de datos personales implemente medidas que preven gan tratos que puedan afectar sus derechos fundamentales. Cabe preguntarse lo siguiente: ¿qué sucedería si una IA discrimina a un usuario en una decisión automatizada? Si bien los algoritmos son fórmulas matemáticas que, en principio, son neutrales y objetivas, lo cierto es que existen casos en que repiten prejuicios tan humanos como la tendencia a discriminar a partir del género y la raza.

El sesgo algorítmico ocurre cuando un sistema informático refleja los valores de los humanos que estuvieron implicados en su codificación y en la recolección de los datos usados para entrenar al algoritmo. La IA es buena para establecer patrones, así como para agilizar procesos y operaciones con volúmenes masivos de información —*Big Data*—. Sin embargo, el problema es que la IA al nutrirse de la información de hecha o recopilada por seres humanos, puede que reflejen sus sesgos. Existen tres tipos de sesgos clásicos: el estadístico, el cultural y el cognitivo.

El sesgo estadístico procede de cómo obtenemos los datos, de errores de medida o similares. Por ejemplo, si la policía está presente en algunos barrios más que en otros, no será extraño que la tasa de criminalidad sea más alta donde tenga mayor presencia —o en otros términos, mediremos más donde está uno de los instrumentos de medida—. El sesgo cultural es aquel que deriva de la sociedad, del lenguaje que hablamos o de todo lo que hemos aprendido a lo largo de la vida. Los estereotipos de las personas de un país son un ejemplo claro. Por último, el sesgo cognitivo es aquel que nos identifica y que depende de nuestras creencias. Por ejemplo, si leemos una noticia que está alineada con lo que pensamos, nuestra tendencia será validarla, aunque sea falsa.

¿Qué es lo que vuelve parcial a una IA? El *Machine Learning* y el *Deep Learning* son la razón por las que un programa informático pierde imparcialidad. Si a un algoritmo de clasificación de datos se le brinda millones de imágenes de perros etiquetados, luego podrá decidir si

una foto que no ha visto antes contiene a un perro o no. Asimismo, si a un algoritmo de reconocimiento de voz se le “nutre” con millones de muestras de voz junto con sus correspondientes palabras escritas, luego será capaz de transcribir el lenguaje hablado más rápido que la mayoría de los seres humanos. Cuantos más datos etiquetados vea un algoritmo, mejor será la tarea que realice. Sin embargo, la desventaja radica en que éstos pueden desarrollar puntos ciegos basados en el tipo de información sobre los que están entrenados.

A modo de ejemplo, en el año 2015, Jacky Alcine —una mujer afroamericana— cuando miró su fotografía en la aplicación de Google Photos no podía creer que el software de reconocimiento facial la había etiquetado con la palabra “gorila”. Esto sucedió porque el algoritmo no había sido entrenado con suficientes imágenes de personas de piel oscura. En otro caso, a inicios del año 2016, Microsoft lanzó a “Tay”, un *chatbot* cuyo fin era imitar el comportamiento de una adolescente curiosa y buscaba entablar en las redes sociales una conversación informal y divertida con una audiencia de entre 18 y 24 años, según explicó la compañía en su página web. El proyecto mostraría las promesas y el potencial de las interfaces conversacionales alimentadas por IA. Sin embargo, en menos de 24 horas, el “inocente” Tay a través de tweets, mostraba su empatía hacia Hitler o su apoyo al genocidio al responder a preguntas de los usuarios de las redes sociales son algunos ejemplos, además de insultos raciales y comentarios sexistas y homófobos. También defendió el Holocausto, los campos de concentración o la supremacía blanca, y se mostró contraria al feminismo.

El sesgo algorítmico será un problema cada vez mayor a medida que las decisiones de estos softwares se vuelvan cada vez más importantes en nuestras vidas. Esta situación se vuelve más dramática cuando las decisiones automatizadas afectan los derechos fundamentales de las personas. Un ejemplo claro es el programa COMPAS —*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*, por su acrónimo en inglés, que en español

puede traducirse como “Administración de Perfiles de Criminales para Sanciones Alternativas del Sistema de Prisiones de Estados Unidos”—. Este programa es básicamente un cuestionario que se le da a las personas que han sido arrestadas. Las preguntas incluyen aspectos como los antecedentes penales tanto del reo como de sus familiares, su domicilio, datos relativos a su centro de trabajo y sus datos académicos. Asimismo, también hay preguntas que buscan crear un “perfil” y determinar si la persona tiene o no un “pensamiento criminal”. En otras palabras, las respuestas son analizadas por estos sistemas de IA y terminan concluyendo si esa persona en el futuro podría cometer un crimen. Entonces aparece un valor promedio de riesgo que decide si alguien puede salir bajo fianza, debe ser enviado a prisión o recibir otro castigo. Cuando la persona ya está encarcelada, el algoritmo determina si merece el beneficio de la libertad condicional.

Al igual que este programa, en el mundo, cada vez más, encontramos ejemplos de cómo las cortes, los bancos o empresas del sistema financiero y otras instituciones están utilizando programas de IA, que automatizan las decisiones de las vidas de las personas. Al respecto, el Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29³⁸ publicó Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento General de Protección de Datos Personales de la UE —en adelante, “RGPD”—.

En este documento se señala que los progresos tecnológicos y las posibilidades del análisis de “macrodatos”, la IA y el aprendizaje automático han facilitado la creación de perfiles y han automatizado las decisiones, y tienen el potencial de afectar de forma significativa a los derechos y libertades de las personas.

La amplia disponibilidad de datos personales en internet y en los dispositivos del internet de las cosas —IdC—, así como la capacidad de hallar correlaciones y crear vínculos, puede permitir determinar, analizar y predecir ciertos aspectos de la personalidad o el comportamiento, los intereses y los hábitos de una persona.

No obstante, la elaboración de perfiles y las decisiones automatizadas pueden plantear riesgos importantes para los derechos y libertades de las personas que requieren unas garantías adecuadas.³⁹ Estos procesos pueden ser opacos. Puede que las personas no sean conscientes de que se está creando un perfil sobre ellas o que no entiendan lo que implica. La elaboración de perfiles puede perpetuar los estereotipos existentes y la segregación social. Asimismo, puede encasillar a una persona en una categoría específica y limitarla a las preferencias que se le sugieren. Esto puede socavar su libertad a la hora de elegir, por ejemplo, ciertos productos o servicios como libros, música o noticias. En algunos casos, la elaboración de perfiles puede llevar a predicciones inexactas. En otros, puede llevar a la denegación de servicios y bienes, y a una discriminación injustificada.

Ante este supuesto, el responsable y encargado de tratamiento de datos personales debe implementar las medidas necesarias para evitar este tipo de situaciones. Para ello el sistema de IA deberá ser “nutrido” con datos relevantes y correctos, debiendo aprender qué datos enfatizar. La IA, en principio, no debería procesar información relacionada con datos sensibles como el origen racial o étnico, las opiniones políticas, la religión, las creencias, la orientación sexual para evitar que esto conduzca a un tratamiento arbitrario que termine en la discriminación por parte de la IA de los titulares de datos personales.

-
38. Este Grupo de Trabajo se creó en virtud del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE. Se trata de un órgano consultivo independiente de la UE en materia de protección de datos e intimidad. Sus funciones se describen en el artículo 30 de la Directiva 95/46/CE y en el artículo 15 de la Directiva 2002/58/CE.
39. Las decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado representan la capacidad de tomar decisiones por medios tecnológicos sin la participación del ser humano.

En el artículo 22 del RGPD se establece que los ciudadanos europeos tienen el derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en medios automatizados, incluida la elaboración de perfiles, si la decisión produce efectos jurídicos que los afecten significativamente de modo similar. En ese sentido, si un tratamiento automatizado da lugar a una denegación de una solicitud de un crédito por internet, el titular de los datos personales podrá oponerse a este tratamiento. Por tanto, un adecuado tratamiento supondría informar previamente que dicha decisión es automatizada —es decir, sin intervención humana—, que puede expresar su opinión, impugnar la decisión y que el titular de datos personales pueda solicitar la contribución de una persona en el proceso para revisar la decisión tomada mediante el algoritmo.

En el Perú, si bien no existe una norma específica como la del RGPD, el artículo 24 de la Ley de Protección de Datos Personales señala que el titular de datos personales tiene derecho a no verse sometido a una decisión con efectos jurídicos sobre él o que le afecte de manera significativa, sustentada únicamente en un tratamiento de datos personales destinado a evaluar determinados aspectos de su personalidad o conducta, salvo que ello ocurra en el marco de la negociación, celebración o ejecución de un contrato o en los casos de evaluación con fines de incorporación a una entidad pública, de acuerdo a ley, sin perjuicio de la posibilidad de defender su punto de vista, para salvaguardar su legítimo interés.

Asimismo, el artículo 72 del Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales establece que para garantizar el ejercicio del derecho al tratamiento objetivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la Ley de Protección de Datos Personales, cuando se traten datos personales como parte de un proceso de toma de decisiones sin participación del titular de los datos personales, el titular del banco de datos personales o responsable del tratamiento deberá informárselo a la brevedad posible, sin perjuicio de lo regulado para el ejercicio de los demás derechos establecidos en la Ley de Protección de Datos Personales y su Reglamento.

Por tanto, en base a la generalidad de ambos artículos, se podría aplicar en el Perú el mismo criterio jurídico que se aplica actualmente con los tratamientos automatizados en la Unión Europea. Es decir, un ciudadano peruano tiene el derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en medios automatizados, incluida la elaboración de perfiles, si la decisión produce efectos jurídicos que afecten sus derechos.

En ese sentido, una decisión automatizada estará permitida cuando ésta sea necesaria —es decir, que no existe otra manera de lograr el mismo objetivo— para la ejecución de un contrato, exista una norma legal que autorice este tratamiento o se haya dado un consentimiento explícito. Sin perjuicio de ello, la decisión adoptada debe garantizar los derechos y libertades de los titulares de datos personales, aplicando las garantías adecuadas. Asimismo, el responsable del tratamiento debe, como mínimo, informarle de su derecho a obtener intervención humana y establecer los requisitos de procedimiento obligatorios; además, la empresa u organización deberá permitirle expresar su punto de vista e informarle de que puede impugnar la decisión.

Finalmente, si se sospecha o se afirma que el uso de la IA conlleva a resultados discriminatorios o que afecten derechos fundamentales de las personas, la Dirección General de Protección de Datos Personales podrá investigar si el principio de legalidad ha sido vulnerado o no. En su procedimiento de fiscalización deberá solicitar la documentación que respalda la selección de datos, un examen de cómo se desarrolló el algoritmo y si se probó adecuadamente antes de su uso.

2. *Big Data y Machine Learning vs. los principios de finalidad y proporcionalidad.*

En el año 2010, el fundador y CEO de Facebook, Mark Zuckerberg, señalaba en una entrevista que *“la era de la privacidad ha muerto”*. Irónicamente, en julio del 2019, la Comisión Federal del Comercio de Estados Unidos —FTC, por sus siglas en inglés— impuso a Facebook una san-

ción por valor de 5 mil millones de dólares por su gestión de la privacidad de los usuarios tras el escándalo “Cambridge Analytica”.

La utilización de 87 millones de datos personales por parte de la consultora británica Cambridge Analytica, obtenidos a través de Facebook para manipular psicológicamente a los votantes —al parecer decisivamente— en la campaña electoral de Estados Unidos en favor de Trump, o en la campaña del último referéndum británico en favor del Brexit, es el más siniestro ejemplo del poder del *Big Data* y *Machine Learning*.

Esta empresa obtuvo un perfil psicométrico de cada ciudadano en Estados Unidos. A través de su rastro digital, podía saber si los usuarios eran hombre o mujer, su edad, qué carro manejan y qué tipo de cereal desayunan. También podía saber sus afinidades políticas y sus principales preocupaciones sociales. Cambridge Analytica utilizó el *Big Data* y el *Machine Learning* para realizar análisis predictivos que los ayudan para desarrollar esquemas de comunicación comercial y política.

¿Cómo hicieron esto? La empresa creó una aplicación llamada “*This is your digital life*” que funcionaba como un *test online*, y que se presentaba solo como una herramienta de investigación. Se trataba de encuestas aparentemente inofensivas que circulan en Facebook y otras redes sociales, del tipo “¿qué Pokémon eres?” o “¿qué personaje de Game of Thrones eres?”. Para completarla se requería iniciar sesión en Facebook y otorgarle algunos permisos a la aplicación, como recoger información sobre la actividad del usuario, acceder a la ubicación y a los contactos en la red. Unos 270 mil perfiles hicieron esta encuesta online, lo cual derivó en la recopilación de información de 50 millones de perfiles. Esto fue posible porque la aplicación solicitaba el acceso a los datos de los amigos. Fue así como se magnificó el efecto.

Christopher Wylie, ex empleado de Cambridge Analytica, reveló al *New York Times* y *The Guardian* cómo es que la consultora británica utilizaba los datos de perfiles en la red social para generar anuncios personalizados con fines

políticos: “*Explotamos Facebook para acceder a millones de perfiles de usuarios. Y construimos modelos para explotar lo que sabíamos de ellos y apuntar a sus demonios internos. Esa era la base sobre la cual la compañía se fundó*”.

Este caso es un claro ejemplo de cómo se vulnera el principio de finalidad que rige el tratamiento de los datos personales. Si bien Cambridge Analytica recababa el consentimiento para el tratamiento de datos personales para ciertos fines, no cabe duda de que la información que obtuvieron la desviaron para otros fines. Cabe recordar que el principio de finalidad tiene por objetivo establecer claramente cuáles son los fines para los que van a ser utilizados los datos personales, pues esta información es esencial para que el titular de datos personales pueda ejercer control sobre el uso de su información personal.

El RGPD, en su considerando 50, señala que el tratamiento de datos personales con fines distintos de aquellos para los que hayan sido recogidos inicialmente solo debe permitirse cuando sea compatible con los fines de su recogida inicial. En tal caso, no se requiere una base jurídica aparte, distinta de la que permitió la obtención de los datos personales. Asimismo, agrega que para determinar si el fin del tratamiento ulterior es compatible con el fin de la recogida inicial de los datos personales, el responsable del tratamiento, tras haber cumplido todos los requisitos para la licitud del tratamiento original, debe tener en cuenta, entre otras cosas, cualquier relación entre estos fines y los fines del tratamiento ulterior previsto, el contexto en el que se recogieron los datos, en particular las expectativas razonables del interesado basadas en su relación con el responsable en cuanto a su uso posterior, la naturaleza de los datos personales, las consecuencias para los interesados del tratamiento ulterior previsto y la existencia de garantías adecuadas tanto en la operación de tratamiento original como en la operación de tratamiento ulterior prevista.

El problema con el *Machine Learning* y el *Big Data* es que, por la propia naturaleza de estas tecnologías, su valor reside precisamente en lo

inesperado de los resultados que revelan. Así, ¿cómo explica el responsable del tratamiento que resulta imposible saber con antelación qué información revelará el tratamiento de los datos recabados? Por ejemplo, una empresa que se dedica a la investigación, en primer lugar, deberá recabar el consentimiento de un titular para utilizar sus datos a fin de encontrar la cura del Alzheimer; sin embargo, qué sucede si la IA, en base a esos datos, llega a una conclusión referente a la impotencia sexual. ¿Qué tendría que hacer el responsable del tratamiento de datos personales? La norma no es clara en establecer si la obligación del responsable del tratamiento de informar las finalidades sobre la recogida de los datos se circumscribe a la información que explícitamente recoge —datos primarios—, o si debe adoptarse un criterio más amplio y entender que este deber de información acerca de las finalidades también alcanza a aquellos resultados que la empresa pudiera obtener tras el tratamiento —datos secundarios—.⁴⁰

Otro problema radica en que el *Big Data* se basa, precisamente, en reutilizar datos que fueron obtenidos para una primera finalidad, otorgándole un nuevo fin. Este es uno de los aspectos en donde se encuentra la mayor fuente de beneficios del *Big Data*.

Para ello, la doctrina española⁴¹ ha formulado un test de incompatibilidad entre los usos del *Big Data* y el principio de finalidad. Por tanto, para superar esta situación se deberá cumplir con alguna de las siguientes condiciones:

- a) Que las finalidades del tratamiento de datos del proyecto *Big Data* se ajusten a lo informado a los interesados en el momento inicial de recabar sus datos; o bien,
- b) Que las finalidades del tratamiento de datos del proyecto *Big Data* sean razona-

blemente previsibles para los interesados, aun no habiendo sido explícitamente informados en el momento de obtener sus datos; o bien,

- c) El tratamiento de datos resultante del proyecto *Big Data* está justificado por otras causas de legitimación previstas en la normativa de privacidad —como son, por ejemplo, el interés legítimo del responsable del tratamiento, el cumplimiento de obligaciones legales, contractuales, o en atención al interés vital de los interesados—.

En caso se supere con éxito este test de incompatibilidad, el uso del *Big Data* podrá considerarse conforme a la normativa de protección de datos personales, sin perjuicio del cumplimiento de otras normas que establece la Ley de Protección de Datos Personales, tales como las medidas de seguridad. Ahora bien, si el resultado del test es negativo, el uso del *Big Data* deberá sujetarse a información y consentimiento previos de los interesados involucrados.

Una de las soluciones para armonizar el principio de finalidad con la utilización de esta tecnología es que los datos se sometan a procesos de “anonymización” de los datos. El procedimiento de anonimización es aquel tratamiento de datos personales que impide la identificación o que no hace identificable al titular de estos, el cual es irreversible. El tratamiento de datos personales puede extenderse a otras finalidades en la medida que se utilice este proceso. En ese sentido, la anonimización se presenta como la mejor solución para tratar los datos protegiendo la privacidad de los sujetos.

Sin embargo, la FTC ha declarado que:

“(...) [h]ay evidencias suficientes que demuestran que los avances tecnológicos y la

40. Elena Gil González, «Big Data: Consentir o no consentir, ésa es la cuestión», *Legal Today*, 16 de marzo de 2017, acceso el 9 de noviembre del 2020, <http://ecija.com/big-data-consentir-no-consentir-esa-la-cuestion/>.

41. Carlos Pérez Sanz, «Aspectos Legales del Big Data», *Índice* 68 (julio 2016): 18-21 acceso el 9 de noviembre del 2020, <http://www.revistaindice.com/numero68/p18.pdf>.

posibilidad de combinar diferentes datos puede conllevar a la identificación de un consumidor, ordenador o dispositivo, incluso si estos datos por sí mismos no constituyen datos de identificación personal. Es más, no solo es posible reidentificar datos que no son identificadores personales a través de medios diversos, sino que las empresas tienen fuertes incentivos para hacerlo".⁴²

Es importante mencionar que el procedimiento de anonimización fallará en la medida que haga identificable a la persona. Un sujeto es identificable cuando, aunque no haya sido identificado todavía, pueda serlo. En otras palabras, la posibilidad de identificar a una persona ya no equivale necesariamente a la capacidad de poder llegar a conocer su nombre y apellidos, puesto que los datos pueden ser combinados con otros a fin de que permitan distinguir a esa persona de otras.

El *Big Data* analiza la huella digital de los individuos y a pesar de que en una base de datos no aparezcan nombres, se aprecian patrones. De manera que, con estos patrones, una persona con suficientes conocimientos analíticos puede obtener nombres, lo cual afecta nuestra privacidad, puesto que esta es entendida como el control que tienen los sujetos sobre sus conductas e información. A medida que evolucionen las técnicas de *Big Data*, los individuos perderán esta facultad de salvaguardar su espacio personal e impedir que no sean observados o incomodados por terceros.

¿Qué se puede hacer al respecto? Para que el proceso de anonimización funcione se debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad. Es decir, el responsable del tratamiento solo podrá tratar aquellos datos que sean adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines, que a su vez deben ser determinados, explícitos y legítimos. De esta forma, se minimiza la cantidad de datos personales a ser

tratados para ciertos fines y de esta manera se podrá dificultar la identificación de las personas con el *Big Data*. En otras palabras, lo que se busca es que el grado de identificación del individuo esté restringido tanto por la cantidad como por la naturaleza de la información utilizada, ya que algunos detalles revelan más sobre la identidad de una persona que otros. Esto, sumado al uso de las técnicas de anonimización y encriptación ayudan a proteger de mejor manera la identidad de los titulares de datos personales.

Cabe señalar que el principio de proporcionalidad obliga a los desarrolladores y responsables del tratamiento a examinar a fondo el modelo previsto para facilitar la selección de datos al momento de dotar de información a la IA, debiendo contener datos que sean relevantes y necesarios para las finalidades previstas. En términos más simples, el responsable del tratamiento, en virtud de este principio, debe elegir la opción que sea menos invasiva para los titulares de los datos personales. Se recomienda que esta decisión sea documentada, de modo que puedan presentarse a la Autoridad de Protección de Datos Personales en caso de una fiscalización.

Si bien es difícil establecer de antemano la información y datos que serán necesarios y relevantes para el desarrollo de la IA, y esto, además, puede modificarse durante el proyecto, es esencial minimizar la cantidad de datos personales y utilizar sólo aquellos que sean relevantes. Esto no solo protege los derechos de los titulares de datos personales, sino que también minimiza el riesgo de que la información irrelevante lleve a la IA a encontrar correlaciones que, en lugar de ser significativas, sean contraproducentes y conlleven al denominado sesgo algorítmico.

3. *Black Box vs. el principio de información.*

La finalidad de la normativa de protección de datos personales es salvaguardar el derecho

42. «Protecting Consumer Privacy in an Era of Rapid Change. Recommendations for Businesses and Policymakers», Federal Trade Commission, acceso 9 de noviembre del 2020, <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/federal-trade-commission-report-protecting-consumer-privacy-era-rapid-change-recommendations/120326privacyreport.pdf>.

de que las personas puedan decidir y controlar cómo es que terceros utilizan sus datos. Para ello es necesario que los responsables del tratamiento sean transparentes acerca de cómo van a procesar su información. En otros términos, la transparencia se logra cuando se proporcionan a los titulares de datos personales todos los detalles acerca del tratamiento.

Al respecto, el artículo 18 de la Ley de Protección de Datos Personales señala que:

"El titular de datos personales tiene derecho a ser informado en forma detallada, sencilla, expresa, inequívoca y de manera previa a su recopilación, sobre la finalidad para la que sus datos personales serán tratados; quiénes son o pueden ser sus destinatarios, la existencia del banco de datos en que se almacenarán, así como la identidad y domicilio de su titular y, de ser el caso, del encargado del tratamiento de sus datos personales; el carácter obligatorio o facultativo de sus respuestas al cuestionario que se le proponga, en especial en cuanto a los datos sensibles; la transferencia de los datos personales; las consecuencias de proporcionar sus datos personales y de su negativa a hacerlo; el tiempo durante el cual se conserven sus datos personales; y la posibilidad de ejercer los derechos que la ley le concede y los medios previstos para ello".

Por tanto, los ciudadanos deben ser informados sobre cómo se utilizará la información, si esta información será procesada por la misma persona que recopila los datos o un tercero. Además, esta información debe ser entregada en un lenguaje sencillo y de forma previa al tratamiento. Esto supone un desafío muy grande pues, al tratarse de tecnología avanzada y compleja es difícil de explicar todo el procesamiento de información en un lenguaje sencillo. Por otro lado, una preocupación existente en relación al *Machine Learning* es que no siempre se sabe cómo es que se produce el resultado, pues un programa de IA, por lo general, llega a un resultado sin ninguna explicación. Entonces, surge la interrogante sobre si es posible estudiar el modelo que la IA utilizó para así descubrir cómo llegó a ese resultado específico. ¿Cómo explicar

en lenguaje sencillo aquello que no comprendes? Los desarrolladores de la IA muchas veces no saben cómo es que la IA correlaciona y pondera la información en un proceso específico. A esto se le denomina "*Black Box*" o "caja negra".

A raíz de este concepto, surge la siguiente interrogante: ¿puede acaso un titular de datos personales solicitar una explicación, en virtud del principio de información, acerca del tratamiento que la IA realizó respecto de su información? Consideramos que no sería necesario "abrir" el *Black Box*, pues el artículo 18 tan solo exige informar sobre la finalidad, los destinatarios, los bancos de datos personales en donde la información se almacena, la identidad del responsable, tiempo de conservación, las consecuencias de proporcionar sus datos personales y de su negativa a hacerlo. En ese sentido, develar cómo es que funciona la IA no sería necesario para efectos de cumplir con este principio.

¿Qué sucede si en base a un procedimiento se toma una decisión automatizada que perjudica al titular de datos personales? ¿Se podría abrir el *Black Box* en este caso? El derecho a la información no implica que se deba abrir el *Black Box*. Este principio debe permitir al titular de los datos personales a comprender por qué se tomó una decisión en particular y no otra. Asimismo, deberá ser informado de cómo puede oponerse a la decisión automatizada, ya sea impugnando la decisión o solicitando la intervención humana.

4. Viabilizando el desarrollo de la IA con el derecho a la protección de datos personales.

Uno de los principios reconocidos por el RGPD es el denominado principio de responsabilidad proactiva, el cual exige al responsable del tratamiento a aplicar medidas técnicas, legales y organizativas apropiadas para garantizar y demostrar que el tratamiento que realiza es conforme a la normativa de protección de datos personales, tomando en consideración la naturaleza, el ámbito, el contexto y los fines del tratamiento, así como los riesgos para los dere-

chos y libertades de las personas naturales, en su calidad de titulares de datos personales.

Es decir, el responsable del tratamiento tiene que asegurar y ser capaz de probar el cumplimiento de los principios que legitiman el tratamiento de los datos personales a lo largo de todo el ciclo de vida de estos, desde que se obtienen hasta que, finalmente, se suprimen o anonimizan. Por tanto, este principio exige una actitud consciente, diligente y proactiva por parte de las organizaciones frente a todos los tratamientos de datos personales que lleven a cabo.

¿Se puede aplicar este principio a la normativa peruana? Sí, en virtud de lo señalado en el artículo 12 de la Ley de Protección de Datos Personales que establece que la lista de principios es enunciativa. En términos prácticos, este principio requiere que las organizaciones analicen qué datos tratan, con qué finalidades lo hacen y qué tipo de operaciones de tratamiento llevan a cabo. Para ello, las empresas pueden elaborar Evaluaciones de Impacto en Protección de Datos Personales —en adelante, “EIPD”— o “*Data Protection Impact Assessment*” —en adelante, “DPIA”—.

La Agencia de Protección de Datos Personales Española señala que una EIPD es una herramienta con carácter preventivo que debe realizar el responsable del tratamiento para poder identificar, evaluar y gestionar los riesgos a los que están expuestas sus actividades de tratamiento con el objetivo de garantizar los derechos y libertades de las personas físicas. En la práctica, la EIPD permite determinar el nivel de riesgo que entraña un tratamiento, con el objetivo de establecer las medidas de control más adecuadas para reducir el mismo hasta un nivel considerado aceptable.

Esta herramienta se exige a los responsables del tratamiento, pues el RGPD señala que se deben implementar medidas de control adecuadas para demostrar que se garantizan los derechos y libertades de las personas y la seguridad de los datos, teniendo en cuenta entre otros, los *“riesgos de diversa probabilidad y gravedad para los derechos y libertades de las perso-*

nas físicas” y aplicando las medidas oportunas. Para ello, el responsable del tratamiento debe considerar desde el inicio, en la fase de diseño, las acciones preventivas suficientes para poder identificar, evaluar y tratar los riesgos asociados al tratamiento de datos personales, y así, poder asegurar los principios de protección de los datos garantizando los derechos y libertades de los interesados.

A fin de cumplir con el principio de responsabilidad proactiva, la elaboración de la EIPD se debe realizar “antes del tratamiento” en los casos en que sea probable que exista un alto riesgo para los derechos y libertades de los afectados. El resultado de la EIPD se debe tener en cuenta, necesariamente, a la hora de tomar las decisiones relacionadas con el cumplimiento de lo previsto en la normativa de protección de datos personales y la toma de decisión de la viabilidad o no de llevar a cabo el tratamiento de los datos. En ese sentido, una empresa que utilice IA y trate datos personales, deberá elaborar una EIPD a fin de evaluar los riesgos que este procesamiento acarrea en los derechos y libertades de las personas.

Cabe señalar que la obligación del RGPD de elaborar un EIPD cuando se esté ante la probabilidad de que un tratamiento *“entrañe un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas”*, está alineada con el principio de *“privacy by design”*.

El concepto “protección de datos” desde el diseño y por defecto, recogido en el artículo 25 del RGPD, consiste en incorporar, desde las primeras fases de todo proyecto, medidas técnicas y organizativas apropiadas, teniendo en cuenta factores como el estado de la técnica, el coste de la aplicación o los riesgos del tratamiento para los derechos y libertades de los afectados, para cumplir los requisitos del Reglamento y proteger los derechos de los interesados. En otras palabras, de acuerdo a este principio, desde el diseño de la tecnología, deberá tenerse en cuenta el concepto de privacidad.

Este principio suele caracterizarse por tomar medidas proactivas en lugar de reactivas. Se

anticipa y previene la pérdida de privacidad de la información antes de que suceda. Asimismo, el responsable del tratamiento debe ofrecer el máximo grado de privacidad para asegurar que los datos personales están protegidos automáticamente en cualquier sistema informático o dentro de las buenas prácticas. En tal sentido, la protección de datos personales incorporada a la tecnología, en este caso a la IA, no debe ser considerado como un añadido sino como un componente esencial del núcleo como parte integral del sistema, sin disminuir la funcionalidad.

El *privacy by design* busca dar cabida a todos los intereses y objetivos legítimos de una forma de suma positiva —*win-win*—, pues trata de garantizar que se cubran todas las funcionalidades y necesidades de los distintos implicados, pero sin afectar a la privacidad. Esto evita la pretensión de falsas dicotomías, como la privacidad frente a la seguridad. ¿De qué sirve un desarrollo de la IA si es que ésta va a mermar el derecho a la privacidad de todos sus usuarios? ¿Cuál es el sentido de una tecnología que no respete los derechos fundamentales de las personas?

A modo de reflexión final, aún estamos en la fase inicial de desarrollo de la IA a nivel mundial. En ese sentido, es el momento adecuado para garantizar que las tecnologías de IA cumplan con las reglas establecidas por la Ley de Protección de Datos Personales a fin de garantizar la privacidad de las personas y la facultad de autorregular la información que desean compartir. Los retos que conlleva el desarrollo de la IA en relación a la privacidad de las personas no deben entenderse como barreras, sino que se deben de equilibrar los avances tecnológicos con el derecho fundamental a la protección de datos, y lograr así un desarrollo que no suponga un reto para los derechos fundamentales. Por tanto, no solo es posible combinar la IA con un adecuado tratamiento a los datos personales, sino que resulta necesaria

hacerlo para salvaguardar la privacidad de las personas.

VI. DERECHOS DE AUTOR E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

De acuerdo a un informe realizado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, desde la aparición de la IA en los años 1960, los innovadores y los investigadores han presentado casi 340,000 solicitudes de patente de invenciones relacionadas con ella y se han publicado más de 1.6 millones de investigaciones científicas al respecto. Las patentes relacionadas con la IA se han disparado en los últimos años, de modo que más de la mitad de las invenciones publicadas desde 2013 pertenecen a ese ámbito.⁴³

Sin embargo, lo más fascinante son aquellos sucesos que han acontecido en el campo de la IA. Por ejemplo, en el año 2016, un grupo de representantes de museos e investigadores de los Países Bajos presentaron un retrato titulado “El nuevo Rembrandt”, una nueva obra de arte generada por una computadora que había analizado miles de obras del artista neerlandés del siglo XVII, Rembrandt Harmenszoon Van Rijn. Ese mismo año un equipo de ingenieros del Laboratorio de Investigación CSL de Sony, a través de un sistema inteligente llamado “Flow Machines”, publicó canciones inspiradas en los Beatles, las cuales fueron enteramente compuestas por este sistema de IA. En el año 2018, Botnik Studios usó un programa de texto predictivo para generar cuatro páginas de ficción para los admiradores de Harry Potter.

Andrés Guadamuz, experto en temas de Derechos de Autor, señala que las máquinas están dejando de ser accesorias en el proceso creativo y que a través del *Machine Learning* los programas de IA cada vez se vuelven más autónomos:

“Hace mucho tiempo que los artistas robóticos participan en diversos tipos de trabajos

43. James Nurton, «La propiedad intelectual y el auge de la inteligencia artificial», *OMPI Revista*, https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2019/01/article_0001.html

creativos. Las computadoras han producido obras de arte rudimentarias desde los años setenta y estas iniciativas prosiguen en la actualidad. La mayoría de esas obras de arte generadas por computadora dependían en gran medida de la creatividad del programador; la máquina era a lo sumo un instrumento o una herramienta muy parecida a un pincel o un lienzo. Pero hoy en día nos encontramos inmersos en una revolución tecnológica que puede obligarnos a repensar la interacción entre las computadoras y el proceso creativo. Esta revolución está impulsada por el rápido desarrollo del software de aprendizaje automático (Machine Learning), un subconjunto de la inteligencia artificial que produce sistemas autónomos capaces de aprender sin estar específicamente programados por el ser humano.

Un programa informático desarrollado para el aprendizaje automático se basa en un algoritmo que le permite aprender a partir de los datos introducidos, evolucionar y tomar decisiones que pueden ser dirigidas o autónomas. Cuando se aplican a obras artísticas, musicales y literarias, los algoritmos de aprendizaje automático aprenden a partir de la información proporcionada por los programadores. A partir de esos datos generan una nueva obra y toman decisiones independientes a lo largo de todo el proceso para determinar cómo será dicha obra. Una característica importante de este tipo de inteligencia artificial es que, si bien los programadores pueden definir unos parámetros, en realidad la obra es generada por el propio programa informático (denominado red neuronal) mediante un proceso similar a los del pensamiento humano".⁴⁴

La creación de obras por medio de programas de IA podría impactar profundamente en el

Derecho de Autor. De conformidad con el Decreto Legislativo 822, se entiende como obra a toda creación intelectual personal y original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse. Son derechos exclusivos sobre obras literarias, artísticas, científicas, software y obras del ingenio humano.⁴⁵

Asimismo, también pueden ser protegidas las obras derivadas, cuya característica principal es que son obras creadas mediante la transformación de otras ya existentes. A modo de ejemplo, se citan las traducciones, los compendios o resúmenes, o los arreglos musicales. También lo serían un aplicativo que se transforma de un software anterior o un videojuego que deriva de una obra audiovisual previa.

En definitiva, la obra es el objeto sobre el que el Derecho de Autor concede un poder de exclusiva a favor de su titular, inicialmente el autor, persona natural que realiza la creación intelectual. El derecho nace sólo si existe obra y su alcance queda circunscrito a ésta. De ahí que este concepto sea clave para el Derecho de Autor.

Pero ¿cuáles son los requisitos que deben reunir las obras para ser protegidas? Para que una obra sea protegida por el Derecho de Autor debe reunir los siguientes requisitos: (a) el requisito esencial para que lo creado por un ser humano merezca la consideración de obra es que sea original —este requisito puede ser entendido como originalidad subjetiva, es decir, que el autor no haya copiado una obra ajena—; (b) debe ser producto del ingenio y la creatividad humana y; (c) debe ser susceptible de ser divulgada o reproducida.

En ese sentido, una creación realizada por un programa de IA no sería una obra en sentido jurídico, pues no es producto del ingenio y la crea-

-
44. Andrés Guadamuz, «La Inteligencia Artificial y el Derecho de Autor», *OMPI Revista*, https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2017/05/article_0003.html.
45. Ecija, *Memento Práctico Francis Lefebvre. Derecho de las Nuevas Tecnologías*, versión online, (Barcelona: Francis Lefebvre, Febrero 2017), capítulo 13.

tividad humana. En otras palabras, a menos que las obras creativas generadas por la IA se puedan atribuir directamente a una persona natural, ésta no podrá ser susceptible de protección de acuerdo al Derecho de Autor y, por tanto, caerían en el dominio público tras su creación.⁴⁶

Este es un tema cuyo impacto comercial puede ser tremendo, pues como se ha mencionado anteriormente, la IA ha pasado de ser una herramienta, a tomar muchas de las decisiones asociadas al proceso creativo sin intervención humana. Esto significa que esas obras podrían considerarse libres de derechos de autor porque no han sido creadas por el ser humano. Por consiguiente, cualquier persona podría utilizarlas y reutilizarlas libremente, lo cual sería una muy mala noticia para aquellas compañías que han invertido millones de dólares en estos programas de IA. Esto podría frenar la inversión, debido a que el ordenamiento jurídico no incentivaría este tipo de creaciones.

Ahora bien, este problema puede tratarse de tres formas:

- a) Puede denegarse la protección del Derecho de Autor respecto de aquellas obras generadas por IA en donde el ser humano no haya intervenido en el proceso creativo o lo haya hecho en forma mínima.
- b) Se podrá considerar como autor a aquella persona natural que haya colaborado con los *inputs* iniciales —es decir, la información o las reglas que nutren a la IA—. Sin embargo, para aquellos casos en que a través del *Machine Learning* la obra haya sido generada por sí sola, sin intervención humana, la creación no será considerada como obra, de conformidad con el Derecho de Autor.
- c) Se puede crear una ficción legal y atribuir la autoría de esa obra a quien tenga los de-

rechos patrimoniales de la IA y, por tanto, la facultad de explotarla económicaamente. Esta posición tiene por finalidad incentivar el desarrollo de esta tecnología en el campo de la propiedad intelectual a fin de no dejar desprotegidas a aquellas compañías que invierten mucho tiempo y dinero en el desarrollo de la IA.

Existen indicios de que la legislación de numerosos países no es favorable al derecho de autor que no se aplica al ser humano. En los Estados Unidos, por ejemplo, la Oficina de Derecho de Autor ha declarado que “*registrará una obra original de autoría, siempre que la obra haya sido creada por el ser humano*”. Esta posición dimana de la jurisprudencia —por ejemplo, *Feist Publications v. Rural Telephone Service Company, Inc.* 499 U.S. 340 (1991)—, que especifica que el derecho de autor solo protege “*el fruto del trabajo intelectual*” que “*se basa en el poder creativo de la mente*”. Del mismo modo, en un asunto reciente ventilado en Australia —*Acohys Pty Ltd v. Ucorp Pty Ltd*—, el tribunal declaró que una obra generada con la intervención de una computadora no podía estar protegida por el derecho de autor porque no había sido producida por el ser humano⁴⁷.

Por otro lado, el artículo 9.3 del *Copyright, Designs and Patents Act* del Reino Unido dispone que, en el caso de una obra literaria, dramática, musical o artística generada por computadora, se considerará que el autor es la persona que realiza los arreglos necesarios para la creación de la obra. En ese sentido, esta ley opta por el tercer enfoque señalado anteriormente, que consiste en atribuir la autoría de esa obra al programador o a la persona que haga lo necesario para la creación de la obra.

Finalmente, es importante señalar que el impacto de la IA en el Derecho de Autor no se agota en este tema, pues la realidad será quien

46. Kalin Hristov, «Artificial Intelligence and the Copyright Dilemma», *IDEA – The Journal of the Franklin Pierce Center for Intellectual Property* 57 (3): 437.

47. Andrés Guadamuz, *Op. Cit.*, *Ibíd.*

se encargue de plantear distintos retos jurídicos como, por ejemplo: ¿qué sucede si un programa de IA copia una obra ya existente? ¿quién será el responsable? ¿qué ocurriría si varias IAs crean una obra colectiva y éstas pertenecen a distintas compañías? ¿qué pasará cuando la IA sea capaz de elegir cómo y de qué forma quiere que se divulgue, se reproduzca o se distribuya su obra?

VII. REFLEXIONES FINALES

Cuando era niño me mandaron a leer algunos libros del escritor Isaac Asimov, como "Robbie y otros Relatos". Una de las cuestiones que más me sorprendió en ese momento, además de la visión futurística del escritor, es que estos robots actuaban siguiendo unas pautas que marcaban su comportamiento. Estas pautas fueron bautizadas por el autor como las "Las Tres Leyes de la Robótica", que fueron formuladas por primera vez en el relato "El círculo vicioso" publicado en el número de marzo de 1942.

Las tres leyes de la robótica son:

- Un robot no puede lesionar a un ser humano o, por medio de la inacción, permitir que un ser humano sea lesionado.
- Un robot debe obedecer las órdenes dadas por los seres humanos, excepto si estas órdenes entrasen en conflicto con la primera ley.
- Un robot debe proteger su propia existencia en la medida que esta protección no sea incompatible con la primera o segunda ley.

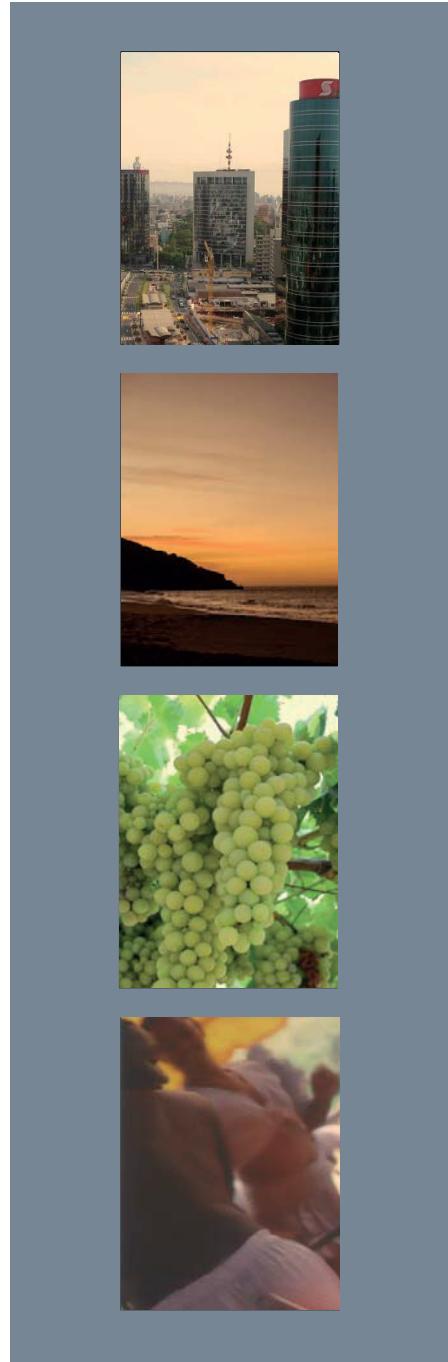
Estas leyes deben ser la base de todo desarrollo

de IA, pues deben tener al ser humano como beneficiario de esta tecnología. El progreso de la IA no puede ir en desmedro de los derechos fundamentales de las personas, tanto naturales como jurídicas. El ordenamiento jurídico debe incentivar a los empresarios que desarrollen IA y que tengan en cuenta el principio de *privacy by design* y el de responsabilidad proactiva al momento de utilizar la información para nutrir a sus sistemas de IA.

Si un sistema de IA causa un daño, el ordenamiento jurídico debe estar elaborado de tal manera que su solución se centre en la "víctima" y brinde una solución eficiente, en vez de utilizar la hermenéutica jurídica a fin de hallar un culpable. Creemos que una buena solución es dotar, para la mayoría de los casos, una responsabilidad objetiva a quien ocasione daños por poseer o utilizar la IA y que esta deberá ser asumida por la parte que está en mejores condiciones para diluir el costo, quien, generalmente, será el fabricante.

En materia de derechos de autor, se debe proteger a las compañías que invierten millones de dólares para que las obras creadas por IA sean consideradas como tal y, por tanto, los derechos de explotación sean un derecho de exclusiva por parte de aquellos que fijaron la base para poder llevar a cabo la creación.

Finalmente, quisiera terminar el presente artículo con una cita de Isaac Asimov: *"Quien se acostumbra a preocuparse por las necesidades de unas máquinas, se vuelve insensible respecto a las necesidades de los hombres"*. Debemos fomentar e incentivar el desarrollo de esta tecnología, sin olvidar que el ser humano es el fin supremo de ésta.



SOLARI, D'AURIOL & ASOCIADOS

ABOGADOS

www.sdlaw.pe

Calle Francisco del Castillo 420 - Miraflores - Lima

 +51 1 711-0821

Mz. A - Urb. Toche - Chincha Alta - Ica

 +51 056 267-686

Av. Conde de Nieva 898 - Urb. Luren - Ica

 +51 056 210-581

Calle Los Tamarindos Mz F13 Dpto 202

Urb. Los Geranios—Piura

Los Gladiolos 365 Dpto 101

Urb. Los Parques - Chiclayo

 +51 1 711-0821

Las regalías contractuales como mecanismo alternativo de financiamiento de la industria minera

RAFAEL LENGUA PEÑA^(*)

Abogado por la Universidad de Lima.

Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Columbia (James Kent Scholar).

Miembro Asociado de ADV Editores – Revista **ADVOCATUS**.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Las regalías contractuales como mecanismo alternativo de financiamiento e inversión.
- III. Tratamiento legal de las regalías mineras contractuales en el Perú.
 1. Naturaleza jurídica.
 2. Persecutoriedad.
 3. Eficacia.
 4. Transferencia.
 5. Remedios ante el incumplimiento.
 6. Exigibilidad de las regalías en un escenario de insolvencia.
- IV. Estructura de los contratos de regalía.
 1. Tipos de regalía.
 - 1.1. Regalía Fija —*Unit Royalty*—.
 - 1.2. Regalía Bruta —*Gross Overriding Royalty*—.
 - 1.3. Regalía NSR —*Net Smelter Returns*, o Retorno Neto de Fundición—.
 - 1.4. Regalía NPI —*Net Profits Interest*, o de Utilidad Neta—.
 2. Pactos típicos en los contratos de regalía.
 - 2.1. Condiciones precedentes al desembolso.
 - 2.2. Determinación y pago de las regalías.
 - 2.3. Declaraciones y garantías.
 - 2.4. Decisiones sobre la operación y el desarrollo del proyecto.
 - 2.5. Derecho de recompra.
 - 2.6. Derecho de preferencia.
 - 2.7. Entrega de información y derecho de inspección.
 - 2.8. Transferencia de las concesiones mineras.
 3. Garantías.
- V. Consideraciones finales.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 3 de septiembre de 2020.



(*) Agradezco la valiosa colaboración de Sergio Cueva y Melissa Zúñiga para la elaboración de este artículo, así como los comentarios de Sergio García y Mitzy Longa.

RESUMEN:

Con un ecosistema minero en constante evolución, las regalías contractuales emergen como un novedoso método de financiamiento para proyectos que requieren millonarias inversiones. El autor analiza el funcionamiento y aplicabilidad de este método, recién introducido en el Perú, y cómo éste encaja dentro del sistema jurídico nacional. Para ello, analiza primero la naturaleza de la regalía contractual y cómo es regulada por nuestro ordenamiento jurídico, para luego estudiar los distintos tipos que se presentan en la práctica y su contenido.

Palabras clave: minería, regalía contractual, *Project Finance*, proyectos mineros, Derecho Civil.

ABSTRACT:

With a mining ecosystem in constant evolution, contractual royalties have emerged as a new financing method for projects that require millionaire investments. The author analyzes the operation and applicability of this method, recently introduced in Peru, and how it fits into the national legal system. In order to do this, he first analyzes the nature of the contractual royalty and how it is regulated by our legal system, to then study the different types that emerge in practice and their content.

Keywords: mining, contractual royalty, Project Finance, mining projects, Civil Law.

"Royalty holders must be wary of the tendency in industries involved in specialized fields to adopt practices that become accepted through repetition - 'don't worry, we always do it this way' approach."

Karl J. C. Harries

I. INTRODUCCIÓN

Las regalías contractuales¹ en la industria minera se han utilizado desde hace décadas como una forma de contraprestación variable a favor de los vendedores de concesiones mineras para concederles un derecho sobre una parte de los flujos que se puedan generar en el futuro por la producción y venta de minerales extraídos de la

concesión minera transferida. También ha sido común observar pactos de regalías contractuales en el marco de *joint ventures* mineros según los cuales cuando un participante ve su participación diluida por debajo de un cierto porcentaje se le exige intercambiar sus acciones por una regalía sobre la producción minera.²

Sin embargo, desde hace no mucho tiempo, dada la limitada disponibilidad de fuentes de financiamiento tradicional de *equity* y deuda para la industria minera, en particular para la exploración y desarrollo de proyectos mineros, las regalías contractuales mineras se han expandido como un mecanismo alternativo de financiamiento para proyectos y operacio-

1. Es importante diferenciar las regalías contractuales mineras de la "regalía minera" legal que es definida por el artículo 2.1 de la Ley de Regalía Minera, Ley 28258, como "*la contraprestación económica que los titulares de las concesiones mineras pagan al Estado por la explotación de los recursos minerales metálicos y no metálicos*". Esta regalía minera está más bien asociada a la tributación minera y es objeto de regulación administrativa en su constitución, determinación, administración, distribución y utilización. Para un estudio completo sobre la aplicación de regalías mineras legales y su relación con el régimen tributario, ver: Otto, James, Craig Andrews, Fred Cawood, Michael Doggett, Pietro Guj, Frank Stermole, John Stermole, y John Tilton, *Mining Royalties: A Global Study of Their Impact on Investors, Government, and Civil Society. Directions in Development, Energy and Mining* (Washington, DC: World Bank, 2006). <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/7105>.
2. Cfr.: Karl J.C. Harries, *Mining Property Acquisition and Exploration Agreements* (Toronto: Law Society of Upper Canada, Department of Continuing Education, 1985).
3. Los *streaming* consisten en el pago adelantado de una suma fija de dinero, o una serie de pagos al cumplirse ciertos hitos, que el comprador realiza al desarrollador u operador de un proyecto minero a cambio del derecho a comprar un porcentaje de su producción futura de algún mineral —generalmente un mineral secundario— a un precio

(Continúa en siguiente página)

nes mineras a través de empresas de *royalties* y *streaming*³, así como algunos fondos de *private equity*⁴ focalizados en la industria minera. Se reconoce que los pioneros en este modelo de negocio son Seymour Schulich y Pierre Lassonde quienes adquirieron su primera regalía en 1986 para luego convertir a Franco-Nevada en la primera empresa de regalías del mundo. Hoy por hoy, además de Franco-Nevada, existen varias empresas de *royalties* y *streaming*, tales como Wheaton Precious Metals, Royal Gold, Sandstrom Gold, Osisko Gold Royalties, entre otras. Las empresas de *royalties* y *streaming* están muy activas en el mercado con amplia capacidad de fondeo para levantar recursos necesarios para financiar proyectos a través de la adquisición de regalías o *streamings* por montos que oscilan entre algunos millones de dólares y más de mil millones de dólares. Muchas están listadas y hoy en día tienen capitalizaciones bursátiles por miles de millones de dólares.

En el Perú, estas estructuras de regalías vienen utilizándose desde hace algún tiempo. Por ejemplo, Franco-Nevada ha revelado que, al 20 de marzo de 2020, ha adquirido regalías “*Net Smelter Returns*”—regalías NSR—de entre 0.1% a 5% sobre ocho proyectos de exploración en Perú operados por diversas empresas mineras; Entrée Resources ha revelado que en julio de 2015 adquirió una regalía NSR de 0.5% sobre el proyecto de cobre Cañariaco operado por Canadente Resources; y Sandstrom ha revelado que en el 2018 adquirió regalías NSR de 1% sobre

ocho proyectos de exploración en Perú operados por Pucara Resource Corp.⁵

Ahora bien, las estructuras contractuales utilizadas para el uso de regalías como fuente alternativa de financiamiento generalmente son importadas de otras jurisdicciones lo que hace imprescindible entender y analizar sus particularidades para adecuarlas al marco normativo peruano. Por ello, en el siguiente artículo procuramos exponer cómo y por qué las regalías se han desarrollado como un mecanismo alternativo de financiamiento para la industria minera, analizar su tratamiento bajo la normativa peruana y algunos problemas que se deben tener en consideración por la falta de regulación expresa y, finalmente, describir los tipos de regalía más comunes en el mercado, así como los pactos típicos que se utilizan en contratos de regalía. De ninguna manera pretendemos abordar todas las materias que puedan ser relevantes en el marco de la estructuración de una operación de financiamiento vía regalías, pues ello escapa el alcance del presente trabajo. Sin embargo, consideramos que este trabajo va a contribuir a tener un mejor entendimiento de la materia.

II. LAS REGALÍAS CONTRACTUALES COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE FINANCIAMIENTO E INVERSIÓN

La industria minera es una industria intensiva en capital y, en varias de sus etapas, riesgosa. En particular, el desarrollo de proyectos mine-

determinado —usualmente igual al costo de producción estimado— por debajo del precio de mercado. Ver: Alan Monk, «Understanding Streaming and Royalty Agreements: Alternatives to Traditional Financing». *Rocky Mountain Mineral Law Foundation Journal* 51, n.º 1.

4. Los fondos de *private equity* levantan capital privado de inversionistas institucionales, *family offices*, y *high-net worth individuals* y tienen un mandato de invertir esos fondos de acuerdo a sus políticas generales de inversión. En 1998 se creó Resource Capital Funds, que fue el primer fondo de *private equity* especializado en minería. Desde entonces, los fondos de *private equity* especializados en minería han crecido exponencialmente, aunque aún representan una porción pequeña del mercado. Se estima que los fondos de *private equity* manejan aproximadamente \$20 mil millones de los aproximadamente \$2.5 billones que gestiona la industria de *private equity* global. Ver: Catherine J Boggs, *Private Equity's Use of Royalties as a Financing Tool*. International Mining Oil & Gas Law, Development and Investment 10^a-1 (Rocky Mt. Min. L. Fdn. 2019).
5. Cf.: «Exploration», Franco-Nevada Corporation, acceso el 1 de noviembre de 2020. <https://www.franco-nevada.com/our-assets/exploration/default.aspx>; «Royalties», Entrée Resources, acceso el 1 de noviembre de 2020. <https://www.entreeresourcesltd.com/projects/royalties/>.

ros, especialmente aquellos que están en etapa de exploración, requiere financiadores de largo plazo que entiendan los riesgos inherentes al desarrollo de un proyecto minero, así como las oscilaciones y ciclos en el precio de los *commodities*. Estas características particulares de los proyectos mineros hacen que sea complicado, y en muchos casos imposible, financiarse a través de fuentes tradicionales de fondeo.

El financiamiento tradicional a través de deuda —préstamos en sus diversas modalidades o bonos— sólo está disponible para empresas mineras que tengan operaciones mineras en marcha que generen flujos de caja predecibles y que, además, cuenten con espaldas financieras que otorguen a los financiadores una certeza razonable que el financiamiento será repagado. Esto resulta entendible, pues los financiadores bajo estas estructuras de financiamiento son adversos al riesgo ya que cobran un rendimiento fijo por el financiamiento sin beneficiarse del *upside* de las operaciones o proyectos mineros. Por tal razón, los contratos de deuda y emisión de bonos generalmente contienen una serie de *covenants*, así como otras disposiciones para asegurar que la deuda sea repagada. Asimismo, se suele exigir garantías reales como colateral para asegurar el repago de la deuda en caso de

incumplimiento. La magnitud de las restricciones y el paquete de garantías dependerá, en gran medida, del perfil de riesgo del deudor, siendo usual que a los deudores clasificados como *investment-grade* se les imponga mucho menos restricciones y obligaciones que a los deudores que califican como *high yield*.⁶

Por su parte, en la industria minera el *project financing*⁷ sólo está disponible para la construcción de proyectos mineros que cuenten con un estudio de factibilidad bancable⁸ y que, además, cumplan con los criterios exigidos por el mercado para el otorgamiento de este tipo de financiamientos en los cuales los financieros analizan, fundamentalmente, los flujos de caja y activos del proyecto. Los *project finance* para la construcción de proyectos mineros requieren pasar por procesos de *due diligence* económico, técnico, legal, ambiental, entre otros, bastante profundos para satisfacer los requerimientos de las instituciones financieras. En efecto, los financiadores requieren analizar y entender información sobre las propiedades mineras, reservas y recursos, factibilidad técnica del diseño de la mina seleccionado, así como del método de procesamiento elegido, costos y gastos de capital, posición en la curva de costos, comercialización de los minerales procesa-

-
6. Para una descripción de los términos usuales en financiamientos sindicados internacionales y emisiones de bonos *high-yield*, ver: Rafael Lengua, «Algunas consideraciones introductorias sobre la emisión de bonos high yield en el mercado de capitales internacional», **ADVOCATUS** n.º 25 (2011); y Rafael Lengua, «Introducción a los contratos de crédito sindicado en el mercado financiero internacional», **ADVOCATUS** n.º 27 (2012).
 7. Por «*project financing*» se entiende al financiamiento para el desarrollo de un proyecto minero basado en su propia generación de flujos, sin recurso —o con recurso limitado— a los activos de los *sponsors*, y con la garantía de los activos del proyecto.
 8. El estudio de factibilidad es un estudio técnico y económico, bastante detallado y extenso, del método de minado y procesamiento seleccionado para el desarrollo de un proyecto minero. Incluye un análisis detallado del plan de minado, método de procesamiento, aspectos metalúrgicos y operacionales, infraestructura requerida, aspectos económicos, *marketing*, legales, ambientales, sociales, gubernamentales; así como un análisis financiero detallado que demuestre con un alto nivel de confianza que el desarrollo del proyecto y, consecuentemente, la extracción de los minerales, es económicamente viable. Permite convertir los recursos en reservas. Se considera que tiene un nivel de confianza razonablemente alto —± entre 5% y 15%—. Este tipo de estudio sirve para que el titular de un proyecto minero tome la decisión de iniciar la construcción, así como también, sirve para que las instituciones financieras financien la construcción de un proyecto. El término «bancable» se utiliza para hacer referencia a un estudio de factibilidad que satisfaga los requerimientos de las instituciones financieras. Cfr.: Victor Rudenno, *The Mining Valuation Handbook: mining and energy valuation for investors and management*. 3º ed. (Milton: John Wiley & Sons, 2009), 22-30.

dos, modelo financiero, entre otros. Asimismo, se exige que los *sponsors* contribuyan con una porción relevante del capital para la construcción del proyecto —generalmente vía *equity*— e imponen muchas restricciones al desarrollo y operación del proyecto por parte de los *sponsors*. Son pocos los proyectos mineros y *sponsors* capaces de satisfacer estos requerimientos.

Como resulta evidente, las estructuras de financiamiento tradicionales y el *project finance* resultan prohibitivas para las empresas que están desarrollando proyectos de exploración minera. Estos proyectos no generan flujo de caja, no cuentan con un estudio que demuestre con un razonable nivel de certeza su viabilidad y, además, únicamente tienen como respaldo los activos vinculados al proyecto de exploración minera que buscan financiar.

El financiamiento de proyectos de exploración generalmente se ha realizado a través de emisiones de instrumentos de *equity* vía colocaciones privadas y públicas apuntando a inversores que están dispuestos a asumir un riesgo alto a cambio de un alto rendimiento. Sin embargo, el principal inconveniente de este tipo de financiamiento es que diluye la participación de los *sponsors* y el impacto de esta dilución es bastante más pronunciado en condiciones adversas de mercado como la que se ha venido experimentando en años recientes.⁹

En este contexto, gracias a sus ventajas frente a las fuentes tradicionales de fondeo, las regalías y los *streamings* han ganado fuerza en el mercado, pues no conllevan dilución a nivel de los accionistas y tampoco imponen las restricciones típicamente atadas a la deuda. Hoy en día,

existen diversas empresas de *royalties* y *streaming* como, por ejemplo, Franco-Nevada, que tiene una capitalización bursátil de más de US\$ 25,000 millones y ha invertido en cientos de regalías y *streams* sobre minas en diversas etapas de desarrollo —producción, exploración avanzada y exploración temprana—. Sus principales inversiones son un *stream* de oro y plata en la mina Cobre Panamá, un *stream* de plata sobre Antamina y un *stream* de plata y oro sobre Antapaccay. Otra empresa relevante en este mercado es Sandstrom, que tiene un portafolio de más de 200 regalías, siendo más de veinte de éstas sobre operaciones mineras en marcha.

Las regalías como mecanismo alternativo de financiamiento suponen un pago a la empresa minera a cambio del derecho a recibir por parte del titular del proyecto minero un pago en efectivo equivalente a un porcentaje de los ingresos obtenidos por la venta de los minerales producidos en las concesiones mineras a los que la regalía se vincula. Las regalías, por tanto, permiten a la empresa minera diversificar sus fuentes de fondeo y financiarse a nivel del activo, apalancándose con los prospectos del proyecto o contra recursos minerales identificados, liberando recursos para continuar buscando nuevos proyectos y diversificar su portafolio interno de proyectos. Además, a cambio de un pago fijo, conceden a los inversionistas derecho a participar en el *upside* futuro sin tener que asumir los costos e inversiones requeridos para ello.¹⁰

Ahora bien, así como las regalías son un mecanismo de financiamiento alternativo para las empresas mineras, también han ganado fuerza como un instrumento de inversión alterna-

-
9. Como señalan MacKay y Bennett, hasta el 2012, la industria minera era muy atractiva para el mercado de capitales, teniendo un buen performance incluso durante la crisis financiera del 2008-2009. Luego, con el fin del “súperciclo” de los *commodities*, las compañías mineras perdieron atractivo en el mercado de capitales. Las preferencias de los inversionistas cambiaron y, pese a que el financiamiento vía deuda y *equity* tradicional aún estaba disponible para algunas empresas mineras, la industria comenzó a buscar fuentes alternativas de financiamiento. *Cfr.*: Kari MacKay y Mark T Bennett, «Under the Rocks Are the Words: How a Metal Purchase Agreement Revoluntionized Alternative Financing and Launched the New Majors - A Look Back at the First Decade of Metal Streaming Transactions», *Rocky Mountain Mineral Law Institute* 60, n° 1 (2014).
 10. Aaron Careaga. «Mining Royalty Stream Financing». SSRN, 2012. <http://ssrn.com/abstract=2395057>.

tivo. Los inversionistas típicamente pueden invertir en metales directamente, invertir en acciones de empresas que los produzcan o invertir en *Exchange Traded Funds* especializados en la industria. Las regalías —y consecuentemente, las empresas que las administran— se presentan como una nueva alternativa de inversión en la industria. La inversión está limitada a un pago fijo a cambio del cual pueden obtener un flujo de efectivo relevante, si el proyecto llega a producir, y beneficiarse de cualquier expansión del proyecto y mejora en los precios de los *commodities*.

Al ser un mecanismo alternativo de inversión, las empresas de *royalties* no solo buscan financiar proyectos mineros a través de la creación de regalías, sino también adquirir regalías existentes, generalmente creadas en beneficio del vendedor de una concesión minera en el marco de su transferencia. Esto ha creado una suerte de "mercado secundario" de regalías existentes en el cual las regalías son el "activo" que circula en el mercado.

Si bien este mecanismo de financiamiento tiene claras ventajas para la industria minera, hay algunas complejidades y riesgos que vale la pena resaltar. Primero, está la valorización de la regalía. La regalía debería valorizarse asumiendo el valor presente neto de la regalía, para lo cual se debe definir la tasa de descuento, tiempo y

probabilidad que se reciban los flujos proyectados. Ciertamente, estimar con precisión estas variables no es tarea sencilla y está sujeta a incertidumbre. Segundo, las regalías, en tanto representan un derecho a percibir una porción del flujo generado por un proyecto minero, están sujetas a los mismos riesgos que afectan al proyecto minero, casi al mismo nivel que el *equity*. Así, el titular de la regalía asume los riesgos técnicos, comerciales, financieros, ambientales, legales, sociales y políticos del proyecto minero sobre el que se vincula la regalía. Tercero, al ser obligaciones de pago, las regalías están sujetas al riesgo crediticio y de cobranza inherente a cualquier obligación crediticia, así como también al riesgo de insolvencia del deudor.

III. TRATAMIENTO LEGAL DE LAS REGALÍAS CONTRACTUALES MINERAS EN EL PERÚ

1. Naturaleza jurídica.

Una primera cuestión que es muy relevante analizar con relación a las regalías contractuales mineras es cuál es su naturaleza jurídica, pues ello tiene incidencia directa en la determinación de las normas que regularán su validez, exigibilidad, circulación y oponibilidad. Esto es particularmente importante considerando que en el Perú las regalías contractuales mineras no se encuentran reguladas expresamente por norma legal alguna.¹¹

-
11. Esta determinación no sólo es importante en Perú. En Canadá, un país con una larga tradición y práctica minera, por muchos años se ignoraron las reglas legales aplicables a las regalías. Fue recién en 1993, con el caso *Nova Scotia Capital Corporation v. Coxheath Gold Holdings Ltd*, que la industria se volvió más consciente de la naturaleza y tutela de sus regalías contractuales. En el caso Coxheath, las cortes de Nueva Escocia determinaron que las regalías de titularidad de Coxheath Gold no constituyan intereses en la propiedad minera y, por ende, el *trustee* podía vender las propiedades mineras de la empresa insolvente libres de las regalías. Como señala K.J.C Harries: "For many years, when establishing royalties, the Canadian mining industry basically ignored the law - a failing that is not unique to the mining industry. It viewed a contractual mining royalty as having attributes that were not consistent with its legal nature." Karl J. C. Harries, «The dilemma of the mining royalty: contractual or realty interest» *Natural Resources Forum* 22, nº 1 (1998): 1-13. Esta decisión fue luego renovada por la Corte Suprema de Canadá en el caso *Bank of Montreal v. Dynex Petroleum Inc.* en el cual se estableció que una regalía minera puede crear un interés en la propiedad dependiendo del lenguaje utilizado por las partes en el contrato mediante el cual se creó. En Australia, esta materia tampoco es pacífica. Según Grace y Bassett, los abogados mineros en Australia no intentan, ni recomiendan a sus clientes que traten de crear una regalía que represente un interés en la propiedad. Si bien, en opinión de estos autores, en Australia sería posible crear una regalía que tenga esta naturaleza, esto es algo que debería ser muy bien analizado y siempre existirá el riesgo que dicha naturaleza no sea reconocida judicialmente. Cfr.: Grace, John y Robert Bassett, «The AMPLA model minerals royalty agreements: securing a fair deal» *Journal of Energy & Natural Resources Law* 33, n.º 1 (2015): 34-58.

En Perú, la regalía contractual minera ha sido tradicionalmente entendida por la práctica legal como una “carga” sobre la concesión minera. Bajo ese entendimiento, se ha considerado que la voluntad de las partes, mediante un pacto contractual, puede crear una “carga” de naturaleza real; la cual, una vez inscrita, persigue a la concesión minera en caso esta circule, y tiene prioridad y preferencia sobre cualquier derecho posterior que afecte a la concesión minera.¹² Por tanto, por su sola inscripción la regalía será oponible y exigible a cualquier tercero que adquiera la concesión minera en el futuro y tendrá preferencia y prioridad sobre cualquier derecho posterior.¹³

Ahora bien, ¿es correcto afirmar que las regalías creadas en virtud de pactos contractuales tienen la naturaleza de una “carga” real? Veamos.

El término “carga” tiene tres usos en la práctica jurídica peruana. En primer lugar, es usado en sede procesal para referirse a la “carga” de la prueba, como la necesidad que tiene una de las partes procesales de probar los hechos alegados en el proceso. En segundo lugar, en sede

obligacional se entiende a la “carga” como la necesidad de realizar un determinado comportamiento para satisfacer un interés propio. Por último, tiene una tercera acepción en materia de derechos reales, pero, lamentablemente, no lo suficientemente clara. Por ello, resulta crucial entender bien la definición de “carga” en materia de derechos reales para determinar si las regalías creadas en virtud de pactos contractuales comúnmente celebrados en la industria minera tienen esta naturaleza.

Las normas peruanas no regulan ni definen el concepto de “carga” en materia de derechos reales, y en las distintas normas en las que se hace referencia las mismas, se les suele agrupar con los “gravámenes”. Esto, en la práctica, ha significado que muchos abogados equiparen a las “cargas” con los “gravámenes” y consideren que deben tener exactamente el mismo tratamiento.¹⁴ No es motivo de este artículo entrar a ese debate por lo que simplemente definiremos a las cargas en materia de derechos reales como una relación jurídica de naturaleza real que vincula un bien a una persona creando un derecho a favor del titular de la carga y una si-

-
12. En esa línea, es frecuente ver contratos mineros que contengan pactos sobre la naturaleza de las regalías creadas en los siguientes términos: “*la regalía perseguirá a la concesión en caso esta sea transferida*”; “[los otorgantes] *constituyen una carga bajo la forma de regalía (...)*”; o “*la transferencia de la propiedad minera acarrea por parte de los titulares la transferencia de la carga al tercero adquiriente*”. Por ejemplo, en el Contrato de Transferencia y Otorgamiento de Concesiones Mineras celebrado por Activos Mineros S.A.C. y Xstrata Tintaya S.A., celebrado como resultado del proceso de privatización de Las Bambas, se pactó lo siguiente: “*Carga – Las REGALÍAS se constituyen como carga de las concesiones. En tal sentido, corresponde al titular de las CONCESIONES el pago de las REGALÍAS establecidas en el Contrato de Transferencia. Dicha carga se anotará en las Fichas Registrales de las CONCESIONES.*” Incluso, no es inusual observar partidas registrales donde los registradores hayan inscritos pactos de regalías en el rubro “cargas y gravámenes”.
13. Cfr.: Patricia Núñez, *Structuring Mining Agreements in Latin America*, Mineral Law Series, n.º 3 (2019), quien señala al respecto lo siguiente: “(...) in Perú a royalty is considered a lien on the mining property provided that in the corresponding agreement the royalty is expressly and sufficiently considered a lien and the agreement is duly registered in the corresponding public registries.”
14. Al respecto, Avendaño Arana considera que la diferencia entre “gravámenes y “cargas”: “(...) consiste en que los gravámenes dependen de una obligación principal, la que de incumplirse puede conllevar la venta del bien afectado. Es el caso de la hipoteca y del embargo. En las cargas, en cambio, no hay obligación garantizada. Las cargas no tienen por objeto la venta de un bien.” Francisco Avendaño Arana, «Artículo 1035», en: *Código Civil Comentado*, Tomo V (Lima: Gaceta Jurídica, 2003), 723. En el mismo sentido, Marianella Ledesma señala: “La diferencia entre ellas radica en que los gravámenes dependen de una obligación accesoria, la que de incumplirse pueda conllevar a la venta del bien afectado, como sería el caso de la hipoteca; en cambio, con las cargas, no hay obligación garantizada. Las cargas no tienen por objeto la venta del bien, como sería el caso de las servidumbres, que se constituyen como limitación a la propiedad predial.”

tución de desventaja para el titular del bien.¹⁵ Su naturaleza real, por tanto, las somete a las reglas aplicables a la generalidad de derechos reales y les concede todos sus atributos.

Bajo este orden de ideas, consideramos que las regalías creadas en virtud de un contrato, por más que el pacto expresamente les otorgue tal naturaleza, que su contenido se vincule a una concesión minera y que el pacto sea inscrito en registros públicos, no pueden tener la naturaleza de "carga" real, pues no existe norma alguna que las regule y les otorgue tal categoría. En el ordenamiento jurídico peruano, según se establece expresamente en el artículo 881 del Código Civil, los derechos reales se rigen bajo el sistema de *numerus clausus* lo que significa, como bien señala Diez-Picazo, que "no es posible que los particulares constituyan más derechos reales que aquellos que la ley establece o tipifica de una manera determinada."¹⁶ Es decir, en el Perú, los derechos reales se limitan única y exclusivamente a aquellos que la ley expresamente regula. Por lo tanto, mediante pactos contractuales no pueden crearse nuevos derechos reales ni modificarse la naturaleza de los existentes.¹⁷ Eso, claro está, de ninguna manera significa que el acuerdo de regalías sea inválido o ineficaz, ni que la obligación creada por las partes no pue-

da ser exigida al deudor. Simplemente, implica que ese pacto no creará un derecho real.

Siendo que no es posible crear nuevos derechos reales por autonomía privada, ¿cómo entonces podría crearse una regalía como "carga" real en virtud de un contrato? Simplemente, no es jurídicamente posible.

En Perú, la naturaleza jurídica de las regalías contractuales mineras no es real sino más bien obligacional. Las regalías vinculan un derecho de crédito, consistente en la facultad del titular de la regalía —acreedor— de exigir al titular de la concesión minera —deudor— el cumplimiento de la prestación debida, con un deber jurídico, consistente en la necesidad del deudor de pagar al acreedor la prestación debida. Para estos efectos, la "prestación debida" será el pago de una suma de dinero determinable en función a la aplicación de las reglas para la determinación de las regalías pactadas en el contrato.¹⁸

2. Persecutoriedad.

La persecutoriedad es un elemento de los derechos reales. Como señala Martín Mejorada, la persecutoriedad es "la condición jurídica que asegura la permanencia del beneficio (goce o ga-

-
15. Las cargas de naturaleza real gozan de los atributos de oponibilidad *erga omnes* y persecutoriedad una vez inscritas. Luis Diez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo III (Madrid: Editorial Thomson, 2008) 82; Germán de Castro, «La obligación real», (tesis doctoral en Derecho, Universidad de Valladolid, 1998); Michele Giorgianni, «Los derechos reales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 458 (1967), 24-25; y Ramón Pizarro, «Las obligaciones *propter rem* en el Código Civil y Comercial» *Revista La Ley* (2017). Para entender la naturaleza de las relaciones jurídicas, Cfr.: Freddy Escobar, «Contribución al estudio de la relación jurídica intersubjetiva», *Themis* 38 (1998).
 16. Luis Diez-Picazo, *Ensayos Jurídicos. Tres volúmenes*, (Madrid: Civitas, 2011) 3361- 3383. En el mismo sentido, Martín Mejorada señala que "el sistema de *numerus clausus* exige que los derechos oponibles estén previstos en la ley; es decir, que la estructura y fines de estos derechos no deriven de la voluntad sino de una norma con rango de ley". Martín Mejorada, «Derechos sobre bienes y el *numerus clausus*», *Themis* 66 (2014) 177-182.
 17. Las normas peruanas no contemplan la posibilidad de que puedan tener naturaleza real ni naturaleza híbrida o binaria, como las llamadas obligaciones "*propter rem*", entre otras figuras que son reconocidas en otras jurisdicciones. Alberto Bueres, «Obligaciones "*propter rem*" y sus relaciones con otras figuras», *Lecturas y Ensayos* 90 (2012).
 18. En otros países de la región, como es el caso de Chile, Brasil y Colombia, en los que las regalías tampoco se encuentran reguladas expresamente, las regalías son también consideradas como obligaciones contractuales. Cfr.: Juan Paulo Bambach, Sandra Manrique, María Paz Pulgar, Hernán Torres y Adriano Trinidade. «Enforceability of Royalties under Latin American Legislations», *International Mining Oil & Gas Law, Development, and Investment* 11-1. *Rocky Mt. Min. L. Fdn.* (2017).

rantía), mediante la continuidad del derecho frente a ulteriores adquirentes".¹⁹

Ahora bien, si como hemos afirmado anteriormente las regalías contractuales mineras en el Perú tienen naturaleza obligacional, cabe analizar si el deber jurídico inherente a esta relación obligacional "persigue" o no a la concesión minera. Es decir, si en caso la concesión minera circule y sea transferida a un tercero, el nuevo titular, por el sólo mérito de la transferencia, asume el deber de pagar la regalía a su titular.

Es claro que en nuestro ordenamiento jurídico existen pactos contractuales que otorgan persecutoriedad a su titular como consecuencia de su inscripción registral. Ahora, en todos los casos en que ello ocurre, existe una norma expresa que les otorga tal atributo. Por ejemplo, el artículo 1591 del Código Civil señala que el pacto de retroventa es oponible a terceros cuando aparece inscrito en el correspondiente registro. Por su parte, el inciso 1 del artículo 1708 del Código Civil señala que si el arrendamiento estuviese inscrito, el adquirente del inmueble deberá respetar el contrato de arrendamiento, quedando sustituido desde el momento de su adquisición en todos los derechos y obligaciones del arrendador. Finalmente, el artículo 2023 del Código Civil establece que la inscripción de los contratos de opción otorga durante su vigencia derecho preferente sobre todo derecho real o personal que se inscriba con posterioridad.

La cuestión entonces es determinar si para el caso de las regalías contractuales mineras existe una norma similar. Es decir, si existe en nuestro ordenamiento jurídico una norma específica que

establezca, como excepción a los artículos 1361 y 1363 del Código Civil, que el adquirente de una concesión minera sobre la que se haya pactado una regalía inscrita en registros públicos, deberá respetar un contrato respecto del cual no es parte, sustituyendo al deudor en ese contrato en todas las obligaciones vinculadas a la regalía.

Prácticamente no existen trabajos académicos, menos aún desarrollo jurisprudencial, en los que se haya analizado esta materia. Sin embargo, no es infrecuente escuchar entre los abogados mineros que esta persecutoriedad sería atribuida a las regalías contractuales mineras, por su condición de contratos mineros, en aplicación del artículo 163 de la Ley General de Minería que establece textualmente que *"los contratos mineros constarán en escritura pública y deberán inscribirse en el Registro Público de Minería [hoy Registro de Derechos Mineros de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos-SUNARP] para que surtan efecto frente al Estado y terceros."*

Según esta corriente de opinión, al celebrar un pacto de regalías por escritura pública, darle la naturaleza de "carga" en el propio contrato e inscribirlo en la partida de la concesión minera, en aplicación del artículo 163 de la Ley General de Minería, dicho pacto surtiría efecto frente a terceros. Los "terceros" a los que hace referencia el artículo 163 de la Ley General de Minería serían los futuros adquirentes o cesionarios de la concesión minera y el efecto que la inscripción surtiría frente a éstos sería el deber de respetar el pacto de regalías, sustituyendo al deudor original en todas las obligaciones vinculadas al mismo.²⁰

19. Martín Mejorada, «La persecutoriedad hipotecaria en el supremo tapete», *Actualidad Jurídica* 139 (2005).

20. En algunos contratos de regalías, aunque esta no suele ser la postura mayoritaria, las partes han estipulado que la regalía constituye una restricción convencional a la propiedad al amparo del artículo 926 del Código Civil según el cual: *"Las restricciones a la propiedad establecidas por pacto, para que surtan efecto respecto a terceros, deben inscribirse en el registro respectivo."* Queda claro que la obligación de pagar regalías en nada afecta el ejercicio de los atributos de la "propiedad" que su titular tiene sobre la concesión minera. En efecto, incluso ante la existencia de una regalía contractual, el titular de la concesión minera es libre de usar, disfrutar, disponer y reivindicar la concesión minera.

Esta interpretación es, por decir lo menos, cuestionable. En efecto, no es claro que la eficacia frente a terceros a la que hace referencia el artículo 163 de la Ley General de Minería sea tan amplia como para considerar que, por mandato legal, el nuevo titular de la concesión minera automáticamente se sustituye en la posición deudora de la obligación de pagar la regalía previamente asumida por el transferente de la concesión minera. Creemos, más bien, que cuando el artículo 163 de la Ley General de Minería hace referencia a la eficacia frente a terceros de los contratos mineros que otorga la inscripción registral se refiere a la función de publicidad de los actos inscritos para efectos que se conozca su existencia y contenido conforme se encuentra contemplado tanto en el artículo 2012 del Código Civil como en el artículo I del Reglamento General de los Registros públicos —Resolución N° 079-2005-SUNARP/SN—.²¹

El conocimiento de la existencia y contenido del pacto de regalías en virtud del principio de publicidad registral únicamente genera que ningún tercero pueda desconocer su existencia. Sin embargo, ese conocimiento no puede suponer que el adquirente de la concesión minera asuma automáticamente los deberes jurídicos del transferente creados por el pacto de regalías.²² Es decir, por el sólo hecho de adquirir una concesión minera en cuya partida registral se haya inscrito un pacto de regalías, el adquirente no se sustituye automáticamente en la posición deudora del transferente y

obligado primario al pago de la regalía contractual minera.

El efecto jurídico del conocimiento de la existencia de un pacto de regalías puede ser, por ejemplo, que el adquirente de una concesión minera no pueda desconocer la existencia de una cláusula de resolución expresa a favor del vendedor por incumplimiento en el pago de la regalía y alegar buena fe para preservar su derecho si es que el contrato de transferencia primigenio luego se resuelve por incumplimiento.

Pongamos un ejemplo. El titular de una concesión minera —“transferente” o “Juan”— celebra un contrato de transferencia —el “Contrato de Transferencia Primigenio”— con un adquiriente —“Junior”— en el que se incluye un pacto de regalías mediante el cual Junior pagará a favor de Juan una regalía NSR del 3% sobre las ventas de minerales extraídos de la concesión minera —cuando esto, claro está, ocurra—. El Contrato de Transferencia Primigenio contiene una cláusula resolutoria expresa que faculta a Juan a resolver el Contrato de Transferencia Primigenio en caso de incumplimiento en el pago de la regalía. Como corresponde, el Contrato de Transferencia Primigenio es debidamente celebrado por escritura pública e inscrito en registros. Supongamos que varios años después, Junior transfiere nuevamente la concesión minera a favor de un tercer adquiriente —“Mayor”— en virtud de un nuevo contrato de transferencia —el “Contrato de Transferencia Secundario”—. Luego de varios años y millones de dólares de

-
21. Como señala Gunther Gonzales: *“La publicidad registral se puede definir como el sistema de divulgación encaminado a hacer cognoscible determinadas situaciones jurídicas para la tutela de los derechos y seguridad del tráfico”*. Gunther Gonzales, «Bases Fundamentales del Derecho Registral» Anuario Iberoamericano De Derecho Notarial 4-5 (2015-2016).
 22. Según el artículo 6, inciso d), del Reglamento de Inscripciones del Registro de Derechos Mineros —Resolución N° 052-2004-SUNARP-SN— son inscribibles en el Registro de Derechos Mineros los *“actos que declaren, transmitan, modifiquen, limiten o extingan obligaciones, derechos y atributos establecidos en la Ley General de Minería (...) y disposiciones complementarias que correspondan a las concesiones”*. Al amparo de esta norma y el artículo 42 del mismo Reglamento, se permite la inscripción registral de cualquier contrato que verse sobre concesiones mineras, incluyendo contratos en los que se haya pactado una regalía en función a la producción de minerales extraídos de una concesión minera.

inversión, Mayor comienza a procesar y vender minerales extraídos de la concesión minera adquirida mediante el Contrato de Transferencia Secundario. Inmediatamente, Juan exige a Mayor que le pague la regalía que Junior se obligó a pagarle bajo el Contrato de Transferencia Primigenio, argumentando que la regalía estaba inscrita en la partida de la concesión minera.

¿Estaría Mayor obligado a pagar la regalía a Juan? Creemos que no. La regalía acordada entre Juan y Junior en el Contrato de Transferencia Primigenio es una obligación que facilita a Juan a exigir a Junior —deudor— el cumplimiento del pago de la regalía conforme a los términos del Contrato de Transferencia Primigenio, y a su vez, impone a Junior el deber de pagar dicha regalía. La posición deudora en esa relación obligacional no ha sido transferida a Mayor bajo el Contrato de Transferencia Secundario como consencuencia de la inscripción de la regalía en registros públicos, puesto que no existe norma expresa alguna que imponga dicha consecuencia jurídica.²³

Ahora bien, ¿eso significa que el ordenamiento jurídico no tutelará el interés de Juan en este escenario? Obviamente, no. Ante el incumplimiento de Junior, Juan podría ejercer los remedios contractuales a su disposición, incluyendo resolver el Contrato de Transferencia Primigenio, lo que ocasionaría que la titularidad de la concesión minera revierta a Juan. En este escenario, Mayor evidentemente vería complicado alegar buena fe para buscar que su derecho sea preservado, pues en mérito a la inscripción del Contrato de Transferencia Primigenio —y, consecuentemente, del pacto de regalías— conocía la existencia de la regalía y que Juan podía resolver el Contrato de Transferencia Primigenio en caso de incumplimiento.

Sin lugar a dudas, este es un ejemplo de “laboratorio”, puesto que es casi un hecho que en

la realidad, Mayor tomaría conocimiento de la existencia de esta regalía en el marco del *due diligence* realizado e identificaría el riesgo que Contrato de Transferencia Primigenio sea resuelto ante el incumplimiento en el pago de la regalía y, por ende, el riesgo que pueda perder en el futuro su titularidad sobre la concesión minera si no se cumple con pagar la regalía a Juan. Ante esta situación, es muy probable que Mayor decida asumir el pago de esta regalía, involucrar a Juan en el acuerdo con Junior, y descontar el valor de la regalía del precio a ser pagado a Junior. Sin embargo, el hecho que, en la práctica, esta situación vaya a ser manejada diligentemente por las partes no supone, de manera alguna, que ello se dé porque la regalía tenga el atributo de persecutoriedad.

La ausencia de persecutoriedad por mandato legal presenta un reto importante al momento de estructurar pactos de regalías en Perú, particularmente cuando son creados como mecanismo de financiamiento de proyectos mineros, pues hace necesario encontrar figuras que le otorguen a ese pacto un nivel de protección similar al que tendrían si tuvieran el atributo de persecutoriedad característico de los derechos reales.

3. Eficacia.

Como hemos señalado, las regalías contractuales mineras tienen naturaleza obligacional en la medida en que vinculan un derecho de crédito —consistente en la facultad del titular de la regalía de exigir al deudor el pago de una suma de dinero determinable— con un deber jurídico —consistente en la necesidad del deudor de pagar al acreedor dicha prestación—.

Ahora bien, sea que las regalías se hayan pactado como parte variable del precio por la venta de una concesión minera, como un derecho a ser intercambiado por acciones o como contraprestación a cambio de un pago en efectivo, las

23. Salvo, claro está, que en el Contrato de Transferencia Primario se haya pactado que, en caso de transferencia de la concesión minera, se deba incluir en el nuevo contrato de transferencia un pacto en favor de tercero —el vendedor original— para que se le reconozca su derecho a la regalía.

regalías se suelen pactar antes que exista una operación minera en marcha. En esos casos, típicamente su eficacia y exigibilidad se condiciona a tres hechos fundamentales: que se haya completado el desarrollo del proyecto minero; que la operación minera comience su producción comercial; y que efectivamente se generen ingresos por la venta de minerales extraídos de la concesión minera.²⁴ Dentro de la autonomía privada, nada impide, claro está, que las regalías sean creadas con relación a una operación minera existente, en cuyo caso, las regalías serán válidas y exigibles inmediatamente luego de celebrado el pacto conforme a sus términos.

4. Transferencia.

Como hemos indicado, por su naturaleza obligacional, las regalías son para su titular un derecho de crédito. Como tal, la transferencia de las regalías se regulará por las reglas generales aplicables a la cesión de derechos contempladas en los artículos 1206 y siguientes del Código Civil. En esa línea, la transferencia podrá realizarse sin el consentimiento del deudor, salvo que en el contrato se estipule lo contrario. Asimismo, la cesión deberá constar por escrito y será eficaz contra el deudor cedido desde que éste la acepta o le es comunicada fehacientemente.

Ahora, si bien conforme al artículo 1211 del Código Civil la cesión comprende la trasmisión al cessionario de los privilegios, las garantías reales y personales, así como los accesorios del derecho trasmitido²⁵ salvo pacto en contrario; no todos los derechos vinculados a la regalía que pueden ser relevantes para el beneficiario serán

transmitidos como consecuencia de la cesión del derecho, como lo serían en el caso de una cesión de posición contractual. Por ejemplo, generalmente los contratos más sofisticados donde se regula la adquisición de una regalía como mecanismo alternativo de financiamiento contienen una serie de derechos adicionales al pago mismo de la regalía como, por ejemplo, derecho a recibir cierta información financiera, derechos de visita, entre otros. Consideramos que estos otros derechos bajo un contrato de regalía no serían automáticamente transferidos junto con el derecho de regalía en virtud de una cesión de derechos efectuada al amparo del artículo 1206 y siguientes del Código Civil. En ese sentido, el mecanismo ideal para la transferencia de una regalía sería la cesión de posición contractual del contrato de regalía, lo cual exigirá la participación de las partes en el contrato original, salvo que éstas hayan prestado por anticipado su consentimiento a la cesión de posición contractual.

5. Remedios ante el incumplimiento.

Por su naturaleza obligacional, los remedios aplicables en caso de incumplimiento en el pago de las regalías, luego que sean exigibles según pacto correspondiente, serán aquellos pactados por las partes al amparo de su autonomía privada y, supletoriamente, los que establece el Código Civil.

Así, por ejemplo, el propio contrato puede regular el interés moratorio aplicable en caso de incumplimiento en el pago y la constitución automática en mora. Caso contrario, supletoriamente, aplicarían las reglas de constitución

-
24. Esto es relevante, puesto que supone que las normas del Código Civil aplicables a la "condición" como modalidad del acto jurídico sean aplicables a los pactos de regalías.
 25. Según Osterling y Castillo Freire el "primer párrafo del artículo 1211 del Código Civil Peruano, determina los elementos comprendidos dentro de la cesión de derechos, salvo que se pacte en contrario. Estos son los siguientes: (a) Los privilegios, entendiéndose como tales las órdenes de prelación para el cobro de una deuda o para la ejecución de alguna garantía; (b) Las garantías reales (prenda, anticresis o hipoteca); (c) las garantías personales (fianzas); y (y) los derechos accesorios del derecho cedido, vale decir, todos aquellos que se hubiesen constituido al amparo de aquel derecho." Osterling, Felipe y Mario Castillo, *La cesión de derechos*, 14. http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/140_%20La_cecion_de_derechos.pdf.

en mora e intereses legales contempladas en el Código Civil. De la misma manera, las partes podrían pactar que el incumplimiento del pago de la regalía será una causal de resolución expresa del contrato o, en todo caso, a falta de pacto expreso, procurar resolver el contrato de acuerdo a las reglas generales sobre resolución contractual previstas en el Código Civil.

6. Exigibilidad de las regalías en un escenario de insolvencia.

Actualmente la legislación peruana utiliza dos conceptos para definir la insolvencia. Primero, una empresa será insolvente cuando no pueda cumplir con sus obligaciones por un determinado plazo. Segundo, se considerará que una empresa es insolvente cuando ha sufrido pérdidas acumuladas mayores al tercio de su capital social.

Ahora bien, ¿qué tratamiento debería otorgarse a las regalías contractuales mineras en un escenario de insolvencia considerando que tienen naturaleza obligacional? Esta no es una cuestión sencilla de resolver, pues como indicamos las regalías no tienen una regulación específica y, por tanto, se les debe aplicar las reglas generales del Derecho Civil.

Creemos que la respuesta depende si la regalía es eficaz y exigible o no al momento de iniciarse el concurso y si, además, en ese momento existe una deuda a cargo de la empresa insolvente. En efecto, si la regalía es eficaz y exigible al momento de iniciarse el concurso y existe una deuda a cargo de la empresa insolvente, los montos adeudados al titular de la regalía serán considerados como pasivos del deudor y estarán sujetos a las reglas generales aplicables a los créditos concursales. Si, por el contrario, la regalía aún no es eficaz y exigible, para fines concursales dicha regalía no tendrá relevancia jurídica alguna. Por último, consideramos que las deudas por regalías generadas durante el concurso por la continuidad de las operaciones de la empresa minera deberán tener el tratamiento de créditos post concursales, puesto que su devengo se producirá con posterioridad al inicio del concurso.

IV. ESTRUCTURA DE LOS CONTRATOS DE REGALÍA

Las regalías contractuales en la industria minera generalmente se pactan como una forma de contraprestación variable a favor de los vendedores de concesiones mineras para concederles un derecho sobre una parte de los flujos que se puedan generar en el futuro por la producción y venta de minerales extraídos de la concesión minera transferida. También se incluyen en el marco de *joint ventures* mineros según los cuales, cuando un participante ve su participación diluida por debajo de un cierto porcentaje, sus acciones se deben intercambiar por una regalía. Finalmente, como se ha señalado anteriormente, se utilizan como un mecanismo alternativo en la industria minera.

A continuación describiremos los tipos de regalía más comunes en el mercado, así como los pactos típicos que se utilizan en contratos de regalía que sirven como mecanismo alternativo de financiamiento de proyectos u operaciones mineras. A diferencia de los pactos de regalías en el marco de venta de concesiones mineras o contratos de *joint venture*, en el caso de los financiamientos a través de regalías en los que las regalías son el foco principal de la relación contractual, los contratos están diseñados para regular específicamente la creación, determinación, pago, transferencia de las regalías e incluyen pactos más detallados para proteger los intereses del titular de la regalía.

1. Tipos de regalía.

Hay varios tipos de regalías que se usan en la industria minera. Sin embargo, se puede afirmar que los tipos más comunes de regalías en el mercado son:

1.1. Regalía fija —*Unit Royalty*—.

La regalía fija está basada en una suma dineraria fija —por ejemplo, \$0.50— por cada unidad de medida vendida —por ejemplo, una tonelada—, sin que se le aplique deducción alguna. Este tipo de regalía generalmente se usa para minerales de poco valor que pueden

ser vendidos sin mucho procesamiento, como por ejemplo carbón, hierro, fosfato, potasio, entre otros. Su ventaja por el lado del beneficiario es que es muy fácil de calcular y asigna al operador el riesgo de variaciones en el precio de los *commodities* y costos operacionales. En efecto, si los costos operacionales suben o los precios caen, esto afectará negativamente el margen operativo del operador. Por el contrato, si los costos operacionales bajan y/o los precios suben, el beneficio será íntegramente del operador.²⁶

1.2. Regalía bruta —*Gross Overriding Royalty*—

Este tipo de regalía se calcula como un porcentaje del precio de los minerales vendidos sin deducciones por costos de procesamiento o transporte. Este tipo de regalía también se utiliza en el caso de minerales que pueden ser vendidos sin mucho procesamiento.

1.3. Regalía NSR —*Net Smelter Returns*, o Retorno Neto de Fundición—

Este tipo de regalía está basada en los ingresos que recibiría un operador minero por la venta de minerales a un *ofttaker* —generalmente asociado a una fundición o refinería—. Por esta razón, a los ingresos recibidos por la venta del mineral se le realizan una serie de deducciones por costos asumidos por el operador minero luego que el mineral sale de la mina y antes que sea vendido, tales como costos de transporte y seguros desde la mina hasta la refinería o fundición, costos de refinación y fundición, muestreo, pruebas, o *marketing*; así como penalidades por impurezas cobradas por la refinería o fundición. Para el caso de productores de oro, las deducciones suelen ser bajas, mientras que

para el caso de metales base las deducciones son más relevantes. En este tipo de regalía no se deducen los costos operacionales, gastos de capital y otros costos y gastos del productor. Generalmente se pactan porcentajes que oscilan entre 0.5% y 3%.²⁷

1.4. Regalía NPI —*Net Profits Interest*, o de Utilidad Neta—

Estas regalías están basadas en un porcentaje de las utilidades operativas del productor minero. Para ello, se suele crear una cuenta en la que se incluyan los gastos pre-operativos, pérdidas operativas, gastos de capital y cargos por intereses. Se calcularán las utilidades netas y se las restará de la cuenta creada. Las regalías únicamente serán pagaderas cuando efectivamente exista utilidad, es decir, desde que se cubran los costos mencionados.²⁸ Por ello, estas regalías únicamente serán pagadas luego que el productor minero haya recuperado su inversión en el desarrollo del proyecto, incluyendo costos pre-operativos. Los porcentajes típicamente oscilan entre 7% y 15%, aunque pueden ser más altos.²⁹

Si bien cada tipo de regalía tiene sus ventajas y desventajas dependiendo de si se analizan desde la perspectiva del beneficiario o deudor, las regalías NSR son las que más se han utilizado en la industria minera y aquellas que generalmente se pactan cuando las regalías se crean en el marco de una operación alternativa de financiamiento. Este tipo de regalías es preferido por los beneficiarios porque los pagos se devengan luego de que se produzca la primera venta, no siendo necesario esperar a que el operador minero recupere su inversión. Asimismo, son más fáciles de administrar para

26. Alan Monk, *Op. Cit.* 25-26.

27. «Mining royalties in focus», NORTON, ROSE, FULBRIGHT, acceso el 1 de noviembre de 2020, <https://www.insideafricalaw.com/publications/mining-royalties-in-focus>.

28. Cfr.: Christopher G. Baldwin, *Understanding Royalty Structures. Structuring More Effective Mining Ventures*, (Conference Board of Canada, February 17-18, 2003).

29. Cfr.: Karl J.C. Harries, *Mining Property Acquisition and Exploration Agreements*, 187.

ambas partes puesto que la verificación de los cálculos resulta más sencilla y, además, tienen menos riesgo de ser manipuladas por el operador.³⁰

2. Pactos típicos en los contratos de regalía.

Cada contrato de regalías en el marco de un financiamiento alternativo puede tener sus propias particularidades y disposiciones contractuales dependiendo del tipo de regalía aplicado y las condiciones específicas de la transacción. Sin embargo, en general, los contratos de regalías que se usan para fines de financiamiento contienen los pactos que describiremos a continuación.³¹

2.1. Condiciones precedentes al desembolso.

Los contratos de regalía en estructuras de financiamiento alternativo generalmente contienen una serie de condiciones precedentes que tienen que verificarse antes de cada desembolso. Estas condiciones precedentes tienen como finalidad que la empresa de *royalties* pueda optar por no efectuar el desembolso ante eventos que puedan modificar las condiciones bajo las cuales se firmó el contrato.

Las condiciones precedentes son diferentes a las condiciones suspensivas reguladas en el Código Civil y, por tanto, no se le aplicarán las reglas previstas en él —como por ejemplo, el artículo 172 del Código Civil que señala que es

nulo un contrato cuando se pacte una condición meramente potestativa—.³²

Las condiciones precedentes en este tipo de transacciones están enfocadas en asegurar que las condiciones existentes a la firma del contrato se mantengan a la fecha de desembolso. Así, se establece como condiciones precedentes al desembolso que las declaraciones y garantías del operador continúen siendo veraces, ciertas y completas, que no haya incumplimiento con relación a las obligaciones que debieron ser cumplidas para ese momento, que no existan investigaciones o procedimientos contra el operador que puedan afectar la regalía, que las concesiones mineras continúan vigentes, entre otras.

En algunos casos se incluye como condición precedente el hecho que no haya ocurrido un “*Material Adverse Effect*” o “Efecto Sustancialmente Adverso”. Esta condición precedente permite a la empresa de *royalties* no realizar el desembolso si ha ocurrido algún evento que afecte sustancialmente los negocios, operaciones, condición financiera del operador o del proyecto minero y generalmente excluyen cambios en el mercado financiero, la economía global, el precio de los metales.

2.2. Determinación y pago de las regalías.

Las regalías no serán exigibles hasta que se haya completado el desarrollo del proyecto minero, la

30. Cfr.: Christopher G. Baldwin, *Op. Cit.*, 12.

31. Para una descripción de los pactos típicos generalmente usados en la industria minera canadiense en contratos de regalías, ver: Karl J.C. Harries, «Mining Royalty Agreements Between Private Parties: the Relationship Between Payer and Recipient», *Journal of Energy & Natural Resources Law* 14, nº3 (1996), 354-381. Asimismo, se puede ver el modelo de contrato de regalías —AMPLA Model Royalty Deed o Modelo AMPLA— preparado por la Australian Mining and Petroleum Law Association — AMPLA—. Cfr. Grace, John y Robert Bassett.

32. Al respecto, concordamos plenamente con lo señalado por Sergio García Long, quien diferencia a las condiciones precedentes —*conditions precedent*—, que tienen su origen en el derecho anglosajón, de las condiciones suspensivas reguladas en el Código Civil y que generan la ineficacia inmediata y de pleno derecho de un contrato. En primer lugar, señala García Long, las condiciones precedentes no generan la ineficacia del contrato sino que funcionan como un presupuesto para pasar a otra etapa del mismo y, eventualmente, otorgan un derecho potestativo a resolver el contrato. Cfr.: Sergio García Long, «La estructura contractual de los financiamientos bancarios», en *Derecho Contractual Financiero. Estudios en Homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su Centenario*, coordinado por Sergio García Long, (Lima: Normas Jurídicas Ediciones, 2019).

operación minera comience su producción comercial y, efectivamente se generen ingresos por la venta de minerales extraídos de la concesión minera. Para tal efecto, el operador del proyecto deberá notificar al titular de la regalía sobre el inicio de la operación comercial con algunos días de anticipación y, luego de recibido el primer pago por la venta de los minerales, el operador deberá calcular y pagar la regalía periódicamente. Una vez que sean exigibles, las regalías tendrán una duración indefinida y deberán ser pagadas mientras se produzcan y vendan minerales de las concesiones mineras a las que se vinculan.

La determinación y cálculo del monto de regalías a ser pagado en cada oportunidad corresponde al operador del proyecto, quien deberá sustentar su cálculo con un reporte escrito. Para efectos de determinar las regalías NSR, que son las más comunes, existen dos definiciones clave: Ingresos brutos —*Gross Revenue*— y Dedicaciones Permitidas —*Allowable Deductions*—. En el Modelo AMPLA —*AMPLA Model Royalty Deed* preparado por la Australian Mining and Petroleum Law Association—, la definición de *Gross Revenue* incluye todos los ingresos registrados por ventas de minerales al precio de venta pactado o basado en precios de referencia de mercado e incluye ingresos por seguros, menos deducciones por penalidades, reembolsos, reclamos o descuentos. Asimismo, se excluyen los resultados de actividades de *trading* tales como ventas *forwards*, futuros, opciones o el uso de instrumentos de cobertura. Por su parte, la definición de *Allowable Deductions* bajo el Modelo AMPLA es amplia e incluye los gastos en que se incurriría entre la mina y una refinería, excluyendo gastos de exploración, desarrollo y operación de la mina.

Para estos efectos, generalmente se establece que los ingresos por la venta de los minerales deberán hacerse en condiciones de mercado

y bajo términos comerciales ordinarios —*arms-length basis*—. En caso el titular de la regalía tenga objeciones a la determinación de la regalía y las partes no consigan ponerse de acuerdo entre ellas, se someterá la disputa a la determinación de un tercero quien auditará los registros contables del operador relativos al cálculo de la regalía.

En algunos casos, particularmente en el caso de regalías sobre metales preciosos, como lo son el oro o la plata, se establece que, a elección del titular de la regalía, las regalías podrán ser pagadas en especie; es decir, a través de la entrega de los metales producidos.

2.3. Declaraciones y garantías.

Las declaraciones y garantías son manifestaciones sobre situaciones fácticas o legales relativas al declarante, sus negocios o algún activo de su propiedad cuya finalidad es reducir la asimetría informativa entre el declarante y el receptor de la declaración. Desde el punto de vista económico, debería existir un incentivo común entre las partes para reducir la asimetría informativa y los costos para adquirir información a través de declaraciones y garantías, pues asignan el riesgo a la parte que está en capacidad de asumirlo al menor costo posible. Por ello resultan mutuamente beneficiosas.³³

Desde el punto de vista legal, las declaraciones y garantías son “una relación jurídica de garantía, por la cual, una parte asume un riesgo a cambio de una contraprestación y se obliga a indemnizar a su contraparte en caso el riesgo materialice”.³⁴ En algunos casos, como en el caso de adquisición de empresas o activos, el remedio ante su incumplimiento será el pago de un monto dinerario denominado *indemnity*, que funciona como un ajuste del precio pagado; mientras que en el caso de financiamientos, el

-
33. Para una explicación sobre la racionalidad económica de las declaraciones y garantías ver: Ronald J. Gilson, «Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing», 94 YALE L. J. 239 (1984). Disponible en: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/986.
 34. Cfr.: Sergio García Long, *Op. Cit.*, 74.

remedio contractual será la suspensión de los desembolsos o aceleración del préstamo. En consecuencia, en la medida que la falsedad o inexactitud de las declaraciones y garantías tienen consecuencias relevantes bajo el contrato, suelen ser cláusulas bastante negociadas.

En los contratos de regalías, las declaraciones y garantías realizadas por el titular de la concesión minera —deudor— son relativamente amplias y tienen como finalidad que el beneficiario de la regalía entienda la situación del titular del proyecto, así como de las concesiones mineras y el proyecto minero sobre cuya producción se han pactado las regalías.

Los contratos de regalías típicamente incluyen declaraciones y garantías sobre la existencia del titular y operador del proyecto minero, la obtención de aprobaciones corporativas requeridas, la validez y eficacia del contrato de regalías y su no contravención de normas, contratos o documentos societarios, la ausencia de procedimientos de reorganización societaria o insolvencia, la titularidad y vigencia de las concesiones mineras relevantes, la inexistencia de procedimientos o litigios que puedan afectar las concesiones mineras o la regalía, el cumplimiento de las leyes aplicables, la obtención de permisos necesarios para el desarrollo del proyecto —en el estado en el que se encuentren—, entre otros. Asimismo, en Perú son particularmente relevantes las declaraciones sobre la inexistencia de mineros ilegales o informales en el área del proyecto, así como de conflictos sociales que pueden impedir el desarrollo del proyecto.

La falsedad de alguna declaración y garantía, dependiendo del momento en el que se produce puede ocasionar que se suspenda el desembolso, resuelva el contrato o, eventualmente, que el titular de la regalía pueda reclamar una indemnización por los daños que se le hayan causado, aunque este último supuesto no es muy usual.

2.4. Decisiones sobre la operación y el desarrollo del proyecto.

Los contratos de regalía generalmente contienen disposiciones que establecen expresamen-

te que el operador tomará las decisiones con relación a la exploración, desarrollo y operación del proyecto minero. La única limitación que se le impone es que estas decisiones deberán ser realizadas de conformidad con las leyes aplicables y las buenas prácticas de la industria minera. Esto tiene mucho sentido, puesto que el titular de la regalía no es un socio en el proyecto.

Al respecto, el Modelo AMPLA establece que: (a) el deudor tendrá derecho a conducir las operaciones de exploración y explotación siempre que lo haga de manera segura y diligente y de una manera comercialmente razonable de acuerdo con las mejores prácticas mineras internacionales; (b) el titular de la regalía no debe interferir con las operaciones del operador del proyecto; (c) el deudor debe mantener las propiedades mineras vigentes, pero no asume ninguna obligación de explorar, desarrollar o explotarlas; y (d) el deudor tiene total discreción para decidir en todas las etapas del proyecto minero y no será responsable por minerales que se puedan perder o regalías que se dejen de pagar por sus decisiones.

2.5. Derecho de recompra.

Los contratos de regalía generalmente conceden al operador el derecho a “recomprar” toda o parte de la regalía por un precio fijo durante un periodo de tiempo y usualmente antes que comience la operación comercial. El precio de recompra es generalmente mayor al pago inicial efectuado a cambio de la regalía y debería representar la apreciación en el valor de la regalía por el avance del proyecto minero.

El derecho de recompra es claramente beneficioso para el deudor de la regalía, puesto que será éste quien decidirá si ejerce o no el derecho dependiendo de los prospectos del proyecto. Por ello, debería ser cuidadosamente negociado, particularmente por el beneficiario de la regalía. Por ejemplo, el beneficiario de la regalía puede requerir que el derecho de recompra sólo aplique a una porción de la regalía y, de esa manera, negociar un nuevo precio de recompra o retener esa parte de la regalía. El beneficiario también podría exigir que, ante

determinados eventos, el deudor esté obligado a ejercer el derecho de recompra.

2.6. Derecho de preferencia.

Los contratos de regalía usualmente contienen un derecho de adquisición preferente a favor del operador en caso el titular de la regalía reciba una oferta de compra de un tercero no vinculado que esté dispuesto a aceptar. De la misma manera, algunos contratos de regalía contienen un derecho de adquisición preferente a favor del titular de la regalía en caso el operador tenga la intención de celebrar un nuevo contrato de regalías o *streaming* con un tercero en relación con el proyecto minero.

En ambos casos se deberá notificar la recepción de la oferta y la contraparte tendrá la facultad de ejercer o no su derecho de adquisición preferente en los mismos términos ofrecidos dentro de un plazo determinado.

2.7. Entrega de información y derecho de inspección.

Los contratos de regalía incluyen obligaciones de entrega periódica de información sobre la producción minera histórica y proyectada, recursos y reservas, información financiera del operador, así como información que permita al titular de la regalía verificar que el cálculo de la regalía haya sido correctamente efectuado. Asimismo, se otorga al titular de la regalía el derecho de inspeccionar el proyecto minero a su costo y riesgo.

2.8. Transferencia de las concesiones mineras.

Los contratos de regalía establecen restricciones a la transferencia de las concesiones mineras vinculadas a la regalía. En efecto, generalmente se pacta que el operador no podrá transferir las concesiones mineras salvo que: (a) el titular de la regalía consienta la transferencia o; (b) que el adquirente, el titular de la regalía y

el operador celebren un acuerdo en virtud del cual el adquirente asuma las obligaciones bajo el contrato de regalía.

3. Garantías.

Las obligaciones del operador del proyecto, en particular el pago oportuno de la regalía, pueden garantizarse con garantías personales o reales, tales como una hipoteca minera sobre las concesiones mineras para mitigar el riesgo de incumplimiento del deudor. Esto, claro está, siempre presentará algunas complicaciones en la relación con los acreedores financieros potenciales o existentes, quienes siempre exigirán garantías prioritarias y preferentes.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Como hemos podido apreciar, las regalías se han convertido en un mecanismo alternativo para el financiamiento de proyectos y operaciones mineras que, por sus múltiples beneficios tanto para las empresas mineras como para los inversionistas, viene adquiriendo mayor protagonismo en el mercado.

Sin embargo, como la mayoría de estructuras financieras, tiene su origen en otras jurisdicciones y, por lo tanto, las estructuras contractuales utilizadas son generalmente importadas debiendo ser adaptadas a la realidad y legislación peruana. La falta de regulación expresa de las regalías contractuales mineras en Perú, así como su categorización como relación obligacional y falta de persecutoriedad, presentan algunas complicaciones que los operadores jurídicos deberán tener en consideración al diseñar las estructuras contractuales para poder implementar estas transacciones. Esas estructuras deberán, en la medida de lo posible, satisfacer las expectativas de las partes, particularmente las empresas de *royalties* que en su condición de financiadores asumen los mayores riesgos, y replicar las condiciones usuales del mercado internacional.

La comunidad LGBT+ en el Perú: los retos para incluirla y reconocer sus derechos en el siglo XXI



MARCIAL GIOVANNI GUTIÉRREZ LUCAR^(*)

Abogado y Máster en Derecho por la Universidad de Lima.
Estudios de posgrado por la Universidad de Ginebra y el Geneva Center for International
Dispute Settlement.
Profesor de Derecho Civil y Procesal Civil de la Universidad de Lima.
Miembro Asociado de ADV Editores – Revista **ADVOCATUS**.

SUMARIO:

- I. Conociendo un poco de la realidad social de la comunidad LGBT+ en el Perú del siglo XXI.
- II. La presencia de la comunidad LGBT+ antes de la época republicana en el Perú.
- III. La República del Perú y la comunidad LGBT+ antes del siglo XXI.
- IV. Las medidas normativas adoptadas por la República del Perú durante el siglo XXI, para promover la inclusión de la comunidad LGBT+.
- V. La situación social actual de la comunidad LGBT+ en el Perú.
- VI. Los cambios necesarios en el siglo XXI para ser inclusivos con la comunidad LGBT+.
 1. Reconocimiento del matrimonio o unión civil entre parejas del mismo sexo.
 2. Eliminar las limitaciones en el ejercicio del derecho a la identidad de las personas transgénero.
 3. Eliminar las limitaciones al acceso a la salud, al empleo y a la justicia.
- VII. Conclusiones.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 16 de septiembre de 2020.



(*) Este trabajo de investigación está dedicado a Dionisia Victoria Sotomayor Sifuentes, quien me enseñó que en la vida nos encontraremos con diversas personas, que cada una de ellas es única y especial, por lo que debemos abrazarlas con respeto independientemente de nuestras diferencias.

RESUMEN:

El presente artículo abordará la problemática que atraviesan los miembros de la comunidad LGBT+ en el Perú del siglo XXI, desde una perspectiva social como jurídica. Lo que permitirá identificar los cambios normativos que son necesarios de regular, a fin de alcanzar una sociedad más inclusiva y libre de discriminación de las minorías.

Palabras clave: comunidad, discriminación, constitucional, identidad, orientación.

ABSTRACT:

This article will address the problems faced by the members of the LGBT+ community in the 21st century in Peru, from a social and legal perspective. This will allow the identification of the legislative changes that need to be regulated in order to achieve a society which is more inclusive and free from discrimination against minorities.

Keywords: community, discrimination, constitutional, identity, orientation.

"Todos tenemos dos elecciones: estar llenos de miedo o llenos de amor."

Albert Einstein

I. CONOCIENDO UN POCO DE LA REALIDAD SOCIAL DE LA COMUNIDAD LGBT+ EN EL PERÚ DEL SIGLO XXI

Adrián¹ era un niño que a una temprana edad descubrió que tenía una cualidad especial, ya que, a pesar de haber nacido varón, él no se identificaba como tal. Ahí fue cuando descubrió que, en realidad, era una persona transgénero².

Con el pasar de los años, y como parte de su autodescubrimiento sexual, Adrián decidió que al alcanzar la mayoría de edad iniciaría el procedimiento médico de reasignación de sexo, para que sea identificado físicamente como una mujer. Desde que comenzó su transición, Adrián dejó de existir y dio paso al nacimiento de su verdadero yo: Adriana.

Adriana se encontró ante diversas adversidades, como no contar con un procedimiento que le permita modificar su documento de identidad y, por lo tanto, que su nueva apariencia física carezca de reconocimiento legal. Ello generó que, la discrepancia entre su aspecto de mujer y los papeles que la identificaban como hombre, le vayan cerrando las oportunidades para conseguir un trabajo formal. Así, la única manera que Adriana encontró para subsistir fue la práctica de la prostitución.

La madrugada del 28 de octubre de 2007, después de haber culminado con sus labores, Adriana esperaba un transporte que la lleve a su casa. Mientras el tiempo transcurría, 5 sujetos aparecieron, la agredieron física y psicológicamente, hasta casi dejarla inconsciente. Cuando logró escapar, se acercó a las autoridades policiales para solicitar respaldo, pero, lamentablemente, obtuvo por respuesta una negativa: *"solciona tu problema en otro lado, no te vamos a ayudar"*.

-
1. Los hechos relatados se sustentan en las vivencias de Yefri Peña Tuanama, víctima de la transfobia peruana.

«Yefri Peña - Tortura», Incidencia Internacional PROMSEX, acceso el 18 de septiembre de 2020, <https://incidenciainternacional.promsex.org/yefri-peña-tortura/>.

2. *Transgénero: abreviado como "trans", describe a una persona cuya identidad de género no corresponde al sexo biológico. Hace referencia a un rango de identidades que incluye a niños y hombres transgénero: personas que se identifican como niño u hombre, pero que fueron asignadas como mujer al nacer; niñas y mujeres transgénero: personas que se identifican como niña o mujer, pero que fueron asignadas como hombres al nacer.*

National Geographic, «Género, La Revolución», *National Geographic en español*, Volumen 40, n.º1 (2017): 13.

A los pocos minutos de que le negaron la ayuda, al frente de la misma estación policial, Adriana se encontró nuevamente con sus agresores, quienes volvieron a atacarla, salvo que en esta oportunidad le generaron 20 cortes profundos en la espalda, le desfiguraron el rostro y la dejaron en paz cuando pareció que estaba muerta. Pese a que los policías vieron lo ocurrido, ninguno de ellos acudió en su auxilio.

Otras personas trasladaron a Adriana al hospital más cercano; sin embargo, pese a su crítico estado, las autoridades del nosocomio no la atendieron ya que su identificación no concordaba con su aspecto físico. Adriana terminó en su casa, donde ella y su madre limpiaron sus heridas. Días después, debido a la falta de atención médica, Adriana agravó y entró en estado de coma por poco más 30 días.

Adriana sobrevivió al ataque descrito y, actualmente, participa como voluntaria en las campañas sobre salud sexual y derechos humanos realizadas por el Ministerio de Salud, educando a sus ex compañeras de trabajo. Además, es fundadora de la casa trans de Lima Este y lucha por el reconocimiento de los derechos de las personas transgénero en el Perú.

Los hechos narrados ponen sobre la mesa la realidad que viven las personas transgéneros en el Perú, de la cual no son ajenas los demás integrantes^{3 y 4} de la comunidad LGBT+ —lesbiana, gay, bisexual, transgénero y otros— peruana.

La situación descrita nos lleva a consultarnos ¿en dónde nos encontramos actualmente, respecto a los derechos de la comunidad LGBT+ en el Perú? Y, además, ¿qué esperamos que ocurra sobre ello a lo largo del siglo XXI? Estas son las interrogantes que absolveremos a lo largo del presente artículo.

II. LA PRESENCIA DE LA COMUNIDAD LGBT+ ANTES DE LA ÉPOCA REPUBLICANA EN EL PERÚ

Cuando el debate vinculado al reconocimiento de derechos de la comunidad LGBT+ ha estado sobre la mesa en los últimos años, diversas autoridades han señalado que son ideas que van en contra de la naturaleza humana y, además, que no son propias a la sociedad peruana.

En ese sentido, queremos aprovechar esta publicación para realizar las siguientes precisiones:

- En primer lugar, no debemos olvidar que el ser humano u *homo sapiens* es una especie del género de los primates, es decir, que pertenece a la familia de los homínidos. Solo que cuenta con algunas habilidades más desarrolladas, como las sociales.

En dicho sentido, al igual que en otras especies de animales, podemos señalar que la homosexualidad es un hecho innato y cuyas manifestaciones pueden ser encontradas a lo largo de la propia naturaleza. Por ejemplo⁵, podemos refe-

3. Un niño de 12 años se suicidó en Iquitos dado que su padrastro lo humilló, cortándole el pelo, por enterarse que era gay. Asimismo, sus compañeros de escuela lo habían acosado y humillado, empeorando la situación que vivía.

«Un Niño de 12 Años Se Suicida En Perú, Despues de Que Su Padrastro Castigara Por Ser Gay», Ilga-lac, acceso el 18 de septiembre de 2020, <https://www.ilga-lac.org/2015/02/05/un-nino-de-12-anos-se-suicida-en-peru-despues-de-que-su-padrastro-castigara-por-ser-gay/>.

4. Caso Pilar Fachín, quien fue agredida por el hermano de su enamorada. Él la atacó con un machete, logrando romperle el maxilar, rebanarle la oreja y fracturarle el cráneo. Adicionalmente, le dejó cicatrices en las manos, brazos y espalda.

«Pilar Fachín - Crimen Por Lesbofobia», Incidencia Internacional PROMSEX, acceso el 18 de septiembre de 2020, <https://incidenciainternacional.promsex.org/pilar-fachin-crimen-lesbofobia/>.

5. Gabriel J. Martín, *Quiérete mucho, maricón* (Barcelona: Roca Editorial, 2017), 38.

rirnos a los elefantes, el bonobo —chimpancé pigmeo—, los delfines nariz de botella, las jirafas, todos ellos mantienen relaciones sexuales y afectivas de índole homosexual. Es más, existe un caso peculiar y es el de los berrendos o antílopes americanos, raza en la que entre el 66% y 75% de machos nunca se reproduce, dado que estos especímenes tienen sexo entre ellos y si establecen relaciones heterosexuales, lo hacen con las hembras cuya conducta sea primordialmente masculina.

- b) En ese sentido, dado que la homosexualidad es una manifestación de la naturaleza, ha estado presente en la cultura peruana, al igual que en otras partes del mundo, desde tiempos remotos. Es decir, desde antes de la república, comprendiendo a las culturas preincaicas, al incanato y al virreinato.

Así, encontramos que diversos huacos de la cultura Mochica⁶, la misma que se remonta al período comprendido entre el año 300 a.C. hasta el 700 d.C., muestran actos homosexuales, los cuales eran retratados como actos normalizados pues formaba parte de su realidad el que haya parejas de mismo sexo.

Lo que respecta a la época incaica, también existieron manifestaciones homosexuales, tal como se desprende de los Comentarios reales de los Incas de Garcilaso de la Vega⁷. Cabe precisar que en determinados sectores del Tahuantinsuyo —zona central y sur del Imperio— esta

práctica fue prohibida e, incluso, hasta castigada con la muerte. Mientras que, en la zona norte, era una conducta tolerada y, por qué no, hasta considerada como necesaria para dar placer a las tropas de los ejércitos incas⁸.

Sin embargo, esta situación varía completamente con el inicio de la conquista y la instauración del virreinato puesto que, como consecuencia de la influencia católica, toda práctica homosexual fue considerada como inmoral y debía ser reprimida con la intervención de la Santa Inquisición⁹. Ello generó que cualquier práctica de esta naturaleza se convierta en un hecho totalmente clandestino.

En consideración a los puntos expuestos, no cabe duda de que la homosexualidad, comprendiendo tanto a la masculina como a la femenina, es una manifestación de los integrantes de la comunidad LGBT+ y ha estado arraigada en la sociedad peruana desde, por lo menos, hace 20 siglos. En dicho sentido, y sin duda alguna, su presencia se mantendrá a lo largo del siglo XXI, salvo que en esta oportunidad se ha abierto una lucha constante por el reconocimiento de los derechos de esta población, garantizando así su desarrollo personal y el de sus proyectos de vida.

III. LA REPÚBLICA DEL PERÚ Y LA COMUNIDAD LGBT+ ANTES DEL SIGLO XXI

La regulación sobre los derechos de la comu-

-
6. Juan José Candela Alva, «Los Huacos Eróticos En La Cultura Mochica», *RPP en Archive.org*, 5 de marzo de 2010, acceso el 18 de setiembre de 2020, <https://web.archive.org/web/20150627075436/http://radio.rpp.com.pe/pe-ruanoseleterior/los-huacos-eroticos-en-la-cultura-mochica>.
 7. Liesder Mayea Rodríguez, «Un análisis de la representación y falta de representación del sujeto subalterno femenino u 'otro' en los Comentarios Reales Del Inca Garcilaso de La Vega», *Revista Espéculo* 46 (2010), <http://webs.ucm.es/info/especulo/numero46/comreales.html>.
 8. «*Cada templo o adoratorio principal tiene un hombre, dos o más según el ídolo, los cuales andan vestidos como mujeres, desde el tiempo que eran niños; y hablaban como tales, y en su manera, traje y todo lo demás remedaban a las mujeres.*»
 9. Pedro Cieza De León y Carmelo Sáenz De Santamaría, *La Crónica del Perú. Las Guerras Civiles Peruanas*, Tomo I, Capítulo LXIV (Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas: 1984), 90.
 9. Luis Taylor Navas, «Evolución legislativa de los delitos sexuales», *Anuario de Derecho Penal*, 1999-2000, (2000): 2, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1999_15.pdf.

nidad LGBT+ durante el siglo XIX no cambió en lo absoluto, en comparación a la existente durante el virreinato. Es más, el Código Penal de 1863 mantuvo la influencia española en lo que a regulación se refiere, por lo que su objeto fue la represión y sanción a quienes practiquen actos homosexuales.

Así, encontramos que el primer Código Penal peruano, el mismo que fue promulgado en 1863¹⁰, mediante su artículo 272 sancionaba la sodomía, lo que en ese entonces se identificaba como actos contra natura. Lo llamativo, hoy en día, es que la pena impuesta por este ilícito era la misma que se aplicaba para los casos de violación y estupro. Ello significa que, quienes sostenían relaciones sexuales homosexuales era equiparados con los violadores de esa época.

La estructura planteada fue reformulada 60 años después, cuando en 1924¹¹ fue emitido el nuevo Código Penal, en el que primó la influencia suiza y trajo consigo cambios sustanciales, como la despenalización de los actos de sodomía y, de esa manera, desde hace casi 100 años, no existe sanción penal por tener relaciones sexuales con personas del mismo sexo.

Si bien las relaciones homosexuales no estuvieron penadas desde 1924, ello no implicó que existió una disposición normativa por la que tales actos sean respaldados. Se puede entender que ello cambió después de 55 años, cuando en 1979 entró en vigor una nueva constitución, por la que en su artículo 2 numeral 2, se dispuso que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley sin discriminación alguna por razón de sexo. Si bien no es del todo certero, se podría entender que, además, este cuerpo normativo también comprendía a lo que hoy conocemos como la orientación sexual e identidad de género.

Sin perjuicio de ello, esta disposición normativa fue ampliada y precisada en la Constitución Política peruana de 1993, cuando en el artículo 2 numeral 2 establece que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley sin discriminación alguna por “otra índole”, lo que, ahora sí, puede comprender a los conceptos de orientación sexual e identidad de género.

Finalmente, y tomando en cuenta que el ser humano es el centro de la sociedad, así como de la legislación vigente, desde la perspectiva de los derechos humanos, tenemos que el artículo 1 de la Constitución Política de 1993 señala lo siguiente: *“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*. Con relación a este punto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado indicando qué debemos entender por dicha premisa:

“El Estado no sólo actuará respetando la autonomía del individuo y los derechos fundamentales como límites para su intervención (...), sino que deberá proporcionar, a su vez, los cauces mínimos para que el propio individuo pueda lograr el desarrollo de su personalidad y elección de sus planes de vida.”¹²

Tomando en cuenta lo dispuesto por el máximo intérprete de la Constitución Política de 1993, no es suficiente que exista un supuesto normativo por el cual se reconozca un derecho —como que la persona es el fin supremo de la sociedad y que esté libre de todo tipo de discriminación, lo que comprende a cualquier otra índole como la orientación sexual e identidad de género— sino que, además, el Estado debe brindar las herramientas mínimas para que cada individuo pueda desarrollarse conforme a su autodeterminación.

Teniendo ello en claro, sin perjuicio de la nor-

10. *Ibid.*, 11.

11. *Loc. Cit.*

12. Sentencia del Expediente N° 2016-2004-AA/TC, del 5 de octubre de 2004, fundamento 18.

mativa infra constitucional¹³ promulgada hasta antes de que culmine el siglo XX, procederemos a identificar los puntos en los cuales la comunidad LGBT+ carece de herramientas para desarrollar su personalidad y elegir, con la seguridad respectiva, como ejecutar sus planes de vida. Y, de la mano con ello, cuáles son los objetivos que debemos trazarnos como sociedad para el siglo XXI.

IV. LAS MEDIDAS NORMATIVAS ADOPTADAS POR LA REPÚBLICA DEL PERÚ DURANTE EL SIGLO XXI, PARA PROMOVER LA INCLUSIÓN DE LA COMUNIDAD LGBT+

En el 2003 fue emitida la Ley 28044, Ley General de Educación, por la cual se señaló que los fundamentales principios entre los que se sustenta nuestro sistema educativo, encontramos el de equidad, la interculturalidad e inclusión. Así, respecto de este último concepto, encontramos que al sistema educativo se integran todas las personas sin que exista causa de discriminación, lo que comprende, inclusive, a las vinculadas a la orientación sexual e identidad de género.

En complemento al párrafo anterior, mediante la Resolución N° 281-2016-MINEDU se aprobó el currículo escolar 2017, por el cual se incluyó el enfoque de igualdad de género, buscando inculcar un esquema de igualdad de condiciones y posibilidades para los hombres y mujeres, a fin de que ejerzan sus derechos dentro de sus capacidades y oportunidades, promoviendo así su desarrollo personal.

Si bien esa disposición normativa fue cuestionada mediante una demanda de acción popular, planteada por el colectivo "Padres en Acción",

este proceso concluyó con un pronunciamiento a favor del Ministerio de Educación, por el cual la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República concluyó que el Estado tiene el deber de erradicar los valores contrarios a la constitución, educando a los futuros ciudadanos en el respeto irrestricto a los derechos de todas las personas y que los enfoques, como el cuestionado, buscan una sociedad más igualitaria, por lo que no pueden ser sometidos a consulta.

Esto respaldó que la educación es un medio para desarrollar el respeto entre hombres y mujeres, así como de los miembros de la comunidad LGBT+.

Por otro lado, en el 2010 fue promulgada la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, por la que se garantiza —mediante su artículo 1.1.d— el derecho de todo consumidor a recibir un *"trato justo y equitativo en toda transacción comercial y a no ser discriminador por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole"*. Adicionalmente a ello, el artículo 38 de dicha norma establece la prohibición expresa de los actos por los que los consumidores sean víctimas de algún tipo de discriminación.

Finalmente, en enero de 2017, el Poder Ejecutivo emitió el Decreto Legislativo 1323, por el que modificó el Código Penal e incorporó, como categorías del delito de discriminación, a la orientación sexual e identidad de género. Asimismo, las establece como agravantes de la pena, con relación al artículo 46, inciso 2, literal d de dicho cuerpo normativo. Cabe precisar que el Poder Legislativo tuvo la intención de derogar¹⁴ el De-

-
13. Cabe precisar que el 26 de marzo de 1997 fue promulgada la Ley 26772, modificada por la Ley 27270, por la que se dispuso que las ofertas de empleo o requerimientos de personal no pueden contener requisitos que conlleven a un escenario de discriminación o vulneración a la igualdad de oportunidades o un trato diferenciado de las personas, basado en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, condición económica, estado civil, edad o de cualquier índole.
 14. Ante ese escenario es que la Defensoría del Pueblo emitió el Oficio N° 060-2017-DP, del 4 de abril de 2017, dirigido a la Presidencia de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República, por la que hizo hincapié en que la derogación de esta norma implicaría una infracción a las obligaciones convencionales asumidas por el Perú, así como un retroceso frente a la lucha contra la violencia.

creto Legislativo 1323, alegando que el Poder Legislativo había excedido las facultades delegadas, situación que no se concretó.

En primer lugar, debemos advertir que la normativa vigente lo que regula es el derecho a la no discriminación, pero no brinda herramientas legales para el desarrollo de los planes de vida de los integrantes de la comunidad LGBT+.

Habiendo culminado con el análisis de la normativa vigente, antes de proponer los cambios que deben ser aplicados a nuestro ordenamiento, es necesario verificar cuál es la situación social que actualmente atraviesan los miembros de la comunidad LGBT+ en el Perú.

V. LA SITUACIÓN SOCIAL ACTUAL DE LA COMUNIDAD LGBT+ EN EL PERÚ

En junio de 2020 fue publicada la II Encuesta Nacional de Derechos Humanos de la Población LGBT+¹⁵, elaborada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos e Ipsos, documento del que rescatamos las siguientes conclusiones:

- a) Más de 1.7 millones de peruanos adultos se identifican con una orientación sexual no heterosexual.
- b) El 71% de personas consideran que los homosexuales, bisexuales y transexuales son, por lo menos, discriminados.
- c) La comunidad LGBT+ es la más discriminada en comparación a otros grupos minoritarios como las poblaciones indígenas, personas con discapacidad, las personas privadas de su libertad, etc.
- d) El 37% de encuestados no estaría dispuesto a contratar a una persona transexual en caso tuviese una empresa. El porcentaje

sería del 30% si las personas a contratar fuesen homosexuales.

- e) Existen estereotipos discriminatorios hacia la comunidad LGBT+, por lo que el 46% considera que una persona trans —transexual, transgénero y travesti— vive confundida; y, además, un 45% afirma que las personas se vuelven homosexuales por traumas en su infancia o por malas experiencias.

De la información identificada advertimos que, en primer lugar, la comunidad LGBT+ está constituida por una población representativa, la que merece ser protegida al igual que cualquier minoría. Por otro lado, existen claros problemas vinculados a la discriminación de los homosexuales y transgéneros, lo que deberá ser mitigado por medidas protectoras relevantes.

Así, en la siguiente sección identificaremos a profundidad los puntos en los cuales debemos trabajar para obtener una sociedad inclusiva para lo que resta del siglo XXI.

VI. LOS CAMBIOS NECESARIOS EN EL SIGLO XXI PARA SER INCLUSIVOS CON LA COMUNIDAD LGBT+

Como hemos mencionado, el que la Constitución Política de 1993 regule expresamente el derecho a que los integrantes de la comunidad LGBT+ no sean discriminados no es suficiente para que desarrollen sus planes de vida en las mismas condiciones que los peruanos heterosexuales. Ello se debe a que estos últimos sí cuentan con las herramientas legales suficientes para cumplir con sus objetivos de vida como, por ejemplo, el matrimonio.

En ese escenario, enumeraremos y desarrollaremos de manera sucinta los puntos en los cuales el Estado debe poner manos a la obra y, adicionalmente, los que esperamos, como integran-

15. «II Encuesta Nacional de Derechos Humanos», Ipsos, acceso el 18 de septiembre de 2020, <https://www.ipsos.com/es-pe/ii-encuesta-nacional-de-derechos-humanos>.

tes de la comunidad LGBT+, sean regulados en un mediano y largo plazo:

1. Reconocimiento del matrimonio o unión civil entre parejas del mismo sexo.

En el Perú solo está reconocido el matrimonio entre personas de diferente sexo, lo que excluye a las parejas homosexuales. Ello implica una limitación al acceso a los derechos hereditarios, por carecer de la calidad de cónyuges. Sin embargo, los efectos negativos son mayores a los que parecen.

Si una pareja homosexual decide desarrollar una vida en común y generar patrimonio común, cuando uno de ellos fallezca, el otro no podrá heredarlo, dado que se encuentra fuera de los supuestos de orden de prelación en materia sucesoria. Es más, al aplicar estos criterios, el patrimonio pasará a manos de la familia sanguínea del fallecido, dejando sin protección a su compañero.

Ello ocurrió en un conocido caso, en el que Armando y Alejandro habían compartido su vida por 26 años¹⁶. Los bienes adquiridos se encontraban a nombre de Alejandro y, cuando este falleció, sus hijos desalojaron a Armando del inmueble en el que vivía, pero que había sido adquirido con el patrimonio generado durante la convivencia de la pareja. Lamentablemente, no pudo ejercer herramienta legal alguna dado que su unión de hecho no se encontraba reconocida por nuestro ordenamiento.

Es importante mencionar que el reconocimiento del matrimonio o la unión de parejas del mismo sexo no solo se limita a los derechos sucesorios, sino que, además, comprende a la facultad para que uno de los integrantes de la pareja tome decisiones respecto del otro en situaciones de urgencia médica —así como que

pueda visitar a su compañero si se encontrase internado— o para disponer de su cuerpo en caso fallezca.

Adicionalmente, la inexistencia de regulación también implica que, cualquiera de los integrantes en una relación homosexual no pueda ser beneficiado de los derechos prestacionales de salud ni a una pensión por viudez.

Debemos recalcar que, si bien el Poder Legislativo ha debatido la regulación sobre la relación de parejas del mismo sexo, nunca ha llegado a buen puerto. Para ello, usualmente argumentan que los integrantes de la comunidad LGBT+ pretenden la promulgación de normas que favorezcan a una minoría.

Sin embargo, no se toma en cuenta que, conforme lo señalado por el Tribunal Constitucional, el reconocimiento de un derecho constitucional no es suficiente, sino que, además, el Estado debe brindar las herramientas para que dicho derecho sea ejecutado efectivamente.

En el caso de los miembros de la comunidad LGBT+, si bien existe una prohibición a ser discriminados, no existe regulación por la que estas personas puedan ser consideradas como iguales en comparación a las heterosexuales, dado que no cuentan con las mismas herramientas para el desenvolvimiento de sus planes de vida. Por lo que, indirectamente, el Estado es el principal infractor de las disposiciones constitucionales, dado que brinda un trato diferenciado a la comunidad LGBT+, careciendo de una justificación objetiva para hacerlo.

2. Eliminar las limitaciones en el ejercicio del derecho a la identidad de las personas transgénero.

El principal problema que afrontan las perso-

-
16. «Armando Z. - Unión de Hecho», Incidencia Internacional PROMSEX, acceso el 18 de septiembre de 2020, <https://incidenciainternacional.promsex.org/armando-zorrilla-union-hecho/>.
 17. Ximena Salazar, Jana Villayzán, Alfonso Silva Santisteban y Carlos F. Cáceres, *Las personas trans y la epidemia del VIH/Sida en el Perú: aspectos sociales y epidemiológicos*. (Lima: IESSDEH, UPCH, ONUSIDA, AMFAR, 2010), 15.

nas transexuales es que no existe un procedimiento definitivo y eficiente para que su sexo sea reconocido en sus documentos nacionales de identidad. Ello genera restricciones para el ejercicio de sus derechos como el acceso a la educación, al trabajo o a la salud.

Por otro lado, el hecho que exista una discordancia entre el aspecto físico y los documentos de identidad de las personas transgéneros también implica una exposición a situaciones de incomodidad, burlas o situaciones de confrontación en las veces que esta persona deba realizar un trámite o contratar un servicio¹⁷.

Prueba de lo descrito fue lo ocurrido durante el Estado Nacional de Emergencia Sanitaria, cuando el Gobierno determinó que los hombres saldrían a la calle determinados días de la semana mientras que las mujeres lo harían en los restantes. Omitiendo por completo el qué ocurriría con la población transexual. Así, como tomamos conocimiento a través de los medios de comunicación, cuando las personas transgéneros femeninas salieron a la calle en los días que les correspondían a las mujeres, eran retornadas a sus hogares dado que, para la Policía Nacional, según su documento de identidad eran identificadas como hombres¹⁸.

Los hechos descritos ocurrieron a lo largo de todo el Perú, lo cual suscrito que el mismo Presidente de la República brinde un mensaje a la nación, precisando que las reglas sobre restricción

de tránsito serían aplicadas respetando la apariencia física de las personas, dejando de lado lo indicado en los documentos de identidad¹⁹.

Actualmente, en caso una persona transgénero requiera el cambio de sexo en su documento nacional de identidad, deberá iniciar un proceso judicial en el que, increíblemente, deben acreditar que viven y se sienten²⁰ como hombres o mujeres, siendo el Juez quien, a su discrecionalidad, concluirá si corresponde declarar fundada la demanda.

En el congreso actual está pendiente la revisión y debate de la Ley de Identidad de Género, la misma que plantea la aprobación de un procedimiento administrativo por el que se facilitó la variación del sexo en el documento de identidad de las personas transexuales, así como en los demás archivos públicos —partida de nacimiento, etc.—, a fin de facilitar que las personas transgéneros sean respetadas por su apariencia física y permitirle dejar su pasado de lado.

Mientras que ello no ocurra estaremos sometiendo a la población transgénero a situaciones discriminatorias de manera constante y sin justificación alguna.

3. Eliminar las limitaciones al acceso a la salud, al empleo y a la justicia.

Como lo vimos al inicio, en el caso de Adriana, algunos centros médicos no atienden a las per-

-
18. Ariana Lira Delcore, «La Lucha de Las Mujeres Trans En Tiempos de Pandemia», *El Comercio*, 4 de diciembre de 2014, acceso el 18 de septiembre de 2020, <https://especiales.elcomercio.pe/?q=especiales/mujeres-trans-en-tiempos-de-pandemia-ecpm/index.html>.
19. Agencia EFE, «Gobierno Reitera Respeto a Identidad LGBTI En Medio de Medidas Contra El Coronavirus», *Gestión*, 3 de abril de 2020, acceso el 18 de septiembre, 2020, <https://gestion.pe/peru/gobierno-reitera-respeto-a-identidad-lgbti-en-medio-de-medidas-contra-el-coronavirus-noticia/>.
20. La Red Peruana TLGB y PROMSEX identificaron diversos problemas relativos a los procesos de cambio de nombre, entre ellos: *“(i) la exigencia por algunos jueces de solicitar un certificado o examen que acredite la disforia de género (por considerar que lo transexual o transgénero es una patología), (ii) la exigencia de acreditar el inicio de la transformación del cuerpo como un requisito para el cambio de nombre y sexo; (iii) la demora en los procesos judiciales; y, (iv) la solicitud de diversos y variados requisitos para el cambio de nombre y sexo en función al criterio discrecional del juez a cargo del caso.”*

Liurka Otsuka Salinas y Soledad Arriagáda Barrera, *Informe Anual sobre derechos humanos de personas trans, lesbianas, gays y bisexuales en el Perú 2011* (Lima, Red Peruana TLGB y PROMSEX, 2012): 35.

sonas transexuales o a las homosexuales, ello sustentado en fundamentos discriminatorios. Situación que, indirectamente, genera un desincentivo para que estas personas sean atendidas, poniendo en riesgo su vida e integridad.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado que:

"(...) las políticas, prácticas y actitudes discriminatorias de las instituciones y el personal sanitario repercuten negativamente en la calidad de los servicios de salud, disuaden a las personas de recurrir a esos servicios, y pueden llevar a que se deniegue la atención o a que no existan servicios que respondan a las necesidades sanitarias específicas de las personas LGBT e intersexuales".²¹

En este escenario, se deben implementar medidas desde la perspectiva de la atención en salud, a fin de evitar que se generen supuestos de discriminación y, adicionalmente, la creación del procedimiento para registrar las denuncias que formulen los pacientes para trabajar en los puntos de mejora.

Por otro lado, en relación al acceso al trabajo, si bien existe una prohibición expresa ante la discriminación en este ámbito por cuestiones de orientación sexual e identidad de género, es necesario que se implementen herramientas o canales para la formulación de denuncias y, además, los remedios que serán empleados por las autoridades competentes para verificar estas faltas.

No debemos olvidar que, conforme a la II Encuesta Nacional de Derechos Humanos: Población LGBT, el 37% de encuestados no estaría dispuesto a contratar a una persona transexual en caso tuviese una empresa, mientras que el porcentaje sería del 30% si las personas a contratar fuesen homosexuales.

Estos datos nos permiten concluir que existe o podría existir un gran contenido discriminatorio en el ámbito laboral, el mismo que no ha sido identificado en la actualidad, por lo que debemos trabajar como sociedad en medios para identificar esta situación, erradicarla y promover un escenario de igualdad de oportunidades.

Finalmente, en lo que se refiere al acceso a la justicia, cuando nos encontramos ante casos penales en los cuales es necesaria la participación de la Policía Nacional durante la etapa de investigación, suele ocurrir que las autoridades incurren en supuestos que afectan a las víctimas de los delitos. Por ejemplo, los estereotipos que subyacen durante las investigaciones orientadas a identificar los motivos de los delitos cometidos en contra de las víctimas, el temor a las represalias, a la revictimización o el solo miedo a revelar su identidad sexual.²²

En ese sentido, se deben implementar políticas para que las autoridades policiales, así como las fiscales empleen mecanismos para ser inclusivos y respetuosos respecto de las personas transgénero u homosexuales que han sido víctimas de delitos penales. Dado que, la falta de respeto a su padecimiento genera un desincentivo para que busquen la impartición de justicia.

Los tres puntos antes mencionados son los cruciales, en este momento, para generar una situación de equidad de oportunidades para los integrantes de la comunidad LGBT+ y los ciudadanos heterosexuales, que cuentan con un claro trato diferenciado y con herramientas legales para el desarrollo de sus planes de vida.

VII. CONCLUSIONES

a) En primer lugar, los integrantes de la comunidad LGBT+ están cerca a los 2 millo-

-
21. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género (A/HRC/29/23), párrafo 50.
 22. Expedientes N° 867-2014/DP-Lambayeque y N° 7309-2014-Lima Sur.

nes de ciudadanos peruanos, por lo que es una minoría representativa, cuya especial situación merece de una pronta regulación, a fin de erradicar la diferencia existente en comparación con los ciudadanos heterosexuales.

- b) La homosexualidad, como manifestación de la comunidad LGBT+, es un tipo de orientación sexual que ha estado presente en nuestra historia desde hace más de 20 siglos, por lo que el otorgamiento de derechos que permitan su desarrollo no puede esperar más tiempo.
- c) El derecho constitucional a no ser discriminados por cualquier otra índole —orientación sexual e identidad de género— implica, adicionalmente, regular mecanismos para el desarrollo del plan de vida de las personas comprendidas en este universo.
- d) Los principales puntos en los que debemos trabajar como sociedad son: (a) la regula-

ción del matrimonio civil o unión de hecho, así como el otorgamiento de derechos sucesorios para las parejas homosexuales, (b) eliminar las limitaciones al ejercicio del derecho a la identidad de las personas transgéneros, promoviendo la identidad entre su aspecto físico con su documento de identidad; y, (c) garantizar el acceso a la salud pública, disminuir la discriminación en el acceso y sostenimiento del empleo; y, finalmente, establecer mecanismos para garantizar el acceso a la justicia de las personas de la comunidad LGBT+.

- e) Habiendo identificado los puntos por cambiar, es necesario adoptar decisiones, como integrantes de la comunidad LGBT+, eligiendo mantener la situación vigente y vivir llenos de odio. O, promover un cambio a favor de todas las personas que lo necesiten o puedan necesitarlo en algún momento, para lo que debemos estar llenos de amor al momento de impulsar estas reformas.

CDRConsulting / Construction & Dispute Resolution

 CDR / Construction & Dispute Resolution

 [www.cdrconsulting.pe](http://www cdrconsulting pe)

 contacto@cdrconsulting.pe

La doble pandemia: violencia de género y COVID-19



ILLIAN HAWIE LORA

Abogada por la Universidad de Lima.

Magíster en Gestión Pública y Derecho Constitucional.

Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

Fundadora y Miembro Asociado de ADV Editores – Revista **ADVOCATUS**.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Impacto desigual de la pandemia en hombres y mujeres.
 1. Ámbitos de impacto.
 - 1.1. Ámbito laboral.
 - 1.2. Ámbito económico.
 - 1.3. Ámbito del trabajo doméstico no remunerado y labores de cuidado.
 - 1.4. Ámbito de seguridad alimentaria.
 - 1.5. Ámbito de salud.
 2. Violencia de género contra las mujeres e integrantes del grupo familiar.
- III. Medidas adoptadas en el Perú y en el extranjero.
 1. En el extranjero.
 - 1.1. China.
 - 1.2. España.
 - 1.3. Francia.
 - 1.4. Argentina.
 2. En el Perú.
 3. Poder Judicial.
- IV. Propuestas con enfoque de género para afrontar la pandemia.
- V. Conclusiones.



RESUMEN:

A través del presente artículo la autora realiza un análisis respecto a la relación que existe entre la pandemia por la COVID-19 y la violencia de género, siendo, en ambos casos, las más afectadas las mujeres de todas las edades y niveles socioeconómicos. Asimismo, se muestra cómo la situación viene siendo manejada en otros países y se plantean propuestas con enfoque de género para superar la pandemia y generar un cambio positivo respecto a las desiguales relaciones entre varones y mujeres.

Palabras clave: violencia contra la mujer, violencia doméstica, desigualdad, enfoque de género, emergencia sanitaria, pandemia, COVID-19.

ABSTRACT:

Through this article the author carries out an analysis regarding the existing relation between the COVID-19 pandemic and gender-based violence, which, in both cases, woman of all ages and all socioeconomic status are the most affected. Furthermore, the author shows how other countries are dealing with the situation and presents gender perspective proposals in order to overcome the pandemic and generate a positive change regarding the unequal relations between men and women.

Keywords: violence against women, domestic violence, inequality, gender perspective, health emergency, pandemic, COVID-19.

“La violencia contra la mujer —especialmente la ejercida por su pareja y la violencia sexual— constituye un grave problema de salud pública y una violación de los derechos humanos de las mujeres”.

Organización Mundial de la Salud¹

I. INTRODUCCIÓN

Es un problema social de enormes repercusiones, que atraviesa a mujeres de distintas culturas, condiciones sociales, niveles de educación, religión, raza, etnia y edad; producto de la organización estructurada del poder en relaciones históricamente desiguales entre mujeres y varones, que responden a patrones sociales y culturales profundamente arraigados en la sociedad y que encubren una profunda discriminación de género.

En particular, la violencia intrafamiliar y la violencia sexual se han incrementado como consecuencia de la expansión de la COVID-19. Al respecto, el Secretario General de las Naciones Unidas, António Guterres, insta a los Estados a

tomar medidas para hacer frente “a un estremecedor repunte global de la violencia doméstica”.² El Estado peruano y las instituciones que conforman el sistema de justicia han realizado esfuerzos considerables de asignación de recursos y presupuestos para este fin, sin embargo, no evaluaron desde el enfoque de género el impacto diferenciado de la pandemia en las mujeres.

II. IMPACTO DESIGUAL DE LA PANDEMIA EN VARONES Y MUJERES

En esta primera parte quisiera evidenciar cuál ha sido el impacto desigual en hombres y mujeres en los siguientes ámbitos:

1. Ámbitos de impacto.

1.1. Ámbito laboral.

En el Perú, “el 44% de la población económicamente activa son mujeres, es decir, existen poco más de 7 millones 100 mil mujeres con empleo; sin embargo, como hemos señalado, de este grupo, el 75% se encuentra en situación de informalidad”,³

1. Organización Mundial de la Salud, «Violencia contra la mujer», acceso el 6 de noviembre de 2020, <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women>.
2. Organización de las Naciones Unidas, «Ante el aumento de la violencia doméstica por el coronavirus, Guterres llama a la paz en los hogares», acceso el 6 de noviembre de 2020, <https://news.un.org/es/story/2020/04/1472392>.

lo cual explica que en la encuesta nacional urbana de Ipsos realizada en el mes de mayo de 2020, el 54% de las mujeres encuestadas que contaban con empleo antes de la emergencia, lo ha perdido durante la cuarentena en comparación con un 48% de los hombres.

Los sectores más golpeados por la crisis y con fuerza laboral mayormente femenina son el turismo, el *retail* y el comercio, donde el 75% de la mano de obra en restaurantes y hoteles la componen mujeres.⁴

El desempleo casi total también se presenta en el caso de las trabajadoras del hogar cuyo retorno a laborar es incierto, debido a las estrictas medidas sanitarias anunciadas para el desempeño de sus labores; además de estar expuestas a los despidos arbitrarios, la sobrecarga de labores que las colocan en un estado de vulnerabilidad.

Otro grupo de mujeres especialmente vulnerables son las que estaban empleadas en empresas pequeñas o en *services*. Sus empleos están en una situación muy precaria y no cuentan con una protección legal que le permita retener sus empleos. Tampoco han sido consideradas en los programas de reactivación económica.

1.2. Ámbito económico.

En el aspecto económico, las mujeres han sido seriamente impactadas por la crisis sanitaria, pues ésta ha evidenciado la informalidad y la

precariedad de sus ingresos; además de la brecha existente entre los salarios de los hombres y las mujeres. El 72% de la población empleada en el Perú se encuentra en el sector informal. En el caso de las mujeres, es el 75%. Es decir, que durante la cuarentena e inclusive después de ella, no tendrán ingresos provenientes de su trabajo, probablemente estén desempleadas y su reincisión laboral sea mediante el subempleo infravalorado.

Hay un 52.4% de mujeres subempleadas por ingreso, además de un 52.8% de mujeres que tienen trabajos precarios —es decir, que son independientes o trabajadoras familiares no remuneradas—.⁵ A nivel nacional, el 29.2% de mujeres de 14 años a más no reciben ingresos propios.⁶ En el caso de los hombres, oscila entre un 12.4% en todos los ámbitos; en ese sentido, la cantidad de mujeres sin ingresos siempre será mayor.

Llegados a este punto, recordaremos que el 51.4% de la población pobre es mujer; por ello las medidas adoptadas para la entrega del bono de S/ 760.00, de acuerdo con los Decretos de Urgencia 027-2020 y 044-2020 para apoyar a las familias en situación de pobreza y pobreza extrema del área urbana, consideraron la entrega del bono a las mujeres. Sin embargo, hasta el momento no se han establecido lineamientos que garanticen que las receptoras del bono no se conviertan en víctimas de violencia de género para arrebatarles el dinero, tal y como propone la Defensoría del Pueblo.⁷

-
3. Instituto Nacional de Estadística e Informática, «Encuesta Demográfica y de Salud familiar (ENDES)», (Lima: INEI, 2018) 88.
 4. SAE Apoyo y Consultoría, «Covid y la desigualdad de género: ¿Qué pueden hacer las empresas?», acceso el 1 de julio de 2020, <https://www.sae-apoyoconsultoria.com/perspectiva/desigualdad-de-genero-may-2020/>.
 5. Instituto Nacional de Estadística e Informática, «Evolución de los indicadores de empleo e ingreso en los departamentos 2007-2018», (Lima: INEI, agosto 2019) 56 y 128.
 6. Instituto Nacional de Estadística e Informática, «Brechas de género 2019: Avances de la igualdad entre hombres y mujeres», (Lima: INEI, 2019), 34.
 7. Defensoría del Pueblo, «Importancia de la aplicación del enfoque de género en las medidas tomadas por el gobierno durante el contexto de la COVID-19», acceso el 1 de julio de 2019, <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/06/Serie-Informes-Especiales-N%C2%BO-016-2020-DP-importancia-de-la-aplicacion-del-enfoque-de-genero-en-las-medidas-tomadas-por-el-gobierno-durante-el-contexto-de-la-covid-19.pdf>.

Finalmente, fomentar la corresponsabilidad del cuidado entre hombres y mujeres y generar fuentes de empleo de calidad son los principales retos para asegurar un futuro económico sobre bases más sólidas e igualitarias para las mujeres.

1.3. Ámbito del trabajo doméstico no remunerado y labores de cuidado.

Con relación a la carga de trabajo doméstico y de cuidados no remunerados, la Defensoría del Pueblo ha señalado que las mujeres destinaban 39 horas y 30 minutos a la semana a las labores domésticas, mientras que los hombres 15 horas y 50 minutos.⁸ En consecuencia, la brecha en el uso del tiempo entre hombres y mujeres dedicados al trabajo doméstico y al trabajo remunerado es de 9 horas y 15 minutos más de trabajo doméstico que realizan las mujeres versus el trabajo que realizan los hombres.⁹

A efectos de precisar qué debemos entender por tareas domésticas, éstas incluyen limpieza, lavado de ropa, compra de la comida y el cuidado de los hijos e hijas, así como el apoyo en las clases escolares en línea, el cuidado de adultos mayores o personas con discapacidad, y la carga mental de responsabilidad que ello conlleva.

Los varones mayormente solo colaboran en la compra de alimentos, sin considerar la cantidad de horas/mujer que se invierten al día y que se suman a la jornada del trabajo remoto o teletrabajo. Nuevamente, reitero que se percibe al trabajo doméstico y a la mujer como un binomio indivisible y necesario en la tradicional división sexual del trabajo, y es en ese aspecto en que se produce una desigualdad evidente frente al manejo del tiempo. Si hay algo que la crisis sanitaria y el confinamiento ha demostrado, es

la fragilidad de la empleabilidad de las mujeres que, sumada a la carga de tareas domésticas, dificulta que ellas encuentren tiempo para reinserirse laboralmente o, inclusive, que puedan descansar de la larga jornada diaria.

1.4. Ámbito de la seguridad alimentaria.

El informe de políticas sobre repercusiones de la COVID-19 en la seguridad alimentaria y la nutrición de las Naciones Unidas menciona el siguiente dato: *"en el mundo hay alimentos más que suficientes para alimentar a los 7800 millones de habitantes que conformamos la población mundial. Sin embargo, a fecha de hoy, más de 820 millones de personas pasan hambre"*.

La seguridad alimentaria existe cuando todas las personas tienen acceso en todo momento —ya sea físico, social o económico— a alimentos suficientes, seguros y nutritivos para cubrir sus necesidades nutricionales y las preferencias culturales para una vida sana y activa. Durante la cuarentena, las personas han entrado en pánico y han corrido riesgos para alimentar a sus familias que han puesto en tela de juicio la capacidad del sistema de salud y el de seguridad para controlar el desborde en las calles y mercados.

Una vez más, quienes mayor riesgo han corrido han sido las mujeres. A ellas les ha impactado de forma desigual y específica la cuarentena y las restricciones a la movilidad. Prueba de ello fue la implementación del "pico de género"¹⁰ entre el 3 y el 10 de abril de 2020, cuando se planteó que mujeres y hombres salieran alternadamente a comprar alimentos. Esta medida generó la aglomeración de las mujeres el día que les correspondía, a diferencia del día que les correspondía a los hombres, evidenciando que ellas tienen a cargo dicha responsabilidad

-
8. Defensoría del Pueblo, «El impacto económico del trabajo doméstico no remunerado y de cuidados en el desarrollo de las mujeres», (Lima: Defensoría del Pueblo), 42.
 9. Instituto Nacional de Estadística e Informática, «Brechas de género 2019: Avances de la igualdad entre hombres y mujeres», (Lima: Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2019), 37.
 10. Decreto Supremo N° 057-2020-PCM.

de forma casi exclusiva. Ellas sin duda se expusieron a un mayor contagio; adicionando a ello el caso de los hogares monoparentales en los cuales no tienen con quien compartir o delegar la tarea de la provisión diaria de alimentos.¹¹

También debemos considerar que no solo salieron a comprar, sino a vender; atendiendo los puestos de los mercados y bodegas. No salieron por irresponsables —como algunos afirman— sino motivadas por la carencia de recursos y alternativas. *“Si solo uno de cada cinco hogares en situación de pobreza tiene una refrigeradora, los otros cuatro tienen que salir muy frecuentemente a hacer sus compras de verduras, carnes, arroz; lo que necesiten para hacer sus alimentos”*. La restricción sirvió para mirarnos en un espejo, cuya imagen puede no ser agradable, pero no por ello deja de ser cierta: no hay democracia ni equidad en la cocina, éste es un rol que sigue estando asignado a las mujeres de manera casi exclusiva.¹²

1.5. Ámbito de la salud.

Según las proyecciones de las Naciones Unidas, en el mundo, en el primer nivel de atención, 7 de cada 10 trabajadores del sector salud son mujeres¹³; eso coincide con la feminización de las labores de cuidado de la salud en el Perú, que obedecen al rol de cuidado tradicionalmente asignado a las mujeres.

Ellas se encuentran en la primera fila de la ba-

talla contra la COVID-19, están presentes todos los días desde que se inició la alerta del virus, velando por la salud de la población, como enfermeras, trabajadoras sanitarias, voluntarias comunitarias, trabajadoras sociales o cuidadoras. Ellas asumen una mayor exposición al riesgo de infección y contagio a sus familiares; y si éstos enferman, tienen que dejar sus empleos para cuidarlos en casa, asumiendo una carga de cuidados que deviene en un mayor desgaste físico y emocional que debilita su sistema inmunológico y la hace más propensa al contagio.

Otro aspecto relevante de su salud, al cual no están teniendo acceso las mujeres en cuarentena, es a la salud materno perinatal y a la planificación familiar, situación que pone en riesgo de vulneración sus derechos sexuales y reproductivos. De hecho, estudios comprueban que en tiempos de pandemia hay incremento en la tasa de embarazos no deseados.

2. Violencia de género contra las mujeres e integrantes del grupo familiar.

La amenaza de la violencia de género hacia las mujeres está presente en todo su ciclo de vida, desde la infancia. Sin embargo, la crisis de la COVID-19 ha exacerbado esta situación al punto que, durante la cuarentena, se han cometido 21 feminicidios y 14 tentativas de feminicidio¹⁴, se han recibido 39,226 llamadas a la Línea 100 por violencia familiar¹⁵, de las cuales el 77%

11. Instituto Nacional de Estadística e Informática, «Perú: Perfil Sociodemográfico, 2017», acceso el 6 de noviembre de 2020, https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1539/cap06.pdf.
12. Diario El Comercio, «Solo un 22 de hogares pobres en el Perú tiene una refrigeradora en casa», acceso el 6 de noviembre de 2020, <https://elcomercio.pe/economia/peru/pobreza-solo-un-22-de-hogares-pobres-en-el-peru-tiene-una-refrigeradora-en-casa-inei-pobreza-en-el-peru-2019-noticia/>.
13. United Nations Population Fund, «Covid 19: Un Enfoque de Género», acceso el 6 de noviembre de 2020, https://www.unfpa.org/sites/default/files/resource-pdf/COVID-19_A_Gender_Lens_Guidance_Note.docx_en-US_es-MX.pdf.
14. Defensoría del Pueblo, «¿Qué pasó con ellas durante la cuarentena: mayo», acceso el 6 de noviembre de 2020. <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/06/Qu%C3%A9-pas%C3%B3-con-ellas-durante-la-cuarentena-mayo.pdf>.
15. Vicente Zepallos, «Discurso del Presidente del Consejo de Ministros 28 de mayo de 2020», <https://www.tvperu.gob.pe/>.

eran llamadas de una mujer, el 63% de una persona adulta mayor y el 20% era un niño, niña o adolescente.

Adicionalmente, la Defensoría del Pueblo advierte que, del 16 de marzo al 31 de mayo del 2020, ya son 202 casos de mujeres adultas y 355 de menores de edad reportadas como desaparecidas. Es decir, durante la cuarentena, 557 mujeres fueron reportadas como víctimas de esta forma de violencia. Preocupa saber que, sobre ellas, no se tiene información sistematizada que permita identificar si se las encontró o no, o cuál fue finalmente su paradero.

Una primera aproximación a la problemática es que, como consecuencia de las tensiones derivadas del aislamiento social y el confinamiento, las mujeres están conviviendo en desventaja con una pareja abusiva y, como consecuencia de la fractura en la cadena de provisión de servicios de protección policial y apoyo social, no encuentran amparo en las autoridades debido a la prioridad concedida a la atención de la crisis sanitaria.

Sin embargo, en un análisis más exhaustivo diremos que la violencia de género siempre ha estado presente como un fiel indicador, casi inamovible en la historia, de desigualdad, de asimetría de poder al interior de las parejas, del sometimiento de la voluntad de las mujeres, de la presencia persistente del patriarcado y del machismo, enquistado en la sociedad peruana, y de la subvaloración de la mujer como titular de derechos fundamentales. Por eso, en casos de violencia extrema, llámeselo feminicidio, el victimario no muestra empatía hacia el sufrimiento de la víctima, porque no la considera su igual: ella ante sus ojos está infravalorada, lo que le permite escalar en la ferocidad y残酷 de los crímenes, sin sentir culpa alguna.

Según cifras de la Organización de las Naciones Unidas, *“en el mundo, en promedio una de cada tres mujeres ha padecido violencia física o sexual en una relación íntima a lo largo de su vida y una de las principales estrategias de control de los perpetradores de violencia doméstica es la de aislar a la víctima”*.¹⁶

El confinamiento propio de la cuarentena es la segunda razón que explicaría el escalamiento de la violencia hacia las mujeres e integrantes del grupo familiar. El aislamiento de las personas acortó las fases del ciclo de la violencia familiar¹⁷, las parejas saltan de la fase de tensión a la fase de explosión violenta, ya no es necesaria la fase de reconciliación o luna de miel. El maltratador no tiene que hacer las paces con la víctima, ya ella no puede huir o rechazarlo, porque está “presa” en la cuarentena. Este aislamiento le suma oportunidad al maltratador y le resta opciones a la víctima para acceder a la tutela jurisdiccional.

Otra consecuencia de la doble pandemia es la oportunidad perdida para las mujeres que iniciaron sus procesos para solicitar alimentos, divorcio o la tenencia de sus hijos o hijas; al igual que las que pensaban denunciar, pues han paralizado sus acciones o se ven impedidas de continuarlas. Han decidido priorizar el bienestar de su familia al propio, o son dependientes económica o emocionalmente.

Igualmente, han desistido aquellas que recibían apoyo psicológico o terapéutico. Deben estar desarrollando cuadros de desvalorización o depresión, sintiéndose impotentes o desorientadas, sin información para llegar al auxilio que requieren. Finalmente, tenemos la situación que se presentó en Arequipa de 24 mujeres con hijos e hijas que han sido expulsados del hogar

-
16. CNN En Español, «La violencia contra las mujeres en América Latina: el desolador panorama», acceso el 6 de noviembre de 2020, <https://cnnespanol.cnn.com/2016/11/25/la-violencia-contra-las-mujeres-en-america-latina-el-desolador-panorama/>.
 17. Red Vecinal contra la violencia de género e intrafamiliar, «Ciclo de la Violencia familiar: Fase de luna de miel, Fase de tensión y Fase de explosión violenta», acceso el 6 de noviembre de 2020, <http://www.redvecinal.org/violencia-de-genero/ciclo-de-violencia/>.

por los varones en vísperas del toque de queda a la medianoche o el domingo en que la inamovilidad es total. Ellas y sus familias han sido albergadas por el Programa Nacional para la Prevención y Erradicación de la Violencia Contra las Mujeres —“Programa Aurora”, del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables-MIMP— como medida de protección inmediata.¹⁸

En relación con lo expuesto, y a los diferentes ámbitos analizados, reafirmo que en tiempos de COVID-19 las mujeres estamos siendo impactadas de forma diferente a los hombres por la misma pandemia. En consecuencia, las medidas que se deben adoptar tienen que contar con un enfoque de género que tome en cuenta las diferentes necesidades y circunstancias que atravesamos, en salvaguarda de la vida, la integridad y la salud de las mujeres en todo su ciclo de vida.

III. MEDIDAS ADOPTADAS EN EL PERÚ Y EN EL EXTRANJERO

En esta segunda parte, analizaré las prácticas implementadas por otros países para combatir la doble pandemia de violencia de género y COVID-19.

1. En el extranjero.

1.1. China.

En China, antes de la pandemia, de acuerdo con las cifras proporcionadas por la Federación de Mujeres de China, 1 de cada 4 mujeres casadas en ese país —90 millones de mujeres— había sufrido violencia familiar. Ellas cuentan con una Ley de Violencia Doméstica que contempla las

modalidades de violencia física y psicológica contra cónyuges, ancianos e hijos; y prevé que un tribunal pueda dictar órdenes de alejamiento en un máximo de 72 horas una vez recibida una denuncia.

También durante la cuarentena se implementaron acciones innovadoras desde la sociedad civil y diversos colectivos y organizaciones para promover cursos *online* para mujeres atrapadas en sus hogares y contactarlas a través de Wechat —el equivalente a un WhatsApp chino— para orientarlas. Sin embargo, la red de protección de la policía, que debía sostener las denuncias, se ha visto debilitada por la contingencia sanitaria y las redes de soporte psicológico duplicaron sus cifras desde el inicio de la cuarentena. De acuerdo a Wan Fei, policía en retiro y fundadora de una asociación contra la violencia doméstica en Jingzhou, una ciudad en la provincia central de Hubei, cerrada desde finales de enero por el brote de coronavirus, “*el 90% de las causas de la violencia doméstica están relacionadas con la epidemia*”¹⁹.

1.2. España.

En España, abanderada en tema de igualdad de derechos para las mujeres, se han reforzado todos los dispositivos de asistencia, reconociendo la vulnerabilidad a la que se encuentran expuestas las mujeres al estar confinadas en el hogar, y se ha lanzado la campaña “Mascarilla 19”. La campaña “*mediante una iniciativa conjunta entre el Ministerio de Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación - MMGyD, y la Confederación Farmacéutica Argentina - COFA, busca poner especial atención en el contexto de la emergencia por la pandemia de coronavirus - COVID-19*”²⁰. La campaña con-

-
18. Diario La República, «Arequipa: Padres violentos echaron a la calle a sus parejas e hijos durante cuarentena», acceso el 13 de junio de 2020, <https://larepublica.pe/sociedad/2020/06/13/arequipa-padres-violentos-echaron-a-la-calle-a-sus-parejas-e-hijos-durante-cuarentena-lrsd/>.
19. El Mundo, «El 8 de marzo en China: la violencia machista aumenta durante la epidemia de coronavirus», acceso el 7 de noviembre de 2020, <https://www.elmundo.es/papel/historias/2020/03/08/5e64bd95fc6c8345668b4662.html>.
20. Infobae, «“Violencia de género: “barbijo rojo”, el código para pedir ayuda en las farmacias durante el aislamiento», acceso el 7 de noviembre de 2020, <https://www.infobae.com/coronavirus/2020/03/30/violencia-de-genero-habra-un-codigo-para-poder-pedir-ayuda-en-las-farmacias-durante-el-aislamiento/>.

siste en que las mujeres, al momento de acercarse a la farmacia a comprar, pueden solicitar una "Mascarilla 19", y con ello, la persona que las atiende puede reconocer que están solicitando ayuda por violencia de género y tomar las medidas del caso para brindarle la atención.

1.3. Francia.

En Francia, según cifras oficiales, los casos de violencia doméstica aumentaron más de un 30% en los primeros días de encierro y hasta un 36% en la capital, París. Las farmacias se han convertido en una alternativa de alcanzar a las víctimas con el código "Mascarilla 19" igual que en España, para pedir socorro a los farmacéuticos, además de servicios de mensaje de texto para pedir ayuda.

1.4. Argentina.

En Argentina, la campaña de "Barbijo Rojo" se ha implementado con la misma modalidad, de forma conjunta con las farmacias, ya que estas han sido declaradas servicio esencial y por tanto permanecen atendiendo durante la emergencia sanitaria. También han protestado en las calles con frases como: "*El tapabocas no nos calla, vivas nos queremos*". La frase es de una pancarta que sostiene una joven argentina durante una protesta contra la violencia de género en tiempos de pandemia y aislamiento, resumiendo la realidad de miles de mujeres

latinoamericanas: el encierro, con su silencio y la ausencia de recursos, que se transforma en un espacio sin límites para que la violencia sobre sus cuerpos se multiplique.²¹ ONU Mujeres —entidad de la Organización de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de la Mujer—, a través de la iniciativa "Spotlight" —apoyada por la Unión Europea y la ONU— ayuda a las autoridades locales y nacionales para asegurar un servicio continuo a las víctimas de violencia doméstica.²²

2. En el Perú.

En nuestro país, ciudadanos comunes, policías, políticos, artistas, comunicadores y activistas participan en la campaña del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo-PNUD, para visibilizar la lucha contra la violencia machista con mascarillas color violeta.²³

La campaña "#MascarillaVioleta" se ha lanzado desde el PNUD como parte de la iniciativa "No estás sola," que se realiza en conjunto con el MIMP y la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo. De acuerdo con las cifras proporcionadas por el PNUD, 1 de cada 3 mujeres ha sido víctima de violencia de género a lo largo de su vida²⁴; asimismo, en 12 países de Latinoamérica el 47% de mujeres ha sufrido al menos un ataque sexual en su vida²⁵, y en el Perú, 6 de cada 10 mujeres han sufrido

-
21. Mujeres Creando, colectivo de mujeres, acceso el 7 de noviembre de 2020, <http://mujerescreando.org/>.
 22. Organización de las Naciones Unidas, «Igualdad de género en tiempos del COVID-19», acceso el 6 de noviembre de 2020, <https://www.un.org/es/coronavirus/articles/igualdad-genero-covid-19>.
 23. Programa de las Naciones Unidad para el Desarrollo, «Mascarillas violentas», acceso el 7 de noviembre de 2020, <https://www.pe.undp.org/content/peru/es/home/presscenter/articles/2020/mascarillas-violeta.html>.
 24. Organización Mundial de la Salud, «OMS: 1 de cada 3 mujeres en el mundo sufrió violencia física y sexual por parte de su pareja», acceso el 7 de noviembre de 2020, <https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/31085-oms-1-de-cada-3-mujeres-en-el-mundo-sufrio-violencia-fisica-y-sexual-por-parte-de-su-pareja>.
 25. Pan American Health Organization, «Violencia contra las mujeres», acceso el 6 de noviembre de 2020, https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_docman&view=download&category_slug=violencia-5197&alias=24353-violencia-contra-mujeres-america-latina-caribe-analisis-comparativo-datos-poblacionales-12-paises-353&Itemid=270&lang=en.

algún tipo de violencia por parte de su pareja alguna vez en su vida.²⁶

Los servicios de ayuda y protección del MIMP han tenido que cambiar drásticamente sus estrategias y, en lugar de esperar a que las mujeres acudan al servicio de alguno de los 396 Centros de Emergencia Mujer —inoperativos por la cuarentena—, reemplazaron este servicio por 200 equipos itinerantes para acudir a los hogares de las víctimas, conscientes de que el 60% de los feminicidios se producen en el hogar²⁷, de acuerdo con el Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público.

Asimismo, se reforzó el servicio de la Línea 100, que antes de la emergencia sanitaria recibía más de 12,000 llamadas al mes, y ha tenido un incremento de un 43,2% durante la cuarentena.

En total han sido más de 2,600 los casos de violencia doméstica, familiar o de género atendidos por el Programa Aurora entre el 16 de marzo y el 5 de mayo a través de sus distintos servicios para la ayuda y prevención.

En el caso particular de las violaciones, estas son perpetradas por una persona del entorno familiar. Como personas agresoras se señalan en primer lugar a los tíos, primos, padre, o padrastro; es decir que el hogar llamado a brindarle seguridad y protección se convierte en un espacio de sufrimiento y tortura, que trae como consecuencia que, en la primaria, 1 de cada 10 niños y niñas refiera algún tipo de abuso sexual²⁸, causando estragos en su proyecto de vida personal y grandes costos en salud y rehabilitación al país.

3. Poder Judicial.

En abril del presente año se emitió el Decreto Legislativo 1470, estableciendo la obligatoriedad de priorizar las medidas temporales y excepcionales para proteger a las mujeres y los integrantes del grupo familiar, víctimas de violencia durante la emergencia sanitaria por la COVID-19.

Esta norma autoriza al Juzgado de Familia, u otro con competencia material en la emergencia sanitaria, a dictar en el acto las medidas de protección y/o cautelares idóneas, sin audiencia, con la información disponible, prescindiendo de la ficha de valoración de riesgo, informe psicológico u otro documento que por la inmediatez no sea posible obtener en el plazo de 24 horas, lo cual verdaderamente responde a las necesidades de las víctimas y sus familias.

Una prueba más de que finalmente se está colocando al ciudadano como el centro de atención y titular de derechos fundamentales, dejando de lado el formalismo excesivo, puede ser apreciada en el esfuerzo realizado por la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resoluciones Administrativas N° 140-2020-CE-PJ y N° 000181-2020-P-CSJLI-PJ, que disponen habilitar diversos juzgados de familia para tramitar procesos relacionados a medidas de protección y/o cautelares, regulados por la Ley 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia hacia la mujer y los integrantes del grupo familiar. Asimismo, vemos la inclusión de la tecnología al haberse implementado la opción de la denuncia por correo electrónico a: juzgfamilialima@pj.gob.pe, el trabajo remoto

-
26. Radio Programas del Perú, «Seis de cada diez mujeres peruanas han sido agredidas por su pareja o acompañante», acceso el 6 de noviembre de 2020, <https://rpp.pe/economia/economia/endes-2017-seis-de-cada-diez-mujeres-ha-sido-victima-de-violencia-de-su-pareja-o-acompañante-noticia-1126603>.
27. France 24, «Repunte de feminicidios durante la pandemia y el aislamiento a causa del Covid-19», acceso el 6 de noviembre de 2020, <https://www.france24.com/es/20200509-repunte-feminicidios-durante-pandemia-aislamiento-covid19>.
28. Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, «Abuso Sexual», acceso el 7 de noviembre de 2020, https://www.mimp.gob.pe/files/programas_nacionales/pncvfs/libro_abusosexual.pdf.

de los magistrados y auxiliares, la creación de turnos de 24 horas de los juzgados de familia para atender las denuncias que ingresan los fines de semana y días no laborables, la programación de audiencias vía el aplicativo Google Hangout Meets, las notificaciones por correo electrónico o WhatsApp, CamScanner o similar; y la innovadora medida de la denuncia vía WhatsApp, a través de la cual se pueden enviar documentos, audios, e imágenes, lo que brinda una posibilidad real a las mujeres, al salvaguardar la integridad física de las denunciantes. Con relación a procesos conexos de familia, se permitirá a la magistrada a llevar a cabo audiencias vía plataformas de Zoom u otras análogas que, esperamos, se determinen en el breve plazo.

De lo expuesto, podemos concluir que la mayoría de los países ha implementado canales digitales de atención, ya sea a través de líneas telefónicas o aplicativos informáticos, con mayor o menor éxito que podremos ir monitoreando. Sin embargo, la sobredemanda de los servicios sanitarios, legales, sociales, psicológicos para atender la violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar se han desbordado, no dando tregua y, visto que los recursos gubernamentales están dirigidos a la pandemia, es poco probable que sean redirigidos de forma inmediata para atender a las mujeres. En el mismo sentido, el personal policial está dedicado al orden y al cumplimiento de las medidas sanitarias, sin posibilidades reales de acudir al llamado de auxilio de una persona por violencia de género o intrafamiliar.

IV. PROPUESTAS CON ENFOQUE DE GÉNERO PARA AFRONTAR LA PANDEMIA

Propondré algunas medidas con enfoque de género para lograr una mayor eficacia y eficiencia en la recuperación de la crisis sanitaria.

a) Incluir a las mujeres en los procesos de toma de decisiones para salir de la emergencia sanitaria. Ellas representan la mitad de la población peruana, y son la primera línea de batalla contra el coronavirus, tienen derecho a tomar la mitad de las decisiones sobre esta pandemia y el futuro de sus familias.

- b) Promover estrategias específicas de recuperación económica de las mujeres considerando programas asistenciales de transferencias monetarias, visto que la excesiva carga de trabajo doméstico y de cuidado no remunerado y la precariedad laboral y la subvaloración de su trabajo, les coloca barreras de acceso al empleo formal y a la reinserción laboral.
- c) Garantizar que los operadores del sistema de justicia continúen brindando servicios por canales alternativos al presencial, adopten medidas de protección y cautelares inmediatas en caso de violencia hacia las mujeres e integrantes del grupo familiar en el contexto de COVID-19, especialmente para casos de violencia familiar, violencia sexual, el feminicidio y su tentativa, priorizando la medida de retiro del agresor del hogar, evaluando el grado de vulnerabilidad de los integrantes del grupo familiar.
- d) Impulsar la corresponsabilidad parental y el compartir las labores domésticas y de cuidado en el hogar con enfoque de género, democratizando las relaciones al interior del hogar.
- e) Incrementar la cobertura de los servicios de ayuda en línea, así como las campañas públicas que buscan orientar a las víctimas con la colaboración de las farmacias y mercados.
- f) Generar campañas sostenidas sobre el desarrollo de una masculinidad que comparte espacios y roles colaborativos, dirigida a niños y varones desde los espacios educativos.

V. CONCLUSIONES

La COVID-19 ciertamente es un enorme desafío para el sistema de salud del Perú, y nos encuentra *ad portas* del bicentenario con una identidad nacional aún en debate, en la cual tenemos una fuerte presencia del machismo y del racismo en la sociedad. Sin embargo, hay temas que nos convocan a todos y uno de ellos es la

preservación de la vida humana. El valor que le concedemos a la vida de las personas puede ser el camino que nos conduzca a un mayor grado de conciencia, siendo más solidarios y equitativos entre nosotros, instalar esa práctica nos hará más resilientes y nos preparará para futuras crisis, ya sea por el cambio climático, el desempleo masivo, o la transformación económica que cierre las brechas de la desigualdad social. Nosotros, al igual que otros países, hemos buscado mitigar el impacto económico del virus mediante subvenciones fiscales y medidas de emergencia; sin embargo, el colapso del sistema de salud aún es un reto pendiente que debemos superar.

En ese sentido, es indispensable que las medidas que se adopten como respuesta nacional a la COVID-19 tomen en cuenta el impacto diferenciado sobre las mujeres y las niñas para que sus efectos sean realmente en favor de su inclusión, con respeto a sus derechos fundamentales, su posición laboral y económica.

Si estamos ante un escenario nuevo que se está construyendo durante la COVID-19 y que apunta a una reconstrucción post pandemia, y las mujeres son las más afectadas por esta situación, es lógico que sean escuchadas y consultadas, considerando que somos el pilar de la reactivación económica en pequeña y gran escala, sobre todo en las comunidades y en el ámbito rural. Si las políticas públicas toman en cuenta las necesidades especiales de las mujeres y las niñas, tendrán asegurado el efecto que buscan.

Algunas estrategias y buenas prácticas nos pueden conducir a una distinta valoración de los esfuerzos realizados hasta el momento y quizás reconducirlos por nuevos senderos que aseguren una mayor eficacia y eficiencia en el uso de los recursos públicos.

Hago votos porque la última palabra de cómo peruanas y peruanos superamos esta doble pandemia de violencia de género y COVID-19, sea juntos.



pwc

Democratización del Arbitraje en el Perú

JENNY DÍAZ HONORES

Abogada por la Universidad San Martín de Porres.
Estudios de maestría en Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional
Federico Villarreal.

Maestría en Derecho Civil por la Universidad Alas Peruanas.
Egresada del programa de Arbitraje Comercial Internacional en American
University Washington College of Law.

SUMARIO:

- I. Introducción.**
- II. Antecedentes y evolución del Arbitraje.**
- III. Democracia y Arbitraje.**
- IV. Arbitraje popular.**
- V. Arbitraje en Consumo.**
- VI. Arbitraje en Salud.**
- VII. Conclusiones.**



RESUMEN:

El presente artículo tiene como finalidad destacar el desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en nuestro país a consecuencia de la crisis de los tribunales judiciales y del alto costo económico y emocional del arbitraje. De esta manera, se explican cuáles son los instrumentos que ha implementado el Estado en favor de los sectores sociales más vulnerables para garantizar que toda la población tenga acceso a la justicia arbitral.

Palabras clave: mecanismos alternativos, arbitraje, acceso a la justicia, democracia, laudo arbitral, equidad.

ABSTRACT:

The purpose of this article is to highlight the development of alternative dispute resolution mechanisms in our country as a result of the crisis in the judicial courts and the high economic and emotional cost of arbitration. In this way, it explains the instruments that the State has implemented in favor of the most vulnerable social sectors to guarantee that the entire population has access to arbitration justice.

Keywords: alternative mechanisms, arbitration, access to justice, democracy, arbitration award, equity.

I. INTRODUCCIÓN

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos, también conocidos como MASC, como la conciliación extrajudicial o el arbitraje, son procedimientos basados en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes cuyo objetivo principal es la solución de los conflictos y tienen como características comunes la flexibilidad, autodeterminación, economía, rapidez y confidencialidad en comparación con los procesos judiciales. Los MASC, debido a las ventajas que ofrecen a los ciudadanos, han tomado una posición importante en los sistemas de justicia por su contribución a promover formas pacíficas de solución de conflictos interpersonales.

La institucionalización de los MASC surge como consecuencia de la crisis de los tribunales judiciales, el descontento ciudadano con las decisiones de los jueces, la lentitud procesal, burocratización de la justicia y los altos riesgos de corrupción en la administración de la justicia.

La finalidad de los MASC, como la conciliación y el arbitraje, es que los conflictos de las personas sean resueltos con un menor costo económico, tiempo, desgaste emocional y con un mejor resultado para las partes; así como apoyar a la justicia ordinaria y fomentar la participación directa de las partes en la resolución de sus problemas. Así por ejemplo, la conciliación

extrajudicial —como MASC— puede contribuir en evitar la congestión desmesurada de los despachos judiciales si es que a través de estos mecanismos se resuelven los conflictos de mínima complejidad; de otro lado, el arbitraje se convierte en una alternativa a conflictos tanto complejos como simples o que requieren de una resolución rápida al problema.

El arbitraje en el Perú es un mecanismo extrajudicial de solución de conflictos elegido o impuesto por la Ley a las partes, con la finalidad que un tercero neutral, independiente e imparcial, designado de forma directa o indirecta por las partes, resuelva una controversia de forma definitiva y vinculante. La resolución final —laudo— que emite un tribunal arbitral, sea árbitro único o colegiado tiene según el Decreto Legislativo 1071 mérito de cosa juzgada; es decir, tiene el mismo valor legal que una sentencia judicial firme, con la diferencia que en el proceso judicial la sentencia judicial puede ser apelable para que lo resuelto por el juez sea revisado por una instancia superior; en cambio, en el arbitraje, el laudo es por Ley inapelable y, por tanto, es de obligatorio cumplimiento y ejecutable una vez emitido.

Si bien los antecedentes del arbitraje en el Perú se remontan desde la etapa colonial con la llegada de la legislación española, es a partir de la década de los 1990 que el arbitraje en el Perú toma un impulso legislativo real para su utiliza-

ción y empleo como mecanismo extrajudicial de solución de conflictos alternativos al proceso judicial, pues, con anterioridad a este periodo, la elección y utilización del arbitraje era prácticamente inexistente para la comunidad jurídica y aún más para la sociedad peruana.

El objetivo del arbitraje es resolver controversias que versen sobre derechos disponibles de las partes o para aquellas pretensiones que nuestra legislación autorice expresamente. Lo interesante desde el punto de vista jurídico es como ya señalamos antes, si un tribunal arbitral resuelve una controversia, la decisión adoptada es inapelable y adquiere la calidad de cosa juzgada, es decir, es de obligatorio cumplimiento para las partes que sometieron la resolución de su conflicto a la decisión del árbitro.

Han transcurrido más de 27 años desde la dación de la primera ley de arbitraje en el Perú, que fue aprobada por el Decreto Ley 25935¹ y que marca un hito, un antes y después, entre el régimen de arbitraje anterior regulado hasta ese momento en el Código de Enjuiciamiento Civil de 1912, el Código Civil de 1984 y en el Código Procesal Civil de 1993, con el régimen arbitral actual regulado en el Decreto Legislativo 1071, que representa una legislación moderna sobre el arbitraje al recoger muchas de las disposiciones del modelo UNCITRAL² —United Nations Commission On International Trade Law—, brindándole autonomía procesal frente a la normatividad sobre el proceso civil peruano e independencia en el ejercicio de la función arbitral de los tribunales arbitrales y señalando expresamente la prohibición de la injerencia judicial una vez instalado el arbitraje.

En este orden de ideas, y a más de dos décadas y media de la expedición de la primera ley de arbitraje, resulta relevante comentar y analizar la evolución legislativa del arbitraje en el Perú y el proceso de democratización de este mecanismo extrajudicial de solución de controversias. Si bien su empleo fue exclusivo de ciertas élites económicas y empresariales, y por qué no decirlo, tantas veces excluyente de la mayoría de la población peruana, hoy su acceso, elección y empleo es una realidad para todos.

II. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN DEL ARBITRAJE

Los antecedentes del arbitraje en el Perú se registran desde la etapa colonial con la llegada de la legislación española y en la etapa republicana con los Códigos de Santa Cruz de 1836, el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852, el Código de Enjuiciamiento Civil de 1912, el Código Civil de 1984, en el Código Procesal Civil de 1993, Ley General del Arbitraje del año 1992, aprobada por Decreto Ley 25935, y la Ley General de Arbitraje del año 1996, aprobada por Decreto Ley 26572.³

De otro lado, los antecedentes constitucionales del arbitraje se encuentran desde la Constitución Política de Cádiz de 1812, la Constitución de Huancayo de 1839, la Constitución de 1920, la Constitución de 1979, hasta nuestra Constitución vigente de 1993. Es así, que en la actualidad el arbitraje en el Perú como mecanismo extrajudicial de solución de conflictos forma parte del sistema jurídico de administración de justicia desde el año 1992; además, la juris-

1. El 9 de diciembre de 1992 se expide el Decreto Ley 25935, que aprueba la primera ley de arbitraje en el Perú y que deroga el régimen arbitral anterior contenido en el Código de Procedimientos Civiles de 1912 y en el Código Civil de 1984.
2. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional —CNUDMI— es un órgano subsidiario de la Asamblea General. Prepara textos legislativos internacionales para ayudar a los Estados a modernizar el derecho mercantil y textos no legislativos para facilitar las negociaciones entre las partes en operaciones comerciales. Uno de esos textos es la ley modelo de arbitraje sobre la que se ha basado nuestra ley actual de arbitraje.
3. Medardo Nizama Villadolid, «Historia y Desarrollo Del Arbitraje en el Perú», *Revista Jurídica Docentia Et Investigatio* Vol. 13. N° 1. (2011): 82–85.

dicción arbitral está reconocida expresamente por el artículo 139, inciso 1, de nuestra Carta Magna. Incluso el Tribunal Constitucional en reiteradas jurisprudencias vinculantes ha establecido y, por tanto, dejado de lado el debate académico en nuestro país, sobre la existencia de la jurisdicción arbitral que es autónoma e independiente.

En la actualidad, el arbitraje se encuentra regulado por el Decreto Legislativo 1071 aprobado en el año 2008 —en adelante, Ley de Arbitraje o LA—. Sin embargo, también existen leyes especiales que regulan determinados tipos de arbitraje, como por ejemplo la Ley y Reglamento de Contrataciones con el Estado, que tiene regulaciones particulares para las actuaciones arbitrales al tratarse de controversias en materia de contrataciones públicas.

Definitivamente el arbitraje en el Perú ha evolucionado respecto a la forma de someterse a uno, a las materias que se pueden someter a este mecanismo de solución de conflictos, así como a su regulación y la independencia de las decisiones de los árbitros en sus actuaciones frente a la posible interferencia judicial.

Es así, por ejemplo, que el Código Civil promulgado por el Decreto Legislativo 295 reguló y desarrolló el arbitraje en su Libro VII —Fuentes de las Obligaciones—, Título XI de la Cláusula Compromisoria y compromiso arbitral, del artículo 1906 al 1922, artículos derogados por la Primera Disposición Final del Decreto Ley 25935, Ley General de Arbitraje publicada el 10 de diciembre del año 1992. Antes de la derogación

de los artículos 1906 al 1908 del Código Civil que regulaban el arbitraje, para que las partes puedan someterse al arbitraje debían primero tener un acuerdo —cláusula compromisoria— de celebrar en el futuro un compromiso arbitral⁴; pero si el compromiso no fuera formalizado voluntariamente o no lo hubiera hecho el juez a solicitud de parte, para la ratificación del acuerdo, la designación de los árbitros y la determinación del asunto controvertido, la cláusula compromisoria quedaba sin efecto. Es decir, la eficacia de la activación del arbitraje estaba condicionada a un nuevo acuerdo que ratifique el acuerdo inicial o preliminar de recurrir al arbitraje en caso surjan controversias en el contrato principal.

Con la primera Ley General de Arbitraje hubo un avance significativo en el sistema arbitral peruano, pues no solo derogaba las estipulaciones de arbitraje contenidas en el Código Civil, sino que regulaba por primera vez el convenio arbitral como el acuerdo escrito de las partes para someter sus controversias a la decisión de los árbitros, es decir, como acuerdo único y válido para recurrir a la jurisdicción arbitral. Sin embargo, ante la falta de acuerdo entre las partes para la designación del árbitro o árbitros, el nombramiento era judicial, lo que en muchos casos generó una demora o dilación en la elección judicial del árbitro debido a lo engoroso y burocrático que resultan ser los procesos judiciales.⁵ Felizmente, esto fue superado por la actual y vigente Ley de Arbitraje, que determina que a falta de acuerdos sobre la designación de los árbitros y tratándose de un arbitraje ad hoc, las partes deberán recurrir a la Cámara de Co-

-
4. Artículo 1909.- *"Por el compromiso arbitral dos o más partes convienen que una controversia determinada, materia o no de un juicio, sea resuelta por tercero o terceros a quienes designan y a cuya jurisdicción y decisión se someten expresamente."* —artículo derogado—.
 5. Comentario aparte, pero resuelta interesante el hecho que la comentada ley derogada contemplaba la figura de la sumisión al arbitraje ante el juez civil, básicamente en dos supuestos: a) cuando hay convenio, pero no árbitro designado ni sometimiento a un reglamento arbitral y se requiere integrar el contenido del convenio como por ejemplo en el caso que no se detalle la controversia o la designación del árbitro, y b) cuando no hubiera convenio arbitral y la controversia versa sobre un contrato de naturaleza comercial. De otro lado, si en el convenio arbitral se ha designado árbitro o institución arbitral organizadora, pero no se precisa controversia o carezca de otros requisitos, será el árbitro o la institución quien resuelva la sumisión.

mercio del lugar del arbitraje, lo que constituye un importante avance en el sistema arbitral que garantiza la celeridad para la instalación del arbitraje.⁶

En este orden de ideas, podemos advertir que el arbitraje en el Perú ha evolucionado positivamente desde la forma de cómo pactar el arbitraje entre las partes, la no interferencia del Poder Judicial en algunas actuaciones arbitrales como en la designación de los árbitros, hasta el valor y efectos del laudo, que hoy en día es inapelable y tiene efectos de cosa juzgada. Podemos decir que la actual Ley de Arbitraje en el Perú es una norma moderna, que busca garantizar la autonomía de la voluntad, pero también la economía y celeridad en las actuaciones arbitrales, permitiendo que el arbitraje sea un mecanismo realmente accesible para los ciudadanos y empresarios.

III. DEMOCRACIA Y ARBITRAJE

El término democracia no es ajeno al ciudadano, es un término sencillo y común empleado muchas veces en el desarrollo de nuestras relaciones sociales. Parafraseando a la Real Academia Española, la democracia es una doctrina política o forma de organización social, basada en que la ciudadanía tiene el poder de decisión. Etimológicamente, la palabra democracia proviene del griego *democratía*, que se compone de los términos *démos*, que significa 'pueblo', y *krátos*, que significa 'poder'. Así, la democracia es el gobierno del pueblo.

En la actualidad el término democracia es extensivo a todo grupo social, familiar, empresarial, vecinal, comunidades o grupos organizados en general donde todos los individuos participan en la toma de decisiones de manera participativa y horizontal. Conforme lo mani-

fiesta la Organización de Naciones Unidas, la democracia está estrechamente vinculada al ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Por consiguiente, a través de ella los individuos participan en las decisiones que afectan a sus vidas.

El arbitraje en el Perú es un mecanismo de solución extrajudicial elegido por las partes o impuesto por la ley a las partes, con la finalidad de que un tercero independiente e imparcial designado por éstas, resuelva uno o más conflictos de manera privada, definitiva e inapelable. De otro lado, para el profesor Mario Castillo el arbitraje es una forma oficial —no estatal— de administrar justicia y su definición parte de la premisa que el arbitraje es una sustracción legalmente autorizada a la jurisdicción estatal.

Si bien en el Perú el arbitraje es la vía de solución impuesta a las partes en las controversias que surjan de la contratación pública entre un contratista y una entidad pública, pues así ha sido regulado en la legislación sobre contrataciones con el Estado; no sucede lo mismo cuando se trata de conflictos que surgen entre privados. En estos casos, las partes de una relación contractual o de otra naturaleza pueden libremente elegir al arbitraje como el mecanismo extrajudicial de solución de conflictos para lo cual deberán celebrar un convenio arbitral. Sin embargo, como hemos mencionado en la introducción del presente artículo, el arbitraje durante mucho tiempo ha sido concebido como un mecanismo de solución de conflictos reservado solo para determinados grupos o élites sociales, económicas o empresariales; ya sea por falta de conocimiento de la existencia del mismo o por los altos costos de los honorarios de los árbitros y costos administrativos arbitrales de los Centros de Arbitraje, que hacían inaccesible el arbitraje para el ciudadano

6. Un dato curioso que no constituye una práctica actual y no está contemplado expresamente en la ley vigente de arbitraje, pero que sí estaba expresamente contemplado en la comentada ley general de arbitraje derogada, era la posibilidad que en el convenio arbitral las partes designen al árbitro que resolverá la futura controversia. Considero que la falta en aquellos tiempos de oferta de árbitros hacia necesaria esta figura, sin embargo, en la actualidad si existe una comunidad de árbitros mayor, sin perjuicio de ello, nada impide que las partes hoy en día puedan incluir en su convenio arbitral la designación del árbitro. Lo que habría que analizar es su pertinencia o no.

común, emprendedores o para las pequeñas o medianas empresas, es decir, para la mayoría de la población peruana.

Es así que permitir a los ciudadanos en general el acceso a mecanismos de solución de conflictos como el arbitraje no solo es una responsabilidad y práctica democrática de un Estado, sino que constituye también una expresión práctica de acceso a la justicia arbitral. Los ciudadanos no solo debemos tener el derecho de acceder a la justicia ordinaria —tribunales de justicia estatal— sino a la justicia arbitral —tribunales de justicia privada— pues ambos constituyen parte de nuestro sistema de administración de justicia según el artículo 139 de la Constitución Política del Perú y, por consiguiente, ambos tribunales —judicial y arbitral— ejercen función jurisdiccional con los límites o alcances legales que les corresponde. Por consiguiente, es relevante que toda persona natural o jurídica pueda ejercer su derecho a elegir si sus conflictos de naturaleza privada que versen sobre derechos de libre disposición, sean resueltos por un juez del Poder Judicial o por un tribunal arbitral.

El acceso a justicia es un principio básico de un Estado democrático y de Derecho. Por ello, los estados deben tomar las medidas necesarias para no solo regular sistemas de resolución de conflictos alternativos al proceso judicial, como el arbitraje, sino garantizar el derecho a la igualdad de acceso a la justicia arbitral para todos, incluyendo los grupos vulnerables y de menores recursos económicos.

Uno de los principales obstáculos que existían en el Perú para el acceso a la justicia arbitral eran los costos de los honorarios arbitrales, gastos arbitrales administrativos y de representación o asesoría legal. Frente a ello, uno de los retos del Estado peruano era la democratización de la justicia arbitral, permitiendo incorporar y ampliar la participación ciudadana excluida en la elección de este mecanismo, a través de regulaciones que eliminan los altos costos económicos en un arbitraje para que el ciudadano con menores recursos o el emprendedor puedan acceder a la justicia arbitral.

La finalidad de este artículo es conceptualizar el acceso a la justicia a través del arbitraje como una forma democrática que tienen las personas para resolver sus conflictos, haciendo uso de su derecho a elegir o no el sistema de justicia arbitral frente al de los tribunales judiciales.

Es así, que consideramos que la democratización del arbitraje en el Perú se viene produciendo al haber el Estado peruano tomado la decisión de regular sistemas arbitrales como el arbitraje en salud, arbitraje de consumo y el arbitraje popular que hacen posible que el arbitraje sea más accesible y conocido en distintos segmentos de la sociedad peruana antes excluidos principalmente por la falta de conocimiento de la existencia de este mecanismo extrajudicial de solución de conflictos y por los altos costos económicos que impedían su elección y acceso a la justicia arbitral.

IV. ARBITRAJE POPULAR

El arbitraje, a pesar de haber sido creado y usado por las personas como un mecanismo de solución de conflictos incluso antes de la propia existencia del Estado y los tribunales de justicia estatal como lo conocemos hoy, es percibido en tiempos de modernidad o contemporáneos como un mecanismo de solución de controversias exclusivo o dirigido para determinadas élites económicas, grupos empresariales o para determinadas actividades comerciales. Sin embargo, con la primera disposición final del Decreto Legislativo 1071, que declara de interés nacional el acceso al arbitraje para la solución de controversias de todos los ciudadanos, el arbitraje empieza su proceso de democratización como un sistema de justicia al cual todos los peruanos puedan acceder y no solo un sector económico o social de la sociedad peruana.

Desde el año 2008 el derecho humano y constitucional de todo peruanos al acceso a la justicia no se limita únicamente a los tribunales de justicia, no se circumscribe únicamente a los tribunales judiciales, sino que ahora las personas de menores recursos, pequeñas empresas o PYMES pueden acceder a un mecanismo más rápido y económico de solución de conflictos a

través del arbitraje popular. De esta manera el Estado apuesta por la masificación de la utilización del arbitraje como un medio extrajudicial de solución de conflictos al alcance de todo ciudadano, a costos accesibles y adecuados.

Resulta interesante el quinto párrafo de la disposición final comentada que señala que el Ministerio de Justicia podrá también promover la creación de instituciones arbitrales mediante la aprobación de formularios tipo para la constitución de instituciones arbitrales en forma de asociaciones, así como reglamentos arbitrales tipo, lo que permitiría la descentralización del arbitraje popular a nivel nacional.

Es así, que mediante el Decreto Supremo N° 016-2008-JUS se crea el Programa de Arbitraje Popular cuya ejecución está a cargo de la Dirección de Conciliación y Medios Alternativos de Solución de Conflictos-DCMA del Ministerio de Justicia, a efectos de promover el uso masivo de este mecanismo en todos los sectores a costos razonables. Según la normatividad comentada, el arbitraje popular puede ser de derecho o equidad, y es un arbitraje institucional, ya que solo puede ser organizado y administrado por el Centro de Arbitraje Arbitra Perú de la DCMA o por otras institucionales públicas o privadas con las cuales la DCMA haya celebrado convenios para la implementación del arbitraje popular.

El arbitraje popular es un mecanismo de solución de conflictos extrajudicial que tiene como objetivo que un tercero imparcial resuelva una o más controversias que versen sobre derechos disponibles de las partes, cuya cuantía de la pretensión no supere las 20 Unidades Impositivas Tributarias-UIT⁷, es decir, no mayor a S/ 86,000.00.⁸ Sin embargo, tratándose de decisiones arbitrales que se inscriban o anoten en los registros públicos, no habrá restricción de cuantía⁹, o cuando

no sea posible determinar el monto del reclamo en forma previa al inicio del arbitraje, atendiendo a la condición económica de la parte solicitante, también podrá aceptarse el trámite.

Las partes para someter sus controversias de naturaleza contractual o extracontractual que versen sobre derechos disponibles a este tipo de arbitraje requieren la celebración de un convenio arbitral que designe a la institución arbitral que es autorizada para realizar el arbitraje popular o la designación del Centro de Arbitraje Arbitra Perú de la DCMA.

En este orden de ideas, a través del arbitraje popular se está democratizando la justicia arbitral a efectos que emprendedores o personas de menores recursos económicos puedan acceder a un mecanismo extrajudicial que les permita tener una solución rápida, ágil, económica y eficiente, sin verse obligados a transitar por el sistema de justicia tradicional lento, costoso, engorroso y muchas veces interminable; pero, además, sin verse impedidos de acceder al sistema de justicia arbitral por los altos costos del servicio.

Entre las principales características reguladas para el arbitraje popular están que es un arbitraje institucional —de Derecho— salvo que las partes acuerden que sea de conciencia; puede estar a cargo de un tribunal colegiado compuesto por tres árbitros o árbitro único; y no es necesario que las partes tengan la asistencia de un abogado. Las tarifas de los honorarios de los árbitros van desde S/ 300.00 a un máximo de S/ 2,800.00, lo que resulta comparativamente con otros Centros de Arbitraje privados tarifas muy módicas.

V. ARBITRAJE EN CONSUMO

El arbitraje de consumo es un mecanismo de solución de conflictos gestionado por el Es-

-
7. Así lo señala el artículo 4 del Estatuto del Centro de Arbitraje Popular del Ministerio de Justicia aprobado por la Resolución Ministerial N° 0639-2008-JUS.
 8. El valor de la UIT al 2020, año de redacción de este artículo, es de S/ 4,300.00.
 9. Segundo párrafo de la primera disposición final del Decreto Legislativo 1071.

tado, que tiene como finalidad que el consumidor y proveedor sometan de manera voluntaria la solución de un conflicto futuro o presente a la decisión de un tercero o terceros. Este sistema arbitral se presenta como una alternativa a la solución de los conflictos de consumo en la vía administrativa —INDECOPI— o en la vía judicial.

Entre las principales características del arbitraje de consumo está la gratuidad del proceso, pues el consumidor está exonerado de cualquier pago por trámite de la petición de arbitraje; la voluntariedad, pues las partes tienen libertad para someter las controversias que surjan de una relación de consumo al arbitraje; la unidireccionalidad, debido a que el arbitraje solo puede ser iniciado por el consumidor y no por el proveedor; y el antiformalismo, ya que no existen formalidades especiales en el proceso, que por lo demás puede llevarse en una audiencia única.

El Arbitraje de consumo es un sistema gestionado por el Estado a través de las Juntas Arbitrales de Consumo, que, según lo dispone el artículo 8 del Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo¹⁰, son constituidas por la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor —INDECOPI—, en coordinación con los gobiernos regionales y locales y, de ser el caso, con las entidades o personas jurídicas de derecho público del lugar donde se pretenda constituir las. Es ante estas Juntas que los consumidores podrán solicitar un arbitraje de consumo cuyo costo de trámite es gratuito y no requiere la asistencia de un abogado. Esto nos permite decir que las Juntas —a las que se pueden someter las controversias que surgen de una relación de consumo, entre consumidor y un proveedor de bienes o servicios— son una nueva alternativa extrajudicial de solución de conflictos que permite a los ciudadanos peruanos acceder a una justicia más pronta, sencilla y especializada.

Según lo dispone el artículo 13 del Reglamento comentado, cuando la cuantía de la petición o solicitud de arbitraje no supere las 3 UIT, el tribunal arbitral estará conformado por árbitro único. En caso se supere esa cuantía y exista acuerdo entre las partes, el tribunal arbitral podrá ser colegiado integrado por tres árbitros.

A diferencia de otros sistemas de arbitraje, este sistema arbitral es unidireccional, porque solo puede ser solicitado por el consumidor. El artículo 23 del Reglamento faculta a los proveedores o a las organizaciones empresariales interesadas en que las controversias con los consumidores se resuelvan a través del arbitraje de consumo a adherirse al Sistema de Arbitraje de Consumo, presentando una solicitud dirigida a la Dirección. Esta adhesión implica la oferta pública de sometimiento al arbitraje de consumo con una vigencia mínima de un año. En este sentido, conforme lo dispone el artículo 31 del Reglamento, el sometimiento al arbitraje de consumo puede acreditarse con el convenio arbitral pactado por las partes, con la presentación de una solicitud de inicio de arbitraje contra un proveedor adherido al Sistema de Arbitraje de Consumo o, una vez surgida la controversia, cuando el proveedor acepta la petición del consumidor de someter dicha controversia al arbitraje de consumo.

De otro lado, el trámite del proceso arbitral de consumo es sumamente sencillo para el usuario, pues se inicia con una petición o solicitud que podrá ser contestada por el proveedor; no requiere presentación de demanda arbitral y, por ende, tampoco contestación de ésta; hay la posibilidad que se convoque a una audiencia única y el laudo deberá ser emitido en un plazo de 45 días hábiles contados desde presentada la petición arbitral, a diferencia del reglamento derogado que establecía un plazo de 90 días.

-
10. El nuevo reglamento del sistema de arbitraje de consumo fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 103-2019-PCM y tiene como objetivo reglamentar el Sistema de Arbitraje de Consumo que fue creado por lo dispuesto en el artículo 137 de la Ley 29571. Este sistema se crea con la finalidad de brindar a los consumidores una alternativa de solución de conflictos que cumpla con las características de sencillez, rapidez, gratuidad, y de carácter vinculante.

Por todo lo expuesto, consideramos que el arbitraje de consumo coadyuva en el Perú al acceso y democratización de la justicia arbitral para los consumidores y en especial para casos de mínima cuantía.

VI. ARBITRAJE EN SALUD

En el país, al igual que en otras partes del mundo, el sector salud es uno de los sectores más complicados por la complejidad del servicio que se presta. A menudo en este sector se generan controversias por la deficiencia o calidad del servicio prestado —tanto en la atención médica como en la administrativa— tanto en instituciones públicas como privadas —hospitales, clínicas, centros de salud, laboratorios clínicos, compañías de seguro, etc.—, así como conflictos por negligencias médicas que ponen en mayor riesgo la salud o vida de las personas afectando sus derechos humanos que el Estado debe cautelar y proteger.

Es así que la Ley General de Salud, Ley 26842, en su artículo 15, numeral 3, inciso f), regula que toda persona tiene derecho a que se le provea de mecanismos alternativos y previos al proceso judicial para la solución de conflictos en los servicios de salud. Uno de esos mecanismos, además de la conciliación es el arbitraje. Y es en esta línea normativa que el artículo 30 del Decreto Legislativo 1158 dispone que el Centro de Conciliación y Arbitraje —CECONAR— es un órgano resolutivo que forma parte de la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud —SUSALUD— y es competente para conocer y resolver las controversias en asuntos de salud a través de mecanismos de conciliación o arbitraje.

En ese sentido, el CECONAR es la institución arbitral encargada de tramitar los procesos arbitrales en temas de salud y también tiene la facultad de autorizar a otros Centros de Arbitraje

privados para que puedan ejercer la función arbitral en temas de salud.

De mismo modo, el artículo 31, inciso 2 del Decreto Legislativo 1158 establece como una de las competencias de CECONAR el registro y habilitación de los Centros de Conciliación y Arbitraje con especialización en salud para resolver los conflictos entre los agentes vinculados al Sistema Nacional de Salud, y entre estos y los usuarios, de conformidad con la legislación de la materia. Estos Centros, para su registro y habilitación, deberán ceñirse a los criterios y parámetros que establezca CECONAR, de modo que garanticen además de una idoneidad técnica, neutralidad e independencia, costos razonables y económicos en sus procesos, sin que constituyan una barrera de acceso para el sometimiento de controversias por las partes. En consecuencia, bajo el análisis de dicha normatividad, el arbitraje en salud es solo institucional y podrá realizarse solo en CECONAR o en un Centro de Arbitraje registrado y habilitado por el propio CECONAR.

El arbitraje en salud constituye un mecanismo de solución extrajudicial que tiene como objetivo que un tribunal arbitral —unipersonal o colegiado— resuelva de forma definitiva, inapelable y vinculante una controversia que surja entre los actores del sistema nacional de salud o entre éstos y los usuarios por la prestación de servicios de salud, o demás derechos u obligaciones relacionados o conexos.

Conforme lo dispone el artículo 33 del Decreto Legislativo 1158, el arbitraje en salud es de naturaleza voluntaria. Esto quiere decir que a efectos de que una controversia de salud pueda ser resuelta mediante arbitraje, se va a requerir la existencia de un convenio arbitral entre las partes¹¹ que otorgue competencia al tribunal arbitral de CECONAR o de una institución habilitada por ésta, para la resolución de la controversia.

11. Según el artículo 13, numeral 1 y 2 de la Ley de Arbitraje, el convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza. El convenio arbitral puede ser una cláusula incluida en un contrato o un acuerdo independiente.

En caso exista acuerdo de las partes para someter una controversia de salud a arbitraje, pero no se haya designado a un Centro de Arbitraje, se entenderá que la institución arbitral competente es CECONAR.

De otro lado, y sin perjuicio de lo expuesto, debemos señalar que existe una excepción al sometimiento voluntario del arbitraje por las partes: cuando una de las partes es ESSALUD. En estos casos el arbitraje será obligatorio y legal —en caso no exista acuerdo entre las partes usuario y ESSALUD— para someter una controversia de salud al arbitraje. El fundamento legal está en el segundo párrafo del artículo 91 del Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, aprobado por el Decreto Supremo N° 009-97-SA, que señala que el IPSS —ahora ESSALUD— queda sometidos al reglamento de arbitraje y solución de controversias de SEPS —ahora SUSALUD—.¹²

Esta obligatoriedad del arbitraje que alcanza a ESSALUD también tiene su fundamento legal en la Ley de Creación del Seguro Social de Salud, Ley 27056, que en su artículo 1 señala que ESSALUD se crea sobre la base del Instituto Peruano de Seguridad Social. Asimismo, la primera Disposición Final y Transitoria de la Ley comentada establece que toda mención al IPSS, en los dispositivos legales, normas administrativas, registros administrativos, así como en los actos y contratos en general, se entenderá referida al Seguro Social de Salud —ESSALUD— sin necesidad de trámite o de procedimiento alguno. Por consiguiente, cuando ESSALUD sea una de las partes de la controversia, el arbitraje en salud será obligatorio, ya que el convenio arbitral es de naturaleza legal, pues es la ley quien impone a

las partes el sometimiento de la controversia a un proceso arbitral administrado por CECONAR.

Algunos árbitros especializados en salud consideran que la obligatoriedad del arbitraje solo tiene alcance o efectos para ESSALUD, mas no para el usuario del servicio para quien el arbitraje sería facultativo. Es decir, el usuario o afiliado podría optar por recurrir al arbitraje y renunciar a la jurisdicción de los tribunales de justicia, o no activar el arbitraje e ir al proceso judicial para la resolución de su conflicto. En cuyo caso, estaríamos frente a un arbitraje obligatorio unidireccional, algo similar al arbitraje de consumo, donde el único que puede solicitar el arbitraje es el consumidor, pero no así el proveedor. La diferencia con el arbitraje de consumo sería que éste siempre es voluntario, aun para la empresa o proveedor del servicio o bien, pues es necesaria su aceptación expresa para someter una controversia de consumo al arbitraje. Sin embargo, si bien coincido con mis colegas árbitros en que el arbitraje sería obligatorio solo para ESSALUD y no para sus usuarios o afiliados; considero también que la obligatoriedad del arbitraje al amparo del artículo 91 del Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, tiene alcance a otros, como las Entidades Empleadoras —empresas—, Entidad Prestadora de Salud-EPS y a los afiliados a una EPS o que reciban prestaciones de salud a través de servicios propios de su empleador, quedan igualmente sometidas al reglamento de arbitraje y solución de controversias de CECONAR. En consecuencia, todos ellos están bajo un arbitraje obligatorio o legal e institucional, y, no así, los afiliados a ESSALUD, pues la norma comentada no los señala expresamente.¹³

-
12. ESSALUD es una institución administradora de fondos de aseguramiento en salud —IAFAS— y hasta 1999 era conocido como el Instituto Peruano de Seguridad Social —IPSS—. De otro lado, la Superintendencia Nacional de Salud — SUSALUD— es un organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Salud de Perú, que cuenta con autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera; y cuando fue fundada en el año 1997 su denominación era Superintendencia Prestadora de Salud —SEPS—.
 13. El derogado artículo 53 de Reglamento de la Ley 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, establecía que el arbitraje era facultativo para los afiliados a ESSALUD, porque al ser una entidad pública de salud es también una Institución Administradora de Fondo de Aseguramiento en Salud y el segundo párrafo del mencionado artículo derogado establecía claramente que en el caso de conflictos donde intervenga un afiliado, el

Por otro lado, Frank García Ascencios¹⁴ considera que al igual como sucede en el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo-SCTR, donde el Tribunal Constitucional interpretó que no resultaba obligatorio para los trabajadores acudir al arbitraje, pero sí a las aseguradoras, tampoco resultaría obligatorio para el usuario que tiene una controversia con ES-SALUD acudir al arbitraje, su sometimiento dependerá esencialmente de su voluntad de llevarlo al arbitraje o al Poder Judicial.

Es así, que a través del arbitraje en salud que tiene como ente rector a CECONAR de SUSALUD, los afiliados a las entidades públicas o privadas Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud o Prestadoras de Servicios de Salud tienen una alternativa de resolución de conflictos más rápida en comparación con los procesos judiciales, porque el proceso arbitral puede tener un plazo promedio de seis meses a un año y medio. Además, los usuarios que lo requieren podrán solicitar auxilio económico de los costos procesales conforme lo dispone el numeral 5.1 del artículo 31 del Decreto Legislativo 1158.

En tal sentido, entre las principales características del arbitraje en salud tenemos que el proceso es realizado por arbitro único; es un arbitraje institucional porque solo se puede realizar en CECONAR o en un Centro de Arbitraje autorizado por éste; es voluntario, salvo en caso de ES-SALUD que es obligatorio; es económico pues los costos de honorarios del árbitro van desde US\$ 100.00 a un máximo de US\$ 3,600.00; y es un arbitraje de Derecho, aunque no será necesario ni obligatorio la asistencia de un abogado. De otro lado, los arbitrajes en CECONAR están acorde con estos tiempos de modernidad, pues los procesos cuentan con expediente digital,

notificaciones electrónicas y audiencias virtuales, además de permitir revisar el expediente arbitral desde el celular, algo muy útil en estos tiempos de COVID-19.

En este orden de ideas, a través del arbitraje en salud también se ingresa a un proceso de democratización de la justicia en el Perú, puesto que permite que los usuarios de los servicios de salud públicos o privados como los trabajadores dependientes o los afiliados a un seguro médico privado, laboral, vehicular, etc., puedan acceder a un mecanismo extrajudicial de solución de conflictos como es el arbitraje en salud y poder encontrar una solución a su controversia en un plazo menor a la tercera parte de un proceso judicial ordinario, sin los ritualismos y excesivas formalidades que caracterizan al sistema judicial y sobre todo a un costo más accesible, en comparación con centros de arbitraje privados cuya cuantía de gastos administrativos y honorarios arbitrales es muchas veces inaccesible para las personas de bajos o medianos recursos económicos. Pero, además es CECONAR tal vez un ejemplo de la modernización de los procesos arbitrales a través de la digitalización del expediente y las audiencias arbitrales *online* o virtuales que permiten no solo economizar tiempo y dinero, sino mantener las distancias sociales por razones de pandemias como la de la COVID-19, sino que además sería de mucha utilidad en procesos donde las audiencias presenciales pueden colocar a una de las partes en una situación de alto riesgo.

VII. Conclusiones.

Desde el análisis realizado en este trabajo sobre la democratización del arbitraje en el Perú, podemos concluir:

sometimiento a la jurisdicción arbitral será de carácter obligatorio para las entidades de salud y voluntario para los afiliados. Este artículo constituye un antecedente interesante a tener en cuenta.

14. Frank García Ascencios, «Arbitraje en Salud: ¿EsSalud está obligado a someterse al arbitraje administrado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de SUSALUD?» *Enfoque Derecho*, 1 de junio de 2015, acceso el 31 de diciembre de 2020, <https://www.enfoquederecho.com/2015/06/01/arbitraje-en-salud-essalud-esta-obligado-a-someterse-al-arbitraje-administrado-por-el-centro-de-conciliacion-y-arbitraje-de-susalud/>.
15. SUSALUD, *Manual para tramitar tu arbitraje en CECONAR* (Lima: SUSALUD, 2017), primera edición, 2.

- a) Que permitir a los ciudadanos en general el acceso a mecanismos de solución de conflictos como el arbitraje no solo es una responsabilidad y práctica democrática de un Estado, sino que constituye también una expresión práctica de acceso a la justicia arbitral. Los ciudadanos no solo debemos tener el derecho de acceder a la justicia ordinaria —tribunales de justicia estatal—, sino a la justicia arbitral —tribunales de justicia privada— pues ambos constituyen parte de nuestro sistema de administración de justicia según el artículo 139 de la Constitución Política del Perú.
- b) Que la democratización del arbitraje en el Perú se viene produciendo al haber el Estado peruano tomado la decisión de regular sistemas arbitrales como el arbitraje en salud, arbitraje de consumo y el arbitraje popular que hacen posible que el arbitraje sea más accesible y conocido en distintos segmentos de la sociedad peruana antes excluidos principalmente por la falta de conocimiento de la existencia de este mecanismo extrajudicial de solución de conflictos y por los altos costos económicos que impedían su elección y acceso a la justicia arbitral.
- c) Que estos tres sistemas de arbitraje en el Perú promovidos y gestionados desde el mismo Estado coadyuvan en el acceso y democratización de la justicia arbitral al cual tienen derecho todos los ciudadanos, y sobre todos aquellos de menores recursos económicos que ahora encuentran en estos tres tipos de arbitraje una alternativa de solución de conflictos frente al sistema tradicional de justicia que son los tribunales de justicia.
- d) Que el Programa de Arbitraje Popular tiene como objetivo el promover el uso masivo del arbitraje en todos los sectores a costos razonables. Será un arbitraje institucional de derecho o equidad, conforme lo elijan las partes y la DCMA del Ministerio de Justicia estará a cargo de su implementación.
- e) Que el arbitraje de consumo tiene como finalidad que el consumidor y proveedor sometan de manera voluntaria la solución de un conflicto futuro o presente a la decisión de un tribunal arbitral, este sistema arbitral se presenta como una alternativa a la solución de los conflictos de consumo en la vía administrativa —INDECOPI— o en la vía judicial y tiene entre las principales características la gratuidad del proceso, pues el consumidor está exonerado de cualquier pago por trámite de la petición de arbitraje.
- f) Que a través del arbitraje en salud los afiliados a las entidades públicas o privadas Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud o Prestadoras de Servicios de Salud tienen una alternativa de resolución de conflictos más rápida en comparación con los procesos judiciales porque el proceso arbitral puede tener un plazo promedio de seis meses a un año y medio; además de tener la posibilidad de que los usuarios que lo requieran puedan solicitar a CECONAR auxilio económico de los costos procesales.
- g) Que, finalmente, tanto en los sistemas de arbitraje de consumo como de salud existe la posibilidad de realizarse audiencias arbitrales virtuales, y específicamente en el arbitraje en salud, se ha creado el expediente arbitral digital lo que se traduce sin dudas en ventajas para los usuarios del sistema arbitral y un ejemplo a replicar en otros tipos de arbitraje ya sea desde las instituciones públicas que promueven la democratización del arbitraje en el Perú o desde las instituciones arbitrales privados o ad hoc que también deben promover el acceso de más ciudadanos al arbitraje.

El Derecho de la Moda, sus principales movimientos y lo más *trendy*: el *Fashion Tech*



ANNALUCIA FASSON LLOSA

Abogada por la Universidad de Lima.

Magíster en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN.
Especialización en Derecho de la Moda por el Fashion Law Institute de la Universidad Fordham.

Profesora de la Universidad de Lima.

Profesora de la Universidad de Ciencias Aplicadas del Perú.

Profesora en la Universidad ESAN.

Profesora en el Instituto Centro de Altos de la Moda.

Mentora de emprendimientos de moda y retail de la incubadora

Emprende UP de la Universidad del Pacífico.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Principales movimientos en la industria de la moda.
 1. Moda sostenible.
 2. *Fast fashion*.
 3. *Slow fashion* o moda lenta.
 4. Súper reciclaje o *upcycling*.
 5. *Ultra fast fashion*.
- III. El *Fashion Tech*.
- IV. Conclusiones.



RESUMEN:

A través del presente artículo, la autora esboza los principales movimientos del Derecho de la Moda, los cuales se han ido desarrollando a fin de satisfacer las necesidades de los consumidores. Hace hincapié en las tendencias, las cuales no pueden ser delimitadas en la medida que son el producto de nichos específicos de la comunidad.

Palabras clave: Derecho a la Moda, moda rápida, moda lenta, ultra reciclaje, ultra moda rápida, Moda y Tecnología - Innovación.

ABSTRACT:

Through this article, the author outlines the main movements of Fashion Law, which have been developed in order to meet the needs of consumers. It emphasizes trends, which cannot be delimited to the extent that they are the product of specific niches in the community.

Keywords: Fashion Law, fast fashion, slow fashion, upcycling, ultra fast fashion, Fashion Tech – Innovation.

I. INTRODUCCIÓN

En forma de preámbulo al avance de las tendencias en la industria de la moda, es necesario sentar las bases y definir el Derecho de la Moda, con el propósito de esclarecer el concepto ambiguo de la especialización y no limitarlo a lo lindo y glamuroso, ya que el hablar del Derecho de la Moda abarca mucho más.

Partamos de la moda, no solo es ropa, sino que también involucra calzado, joyas —oro, plata y bisutería fina—, perfumes, cosméticos, decoración de interiores, muebles y accesorios en general como carteras, lentes, correas, sombreros, gorros, entre otros.

Gracias a la publicidad nuestro inconsciente ha asociado a la moda como algo banal y superficial, debido a que la industria del *marketing* nubla nuestra percepción al mostrarnos parcialmente el detrás de cámaras. Exhiben al público un producto lleno de “aspiración” o “belleza”, pues la idea es hacer creer que al adquirirlo uno será feliz o se sentirá mejor.

Precisamente en este punto es donde el Derecho entra a tallar, sobre el detrás de cámaras de la moda, es decir, todo el trasfondo que conlleva el lucir una linda prenda o un bonito calzado, las horas-hombres invertidas para crearlas, fabricarlas, comercializarlas y promocionarlas.

Es ahí donde nace la asesoría legal integral al

sector del Derecho de la Moda o *Fashion Law*, especialidad que se encarga de los problemas particulares y características propias del sector que requieren de una intervención legal eficiente.

En nuestro caso particular, Perú no es ajeno a la moda ni al *retail*, ya que la industria se encuentra ampliamente desarrollada en diversos ámbitos, es el caso del Emporium Gamarra reconocido a nivel Sudamérica o a las empresas textiles que a la fecha fabrican por encargo de grandes marcas de lujo tales como Ralph Lauren o Calvin Klein. Asimismo, cuenta con un nicho de consumidores de las *fast fashion*, las cuales han logrado destacar en el mercado, y de la otra parte, contamos con un grupo entrañado en la moda sostenible, que sobresale por la fabricación con materiales orgánicos, sin explotar a sus recursos humanos ni al medio ambiente.

Nuestro país necesita desarrollarse y en mi opinión la industria de la moda, textil y el *retail* en general tiene mucho potencial, pero es necesario que siga un orden determinado. En mi calidad de *fashion lawyer*, considero que justamente nuestra especialización es entender este negocio y asesorarlo de la manera correcta, ya que miles de peruanos se dedican a esta industria, pero nadie se ha fijado en ella.

Por lo tanto, establezcamos lo que es derecho de la moda, de la mano de una de las pioneras

ras en esta especialidad, Susan Scafidi¹, esta es una especialización nueva del derecho como:

"(...) Es un campo que abarca la sustancia legal del estilo, incluyendo las cuestiones que puedan surgir a lo largo de la vida de una prenda de vestir, a partir de la idea original del diseñador y continúa todo el camino hasta el armario del consumidor. En términos estructurales, planteo cuatro pilares básicos del Derecho de la Moda: la propiedad intelectual; negocios y finanzas, con subcategorías que van desde la legislación laboral a los contratos sobre bienes inmuebles; el comercio internacional y la regulación gubernamental, las cuestiones relativas a la seguridad y la sustentabilidad; la cultura del consumo y los derechos civiles. Además de su enfoque central en la ropa y los accesorios, el Derecho de la Moda comprende áreas relacionadas, tales como la producción textil, el modelaje, los medios y las industrias de belleza y fragancia (...)".

En virtud de lo anterior, podemos concluir que el Derecho de la Moda consiste en brindar una asesoría legal completa y exponencialmente incisiva a cualquier persona natural o jurídica dedicada al sector de la moda, al sector textil y al sector *fashion retail*. Derecho de la Moda es la abstracción del canon de negocio, incorporando toda la línea de producción, mediante una asesoría terrenal y realista que incluye diversas especialidades, Derecho Corporativo, *real estate*, Derecho Tributario, Derecho Laboral, Derecho Financiero, Derecho Regulatorio, Propiedad Intelectual, entre otros. Cabe precisar que esta especialización no es solo Propiedad Intelectual, si bien es un aspecto vital, son distintas ramas que intervienen y que dependen la una de la otra.

II. PRINCIPALES MOVIMIENTOS EN LA INDUSTRIA DE LA MODA

Tras precisar los conceptos elementales del

Derecho de la Moda, es importante seguirle el paso al desarrollo y a los movimientos en la industria, puesto que todo *fashion lawyer* debe ser consciente de estas estrategias de venta, su influencia y su desarrollo en Latinoamérica y en el mundo.

1. Moda sostenible.

Movimiento que nació en Reino Unido en el año 2007 de la mano de Kate Fletcher y que se preocupa por cumplir con las normas medioambientales y laborales en la industria textil, moda y *fashion retail*. Lamentablemente, para que esta tendencia se expanda por varios lugares del mundo, en el año 2013 tuvo que salir a la luz gracias a un penoso accidente en Bangladesh, donde tras un derrumbe en las fábricas textiles ubicadas en el Edificio Rana Plaza, murieron más de 1,000 personas que se dedicaban a elaborar prendas para marcas *fast fashion* y se exhibió al mundo las condiciones deplorables de los trabajadores y que muchos de estos eran niños e inmigrantes, que se veían expuestos a sustancias dañinas para salud y que trabajaban entre 18 a 20 horas al día ganando sólo US\$ 2.00 —Dos y 00/100 Dólares Americanos—, al día.

Es así, que a partir del 24 de abril de 2014 hacia adelante se conmemora el *Fashion Revolution Day*² rindiendo honores y exigiendo a las empresas manufactureras que contraten a su personal con las condiciones mínimas de trabajo. Gracias a esta triste tragedia, se remeció y se tomó conciencia de los problemas de la industria de la moda. Gran ejemplo de lo mencionado fue el inicio de la elaboración del documental *"The True Cost"*, producida por Andrew Morgan que descubre las verdaderas condiciones de vida de los trabajadores de ese país³.

Por lo tanto, se debe entender a la moda sostenible como la tendencia que propone a los compradores el trasfondo del producto que adquie-

1. Susan Scafidi, *Derecho y Moda* (Buenos Aires: Marcial Pons, 2015), 19-20.

2. Home Fashion Revolution, <http://fashionrevolution.org>.

3. *The True Cost*, <http://truecostmovie.com>.

ren. Incita a la reflexión detrás un bello vestido o unos elegantes zapatos, busca la preocupación en la forma de producción de las prendas, evalúa los insumos, se preocupa por los trabajadores y sus condiciones y en si abarca todo el detrás de cámaras del sector de la moda.

En nuestro país, para proteger el medio ambiente, se ha establecido la obligación de contar con estudios de impactos ambientales en caso se desee abrir una fábrica o cumplir con los requisitos de comercio justo⁴, es decir, existen organizaciones como el Flocert que posee el sello de Certificación Fairtrade⁵, mediante el cual certifica la calidad y las prácticas justas en la cadena de fabricación y suministro.

Vale mencionar que la sostenibilidad también se encuentra involucrada en el aspecto social, puesto que el movimiento nace principalmente por los abusos laborales cometidos en las fábricas y las condiciones infráhumanas dadas en la tragedia de Bangladesh.

El Derecho siempre está presente, es así que la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁶ en el numeral 1 de su artículo 23 señala que: *"Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo (...)"*. También, se opone a la contratación forzada y al trabajo infantil en condiciones abusivas.

Destacable hecho en el Perú fue que en el 2015 se lanzó el primer directorio de la Asociación de Moda Sostenible del Perú-AMSP⁷, el cual tuvo un gran apogeo e incorpora a la fecha a más de 70 empresas con objetos sostenibles y propuestas a acrecer la moda sostenible en el Perú.

La AMSP clasificó a la moda sostenible en las siguientes categorías:

- a) **Moda tecnológica:** conocida también como moda inteligente, esta consiste en el uso de recursos tecnológicos para beneficiar a los consumidores y al medio ambiente. Este tipo de prendas desarrolladas con el apoyo de la tecnología son denominadas *wearable technologies*. Como por ejemplo, desde marcas de lujo como "Hugo Boss" con el desarrollo de calzado sostenible mediante la innovadora alternativa de cuero hecho de las fibras de la hoja de piña "Piñatex" hasta la *fast fashion* con la gigante "H&M", mediante su incorporación de la espuma flexible hecha a base de plantas que utiliza la biomasa de algas denominada "Bloom Foom" y que está incorporada dentro de su línea "Conscious Exclusive".
- b) **Moda ecológica:** rama que difunde la protección al medio ambiente, y que busca sintonizar el sistema ecológico con el sistema económico. En otros términos, se ha propuesto el desarrollo económico sin anteponerlo ante los recursos naturales, sino protegiéndolo e innovando en materiales o reciclando, como por ejemplo el vestido de Emma Watson que lució en el Met Gala de 2016 hecho de botellas de plástico.
- c) **Moda étnica:** corriente que se encarga de revalorizar, recuperar y/o promover las técnicas, procedimientos y diseños ancestrales o de comunidades autóctonas de un determinado país, como por ejemplo la marca peruana "Las Polleras de Agus" que trabaja conjuntamente con las comunidades andinas.

-
- 4. Coordinadora Nacional del Comercio, <http://comerciojusto.pe>.
 - 5. FLOCERT apoya las empresas sostenibles y soporta el comercio justo, <http://www.flocert.net/es>.
 - 6. Declaración Universal de Derechos Humanos, <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights>.
 - 7. Asociación de Moda Sostenible del Perú, <http://www.amsperu.org>.

Cabe destacar que es importante diferenciar dentro de este movimiento los conceptos de apropiación cultural e inspiración cultural, siendo este primero ajeno a la moda étnica pues se da cuando alguien extrae un elemento cultural perteneciente a un grupo social o comunidad y lo utiliza en su provecho —económico— borrando su origen o relativizándolo, como por ejemplo el famoso caso entre la marca Kuna vs. la comunidad shipiba o el de la diseñadora Isabel Marant vs. la comunidad mixe en Santa María, Tlahuitoltepec, México, mientras la moda étnica si cuenta con el segundo, ya que la inspiración es explícita y ocurre en aquellos casos en que el diseñador o la firma de moda de turno alude claramente al origen de sus diseños.

- d) **Moda ética:** valora principalmente el respeto de los derechos humanos y laborales de sus trabajadores, teniendo como preocupación que todos los trabajadores de la industria textil, moda y *fashion retail* obtengan un desarrollo profesional y crezcan como personas.

Dentro de la moda ética se están constituyendo empresas de este sector con propósito social o las conocidas como empresas de triple impacto que rescatan no solo la parte de utilidades, sino también el aspecto social y el aspecto medio ambiental. Por ello, a la fecha existen empresas certificadoras que avalan el cumplimiento no solo de las normas laborales o medioambientales sino del buen gobierno corporativo.

De hecho, el viernes 23 de octubre de 2020 se publicó en el Congreso de Perú el Proyecto de Ley 2533-2017-CR, Ley de la Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo (Sociedad BIC)⁸, el mismo que entre otras consideraciones destaca lo siguiente: (i) a

la denominación social de la persona jurídica societaria se le agregará la expresión “de beneficio e interés colectivo” o la sigla “BIC” y su objeto social puede ser social y/o ambiental y deberá incluir las actividades que colaborarán para la realización de dicho objeto; (ii) en caso de sociedades existentes, se deberá modificar el estatuto, debiendo concurrir en primera convocatoria, cuando menos la concurrencia de dos tercios de las acciones suscritas con derecho a voto y en segunda convocatoria, cuando menos las tres quintas partes de las acciones suscritas con derecho a voto o la mayoría calificada según lo requiera cada tipo societario, el accionista o socio que no esté de acuerdo puede manifestar su derecho de separación; (iii) los directores o administradores, según el tipo de sociedad, velarán por el real cumplimiento del propósito de beneficio social y ambiental e introducirán prácticas de transparencia en sus organizaciones, así como encargarán a un tercero independiente para que elabore un Informe de Gestión sobre las actividades que conlleven al propósito social y/o ambiental establecido en el estatuto, que se publicarán conjuntamente con los resultados económicos de la empresa del ejercicio anterior, en el portal de la sociedad u otro medio electrónico de comunicación similar utilizado por esta y; (iv) en caso la sociedad incurra en un acto de publicidad engañosa o de competencia desleal, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI lo sancionará (*greenwashing*)⁹.

2. *Fast fashion.*

Tal como existe la comida *fast food* o comida rápida, en la industria de la moda existe el *fast fashion*, esta consiste en la producción en serie

-
8. A la fecha de redacción de este artículo no se ha publicado este Proyecto de Ley en el diario oficial El Peruano.
9. Se conoce como *greenwashing* a la práctica que realizan algunas empresas, vendiéndose como empresas ecológicas o medioambientales —marcas verdes— sin realmente serlo.

y de forma veloz mediante la cual se lanza entre 15 a 20 colecciones anuales, con la característica esencial de rotar frecuentemente sus productos a costas de una calidad mediana o poca de la ropa.

Asimismo, estas colecciones se venden a bajo precio o *low cost*. Los productos siguen las últimas tendencias de la moda, pero cuentan con la virtud del factor *low cost* que les permite el logro de dos finalidades: lograr moda accesible y que las colecciones sean exhibidas por pocas semanas. Es así, que este movimiento busca la alta rotación de inventario y por ende más consumo, logrando mayores ventas y adicción a las compras.

Existió una gran disputa en la cual el *fast fashion* era tildado como productores de copias o imitaciones de diseñadores exitosos y de grandes pasarelas, mediante las cuales producen los productos a precios menores al original y con menor calidad, pero que cumplen con satisfacer las necesidades rápidas del mercado.

Sin embargo, a la fecha se ha desmentido, gracias a la presencia de marcas internacionales como Zara y H&M, que cuentan con procesos creativos, innovadores y diferenciadores que permite evadir a la copia, mediante sus propios diseñadores que se encargan de una reinterpretación del modelo original.

Ahora bien, en la actual coyuntura en la que estamos viviendo a raíz de la pandemia del COVID-19, es probable que este movimiento se reinvente y se redefina, toda vez que muchas empresas han dejado de lanzar colecciones, así como no se han presentado a desfile, aun cuando algunos de ellos lo han realizado de manera virtual. Todo hace pensar que el movimiento de *fast fashion* tal y como lo conocemos mutará. Habrá que esperar un poco para saber cómo se reformula este movimiento el próximo año.

3. *Slow fashion* o moda lenta.

Tendencia que surge como contrapartida al *fast fashion*. Así como existe el *fast food* o comida rápida y como contraposición existe el *slow food* o comida lenta, de igual manera existe el *slow fashion* que promueve el lanzar una sola colección al año, clásica y atemporal, en otras palabras, “*No Season*”, sin seguir el estresado desarrollo y constante cambio de la rotación de colecciones.

El *slow fashion* se enfoca en el desarrollo de modelos exclusivos, que se caracterizan por tener costos más elevados, ya que las marcas integrantes del movimiento se basan en la calidad y las materias primas de los productos. Caso contrario al *fast fashion*, aprecian más la calidad que la cantidad y buscan que perduren al pasar de los años y generen un consumo consciente.

Es así que los consumidores no adquieren las prendas por los diseños llenos de *glamour*, sino que apoyan el motivo de los productores y son conscientes de los valores y materiales de estas. Uno de los exponentes de este movimiento es la marca Slowear¹⁰, siendo uno de los principales lemas de este movimiento el que señala que: “*Estará largo tiempo a tu lado*”.

4. Súper reciclaje o *upcycling*.

Se usa mucho en las joyas decoración y en la ropa vintage. Consiste en reciclar elementos antiguos o en desuso y transformarlos otorgándoles una segunda utilidad o uso. Por ejemplo, poniéndole a un terno una capucha o reuniendo varias piezas, como utilizar plumas para crear un collar.

Es como darle una segunda vida al crear un nuevo producto, el mismo que se vende a valor de mercado como un producto nuevo y final.

5. *Ultra fast fashion*.

Consiste en acortar sus procesos de produc-

10. Slowear, <http://www.slowear.com/es>.

ción, tal es así que, si una *fast fashion* como Zara o H&M se demoran 6 semanas en promedio en fabricar una prenda, marcas como Boohoo¹¹, Asos¹² o Missguided se demoran dos o una semana en comercializar sus productos, sin tener problemas de logística, es decir, no tienen problemas en la entrega en el plazo ofrecido y cuentan con un inventario de productos. Cabe precisar, que a raíz de la pandemia COVID-19 este movimiento ha ganado muchos adeptos y muchas marcas están vendiendo bajo esta modalidad, pero dándole énfasis a la categoría de ropa cómoda, tales como buzos, *joggers*, zapatillas, entre otros.

III. EL FASHION TECH

Junto a las nuevas tendencias surgen los nuevos negocios, por eso es importante tomar en cuenta que sucesivamente los emprendedores cuentan con más oportunidades para la creación y desarrollo de un negocio con el uso de la tecnología. Es así como surge el concepto de *Fashion Tech*, un término que va de la mano con la moda tecnológica anteriormente mencionada y que significa la unión del sector moda, textil o *retail* con la tecnología.

A continuación, los ejemplos más destacables de la categoría:

- a) Novozymes: procedimiento que consiste en la técnica de los *jeans* deslavados, que parece que se les hubiera echado lejía.
- b) Tela Spandex: tela elástica que se utiliza mucho para las ropa de baño y que a la fecha es mundialmente conocida como Lycra.
- c) Polos tecnológicos: nuevos productos que Nike y Adidas han presentado como los polos anti-rayos ultravioletas, que no permiten que los rayos solares penetren la tela y lleguen a la piel, así como también polos anti-sudoración, entre otros.
- d) El uso de la impresora 3D: mediante un *software* se puede imprimir la tela y establecer las medidas que se desea para literalmente confeccionar una prenda "a la medida".
- e) Elektrocouture: consiste en la incorporación de los leds en las prendas, como lo vimos, por ejemplo, en el Met Gala denominado "*Manus x Machina: Fashion in the Age of Technology*", cuando la modelo Karolina Kurkóvá lució un vestido que cambiaba de colores según las emociones que se recibía de tweets del público o en el *Berlin Fashion Week* del año pasado.
- f) Wareable technologies: es el caso de sacos solares que sirven como batería para recargar celulares.
- g) Apps de moda: la creación de aplicaciones relacionadas al sector de la moda, como por ejemplo, la aplicación "*Chicísimo App Moda y Ropa*", la cual descargas y te permite ver no solo *looks* sino también dónde comprar las prendas y accesorios, entre otros.
- h) Syma Lime: tecnología que consiste en insertar música en la ropa, se le conoce como "visualización del sonido".

En fin, las *startups* consisten en las empresas nuevas que presentan una fórmula de negocio innovadora y asociada a la tecnología, pero que tienen como prioridad el desarrollo de ideas creativas y diferenciadoras del común de mercado. Buscan ser los pioneros y el posicionamiento en el mercado.

En ese sentido, el surgimiento de nuevas ideas creativas conlleva el nacimiento de *startups* y que, al incorporar tecnología, son parte de la tendencia *Fashiontech* o *Fashtech*.

En el Perú cada vez es mayor el interés en el desarrollo de productos innovadores y nuevas

11. Boohoo, <http://es.boohoo.com/>.

12. Asos, <http://www.asos.com/>.

tecnologías, es así que existen tanto organizaciones privadas como gubernamentales que promueven el surgimiento de estas, siendo las más destacadas "Wayra Perú" en el sector de emprendimiento digital y "StartUp Perú", la iniciativa gubernamental que apoya los productos y servicios innovadores.

En consecuencia, las ideas innovadoras, necesitan contar con los medios suficientes para poder ser plasmados como negocios en el mercado, por ende, será necesario contar con un capital semilla —*seed stage*— como financiamiento inicial para la creación del modelo de negocio o para permitir el arranque y/o consolidación de la actividad empresarial, debido a que en un primer momento será necesario introducir el modelo al público y no necesariamente será la favorita. Sin embargo, paulatinamente se podrá alcanzar una respuesta favorable.

Posteriormente, y una vez superada la primera etapa, es un factor común la necesidad de apalancar el negocio en busca de crecer y desarrollarse. Es así que en el Perú los emprendedores tecnológicos pueden conseguir recursos a través del Fondo Marco para la Innovación, Ciencia y Tecnología —FOMITEC— o del Fondo de Investigación y Desarrollo para la Competitividad —FIDECOM—. También pueden participar en los concursos que convoca el Ministerio de la Producción en www.start-up.pe.

Asimismo, existen otras modalidades de financiamiento como las siguientes:

a) *Crowdfunding*: es un mecanismo por el cual el emprendedor presenta un modelo de negocio y el financiamiento requerido para su desarrollo. La idea del proyecto empresarial se publicará en medios virtuales por un plazo de 30 a 90 días, en donde se somete a evaluación y se decide la apro-

bación o no del modelo. En el Perú, existen ejemplos como "Creafunding"¹³, "Afluenta"¹⁴, entre otras.

- b) *Business angels*: o inversores ángeles¹⁵, consiste en un programa de financiamiento, mediante la cual inversionistas analizan los diversos proyectos y eligen los de mayores posibilidades de ingresos, de esta manera deciden financiarlos bajo su propio riesgo. Asimismo, en su calidad de inversionistas también comparten su experiencia, conocimiento y contactos, a través de lo que se le conoce como *mentoring*.
- c) Organismos No Gubernamentales-ONG: son organizaciones orientadas a brindar apoyo económico a diversos emprendimientos enfocados en la responsabilidad social y el desarrollo sostenible. Como proyectos que buscan resguardar el medio ambiente o el desarrollo de comunidades, un claro ejemplo del mecanismo es la ONG Minkando, que consiste en una organización formada por jóvenes que viene promoviendo el desarrollo sostenible por medio de diversos proyectos.

Especificamente, en la industria de la moda existen fondos de inversión denominados *Fashion Capital Partners*, que son empresas dedicadas a invertir en empresas tecnológicas de moda y lujo, así como en diseñadores innovadores en toda Europa y en los Estados Unidos. Se les conoce en el Reino Unido como *Fashion Angels* y en Estados Unidos como *Pipeline Angels*.

En el caso del Perú, contamos con diversas incubadoras o aceleradoras tales como Emprende UP de la Universidad del Pacífico, la *Startup* de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas —UPC—, Fab Lab ESAN o la UTEC Ventures como aceleradora de proyectos de empre-

13. <https://www.creafunding.com/>

14. <https://www.afluenta.pe>

15. <http://angelventures.vc>

dimiento. Ahora bien, si hablamos específicamente de moda podemos mencionar que en España ha nacido una incubadora que facilita el surgimiento de emprendimientos específicos de moda y textil que se llama *Atelier by ISEM Fashion Business School* y que forma parte de la escuela de negocios de la Universidad de Navarra, la cual pretende apostar por darles una oportunidad para que posicionen su marca no sólo en España sino también a nivel internacional.

IV. CONCLUSIONES

Hemos podido mostrar los diferentes movimientos que existen para satisfacer las necesidades y estilos de vida de sus consumidores, reflejando los múltiples cambios y modalidades tanto de valores como de sus comportamientos. No es preciso delimitar si estas tendencias son buenas o malas, sino que se debe entender que individualmente presentan sus particulari-

dades y son producto de la respuesta a nichos específicos de la comunidad, ya que todas estas tendencias recaen sobre el punto común de reforzar la relación entre los productos y sus consumidores, sea por la forma en como los ofrecen o generando o no necesidades en los productos que sean vinculables a los distintos valores o estilos de vida de las personas.

Sin embargo, a raíz de la pandemia del COVID-19, es una coyuntura complicada para el sector textil, moda y *fashion retail*, dado que se encuentra fuertemente golpeada. Sin embargo, se ha visto un crecimiento exponencial del movimiento de moda sostenible, por lo que la sostenibilidad más que una tendencia ya es una realidad para muchos negocios de este sector.

Asimismo, el sector se está transformando y usará la tecnología en los materiales de las prendas de vestir y accesorios en general para

Nacho Espada. «El modelo 'start up' en la empresa de moda», *El Altavoz*, 10 de febrero de 2017, <https://www.modaes.com/blogs/elaltavoz/el-modelo-start-up-en-la-empresa-de-moda.html>.

«El potencial de la Fashion Tech», Euronews, <http://es.euronews.com/2017/01/27/el-potencial-de-la-fashion-tech>.

Gabriel Farias Iribarren, «La era del Ultra-Fast Fashion», *MEXCostura*, 6 de octubre de 2017, <http://www.mexcostura.mx/noticias/moda/1035-la-era-del-ultra-fast-fashion>.

Gabriel Farias Iribarren, «Del Fast Fashion al Ultra Fast Fashion», *Gabriel Farias Iribarren*, 7 de julio de 2017, <https://gabrielfariasiribarren.com/del-fast-fashion-al-ultra-fast-fashion/>.

Annalucia Fasson Llosa, «El Derecho de la Moda y el detrás de cámara de los movimientos Fast Fashion, Slow Fashion, Moda Sostenible y Upcycling», *Conexión ESAN*, 28 de septiembre de 2015, <https://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2015/09/28/derecho-moda-detrás-camara-movimientos-fast-fashion-slow-fashion-moda-sosten/>.

Annalucia Fasson Llosa, «El Derecho de la Moda y los financiamientos que están dando la hora», *LexLatin*, 3 de agosto de 2016, <https://lexlatin.com/opinion/derecho-la-moda-las-formas-financiamiento-estan-dando-la-hora>.

Annalucia Fasson Llosa, «Moda 2.0: Cuando la tecnología y el glamour se unen para fortalecer una industria», *Conexión ESAN*, 28 de agosto de 2017, <https://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2017/08/28/moda-20-cuando-la-tecnología-y-el-glamour-se-unen-para-fortalecer-una-industria/>.

Annalucia Fasson Llosa, «El empoderamiento del Fashion Law como influencer en la economía», *Conexión ESAN*, 26 de febrero de 2018, <https://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2018/02/26/la-industria-de-la-moda-influencer-en-la-economía-y-el-derecho/>.

Annalucia Fasson Llosa, «La última revolución de la moda se llama ultra fast fashion», *Conexión ESAN*, 24 de mayo de 2018, <https://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2018/05/24/la-última-revolucion-de-la-moda-se-llama-ultra-fast-fashion/#:~:text=Las%20marcas%20ultra%20fast%20fashion,Per%C3%BA%20para%20revolucionar%20el%20mercado>.

generar un impacto positivo en la sociedad, por lo que todo hace pensar que el *fashion tech* será una alternativa que escogerán muchas empresas del sector para reinventarse, es decir, ya no solo se venderá *glamour* o lujo, sino que la conexión con el consumidor será más funcional mostrando a la moda como una industria que le permita mejorar su calidad de vida.

En conclusión, esperemos que nuestras autoridades y la comunidad peruana tomen conciencia sobre el sector moda, que se generen nuevas leyes de fomento e incentivo no solo a los sectores tradicionales como los clásicos sectores

agrario, pesquero o minero; puesto que, la moda y *retail* es pasada de largo cuando en realidad ya viene cumpliendo un rol protagónico en nuestro país, Latinoamérica y el mundo. La respuesta ideal del gobierno sería una normativa que no obstaculice, sino que más bien facilite y los promueva, así como también otorgue beneficios tributarios a los emprendedores y empresarios que se dedican a esta industria para fomentar su desarrollo, lo cual haría que no solo crezca en nuestro país, sino que nuestras marcas compitan a nivel internacional como es en otros países de Latinoamérica, generando más ingresos en beneficio de todos los peruanos.

Annalucia Fasson Llosa, «Fashion Tech, innovación, tecnología y moda», *Gestión*, 20 de mayo de 2018, <https://gestion.pe/opinion/fashion-tech-innovacion-tecnologia-moda-233953-noticia/>.

Annalucia Fasson Llosa, «Las tendencias del *retail* para el año 2019», *Idealex*, 10 de enero de 2019, <https://idealex.press/retail-tendencias-para-el-ano-2019/>.

«Fast Fashion Speeding Toward Ultrafast Fashion», Fund Global Retail & Technology, https://www.fungglobalretailtech.com/wp-content/uploads/2017/05/Fast-Fashion-Speeding-Toward-Ultrafast-Fashion-May-19_2017-DF.pdf.

Vivian Hendriksz, «Boohoo, Asos & Missguided pave the way for 'Ultrafast Fashion'», *Fashion United*, 24 de mayo de 2017, <https://fashionunited.com/news/fashion/boohoo-asos-missguided-pave-the-way-for-ultrafast-fashion/2017052415984>.

«Fashion Tech Women, un evento protagonizado por mujeres que lideran el sector de la moda», Madrid Capital de Moda, <http://www.madridcapitaldemoda.com/noticias/fashion-tech-women/>.

Natura. Sobre Nosotros, <http://www.natura.com.pe/natura/acerca-de-natura/sobre-nosotros>.

«Colaborativo y digital el futuro de la moda», Piloto 151, <https://piloto151.com/colaborativo-y-digital-el-futuro-de-la-moda/>.

Martí Ventura, «Del diseño a la venta en catorce días: llega la era del 'ultrafast fashion'», *Modaes Latinoamérica*, 29 de mayo de 2017, <https://www.modaes.com/back-stage/del-diseno-a-la-venta-en-catorce-dias-llega-la-era-del-ultrafast-fashion-es.html>.

«El Fashion Tech Event reúne en Madrid a los principales representantes de moda y tecnología», Zona Movilidad, <https://www.zonamovilidad.es/el-fashion-tech-event-reune-en-madrid-a-los-principales-representantes-de-moda-y-tecnologia.html>.

Correos electrónicos y mensajes de funcionarios públicos como información pública



MIGUEL ENRIQUE MORACHIMO RODRÍGUEZ^(*)

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster en Derecho, Ciencia, y Tecnología por la Universidad de Stanford

DILMAR VILLENA FERNÁNDEZ BACA

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO:

- I. La Ley de Transparencia y acceso a la información pública en Perú:
¿qué es información pública y cuál es el régimen de excepciones?
 1. Información secreta.
 2. Información reservada.
 3. Información confidencial.
- II. Contenido de los correos electrónicos y aplicaciones de mensajería electrónica de funcionarios públicos: ¿información pública?
- III. Situación en Perú.
 1. Reglamentación.
 - 1.1. Decreto Supremo N° 019-2017-JUS.
 - 1.2. Decreto Supremo N° 011-2018-JUS.
 2. Posición de las entidades.
 - 2.1. Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales.
 - 2.2. Defensoría del Pueblo.
- IV. Sobre la inconstitucionalidad del actual Reglamento de Transparencia.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 17 de noviembre de 2019.



(*) Declaración de conflicto de interés: El autor es demandante en un proceso de Acción Popular sobre la constitucionalidad del Artículo 16-A del Reglamento de la Ley de Transparencia, precisamente discutido en este artículo.

RESUMEN:

El marco normativo de la protección de datos de funcionarios públicos en servidores propiedad del Estado es muy ambiguo, e incluso podría ser considerado inconstitucional. Los autores desarrollan argumentos por los que opinan que la información, mensajes y comunicaciones contenidas en servidores públicos debería ser accesible por el público, en virtud del derecho a la información.

Palabras clave: transparencia, datos personales, información pública, funcionarios públicos, mensajes, correo electrónico.

ABSTRACT:

The law regarding protection of public servants' data in government-owned servers is ambiguous and could even be considered unconstitutional. The authors develop ideas with which they argue if information, messages and communications inside government-owned servers should be accessible to the public, by virtue of the right to information.

Keywords: transparency, personal data, public information, public servants, messages, email.

I. LA LEY DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN PERÚ: ¿QUÉ ES INFORMACIÓN PÚBLICA Y CUÁL ES EL RÉGIMEN DE EXCEPCIONES?

El principio constitucional de transparencia no está recogido de manera expresa en nuestra Constitución. Sin embargo, éste sí se encuentra de manera implícita en nuestro texto constitucional y se configura a partir de los artículos 3¹, 43² y 45³ de la Constitución. Estos artículos reconocen que el poder emana del pueblo y, por ende, que “éste debe ejercerse no solo en nombre del pueblo, sino para él”⁴. Como consecuencia, todo acto producto del poder puede y debe ser conocido por el pueblo. Al transparentar y hacer conocible cómo se ejerce el poder, se da un giro en la concepción del actuar del Estado pues, en contraposición a la

“cultura del secreto” —cultura según la cual la Administración se creía dueña de la información⁵— y de la mano con el principio de publicidad,

“(...) se comprende que toda información en poder del Estado o de las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejerzan función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización, es en principio pública. Todo documento que haya sido confeccionado bajo el financiamiento del presupuesto público es en principio público. (...)”⁶

De esta manera, la información relativa al manejo de la cosa pública es, aunque pueda sonar redundante, pública; y por ello tiene que estar al alcance de todos en miras a “*posibilitar la ple-*

-
1. *“Artículo 3º. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”*
 2. *“Artículo 43º. La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. (...)”*
 3. *“Artículo 45º. El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. (...)”*
 4. Expediente N° 00565-2010-PHD/TC, fundamento jurídico 5.
 5. Expediente N° 04912-2008-PHD/TC, fundamento jurídico 4.
 6. Expediente N° 04912-2008-PHD/TC, fundamento jurídico 4

na eficacia de los principios de publicidad y transparencia”.

Este criterio también ha sido recogido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el conocido caso Claude Reyes y otros v. Chile: el actuar del Estado debe estar regido por los principios de publicidad y transparencia lo grando, a través de estos, el control democrático de la gestión pública y la responsabilidad de los funcionarios públicos⁸. La Carta Democrática Interamericana, aprobada el 11 de septiembre del 2001 en Lima, también indica en su artículo 4 que es “componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales (...).”

Nuestra Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, cuyo Texto Único Ordenado se aprobó mediante Decreto Supremo N° 043-2003-PCM, —en adelante, la “Ley”—, desarrolla dicho principio constitucional y el derecho fundamental derivado de éste: el derecho de acceso a la información pública. El artículo 3 inciso 1 de dicha Ley reconoce una presunción de publicidad de la información en manos del Estado: “Toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas”.

Así, se configura una presunción —que admite prueba en contrario— y que solo puede ser derrotada si la información entra dentro del régimen de excepciones que prevea la Ley. De esta manera, desarrollando el régimen de las excepciones, el artículo 18 establece que

“Los casos establecidos en los artículos 15, 16 y 17 son los únicos en los que se puede limitar el derecho al acceso a la información pública, por lo que deben ser interpretados de manera restrictiva por tratarse de una limitación a un derecho fundamental. No se puede establecer por una norma de menor jerarquía ninguna excepción a la presente Ley.” —el subrayado es nuestro—.

La regulación de las excepciones gira en torno a las siguientes ideas: la regulación de estas debe ser expresa, y no pueden estar establecidas en normas de menor jerarquía a la de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Ello es conforme con el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución que enuncia, respecto del ejercicio del derecho de acceso a la información pública, que “[s]e exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.”

Por otro lado, la Ley también determina qué se debe considerar como información de acceso público:

“Artículo 10.- Información de acceso público

Las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control.

Asimismo, para los efectos de esta Ley, se considera como información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, así como las actas de reuniones oficiales.”

De dicha norma podemos establecer que cierta información es pública y, por lo tanto, es de acceso público, independientemente de su formato o soporte, si:

7. Expediente N° 01797-2002-PHD/TC, fundamento jurídico 2.
8. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Claude Reyes y otros vs. Chile, de fecha 19 de setiembre de 2006, fundamentos jurídicos 86 y 87.

- a) Ha sido creada u obtenida por una entidad pública; o,
- b) Se encuentra en posesión o bajo control de una entidad pública; o,
- c) Si la información es financiada por el presupuesto público y sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa; o,
- d) Es un acta de reunión oficial.

Para la Ley, no es importante en qué soporte está la información, si esta es digital o consta en un documento físico, entre otros. Lo trascendente para determinar la naturaleza pública de cierta información es que haya sido creada, obtenida, financiada o se encuentre en posesión de una entidad pública. Siguiendo esta lógica es que se determina en la propia Ley cuáles serían las excepciones: de acuerdo a nuestra norma, contamos con información secreta, información reservada e información confidencial.

Las excepciones se sustentan de la siguiente manera:

1. Información secreta.

De acuerdo con el artículo 15 del Texto Único Ordenado-TUO de la Ley, es información secreta aquella que se sustente en razones de seguridad nacional y que, además,

"(...) tenga como base fundamental garantizar la seguridad de las personas y cuya revelación originaría riesgo para la integridad territorial y/o subsistencia del sistema democrático, así como respecto a las actividades de inteligencia y contrainteligencia del CNI dentro del marco que establece el Estado de Derecho en función de las situaciones expresamente contempladas en esta Ley".

2. Información reservada.

Esta sería información que, debido a razones de seguridad nacional en el ámbito del orden interno, tiene por finalidad *"prevenir y reprimir*

la criminalidad en el país y cuya revelación puede entorpecerle"; así como la información *"cuya revelación originaría un riesgo a la seguridad e integridad territorial del Estado y la defensa nacional en el ámbito externo, al curso de las negociaciones internacionales y/o la subsistencia del sistema democrático"*.

3. Información confidencial.

Esta es información que contenga consejos o similares que sean producidas como parte de un proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno; la protegida por secreto bancario, tributario, comercial, etcétera; información de procedimientos sancionadores en trámite; la elaborada por asesores jurídicos cuya publicidad pueda revelar estrategias en procedimientos administrativos o judiciales; la referida a datos personales; y aquella que esté exceptuada expresamente por la Constitución o por una ley aprobada por el Congreso de la República.

Como se puede observar, el régimen de excepciones se fundamenta en el contenido de información, mas no en su soporte. No importa si la información consta en un documento físico, en un archivo digital o en cinta de video, lo relevante es que si dicha información gira en torno a, por ejemplo, ubicaciones de bases militares, no será información de acceso público.

Llegados a este punto, y en torno al régimen de excepciones del derecho de acceso a la información pública, podemos sacar las siguientes conclusiones: (a) en tanto limitan un derecho fundamental, las excepciones deben ser interpretadas de manera restrictiva; (b) solo se puede establecer excepciones a través de una norma con rango de ley; y, (c) las excepciones versan sobre el contenido de la información y no de su soporte.

Teniendo claros estos puntos en torno al régimen de excepciones, cabe analizar sobre si la

9. Artículo 16 del TUO de la Ley.

información contenida en los correos electrónicos de funcionarios públicos y aplicaciones de mensajería electrónica de estos es información pública.

II. CONTENIDO DE LOS CORREOS ELECTRÓNICOS Y APLICACIONES DE MENSAJERÍA ELECTRÓNICA DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS: ¿INFORMACIÓN PÚBLICA?

Para determinar si la información contenida en los correos electrónicos y aplicaciones de mensajería electrónica de funcionarios públicos es de acceso público, creemos importante volver a señalar cuáles son los criterios para determinar si cierta información es información pública. Para efectos de este supuesto, únicamente tendremos en cuenta los siguientes criterios (a) si la información ha sido creada u obtenida por una entidad pública; y, (b) si esta se encuentra en posesión o bajo control de una entidad pública.

Cuando se crea un servidor o usuario para cuentas de correo electrónico institucional, éstos y la información que estos contienen se almacenan en las computadoras de los funcionarios públicos que laboran en la entidad. Lo mismo sucede con aplicaciones de mensajería electrónica. En este sentido, en la medida que la información estaría bajo posesión o bajo control de una entidad, dicha información sería de acceso público. De la misma manera, si la aplicación de mensajería instantánea se encuentra instalada en un teléfono móvil financiado por el presupuesto público o utilizan presupuesto público para realizar el pago por el intercambio de datos, también caería también dentro del supuesto de información de acceso público.

Una vez establecido que esta información es de acceso público, cabe analizar cuál es la relación de dicha información con el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. El artículo 2 inciso 10 de nuestra Constitución dispone que

"(...) Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen. (...)"

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado en reiterada jurisprudencia¹⁰ que el mencionado derecho *"prohíbe que las comunicaciones y documentos privados de las personas sean interceptados o conocidos por terceros ajenos a la comunicación misma"*. En este sentido, dicho derecho se ve afectado *"cuando se aprehende la comunicación (...), como cuando se accede al conocimiento de lo comunicado, sin encontrarse autorizado para él"*¹¹. De este desarrollo, cabe llamar la atención que el mencionado derecho prohíbe el acceso a comunicaciones y documentos privados. Como tuvimos oportunidad de exponer previamente, la información contenida en los correos electrónicos institucionales de funcionarios públicos y aplicaciones de mensajería electrónica es información pública. Por ello, en principio, esta información no estaría dentro del ámbito de protección del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados.

Es cierto que hay quienes pueden sostener que los servidores públicos son trabajadores del Estado y que, de acuerdo a jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los trabajadores gozan de la protección del secreto e inviolabilidad de sus comunicaciones. En efecto, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de afirmar que

"(...) puede alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se violaría el principio de la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos"

-
10. Expediente N° 01149-2018-PHC/TC, fundamento jurídico 7 y Expediente N° 00867-2011-PA/TC, fundamento jurídico 2.
11. Expediente N° 02863-2002-PA/TC, fundamento jurídico 3.

mente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo.”¹²

No obstante, sobre ello cabe realizar las siguientes precisiones. En primer lugar, el propio Tribunal ha indicado que

“(…)La información o los datos (totales o parciales) registrados en documentos que por cualquier medio se encuentren sujetos (total o parcialmente) al principio de transparencia no se encuentran protegidos por el derecho al secreto de los documentos y, en consecuencia, no pesa sobre terceras personas el deber jurídico de mantener la reserva o confidencialidad de los mismos.”¹³ —el subrayado es nuestro—.

Asimismo, un trabajador privado goza de una esfera de protección más amplia que un trabajador o servidor público. En efecto, el mencionado Alto Tribunal también tuvo oportunidad de indicar que “en una sociedad democrática los funcionarios y servidores públicos están más expuestos al escrutinio y a la crítica que las demás personas”¹⁴. En dicho caso, el Colegiado se pronunció en torno al derecho a la intimidad de funcionarios públicos y, en esa línea, sostuvo que:

“(…)el umbral de protección se ve reducido debido a que dichas personas, desde el momento en que han decidido asumir cargos públicos, se exponen, de manera voluntaria, a un mayor escrutinio público acerca del modo en que ejercen la función (...) [por lo tanto] es admisible -e incluso deseable- que a partir del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión, por ejemplo, pueda criticarse el desempeño de un funcionario o servidor público.

Esto responde a la necesidad misma que tiene la sociedad de informarse y de formarse un criterio sobre el manejo de la cosa pública”¹⁵. —el subrayado es nuestro—.

Siguiendo dicha lógica, en la medida que el umbral de protección de los servidores públicos se ve reducido, sería admisible y deseable, que a partir del ejercicio del derecho de acceso a la información pública se pueda conocer el manejo de la cosa pública. Al momento que una persona toma la decisión de asumir un cargo público se expone, de manera voluntaria, a una mayor observancia y vigilancia pública, lo que incluye que las comunicaciones que realiza a través de sus cuentas institucionales sean de acceso público.

De esta manera, podemos concluir que la información contenida en las cuentas de correos electrónicos institucionales de funcionarios públicos y en las aplicaciones de mensajería electrónica es información pública. Esta información no cabe dentro del ámbito de protección del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. Asimismo, el servidor público, en su condición de tal y por haber asumido voluntariamente dicha condición, se encuentra expuesto a un nivel mayor de escrutinio y su ámbito de protección está reducido por el interés público que, en una sociedad democrática, existe por conocer y fiscalizar el manejo de los asuntos públicos.

Dicho esto, cabe analizar cuál es la situación sobre el particular en nuestro país.

III. SITUACIÓN EN PERÚ

Como expusimos previamente, para determinar la calidad de una información como pública o no, la Ley no diferencia en el soporte de esta.

-
12. Expediente N° 01058-2004-PA/TC, fundamento jurídico 18.
 13. Expediente N° 02976-2012-PA/TC, fundamento jurídico 27.
 14. Expediente 03079-2014-PA/TC, fundamento jurídico 60.
 15. *Ibid.*, fundamentos jurídicos 61 y 62.

Cuando cierta información cumple los requisitos para ser pública, la única manera de sustraerla del acceso público es que quepa dentro de una de las excepciones establecidas en la Ley. Estas excepciones, además, tienen su justificación en el contenido de la información.

El Reglamento de la Ley, Decreto Supremo N° 072-2003-PCM —en adelante, el “Reglamento”—, al momento de su promulgación no hacía especificaciones en torno a si la información contenida en correos electrónicos y aplicaciones de mensajería electrónica de funcionarios públicos es información de acceso público o no. No obstante, dicha situación cambió en setiembre de 2017.

1. Reglamentación.

1.1. Decreto Supremo N° 019-2017-JUS.

A través del Decreto Supremo N° 019-2017-JUS, publicado el 15 de septiembre de 2017, se introdujo una modificación al Reglamento. En este se incorporaba el artículo 16-A cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 16-A.- Denegatoria de acceso y procesamiento de datos preexistentes

La información contenida en correos electrónicos o en aplicaciones de mensajería electrónica de los funcionarios públicos no es de acceso público.”

Como podemos observar, el Reglamento optó por regular el acceso a la mencionada información estableciendo una prohibición absoluta: en ningún caso la información contenida en correos electrónicos o en aplicaciones de mensajería electrónica de los funcionarios públicos es de acceso público.

1.2. Decreto Supremo N° 011-2018-JUS.

No obstante, dicha disposición no estaría vigente mucho tiempo. El 14 de noviembre de 2018 se publicó el Decreto Supremo N° 011-2018-JUS que modificó la redacción de dicho artículo de la siguiente manera:

“Artículo 16-A.— Información contenida en correos electrónicos

La información contenida en correos electrónicos de los funcionarios y servidores públicos es de acceso público, siempre que se trate de información institucional de naturaleza pública. El pedido de información debe ponerse en conocimiento del funcionario o servidor público titular del correo electrónico, quién debe proporcionar la información solicitada. No es de acceso público la información contenida en correos electrónicos que tengan carácter de secreta, reservada y confidencial, de acuerdo a lo previsto en los artículos 15, 16 y 17 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM.”

Se pasó, pues, de un régimen de prohibición absoluta a uno en el que se determinaba que si la información es *“institucional de naturaleza pública”* —sic— sería de acceso público. Además, se establece que es el propio funcionario o servidor público quien debe proporcionar la información solicitada.

Como era de esperar, estas modificaciones llamaron la atención de distintas entidades del Estado quienes, preocupados por el régimen de transparencia en nuestro Estado, emitieron sus pareceres —en especial, en torno a la primera modificación—. Pasemos a exponer brevemente cuál fue su posición.

2. Posición de las entidades.

2.1. Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales.

La Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales —en adelante, la “Dirección”— tuvo oportunidad de interpretar la primera formulación del artículo 16-A. Abordando dicho aspecto, a diferencia de la posición nuestra, la Dirección entiende que el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones sí com-

prende a las comunicaciones y documentos — contenidos en correos electrónicos — que provengan de fuente institucional¹⁶. Sin embargo, ello “no es óbice para señalar que este contenido impide el acceso a la información de naturaleza pública que puedan poseer o albergar estos medios técnicos [los correos electrónicos]”¹⁷.

Así, afirma que queda excluida cualquier interpretación de la norma que esté orientada a la exclusión absoluta de la información contenida en los correos electrónicos o aplicaciones de mensajería electrónica de funcionarios públicos. Así, opta por entender que la interpretación a dar al artículo 16-A es que la información contenida en correos electrónicos o en aplicaciones de mensajería electrónica de los funcionarios públicos no es de acceso público siempre que esta sea secreta, reservada o confidencial¹⁸.

No obstante ello, la Dirección concluye afirmando que es el propio funcionario público titular de la cuenta de correo electrónico el que brindará su consentimiento o no para la entrega de información cuando esta sea solicitada. Así, el servidor, luego de verificar si la información contenida en los correos electrónicos cabe dentro de algún supuesto establecido en la Ley, debe dejar por escrito su consentimiento; de no existir este, “está prohibida la entrega de información al solicitante”¹⁹.

En buena cuenta, si bien la Dirección considera que no es una interpretación constitucional-

mente viable el considerar que toda la información contenida en los correos electrónicos y aplicaciones de mensajería electrónica no es de acceso público, establece un procedimiento distinto al de la Ley: que sea el propio funcionario titular el que determinará si se entrega o no la información. Como pudimos observar, la modificación al artículo 16-A recoge el espíritu de esta opinión consultiva. Como expondremos con mayor detalle de manera posterior, esta posición nos parece también de dudosa constitucionalidad.

2.2. Defensoría del Pueblo.

La Defensoría del Pueblo, a través del Informe de Adjuntía 001-2019-DP/AAC analizó ambos Decretos Supremos. Así, a grandes rasgos sostuvo que el incluir el artículo 16-A en el Reglamento no hace viable el combatir riesgos de corrupción en el Estado²⁰. El mencionado artículo vulnera el principio de transparencia y el de máxima publicidad ya que “promueve el secretismo de aquella información que se encuentra almacenada en las cuentas electrónicas institucionales de los/as funcionarios/as públicos/as”²¹.

Asimismo, la Defensoría del Pueblo considera que esta norma no cumple con los estándares establecidos por la Organización de los Estados Americanos para limitar el acceso a la información pública y, asimismo, es innecesaria porque nuestro régimen actual ya cuenta con parámetros para determinar cuándo cierta información es pública o no²².

-
16. Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales. Opinión Consultiva N° 051-2018-DGTAIPP, fundamento jurídico 39.
 17. *Ibíd.*
 18. *Ibíd.*, fundamentos jurídicos 64 y 65.
 19. *Ibíd.*, fundamento jurídico 72, numeral (ii), inciso 2.
 20. Defensoría del Pueblo. Informe de Adjuntía N° 001-2019-DP/AAC, 29.
 21. *Ibíd.*, 30.
 22. *Ibíd.*, 31.

El mencionado organismo constitucional también se pronunció respecto de la modificación realizada al artículo 16-A posteriormente. En efecto, considera llamativo que se establezca que sea el propio funcionario público el que decida si cierta información es de acceso público y que este Reglamento también resulta insuficiente porque se debe desarrollar obligaciones en torno a la conservación de información contenida en correos electrónicos, entre otros²³.

Finalmente, la Defensoría del Pueblo también explicó su parecer en torno al pronunciamiento emitido por la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Sobre el particular, sostuvo que la mencionada opinión consultiva *"introduce criterios, como el consentimiento del titular de la cuenta electrónica y la capacidad informática de la entidad, que contravienen el derecho de acceso a la información pública y, por consiguiente, no elimina los vicios de inconstitucionalidad advertidos en el primer párrafo del controvertido artículo 16-A"*²⁴.

IV. SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACTUAL REGLAMENTO DE TRANSPARENCIA

Nosotros consideramos que el artículo 16-A, tanto como en su redacción original como en su redacción vigente, es inconstitucional. Consideramos que la primera redacción era inconstitucional e ilegal porque iba en contra de una disposición expresa de la propia Ley: el artículo 18 establece que no se puede establecer excepciones por normas inferiores a la mencionada Ley.

En este supuesto, estaríamos ante un reglamento directamente inconstitucional. De acuerdo

con Juan Carlos Morón, estos reglamentos son aquellos que *"de manera inmediata transgreden, viola(n) o es(son) incompatible(s) con un precepto constitucional, como por ejemplo, un reglamento autónomo por su contenido viole algún derecho fundamental de los ciudadanos."*²⁵ El mencionado artículo vulnera la Constitución en al menos dos momentos. El primero es la violación del artículo 2, inciso 5 de la Constitución Política del Perú que establece que todos tenemos derecho a solicitar y recibir información de las entidades de la Administración Pública, salvo en los casos que esta afecte la intimidad personal, esté excluida por la ley o por razones de seguridad nacional.

Como podemos deducir de lo contemplado hasta ahora, el párrafo del Reglamento del Decreto Legislativo 1353 que crea la nueva excepción a la Ley de Transparencia limita el derecho fundamental al acceso a la información pública y no lo hace bajo algunas de las modalidades contempladas por la Constitución. Como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, respecto de este derecho se reconocen dos variantes: una individual y una colectiva. La individual se corresponde con la posibilidad del solicitante para ejercer otros derechos y la colectiva está referida a la posibilidad de formar opinión pública y al control constitucional sobre los representantes de la sociedad.²⁶ Por tanto, la nueva excepción planteada por el Reglamento del Decreto Legislativo 1353 no solo viola formalmente el precepto constitucional, sino que su efecto se extiende a los derechos conexos al ejercicio de acceso a la información pública.

La segunda trasgresión es la violación del artículo 51 de la Constitución Política del Perú,

23. *Ibid.*, 8.

24. *Ibid.*, 30.

25. Juan Carlos Morón, "Análisis jurisprudencial del Proceso de Acción Popular en el Perú: Propuestas para mejorar el control jurisdiccional sobre las normas reglamentarias". Tesis para optar por el grado académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional. (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado, 2013) 115.

26. Sentencia del Expediente N° 01797-2002 HD/TC, fundamento jurídico 11.

que señala la primacía de nuestra Carta Magna sobre todas las normas legales y a su vez la primacía de estas sobre otras normas de menor jerarquía. Teniendo en cuenta que la situación descrita es la de un Reglamento que desnaturaliza lo establecido en una norma legal de mayor jerarquía, parece evidente cuál de ellas debe prevalecer en dicho conflicto. Al respecto el Tribunal Constitucional ha dicho lo siguiente:

"La fuerza normativa de la que está investida la Administración se manifiesta por autonomía en el ejercicio de su potestad reglamentaria. El reglamento es la norma que, subordinada directamente a las leyes e indirectamente a la Constitución, puede, de un lado, desarrollar la ley, sin transgredirla ni desnaturalizarla, y, de otro, hacer operativo el servicio que la Administración brinda a la comunidad. Los primeros son los llamados reglamentos secundum legem, de ejecución, o reglamentos ejecutivos de las leyes, los cuales están llamados a complementar y desarrollar la ley que los justifica y a la que se deben. (...)"²⁷ —el subrayado es nuestro—.

Ahora bien, decimos que existe una situación de desnaturalización o trasgresión en la medida en que el Reglamento del Decreto Legislativo 1353 ha contradicho una disposición muy clara de la Ley de Transparencia: la de no añadir nuevas excepciones al acceso a la información pública, salvo que estas sean introducidas por otra ley de igual jerarquía. Si bien este Reglamento desarrolla lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1353, que sí es una norma de igual jerarquía que la Ley de Transparencia, en esta no se hace ninguna mención a nuevas excepciones o se establece algún nuevo régimen de tratamiento de la información contenida en correos electrónicos o aplicaciones de mensajería electrónica de funcionarios públicos.

De acuerdo a todo ello, podemos afirmar, efectivamente, que la antigua redacción del artículo 16-A era inconstitucional porque establecía

una excepción al derecho de acceso a la información pública. Así, vulneraba tanto la Constitución como la Ley: la Constitución, al ser un reglamento que transgrede la Ley —siendo que existe una norma constitucional que proscribe ello—; y, la Ley, porque es un reglamento que lo transgrede y desnaturaliza totalmente: crea excepciones no permitidas.

Ahora bien, creemos que la actual redacción del mencionado artículo sigue siendo inconstitucional e ilegal. En primer lugar, cabe enunciar que la nueva formulación del Reglamento establece una categoría de información —información institucional de naturaleza pública— no prevista en la Ley. Tal como expusimos previamente, la información contenida en los correos electrónicos y aplicaciones electrónicas de funcionarios públicos entran dentro del supuesto de información pública que define la ley. Por lo tanto, el establecer la categoría de “información institucional de naturaleza pública” genera un nuevo supuesto de información no prevista en la norma. La información es pública siguiendo alguno de los criterios que enunciamos previamente, no tiene que ser “información institucional”.

En segundo lugar, el Reglamento dispone que sea el funcionario titular del correo electrónico quien debe proporcionar la información solicitada, mientras que la Ley explícitamente establece que es el funcionario responsable designado por la entidad el que debe brindarla. Aún más, que sea el propio funcionario quien determine si la información es o no de acceso público pone en manos de un funcionario público el poder de clasificar, indirectamente, cierta información. Al momento de solicitar información contenida en los correos electrónicos, esta debería ser entregada por parte del funcionario responsable de transparencia de la entidad salvo que esta esté considerada dentro de alguno de los supuestos de excepción, sin importar la voluntad o no del funcionario titular del correo electrónico institucional.

27. Expedientes Acumulados N°. 0001/0003-2003-AI/TC, fundamento jurídico 15.

En tercer lugar, creemos que el actual artículo 16-A del Reglamento vulnera el principio constitucional de transparencia al hacer más gravoso el acceso a cierta información pública —que el funcionario titular del correo sea quien deba brindar la información solicitada—. Ello brinda mayor opacidad al actuar del Estado e incrementa la cultura del secretismo. Así, otorga una potestad discrecional al funcionario titular del correo electrónico, siendo que la entrega de información no es discrecional, sino que nace de una obligación constitucional de entregarla.

Para concluir, es importante recalcar que nosotros no sostenemos que pueda ser el caso que en las cuentas de correo electrónico institucionales exista información del funcionario público que pueda resultar sensible e incluso lesiva de su derecho a la intimidad o derecho de protección de datos personales. No obstante, el

determinar ello no está en las manos del propio funcionario público, ni incluso en las manos del funcionario encargado de transparencia de la entidad.

Si la información cumple con alguno de los supuestos reseñados de manera anterior, es considerada información pública y debería ser entregada a quien la solicita salvo esta quepa dentro de algunas de las excepciones. De ser este el caso, la entidad debe motivar por qué no entrega la información en base a alguno de los supuestos de excepción; siendo que le debería corresponder al juez el decidir si, en efecto, la información no entregada está dentro de algunos supuestos de excepción. La decisión debería recaer, entonces, en manos de quien ejerza jurisdicción y garantice, conforme a ello, el cuidado necesario para tratar dicha información.

ARBE ABOGADOS

CORPORATIVOS FINANCIEROS

www.arbe.com.pe

Calle Amador Merino Reyna N° 307, Edificio Nacional, piso 11 - San Isidro, Lima - Perú

T. (01) 716-1300



ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

**ARBITRAJE
CIVIL
CONTRATACIÓN PÚBLICA**

**CORPORATIVO
PROPIEDAD INTELECTUAL
SEGUROS**

Avenida Arequipa 2327/Lince, Lima 14 - Perú
Central: (00-51-1) 200-9090 / teléfonos: (00-51-1) 422-6152 / (00-51-1) 441-4166
e-mail: estudio@castillofreyre.com / web site: <http://www.castillofreyre.com>



Rafael Prado Bringas
Américo Hidalgo Gómez
Marcial Gutiérrez Lucar

Mercedes Cabrera Bravo
Carla Noriega Trujillo
Rocío Gómez Yalán

Av. Del Pinar 106. Oficina 706
Edificio Vistacorp Chacarilla | Surco

Teléfono: +51 1 715 1060
Correo electrónico: contacto@rpb.pe

Publicidad programática y protección de datos personales



ABEL REVOREDO PALACIOS

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Máster en Derecho por la James E. Beasley School of Law de la Universidad de Temple.

Profesor de Derecho y Nuevas Tecnologías en la Escuela de Posgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

SUMARIO:

- I. Transformación del mercado publicitario.
- II. Publicidad programática.
 1. Demanda.
 2. Oferta.
 3. Los datos.
 4. *Cookies*.
 5. Ecosistema programático.
- III. ¿Se utilizan datos personales en publicidad programática?
 1. Comportamiento del usuario.
 2. *Internet Protocol* —IP—.
- IV. ¿Cuál es la regulación aplicable?
- V. Conclusiones.



RESUMEN:

El autor introduce el concepto de publicidad programática, que aprovecha el uso extendido del internet para mejorar el contenido que los usuarios reciben a través de los anuncios. Explica los elementos relevantes para entender el uso de la publicidad programática, y discute sobre la posibilidad del uso de datos personales en esta práctica. De esta manera, introduce una comparativa respecto de la legislación aplicable en el Perú y en la Unión Europea.

Palabras clave: publicidad programática, datos personales, *marketing, cookies, IP, Derecho Informático, internet, algoritmos.*

ABSTRACT:

The author introduces the concept of programmatic advertising, which exploits the extended use of the internet to enhance the content users receive through adverts. He explains some relevant elements to better understand its use, and discusses whether personal data is involved in its practice. Thus, he compares the applicable legislation in the European Union and Peru.

Keywords: programmatic advertising, personal data, marketing, cookies, IP, IT Law, internet, algorithms.

I. TRANSFORMACIÓN DEL MERCADO PUBLICITARIO

La globalización y el cada vez más frecuente uso de la tecnología no son ajenos a ninguna persona. Como muchos de nosotros hemos presenciado, muchos sectores se han visto beneficiados con la inserción de la tecnología en sus procesos a través de una transformación digital. Pues bien, el mundo de la publicidad no es la excepción, siendo que se trata de un campo de constante transformación. La tecnología ha generado importantes cambios en la lógica publicitaria.

De acuerdo al “Market Report sobre Inversión Publicitaria 2019”, publicado y elaborado por

la Compañía Peruana de Estudios de Mercados y Opinión Pública S.A.C., la participación de la inversión publicitaria según medios nivel nacional concentra el 42.9% en televisión, 19.9% en internet, 12.3% en la radio, 10.3% en la vía pública y 14.6% en otros¹. Sin embargo, a pesar de encontrar la mayor inversión publicitaria del país en televisión, este sector viene cayendo desde el año 2015, perdiendo un estimado de US\$ 118 millones en facturación². Por otro lado, el ranking no solo pone a internet como el medio de segundo puesto en inversión publicitaria, sino que además viene contemplando crecimientos sin interrupción desde su aparición, siendo Google y Facebook los más beneficiados según el informe³.

	2015		2016		2017		2018		2019	
	US\$	%								
Televisión	351	49.4	368	50.8	320	47.9	284	45.8	250	42.9
Internet	77	10.8	86	11.9	96	14.4	107	17.3	116	19.9
Radio	74	10.4	83	11.4	85	12.7	82	13.2	72	12.3
Vía Pública (2)	68	9.6	64	8.8	59	8.8	56	9.0	60	10.3
Diarios (1)	94	13.2	81	11.2	69	10.3	59	9.5	56	9.6
Cable	34	4.8	31	4.3	28	4.2	23	3.7	21	3.6
Revistas	13	1.8	12	1.7	11	1.6	9	1.5	8	1.4
Total	711	100.0	725	100.0	668	100.0	620	100.0	583	100.0
Participa (PBI)	0.37		0.38		0.31		0.28		0.26	
Crecimiento	3.3%		3.9%		2.5%		3.9%		2.1%	

Como podemos observar, internet es el único medio cuya inversión publicitaria viene creciendo de manera constante desde el año 2015, siendo que, los empresarios y emprendedores del país ya no deben preguntarse si conviene publicitarse en internet o no: ahora la pregunta es cómo y de qué forma hacerlo. Y es que, en este medio podemos encontrar infinidad de plataformas donde incluir nuestra publicidad, siendo los medios online más utilizados los siguientes:

- a) **Los banners:** es un anuncio publicitario en forma de imagen gráfica que suele ubicarse a lo largo de una página web, en un margen u otro espacio reservado para publicidad. Por este medio, los anunciantes pagan de acuerdo al número de visualizaciones o el coste por mil impresiones —CPM—.
- b) **Google AdWords:** Google diseñó un modelo basado en *keywords* para la adquisición de espacios publicitarios, logrando el mejor aprovechamiento de la inversión, ya que se paga por las veces que los usuarios interactuaban con su anuncio, es decir, se paga por cada click que se genere o el coste por *click* —CPC— en el anuncio.
- c) **Las redes sociales:** a través de ellas se rea-

liza una segmentación de usuarios para el target que buscan los publicistas, permitiendo separar intereses y comportamientos, mientras el usuario interactúa con ellos. Con YouTube surgió un nuevo formato publicitario transmitido en video, donde unía en un mismo sitio una audiencia micro segmentada de millones de usuarios y el potencial e impacto del anuncio en video⁴.

Según Matt Lawson, hasta hace unos años, los equipos mercadotécnicos habían seguido por mucho tiempo la fórmula de "Creatividad atractiva + Plan de medios inteligente"⁵. Sin embargo, hoy en día eso no es suficiente: ahora resulta necesario llegar hasta la explosión de los datos. Los datos sobre perfil y comportamiento del usuario constituyen el principal activo en el proceso de intercambio⁶, como veremos más adelante, en la publicidad programática.

Entonces, ahora la fórmula a seguir por los equipos de *marketing* para conseguir exitosas campañas recae en la conjunción de tres partes: "Datos + Creatividad atractiva + Plan de medios", con el fin de ubicar al usuario correcto, enviar el mensaje adecuado y en el momento preciso⁷, esto es lo que conoceremos en los siguientes puntos como publicidad programática.

1. «Inversión Publicitaria 2019», CPI - Compañía Peruana de Estudios de Mercado y Opinión Pública S.A.C., 2019, https://www.cpi.pe/images/upload/paginaweb/archivo/26/mr_inversion_publicitaria_2019_n01_2020_a.pdf.

Cuadro elaborado por CPI – Compañía Peruana de Estudios de Mercado y Opinión Pública S.A.C.

2. *Ibid.*

3. *Ibid.*

4. «¿Qué es y cómo funciona el Real Time Bidding (RTB)?», Antevenio, <https://www.antevenio.com/blog/2015/01/que-es-y-como-funciona-el-real-time-bidding-rtb/>.

5. Matt Lawson, «¿Por qué el marketing de marca necesita cambiar de fórmula?», *Think with Google*, noviembre de 2016, <https://www.thinkwithgoogle.com/intl/es-es/estrategias-de-marketing/datos-y-medicion/por-que-el-marketing-de-marca-necesita-cambiar-de-formula/>.

6. Inmaculada J. Martínez-Martínez, Juan-Miguel Aguado y Yannick Boeykens, «Implicancias éticas de la Automatización de la Publicidad Digital: Caso de la Publicidad Programática en España», *Revista El profesional de la información*, 26-2 (2017), http://www.elprofesionaldelainformacion.com/contenidos/2017/mar/06_esp.pdf.

7. *Ibid.*

II. PUBLICIDAD PROGRAMÁTICA

La asociación *Interactive Advertising Bureau* —IAB— ha señalado que:

"La compra programática no es más que dejar que las máquinas lleven a cabo la tarea que se les ha encomendado desde cada una de las partes intervenientes en toda acción comercial: la compra y la venta. Por el lado de la compra, seleccionar cada vez mejor los perfiles que cada marca necesita y por el lado de la venta, tratar de que su inventario sea optimizado de la mejor manera"⁸.

Es así que, la publicidad programática busca realizar procesos de compra de espacio publicitarios de manera planificada, es decir, mediante el uso de *software* y metodologías basadas en algoritmos. Los algoritmos utilizados definirán los términos de la demanda en tiempo real y serán capaces de ejecutar la compra más adecuada de un espacio publicitario. De esta manera, la compra se realizará de acuerdo a los objetivos de campaña establecidos y en base a los datos definidos en términos de perfiles de usuario, precio, valor o cualquier otro parámetro fijado. En esencia, la publicidad programática es la "compra" de espacios publicitarios en distintos dispositivos programáticos para adquirir audiencias específicas.

Ahora bien, en la publicidad programática tenemos cuatro elementos que distinguir: la demanda, oferta, los datos y las *cookies*.

1. Demanda.

En la demanda encontramos a los anunciantes, agencias o marcas que requieren invertir en espacios publicitarios para promocionar sus productos y/o servicios. Asimismo, tenemos un *trading desk* conformado por las personas que diseñan las estrategias de compra de la campaña. Dentro de la demanda también encontra-

mos el *Ad-Server*, que es el servidor de anuncios que permite lanzar una campaña de publicidad a los medios y la que se debe conectar a un *Demand-side Platform-DSP*. El DSP está conformado por los motores de compras de audiencias y de espacios publicitarios al menor precio posible.

Es importante recordar que en publicidad programática se busca una audiencia específica de acuerdo al perfil de usuario, por ende, mientras no se encuentre esta audiencia relevante, el proceso de compra de espacios publicitarios no se inicia.

2. Oferta.

La oferta está conforma por los usuarios, audiencias que le interesan a la marca, los medios de comunicación, distintas plataformas donde los usuarios entran para acceder a contenido —Facebook, YouTube, entre otros—. Asimismo, es posible encontrar un *Ad-Server* en la oferta, principalmente como medida de control y para realizar el filtro de usuarios de acuerdo al *target* requerido por la demanda. También encontramos un *SSP* o *Supply-side Platform*, que permite optimizar la venta de la audiencia al mayor precio posible, maximizando el beneficio al medio de comunicación o plataforma que los ofrece.

3. Los datos.

Como lo habíamos señalado anteriormente, los datos sobre el perfil y el comportamiento de un usuario son el mayor activo de en el proceso de la publicidad programática, debido a que hace que el ecosistema interactúe entre sí. Los profesionales de este campo distinguen los datos en tres clasificaciones: datos primarios, secundarios y de terceros.

- a) Datos primarios: son los datos recolectados por una empresa de manera directa de sus activos digitales y medios o de su interacción con clientes y potenciales clientes. Son

8. iab - Interactive Advertising Bureau, *Libro Blanco de Compra Programática*, (2014), https://es.slideshare.net/t20-media/libro-blanco-de-compra-programatica-y-rtb-49875852?from_action=save.

datos de gran calidad debido a la proximidad con la que se recolectan, asimismo, son los datos más costosos de obtener.

- b) Datos secundarios: son los datos primarios intercambiados con otra empresa. De esta manera, la empresa compradora puede obtener datos de calidad y establecerse controles de calidad y uso sobre los datos.
- c) De terceros: son los datos que han sido recolectados por un *agregador*. Su fuente es desconocida y se trata de grandes volúmenes de datos puestos a disposición de compradores interesados.

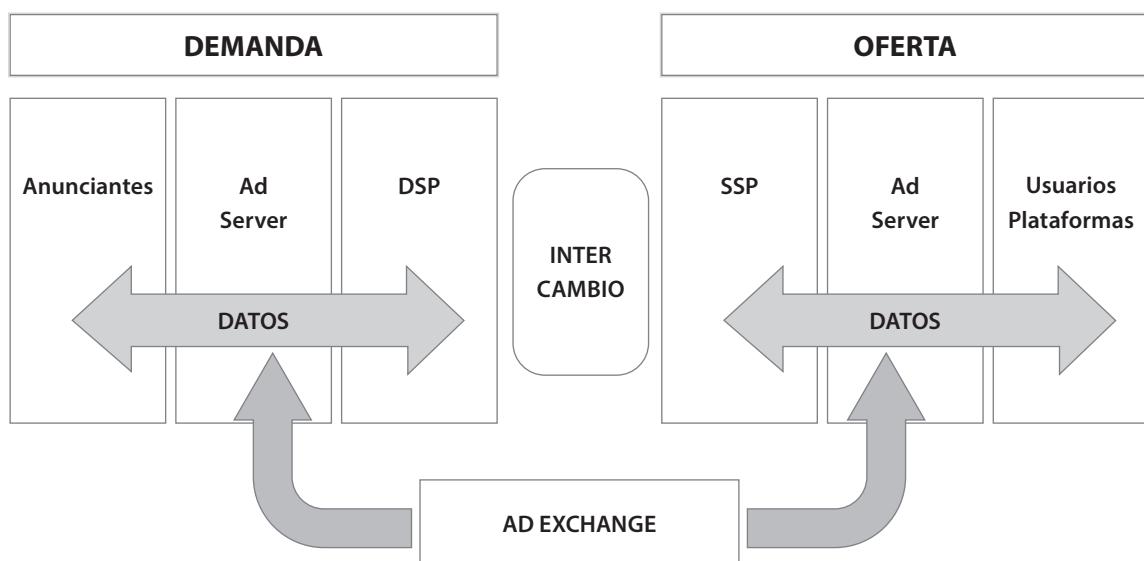
4. Cookies.

Ahora bien, como lo hemos señalado en puntos anteriores, para llevar a cabo la compra de espacios publicitarios es necesario contar con información del usuario, y para hacer esto posible, se utilizan *cookies* o galletas. Las *cookies* son un fragmento de texto o información almacenado en el dispositivo del usuario que permiten recopilar información sobre el perfil, preferencias y comportamiento del mismo. De esta manera, las *cookies* se pueden quedar en el dispositivo del usuario y continuar recogiendo información entre sesiones o por visitas, o hasta culminar con el tiempo de vida previsto para las *cookies*.

Existen distintas clasificaciones para las *cookies*, estas pueden diferenciarse por el requerimiento de consentimiento del usuario sobre su uso —*cookies sin consentimiento* y *cookies con consentimiento*—, por la entidad que las gestiona —de terceros y propias—, por el tiempo de vida en que la *cookie* permanece activa —de sesión y persistentes—, por la finalidad —publicitarias, análisis, técnicas—, entre otras.

5. Ecosistema programático.

Ahora bien, para la compra de un espacio publicitario existen diversas técnicas, como la venta directa, *deals*, PMP —*Private Market Place*— o el RTB —*Real Time Bidding*—. Sin embargo, para efectos del presente artículo nos centraremos en dos de ellas, la programación directa y la puja en tiempo real o RTB. La programática directa es una venta directa tradicional de un espacio publicitario lo que la hace tener mayor prioridad que las demás ofertas ya que los acuerdos se realizan a través de contratos privados, de manera exclusiva y se fijan en un precio por encima de una subasta abierta. En cambio, la puja en tiempo real o RTB implica realizar subastas en tiempo real sobre un espacio publicitario, esta subasta se realiza mientras el usuario está descargando el espacio publicitario y la web que lo contiene, entonces la puja con mayor valor se hace ganadora del espacio y publica su anuncio específico para el usuario que descargó la página. El anun-



cio específico es escogido teniendo en cuenta la información personal disponible del usuario, que ha sido recogida por *cookies*, de esta manera el usuario tiene visibilidad al anuncio de un producto que “casualmente” le hacía falta o ha *googleado* días atrás.

Entonces, el proceso de publicidad programática inicia en el momento en el que el usuario se conecta a una página web específica, de esta manera, los servidores iniciarán un intercambio de información sobre el perfil del usuario y espacios publicitarios disponibles. De encontrar un espacio disponible el servidor se conectará al SSP, y el SSP enviará la disponibilidad de espacio a una plataforma de intercambio publicitario o *Ad Exchange*. El *Ad Exchange* es un mercado donde se encuentra la oferta y la demanda de espacios publicitarios, tanto del DSP como del SSP. Entonces, una vez recibida la oferta del SSP, el *Ad Exchange* se conectará con las DSP, a fin de iniciar una subasta por el espacio publicitario.

III. ¿SE UTILIZAN DATOS PERSONALES EN PUBLICIDAD PROGRAMÁTICA?

Ahora que conocemos más de cerca el ecosistema de la publicidad programática y su funcionamiento, analizaremos el uso de datos en publicidad programática y si estos constituyen datos personales.

Partiendo de la idea de que las *cookies* recopilan información correspondiente a los usuarios de páginas web, nace la pregunta de si nos encontramos bajo el ámbito de aplicación de la Ley 29733, Ley de Protección de Datos Personales y su Reglamento, lo que nos hace pensar en el deber de información y la obligación de recopilar el consentimiento de los “usuarios titulares”. No obstante, antes de eso, vamos a analizar qué tipo de datos recopilan las *cookies*.

Como hemos visto, existen diversos tipos de *cookies*, por lo que, para efectos de este punto, utilizaremos la clasificación de *cookies* sin nece-

sidad de consentimiento y *cookies* que sí lo requieren. Las primeras suelen recopilar información sobre el idioma preferido, tamaño de letra, ubicación y seguridad; mientras las *cookies* que requieren consentimiento registran actividad de los usuarios, las páginas que visitan, productos añadidos a un carrito de compra artículos leídos, número de IP, entre otros.

Ahora bien, el Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales dice lo siguiente:

“Artículo 2.- Definiciones.

Para los efectos de la aplicación del presente reglamento, sin perjuicio de las definiciones contenidas en la Ley, complementariamente, se entiende las siguientes definiciones:

(...)

4. *Datos personales*: Es aquella información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica, sobre hábitos personales, o de cualquier otro tipo concerniente a las personas naturales que las identifica o las hace identificables a través de medios que puedan ser razonablemente utilizados.⁹”

Entonces, un dato personal puede consistir en el nombre de una persona, su DNI, domicilio, número de teléfono, correo electrónico, fecha de nacimiento, edad, nacionalidad, rasgos físicos, puesto de trabajo, historial crediticio, cuentas bancarias, título universitario, creencias religiosas, afiliaciones políticas, tipo de sangre, ADN, huella digital, entre otros datos que identifican o hacen identificable a una persona.

Si bien en publicidad programática las *cookies* no recopilan información sobre nombres o correos electrónicos, existen dos datos que analizaremos para efectos de su aplicación por la Ley de Protección de Datos Personales, estos son el comportamiento del usuario y el número de IP.

1. Comportamiento del usuario.

El Reglamento de la Ley de Protección de Datos

9. Ley 29733, Ley de Protección de Datos Personales del 2 de julio de 2011, del Diario Oficial El Peruano, <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0036/ley-proteccion-datos-personales.pdf>.

Personales señala que un dato personal es información numérica, gráfica o alfabética sobre hábitos personales. La Ley de Protección de Datos Personales ni su Reglamento tienen una definición de lo que es un hábito, sin embargo, para efectos del presente artículo, podemos definirlo como la práctica habitual que una persona realiza. Mientras que, un comportamiento es un conjunto de acciones o manera de comportarse de una persona en determinada situación o, en este caso, en determinada página web.

Si bien, las *cookies* recopilan información sobre el comportamiento de un usuario al navegar en una web específica, esta información no constituye necesariamente un hábito de dicha persona. Si dependemos del tiempo de vida de las *cookies*, hay que considerar que muchas de ellas solo se activan al inicio de sesión o durante las visitas realizadas a una página web determinada. Entonces, la información sobre el comportamiento de un usuario podrá calificar como un hábito únicamente si analizamos de manera particular cada caso. Debido a eso, solo las plataformas en las que el usuario tenga mayor interés, son las que estarán en mayor capacidad de recopilar información sobre sus posibles hábitos en la esfera digital, mientras que el resto de plataformas solo obtendrán información de las sesiones en las que haya estado activo.

Por otro lado, hay que agregar que el Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales también señala que los datos personales deben identificar o hacer identificable a una persona a través de medios que puedan ser razonablemente utilizados. En este caso, si quisieramos identificar a alguien por los "hábitos" que tiene en una determinada plataforma, tendríamos que recurrir a herramientas y esfuerzos mucho mayores a los que razonablemente utilizaríamos con un dato como el DNI. Por ende, el comportamiento de un usuario en una determinada página web es información que difícilmente cabe como dato personal, ya sea por no asociarse a una persona o por ser información anonimizada.

2. *Internet Protocol (IP)*.

La dirección IP es un número de dirección que

hace posible la comunicación en internet de los aparatos conectados a la red, como dispositivos, ordenadores, servidores web o servidores *e-mail*; es decir, es el número de registro con el que internet puede identificar un ordenador. Ahora bien, a pesar de que existan direcciones IP públicas, IP privadas e IP dinámicas, nadie puede navegar por la red sin un número de IP. Como vemos, a primera vista parecería que una dirección IP podría asociarse fácilmente a una persona, ya que un dispositivo por sí solo no puede conectarse a internet, para esto tendría que ser encendido y manipulado por una persona. Sin embargo, reconozco que es un tema debatible, que analizaremos a continuación.

El Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales establece que un dato personal identifica o hace identificable a una persona a través de medios que puedan ser razonablemente utilizados. Entonces, ¿una dirección IP podría ser considerada un dato personal? La respuesta, al igual que el caso anterior, dependerá de si se cuenta con datos adicionales para asociar la IP a una persona natural. Es decir, el número de IP por su sola composición solo ubica el dispositivo registrado con su dirección, más no puede identificar a la persona que lo utiliza, ya que para eso se necesita acceder a información adicional, muchas veces inalcanzable al público en general.

Ahora bien, si nos ponemos en el caso de un proveedor de internet o una empresa de telecomunicaciones que ya cuenta con información adicional que le permite rastrear las actividades de una persona natural a través de la dirección de IP de su teléfono, entonces, en ese caso en particular, el número de IP sí debe ser considerado un dato personal y, por ende, contar con el consentimiento del titular para tratarlo. Una dirección IP por sí misma no podría identificar a una persona natural, sin embargo, en el caso de contar con datos adicionales, cuyo rápido cruce de información permite la identificación del portador del dispositivo, esa dirección IP deberá tratarse como un dato personal.

A pesar de los análisis realizados en los dos últimos puntos, debemos recordar que no son los

únicos datos que recopila una cookie de publicidad programática. Las *cookies* son herramientas que ayudan a recopilar información, y así como pueden ser usados para otros sectores además de publicidad, también pueden recopilar información distinta al comportamiento de un usuario.

IV. ¿CUÁL ES LA REGULACIÓN APLICABLE?

Como hemos podido observar, las *cookies* constituyen una de las principales herramientas de la publicidad programática, ya que, a través de ella recopilan información correspondiente al comportamiento de los usuarios, lo que hace posible el inicio de subastas por espacios publicitarios.

Al respecto, si bien en el punto anterior nos damos cuenta que el panorama legal donde se desenvuelve la publicidad programática no termina de ser del todo claro, esto sucede debido a la falta de regulación de las *cookies* en nuestro país. Y es que, a diferencia de la Unión Europea, Perú no cuenta aún con una regulación o pronunciamiento oficial sobre el uso de *cookies*, por ende, de presentarse algún conflicto en el futuro sobre el uso de las mismas, se deberá observar la Ley de Protección de Datos Personales y su Reglamento.

La Regulación General de Protección de Datos —GDPR— de la Unión Europea establece que las *cookies* que funcionen para identificar usuarios de cualquier manera, serán consideradas como información personal, al respecto la GDPR ha señalado:

“Las personas físicas pueden ser asociadas a identificadores en línea facilitados por sus dispositivos, aplicaciones, herramientas y protocolos, como direcciones de los protocolos de internet, identificadores de sesión en forma

de «cookies» u otros identificadores, como etiquetas de identificación por radiofrecuencia. Esto puede dejar huellas que, en particular, al ser combinadas con identificadores únicos y otros datos recibidos por los servidores, pueden ser utilizadas para elaborar perfiles de las personas físicas e identificarlas.”¹⁰

En ese sentido, la GDPR incluye la información recopilada por *cookies* dentro de su ámbito de aplicación, debido a que abre la posibilidad de identificar a una persona. Asimismo, el Reglamento ha señalado que el consentimiento tácito del uso de *cookies* no resulta suficiente para la legislación europea, pues requiere una acción de afirmación por parte del usuario como señal de su consentimiento. Tampoco es suficiente la ventanilla de los consejos sobre ajustar las configuraciones del o el aviso de *“Por usar este sitio web usted acepta el uso de cookies”*. Al respecto, la GDPR exige mantener una opción disponible para no usar *cookies*, de tal forma que su bloqueo sea tan fácil como su aceptación.

Ahora bien, la GDPR ha establecido en su texto que resultaría aplicable para los proveedores de bienes o servicios que, aunque no estén establecidos en la Unión Europea, recopilen datos de usuarios ubicados en su territorio:

“(...) el tratamiento de datos personales realizado por autoridades públicas o por organismos privados que actúen en interés público, el tratamiento que afecte a interesados en su territorio, o el tratamiento realizado por un responsable o un encargado que no esté establecido en la Unión cuando sus destinatarios sean interesados residentes en su territorio”¹¹.

De esta manera, la GDPR resulta aplicable principalmente en la Unión Europea, sin embargo, la norma establece la posibilidad de realizar revisión periódica de su aplicación a proveedores

-
10. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo del 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=ES>.
 11. *Ibid.*

de bienes o servicios de terceros países. Es decir, establece la obligación sobre organizaciones fuera de la UE que cuenten con clientes, accionistas u otros grupos de interés con residencia en Europa, a ajustarse a su Reglamento. A la fecha, no hemos tenido conocimiento de proceso o fiscalización alguna por parte de la Unión Europea a páginas web cuyo origen se encuentre fuera de su territorio. No obstante, recomiendo tener muy en consideración su normativa para la programación de páginas que hayan recibido o reciban visitas de residentes europeos.

V. CONCLUSIONES

La publicidad programática busca realizar procesos de compra de espacio publicitarios mediante el uso de *software* y metodologías basadas en algoritmos, que definen los términos de la demanda en tiempo real y son capaces de ejecutar la compra más adecuada de un espacio publicitario. De esta manera, la publicidad programática nos ofrece una manera de optimizar las campañas de publicidad destinando los anuncios a los perfiles de usuario y comportamiento establecidos.

Las *cookies* son la mayor herramienta de trabajo de la publicidad programática, ya que con ellas recopilan su mayor activo, que son los datos de perfiles y comportamiento. Sin embargo, debemos tener presentes dos cosas, una es que las *cookies* son una herramienta que no ha sido regulada en nuestro país; la segunda es que el bien jurídico protegido bajo la normativa peruana son los datos personales, en consecuencia, si la tecnología de las *cookies* recopila datos personales, en ese momento será de aplicación la Ley de Protección de Datos Personales.

Los datos recopilados por cookies en publicidad programática no terminan de calzar en la definición de datos personales bajo la normativa peruana. No obstante, debemos leer nuestra normativa de la mano con la legislación en el mundo, debido a que en la red no existen *disclaimers* sobre la legislación aplicable o el país de origen de una página web, entonces podríamos encontrarnos con el caso de recibir visitas de clientes con residencia en Europa, y exponernos a una posible aplicación de la GDPR.



-
-  www.revistaadvocatus.com
 -  consejo@revistaadvocatus.com
 -  **ADVOCATUS**
 -  [@revistaadvocatus](https://www.instagram.com/@revistaadvocatus)
 -  [Revista ADVOCATUS](https://www.linkedin.com/company/revista-advocatus/)

Blog jurídico AGNITIO

-  www.agnitio.pe
-  equipoagnitio@agnitio.pe
-  **Agnitio**
-  [@agnitiope](https://www.instagram.com/@agnitiope)
-  **AGNITIO**
-  [Blog Jurídico Agnitio](https://www.linkedin.com/company/blog-juridico-agnitio/)
-  [@agnitiope](https://twitter.com/@agnitiope)



Influencers e INDECOP: el problema de la solución a la publicidad encubierta



ALEJANDRO DÍAZ-VALDEZ

Abogado por la Pontificia Universidad Católica Argentina.

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Máster en Comunicación Corporativa y Empresarial por la Universidad de Barcelona.

SUMARIO:

- I. Introducción.**
- II. Marco normativo actual.**
 - 1. Ley de Represión de la Competencia Desleal.
 - 2. Código de Protección y Defensa del Consumidor.
 - 3. Leyes sectoriales.
- III. El Proyecto.**
 - 1. Intención.
 - 2. Problemas.
 - 2.1. ¿Quién es un *influencer*?
 - 2.2. ¿Qué implica el contacto previo del anunciant?
 - 2.3. ¿Es suficiente el *#publicidadcontratada*?
- IV. Conclusiones.**



RESUMEN:

La llegada de los *influencers* ha generado una nueva forma de publicidad y es por eso que el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual-INDECOPI presentó la “Guía sobre Publicidad Digital y recomendaciones para *Influencers* [Proyecto]” con el objetivo de ofrecer lineamientos que deberían ser seguidos por *influencers* al publicar publicidad en sus redes sociales y no incumplir, entre otros, la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Este artículo busca presentar al lector los principales problemas que se articulan de la lectura del proyecto de guía mencionada y las dificultades que su redacción actual supone para su ejecución.

Palabras clave: *influencers*, publicidad, INDECOPI, competencia, redes sociales.

ABSTRACT:

The arrival of influencers has generated a new type of advertising, which is why the Peruvian National Institute for the Defense of Competition and Intellectual Property-INDECOPI presented the “Guide on Digital Advertising and recommendations for Influencers [Project]”. It offers guidelines that influencers should follow when posting advertisement in their social media and, in that way, not fail to comply with, among others, the Repression of Unfair Competition Law. This article aims to present to the reader the main problems that arise from the reading of the mentioned project guide and the difficulties its current wording poses for its execution.

Keywords: influencers, advertising, INDECOPI, Competition Law, social media.

I. INTRODUCCIÓN

Los avances tecnológicos en las formas de comunicación han originado la aparición nuevos puntos de encuentro entre anunciantes, oferentes y consumidores y la forma de interactuar entre ellos. Internet, y más específicamente las redes sociales, han propiciado el advenimiento de espacios novedosos donde las empresas pueden encontrar a su público y así potenciar su presencia de marca y la comercialización de sus productos.

Sin embargo, si no fuera por la aparición de ciertos personajes, la relación entre anunciantes, oferentes y consumidores y la forma en la cual los productos y/o servicios son presentados a los potenciales consumidores seguiría siendo la misma a través del tiempo: el anunciante intentando acercar un producto o servicio a un consumidor dispuesto a adquirirlo. En internet, por ejemplo, a través de *banners* y/o videos. Tradicionalmente, un anunciante se serviría de una figura pública para conectar sus productos y/o servicios con su público objetivo considerando la imagen que quisiera proyectar en sus potenciales consumidores. Dicha figura

pública podría, justamente, ser pública en virtud de su profesión —actor, deportista, músico, cantante, chef, modelo, etc.—, pero difícilmente en virtud de la confianza y capacidad de influenciar la toma de decisiones de potenciales consumidores.

La llegada de los *influencers* como generadores de opinión e “influenciadores” de comportamiento ha generado una nueva forma de conectar anunciantes y oferentes con sus consumidores. Éstos, basados en la credibilidad que sus seguidores —potenciales consumidores— han depositado en aquellos, los eligen para publicitar sus productos y/o servicios y acercarse a su público objetivo de una manera más natural y espontánea.

Sin embargo, la línea que determina qué contenido es propio y espontáneo de un *influencer* y cuál es un contenido pagado por y realizado en beneficio de un anunciente es, cuanto menos, difusa. Es por eso que el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual-INDECOPI presentó, en el último cuatrimestre de 2019, la “Guía sobre Publicidad Digital y recomendaciones para *Influencers* [Proyecto]¹”

1. Guía sobre Publicidad Digital y recomendaciones para *Influencers* [Proyecto], de 2019, publicado por INDECOPI, <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/3979412/Publicidad+Digital.pdf/186e5bc2-42c6-9a30-1d5c-dff598e82358>.

con el objetivo de ofrecer los lineamientos que deberían ser seguidos por los *influencers* para publicar publicidad en sus redes sociales —en adelante, el “Proyecto”—.

La intención de este artículo es presentar al lector los principales problemas que se articulan de la lectura del Proyecto y las dificultades que su redacción actual supone para su ejecución.

II. MARCO NORMATIVO ACTUAL

En la actualidad, existen dos grandes cuerpos normativos que regulan las obligaciones y las consecuencias relacionadas con la publicidad de productos y/o servicios: Ley de Represión de la Competencia Desleal y Código de Protección al Consumidor.

1. Ley de Represión de la Competencia Desleal.

La Ley de Represión de la Competencia Desleal “(...) reprime todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento

del proceso competitivo².” En concreto, la Ley de Represión de la Competencia Desleal busca proteger a los partícipes del mercado —sean anunciantes, oferentes, consumidores, medios de comunicación social, etc.— de prácticas desleales y/o anticompetitivas que, en última instancia, podrían afectar negativamente la conducta de un consumidor.

El Proyecto indica que, entre otras cuestiones, la publicidad de *influencers* podría afectar los siguientes principios contenidos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal:

- a) Actos de engaño —artículo 8—³: son actos que afectan la transparencia del mercado y, en líneas generales, se relacionan con la veracidad de las características y condiciones informadas al mercado sobre ciertos productos y/o servicios.
- b) Actos contra el principio de autenticidad —artículo 16—⁴: son actos que impiden al consumidor reconocer el contenido publicitario como tal. Este tipo de actividades, en el caso de los *influencers*, es justa-

2. Artículo 1 del Decreto Legislativo 1044, de 25 de junio de 2008, por el que se aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

3. Artículo 8: Actos de engaño:

- 8.1.- *Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.*
- 8.2.- *Configuran actos de engaño la difusión de publicidad testimonial no sustentada en experiencias auténticas y recientes de un testigo.*
- 8.3.- *La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante.*
- 8.4.- *En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o un servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje.*

4. Artículo 16: Actos contra el principio de autenticidad:

- 16.1.- *Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, impedir que el destinatario de la publicidad la reconozca claramente como tal.*
- 16.2.- *Constituye una inobservancia a este principio difundir publicidad encubierta bajo la apariencia de noticias, opiniones periodísticas o material recreativo, sin advertir de manera clara su naturaleza publicitaria. Es decir, sin consignar expresa y destacadamente que se trata de un publirreportaje o un anuncio contratado.*

mente la razón por la cual el Proyecto ha sido concebido. En el caso de los *influencers*, el discernimiento entre qué contenido es propio, espontáneo y generado por el *influencer* y cuál contratado por un anunciantes puede ser muy difícil de diferenciar.

2. Código de Protección y Defensa del Consumidor.

El Código de Protección del Consumidor:

"(...) tiene la finalidad de que los consumidores accedan a productos y servicios idóneos y que gocen de los derechos y los mecanismos efectivos para su protección, reduciendo la asimetría informativa, corrigiendo, previniendo o eliminando las conductas y prácticas que afecten sus legítimos intereses. En el régimen de economía social de mercado establecido por la Constitución, la protección se interpreta en el sentido más favorable al consumidor, de acuerdo a lo establecido en el presente Código."⁵

Es decir, protege al consumidor por la diferencia de información que existe entre él y el proveedor y/u oferente de un producto y/o servicio que lo pone a su disposición.

El Código de Protección y Defensa del Consumidor aplicará de manera supletoria a la Ley de Represión de la Competencia Desleal en la medida que la publicidad no constituya una oferta. En dicho caso, la oferta también estará protegida por el Código de Protección y Defensa del Consumidor. Al respecto, si bien la publicidad y la oferta tienen como objetivo que, eventualmente, un consumidor adquiera y/o contrate los productos y/o servicios ofrecidos por el anunciantes, una publicidad es una comunicación de los atributos de un producto y/o servicio determinado, mientras que una oferta

es una invitación a contratar bajo en los términos y condiciones ofrecidos.

3. Normas sectoriales.

Existen normas que regulan la forma en la que ciertos productos deben ser publicitados, como en el caso del tabaco, alcohol, medicamentos, entre otros. En estos supuestos la publicidad no sólo se regula de acuerdo a los principios generales establecidos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, sino que debe cumplir con los requerimientos específicos de dicha norma sectorial.

Así, por ejemplo, la Ley 28705 para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco establece, en su artículo 13, que los anuncios de productos de tabaco deberán consignar la frase *"Prohibida su Venta a Menores de 18 Años"*; la Ley 28861 que Regula la Comercialización y Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas establece, en su artículo 8, que la publicidad de toda bebida alcohólica deberá consignar la frase *"Tomar bebidas alcohólicas en exceso es dañino"*.

En efecto, el artículo 17, inciso 2, de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁶, establece que será un incumplimiento a dicha ley, el incumplimiento de las normas sectoriales.

III. EL PROYECTO

1. Intención.

El Proyecto publicado por INDECOPI, si bien no constituye un marco normativo con carácter de ley exigible con pena de ser sancionado por incumplimiento, busca dar el puntapié inicial contra la publicidad encubierta que podrían realizar los *influencers*.

Asimismo, es importante remarcar desde el

5. Artículo 1 de la Ley 29571, de 1 de setiembre de 2010, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

6. 17.2.- Constituye una inobservancia de este principio el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance.

inicio que los *influencers*, en la medida que no publiciten productos y/o servicios propios —eventos, marcas de ropa, líneas de productos de cuidado personal y/o belleza, etc.—, son el medio de comunicación elegido por la anunciante y, por ende, no son anunciantes *per se* y no son responsables por el contenido de la publicidad.

En ese sentido, el Proyecto indica que “*(...) la problemática gira en torno al uso de formato publicitarios que se utilizan en el marketing de influencers que no permitan los seguidores (consumidores) detectar con claridad cuando están frente a contenido publicitario o cuando es un mensaje auténtico del influencer (...)*”.

Es por ello que el Proyecto, sin constituir un cuerpo normativo independiente y exigible *per se*, tiene como intención establecer ciertas recomendaciones y buenas prácticas para que los *influencers* publiquen contenido publicitario sin que supongan incumplimientos a la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Así, la intención del Proyecto es determinar las situaciones en las cuales el *influencer* está haciendo publicidad de un producto y/o servicio, a los efectos de mantener correctamente informado a sus seguidores del carácter publicitario de dicho contenido.

2. Problemas.

El Proyecto, sin embargo, no es perfecto y su principal falla radica en la dificultad que se ha planteado para su aplicación, tanto en la definición de su ámbito de aplicación subjetivo —quién—, como objetivo —cuándo—.

Al respecto, el Proyecto indica que “*(...) se entenderá como publicidad aquellas prácticas realizadas por el influencer que promuevan, directa o indirectamente las marcas, productos o servicios del anunciente, siempre y cuando se hayan originado como consecuencia del contacto previo del anunciente a cambio de un pago o beneficio de cualquier tipo.*”⁷

Para entender a quién y cuándo aplicaría lo dispuesto en el Proyecto, resulta necesario desmenuzar su ámbito de aplicación:

2.1. ¿Quién es un *influencer*?

Si bien no es una novedad que los anunciantes se sirvan de figuras públicas para publicitar sus productos y/o servicios, la figura del *influencer* es relativamente reciente.

El Proyecto define a los *influencers* como:

“(...) una persona que cuenta con cierta credibilidad sobre un tema determinado y que, dada su capacidad de convencimiento o llegada a sus seguidores, sin tener en consideración necesariamente el número de estos, puede convertirse en un componente determinante en las decisiones que los consumidores realizan en el mercado.”

A diferencia de una figura pública en razón de su profesión —actor, músico, cantante, chef, modelo, etc.—, un *influencer* genera en sus seguidores la sensación de cercanía y conocimiento, basada en algún tipo de atributo del *influencer*. El atributo que hace que un *influencer* sea tal es tan variado como *influencers* hay en el mundo, es decir, la relación con el seguidor puede ser en virtud del conocimiento de un tema específico, humor, éxito profesional, gusto determinado en ropa, gastronomía, música, etc.

Ahora bien, el primer obstáculo generado por el Proyecto está directamente relacionado, justamente, por quiénes calificarían como *influencers*. La definición otorgada por el Proyecto podría implicar que ninguno, o todos, los usuarios de redes sociales sean catalogados como *influencers* por carecer de criterios objetivos para su delimitación.

En efecto, ¿qué implica que una persona tenga “*cierta credibilidad sobre un tema determinado*”?

7. El subrayado me pertenece.

Muchos *influencers* generan conexión con su público por ser referentes en temas específicos —moda o gastronomía, por ejemplo—, pero muchos otros no necesariamente son expertos en uno, o ningún, tema específico y simplemente han amasado una gran cantidad de seguidores en base a la forma en que se desenvuelven e interactúan con su público. Así, por ejemplo, ¿sería de aplicación lo detallado en el Proyecto para *influencers* que no son expertos en ningún tema? El hecho de gozar, o no, de credibilidad sobre un tema específico no necesariamente es un factor determinante para identificar a un *influencer*. No sólo no es un factor determinante, sino que la carga de la prueba relacionado a este componente es sumamente difícil, sino imposible de probar.

Así mismo, cabe preguntarse cómo haría el INDECOP para probar que el contenido publicado por un *influencer* es, o ha sido, “*un componente determinante en las decisiones que los consumidores realizan en el mercado*”. No cabe duda de que el término *influencer* se relaciona justamente con el hecho de “*influir*” un comportamiento, pero resultaría interesante conocer el mecanismo a implementar por el INDECOP para determinar cuándo un *influencer* determinado efectivamente (a) ha influido en el comportamiento de sus seguidores a nivel general para ser catalogado como “*influencer*”; y (b) que la decisión de consumo del seguidor se ha dado por el hecho de haber sido influenciado por el *influencer*. Es decir, ¿cómo haría el INDECOP para determinar que cierto usuario es considerado *influencer* por sobre otro basado en la capacidad de influenciar sobre decisiones de consumo de terceros? ¿Acaso utilizarán recursos para analizar hábitos de consumo de todos los usuarios de las redes para determinar si sus decisiones de consumo fueron influenciadas por otros usuarios? Si es así, ¿a cuántos usuarios más debería haber influenciado para ser considerado *influencer*? Difícilmente podría decirse que haber influenciado a una sola persona implique ser catalogado como un influenciador capaz de ser un “*un componente determinante en las decisiones que los consumidores realizan en el mercado*”. ¿Cuál es el umbral que debería cruzarse

para considerar a un usuario de redes sociales como “*influencer*”?

Es decir, para catalogar a un usuario de redes sociales como *influencer* sí es necesario considerar la cantidad de seguidores que éstos tienen en sus canales. Para aclarar, supongamos el siguiente ejemplo: la marca de licores espirituosos importados de Europa “XYZ” decide comenzar a comercializar sus productos en el Perú y, como estrategia de posicionamiento, decide contactarse con jóvenes de entre 28 y 35 años de los barrios más selectos de Lima para que publiquen contenido publicitario en sus redes sociales. Ninguno de los jóvenes seleccionados se considera, ni son considerados por sus pares, amigos y conocidos como *influencers*; simplemente gozan de una vida social activa y, por ende, tienen algunos pocos miles de seguidores en sus redes sociales. En concreto, ninguno de ellos cuenta con más de 2,500 seguidores Instagram. XYZ ofrece a estos jóvenes (a) solventar los gastos de una fiesta en sus casas, en donde se preparen tragos con el licor “XYZ”; y (b) regalarle a cada uno de ellos una caja con 12 botellas de “XYZ”, a cambio de la publicación de una serie de fotos, videos y *stories* en Instagram. ¿Califican los jóvenes como “*influencers*”? ¿Deberían indicar que se trata de *#publicidadcontratada*? ¿Debería quedar englobado en el derecho de libre expresión? Es decir, los supuestos objetivos se habrían cumplido —contacto previo del anunciantes y contraprestación— pero, ¿estos jóvenes podrían ser pasibles de sanciones administrativas por no indicar que su contenido era publicidad contratada? ¿Podría defenderse que ellos son *influencers*?

La definición de quién podría ser catalogado como *influencer* ofrecida por el Proyecto, si bien podría ser correcta en la teoría, resulta gaseosa y difusa en la práctica si se la quiere utilizar como parámetro para determinar quiénes estarían sujetos al cumplimiento de la normativa aplicable en materia publicitaria. Los componentes principales que sirven para determinar cuándo estamos frente a un *influencer* y, por ende, cuándo tales personas estarían obligadas a informar a sus seguidores que su contenido es publicidad contratada, son completamen-

te subjetivos. No existen umbrales objetivos que permitan discernir con claridad cuándo un usuario de redes sociales es *influencer* o no, sino mecanismos de difícil comprobación basados en (a) conocimientos sobre un tema específico; y/o (b) la capacidad de influenciar el comportamiento de sus seguidores.

2.2. ¿Qué implica el contacto previo del anunciante?

El Proyecto establece que para que un contenido publicitario contratado sea tal, debe haber existido un contacto previo del anunciante al *influencer*. Esto, al igual que la definición de *influencer* que comentamos en la sección anterior, trae aparejado una serie de problemas.

Para comenzar, cabe preguntarse cuál es la herramienta que planea usar el INDECOPI para fiscalizar que esto efectivamente haya sido así. Considerando el principio de legalidad, que a grandísimos rasgos indica que los actos prohibidos están tipificados en las leyes que regulan su ejercicio y que para gatillar la sanción que traen aparejados es necesario que se cumplan tal como están redactados, el hecho de limitar el ámbito de aplicación a los casos en los cuales el *influencer* es contactado previamente por el anunciante impone una carga probatoria especialmente difícil para quien alegue que un anunciante ha incumplido con la normativa aplicable en materia publicitaria y, por ende, pasible de una sanción administrativa.

¿Qué significa un contacto previo? ¿En qué momento se gatilla dicho contacto previo? ¿Cómo puede la parte afectada probar que el *influencer* actuó bajo un contacto previo del anunciante? Un contrato posterior a la publicidad, por ejemplo, no serviría para probar el contacto previo; el contrato es la foto final, el resultado, de una negociación que debe ser iniciada por alguna de las partes. En ese escenario, ¿sería necesario tener que recurrir a la etapa precontractual e indagar cómo fue iniciada la negociación? Además, suponiendo que la intención del INDECOPI fuera efectivamente investigar la etapa precontractual del acuerdo entre el anunciante y el *influencer*, ¿cómo haría para determinar con

certeza que el anunciante realizó el primer contacto previo con el *influencer*? Para quien haya participado en más de una negociación contractual, nunca es claro quién dio el puntapié inicial en las negociaciones.

Además, no existe razón alguna para excluir del ámbito de aplicación que el anunciante sea contactado previamente por el *influencer*, si también puede generarse contenido publicitario de esta manera. Es decir, si la intención del INDECOPI es evitar que los seguidores de los *influencers* carezcan de información certa en relación a potenciales publicidades encubiertas, entonces la etapa precontractual y la forma en la cual se generó el negocio jurídico entre *influencer* y anunciante debería serle completamente indiferente al INDECOPI. Si sirve de algo haber excluido la situación donde el *influencer* es quien contacta al anunciante es, justamente, para eludir responsabilidad por incumplimiento al Proyecto.

Así, la circunscripción del ámbito de aplicación al hecho de que el *influencer* haya sido previamente contactado por el anunciante no sólo parece arbitraria, sino que impone una carga de la prueba sumamente complicada para quien intente una acción administrativa contra un *influencer* por un supuesto de publicidad encubierta que, en la práctica, atenta contra el mismo principio de protección al consumidor que tanto busca proteger.

2.3. ¿Es suficiente el #publicidadcontratada?

Finalmente, el Proyecto establece que:

"(...) los casos en los cuales no sea evidente para el consumidor que está frente a contenido publicitario o se tienen dudas de si es suficiente o no lo comunicado para que el consumidor interiorice dicha naturaleza de la publicación, el influencer debe expresar que su publicación es un anuncio contratado. Una opción para realizar esta comunicación es mediante el uso de hashtags como #publicidad o #publicidadcontratada."

La inclusión del hashtag, sin embargo, queda a

criterio del *influencer* basado en lo que él cree que podría ser, o no, un contenido publicitario evidente para sus seguidores.

Esto es, en esencia, un problema para los *influencers* dada la conexión que éstos tienen con sus seguidores. Como el mismo Proyecto señala, la interacción que los *influencers* tienen con sus seguidores es menos forzada e invasiva dado el enfoque natural y espontáneo que transmite el *influencer*⁸. Lo anterior, sumado a que queda a consideración del *influencer* determinar cuándo un contenido publicitario podría no ser evidente para sus seguidores, tiene como consecuencia un incentivo vil de, justamente, no indicar cuándo sus seguidores están frente a contenido publicitario contratado. Considerando que la conexión entre seguidores e *influencers* se da por el carácter espontáneo de su contenido, la publicación de contenido publicitario contratado atentaría contra la relación generada y podría ser un desincentivo para que el *influencer* informe que se trata de publicidad contratada.

De cualquier manera, el *influencer* podría sortear fácilmente esta obligación de información. Si el contenido publicado no califica como “publicidad”, por carecer de cualquiera de los componentes descritos en los apartados 2.2 y 2.3 anteriores, entonces el *influencer* no estaría obligado a informar a sus seguidores que el contenido publicado es una publicidad contratada, contrariando, justamente, lo que el Proyecto busca proteger.

IV. CONCLUSIONES

Es entendible que la punición de una conducta deba estar bien delimitada y sus alcances, bien descritos, de otra manera cualquier acto de la vida civil podría ser interpretado como una conducta subsumible dentro cualquier figura prohibida. Sin embargo, la descripción de la conducta prohibida deber ser lo suficiente-

mente objetiva como para poder, efectivamente, proteger a terceros de la consumación de tal conducta. Ese es el principal problema del Proyecto.

Su intención es loable y deseada por el mercado; las recomendaciones para evitar que ninguna persona esté expuesta a publicidades encubiertas son más que bienvenidas, pero para que esta protección sea llevada a la práctica, es necesario que las conductas que configuran un incumplimiento tengan criterios objetivos. El hecho de que no haya criterios objetivos para determinar, en primera instancia, quién calificaría como *influencer*, es un obstáculo que dificulta a priori su implementación. Basar la aplicación de eventual sanciones en personas que (a) tengan conocimientos sobre un tema específico; y/o (b) la capacidad de influenciar el comportamiento de sus seguidores es, como mínimo, difícil de probar. Si habiendo podido probar con éxito la calidad de “*influencer*” de un usuario de redes sociales, aun así, nos topáremos con la también difícil tarea de probar que el contenido publicitario se dio en virtud de un contacto previo del anunciante.

Esto es más evidente aún si tomamos en consideración que las conductas sancionables prescinden de toda culpa o dolo para la atribución de responsabilidad. Si no existe un criterio de atribución subjetivo para una conducta determinada, es decir, si es indiferente si el denunciado ha tenido la intención de cometer la infracción —sumado a que también es indiferente que haya existido un daño, el simple hecho de haberse configurado el cumplimiento implica su sanción—, con más razón la descripción de la conducta prohibida debería proteger los intereses de terceros mediante una tipificación objetiva, clara y sin grises.

En efecto, el Proyecto parecería ser un buen consejo sin destinatario. La guía de recomenda-

8. Guía sobre Publicidad Digital y recomendaciones para *Influencers* [Proyecto], de 2019, publicado por INDECOPI, 21, acceso el 28 de noviembre de 2019, <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/3979412/Publicidad+-+Digital.pdf/186e5bc2-42c6-9a30-1d5c-dff598e82358>.

ciones sobre cómo publicar el contenido publicitario contratado carece de sentido si no existe claridad en cuanto a quién y cuándo debería seguir dichas recomendaciones para no ser sancionado por cumplimientos a la normativa aplicable en materia publicitaria.

Como dijimos anteriormente, cualquier, o ningún, usuario de redes sociales podrían ser catalogados como *influencers* por carecer de criterios objetivos para su delimitación.

No es intención de este artículo fijar los criterios

objetivos necesarios para que las recomendaciones del Proyecto sean efectivas, sino plantear una discusión sobre cómo debería abordarse esta situación. Es evidente que el contenido publicitario contratado debe ser fácilmente identificable para usuarios de redes sociales, de manera que éstos puedan tomar las decisiones de consumo de la forma más informada posible. El Proyecto es el puntapié inicial en este sentido, pero resulta necesario continuar el debate entre *influencers* y las autoridades pertinentes a fin de acordar un texto que permita cumplir el fin buscado por la norma.

Ciencia, Tecnología y Derecho Ambiental



VITO LEONARDO VERRA CORONADO

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster en Economía y Gestión Ambiental por la Universidad Comercial Luigi Bocconi.
Profesor de posgrado en la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de posgrado en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
Profesor de posgrado en la Universidad ESAN.

SUMARIO:

- I. Introducción.**
- II. Características del Derecho Ambiental.**
 - 1. Enfoque, diseño y acción sistemática.
 - 2. Preventivo y precautorio.
 - 3. Renovador en lo económico.
 - 4. Sustrato metajurídico.
 - 5. Multidisciplinario.
 - 6. Vinculado a resultados —riesgos, crisis—.
- III. Cierre de la Primera Parte.**
- IV. Ciencia, Tecnología y Riesgos Ambientales.**
 - 1. Caso 1.
 - 2. Caso 2.
- V. A manera de cierre.**



RESUMEN:

El artículo pretende ser el inicio de la exploración de las dinámicas que se producen entre la ciencia, la tecnología y el Derecho Ambiental, partiendo de la explicación de las características del Derecho Ambiental y confrontándolas con una visión de ciencia y tecnología que quizás sea algo anacrónica a la luz de lo que hoy la tecnología implica para la especie humana. Es por ello solo una invitación a investigar.

Palabras clave: ciencia, tecnología, Derecho Ambiental, sistémica, sistemas, riesgo ambiental, prevención, internalización de costos ambientales.

ABSTRACT:

The article intends to be the beginning of the exploration of the dynamics that take place between science, technology and Environmental Law, starting from the explanation of the characteristics of Environmental Law and confronting them with a vision of science and technology that is perhaps somewhat anachronistic in light of what technology implies for the human species nowadays. It is therefore only an invitation to investigate.

Keywords: science, technology, Environmental Law, systemic, systems, environmental risk, prevention, internalization of environmental costs.

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene como propósito invitar al lector a reflexionar e investigar en torno a la forma en que el Derecho Ambiental se ve influenciado en su devenir por los descubrimientos científicos y el desarrollo tecnológico.

El Derecho Ambiental es quizás una de las ramas del sistema jurídico más sensibles a lo que acontece en las ciencias naturales y planetarias. Asimismo, la sistémica —que constituye un método científico— aporta al Derecho Ambiental una herramienta fundamental de análisis y entendimiento de la realidad, además de, en mi opinión, un principio de formulación e interpretación de normas, construcción de estructuras regulatorias interrelacionadas e incluso principios ambientales derivados¹.

Algunas de las conclusiones, predicciones y recomendaciones provenientes de las ciencias y tecnología ingresarán y probablemente reforzarán los objetivos e instrumentos del Dere-

cho Ambiental, sin embargo, antes se produce un proceso complejo donde se confronta: ciencia, incertidumbre, política, ética, bienestar humano y derecho —en su acepción de sistemática jurídica—.

La tecnología se encuentra relacionada directamente con el surgimiento y ratio del Derecho Ambiental. Se suele repetir que la norma ambiental nace precisamente de la necesidad de regular y restringir el poder que la tecnología concedió a la civilización para transformar el planeta que la cobija.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española², la primera acepción de la palabra tecnología alude al: *“Conjunto de teorías y de técnicas que permiten el aprovechamiento práctico del conocimiento científico.”*

La innovación tecnológica es “libre”, sin embargo, fluye por causes definidos, los cuales son esculpidos constantemente por la acción de una serie de fuerzas, entre las que podemos citar

1. Puede revisarse el principio de indivisibilidad, de clara inspiración sistémica, el cual se encuentra reconocido en el artículo 3 del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación e Impacto Ambiental, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM y en la Guía del Servicio Nacional de Evaluación y Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles - SENACE, “Lineamientos para la aplicación del Principio de Indivisibilidad en la evaluación del impacto ambiental a cargo del Senace y sus Anexos”, aprobada por Resolución Jefatural N° 008-2018-SENACE/JEF.
2. Cfr.: <https://dle.rae.es/tecnolog%C3%ADA?m=form>.

a la económica, la política o la ética, las cuales suelen presentarse mezcladas en diferentes proporciones e influidas por las ideas provenientes de las teorías del desarrollo sostenible. Así, podemos concluir que la evolución tecnológica sigue una pauta, que en cualquiera de los casos es dictada por intereses, necesidades o valoraciones humanas.

La tecnología y la ciencia se encuentran muy relacionadas, sin embargo, la diferencia más saliente entre ellas radica en que mientras la tecnología evoluciona para el hombre, la ciencia evoluciona por el hombre. Dicho en otras palabras, la tecnología sirve al hombre y es él quien le otorga dirección y sentido, mientras que la ciencia es esencialmente libre, le incomodan las agendas y programas, responde únicamente a la inquietud insaciable de nuestra especie por conocer más y mejor de todo. Somos seres que vivimos con una curiosidad muy curiosa.

En las páginas que siguen se citarán algunas características del Derecho Ambiental, las cuales hemos seleccionado por ser particularmente sensibles a los acontecimientos de la ciencia y la tecnología, luego expondremos un par de casos, que en mi opinión resultan interesantes debido a que muestran la forma en que la ciencia influye o puede influir en las normas del Derecho Ambiental.

II. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO AMBIENTAL

1. Enfoque, diseño y acción sistémica.

El Derecho Ambiental presenta características particulares que le confieren singularidad e identidad dentro del sistema jurídico. Una primera característica es el enfoque sistémico, abstracción que precisamente produce la visión integral de los fenómenos que constituyen

su ámbito material: el juego de interrelaciones entre las conductas humanas y el sistema ambiental —compuestos por elementos bióticos y abióticos— que sustentan la vida en todas sus formas en nuestro planeta.

Esta aproximación a la realidad, característica del Derecho Ambiental, la encontramos también en el Informe “Nuestro futuro común” de las Naciones Unidas, conocido también como el Informe Brundtland, del cual citamos el siguiente extracto:

“Hasta hace poco, el planeta era un vasto mundo donde las actividades humanas y sus efectos se distribuían en netos compartimentos dentro de las naciones, los sectores energía, agricultura, comercio y amplias esferas de interés medio ambiente, economía, problemas sociales. Estos comportamientos han comenzado a desaparecer. Esto vale en Particular de las varias ·crisis· mundiales que han sido motivo de la preocupación del público, en especial en el decenio pasado. No se trata de crisis separadas: crisis del medio ambiente, crisis del desarrollo, crisis de la energía. Son todas una sola crisis.³ —El subrayado es nuestro—.

La sistémica nos releva una nueva forma de mirar y entender la realidad, la cual es opuesta a la simplificación o reducción que la ciencia utiliza para explicar los misterios de la física, por ejemplo. Se trata de mirar el todo y las partes a la vez, abordando la complejidad no como problema sino como revelación.

El profesor Garciandía define el sistema como: “*Un conjunto de elementos, acciones o individuos que conforman una unidad global como consecuencia de la organización que surge de las interrelaciones regulares, estables, constantes y persistentes entre los mismos*”⁴.

3. Organización de las Naciones Unidas, *Informe Brundtland* (Nueva York, 1987), 13.

4. José Garciandía, *Pensar sistémico: una introducción al pensamiento sistémico* (Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2011), 107.

La unidad global reconocible a partir de las interrelaciones organizadas de los elementos que la conforman produce uno o varios fenómenos nuevos, que podemos llamar "propiedades" o "cualidades" las cuales reciben la denominación genérica de "emergencias", término que hace una alusión metafórica a la aparente acción de surgimiento de esta propiedad desde y por el sistema.

En este orden de ideas, la visión sistémica nos permite concebir la vida —en su maravillosa diversidad— como una emergencia, la cual, por lo tanto, solo se explica a partir del mantenimiento de la interrelación organizada que como citamos antes es: la interrelación regular, estable, constante y persistente de los componentes constituyentes del sistema ambiental.

En mi opinión, la vida, en su cambiante devenir, constituye la emergencia última y definitiva que el Derecho Ambiental busca preservar, ello implica aceptar y mantener la dinámica propia de la vida, dominada por la extinción y evolución de las especies y aligerar la impronta antrópocéntrica que domina el Derecho.

Otro aporte de la teoría de sistemas a la filosofía ambiental lo representa la tolerancia a la paradoja que encierra la propia concepción de sistemas, la cual nos transporta a pensar simultáneamente en el todo como unidad organizada y al mismo tiempo en las partes que lo conforman, sin que ello suponga una contradicción irresoluble.

En palabras de Garciandía: *"Las referencias al sistema son de carácter impreciso dado que hablamos del todo y de partes, aspectos ambos que parecieran contradecirse o al menos genera cierta visión paradójica del concepto sistema."*⁵

La perspectiva sistémica determina no solo los procesos de aprehensión dinámica de la realidad objeto de regulación, sino además los remedios o instrumentos que el sistema jurídico

ambiental usa para atender los temas ambientales. Estos instrumentos tienden cada vez más a nutrirse del enfoque sistémico —sistémico endógeno— y a interrelacionarse con otros instrumentos, ya sean ambientales o no, aprovechando y favoreciendo la aparición de sinergias —sistémico exógeno—.

Problemas ambientales como la calidad del aire respirable son abordados a través de múltiples instrumentos que buscan resolverlos, a saber: normas técnicas sobre combustibles, estándares de emisiones, derechos transables de emisiones, fiscalización ambiental, incentivos o desincentivos fiscales, ordenamiento territorial, sistemas masivos de transporte, promoción de sistemas alternativos de transporte y un largo etc., concebidos aisladamente, pero al mismo tiempo diseñados para actuar sinérgicamente en beneficio de los objetivos ambientales de mejora de la calidad del aire.

El Derecho Ambiental se caracteriza por establecer nuevas interrelaciones entre instrumentos, jurídicos o no, en beneficio del ambiente, no solo crea nuevos instrumentos ambientales de gestión, quizás lo más relevante es que el Derecho Ambiental impone a los instrumentos no ambientales existentes formas nuevas de acción e interacción basados en objetivos jurídicos que tienen que ver con el disfrute de los derechos ambientales.

Como vimos en la lista de instrumentos citada arriba, las normas técnicas, por citar un ejemplo, existen desde antes de la aparición del Derecho Ambiental, sin embargo, hoy sirven de una forma muy relevante al cumplimiento de los propósitos ambientales. Muestra de ello es que hoy las normas ambientales consideran, con cada vez mayor frecuencia, a la actividad de normalización como pieza clave en la mejora de la calidad ambiental.

Un claro ejemplo de ello lo podemos encontrar en el artículo en la Segunda Disposición Com-

5. *Ibid.*, 109.

plementaria y Transitoria del Decreto Legislativo 1278, que aprueba la Ley de Gestión Integral de Residuos Sólidos, que subraya la importancia de la actividad de normalización para la adecuada gestión de los residuos sólidos. El artículo 31 del Decreto Supremo N° 009-2019-MINAM, que aprueba el Régimen Especial de Gestión y Manejo de Residuos de Aparatos Eléctricos y Electrónicos, señala que para el manejo adecuado de estos residuos se debe considerar el cumplimiento de las Normas Técnicas Peruanas, es decir, las NTP 900.064:2012 y NTP 900.065:2012; o en el recientemente aprobado régimen que regula el plástico de un solo uso y los recipientes o envases descartables —Ley 30884 y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2019-MINAM—.

La visión sistémica del problema ambiental determina un funcionamiento en consonancia de la institucionalidad ambiental, la cual por su naturaleza y objetivos debiera ser integradora de las demás instituciones, colaborativa, de acción transectorial, y con un énfasis muy pronunciado en la coordinación interinstitucional y en la acción social, promoviendo la acción individual y colectiva en beneficio del ambiente.

La sistémica es al mismo tiempo la forma de aprehender el fenómeno ambiental y concebir su solución, por ello constituye parte esencial del Derecho, la acción y la institucionalidad ambiental.

La tecnología tiene la facultad de optimizar y multiplicar la acción sistémica que constituye la receta principal del Derecho Ambiental. Muchos de los instrumentos de gestión ambiental requieren de la tecnología para funcionar, de la misma forma, la acción ambiental sistémica sería imposible sin la existencia de la tecnología.

El monitoreo del bosque amazónico exige la construcción de un sistema de vigilancia⁶ compuesto por una red de sensores ubicados en

satélites, drones y radares, que tienen como objetivo monitorear no solo la cobertura del bosque primario y parámetros meteorológicos críticos para su supervivencia, tales como la temperatura del aire y la humedad, sino también nos permite ver la operatividad de actividades ilegales que lo depredan, tales como la minería y tala ilegal, la agricultura migratoria o el narcotráfico, así como las miserias humanas que las acompañan —trabajo infantil, trata de personas y trabajo forzado—.

La información proveniente del sistema de vigilancia, que es mucha, compleja y muy rica, substancia la construcción de un tipo de regulación ambiental distinta, más holística, integradora y comprehensiva, es decir sistémica.

2. Preventivo y precautorio.

Otras características del Derecho Ambiental, que la doctrina especializada reconoce pacíficamente es que sus normas tienen una obsesión preventiva, la cual busca incorporar en las actividades reguladas el control de las amenazas y vulnerabilidades ambientales —riesgos ambientales—.

Mucha de la regulación ambiental encuentra su justificación —utilidad— en la prevención o mitigación de riesgos que afecten la dinámica y funcionalidad de los ecosistemas y el bienestar humano. El Derecho Ambiental impulsa un actuar que privilegia el ahora, el hoy, con la finalidad de lograr un futuro mejor, por ello de alguna forma, el Derecho Ambiental sirve como conexión entre el pronóstico del futuro —que constituye su motor— y el presente.

La representación del futuro posible o probable implica que penetremos en el campo de lo desconocido, lo eventual, lo incierto, y que acudamos a la ciencia y tecnología para acotar la incertidumbre, para que podamos ver más y mejor.

6. En el Perú se cuenta con el Sistema de Vigilancia Amazónica y Nacional —SIVAN—, que es administrado por el Centro de Vigilancia Amazónica y Nacional —CEVAN—, el cual depende de la Fuerza Aérea del Perú-FAP. Para más información consultar: <https://cevan.fap.mil.pe/>.

La ciencia y la tecnología le permiten al Derecho Ambiental identificar los riesgos, calibrar su magnitud y relevancia, realizar estimaciones, formular modelos predictivos, todo lo cual sirve al objetivo primordial del Derecho Ambiental, el cual es conjurar las amenazas para la vida. No obstante, la incertidumbre persistirá.

La obstinada persistencia de la incertidumbre planteó una cuestión al jurista, ¿puede el Derecho Ambiental admitir restricciones a conductas humanas cuando no existe certeza sobre los efectos negativos que estas conductas podrían producir en el ambiente? La reflexión a esta cuestión es la que fundamenta el principio precautorio, el cual admite la acción restrictiva ambiental bajo ciertas condiciones de incertidumbre.

3. Renovador en lo económico.

La economía como ciencia social se concebía como un sistema cerrado cuyos elementos eran el mercado, los productores y consumidores, omitiendo considerar, durante siglos, que el sistema económico era en realidad abierto y que tenía claros vínculos con el ambiente.

La economía ambiental pone de relieve la importancia que tienen los servicios ambientales como soporte irremplazable de la actividad económica; la provisión de materia —recursos renovables y no renovables— y la recepción y dispersión de desechos de la producción y el consumo, además de los sistemas de soporte de la vida, constituyen los fundamentos ambientales iniciales e irremplazables de toda dinámica económica.

Al haberse ignorado esta realidad durante gran parte de la historia de la economía y, como resultado de ello, haberse considerado los servicios ambientales como bienes públicos infinitos, hoy enfrentamos serios problemas derivados de la sobreexplotación de los recursos naturales y la saturación de los sistemas naturales de recepción y dispersión de desechos, todo lo cual está ejerciendo una enorme presión sobre la capacidad del ecosistema para continuar prestando soporte a las actividades humanas y por su puesto a la vida en su conjunto.

Racionalizar la explotación de recursos y la dis-

posición de desechos hasta alcanzar niveles compatibles con la estabilidad ecosistémica implica una transformación de nuestras dinámicas tradicionales de explotación, transformación, consumo y emisión, vale decir, una evolución de nuestra economía, la cual es ciertamente urgente, pero debe realizarse atendiendo —en la medida de lo posible— a los efectos colaterales adversos que esta transformación genera en los derechos fundamentales que el Derecho reconoce y resguarda.

Un principio ambiental clave que sustenta e impulsa esta transformación económica, en mi opinión, de visible influencia preventiva, es el conocido como “contaminador pagador”, que preferimos denominar como “internalización de costos ambientales”, el cual, con base en la teoría económica, postula que quien crea el riesgo ambiental debe incorporar en su contabilidad los costos que irrogarán las medidas de prevención, mitigación y control de este riesgo.

Lo contrario, es decir, que no sean los causantes del riesgo ambiental sino los afectados por su realización concreta, real o inminente, los que asuman los costos económicos, supondría la aparición de fallas y distorsiones en los mercados tanto de bienes como de servicios.

Otro lineamiento ambiental con un importante componente económico es el conocido como Responsabilidad Extendida del Productor —en adelante, “REP”—, presente en nuestra legislación sobre materiales y gestión integral de residuos sólidos.

El REP postula que los productores, que dependiendo de la legislación pueden ser los fabricantes, importadores, distribuidores y/o comercializadores, de bienes ambientalmente peligrosos o de uso muy extendido, deben intervenir económico en la gestión post consumo de los bienes que fabricaron o comercializaron. Asimismo, con sustento en este “principio” se exige a los productores obligaciones relacionadas con el análisis ambiental del ciclo de vida de sus productos, desde el diseño hasta la fase de gestión post consumo, con la finalidad de promover el ecodiseño y la valorización de los residuos sólidos.

La incorporación de la gestión de riesgos ambientales en los precios deberá ser gradual para evitar efectos recessivos exagerados que terminen por producir efectos sociales contrarios a la mejora ambiental, de ahí la importancia del principio de gradualidad y no reversibilidad ambiental para lograr una transición hacia una economía diferente que contabilice la escasez del ecosistema y que podrá recibir el nombre de economía verde, carbono neutral, circular, etc.

La tecnología desempeña un rol fundamental reduciendo los costos para acceder a soluciones más eficaces para mitigar la polución o crear alternativas a sustancias o bienes cuyo desempeño implica altos impactos ambientales. En este orden de ideas, los costos de la tecnología forman parte de las ecuaciones que utilice el Derecho Ambiental para enfrentar los problemas que se propone resolver.

4. Sustrato metajurídico.

Aceves, citando a Jaquenod, reconoce en el Derecho Ambiental otra característica particular, siendo esta su sustrato técnico metajurídico. Así: *"Sustrato técnico metajurídico. - La normativa ambiental requiere un basamento, además de ético y social, también rigurosa y estrictamente técnico, toda vez que se basa en circunstancias científicas"* .

La ciencia y la tecnología constituyen las ventanas a través de las cuales vemos y entendemos las dinámicas ecosistémicas, revelan causalidades, interrelaciones e interacciones, nos alertan de peligros y nos ofrecen soluciones, su metalenguaje pugna por ingresar a las normas ambientales transformando sus contenidos e imponiendo retos a los abogados ambientalistas.

El estado del ambiente muchas veces se encuentra determinado por la presión que ejercen las actividades humanas sobre él. Siguiendo con el ejemplo sobre la calidad del aire urbano, este se encuentra de alguna manera influencia-

do por las emisiones producidas por el hombre con ocasión de actividades como el transporte, la producción de energía eléctrica, actividades industriales o la agricultura, entre otras.

La emisión de gases como el monóxido de carbono, dióxido de carbono, partículas finas, tales como el material particulado de diversos tamaños, óxidos de nitrógeno, compuestos orgánicos volátiles, entre muchísimos otros contaminantes, terminan integrándose y reaccionado con el aire que respiramos, el cual es monitoreado a través de estaciones que arrojan datos sobre la concentración de estos y otros contaminantes. Los datos por lo general se expresan en microgramos por metro cúbico y representan el promedio en un lapso de tiempo, por ejemplo:

Material particulado menor a 10 micras (PM10): 77 microgramos/metro cúbico, promedio en 24 horas.

Esta información representa solo un dato entre miles que pueden ser necesarios para caracterizar la mezcla de gases, partículas y aerosoles que componen el aire respirable solo en un momento determinado, ya que como sospecharán la composición del aire es extremadamente cambiante, debido a que es un fluido.

Cada contaminante del aire interactúa de diversa forma con los elementos vivos y no vivos del entorno, por lo tanto, la contaminación es siempre un concepto relativo. La relatividad de la contaminación está en relación a lo que se decide de proteger; por ejemplo: si el riesgo que deseó gestionar son las enfermedades respiratorias agudas en población vulnerable —niños menores de 5 años, pacientes con enfermedades respiratorias crónicas y adultos mayores— los índices de exposición y tolerancia a ciertos contaminantes serán menores a lo que podrían ser aceptables para una población adulta y sana. En este orden de ideas, lo que para un niño con

7. Carla Aceves, «Nacimiento y Ubicación Jurídica de la Disciplina del Derecho Ambiental», en *Bases Fundamentales de Derecho Ambiental Mexicano* (Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2004).

asma sería un aire respirable peligroso, para un adulto sano no lo será en igual magnitud.

Otro ejemplo de lo dramáticamente relativo que podría ser el concepto de "contaminación" o riesgo lo ofrece la investigación del Doctor Gino Bianchi Mosquera, la Doctora Linda Hall, el Ingeniero John Connor y la Geóloga Lila Bercley, quienes postulan una metodología para desarrollar niveles de protección ecológicos específicos para un sitio determinado y concretamente para el componente suelo, los cuales son decenas de veces menos conservadores que los Estándares de Calidad Ambiental para suelos —ECA-S—⁸.

Se trata, en pocas palabras de reemplazar los ECA-S como parámetro de referencia, debido a que se basan en la protección de la salud humana y en su lugar construir nuevos valores de referencia, los cuales serían basados en determinadas especies de fauna que se encuentran en el área de influencia del proyecto y que deseamos proteger.

En ese sentido, Bianchi et al. sostienen que: "Según la sustancia química y el sitio, los criterios basados en salud humana pueden resultar inadecuados para la protección del ecosistema, dado que estos criterios pueden ser ya sea insuficientemente protectores o bien excesivamente protectores de la especie ecológica pertinente"⁹.

Las normas ambientales incorporan información proveniente de la ciencia y tecnología, de ahí la fisonomía técnica de ellas, sin embargo, el componente técnico no determina que una norma sea ambiental, en mi opinión la esencia ambiental de la regulación proviene de su propósito, los principios ambientales a los que responde, su concepción sistémica, etc.

El Derecho al momento de regular simplifica, la ciencia cuando investiga amplifica; cada descubrimiento implica nuevos cuestionamientos, por ello si bien la tecnología y la ciencia forman parte del Derecho Ambiental, su integración no es automática, su inclusión debe atravesar un proceso de pertinencia regulatoria que considera además de lo señalado en el párrafo anterior, su compatibilidad con el sistema jurídico.

5. Multidisciplinario.

Siguiendo a la misma autora y en estrecha vinculación con la característica que Aceves denomina como "*sustrato técnico metajurídico*", el Derecho Ambiental es multidisciplinario:

*"El derecho ambiental debe abarcar de modo integral, las diferentes interrelaciones que interactúan en la realidad y que dan origen al carácter sistémico de esta rama del derecho (...) Se deben combinar de manera interdisciplinaria las colaboraciones de especialistas técnicos (biólogos, químico, físicos, geólogos, economistas, etc.) a fin de delimitar una realidad objetiva, y tomar las medidas jurídica mente adecuadas para alcanzar los objetivos de esta rama jurídica"*¹⁰.

Esta característica hace del Derecho Ambiental uno en el que la regulación evoluciona, se interpreta utilizando como insumos información producida en las diferentes ramas del saber humano, lo que implica el trabajo colaborativo de juristas, científicos sociales y naturales y tecnólogos.

Las reglas que componen el Derecho Ambiental se forjan en el crisol de la multidisciplinariedad debido a que el objeto de esta rama jurídica es el todo; todo que nos incluye, rodea y

-
8. Mediante Decreto Supremo N° 011-2017-MINAM se aprobaron los Estándares de Calidad Ambiental-ECA Suelo y, mediante Decreto Supremo N° 012-2017-MINAM, se aprobaron los Criterios para la Gestión de Sitos Contaminados. Ambos dispositivos legales fueron publicados en el Diario Oficial El Peruano el 2 de diciembre de 2017.
 9. Gino Bianchi et al., «Un enfoque práctico para el desarrollo de niveles de evaluación ecológicos para suelo en áreas de influencia de operaciones mineras andinas», *Minería* 484 (2018): 73-78.
 10. Carla Aceves, *Op. Cit.*, 75.

trasciende, el todo entendido como interrelación de elementos que sustentan la vida en todas sus formas.

El saber humano se encuentra compartimentado en ramas de la ciencia y todas ellas tienen como objeto de estudio alguna parte de ese todo que denominamos ambiente.

El Derecho Ambiental es el lugar donde se encuentran las ciencias con los juristas con la finalidad de crear las reglas que regulen las conductas humanas que son necesarias evitar o impulsar en bien del funcionamiento del todo. El Derecho Ambiental desde esta perspectiva es un Derecho de síntesis, síntesis resultante de las confrontaciones dialécticas de científicos, ideólogos, políticos, tecnócratas, masas, activistas y juristas.

6. Vinculado a resultados —riesgos, crisis—.

El Derecho Ambiental surge de una crisis y esta génesis le confiere un propósito primigenio: resolverla. Desde sus inicios el Derecho Ambiental se confronta con la resolución de un problema, por ello su evolución se encuentra determinada en gran medida por la forma en que el problema es primero percibido, concebido, estudiado y luego abordado para solucionarlo.

El surgimiento del Derecho Ambiental determina que intuitivamente se espere de él un resultado concreto y muchas veces hasta mensurable, de ahí su cercanía con las políticas públicas relacionadas con los temas ambientales, vale decir, casi todas de una u otra forma.

De la cercanía del Derecho Ambiental con la política pública se desprende, desde mi opinión, la estrategia del riesgo ambiental. Para lograr sus resultados el derecho ambiental prioriza en su actuar la gestión de riesgos ambientales como su primera prioridad estratégica, lo que está en línea de coherencia con los principios preventivo y precautorio.

La necesidad de lograr resultados mensurables, en términos por ejemplo de calidad ambiental, plantea la necesidad de definir referencias con-

tra las cuales comparar la situación ambiental, los avances o retrocesos. Normalmente la referencia más utilizada en las legislaciones ambientales —cuando tratamos temas de calidad ambiental— ha sido la salud humana, sin embargo, las referencias pueden basarse en especies receptoras determinadas, como lo plantea el trabajo de Gino Bianchi, u otras situaciones cuyo foco sea más directamente el ambiente y menos el ser humano.

Esta característica acerca al Derecho Ambiental a la lógica que tienen las políticas públicas, se integran en un marco conceptual los objetivos, las estrategias, las medidas e instrumentos lo que explica la gran dinámica o índice de variabilidad de sus normas. Así, las normas ambientales, a diferencia de otros tipos de normas jurídicas, están sujetas a la medición de sus resultados y a su calibración permanente, más allá de su natural evolución derivada del principio de gradualidad y no reversibilidad.

La sistémica nos ayuda también a comprender qué significa que el Derecho Ambiental es una rama jurídica con resultado. En efecto, si seguimos una aproximación sistémica a la pregunta podemos aceptar la aparente paradoja que cobija la respuesta, el Derecho Ambiental persigue en simultáneo un resultado general y muchísimos resultados específicos. El ambiente incluye procesos ecosistémicos globales y microprocesos, todos interconectados e interdependientes, de los cuales depende la enorme diversidad de la vida con la que estamos conectados.

El Derecho Ambiental será enjuiciado constantemente por su eficacia y eficiencia en conseguir los resultados de mejora ambiental que prometen sus instrumentos, sin embargo, los resultados serán juzgados utilizando las referencias que la ciencia y la tecnología postulen como las apropiadas, sin que exista derecho de apelación por parte de otro operador no científico del saber humano.

III. CIERRE DE LA PRIMERA PARTE

El Derecho Ambiental positivo, sospecho —no se ha medido, que yo sepa—, tiene una tasa

de cambio y evolución más dinámica que otras ramas del Derecho, esta situación se explica en parte por las características que hemos reseñado brevemente hasta aquí: sistemática, preventiva y precautoria, metajurídica, multidisciplinaria, renovador en lo económico y vinculado a resultados.

El Derecho Ambiental no tiene más de 50 años, es una rama joven del Derecho y por ello su identidad, contornos y fronteras son aún borrosos, no obstante, en este medio siglo podemos identificar lo que podemos denominar proto-características del Derecho Ambiental, las cuales deben de terminar de definirse y consolidarse, luego de atravesar un proceso de cambio vertiginoso propio de todo comienzo.

El equilibrio que quizás llegará a tener en un futuro el Derecho Ambiental será, como es usual, el resultado del equilibrio entre dos fuerzas antagonicas: por un lado las fuerzas del cambio, que se anclan en los descubrimientos y alertas cada vez más urgentes provenientes de la comunidad científica y tecnológica, la sociedad civil en general y la sociedad civil organizada en torno a la preocupación ambiental; y por otro lado, las fuerzas de la conservación, las cuales se muestran escépticas respecto a los escenarios futuros descritos por la ciencia y/o propugnan una adecuación progresiva de los sistemas económicos a las posibilidades del ambiente. En esta confrontación de posiciones el jurista ambiental juega un rol fundamental, al resguardar la integridad de la sistemática jurídica ambiental. Seremos defensores de la simplificación que domina a la ciencia jurídica en una trinchera —Derecho Ambiental— asediada por la complejidad.

En la parte siguiente quisiera relevar, en base a dos casos prácticos, la forma concreta en que se relacionan la ciencia, la tecnología y el Derecho Ambiental. El primero es el problema ambiental que conocemos como agujero en la

capa de ozono y el segundo, a propósito de la propuesta metodológica del Doctor Gino Bianchi y otros investigadores.

IV. CIENCIA, TECNOLOGÍA Y RIESGOS AMBIENTALES

1. Caso 1.

Carl Sagan, en su libro “Un Punto Azul Pálido, una visión del futuro humano en el espacio” explica como la investigación científica relativa a constituyentes menores de la atmósfera del planeta Venus terminó por detectar el peligro que supone la pérdida de la capa de ozono de nuestro planeta.

Como hoy sabemos las moléculas de clorofluorocarburos —CFC— una vez que ascienden hasta la estratosfera son descompuestas por efecto de la luz ultravioleta proveniente del Sol, y las moléculas de clorina así liberadas destruyen las moléculas de ozono, dejando a la Tierra sin su protección natural contra la luz ultravioleta, radiación que es causante de innumerables problemas para la vida en su conjunto.

La alerta sobre este problema ambiental global se la debemos a Sherwood Rowland y Mario Molina, científicos de la Universidad de California, como lo recuerda Sagan:

“En sus cálculos originales, Rowland y Molina emplearon constantes tipos de las reacciones químicas en las que participa la clorina y otros halógenos, que habían sido medidas en parte con apoyo de la NASA. ¿Por qué la NASA? Porque la atmósfera de Venus contiene moléculas de clorina y fluorina, y los aerónomos planetarios se proponían investigar lo que está sucediendo allí”¹¹.

Sagan también afirma que existe unanimidad en la comunidad científica planetaria respecto del efecto que sufren las moléculas orgánicas

11. Carl Sagan, *Un punto azul pálido: Una visión del futuro humano en el espacio* (Barcelona: Editorial Planeta S.A., 2006), 222.

ante la carencia de una capa de ozono, esto debido a la investigación que realiza la comunidad científica en el planeta Marte. Así: *“La luz ultravioleta del Sol alcanza la superficie de Marte sin topar con el obstáculo de una capa de ozono; si hubiera algo de materia orgánica, sería rápidamente aniquilada por la luz ultravioleta en sí y por sus producto de oxidación”*¹².

Producida la alarma relativa al inminente peligro que suponía la amplificación del agujero en la capa de ozono, 197 países ratificaron la Convención de Viena para la protección de la capa de ozono, que entró en vigencia en 1987, dos años después, en enero de 1989, inició la vigencia del Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono —en adelante, el “Protocolo de Montreal”—, el cual contiene medidas concretas para el control y reducción de la producción y demanda de las sustancias que destruyen la capa de ozono.

En nuestro país, el Congreso ratificó la Convención de Viena en noviembre de 1988¹³ y el Protocolo de Montreal en marzo de 1993¹⁴, luego, es a partir del año 2000 que el hoy denominado Ministerio de la Producción aprueba las normas para la aplicación efectiva del Protocolo de Montreal, a través del Decreto Supremo N° 033-2000-ITINCI y demás normas modificatorias¹⁵.

En este caso la ciencia identificó las causas —liberación en la atmósfera de ciertos compuestos claramente identificados—, el problema

—la pérdida de la capa de ozono y el aumento de la intensidad de radiación ultravioleta consecuente— y sus efectos —diversos tipos de cáncer y efectos destructivos para la vida en general—. La ciencia también nos ofreció datos sobre el potencial destructor de ozono de cada tipo de compuesto¹⁶.

Por su parte, la tecnología aportó moléculas sustitutas para reemplazar las sustancias agotadoras de la capa de ozono —en adelante, “SAO”—, sin embargo, algunos sustitutos seguían causando el mismo problema, pero con factores de destrucción del ozono muy por debajo del que tenía la sustancia que reemplazaban.

La solución implicó un acuerdo mundial muy extendido, de prácticamente todos los países del mundo, para limitar la producción y el uso de las SAO, dentro de los plazos que cada país podía establecer, según sus particularidades.

¿Dónde encontramos al Derecho Ambiental en este caso? El Derecho Ambiental no lo encontramos en el derecho positivo; las normas para implementar el Protocolo Montreal fueron aprobadas por el Ministerio de la Producción, los textos de los dispositivos legales hacen referencia a sustancias químicas difíciles de pronunciar, plazos y restricciones a la importación, producción y venta de estas sustancias, sin embargo, el Derecho Ambiental está muy presente.

Todas las restricciones sobre el comercio que impone el Protocolo de Montreal se fundan en

12. *Ibid.*, 223.

13. El Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono fue ratificado por Resolución Legislativa N° 24931 del 29 de noviembre de 1988.

14. El Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono fue ratificado por Resolución Legislativa N° 26178 del 29 de marzo de 1993.

15. Al respecto, la normativa mencionada comprende:

a) Resolución Ministerial N° 277-2001-ITINCI/DM, se aprueban los alcances del Decreto Supremo N° 033-2000-ITINCI, publicado el 30 de noviembre de 2001; y
b) Decreto Supremo N° 003-2015-PRODUCE, modifican el Decreto Supremo N° 033-2000-ITINCI, publicado el 4 de febrero de 2015.

16. *Cfr.*: Protocolo de Montreal: anexo A, anexo B, anexo C y anexo E.

la necesidad de solucionar un problema ambiental, con potenciales implicancias negativas sistémicas para la vida.

No interesa tanto qué diga el texto de la norma legal o si ésta versa sobre materia, tributaria, penal, civil o administrativa, la esencia ambiental la encontramos en cómo estas normas fueron concebidas, cómo se interrelacionan —enfoque sistémico—, qué propósito persiguen y cómo debemos enfrentar su exégesis.

Evidentemente la acción emprendida para enfrentar el problema de la capa de ozono fue sistémica en muchos sentidos, tuvo las características de ser una acción multilateral, simultánea y organizada en todo el mundo, la cual involucró a países, industrias, comercio y ciudadanía en múltiples formas, considerando acciones de mitigación y adaptación, y poniendo en acto una muy extensa gama de instrumentos de gestión, planificación, participación, etc.

Las investigaciones científicas sobre la capa de ozono ciertamente tuvieron fisuras, dudas, y cuestionamientos¹⁷, sin embargo, ello no fue un motivo para paralizar o retardar la acción necesaria para enfrentar los riesgos en cierres que, si bien no fueron vistos en alta definición, sí pudieron ser identificados con el grado de suficiencia que exige el principio precautorio, principio que impone un camino de acción firme ambiental incluso en contextos donde la duda podría ser suficiente como para paralizar la acción de otras ramas del Derecho.

El principio precautorio explica y sustenta una mayor sensibilidad o atención del Derecho Ambiental a lo que sucede en la ciencia, nos dice: ante problemas como el cambio climá-

tico, la pérdida de biodiversidad o la capa de ozono, seremos menos escépticos frente a la ciencia porque la incredulidad puede comprometer el propósito esencial del Derecho Ambiental.

Otro principio que jugó un rol definitivo fue el de internalización de costos ambientales, el cual justificó todos los impactos económicos derivados de las restricciones impuestas por el Protocolo de Montreal que, sin embargo, fueron moduladas a través de la concesión de plazos para su implementación, los cuales fueron establecidos a la luz del principio de gradualidad y no reversibilidad ambiental.

El Protocolo de Montreal es considerado como unos de los más exitosos de la humanidad para resolver un problema ambiental. La medición de sus resultados apunta a que la capa de ozono volverá al estado previo al 1980 antes del año 2050.¹⁸

2. Caso 2.

Otro caso a partir del cual podemos analizar la interacción entre ciencia, tecnología y Derecho Ambiental es el que presentamos en la sección relativa al carácter metajurídico del Derecho Ambiental, donde presentamos una sinopsis de la metodología del Doctor Gino Bianchi y otros investigadores, para construir parámetros alternativos a los ECA-S, los cuales se enfocarían en proteger específicamente las especies objetivo de la evaluación, de acuerdo con sus particulares factores de exposición y valores de toxicidad de referencia. En caso no se encontraran disponibles estos factores para determinadas especies se podrían usar, sostienen los investigadores, especies equivalentes, como se muestra en la tabla¹⁹ siguiente:

-
17. Uno de los cuestionamientos fue el de señalar como poco probable que las moléculas de los CFC pudieran ascender hasta la estratosfera cuando son más pesadas que el aire.
 18. David Fahey, «Veinte Preguntas y Respuestas sobre la Capa de Ozono», 2002, 37, <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/31180/20PreguntasdeOzono.pdf>.
 19. Gino Bianchi *et al.*, *Op. Cit.*, 73-78.

Tabla 1. Gremio Ecológico de las Especies Andinas y Equivalentes

Especie andina (género, especie)	Especie equivalente (género, especie)	Gremio ecológico, especies andinas y equivalentes
Condor andino (<i>Vultur gryphus</i>)	Gavilán colirrojo (<i>Buteo jamaicensis</i>)	Aviar carnívoro
Gato andino (<i>Leopardus jacobitus</i>)	Gato montés (<i>Lynx rufus</i>)	Mamífero carnívoro
Churrete ventriblanco (<i>Cinclodes atacamensis</i>)	Chorlo gritón (<i>Charadrius vociferus</i>)	Aviar insectívoro
Vicuña (<i>Vicugna vicugna</i>)	Ciervo mulo (<i>Odocoileus hemionus</i>)	Mamífero herbívoro
Vizcacha (<i>Lagidium peruanum</i>)	Perrito de la pradera de cola negra (<i>Cynomys ludovicianus</i>)	Mamífero herbívoro
Jilguero cara gris (<i>Sicalis uropygialis</i>)	Faisán común (<i>Phasianus colchicus</i>)	Aviar granívoro

La citada investigación científica, además de ser interesante, es en muchos sentidos retadora para el Derecho Ambiental, debido a que plantea que, si lo que se pretende evaluar es el impacto de un proyecto en un sitio determinado a un conjunto de especies de fauna silvestre también determinado, quizás los ECA-S no sería el mejor parámetro de referencia por su generalidad.

Lo propio podemos afirmar del ECA de agua, el cual al ser un referente general evidentemente no se adapta a las particularidades ecosistémicas de todos los cuerpos de agua presentes en un país.

En términos de calidad ambiental, la referencia más relevante que considera la legislación ambiental peruana la constituyen las normas ECA. Nuestra sistemática jurídica ambiental ubica a los ECA como el eje fundamental al cual se integran muchos de los instrumentos de gestión ambiental, tales como los estudios ambientales —detallados, semidetallados y declaración de impacto ambiental, etc.—, la fiscalización ambiental, la participación ciudadana, etc.

La metodología propuesta propone, con base en el sentido común y la ciencia, reemplazar el ECA, que como sabemos se construye con base en salud humana, por referentes especiales construidos para proyectos, ecosistemas y especies específicas.

En tal sentido, podría surgir una norma ambiental que establezca lo siguiente: "En caso de proyectos extractivos sobre los 3500 msnm en cuya área de influencia no existan asentamientos humanos, se podrá suspender la aplicación de los ECA-S como criterio de evaluación de los impactos. Los ECA-S deberán ser reemplazados por un estudio específico que sustente valores de referencia diferentes a los ECA-S, y que sean protectores de las especies de flora y fauna que habitan la zona de influencia del proyecto."

Esta norma ficticia cuenta con un claro sustento científico, sin embargo, su inclusión en la regulación ambiental dependerá del análisis de su compatibilidad con los principios del Derecho Ambiental y la sistemática jurídica ambiental, tarea que corresponde desempeñar a los juristas ambientales.

¿Qué implicancias para el Derecho Ambiental traerá la inclusión de una norma como la esbozada arriba? ¿Corresponde atenuar la simplificación que implica usar los ECA introduciendo valores de referencia especiales para cada proyecto? ¿Favorece esta metodología la participación ciudadana, la mejora? ¿Cuáles serían los efectos sobre la fiscalización ambiental? ¿Es compatible esta norma con los principios ambientales? Son algunas de las preguntas que se harían los operadores especializados del Derecho Ambiental.

V. A MANERA DE CIERRE

Se dice que Galileo aconsejaba encontrar las respuestas a los temas sobre Dios en la Biblia y las repuestas a los misterios de la naturaleza en la naturaleza. Al parecer Galileo resentía que los hombres de su tiempo buscaran las respuestas a los fenómenos naturales en la religión.

Hoy las ciencias son, quizás solo por un tiempo más, nuestra ventana a la naturaleza, son ellas las únicas que nos ilustran sobre el ambiente y sus perspectivas, ostentan el monopolio de la información ambiental; por su parte, la tecnología seguirá siendo a la vez problema, solución y esperanza, todo dependerá de la dirección que le marquemos.

El Derecho Ambiental es Derecho, es decir un instrumento que propugna la paz social en base a la imposición de soluciones generales,

idealmente concertadas, a problemas que han sido abstraídos y simplificados en supuestos de hecho positivizados.

El Derecho Ambiental encuentra en la ciencia y la tecnología varias cosas: en primer lugar, un método —la sistémica— de conocimiento, regulación, interpretación y comportamiento institucional; su primer mandamiento de actuación, enfocada en el riesgo, preventiva y precautoria; la medición de sus resultados y por lo tanto sus referencias y parámetros; los fundamentos de sus contenidos regulatorios y la fuerza para legitimar las soluciones —imposiciones— a los problemas ambientales. Sin embargo, el Derecho Ambiental como “ciencia social” requiere estar atento a otros factores que de no ser considerados podrían erosionar su eficacia para restringir conductas, uno de ellos es la concepción vigente de bienestar humano, concepto cuya evolución natural se ve acelerada, entre otros factores, por las nuevas tecnologías y que debe ser gradualmente conciliada con las posibilidades reales del ecosistema de sostenerla.

Durante todo el artículo hemos hablado de la tecnología como una herramienta sometida al hombre y de la ciencia como una ventana a la naturaleza, ambos postulados, como todo, cambian. La tecnología, sometida o no, nos viene transformando como especie y sociedad y la ciencia, quién sabe por cuando tiempo más seguirá siendo nuestra ventana confiable a la naturaleza.

Desarrollo en torno a la protección de datos personales en supuestos de transferencia de cartera crediticia a entidades no supervisadas



CARLO FABRICIO SÁNCHEZ CONCHA

Abogado por la Universidad Católica San Pablo.
Diplomado en Derecho del Consumidor, Publicidad Comercial y Protección del Crédito por la Universidad Católica San Pablo y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

ALEXANDRA ESPINOZA MONTERO

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO:

- I. Antecedentes.
- II. Sobre el Sistema Financiero.
- III. ¿Cómo inicia el tratamiento de datos personales ante la contratación de un producto financiero?
- IV. Transferencia de cartera crediticia.
- V. ¿Qué pasa luego con la empresa no supervisada?



RESUMEN:

El presente artículo tiene por objetivo desarrollar las contingencias y posibles soluciones en torno a la protección de datos personales de los clientes de entidades financieras cuando su crédito es transferido a una empresa no supervisada. Ello a raíz de la consulta realizada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones —SBS— a la Autoridad de Datos Personales.

Palabras clave: protección de datos, transferencia, entidad no supervisada, cartera crediticia, Superintendencia, SBS, entidad financiera.

ABSTRACT:

This article aims to develop the contingencies and possible solutions around the protection of personal data of financial entities' clients when their credit is transferred to an unsupervised company. This as a result of the inquiry made by the Superintendency of Banking, Insurance and Pension Fund Private Management Firms —SBS— to the Personal Data Authority.

Keywords: Data protection, transfer, unsupervised entity, credit portfolio, Superintendency, SBS, financial entity.

I. ANTECEDENTES

El 28 de junio de 2019, la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales —en adelante, la “Dirección”— publicó la Opinión Consultiva N° 39-2019-JUS/DGTAIPD —en adelante, la “Opinión Consultiva”— a partir de las consultas remitidas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones —en adelante, “SBS”—.

En la referida consulta, la SBS solicitó un pronunciamiento de la Dirección sobre la aplicación de las normas de Protección de Datos Personales en los supuestos de transferencia de cartera crediticia de una empresa supervisada por la SBS a una no supervisada, para tener actualizado el sistema integrado de registro de riesgos financieros, crediticios, comerciales y de seguros —la Central de Riesgos— a cargo de la SBS.

El problema surgió cuando las empresas supervisadas tenían la obligación de informar sobre el estado crediticio de sus clientes para que la central de riesgos se encuentre actualizada; mientras que esta obligación es limitada en el supuesto de transferencia de cartera crediticia a una empresa no supervisada, en tanto esta última alega que no cuenta con el consentimiento de los titulares de bases de datos para brindar la información sobre el nuevo historial crediticio a la SBS.

Es decir, la empresa no supervisada advierte que informar la actualización del historial crediticio de los clientes que le fueron transferidos contravendría lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 13 de la Ley de Protección de Datos Personales¹ y, por ende, incurrirían en una infracción grave, tipificada en el artículo 132 del Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales², exponiéndose a ser sancionados por la autoridad de protección de datos.

1. Artículo 13. Alcances sobre el tratamiento de datos personales
(...)
13.5 Los datos personales solo pueden ser objeto de tratamiento con consentimiento de su titular, salvo ley autoritativa al respecto. El consentimiento debe ser previo, informado, expreso e inequívoco.
(...).
2. Decreto Supremo N° 003-2013-JUS, Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales
Artículo 132.- Infracciones
Las infracciones a la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, o su Reglamento se califican como leves, graves y muy graves y se sancionan con multa de acuerdo al artículo 39 de la citada Ley.
(...).

(Continúa en siguiente página)

En este sentido, una respuesta como la brindada por las empresas no supervisadas, titulares de una cartera crediticia, generaría tres problemas:

- a) Para la empresa supervisada: la obligación de mantener actualizado su reporte, de acuerdo al artículo 159 de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la SBS³;
- b) Para el deudor: en la medida que no se reflejaría su real situación crediticia en la Central de Riesgos; y,
- c) Para las empresas supervisadas en general: en la medida que no pueden contar con información actualizada para realizar una real evaluación del riesgo crediticio y determinar a quién y cuándo otorgar algún préstamo u otro producto financiero, entre otros.

En atención a los problemas identificados, la Dirección a partir de su opinión consultiva otorgó una respuesta tomando en consideración la aplicación de limitaciones al consentimiento dispuestos en la Ley de Protección de Datos Personales.

A raíz de ello, es inevitable preguntarnos si el pronunciamiento realizado por la Dirección es suficiente respecto al manejo en la práctica de la información crediticia de los deudores, así como las obligaciones con las que cuenta la SBS, los deberes de las entidades financieras y de aquellas empresas a las cuales les fueron

transferidas las carteras crediticias, con la finalidad de no vulnerar la transparencia con la debe contar la Central de Riesgos de la SBS.

Este artículo tendrá como principal objetivo que el lector pueda entender cómo se trata la información crediticia de los deudores, calificada como datos personales, en tanto al momento de contratar con una entidad financiera, esta se encuentra en la posibilidad de transferir una cartera crediticia a una empresa no supervisada y si esta última se encontraría obligada a reportar la información de los referidos deudores sin importar su consentimiento ¿este acto, atentaría contra los derechos que protege las normas de protección de datos personales? O por el contrario, cautela y protege el interés general de las personas al mantener actualizado el registro de la Central de Riesgo, manteniendo de esta manera una información clara y transparente, tanto para las entidades financieras; así, como a los titulares de algún crédito.

Adicionalmente a ello, comentaremos sobre la interpretación realizada por la Dirección ante los problemas identificados por la SBS.

De esta forma, analizaremos lo siguiente: (a) cómo es el tratamiento de los datos personales de las personas ante una contratación con una entidad financiera, (b) qué ocurre en un supuesto de transferencia de datos a una empresa no supervisada por la SBS; y, (c) qué ocurre con la empresa no supervisada en caso le soliciten dicha información, a raíz de la opinión consultiva publicada por la Dirección.

2. Son infracciones graves:

a) *No atender, impedir u obstaculizar el ejercicio de los derechos del titular de datos personales de acuerdo a lo establecido en el Título III de la Ley N° 29733 y su Reglamento.*

(...).

3. Artículo 159.- Obligación de suministrar la información relevante

Las empresas de los sistemas financiero y de seguros deben suministrar periódica y oportunamente, la información que se requiere para mantener actualizado el registro de que trata el artículo anterior. De contar con sistemas computarizados proporcionarán dicha información diariamente.

Toda empresa del sistema financiero antes de otorgar un crédito deberá requerir a la persona natural o jurídica que lo solicite, la información que con carácter general establezca la Superintendencia. En caso de incumplimiento no podrá otorgarse el crédito.

II. SOBRE EL SISTEMA FINANCIERO

Dentro del sistema financiero podemos señalar que una de sus principales funciones es la intermediación financiera, es decir, recibir fondos de los superavitarios y colocar estos créditos a los deficitarios, intermediando. Esta actividad se realiza a través de bancos, financieras, empresas de *leasing*, entre otras. Esta es una actividad regulada, en tanto sólo se puede hacer lo que la ley autoriza o permite, siendo la SBS la autoridad que la regula, en la medida que se busca proteger el ahorro público.

En este sentido, estas empresas reguladas por la SBS deben cumplir en principio lo establecido en la Ley 26702, directivas, circulares y resoluciones que esta pueda emitir.

Ahora bien, en este caso nos enfocaremos en las obligaciones que tienen las entidades financieras con los usuarios o consumidores respecto al producto que contratarán, es decir, el deber de información que deben tener con estos últimos, por ejemplo, qué información le deben brindar a una persona que decide contratar una tarjeta de crédito o un préstamo personal o en general algún producto financiero ofrecido por esta entidad regulada.

Si bien es cierto, de conformidad con el Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema Financiero, Resolución SBS N° 3274-2017, se establecen obligaciones por parte de las entidades financieras a favor de los consumidores. Vamos a notar que el artículo 50, referido a las cláusulas generales de contratación de aprobación administrativa previa por la SBS, señala en su numeral 4 que las cláusulas que se aprueban están referidas

a los derechos y obligaciones a las cuales se someterán las partes dentro de su competencia, pues no emitirán pronunciamiento sobre la aplicación de normas y disposiciones particulares emitidas por otros organismos autorizados para tal fin.

Es decir, la SBS solo supervisará aquellas cláusulas que estén relacionadas con la naturaleza del producto financiero que se ofrecerá, intereses, pagos adelantados, plazos, condiciones promocionales, entre otros.

En la medida que, en lo referido a protección de datos la competencia es de la Autoridad Nacional de Protección de Datos, es natural que las entidades financieras decidan consignar una cláusula de protección de datos fuera de estos contratos administrativamente aprobados para que los usuarios la suscriban de manera independiente para recibir, por ejemplo, publicidad de la entidad financiera, el ofrecimiento de otros productos financieros, promociones, sorteos, entre otros; pero, ¿cuál será el contenido específico de esta cláusula?

Por otro lado, en los casos en los cuales sus datos personales son imprescindibles para la ejecución contractual, no será necesario su consentimiento⁴.

III. ¿CÓMO INICIA EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES ANTE LA CONTRATACIÓN DE UN PRODUCTO FINANCIERO?

Los contratos suscritos entre clientes y las entidades financieras son los denominados contratos por adhesión, los cuales son definidos por el Código Civil, en el artículo 1390, como aquel a partir del cual una de las partes solo se encuentra en la

4. Ley 29733, Ley de Protección de Datos Personales

Artículo 14. Limitaciones al consentimiento para el tratamiento de datos personales

No se requiere el consentimiento del titular de datos personales, para los efectos de su tratamiento, en los siguientes casos:

(...)

5. Cuando los datos personales sean necesarios para la ejecución de una relación contractual en la que el titular de datos personales sea parte, o cuando se trate de datos personales que deriven de una relación científica o profesional del titular y sean necesarios para su desarrollo o cumplimiento.

alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte⁵.

De esta forma, dichos contratos contienen cláusulas generales de contratación, las cuales son definidas por el artículo 1392 del Código Civil, como aquellas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de un conjunto de futuros contratos particulares⁶.

En el caso que nos ocupa, la SBS se encarga de evaluar y aprobar las cláusulas que son incorporadas en los contratos firmados por los futuros clientes de las entidades financieras. De esta forma, sus cláusulas son “aprobadas por autoridad administrativa”, las cuales, en atención a lo dispuesto por el artículo 1393 del Código Civil, son incorporadas a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas⁷.

Asimismo, el numeral 2 del artículo 54 de la

Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor —en adelante, el “Código”—, señala que es la SBS la encargada de aprobar los contratos de consumos celebrados por las empresas sometidas a su supervisión⁸.

De esta forma, el artículo 55 del Código dispone que la autoridad sectorial, en este caso la SBS, difunde en un lugar destacado de su portal institucional, o a través de otros medios de difusión, las cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente⁹.

Es decir, las empresas del sistema financiero tienen la obligación de presentar los contratos que suscribirán sus clientes ante la SBS para que, a su vez, este organismo pueda evaluarlas, aprobarlas y finalmente publicarlas en su portal institucional.

Ahora bien, en un primer momento, a raíz de la publicación de la Ley de Protección de Datos Personales y su Reglamento, dichos contratos

5. Decreto Legislativo 295, Código Civil

Contrato por adhesión

Artículo 1390.- *El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar.*

6. Cláusulas generales de contratación

Artículo 1392.- *Las cláusulas generales de contratación son aquéllas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos.*

7. Cláusulas generales aprobadas por autoridad administrativa

Artículo 1393.- *Las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1395.*

8. Artículo 54.- Aprobación de cláusulas generales de contratación

(...)

54.2 *En el caso de los contratos de consumo celebrados por empresas sometidas a la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, la aprobación administrativa de las cláusulas generales de contratación corresponde a dicha entidad, conforme a la ley de la materia.*

(...)

9. Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor

Artículo 55.- *Diffusión de las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa*

La autoridad sectorial difunde en un lugar destacado de su portal institucional y, en su caso, a través de otros medios de difusión, las cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente y las cláusulas abusivas identificadas. El Indecopi mantiene enlaces en su portal institucional con las direcciones electrónicas de las autoridades sectoriales competentes en donde publiquen esa información.

contaban con una cláusula de protección de datos personales, en aras de gatillar el consentimiento del titular de los datos personales para realizar el tratamiento de sus datos con la finalidad de ejecutar la relación contractual en la cual se veían inmersos, e incluso para que dicha información pueda ser utilizada para fines adicionales, tales como brindar publicidad y ofrecerle productos relacionados a los que contrataría.

Sin embargo, la SBS constató que aprobar dichas cláusulas, las cuales versaban sobre protección de datos personales, no era parte de sus competencias, en tanto el contenido de las cláusulas y constatar si estas se encontraban en concordancia con la normativa de datos personales le correspondía a la Dirección. Incluso, era posible que cláusulas que no seguían los criterios de la Dirección, sean erróneamente consideradas como aprobadas administrativamente, y ello sea una razón por la cual las entidades financieras señalen que dichas cláusulas no contuvieren ninguna disposición normativa.

Fue por esta razón que la SBS señaló mediante Resolución SBS N° 3274-2017 que las cláusulas que correspondían a protección de datos personales sean remitidas a los clientes en un formato adicional al contrato otorgado por las entidades financieras, y que este no conste dentro del contrato que es aprobado administrativamente.

Es por ello que a partir del año 2017 los contratos aprobados administrativamente por la SBS no cuentan con cláusulas de protección de datos. Incluso, la Dirección cuenta con un formato recomendado de cláusula que podrá ser utilizada de referencia para que esta sea incorporada en los contratos que la necesiten.

En atención al artículo 13.5 de la Ley de Protección de Datos Personales, es obligatorio gatillar

el consentimiento de las personas para poder realizar tratamiento de sus datos personales. Es incuestionable que información tal como su nombre, documento de identidad, dirección son datos personales, pero ¿acaso la información financiera lo es?

El artículo 2 de la Ley de Protección de Datos Personales, señala que serán considerados datos personales toda aquella información que identifique o haga identificable a una persona.

Ahora bien, respecto a la información sobre las deudas contraídas por una determinada persona, la Dirección publicó el Oficio N° 548-2018-JUS/DGTAIPD, en la cual dispone que dicha información constituye datos personales, dado que hacen referencia a actividades económicas y/o financieras de dicha persona.

Es decir, la información financiera también forma parte de aquellos datos que son materia de protección por la normativa especializada en datos personales. Por ello, la información vinculada a las empresas con las que mantenemos deudas, o nuestra calificación crediticia, serán consideradas información personal.

Dicha información es de suma importancia en tanto esta es almacenada por las entidades financieras y transferida a la SBS para poder actualizar las bases de datos de dicha entidad que contienen información sobre la solvencia patrimonial de las personas. Ello se encuentra en concordancia a los deberes de la SBS, debidamente señalados en el artículo 158 de la Ley del Sistema Financiero, el cual dispone que la información sobre los riesgos financieros y crediticios será almacenada en un sistema integrado denominado “Central de Riesgos” a cargo de esta entidad¹⁰.

Cabe señalar que para transferir dicha infor-

10. Artículo 158.- *Organización de la Central de Riesgos e información que contendrá.*

La Superintendencia tendrá a su cargo un sistema integrado de registro de riesgos financieros, crediticios, comerciales y de seguros denominado “Central de Riesgos”, el mismo que contará con información consolidada y clasificada sobre los deudores de las empresas.

(Continúa en siguiente página)

mación, las entidades financieras no están obligadas a solicitar el consentimiento de sus clientes, dado que se aplica el artículo 14.3 de la Ley de Protección de Datos Personales, el cual señala que no se requerirá el consentimiento de las personas cuando se trate de información relacionada a la solvencia patrimonial y de crédito conforme a ley, de los titulares de los datos personales.

En el presente caso, es la Ley del Sistema Financiero la que dispone la obligación de remitir dicha información a la SBS, la cual se relaciona a la solvencia patrimonial de las personas.

Dicha interpretación se encuentra en concordancia con el Oficio N° 320-2017-JUS/DGTAIPD, en la cual la Dirección responde la consulta relacionada a la transferencia de información financiera de un cliente de una entidad financiera a centrales de información de riesgos.

Entonces, a partir de lo señalado podemos concluir que a partir de la suscripción de un contrato de adhesión con las entidades financieras, este activa el consentimiento de sus clientes, de ser necesario, en un documento adicional para tratar sus datos para la ejecución contractual, e incluso para finalidades adicionales a estas. Asimismo, toda aquella información que se relaciona con la solvencia patrimonial de las personas es luego transferida a la SBS, en atención a la obligación legal que surge a partir de lo dispuesto en la Ley del Sistema Financiero.

IV. TRANSFERENCIA DE CARTERA CREDITICIA

Ahora bien, mediante Resolución SBS N° 1308-2013 se aprobó el Reglamento de Transferencia y Adquisición de Cartera Crediticia, que dejó sin efecto la Resolución SBS N° 1114-99 y sus normas modificatorias y complementarias, en tanto el numeral 26 del artículo 221 de la Ley del

Sistema Financiero señala que las empresas del sistema financiero pueden celebrar contratos de compra o venta de cartera.

La Resolución SBS N° 1308-2013, en su artículo 12 señala que las empresas que transfieran carteras mediante una operación que implique la baja de cartera de créditos de acuerdo a las normas contables establecidas en el Manual de Contabilidad deberán seguir algunas reglas.

En el caso de empresas vinculadas —personas naturales o jurídicas que sean de propiedad de la entidad financiera, tomando en cuenta los porcentajes que la Ley del Sistema Financiero establece— deberán continuar remitiendo un reporte crediticio de deudores por cada lote de operación de transferencia, siendo este reporte de manera mensual.

En caso de transferencia a empresas no vinculadas, también se exige la obligación por parte del transferente a reportar a los deudores; asimismo, obliga a los transferentes a enviar a la SBS información actualizada cada vez que los deudores soliciten su actualización siempre que este último acredite el pago parcial o total de su deuda.

Ahora, el artículo 12 de la Resolución SBS N° 1308-2013, adicionalmente establece que en caso de empresas supervisadas, adquirentes de carteras crediticias, estas deberán remitir de manera directa a las SBS el Reporte Crediticio de Deudores.

Nótese que la referida resolución de la SBS hace referencia a empresas vinculadas, no vinculadas y establece obligación a las empresas supervisadas, por lo que cabe la posibilidad que los adquirentes no sean entidades supervisadas, esto es, fuera del ámbito de competencia de la SBS, en estos supuestos ¿la empresa adquirente no

Toda institución gremial que cuente con la infraestructura necesaria correspondiente podrá tener acceso a esta Central, celebrando el correspondiente convenio con la Superintendencia.

Se registrará en la Central de Riesgos, los riesgos por endeudamientos financieros y crediticios en el país y en el exterior, los riesgos comerciales en el país, los riesgos vinculados con el seguro de crédito y otros riesgos de seguro, dentro de los límites que determine la Superintendencia.

supervisada, está obligada a informar a la SBS el Reporte Crediticio de Deudores?

En primera instancia, en la medida que es obligación legal mantener el registro de reporte crediticio de la SBS actualizado, la respuesta sería afirmativa; sin embargo, las empresas no supervisadas señalan que en la medida que no cuentan con el consentimiento de los titulares de datos personales se ven impedidos de brindar esta información para que el referido registro se encuentre actualizado, por lo que de hacerlo, serían pasibles de denuncias y sanciones por parte de la Autoridad Nacional de Protección de Datos, lo cual explicaremos a mayor detalle en el siguiente punto.

V. ¿QUÉ PASA LUEGO CON LA EMPRESA NO SUPERVISADA?

Entonces, luego de que es realizada una transferencia de cartera crediticia a una empresa no supervisada por la SBS, se presentan los tres problemas señalados en el acápite de antecedentes.

La opinión consultiva propone la siguiente interpretación:

a) Respecto al primer problema, la Dirección señala que, en atención al principio de calidad, la SBS tiene el deber de mantener

actualizadas sus bases de datos¹¹. Asimismo, se señala que según lo dispuesto en el artículo 14.1 de la Ley de Protección de Datos Personales, no será necesario que se solicite el consentimiento de los titulares de datos personales cuando estos son solicitados en atención al ejercicio de las funciones de las entidades públicas en el ámbito de sus competencias¹².

- b) Respecto al segundo problema, señala que en tanto la información es necesaria para que se cuente con el historial crediticio de los deudores actualizado, tampoco será necesario contar con su consentimiento en la transferencia dado que el artículo 14.3 de la Ley de Protección de Datos Personales dispone que ello no será necesario cuando se trate de datos relativos a la solvencia patrimonial y de crédito.
- c) Por último, respecto al tercer problema, la Dirección precisa que existe un interés legítimo de los deudores en que la Central de Riesgos cuente con la información actualizada, es por ello que en razón del artículo 14.9 no será necesario contar con el consentimiento de los titulares en tanto la transferencia es necesaria para salvaguardar dichos intereses legítimos¹³.

11. Ley 29733, Ley de Protección de Datos Personales
Artículo 8. Principio de calidad

Los datos personales que vayan a ser tratados deben ser veraces, exactos y, en la medida de lo posible, actualizados, necesarios, pertinentes y adecuados respecto de la finalidad para la que fueron recopilados. Deben conservarse de forma tal que se garantice su seguridad y solo por el tiempo necesario para cumplir con la finalidad del tratamiento.

12. *Artículo 14. Limitaciones al consentimiento para el tratamiento de datos personales*

No se requiere el consentimiento del titular de datos personales, para los efectos de su tratamiento, en los siguientes casos:

1. Cuando los datos personales se recopilen o transfieran para el ejercicio de las funciones de las entidades públicas en el ámbito de sus competencias.

(...).

13. *Artículo 14. Limitaciones al consentimiento para el tratamiento de datos personales*

No se requiere el consentimiento del titular de datos personales, para los efectos de su tratamiento, en los siguientes casos:

(...).

9. Cuando el tratamiento de los datos personales sea necesario para salvaguardar intereses legítimos del titular de datos personales por parte del titular de datos personales o por el encargado de tratamiento de datos personales.

(...).

Si bien concordamos con la solución propuesta por la Dirección en tanto surge de una interpretación correcta y lógica respecto a la normativa sobre protección de datos personales, aún persiste un problema principal: las empresas no supervisadas no se encuentran obligadas a remitir la información solicitada por la SBS; y, las opiniones consultivas no son de obligatorio cumplimiento.

Ahora bien, sobre la obligatoriedad de las opiniones consultivas, la SBS aun así podría alegar que la excepción al consentimiento previsto en el artículo 14.3 de la Ley de Protección de Datos Personales se encuentra en el marco de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia.

En ese sentido, la Sentencia recaída en el Expediente N° 3700-2019-PHD/TC señala que la difusión de la información crediticia cumple con un *"fin constitucionalmente legítimo"*, y por ello no es necesario que para su tratamiento se recabe el consentimiento de su titular, dado que se entiende *"que la permisibilidad legal resulta legítimo solo y exclusivamente para la información de tipo crediticio"*.

Adicionalmente a ello, la misma Sentencia del Tribunal Constitucional señala que la finalidad a partir de la cual es recabada la información resulta legítima, dado que debe existir un *"flujo continuo de información de riesgos crediticios en*

el mercado, pues solo así se puede generar confianza en el sistema financiero". Ello, en la medida que es información crucial para el otorgamiento de créditos y su consiguiente recuperación, para así conocer el comportamiento de personas jurídicas y naturales en el tiempo, y tomar decisiones adecuadas.

Pero, ¿qué ocurre si aun así las empresas no supervisadas se niegan a transferir la información solicitada por la SBS? Podrían alegar que en atención al artículo 159 de la Ley del Sistema Financiero, estas no se encuentran obligadas a cumplir con entregar la información dado que dicho artículo hace referencia específica a las empresas del sistema financiero y de seguros, siendo estas no parte de dicho giro¹⁴, aún podría persistir la negativa.

Somos de la idea que, si bien como hemos podido apreciar, hay otros artículos de la Ley de Protección de Datos Personales que exonerarían la obligación de requerir el consentimiento de los clientes de las entidades financieras que transfirieron sus carteras, existe la posibilidad que estas entidades financieras consignen cláusulas en las que incluyan el consentimiento de sus usuarios en caso su crédito sea transferido, eliminando cualquier excusa por parte de estas empresas no supervisadas; asimismo, establecer penalidades en caso incumplan con esta obligación, pues el punto referido al consentimiento ya se encontraría superado.

14. Artículo 159.- *Obligación de suministrar la información relevante.*

Las empresas de los sistemas financiero y de seguros deben suministrar periódica y oportunamente, la información que se requiere para mantener actualizado el registro de que trata el artículo anterior. De contar con sistemas computarizados proporcionarán dicha información diariamente.

Toda empresa del sistema financiero antes de otorgar un crédito deberá requerir a la persona natural o jurídica que lo solicite, la información que con carácter general establezca la Superintendencia. En caso de incumplimiento no podrá otorgarse el crédito.

Responsabilidad del propietario y/o arrendador de locales comerciales por contribuir o facilitar infracciones y delitos contra la propiedad industrial



ADRIANA BARRERA TABOADA

Abogada por la Universidad de Lima.

Maestría en Derecho de Propiedad Intelectual por Franklin Pierce Law Center.



SUMARIO:

- I. Introducción.**
- II. Falsificación de productos o mercancías en la normativa peruana.**
- III. Responsabilidad de infractores indirectos: propietario/arrendador.**
- IV. Jurisprudencia comparada sobre responsabilidad del propietario/arrendador.**
- V. Responsabilidad del propietario/arrendador según normativa peruana.**
 - 1. Disposiciones sobre incumplimiento del contrato de arrendamiento.**
 - 2. Consideraciones sobre responsabilidad extracontractual del arrendador.**
 - 3. Normativa sobre propiedad industrial que puede ser aplicable a la responsabilidad del arrendador.**
- VI. Conclusiones.**

RESUMEN:

La falsificación y piratería constituyen problemas graves en la sociedad actual. Normalmente se responsabiliza a los actores e infractores directos sobre las violaciones a los derechos de propiedad industrial y derechos de autor, pero existen terceros o actores indirectos a quienes se les puede imputar responsabilidad por estos comportamientos ilegales que afectan el normal desenvolvimiento del comercio en el mercado.

Palabras clave: propiedad industrial, derechos de autor, infracciones, delitos, responsabilidad, terceros.

ABSTRACT:

Counterfeiting and piracy are serious problems in today's society. Normally, direct actors and infringers are held responsible for violations of industrial property rights and copyrights, but there are third parties or indirect actors who can be held responsible for these illegal behaviors that affect the normal development of trade in the market.

Keywords: industrial property, copyrights, infringements, crimes, liability, third parties.

I. INTRODUCCIÓN

En un mercado globalizado como el actual, la falsificación y la piratería de productos aumentan día a día y se hace cada vez más complicado combatirlas. Es claramente un problema global que se ha ido sofisticando; toda vez que los infractores de los derechos de propiedad industrial y derechos de autor buscan y encuentran nuevos mecanismos para violentar las reglas que regulan la propiedad intelectual. Lamentablemente, muchas veces se consideran a las infracciones y/o delitos contra la propiedad intelectual como de menor importancia o envergadura, cuando realmente muchas veces nos encontramos frente a la concurrencia de delitos, tales como: evasión de impuestos, lavado de dinero, explotación de personas y trabajo de menores, salud pública, entre otros. Por ello, los titulares de los derechos de propiedad industrial y derechos de autor deben buscar soluciones legales creativas para contrarrestar el comportamiento ilegal de los falsificadores y piratas.

Una de las estrategias que se está aplicando a nivel mundial es responsabilizar a los infractores indirectos, es decir, las personas naturales o jurídicas que de alguna manera contribuyen para que se logre infringir o delinquir contra la

propiedad intelectual. Por ejemplo, se podría responsabilizar a los propietarios y/o arrendadores de establecimientos comerciales donde se ofrecen productos falsificados y/o pirateados, que muchas veces tienen conocimiento de estos hechos ilegales. Esta teoría de responsabilidad ha sido ampliamente desarrollada en el derecho anglosajón y es conocida como *contributory infringement*¹, *landlord liability* y *vicarious liability*. En Latinoamérica ya existen algunos países como Argentina y Brasil que han incluido esta teoría de responsabilidad en casos sobre infracciones y/o delitos contra la propiedad intelectual; sin embargo, es un desarrollo tímido. Lo mismo ocurre en nuestro país, donde no se ha desarrollado el tema ampliamente.

II. FALSIFICACIÓN DE PRODUCTOS O MERCANCÍAS EN LA NORMATIVA PERUANA

Si bien la falsificación se refiere al uso no autorizado de marcas —propiedad industrial— y la piratería hace referencia a la copia de una obra protegida por los derechos de autor, ambos comportamientos están considerados como infracciones y/o delitos contra la propiedad intelectual. Sin embargo, en esta oportunidad desarrollaremos el tema en relación a la violación de derechos de propiedad industrial; específicamente los derechos marcas, y, por tanto,

1. § 32 del Lanham Act, 15 U.S.C. § 1114.

nos referiremos a falsificación de productos o mercancías.

Sobre la falsificación de productos, se conoce que toda fabricación, comercialización, distribución, almacenamiento de productos con signos idénticos y/o similares a marcas debidamente registradas sin contar con la debida autorización del titular constituye una infracción a los derechos de propiedad industrial, conforme lo establecido en el artículo 97 del Decreto Legislativo 1075, modificado por el Decreto Legislativo 1309; y los artículos 155 y 156 de la Decisión 486, Régimen Común sobre Propiedad Industrial de la Comunidad Andina —en adelante, la “Decisión”—, los cuales disponen lo siguiente:

“Artículo 97.- Actos de infracción

Constituyen actos de infracción todos aquellos que contravengan los derechos de propiedad industrial reconocidos en la legislación vigente y que se realicen o se puedan realizar dentro del territorio nacional.

La responsabilidad administrativa derivada de los actos de infracción a los derechos de propiedad industrial es objetiva.”

“Artículo 155.- El registro de una marca confiere a su titular el derecho de impedir a cualquier tercero realizar, sin su consentimiento, los siguientes actos:

(...)

d) usar en el comercio un signo idéntico o similar a la marca respecto de cualesquiera productos o servicios, cuando tal uso pudiere causar confusión o un riesgo de asociación con el titular del registro. Tratándose del uso de un signo idéntico para productos o servicios idénticos se presumirá que existe riesgo de confusión;

(...).”

Asimismo, precisa la Decisión lo siguiente en relación al uso de un signo registrado por parte de un tercero en su artículo 156:

“Artículo 156.- A efectos de lo previsto en los literales e) y f) del artículo anterior, constituirán uso de un signo en el comercio por parte de un tercero, entre otros, los siguientes actos:

- a) introducir en el comercio, vender, ofrecer en venta o distribuir productos o servicios con ese signo.*
- b) (...)*
- c) emplear el signo en publicidad, publicaciones, documentos comerciales o comunicaciones escritas u orales, independientemente del medio de comunicación empleado y sin perjuicio de las normas sobre publicidad que fuesen aplicables.”*

Por otro lado, la conducta ilícita mencionada no solamente constituye una infracción en materia administrativa, sino que además constituye un delito, de acuerdo a lo establecido en el Código Penal peruano:

“Artículo 222.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años, con sesenta a trescientos sesenta y cinco días multa e inhabilitación conforme al Artículo 36 inciso 4) tomando en consideración la gravedad del delito y el valor de los perjuicios ocasionados, quien en violación de las normas y derechos de propiedad industrial, almacene, fabrique, utilice con fines comerciales, oferte, distribuya, venda, importe o exporte, en todo o en parte:

(...)

- f) Un producto o servicio que utilice una marca no registrada idéntica o similar a una marca registrada en el país.”*

III. RESPONSABILIDAD DE INFRACTORES INDIRECTOS: PROPIETARIO/ARRENDADOR

En tal sentido, los titulares de los derechos marcas u otros signos distintivos tienen la facultad de iniciar acciones legales contra los terceros responsables cuando consideren que sus derechos se vulneran.

Normalmente, las acciones tanto administrati-

vas como penales se inician contra los responsables directos, que son los arrendatarios de los locales comerciales donde se viene constituyendo la infracción y/o delitos contra la propiedad industrial. Sin embargo, en el supuesto que el propietario y/o arrendador de un local comercial que tiene conocimiento que en el local comercial que arrienda se vienen comercializando productos falsificados —que infringen los derechos de propiedad industrial—, ¿se puede iniciar acciones legales contra el propietario/arrendador como responsable indirecto? ¿qué sucede con aquellos terceros que contribuyen con una infracción y/o delito?

En primer lugar, consideramos, que para responsabilizar al propietario/arrendador de un establecimiento, es importante que se pueda acreditar que el propietario/arrendador conocía o podía conocer de los hechos infractores y/o delictivos que viene realizando su arrendatario. Por tanto, el titular del derecho infringido antes de intentar involucrar al propietario/arrendador en un proceso o procedimiento legal, debería asegurarse que el propietario/arrendador tenía conocimiento del hecho infractor, ya sea porque ha sido informado o porque la infracción o delito es un hecho de público conocimiento.

Se considera que los casos más exitosos de responsabilidad del propietario/arrendador se han dado cuando se cumplen estos supuestos²:

- a) La escala de la falsificación de los productos en el mercado es severa;
- b) Los productos falsificados son abiertamente comercializados;
- c) El titular de la marca afectada —derecho de propiedad industrial— afectado sufre un daño significativo por los hechos ilegales;
- d) El propietario/arrendador permanece pasivo o inactivo frente al problema.

Es así, que denunciar y responsabilizar al propietario/arrendador resulta más atractivo que denunciar únicamente al vendedor de los productos falsificados, ya que muchas veces el vendedor se puede mantener en el anonimato y, además, pueden tener menos bienes y/o activos que el propietario/arrendador.

En los casos que conocemos de otros países, que comentaremos más adelante, el supuesto que se debe cumplir es que el propietario/arrendador conocía o debía conocer sobre la comercialización, distribución, fabricación o almacenamiento de productos falsificados por parte de su arrendatario y, que no hizo nada —o mínimo, omisión— para prevenir o detener estos actos ilegales.

Para tener un caso exitoso, y asegurarse que el propietario/arrendador conocía de los hechos infractores o delictivos, se sugiere que el titular de la marca le solicite al propietario/arrendador, eventualmente antes de iniciar una acción, que cumpla con implementar ciertas medidas, a efectos de prevenir o detener la comisión de la infracción o delito, entre las cuales se mencionan³:

- a) Implementar medidas de control a modo de garantizar conocimiento pleno acerca de quiénes son los arrendatarios.
- b) Incluir cláusulas resolutorias expresas dentro del contrato de arrendamiento que prohíban actividades relacionadas con productos falsificados y/o pirateados; otorgándoles las facultades como propietario del inmueble para desalojar a los arrendatarios en caso de utilizar el inmueble para realizar actividades ilícitas.
- c) Mantener una política clara contra el uso del inmueble para cualquier tipo de acti-

2. Giay Gustavo y Andres O'Farrel, «Pursuing Landlords for Infringements. Wishful thinking or worthwhile remedies?», *Revista World Trademark Review* (diciembre 2015-enero 2016): 46-48.

3. Business Action to Stop Counterfeiting and Piracy —BASCAP—, Lineamientos *Landlord Liability*.

vidad relacionada con la venta y/o fabricación de productos falsificados y/o pirateados. Tal política debe ser visible a través de avisos publicados en el establecimiento o la página web del centro comercial.

- d) Realizar inspecciones periódicas de las tiendas y los puestos de los arrendatarios.
- e) Contactarse con los titulares de los derechos de propiedad industrial infringido, en caso de observar actividades ilícitas que puedan vulnerar sus derechos.

IV. JURISPRUDENCIA COMPARADA SOBRE RESPONSABILIDAD DEL PROPIETARIO/ARRENDADOR

Como hemos señalado, la jurisprudencia anglosajona está más desarrollada en cuanto a la responsabilidad del intermediario/facilitador o propietario/arrendador del establecimiento donde se cometen infracciones a los derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, queremos comentar dos casos en Brasil y Argentina, donde las cortes de dichos países responsabilizaron a los propietarios/arrendadores de los establecimientos.

El primer caso fue resuelto en el 2012 por la Corte de Justicia del Estado de São Paulo, Brasil, que fue iniciado por las empresas de denunciantes Nike Do Brasil Comércio E Participações Ltda., Nike International Ltda., Lvmh Fashion Group Brasil Ltda., Louis Vuitton Malletier, Oakley Brasil Ltda. y Oakley Incorporation contra Calinda Administração Participação E Comércio Ltda — en adelante “Calinda”—, administrador y promotor del Centro Comercial 25 de Marzo de São

Paulo⁴. La Corte resolvió que Calinda debería prevenir que se comercialice, ofrezca en venta, o almacene productos falsificados en el Centro Comercial 25 de Marzo, con las marcas de las empresas denunciantes, bajo apercibimiento de pagar una multa diaria de R\$ 31,000 reales —aproximadamente S/ 20,800.00⁵— en caso no cumpla con prevenir el comportamiento ilegal de los comerciantes, toda vez que Calinda, administrador del centro comercial en mención, alquilaba los espacios y stands según contrato de arrendamiento existente y, por tanto, la Corte señaló que Calinda habría actuado por omisión por no prevenir la venta de productos falsificados y de contrabando con marcas reconocidas; más aún, que en diversas oportunidades se han realizado operativos para decomisar productos ilegales. Asimismo, Calinda debía pagar a las empresas denunciantes, titulares de las marcas reconocidas Oakley, Louis Vuitton y Nike el monto de R\$ 31,000 por concepto de daño moral.

Dos casos resueltos en Argentina: (a) caso “Galería La Morocha”⁶ mediante el cual, en el 2014, el Ministerio Público de la ciudad de Buenos Aires responsabiliza al administrador de la galería; y, (b) otro reciente: “Asociación Mutual de Vendedores Ambulantes de Retiro”⁷ resuelto por la Cámara Criminal y Correccional Federal - Sala 2. Ambos responsabilizan al administrador/arrendador de los locales comerciales donde se ofrecían, almacenaban mercadería falsificada.

En el caso “Galería La Morocha”, lugar de acopio y depósito de mercancías y productos falsificados, se responsabilizó en un proceso penal a Enrique Adolfo Mora como partícipe necesario, imponiéndosele una multa de \$30,000 pesos argentinos.

-
4. Sentencia de la Corte de Justicia del Estado de São Paulo, Brasil, apelación N° 502.136.4/5-00, año 2012.
 5. Al tipo de cambio del 10 de noviembre del 2020.
 6. Investigación del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Unidad Coordinadora de Investigaciones Complejas-UCIC, 27 de noviembre de 2014.
 7. Sentencia de la Cámara Criminal y Correccional Federal - Sala 2, CFP N° 6869/2013/4/CA2, Poder Judicial de la Nación, Argentina, 27 de febrero de 2019.

nos ARS —aproximadamente S/ 1,370.00⁸—, por ser la persona encargada de administrar y cobrar los arrendamientos de los comerciantes en dicha galería, tomándose en cuenta que claramente Enrique Adolfo Mora conocía los hechos de venta ilegal de productos que se realizaba en el lugar.

En el segundo caso argentino, recientemente resuelto en febrero de 2019, la Corte señaló que en el centro comercial denominado “Centro de Compras” se había realizado diversas intervenciones de allanamiento para decomisar productos falsificados, tales como zapatillas e indumentaria deportiva de marcas reconocidas, esto desde hace cinco años. Asimismo, de las investigaciones se tomó conocimiento que los administradores y arrendadores de estos puestos en el centro comercial era la “Asociación Mutual de Vendedores Ambulantes de Retiro”. Por tanto, la Corte señaló que no podía pasar inadvertido que la mercadería apócrifa se encontraba exhibida para la venta al público en un predio compuesto por una gran galería comercial, circunstancia que conforma un contexto susceptible de causar confusión en los eventuales adquirentes de tales productos.

Además, al haberse realizado dos allanamientos previos en donde se procedió a la identificación de las personas que ponían a la venta los productos apócrifos y a los encargados del lugar —los partícipes— que conocían la situación, más aún cuando —como se vio— la actividad ilícita se perpetró en el tiempo incluso con los mismos involucrados. Es así, que la Corte responsabilizó a los representantes de “Asociación Mutual de Vendedores Ambulantes de Retiro” por actuar como administradores del local comercial en mención.

Finalmente, un caso de agosto de 2019, emitido por la Corte Federal de Apelaciones del Circuito

Décimo Primero de los Estados Unidos de América, en el caso seguido por Luxottica Group S.p.A contra Airport Mini Mall, Llc, y otros,⁹ por contribuir a infringir sus derechos de propiedad industrial. En el caso, diversos locales comerciales de Airport Mini Mall —un centro comercial de productos con descuentos— estaban vendiendo lentes falsificados con la marca Luxottica Group S.p.A. Por tanto, la Corte de Apelaciones falló responsabilizando al administrador/arrendador de contribuir con la comisión de la infracción de las marcas reconocidas de la demandante.

Como se ha podido ver en los casos anteriores, tanto cortes civiles —los casos de Brasil y Estados Unidos de América— y penales —los casos de Argentina— han responsabilizado a los propietarios/administradores/arrendadores de los centros comerciales de los casos en cuestión. Si bien existe amplitud de regulación y normativa que puede aplicarse para un caso concreto, posiblemente la vía civil sea la más adecuada, sobre todo, para efectos del pago indemnizatorio por daños y perjuicios al titular de las marcas. Sin embargo, no se descarta la alternativa penal, que en varios de los países latinoamericanos, incluyendo Perú, no existe la responsabilidad penal de una persona jurídica, sino de sus representantes y, eventualmente esto sea negativo para efectos de obtener una reparación civil. Sin embargo, puede ser positiva si se quiere involucrar a las personas naturales, representantes de la persona jurídica, en un proceso penal.

V. RESPONSABILIDAD DEL PROPIETARIO/ ARRENDADOR SEGÚN NORMATIVA PERUANA

Actualmente, en Perú no existe jurisprudencia extensa sobre la responsabilidad del arrendador o de quien contribuye con la comisión de

8. Al tipo de cambio del 10 de noviembre del 2020.

9. Sentencia de la Corte Federal de Apelaciones del Circuito Décimo Primero de los Estados Unidos de América del 7 de agosto de 2019, Caso N° 18-10157.

una infracción y/o delito contra la propiedad industrial, que en el derecho anglosajón, según ya hemos señalado, se encuentra ampliamente desarrollado y se denomina *landlord liability*.

Sin embargo, consideramos que sí debería existir responsabilidad del arrendador por los actos ilícitos de su arrendatario desde el punto de vista de la normativa civil y administrativa; pero dejaremos de lado —en esta oportunidad— el análisis de una aplicación desde el punto de vista penal, según desarrollamos a continuación.

1. Disposiciones sobre incumplimiento del contrato de arrendamiento.

Al respecto, consideramos que el arrendador debería tomar conocimiento de los actos ilícitos que se vienen cometiendo en los locales de su propiedad, de las consecuencias legales que estos actos implican y de las obligaciones que mantienen sobre el control de sus arrendatarios, en cuanto al cumplimiento de las normas que protegen la propiedad intelectual y restringen la comercialización y distribución de productos infractores u otros actos ilícitos.

Como es de conocimiento general, el contrato de arrendamiento es un acto jurídico y como tal, entre sus requisitos indispensables se encuentra el fin lícito. Esto significa que el objeto del arrendamiento en todo momento debe estar orientado a cumplir el ordenamiento legal y a evitar que se transgredan las normas vigentes.

El hecho de que el contrato de arrendamiento deba cumplir con un fin lícito implica que el desarrollo del mismo por ambas partes, arrendador y arrendatario, se debe dar dentro de lo previsto por las normas legales vigentes, entre ellas el Código Civil.

Así, dentro del contrato de arrendamiento de locales comerciales, lo normal y natural es que el arrendador vele porque dentro de su local, el arrendatario no desarrolle actividades prohibidas o que estén en contra del sistema legal vigente. En el caso de locales comerciales esto incluye, especialmente, actos reñidos contra las normas que regulan el mercado, tales como las

regulaciones que prohíben la venta de productos que infrinjan derechos protegidos por las leyes sobre propiedad intelectual.

El inciso 7 del artículo 1681 del Código Civil expresamente prevé que el arrendatario está obligado a no hacer uso imprudente del bien o contrario al orden público o a las buenas costumbres; es decir, que el uso del bien debe ser acorde a ley y no debe transgredir el ordenamiento vigente, tal como es el caso de la normatividad que protege los derechos de propiedad intelectual.

En concordancia con la norma citada, el inciso 3 del artículo 1697 del Código Civil establece como causal de resolución del contrato que el arrendatario dé al bien destino diferente de aquel para el que se le concedió expresa o tácitamente, o permita algún acto contrario al orden público o a las buenas costumbres. Es claro y evidente que la venta de productos infractores y/o falsificados constituye un acto contrario a la ley y al orden público.

Asimismo, tal como establece el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Ello significa que si bien es derecho del arrendador, como propietario del local, el explotar el bien percibiendo la renta mensual por la cual se ha contratado; también pesa sobre el arrendador la obligación de cautelar que el bien arrendado, es decir el local comercial, no sea utilizado para fines que no sean lícitos, tales como la distribución y venta de productos falsificados.

Nótese que la norma citada del Código Civil habla de ejercicio abusivo del Derecho tanto por acción como por omisión. Esto implica que dejar de controlar las actividades del arrendatario de suerte tal de que éste pueda ejercer actividades no acordes al sistema legal vigente, no es admitido por el Derecho y más bien el arrendador debe participar controlando tales actividades, sobre todo cuando la norma sobre arrendamiento prevé como posibilidad de resolución del contrato, en caso de que el arrendatario use el bien infringiendo la ley.

2. Consideraciones sobre responsabilidad extracontractual del arrendador.

Asimismo, el arrendador debe tomar en consideración que en el sistema legal peruano existe un régimen de responsabilidad civil. Este régimen está referido al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la relación de los particulares bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual, o como resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de origen obligacional. Cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar un daño a otro, encontrándonos dentro del ámbito de la denominada responsabilidad civil extracontractual.

En el Perú, la norma básica de responsabilidad civil extracontractual está contenida en el artículo 1969 del Código Civil, complementada también por el artículo 1978 del mismo cuerpo legal:

"Indemnización por daño moroso y culposo

Artículo 1969.- Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor."

"Responsabilidad por incitación y/o coautoría

Artículo 1978.- También es responsable del daño aquel que incita o ayuda a causarlo. El grado de responsabilidad será determinado por el juez de acuerdo a las circunstancias."

Las normas citadas se refieren a que el autor del daño que se hubiera producido con o sin intención, debe resarcirlo reparando la situación del sujeto perjudicado. Así, casos en los cuales el arrendatario de un inmueble aprovecha dicho local para distribuir productos transgrediendo normas que protegen la propiedad intelectual, supone que el arrendador ha actuado con descuido y omisión en el cumplimiento de sus obligaciones dentro del sistema legal vigente.

3. Normativa sobre propiedad industrial que puede ser aplicable a la responsabilidad del arrendador.

El Decreto Legislativo 1075 —que aprueba normas complementarias a la Decisión 486 de la Comunidad Andina—, recientemente modificado mediante el Decreto Legislativo 1397¹⁰, que incorpora el inciso e) al artículo 115¹¹, regula las facultades de investigación de manera no taxativa que tendría la Comisión de Signos Distintivos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad industrial —INDECOPI—, en el sentido que se señala que podrá solicitar a una persona natural o jurídica, mediante el dictado de medidas cautelares o de una resolución que pone fin a una instancia, la adopción de medidas que sirvan para prevenir la ejecución o perpetración de actos realizados por terceros que cons-

-
10. Disposiciones Complementarias finales del Decreto Legislativo 1397 que modifica el Decreto Legislativo 1075, que aprueba Disposiciones Complementarias a la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que establece el Régimen Común sobre Propiedad Industrial.
 11. *Artículo 115.- Facultades de investigación*
Sin que la presente enumeración tenga carácter taxativo, la autoridad nacional competente tiene las siguientes facultades de investigación:
(...)
e) Exigir, vía medida cautelar o resolución que ponga fin a la instancia, a las personas naturales o jurídicas, así como a entidades públicas o privadas, estatales o no estatales, con o sin fines de lucro, la adopción de medidas que impidan la continuación o perpetración de actos practicados por terceros que supongan el uso no autorizado de elementos protegidos por la propiedad industrial.

tituyan el uso no autorizado de elementos de propiedad industrial.

Consideramos que mediante esta disposición se faculta a la Comisión de Signos Distintivos del INDECOPI para que pueda ahondar las investigaciones en casos de infracción a los derechos de propiedad industrial y en casos que lo considere necesario, para efectos de que cese la infracción podría ordenar a cualquier intermediario o tercero que contribuya con la infracción a tomar las medidas necesarias para evitar la comisión de infracciones contra la propiedad industrial, bajo la penalidad de imponer una sanción administrativa, que, eventualmente podría ser una multa o cierre de establecimiento —aunque creemos que esta segunda sería muy agresiva y es probable que la Comisión no se anime a aplicarla—, según establece la normativa administrativa dentro de sus sanciones. Es importante señalar que el intermediario no sería incluido como parte denunciada en el eventual procedimiento de infracción. Sin embargo, sí se podría ordenar al intermediario cumplir con lo ordenado por la Comisión, generándose una responsabilidad administrativa que, al no cumplirse, como ya señalamos tendría como consecuencia la imposición de una sanción administrativa únicamente.

En caso una medida cautelar o resolución por parte de la autoridad administrativa en este sentido, ordenada al intermediario/facilitador de la infracción, no sea cumplida por el mismo, podría ser utilizado, claramente, como prueba, en un eventual caso de daños y perjuicios donde se quiera acreditar la responsabilidad del facilitador o intermediario de la infracción para que pueda pagar por los daños y perjuicios causados al titular de los derechos de propiedad industrial por la omisión en el cumplimiento de la solicitud de colaboración y de las obligacio-

nes que derivan del contrato de arrendamiento y extracontractuales, según lo hemos señalado en los puntos anteriores.

Si bien aún no existe jurisprudencia del INDECOPI donde se aplique de manera extensiva este artículo para considerar a los propietarios/arrendadores como responsables, no debe descartarse la aplicación de este artículo en su inciso e) para facilitar la desarticulación de las redes de falsificadores de mercancías con marcas reconocidas, que tanto daño hacen a la economía interna y al comercio internacional.

VI. CONCLUSIONES

Con una legislación clara que responsabilice a los propietarios y/o arrendadores de establecimientos, los titulares de las marcas tendrán un remedio claro y mayor predictibilidad a la hora de actuar, los gobiernos se verían beneficiados por la mayor eficacia de las acciones que se inicien y los consumidores estarán protegidos por el desarrollo de un comercio más legal y justo.¹²

Consideramos que debe responsabilizarse al propietario y/o arrendador de un inmueble en la comisión de delitos contra la propiedad intelectual, siempre que se cumplan ciertos supuestos; siendo el principal que se pruebe que el propietario y/o arrendador conocía o tenía cómo conocer sobre los hechos infractores y/o delictivos que se vienen cometiendo en su inmueble. En esos casos es evidente la responsabilidad del propietario/arrendador y debería aplicarse la normativa administrativa sobre infracción marcaria y civil sobre responsabilidad extracontractual actual. Sin embargo, recomendamos, además, una modificación legislativa en la que claramente quede tipificado este ilícito como infracción administrativa y como delito penal.

12. María Laura Perna, «Responsabilidad del locador y piratería marcaria» (tesina, Universidad Austral, Maestría en Propiedad Intelectual, 2012-2013), 35.

Contribución al estudio de la buena fe en el Derecho Privado: a propósito de la renegociación y el incumplimiento de los deberes secundarios de conducta

JAVIER VÁSQUEZ LAGUNA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Postgrado en Gestión de Proyectos Inmobiliarios por la Universidad
Peruana de Ciencias Aplicadas.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Análisis general del principio de buena fe.
 1. La buena fe como principio general del Derecho.
 2. La doble dimensión de la buena fe.
 3. “La buena fe no agota su alcance en la oposición de la mala fe”.
- III. Breve análisis de los efectos de la buena fe durante todo el iter contractual.
 1. Etapa precontractual, negociación y celebración.
 2. Etapa de ejecución contractual.
 3. Etapa post contractual.
- IV. El principio de buena fe como límite de la autonomía privada.
- V. El principio de buena fe como criterio hermenéutico.
- VI. Los deberes secundarios de conducta.
 1. El deber de protección.
 2. El deber de información.
 3. El deber de consejo.
 4. El deber de fidelidad.
 5. El deber de secreto.
 6. El deber de renegociación.
- VII. Análisis de la buena fe durante la ejecución del contrato —o sobre el deber de renegociación—.
 1. Aspectos generales.
 2. Cambio de circunstancias como presupuesto para el nacimiento de la obligación de renegociar.
 3. Causas que activan el deber de renegociar.
- VIII. Resolución contractual por incumplimiento del deber secundario de conducta de renegociación.
- IX. Conclusiones.



RESUMEN:

El presente ensayo aborda el estudio del principio de la buena fe, de los deberes secundarios de conducta y los efectos de su incumplimiento. Para ello, se aborda el estudio de la buena fe en su doble dimensión subjetiva y objetiva, como límite de la autonomía privada, así como en su rol de criterio de interpretación y orientador de conductas. A partir de los aspectos antes señalados, se desarrollan los efectos del incumplimiento de los deberes secundarios de conductas y se postula la posibilidad de activar un mecanismo resolutorio por infracción al deber de renegociación..

Palabras clave: principio de buena fe, incumplimiento contractual, deberes secundarios de conducta, obligación de renegociar, derecho privado.

ABSTRACT:

This essay approaches the study of the principle of good faith, secondary performance obligations and the effects of non-compliance. For this, the study of good faith is approached in its double subjective and objective dimension, as a limit to private autonomy, as well as in its role of interpretation criterion and performance guide. Based on the aforementioned aspects, the effects of non-compliance of secondary duties of conduct are developed and the possibility of activating a termination mechanism for violation of the renegotiation duty is postulated.

Keywords: good faith principle, contractual non-compliance, secondary performance obligations, obligation to renegotiate, private law.

I. INTRODUCCIÓN

Poco antes de escribir este breve ensayo, con motivo de una renegociación contractual enmarcada en el contexto de la crisis de la COVID-19¹, debatíamos con algunos colegas cuál es el rol de la buena fe y los efectos que venía generando la falta de comprensión de esta figura por algunos operadores jurídicos. Discutíamos también si la buena fe, *per se*, exigía que las partes renegocien los términos contractuales, así como cuáles podrían ser los efectos en un eventual proceso judicial en caso una parte opte por no seguir las exigencias de la buena fe.

El estudio de la buena fe tiene una aplicación práctica en atención al elevado número de conflictos que se han generado, situación que nos lleva a reevaluar la importancia del estudio de algunas figuras del Derecho Civil que son menos estudiadas en épocas de prosperidad económica. Por ello, dada la poca relevancia que nuestro ordenamiento jurídico positivo le ha brindado a la buena fe, no resulta fácil para todos los operadores jurídicos poder definir los

alcances de esta figura, al punto de considerarla como algo esotérico y cuya aplicación es más bien intuitiva.

No pretendo aquí abordar cada aspecto y matiz del estudio de la buena fe, más todavía si tenemos en cuenta la amplitud de posturas doctrinales, bastante especializadas y extendidas. El presente artículo pretende otorgar al lector algunas herramientas metodológicas que guíen no solo la ejecución contractual; sino, especialmente, puedan servir de base para las renegociaciones con la finalidad de evitar que una determinada acción que recomendemos a nuestros clientes pueda ser considerada como contraria a la buena fe por un tribunal; o, lo que es lo mismo, poder sustentar adecuadamente la toma de una decisión comercial que se hubiera desarrollado en conjunto con nuestros clientes.

La doctrina colombiana ha sido particularmente rica en el análisis de esta figura jurídica, por lo que no debe sorprender al lector especializado notar que en el desarrollo teórico de este ensayo le otorgo una especial relevancia al aná-

1. Para quienes lean el presente artículo, es preciso anotar que este fue elaborado durante la primera mitad del año 2020, momento durante el cual el virus coloquialmente como COVID-19 obligaba al gobierno a tomar medidas de emergencia, que impedían ejercer muchas actividades comerciales con la consecuente crisis económica y social que ello implica.

lisis desarrollado por juristas de dicho país, los cuales forman la base del presente estudio.

Igualmente, es preciso indicar que, aun cuando en estas líneas hago mención de la normativa peruana, este trabajo otorga una especial relevancia al análisis doctrinal con la finalidad de que también pueda ser utilizado como marco de referencia para el análisis de otras legislaciones; en este contexto, en una próxima revisión estas notas serán ampliadas en atención a la jurisprudencia peruana.

Asimismo, y reconociendo la importancia de comprender la evolución histórica de las figuras jurídicas estudiadas, debido a la extensión de este estudio además de que es su propósito el brindar herramientas teóricas y metodológicas para la aplicación práctica del principio de buena fe, no realizaremos aquí un repaso histórico de la figura que nos convoca. Queda a cargo de cada lector el profundizar el estudio evolutivo de esta figura para enriquecer el análisis.

Finalmente, si el lector deseara abordar directamente los aspectos relacionados a los deberes secundarios de conducta y las implicancias de su incumplimiento, o los alcances del principio de buena fe durante la etapa de ejecución contractual, puede pasar directamente a la lectura de las secciones VII Y VIII, respectivamente. No obstante, recomiendo la lectura de las secciones restantes para una mejor comprensión de lo que allí se señala.

II. ANÁLISIS GENERAL DEL PRINCIPIO DE BUENA FE

Creemos que con acierto se ha señalado que la buena fe es una vía de comunicación del Derecho con la moral².

La buena fe reviste tantos matices que puede ser entendida como la convicción del proceder correcto, regular y permitido, pero también como confianza en la apariencia, como puede acontecer ante la compra en un establecimiento abierto al público. Asimismo, puede ser entendida como criterio de conducta.

1. La buena fe como principio general del Derecho.

Resulta común que los operadores jurídicos señalemos que *"los contratos se negocian y ejecutan en base al principio de la buena fe"*, sin desarrollar esta los alcances de esta afirmación.

Como hemos señalado, la buena fe es un principio general del Derecho. Siendo así, es preciso señalar, cuando menos brevemente, qué entendemos por principio.

El profesor Muñoz Laverde define como principio general del Derecho a aquella proposición cuya verdad se admite sin pruebas, y que es necesaria para servir de base a ulteriores razonamientos. Vale decir, un principio general del Derecho es una verdad fundamental que se admite sin prueba en contrario³.

En palabras de Marcelo Laborde, *"(...) los principios generales de derecho no tienen la estructura lógica de las típicas normas jurídicas, es decir carecen de un supuesto de hecho suficientemente precisado y una consecuencia jurídica con similar propósito de precisión"*⁴.

La escena iusfilosófica no ha sido ajena al análisis de este principio. Robert Alexy, destacado filósofo del Derecho, considera que los principios son "mandatos de optimización" en virtud de los cuales los sujetos se encuentran obliga-

-
2. Jesús González Pérez, «El principio general de la buena fe en el derecho administrativo» (discurso, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 18 de enero de 1983).
 3. Sergio Muñoz Laverde, «La buena fe en el derecho privado» (conferencia, Pontificia Universidad Javeriana, 2018).
 4. Marcelo Laborde Goñi, «El principio de la buena fe como rector del ejercicio de la función pública». *Revista de Derecho Público*, n.º 50 (2016): 57.

dos a ejecutar sus acciones teniendo en cuenta su capacidad fáctica. Igualmente, Ronald Dworkin, otro eximio referente, concibe a los principios por oposición a las reglas. Para este autor, los principios deben de ponderarse en cada aplicación práctica.

En lo personal, coincido con la postura del profesor Carlos Jaramillo, quien, en su tesis doctoral, concibe a la buena fe tanto como un principio general del Derecho como un criterio hermenéutico, así como límite al ejercicio de los derechos subjetivos y fuente generadora de deberes de conducta⁵.

2. La doble dimensión de la buena fe.

Es de sumo conocido que la buena fe presenta una doble dimensión; a saber, una dimensión subjetiva y una objetiva.

2.1. La dimensión subjetiva de la buena fe.

-
5. Carlos Jaramillo Jaramillo, *La doctrina de los actos propios en el ámbito contractual* (España: Universidad de Salamanca, 2012), 75.
 6. No es este el lugar para desarrollar la relación existente entre la buena fe y su relación con la doctrina de los actos propios o con otras teorías como la teoría de la apariencia, la doctrina del *verwirkung* alemana, el *estoppel* anglosajón, el deber de coherencia del derecho francés, el principio de la confianza legítima, o de las sutilezas de su relación con el error creador de Derecho, pues dicho estudio ameritaría un espacio significativamente mayor que este breve ensayo. Puede darse el caso –como en el ejemplo que da mérito a esta nota de pie– que una persona tiene una real y sincera creencia errónea respecto de una determinada situación jurídica y en virtud de aquella creencia realiza determinadas conductas que, no obstante haber incurrido en error, el ordenamiento jurídico considera pasibles de protección y tutela jurídica. Bajo un análisis estrictamente lógico resultaría contrario a la razón otorgar protección jurídica a quien ejecutara determinadas acciones basadas en una falsa representación de la realidad, como es el caso de las adquisiciones a *non domino*. Sin embargo, en aras de favorecer el tráfico económico y la seguridad jurídica –según la postura dogmática que prefiera el lector– habiendo ponderado los intereses en juego, el legislador le otorga protección a aquella persona. Estas y otras interrogantes son adecuadamente respondidas por las teorías que he señalado al inicio de esta nota. Queda el lector invitado a realizar un estudio sobre este tema, por demás enriquecedor.
 7. Arturo Solarte, siguiendo a Diez-Picazo, sostiene que la buena fe subjetiva se ha distinguido entre la concepción psicológica de la buena fe, entendida ésta como creencia o ignorancia del sujeto, y la concepción ética de la misma, noción ésta de origen germánico, según la cual la ignorancia o el error del sujeto sólo serán atendibles en la medida en que su comportamiento no sea culpable o, dicho de otra forma, tales situaciones sólo serán excusables si el sujeto, con una diligencia normal, no hubiera podido superar su apreciación errada de la realidad.
 - Arturo Solarte Rodríguez, *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*, (Colombia: Universitas, 2004), 287.
 8. Sergio Muñoz Laverde, *Op. Cit.*
 9. Marcelo Laborde Goñi, *Op. Cit.*, 59.

Desde esta primera dimensión, la buena fe se materializa en la convicción o creencia de que no se vulnera el derecho de terceros en el correcto proceder. Posiblemente el ejemplo más utilizado por quien enseña esta institución sea la figura de quien, creyéndose propietario, que hace suyos los frutos sobre terreno ajeno⁶.

Sin embargo, para hablar de buena fe, no es suficiente una conducta inocente si es que esta es negligente. Se exige un patrón de conducta, manifestada en la dimensión objetiva de la buena fe⁷.

2.2. La dimensión objetiva de la buena fe.

En su dimensión objetiva, es un imperativo de conducta, es una norma⁸. En sentido similar opina Marcelo Laborde al señalar que los principios generales del Derecho están dotados de juridicidad, manifestándose como reglas de Derecho⁹. Esto exige que toda conducta deba ser analizada bajo los alcances de este criterio.

Como veremos en otro apartado, la buena fe despliega sus efectos como un criterio de interpretación objetiva que integra el contenido negocial¹⁰ y, en la legislación peruana, tiene su concretización principalmente en los artículos 168¹¹ y 1362¹² del Código Civil, aplicables a todo acto jurídico en general y al contrato en particular, respectivamente.

No olvide el lector, que las obligaciones contractuales obedecen no solamente a fuentes autónomas, sino también a fuentes heterónomas.

Bajo esta dimensión, las partes quedan obligadas a ejecutar todo aquello que emana de la naturaleza del negocio jurídico celebrado. O, lo que es lo mismo, las partes deben de ejecutar de buena fe sus acciones, so pena de responder por los daños que se pudieran generar.

Esta dimensión normativa de la buena fe obliga a realizar determinadas conductas cuyo incumplimiento podría, inclusive, habilitar el ejercicio del derecho de resolución del negocio jurídico.

En línea con lo que explica Arturo Solarte, la buena fe objetiva puede ser entendida como como aquel parámetro de conducta que debe ser observado en las relaciones que los particulares establecen¹³.

Conviene precisar que el principio de buena fe debe ser entendido con relación a la conducta dentro de una relación jurídica concreta. Vale decir, el parámetro de conducta esperado no

está referido a la conducta que podríamos esperar de la contraparte, sino a la conducta que cabría esperar de una persona común en la misma situación; o, como señala Marcelo Laborde, está referido a la conducta que cabría esperar de una persona corriente, normal, ni santa, ni mala¹⁴.

3. *"La buena fe no agota su alcance en la oposición de la mala fe".*

Me permito utilizar las palabras del profesor Arturo Solarte en el título de este apartado, pues expresa de la mejor forma los alcances de la buena fe. Esta no agota su significado por sola oposición a la mala fe —en tanto conducta rechazada por la sociedad y por el ordenamiento jurídico—, sino que abarca mucho más que ello.

La buena fe implica un actuar honesto, pero también diligente. La buena fe no se agota en la pura ausencia de malicia. La buena fe es mucho más que lo contrario de mala fe.

En palabras del profesor Fernando de Trazegnies:

*"(...) la buena fe no puede consistir en la inocencia del ingenuo o del negligente. Si esa persona que alega buena fe no conoció el hecho irregular que se encontraba detrás de la situación, a pesar de que cualquier persona razonable se hubiera dado cuenta de que tras las cortinas existía gato encerrado que maullaba su irregularidad, no estamos ante una situación de buena fe sino de necedad"*¹⁵.

-
10. No debe de confundirse la buena fe como criterio o regla de interpretación objetiva, con la interpretación en su faceta objetiva. Para un rápido léase: Gastón Fernández Cruz, «Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano», *Revista Derecho & Sociedad*, Vol. 19 (2002), 146 y ss.
 11. Artículo 168º- *El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.*
 12. Artículo 1362º- *Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.*
 13. Arturo Solarte Rodríguez, *Op. Cit.*
 14. Marcelo Laborde Goñi, *Op. Cit.*, 60.
 15. Fernando de Trazegnies Granda, «Desacralizando la buena fe en el derecho», *ADVOCATUS*, n.º 17 (2008): 131.

Por tanto, es válido sostener que, para que una conducta sea coherente con el principio de buena fe, no será suficiente con acreditar la falta de malicia en la actuación, sino que será necesario acreditar el cumplimiento de, inclusive, otras conductas no establecidas en el contrato pero que forman parte del contenido obligatorio del contrato por aplicación de la ley y del principio de buena fe, que pueden tener similar naturaleza de las obligaciones por ser parte del contenido contractual.

III. BREVE ANÁLISIS DE LOS EFECTOS DE LA BUENA FE DURANTE TODO EL *ITER CONTRACTUAL*

Como puede asumir el lector, el principio de buena fe se manifiesta en todo el iter contractual. En este sentido, citando al profesor Carlos Jaramillo “(...) dado su inequívoco rol de principio general (...) todo lo permea, todo lo abraza, todo lo irradia, ora directa, ora indirectamente (...)”¹⁶.

En su dimensión objetiva la buena fe exige el cumplimiento de determinados deberes, que analizaremos con mayor profundidad en el acápite correspondiente a los deberes secundarios de conducta.

1. Etapa precontractual, negociación y celebración.

Por razones de orden práctico, he considerado unir estas etapas, aun cuando correspondan a momentos distintos.

En todo contrato hay una etapa previa, propuestas, cruce de cartas, envío de información previa, etc. Podemos señalar que la buena fe despliega sus efectos principalmente mediante los deberes de protección y de información.

Un ejemplo de aplicación del principio de buena fe en la etapa precontractual la podemos encontrar si, por ejemplo, un sujeto entabla una negociación sin ánimos reales de celebrar el contrato, con la única intención de obtener información que de otra forma no hubiera podido obtener¹⁷.

En la legislación peruana, este deber se hace evidente en el artículo 1362 del Código Civil, que establece la exigencia de negociar los contratos de conformidad a las reglas de la buena fe¹⁸.

Mientras más cerca de la celebración del contrato estemos, más importancia deberá de prestarse a las causas que justificarían apartarse de las negociaciones, a fin de dicho ejercicio pueda ser considerado acorde con el principio de la buena fe.

Piense el lector en aquellas ocasiones en las cuales solamente una de las partes contratán-

-
16. Carlos Jaramillo Jaramillo, *Op. Cit.*, 72.
 17. En la práctica legal, este riesgo suele limitarse evitarse mediante la celebración de un acuerdo previo en el que se establecen determinados deberes de confidencialidad, limitando el uso de la información que se brindará, así como estableciendo las sanciones aplicables en caso de incumplimiento.
 18. Considero importante aquí señalar la crítica que alguna corriente de la doctrina ha señalado. Esta postura crítica sostiene que el artículo 1362 del Código Civil peruano no establece cuáles son las consecuencias del incumplimiento de los deberes que genera la buena fe. En otras palabras, no atribuye expresamente la responsabilidad por el daño que pueda haberse causado. Sin embargo, otro sector de la doctrina peruana ha considerado superada esta objeción al considerar que el artículo 1362 debe ser interpretado conjuntamente con el artículo 1969 del Código Civil, referido al deber de reparación por la generación de un daño en sede extracontractual, enmarcando de esta forma la responsabilidad precontractual queda enmarcada dentro de la responsabilidad aquilina.

Asimismo, cabe señalar que el proyecto de reforma del Código Civil del año 2019 le otorga al principio de buena fe un lugar preponderante, al ser incluido en el Título Preliminar con el siguiente texto: *Artículo II.- Buena fe Los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a la buena fe.*

tes cuenta con asistencia legal. Y no me refiero únicamente a las relaciones de consumo masivo, sino a contratos que podríamos calificar como típicamente paritarios. Piénsese por un momento en un contrato de arrendamiento entre una cadena de lo que prefiera el lector —cadenas de farmacias, *minimarket*, etc.—. En este escenario, el principio de buena fe se muestra como una valiosa herramienta de justicia.

La buena fe en la celebración se puede traducir, por ejemplo, en redactar de manera clara el contrato, o bien no abusando de una posición más provechosa o privilegiada.

2. Etapa de ejecución contractual.

Los contratos obligan a lo expresamente pactado, pero también obligan a mucho más que eso¹⁹. Parafraseando a López y López, podemos señalar que, junto con la voluntad creadora de obligaciones, deben de sumarse otras de distinta procedencia que determinan un concurso de fuentes de la reglamentación contractual²⁰.

Una aplicación práctica de la buena fe ocurre, por ejemplo, cuando una parte se encuentra ante la posibilidad de que su contraparte no pueda ejecutar la prestación a su cargo y pretende alegar una excepción de incumplimiento o de caducidad de plazo, dependiendo del supuesto negocial ante el cual nos encontremos.

Refiriéndose a la excepción de incumplimiento regulada en el artículo 1460 del Código Civil italiano, Enrico Garbelli nos explica que para que este ejercicio de la autotutela privada pueda ser calificado como legítimo, y por ello no arbitrario ni abusivo, no puede ser ejercido de forma contraria a la buena fe²¹.

No podemos dejar de mencionar que la legislación italiana se muestra más favorable que la peruana en este aspecto, desde que el texto del artículo 1460 del Código Civil italiano permite a cada uno de los contratantes retener el cumplimiento de su obligación si es que la contraparte no cumple o no ofrece contemporáneamente cumplir la propia, salvo que hayan sido pactados términos diversos para el cumplimiento o que éstos resulten de la naturaleza del contrato²².

No obstante que el texto de los artículos 1426 y 1427 del Código Civil peruano, referidos a excepción de incumplimiento y caducidad de plazo, respectivamente, no contienen una exigencia expresa a la buena fe, su aplicación es posible dado que los efectos de la buena fe se despliegan durante todo el *iter contractual* por ser un principio general del derecho privado.

De esta forma, podemos concebir a la buena fe como un límite a la actuación de la parte que pretende invocar los remedios jurídicos antes expuestos.

-
19. Sobre el particular, resultará fructífero que el lector pueda dar respuesta propia a dos interrogantes: ¿cómo influye la buena fe en el deber de cumplir la prestación?, y ¿cómo influye la buena fe en la exigencia de la contraprestación?
 20. Ángel López y López, «Comentario al artículo 1258 del Código Civil», en *Código Civil comentado* (España: Thomson Reuters, 2011), 614.
 21. Enrico Gabrielli, «La suspensión de la ejecución del contrato en el derecho italiano», *Revista de Derecho*, n.º 9 (2014): 112.
 22. En este sentido, atendiendo a lo señalado por Gabrielli, la jurisprudencia italiana ha desarrollado un mecanismo de calificación que han denominado *“juicio de proporcionalidad de cumplimiento”* por el cual la facultad del deudor de rehusar la ejecución de la prestación a su cargo se encuentra subordinada a la gravedad del incumplimiento de la contraparte. Vale decir, para que sea válido hacer uso de la excepción de incumplimiento será necesario que el incumplimiento de la contraparte revista importancia en relación con los intereses de quien pretende usar el remedio jurídico.

Enrico Gabrielli, *Ibíd.*, 115 y ss.

3. Etapa post contractual.

Nos toca abordar ahora a los llamados deberes post contractuales. Siendo la buena fe un principio que afecta todas las conductas, sus efectos alcanzan la etapa post contractual mediante la exigencia de un comportamiento que permita y favorezca la cabal y adecuada terminación de la relación contractual.

Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo español estableció que el administrador de una sociedad, cuando ha cesado en sus funciones, debe abstenerse de favorecerse de las oportunidades de negocio que formaban parte del activo de la sociedad de la que formaba parte²³.

IV. EL PRINCIPIO DE BUENA FE COMO LÍMITE DE LA AUTONOMÍA PRIVADA

Durante los últimos meses, la cantidad de los contratos ha tomado una fuerza no vista en mucho tiempo. Se ha señalado que los contratos deben de ser respetados —casi— sin cuestionamientos. Sin embargo, algunas de las voces muy autorizadas en nuestro medio han señalado los límites de esta doctrina. No debe olvidar el lector que la autonomía privada se ejerce dentro de sus límites, los cuales son las normas imperativas, las buenas costumbres, el orden público, y los principios generales del Derecho sobre el que se inspira el ordenamiento jurídico.

La doctrina acepta de forma general que la buena fe cumple un rol frente a los actos de autonomía privada.

En este sentido, cabe citar a David Ariza y Wilson Giraldo, para quienes

“(...) la autonomía de la voluntad privada, por tanto, no es el único principio fundamental sobre el que descansa la contratación privada, pues existe otro principio de igual jerarquía como la buena fe, y de la sumatoria de ambos debe determinarse la fuerza obligatoria del contrato”²⁴.

Como se desarrollará en el acápite correspondiente a los deberes secundarios de conducta, el principio de buena fe obliga a las partes contratantes a actuar más allá de lo expresamente pactado en el contrato, sirviendo como un estándar bajo el cual se analizarán los alcances del principio *pacta sunt servanda*. De esta forma, el principio de buena fe evita que los negocios jurídicos se tornen en instrumentos que favorezcan el abuso del Derecho.

V. EL PRINCIPIO DE BUENA FE COMO CRITERIO HERMENÉUTICO

Como hemos señalado, la legislación peruana es modesta en cuanto a la buena fe se refiere a diferencia de otras legislaciones en donde este principio ha sido desarrollado más ampliamente a nivel doctrinal²⁵. Sin embargo, en tanto prin-

-
23. STS 2012/9007, Sala de lo Civil, Sección Primera, del 3 de septiembre de 2012.
 24. David Ariza Cabra y Wilson Giraldo Ramírez, *Adquisición del derecho de propiedad por la aplicación del principio de buena fe (adquisiciones a non domino)* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005), 27.
 25. Por el ejemplo, el artículo 1603 del Código Civil colombiano establece que *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanen precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenezcan a ella”*.

En similar sentido, el artículo 1546 del Código Civil chileno señala que *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanen precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenezcan a ella”*.

Igualmente, el artículo 1258 del Código Civil español precisa que *“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”*.

cipio, la buena fe no precisa de un desarrollo legislativo para que desarrolle plenamente sus efectos.

Como puede el lector suponer, los contratos contienen dispositivos diversos y su interpretación debe de ser realizada según parámetros de conducta²⁶. Vale decir, los negocios jurídicos se celebran con el fin de producir unos determinados efectos que son intencionalmente queridos por las partes²⁷.

Se ha señalado que resulta imposible:

*"(...) contemplar la totalidad de eventos que se pueden presentar en la ejecución de una relación contractual, ni establecer, de antemano, las soluciones a toda posible controversia. Dada la citada circunstancia, debe acudirse a otras fuentes de "reglamentación contractual", éstas sí heterónomas, con las cuales se podrá integrar el contenido de la regulación que habrá de regir las relaciones de las partes. A través de este procedimiento se puede hallar el "contenido implícito" del contrato"*²⁸.

Para Emilio Betti, la buena fe es fuente objetiva de integración contractual, en tanto que a los contratantes les es exigible determinados deberes de conducta derivados de la necesidad de dar al negocio jurídico cumplimiento de acuerdo con la finalidad perseguida por las partes, debiendo hacer aquello necesario para que la contraparte obtenga un resultado útil de la prestación debida²⁹.

Como puede notarse, la buena fe exige un estudio profundo de la interpretación. Sin embargo, no es este el lugar para desarrollar este apartado. Baste señalar que la interpretación bajo los alcances de la buena fe³⁰ implica enriquecer el haz de derechos y deberes surgidos de la simple manifestación de los contratantes, con aquéllos que la ley o la buena fe incorporan al contrato. Dichos deberes, a pesar de "activarse" por fuentes ajenas al texto contractual, no dejan de ser derechos y deberes contractuales. El producto final es un contrato con un contenido complementado, enriquecido en su contenido, por aplicación del proceso de integración. Por ello, coincido con Solarte, al señalar que debemos de referirnos a "buena fe integradora" y no de "buena fe creadora"³¹.

VI. LOS DEBERES SECUNDARIOS DE CONDUCTA

Aquellos lectores interesados en el Derecho Civil no deberían tener cuestionamientos sobre el hecho que la buena fe exige el cumplimiento de los llamados deberes secundarios de conducta, que han dado mérito al desarrollo teórico de grandes exponentes de este campo del conocimiento.

No es este breve ensayo el lugar adecuado para desarrollar a profundidad los fundamentos teóricos que sustentan la existencia de los deberes secundarios de conducta, fundamentos que —además— considero han sido esbozado en las líneas precedentes y que permitirán al lector realizar un estudio particular de los mismos.

26. El Código Civil peruano regula en sus artículos 168, 169, 170 y 1362, cuatro criterios o reglas de interpretación, a saber: (a) interpretación conforme a la voluntad declarada y común intención de las partes; (b) interpretación conforme a la buena fe; (c) interpretación sistemática; e, (d) interpretación funcional o finalista.

27. Arturo Solarte Rodríguez, *Op. Cit.*, 291.

28. Arturo Solarte Rodríguez, *Op. Cit.*, 291.

29. Citado por Arturo Solarte Rodríguez, *Op. Cit.*, 301.

30. En tanto criterio de interpretación, valga la precisión.

31. Arturo Solarte Rodríguez, *Op. Cit.*, 302.

Sin embargo, si considero importante realizar exponer brevemente estos deberes, en el entendido que muchos operadores jurídicos ajenos al campo civil pueden tener algunas dudas sobre sus alcances.

En este aspecto, debe notar el lector que, en virtud de la buena fe, los contratos no solo obligan a lo que se expresa textualmente, sino también a todo aquello que emana de la naturaleza de la obligación, que le dan contenido, que son su razón de ser.

En esta línea de pensamiento, no se atiende a las exigencias de la buena fe si únicamente se atiende al cumplimiento literal de los compromisos asumidos en los términos estrictamente convenidos, sino que su texto exige adecuaciones para que se satisfaga el programa negocial que las partes han establecido y, con ello, los intereses individuales de las partes.

En palabras de Martha Neme:

"(...) la buena fe obliga no solo a lo fijado en la convención y a los cuidados generales usuales entre personas honorables, sino a todas aquellas prestaciones accesorias que las circunstancias que rodean el negocio en cada momento vayan poniendo de manifiesto, con independencia de que hayan o no sido pactadas expresamente"³².

Decíamos que el principio de buena fe determina la exigencia de los deberes secundarios de conducta que se integran al contenido contractual. Siendo así una fuente de obligaciones cuyo incumplimiento habilita el uso de un mecanismo resolutorio.

A continuación, revisamos los deberes adicionales de conducta de conocimiento más extendido, pero nos explayaremos en el que da mérito al presente ensayo, el deber de re-negociación.

1. El deber de protección.

Este deber consiste en evitar que los intereses de la contraparte sean lesionados, ya sea intereses personales o patrimoniales.

2. El deber de información.

En virtud de este deber, las partes están obligadas a suministrarse mutuamente información suficiente, objetiva, clara y oportuna, que ayudará a la toma de decisiones.

3. El deber de consejo.

La razón de este deber radica en que el consejo sincero de la contraparte ayudará a evaluar adecuadamente los aspectos favorables y desfavorables de una situación, a fin de que la parte que recibe la información pueda tomar la decisión que mejor convenga a sus intereses, según su particular punto de vista. Este deber es especialmente importante en el rubro de servicios profesionales, piénsese en las actividades de los abogados. Finalmente, muchas decisiones deberán de ser tomadas por los clientes, sin embargo, es necesario que sea el experto en leyes quien pueda orientar y aconsejarlo para una adecuada toma de decisión.

4. El deber de fidelidad.

El deber de fidelidad puede ser comprendido desde sus manifestaciones concretas. Piénsese en un contrato de mandato, el mandatario está obligado a ejecutar completamente la prestación y deberá de privilegiar los intereses de la persona por cuya cuenta actúa, encontrándose prohibido de sostener relaciones con personas que puedan ocasionar conflictos de intereses con los del mandante.

5. El deber de secreto.

Por el deber de secreto, ambas partes quedan

32. Martha Neme Villarreal, «El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano», *Revista de Derecho Privado*, n.º 11 (2006): 90.

obligadas a no divulgar, publicar o utilizar información propia de una relación para obtener una ventaja injusta frente a la otra, so pena de indemnizar los perjuicios que la violación de dicho deber de abstención ocasione. Nuevamente, queda aquí muy claro el vínculo con algunos servicios profesionales, piénsese especialmente en servicios de asesoría financiera.

6. El deber de renegociación.

En opinión del suscrito, este es uno de los deberes exigidos por la buena fe, siendo necesario su estudio y desarrollo en un contexto de crisis en el que nos encontramos.

Los deberes secundarios de conducta representan la concretización de la buena fe y, en lo referido a la etapa de ejecución contractual, conllevan la obligación de renegociar términos contractuales en determinadas situaciones.

Eugenio Valladares concibe la idea que existe cierta similitud entre los efectos generados por aplicación del fraude a la ley, y los efectos generados por aplicación de la buena fe a las conductas que la contravengan³³, con los consecuentes efectos de ineeficacia que ello conllevaría.

Ya hemos dicho que es un límite al principio de la autonomía privada y es un criterio orientador de conducta. La intangibilidad de los contratos se fundamenta en el principio de autonomía privada y la máxima *res inter alios acta*. Los principios se ponderan, y el principio de buena fe exige que los términos económicos sean renegociados si existe un criterio objetivo, como podría ser la pérdida del valor de la contraprestación.

Debido a su importancia, este deber será analizado en la sección VII.

VII. ANÁLISIS DE LA BUENA FE DURANTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO —O SOBRE EL DEBER DE RENEGOCIACIÓN—

1. Aspectos generales.

Como explica Neme Villarreal, la buena fe posee un efecto integrador del contrato,

“(...) en virtud del cual no se hace necesario pactar la buena fe para que los efectos derivados de la misma operen sobre todo contrato, sea mediante la imposición de reglas no previstas por las partes o mediante la restricción o modificación de las estipulaciones contractuales o del ejercicio abusivo de los derechos”³⁴.

La Corte Constitucional colombiana ha establecido en su Sentencia T-295/99 lo siguiente:

“Un tema jurídico que tiene como sustento el principio de la buena fe es el del respeto al acto propio, en virtud del cual, las actuaciones de los particulares y de las autoridades deberán ceñirse a los postulados de la buena fe. Principio constitucional, que sanciona como inadmissible toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto. Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorias respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho” — el subrayado es nuestro—.

El principio de buena fe impone recíprocamente a los contratantes la obligación de cooperar para

33. Eugenio Valladares Bonet, «La inobservancia del deber de buena fe como causa de incumplimiento contractual» (trabajo de fin de máster, Universidad Complutense de Madrid, 2014), 59.

34. Martha Neme Villarreal, *Op. Cit.*, 88.

que todos ellos alcancen los intereses concretos que se propusieron al momento de contratar, de modo tal que se honre el programa contractual y evitar la frustración de esos intereses³⁵.

En la etapa de ejecución de un contrato debidamente perfeccionado, la buena fe contractual hace surgir un catálogo de deberes de conducta que como pueden ser el de fidelidad, el de consejo, el de secreto, entre otros. Estos deberes deberán analizarse de acuerdo con la naturaleza de la respectiva relación, ampliando los deberes contractualmente asumidos por cada parte para con ello realizar el interés contractual de la otra parte³⁶.

Los deberes secundarios de conducta tienen la calidad de ser exigibles, no obstante que no hayan sido previstos expresamente como obligaciones dentro del contrato³⁷. No debe de olvidar el lector que la buena fe no solo implica cumplir con las obligaciones expresamente comprometidas, sino que también exige que dicho cumplimiento y en la exigencia del cumplimiento de la contraprestación no se genere ningún daño a la contraparte.

2. Cambio de circunstancias como presupuesto para el nacimiento de la obligación de renegociar.

Como habíamos señalado, las partes en uso de la autonomía de la voluntad han regulado

una relación jurídica determinada, habiendo considerado determinadas situaciones como elementos de toma de decisión. Piénsese, por ejemplo, en una empresa comercializadora de ropa que ha arrendado un local comercial en un concurrido centro comercial por un plazo de 10 años pactando una renta mensual de \$1,000.00³⁸. Esta empresa ha acordado dichas condiciones económicas habiendo realizado un análisis costo-beneficio, considerando que sus ventas esperadas por el uso de ese determinado local significarían flujos suficientes para poder cumplir con el pago.

La afectación económica causada por los efectos de la COVID-19 ha generado que los locales no sean aptos —cuando menos temporalmente— para satisfacer las expectativas económicas de la empresa dedicada al *retail*. En este escenario cabe preguntarse si la exigencia del pago de la renta pactada es conforme al principio de la buena fe, ¿acaso dicha exigencia satisfaría los intereses de ambas partes? No cabe duda de que satisfaría los intereses del propietario, pero no de una empresa dedicada al *retail*³⁹.

Como puede observar el lector, puede acontecer un fraccionamiento de la relación sinalagmática, en este caso por la disminución del valor de la contraprestación pues el local no es apto para generar los flujos esperados. Vale decir, si dichas condiciones fueran las que existieran al momento de celebrar el contrato, las par-

35. Eugenio Valladares Bonet, *Op. Cit.*, 58.

36. Arturo Solarte Rodríguez, *Op. Cit.*, 289-290.

37. En palabras de López y López, Ángel, "(...) la operatividad específica de los deberes derivados de la buena fe consiste precisamente en su exigencia, aunque ni la ley ni la voluntad de los sujetos de una relación jurídica los hayan contemplado expresamente (...)".

Ángel López y López, «Comentario al artículo 1258 del Código Civil» en *Código Civil comentado*, 615.

38. El ejemplo anterior es una reducción de la realidad, por cuanto en este tipo de contratos es común establecer un monto de renta fija y un monto de renta variable pagado en función de los ingresos obtenidos por las ventas en dicho local.

39. Sin embargo, este solo hecho no implica de manera automática que se deba de negociar los términos contractuales, pues deberá de atenderse a otros elementos, como el régimen de distribución de riesgos y responsabilidades que ha sido acordado.

tes jamás hubieran contratado, o lo hubieran hecho en términos manifiestamente distintos.

No olvidemos que el principio de buena fe exige no hacer más gravoso el cumplimiento de las obligaciones de la contraparte, lo que implica no exigir el cumplimiento de una obligación si ello resulta de sumo complejo en un contexto de crisis. Debemos reconocer que, cuando menos, el principio de buena fe implica que el propietario acepte evaluar un posible aplazamiento en el pago sin penalidades.

Habrá que analizar en cada caso cuáles han sido las condiciones o presupuestos por los cuales las partes contrataron de una determinada forma, y si es que se ha establecido algún mecanismo de asignación de responsabilidad del riesgo.

Finalizamos este apartado dejando sentado que no nos referimos a una exigencia de celebrar nuevos términos contractuales, sino a la exigencia de reevaluarlos y entablar una negociación “*de buena fe*”⁴⁰.

3. Causas que activan el deber de renegociar.

Habiendo quedado sentado que el deber de renegociación es un deber secundario de conducta y que su nacimiento se genera ante situaciones que modifiquen los presupuestos fracturando el equilibrio sinalagmático, queda por tarea desarrollar las causas habilitantes del nacimiento de este derecho.

En principio, será necesario —vía criterios hermenéuticos que el operador jurídico deberá saber utilizar— determinar cuáles fueron los

elementos que las partes tomaron en cuenta para la celebración del contrato en determinadas condiciones comerciales y que deban de ser atendibles por haber formado parte de los intereses en juego, sea por expresa mención de las partes o por usos y costumbres del mercado en el tipo contractual bajo escrutinio. No serán atendibles situaciones particulares que no fueron expresadas y que no son parte del contenido natural del tipo negocial, por cuanto nuestro sistema se ha acogido a la teoría declaracionista⁴¹.

Ante eventos de dimensiones semejantes a la pandemia que actualmente atraviesa el planeta entero, resulta sensato sostener que las condiciones económicas que dieron mérito a la celebración del contrato han variado al punto de exigir que se cumpla con renegociar los términos contractuales en estricto cumplimiento del principio de buena fe.

Finalmente, debemos anotar que, para que nazca el deber de renegociación, es necesario que el cumplimiento de una obligación pactada resulte lesivo para la parte que deba de cumplirla y, por ello, la exigencia de su cumplimiento no puede ser tolerada por el ordenamiento jurídico.

La exigencia de modificación de las prestaciones para el restablecimiento del equilibrio de la relación sinalagmática cuenta ya con otros mecanismos de protección, como la excesiva onerosidad en la prestación⁴². En este sentido, no encuentro objeción conceptual para que la buena fe no cuente con efectos similares; es decir, servir como mecanismo para el restablecimiento del equilibrio de la relación sinalagmáti-

40. En este caso, es usado este término de modo coloquial.

41. Sobre el particular, véase: (a) Carmen Arana Courrejolles, «La interpretación del acto jurídico en el Código Civil peruano de 1984», *Thémis*, n.º 9 (1987); (b) Juan Espinoza, *Acto jurídico negocial* (Lima: Instituto Pacífico, 2017); (c) Gastón Fernández Cruz, «Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil Peruano», *Derecho & Sociedad*, n.º 19 (2002); y, (d) Lizardo Taboada Córdova, *Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato* (Lima: Grijley, 2019).

42. Cf.: Javier Vásquez Laguna, «Apuntes para una teoría unificada de la excesiva onerosidad de la prestación» *LinkedIn*, 13 de abril de 2020, <https://www.linkedin.com/pulse/apuntes-para-una-teor%C3%ADa-unificada-de-la-excesiva-en-vasquez-laguna/>.

ca mediante la exigencia de negociación de las obligaciones contractuales.

Sin embargo, existe una sutilidad que no puede dejar de atenderse. El principio de buena fe no puede servir para desatender —o pretender cambiar— el régimen de asignación de riesgos y responsabilidades que pudieran haber pactado las partes. No es una carta en blanco que habilite al cambio de asunción de riesgo. Por ello, el intérprete deberá atender con mucho cuidado a todos los criterios hermenéuticos, a fin de poder desentrañar el contenido negocial y, solo luego de ello, poder analizar si resulta aplicable el deber secundario de conducta de renegociación.

Con cargo a futuros desarrollos, considero que para el nacimiento del deber de renegociación es preciso la existencia de tres requisitos:

- a) Fractura del equilibrio sinalagmático, sea por dos vías:
 - i. Por el incremento de la prestación; o,
 - ii. Por el decremento de la contraprestación⁴³.
- b) Que esa fractura sea consecuencia de la situación externa, no propia del negocio, pues eso es propio del riesgo asumido por las partes.
- c) El desequilibrio debe estar referido al elemento objetivo de la relación contractual, y no debe de referirse a situaciones subjetivas. Atender a esto sí podría llevarnos a desatender la propia razón del contrato, el cual es el establecimiento y asignación de riesgos entre las partes.
- d) Que la exigencia de cumplimiento cause un daño intolerable.
- e) Inexistencia de un régimen de asignación de riesgos y responsabilidades sobre el particular.

No cabe duda que será preciso ponderar el principio de buena fe con otros principios generales del Derecho, y particulares del Derecho Civil, como por ejemplo el de autonomía privada, que lamentablemente ha sido llevado cual estandarte durante los últimos tiempos.

VIII. RESOLUCIÓN CONTRACTUAL POR INCUMPLIMIENTO DEL DEBER SECUNDARIO DE CONDUCTA DE RENEGOCIACIÓN

Iniciaba este breve ensayo explicando al lector que el desarrollo de estas notas respondía al deseo de otorgar algunas herramientas metodológicas para responder a la pregunta de cuáles son los efectos del incumplimiento de la buena fe, es decir, si es posible que el incumplimiento de los deberes secundarios de conducta habilite el uso de un remedio jurídico como lo es la resolución contractual. Mi opinión, como puede verse, es que resultaría posible la resolución contractual por incumplimiento del deber de renegociar, o por su cumplimiento contrario al espíritu de la buena fe.

Reitero que no se trata de una obligación de resultados, sino de medios, si se prefiere utilizar esta distinción. No debe de entenderse como una exigencia de establecer un programa negocial nuevo, acorde a la nueva situación. Sino de realizar dicha acción atendiendo a las exigencias del principio de buena fe.

El deber de renegociación es un deber secundario de conducta que se integra al contenido negocial. Por ello, su incumplimiento debe ser tratado como el incumplimiento de cualquier otro deber secundario de conducta durante la etapa de ejecución contractual y que, para estos efectos, vale equipararlo a una obligación.

En palabras de Martha Neme:

"(e)s por virtud de este carácter normativo del principio que la transgresión de la bue-

43. Note el lector la cercana vinculación con la excesiva onerosidad en la prestación.

na fe ha sido valorada por la jurisprudencia como una circunstancia que da lugar al incumplimiento del contrato, por ende, de ella puede derivarse la resolución del contrato, la condena al cumplimiento o el resarcimiento del daño sea por violación del principio en la etapa precontractual, como por los daños que tales transgresiones generen en el desarrollo del contrato mismo.”⁴⁴ —el subrayado es nuestro—.

En un sentido similar se pronuncia Eugenio Valladares, refiriéndose a la legislación española, al señalar que:

“(...) si de un modo tácito o implícito, las obligaciones contractuales de las partes, por disposición expresa del art. 1258 del CC, van más allá de lo expresado, extendiéndose a ese contenido obligacional dimanante no de la letra del contrato, sino de la buena fe, y si, al mismo tiempo, el art. 1101 del CC establece que la responsabilidad contractual se origina de cualquier modo en que se contravenga el tenor de la obligación —que no el tenor del contrato—, pareciera que la solución más armónica con la regulación del Código Civil es entender que la inobservancia del contenido obligacional implícito constituye incumplimiento del contrato, engendrándose la respectiva responsabilidad civil contractual en la medida en que haya daño.”⁴⁵ —El subrayado es nuestro—.

En línea con lo anterior, Arturo Solarte sostiene que la desatención de los deberes secundarios de conducta deberá de tratarse como un supuesto de incumplimiento contractual o cumplimiento defectuoso si el deber secundario tiene una vinculación directa con la ejecución de obligación del correspondiente negocio jurídico; sin embargo, si dicha relación es lejana correspondería aplicar las reglas de la respon-

sabilidad extracontractual⁴⁶. Por ejemplo, en un contrato de mandato, si se incumpliera el deber secundario de fidelidad —por contratar en contra de los intereses del mandante— sería posible considerar este hecho como un supuesto que permita la resolución, pues sería tratado como una obligación directamente vinculada con las obligaciones. En el caso de la renegociación, es innegable su extrema cercanía con la ejecución de la prestación.

Por las razones antes expuestas, soy de la opinión que el incumplimiento de los deberes secundarios de conducta en general, y del deber de renegociación en situaciones de desequilibrio fundamental de la relación sinalagmática en particular —sea por rechazo de la renegociación o por realizarla de forma deshonesta— es un supuesto de incumplimiento contractual que habilita el ejercicio del derecho de resolución contractual.

IX. CONCLUSIONES

Podemos señalar que el principio de buena fe es un principio general del Derecho que afecta a las partes durante todo el *iter contractual*, siendo un criterio orientador de conductas que exige de las partes un comportamiento diligente y, además, es un límite a la autonomía privada el cual evita que las partes puedan realizar acciones que dañen a su contraparte de forma contraria al más elemental sentido de justicia.

Como parte de los efectos del principio de buena fe las partes están obligadas al cumplimiento de deberes especiales, denominados deberes secundarios de conducta, aun cuando dichos deberes no hubieran sido expresamente incluidos en el documento contractual, pero que son integradas al programa negocial, en tanto fuente heterónoma.

44. Martha Neme Villarreal, *Op. Cit.*, 107.

45. Eugenio Valladares Bonet, *Op. Cit.*, 80-81

46. Arturo Solarte Rodríguez, *Op. Cit.*, 312.

Uno de estos deberes secundarios de conducta es el deber de renegociación de los contratos, el cual nace cuando ocurren algunos supuestos:

- a) Fractura del equilibrio sinalagmático, sea por dos vías:
 - i. Por el incremento de la prestación; o,
 - ii. Por el decremento de la contraprestación.
- b) Que esa fractura sea consecuencia de la situación externa, no propia del negocio, pues eso es propio del riesgo asumido por las partes.
- c) El desequilibrio debe estar referido al elemento objetivo de la relación contractual, y no debe de referirse a situaciones subjetivas. Atender a esto sí podría llevarnos a desatender la propia razón del contrato, el cual es el establecimiento y asignación de riesgos entre las partes.

- d) Que la exigencia de cumplimiento cause un daño intolerable.
- e) Inexistencia de un régimen de asignación de riesgos y responsabilidades sobre el particular.

El incumplimiento del deber de renegociación tiene la calidad de incumplimiento contractual y, por ello, habilitaría la resolución contractual ante la negativa de renegociación, o ante una renegociación contraria al espíritu de la buena fe.

Sin embargo, a fin de poder determinar si el deber de renegociación resulta aplicable al caso particular, será menester el correcto uso de los criterios hermenéuticos para comprender cuál es el régimen de asunción de riesgos y responsabilidades que han asumido las partes, el cual no puede ser contravenido.

El Arbitraje Administrativo en la contratación pública peruana: ¿evolución o contradicción?



SERGIO ALBERTO TAFUR SCAGLIA^(*)

Abogado por la Universidad de Lima.
Miembro Asociado de ADV Editores – Revista **ADVOCATUS**.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. El porqué de su implementación.
- III. Características propias y casuística relacionada.
- IV. Con la regulación actual, ¿estamos ante una nueva figura o ante un arbitraje “administrativizado”?
- V. Comentario final y conclusiones.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 30 de abril de 2020.



(*) El autor agradece especialmente a Sandro Espinoza Quiñones por la revisión y recomendaciones al presente artículo.

RESUMEN:

Con el devenir de la modernidad han surgido relaciones comerciales de diversa índole que han derivado en nuevos tipos de conflicto y que requieren una particular atención. Este contexto ha demostrado, con meridiana claridad, que las instancias ordinarias del Derecho no tienen el *expertise* necesario para afrontar este tipo de problemas. Así, el Derecho moderno, al ser un fenómeno social, ha ido adaptándose a esta evolución. En ese ámbito, es donde progresivamente el arbitraje ha tomado mayor relevancia con los años. Actualmente, los estamentos legales tradicionales, como el Poder Judicial, más allá de su evidente impericia en ciertas materias, no se dan abasto para solucionar con eficiencia las controversias sometidas a su jurisdicción. En virtud de ello, el Estado peruano, dentro de su marco legal, ha dispuesto a la figura del arbitraje como un medio para evitar los tribunales judiciales nacionales a fin de resolver las disputas entre entidades gubernamentales y privados. A tal punto que el mismo Estado en su Ley de Contrataciones con el Estado del año 2008 —publicada mediante el Decreto Legislativo 1017— mencionó el concepto de arbitraje administrativo, el cual aún es usado en nuestros días sin tener una definición clara y precisa. El objeto del presente artículo pretende desarrollar esta figura partiendo del por qué de la misma y analizar si esta encuentra una razón de existir en el contexto actual de Contrataciones con el Estado o si la misma constituye una quimera jurídica aún en formación. En suma, nuestra intención en las siguientes líneas, sin ser exhaustivos, es dar una breve reflexión sobre lo que de cara al arbitraje importa la regulación del arbitraje administrativo y analizar si esta figura ya existe en el marco actual o, por el contrario, nos encontramos ante una burocratización de la figura.

Palabras clave: arbitraje, contratación pública, arbitraje administrativo, sistema judicial, justicia, Estado peruano, interés general.

ABSTRACT:

Due to modern times, many commercial relations have emerged and have led society to new types of conflict that require to be analyzed with particular attention. This context has shown that the ordinary instances of law do not have the necessary knowledge to face this type of conflicts. Thereby, modern law, as a social phenomenon, has adapted to this evolution. This is where arbitration has progressively become more relevant over the years. Because traditional legal branches, such as the Judiciary system, are not efficient enough to resolve disputes in their jurisdiction. By virtue of this, the Peruvian State, within its legal framework, has established the figure of arbitration as a means of bypassing national judicial courts in order to settle governmental and private entity disputes. To such an extent that the government itself in its Public Procurement Act of 2008 —published through Legislative Decree 1017— mentioned the concept of “administrative arbitration”, which is still used today without having a clear and precise definition. The purpose of this article is to develop this figure based on the reason for its creation and to analyze whether this figure finds a reason to exist in the current context of public procurement or if it constitutes a legal chimera still in the making. Therefore, our intention in the following lines, without being exhaustive, is to give a brief reflection on the importance of administrative arbitration regulation regarding the concept of arbitration and to analyze if this figure already exists in the current Peruvian framework or, on the contrary, if we are before the bureaucratization of the institution.

Keywords: arbitration, public procurement, administrative arbitration, judicial system, justice, Peruvian government, common interest.

I. INTRODUCCIÓN

La historia nos ha demostrado que el humano, por su naturaleza, es un ser social que requiere de la coexistencia con otros de su misma especie para sobrevivir. Así, desde tiempos inmemoriales sabemos que esa coexistencia ha sido reglada por diversos cánones sociales que han evitado la autotutela por la fuerza o vías análogas, que en el peor de los casos, hubieran determinado la extinción de la sociedad como la conocemos.

En ese orden de ideas es que, ante los supuestos de conflicto suscitados entre los humanos, sur-

gió la necesidad de garantizar una coexistencia pacífica y segura, derivando la solución de los problemas ante un tercero dirimente. La figura de este tercero ha ido variando desde la antigüedad donde la decisión de los jefes de tribu era vinculante para las partes en conflicto hasta su posterior adaptación a las diversas culturas globales donde se desarrolló una figura encargada de solucionar las controversias suscitadas.

Con el pasar de los años, el cambio fue determinante ante la evolución de los sistemas sociales, la creación de sistemas urbanos, las nuevas necesidades comerciales y la propia evolución de los sistemas políticos, económicos y jurídicos.

Surgieron nuevas controversias que muchas veces no podían ser abordadas por los estamentos legales establecidos, y que por la antigüedad de la época eran limitados, de modo que se hizo necesaria la creación de nuevas alternativas para solucionar conflictos.

De esta manera es como se ha dado una progresiva y escalonada evolución de esta figura, desde el prototipo que las sociedades antiguas implementaron hasta lo que hoy entendemos por "arbitraje", anticipando así cual "crónica de una evolución anunciada", los antecedentes de lo que en el futuro sería una de las figuras del intercambio comercial europeo más importantes, y posteriormente el mecanismo de solución de controversias comerciales y de inversión por autonomía en el mundo.

En ese contexto cabe preguntarse, "¿qué es el arbitraje?". Pues bien, el arbitraje es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos donde un tercero dirimente —árbitro— tiene por objeto resolver un determinado conflicto de intereses. Esta figura es de naturaleza eminentemente privada, es decir, son las propias partes quienes, en ejercicio de su voluntad, deciden, por medio de un acuerdo de arbitraje, recurrir a este tercero siendo ello una alternativa al Poder Judicial y donde la decisión de este árbitro es vinculante para quienes recurren a esta figura.

Como bien hemos explicado esta figura es de naturaleza privada, sin embargo, muchas veces el Estado, por su practicidad y características propias, lo ha determinado como un mecanismo obligatorio para la solución de determinados tipos de conflictos.

Esta imposición del arbitraje ha sido duramente cuestionada, puesto que, al tener su origen en la propia voluntad de las partes, en principio, no debería de ser determinada por el Estado ya que ello incide en la autonomía de voluntad de

las partes; específicamente en lo referido a la libertad contractual, pues trasgrede la libertad de las partes para determinar el contenido del contrato y por ende el mecanismo en virtud del cual quieren dirimir sus controversias.

Así, por ejemplo, en el Perú —país de origen del suscrito—, tenemos que esta figura es considerada de carácter obligatorio para diversos marcos legales como contrataciones con el estado, seguros, obras por impuestos, asociaciones público-privadas, entre otros.

Como bien podemos apreciar, los marcos previamente mencionados son propios del Derecho Administrativo. Ello, debido a que el Estado peruano ha preferido dirimir determinadas controversias de esta materia en arbitrajes. Esto se debe a diversas razones, ya sea porque las materias controvertidas requieren de un determinado grado de *expertise* y mayor conocimiento de la materia objeto de análisis, o porque los árbitros se avocan directamente a la revisión del procedimiento evitando las dilaciones propias de la jurisdicción ordinaria.

Asimismo, tenemos que en España desde hace ya algunas décadas se ha tratado la figura del arbitraje administrativo¹, entendido como aquel mecanismo mediante el cual la administración pública impone a las partes pactar que los conflictos de intereses surgidos en determinados marcos jurídicos sean resueltos en la vía del arbitraje. Esta misma figura se ha pretendido incorporar en el Perú y, es más, distintos dispositivos normativos ya han hecho referencia tanto directa como indirecta a este nuevo concepto que tiene caracteres únicos y propios que, sin embargo, deben de ser analizados con suma cautela.

Más allá que estemos de acuerdo o no con esta figura, consideramos pertinente traer a colación los siguientes aspectos en torno a los cuales girará la discusión del presente artículo:

1. Ignacio Granado Hijelmo, «El arbitraje en Derecho Administrativo: Algunas Reflexiones sobre su fundamentación» *Revista Jurídica de Navarra*, (2005): 39-56.

- a) El por qué de su implementación.
- b) Características propias y casuística relacionada.
- c) Con la regulación actual: ¿estamos ante una nueva figura o ante un arbitraje "administrativizado"?
- d) Conclusiones y comentario final.

II. EL PORQUÉ DE SU IMPLEMENTACIÓN

Como hemos especificado previamente, con el pasar de los años y la consecuente evolución tecnológica, el mundo del Derecho se ha interesado en estudiar y regular nuevas materias, lo cual ha derivado al desarrollo de nuevas especialidades y, por ende, en el surgimiento de nuevos conflictos que, por su propia especialidad, requieren de un nivel de especificidad y conocimiento más acucioso.

Visto desde ese punto, muchas veces el sistema de justicia ordinario —el Poder Judicial— no está en la capacidad de dar solución a determinados conflictos de intereses por la propia especialidad requerida para entender la controversia. Así, en la actualidad, hay muchos casos donde los jueces no llegan a entender la complejidad de una determinada materia y, por ende, no dan una solución acertada a la controversia.

Ahora bien, analicemos esto bajo la óptica del Estado peruano. En el Perú, el Poder Judicial aún mantiene una serie de taras que hacen inviable someter asuntos de particular complejidad ante su jurisdicción, que para mayor ahorro damiento aterrizaríamos en términos prácticos.

Empecemos. Existen estudios en el Perú² que demuestran que el tiempo promedio de un juez para la calificación de una demanda es de 30 días —es decir, 15 veces más que los 2 días establecidos en el artículo 153 del Código Procesal Civil Peruano—. Si a ello le sumamos el constante aumento de la carga procesal que tiene el Poder Judicial —que al año 2018 se acercaba a más de 3 millones de casos—, ten-

dremos como resultado un tiempo aún mayor para resolver la controversia.

Entonces, supongamos que estamos en el marco de contratación pública, donde la empresa "A" está en plena construcción de un puente para la entidad estatal "B". Así, en el marco de la ejecución, "A" pide una ampliación de plazo contractual que, de no otorgarse, impedirá la continuación de la ejecución del proyecto.

No obstante, la causal alegada por "A" no es aceptada por "B" y por ende la ampliación de plazo es denegada. Ello generará un conflicto de intereses, por un lado, el contratista "A" buscará ampliar el plazo establecido y, por otro, la entidad "B" defenderá el hecho de que la causal no justifica la ampliación solicitada.

Ahora bien, imaginemos que esta controversia no se tuviera que dirimir en arbitraje sino ante el Poder Judicial. Allí, la sola calificación de la demanda se demorará cuando menos 30 días, lo cual implica una paralización total de la obra por ese periodo de tiempo y que, traducida en términos económicos, es una grandísima pérdida para el contratista y un tremendo costo económico-social para el Estado.

Así pues, como nuestro caso existen miles dentro del marco de contrataciones peruano y no solo en dicho rubro sino también en seguros, protección al consumidor, entre otros. Donde más allá del *expertise* de un árbitro, en contraste con el conocimiento genérico de un juez, la eficiencia en el tiempo es eficiencia económica para las partes.

El Estado peruano no ha sido ajeno a dicho pensamiento y lo ha acogido, puesto que en determinadas materias ha establecido que el mecanismo de solución de controversias sea el arbitraje.

Así tenemos que, por ejemplo en Perú, la Ley de Contrataciones con el Estado en su artículo

2. Gaceta Jurídica, *La justicia en el Perú: cinco grandes problemas* (Lima: Gaceta Jurídica, 2018).

45, la Ley de Obras por Impuestos en su artículo 16, la Ley de Asociaciones Pùblico Privadas en su artículo 132 y hasta el Código de Protección y Defensa del Consumidor —que lo enuncia como un mecanismo optativo— en su artículo 145, han dispuesto al arbitraje como medio para dar solución a los conflictos suscitados en el marco de una relación jurídica patrimonial preexistente.

Dentro de ese contexto, en el año 2008, con la publicación de una de las varias modificatorias de la Ley de Contrataciones con el Estado y su Reglamento, el Decreto Legislativo 1017 y el Reglamento publicado mediante el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, se trajo a colación a la legislación peruana el concepto de “arbitraje administrativo” sin dar una mayor explicación del mismo ni un desarrollo legislativo posterior.

No obstante, ante esta nueva figura surgieron una serie de incógnitas: ¿cuál es la finalidad de agregar la palabra “administrativo”? ¿Tiene alguna regulación especial? ¿Cuál es su naturaleza?

III. CARACTERÍSTICAS PROPIAS Y CASUÍSTICA RELACIONADA

Para dar respuesta a las preguntas planteadas en el acápite anterior, cabe preguntarse si estamos ante un conflicto común y corriente o nos encontramos ante un panorama diverso donde se requiere de una particular atención.

Para entender ello, debemos analizar una serie de aspectos de neurálgica importancia partiendo de la premisa de los intereses en juego. Como hemos podido apreciar, las controversias sometidas a “arbitraje administrativo” son determinadas especialidades en la materia y que, a su vez, están directamente relacionadas con un concepto muy propio de esta rama: “el interés público”.

Esta figura busca resguardar el interés de la población en general, priorizando el beneficio de la mayoría por sobre el del particular. Así, el Estado tiene como premisa esencial su protección. Esto es entendido por Rodríguez Arana³ de la siguiente manera:

“Hoy, en mi opinión, la garantía del interés general es la principal tarea del Estado y, por ello, el Derecho Administrativo ha de tener presente esta realidad y adecuarse, institucionalmente, a los nuevos tiempos, pues de lo contrario perderá la ocasión de cumplir la función que lo justifica, la cual es la mejor ordenación y gestión de la actividad pública con arreglo a la justicia.”

Así pues, el Estado tiene como una de sus principales obligaciones proteger los intereses de la población en general, lo cual termina por evidenciar una razón adicional para que no pueda someter sus controversias ante el mismo Poder Judicial; siendo que, en ese caso, ocupará la posición de juez y parte, lo cual es evidentemente cuestionable desde la óptica de las garantías del debido proceso⁴.

Es por ello, que se debe analizar la figura del “arbitraje administrativo” en el Perú, pues el Estado, en sus propias leyes especiales, ha delimitado un marco para los arbitrajes que rigen materias de particular interés para la población en general.

El más claro ejemplo de esa regulación estatal se evidencia en el marco de la contratación pública, un contexto donde el “interés general” se encuentra en juego constantemente, las necesidades públicas “a flor de piel”, donde se analiza desde la adquisición de sillas para la atención al público en una entidad, hasta la construcción de un hospital que garantice el acceso a la salud para los pobladores de una determinada región.

-
3. Jaime Rodríguez Arana, «Un nuevo Derecho Administrativo: El derecho del Poder para la Libertad», *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 2 (2006): 84-101.
 4. Ignacio Granado Hijelmo, «El arbitraje en Derecho Administrativo: Algunas Reflexiones sobre su fundamentación», *Revista Jurídica de Navarra*, (2005): 39-56.

Dentro de ese marco, la Ley de Contrataciones con el Estado peruano vigente⁵, ha dispuesto una serie de características especiales para los arbitrajes en aras de proteger los intereses del Estado y determinar una decisión lo más justa posible.

En ese contexto, existen disposiciones que guardan absoluta coherencia con los fines buscados, por ejemplo, el requerimiento de que el arbitraje sea estrictamente de Derecho y, por ende, con un laudo debidamente motivado. Asimismo, que los árbitros encargados de dirimir este tipo de controversias cuenten con estudios de especialización en materias como Derecho Administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado.

Por otro lado, también existen otras disposiciones que han sido objeto de duras críticas por la doctrina peruana, pues en ese intento de regulación el Estado ha demostrado una evidente amnesia en conceptos básicos del arbitraje, como el de la paridad entre las partes, aspecto que trataremos más adelante.

Esa coyuntura, sumada a la experiencia peruana en la operación internacional “Lava Jato”, destapó el lado del arbitraje que muchos no queríamos ver, donde algunos árbitros —actuando contra los estándares éticos esperados— fueron partícipes de actos de corrupción, al cobrar por la emisión de laudos arbitrales a favor de ciertos contratistas cuya influencia llegaba hasta las más altas esferas del gobierno⁶.

Estos nuevos escándalos de corrupción determinaron que la imagen del arbitraje como mecanismo de solución de controversias sea duramente cuestionada por la población en general. Así, el Estado peruano, en una “para-

noia tóxica”, mediante su Ministerio Público inició una serie de investigaciones contra distintos árbitros, a la que mediáticamente se le llamo el caso “Arbitrajes”.

En este proceso, al mismo estilo de una caza de brujas, el Ministerio Público solicitó la prisión preventiva de los árbitros imputados basándose en indicios; y aún bajo ese criterio, el Poder Judicial impartió una “justicia” mediática y populista, sin analizar correctamente las pruebas y sin valorar debidamente los argumentos presentados por los imputados.

Ello, por su parte, dejó un sinsabor en la comunidad arbitral, puesto que los argumentos usados por los fiscales encargados del caso comportaron explicaciones de diversas entidades arbitrales nacionales e internacionales al Estado peruano respecto al funcionamiento del arbitraje.

Ese contexto, nutrido por el pensamiento inquisitivo del Estado, propició la emisión de una regulación incisiva en el marco del arbitraje demostrando así una marcada improvisación del Estado que terminó en una serie de críticas hacia su actuación.

Las primeras objeciones fueron previas al inicio del caso “Arbitrajes” y saltaron en virtud al Proyecto de Ley 1774 —2017— mediante el cual el Ministerio Público planteó modificar el artículo 425 del Código Penal peruano a efectos de considerar como funcionarios o servidores públicos a los árbitros, siempre y cuando las entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, formen parte de la controversia arbitral.

-
5. Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones con el Estado —LCE— y su Reglamento —RLCE— publicado mediante el Decreto Supremo 344-2018-EF y modificado por el Decreto Supremo 277-2019-EF.
 6. Alonso Bedoya Denegri, «Lessons from Perú’s Legacy in Public Procurement: A Successful Approach to Follow Mistakes and to Avoid», *Kluwer Arbitration Blog*, 14 de diciembre de 2018. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/12/14/lessons-perus-legacy/>.

Ello nos lleva a la siguiente duda: ¿un árbitro puede ser considerado funcionario público? Es decir, ¿el árbitro de una controversia puede ser “considerado” como trabajador de una de las partes sometidas a su decisión? A nuestro parecer, la propuesta atenta contra el principio de independencia y contra la propia naturaleza del arbitraje pues considerar al resolutor de la controversia como servidor o funcionario de una de las partes, implica un claro desequilibrio en el arbitraje más allá de que, evidentemente, compromete la decisión emitida.

En los años siguientes el Estado ha seguido demostrando esa intención, insistiendo en la necesidad de regular el arbitraje. Así, el gobierno actual mediante el Decreto de Urgencia 020-2020, de fecha 26 de enero de 2020, emitió una serie de disposiciones regulando la Ley de Arbitraje peruana, en los casos donde el Estado sea parte, bajo la premisa de “asegurar la transparencia de los procesos y evitar así actos de corrupción o situaciones que afecten los intereses del Estado y que generen graves consecuencias económicas al país.”⁷

No vamos a negar que las intenciones de reducir los actos de corrupción por parte del gobierno son buenas; es más, la mayoría de la población, poco instruida en la materia arbitral, ha aplaudido la medida, sin embargo, consideramos pertinente traer a colación una serie de aspectos que terminan por desnaturalizar la esencia del arbitraje creando una entelequia distinta con sus propias reglas: el arbitraje administrativo.

No obstante, agregar el término “administrativo” al concepto arbitraje, tiene una implicancia mucho más profunda en lo que respecta a las facultades del Estado de regular los parámetros de actuación del arbitraje, en especial, en los que el mismo Estado es parte.

Así, la doctrina peruana, en un intento por no dejar en el limbo esta creación, ha enlistado algunas características que describen la figura:

“El arbitraje administrativo es un mecanismo de solución de conflictos siempre que cumpla con las siguientes condiciones:

- a) Que al menos una de las partes sometidas a este mecanismo de solución de controversias sea una entidad de la Administración Pública.
- b) Que ambas partes hayan acordado voluntariamente o por sometimiento a la ley, solucionar la materia de controversia a arbitraje.
- c) Que la norma o normas aplicables sean preferentemente de orden público.
- d) La administración no pierde sus facultades de *ius imperium*; sin embargo, debe cumplir con los mandatos emitidos en el arbitraje.”⁸

No obstante, la regulación positiva de esta figura jurídica aún es una incógnita en el marco legal peruano, sin embargo, el Decreto de Urgencia 020-2020 ha dado atisbos de lo que se pretende con la misma.

Así, el referido Decreto de Urgencia, al modificar la Ley de Arbitraje vigente, ha abordado una serie de aspectos que consideramos pertinente analizar, puesto que muchas de las nuevas incorporaciones planteadas resultan inaplicables al contextualizarlo con las leyes especiales ya existentes.

Por ello, en el presente cuadro ilustrativo procederemos a comparar lo que expresa la Ley de Contrataciones con el Estado vigente con lo dispuesto en las recientes disposiciones del Decreto de Urgencia que modifican la Ley de Arbitraje:

-
7. Quinto párrafo de los considerandos del Decreto de Urgencia 020-2020, Decreto de Urgencia que modifica el Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.
 8. Cesar Rubio Salcedo, *Solución de Controversias y Régimen Sancionador en la Contratación Estatal* (Lima: Gaceta Jurídica, 2013).

<p>Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones con el Estado —en adelante, “LCE”— y su Reglamento —en adelante, “RLCE”— publicado mediante el Decreto Supremo 344-2018-EF y modificado por el Decreto Supremo 277-2019-EF.</p>	<p>Decreto de Urgencia 020-2020 que modifica el Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje Peruana.</p>
<p><u>Artículo 225, numeral 3: Cuándo un arbitraje es <i>ad hoc</i> y cuándo es institucional</u></p> <p>El RLCE plantea que las partes pueden recurrir a un arbitraje <i>ad hoc</i> cuando las controversias deriven de contratos cuyo monto contractual original sea menor o igual a S/ 5'000,000.00 —cinco millones de Soles—.</p>	<p><u>Artículo 7: Cuándo un arbitraje es <i>ad hoc</i> y cuándo es institucional</u></p> <p>La modificación radica en establecer la posibilidad de pactar arbitrajes <i>ad hoc</i> —en los que el Estado es parte— siempre y cuando la cuantía controvertida sea menor a 10 UIT —Unidades Impositivas Tributarias—, en todos los demás casos el arbitraje deberá ser institucional y de derecho, salvo en el caso de las asociaciones público-privadas donde por criterios de carácter técnico el arbitraje deberá ser de conciencia.</p>
<p>No se prevén medidas cautelares ni su caución juratoria en la Ley de Contrataciones con el Estado, esta figura se encuentra ligeramente descrita en la Ley de Arbitraje, sin embargo, la aplicación de esta figura se hace por remisión.</p>	<p><u>Artículo 8: Inclusión de la fianza bancaria como contracautela</u></p> <p>Se dispuso la eliminación de la caución juratoria para medidas cautelares y la inclusión de las fianzas bancarias como contracautela, debiendo ser establecida por el juez o el tribunal arbitral por un monto mayor o igual a la garantía de fiel cumplimiento del contrato.</p>
<p><u>Artículo 231: Impedimentos para ser árbitro</u></p> <ol style="list-style-type: none"> El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, los Ministros de Estado, los Viceministros, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos. Los Magistrados, con excepción de los Jueces de Paz. Los Fiscales y los Ejecutores Coactivos. Los Procuradores Públicos y el personal que trabaje en las procuradurías, o de las unidades orgánicas que hagan sus veces, cualquiera sea el vínculo laboral. El Contralor General de la República y los Vicecontralores. 	<p><u>Artículo 21: Incompatibilidad</u></p> <p>En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, tiene incompatibilidad para actuar como árbitro/a, el que ha tenido actuación previa en el caso concreto que debe resolver, sea como abogado/a de alguna de las partes, como perito/a o el que tenga intereses personales, laborales, económicos, o financieros que pudieran estar en conflicto con el ejercicio de su función arbitral, sea como abogados/as, expertos/as y/o profesionales en otras materias.</p>

- f) Los Titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo.
- g) Los gobernadores regionales y los alcaldes.
- h) Los directores de las empresas del Estado.
- i) El personal militar y policial en situación de actividad.
- j) Los funcionarios y servidores públicos, en los casos que tengan relación directa con la Entidad o Sector en que laboren y dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad vigentes.
- k) Los funcionarios y servidores del OSCE hasta seis (06) meses después de haber dejado la institución.
- l) Los sometidos a procedimiento concursal.
- m) Los sancionados con inhabilitación o con suspensión de la función arbitral establecidas por el Consejo de Ética, en tanto estén vigentes dichas sanciones, sin perjuicio de la culminación de los casos en los que haya aceptado su designación previamente a la fecha de imposición de la sanción.
- n) Los sancionados por los respectivos colegios profesionales o entes administrativos, en tanto estén vigentes dichas sanciones.
- o) Los sancionados con condena que lleve apartada la inhabilitación para ejercer la profesión, en tanto esté vigente dicha sanción.
- p) Los sancionados por delito doloso, en tanto esté vigente dicha sanción.
- q) Los que tengan sanción o suspensión vigente impuesta por el Tribunal.
- r) Las personas inscritas en el Registro de Deudores de Reparaciones Civiles (REDE-RECI), sea en nombre propio o a través de persona jurídica en la que sea accionista u otro similar, con excepción de las empresas que cotizan acciones en bolsa, así como en el Registro Nacional de Abogados Sancionados por mala práctica profesional, en el Registro Nacional de Sanciones de Destitución y Despido por el tiempo que establezca la Ley de la materia, y en todos los otros registros creados por Ley que impidan contratar con el Estado.
- s) Las personas inscritas en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (REDAM).
- t) Las personas a las que se refiere el literal m) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

En los casos a que se refieren los literales h) y j) del numeral precedente, el impedimento se restringe al ámbito sectorial al que pertenecen esas personas.

Artículo 234, numeral 2: El procedimiento de recusación

En los arbitrajes ad hoc y en los administrados por el SNA-OSCE, la recusación es resuelta por el OSCE, en forma definitiva e inimpugnable, conforme al procedimiento establecido en la directiva correspondiente, salvo que las partes hayan acordado que la recusación sea resuelta por una institución arbitral acreditada.

No se prevé el abandono en el arbitraje de acuerdo a lo establecido en la Ley de Contrataciones con el Estado.

Artículo 240: Información que se registra en el SEACE

Los árbitros e instituciones encargadas de administrar los medios de solución de controversias cumplen con registrar en el SEACE, en las condiciones, forma y oportunidad establecidas en la Directiva correspondiente, la siguiente información:

- a) Las resoluciones emitidas por sus respectivos órganos mediante las cuales se re-

Artículo 29: El procedimiento de recusación

Conforme a la nueva norma, los procedimientos de recusación, serán directamente analizados por la Cámara de Comercio de la localidad del arbitraje en lugar del OSCE, siendo nulo todo acuerdo donde se disponga la posibilidad de que los miembros del Tribunal Arbitral resuelvan las recusaciones planteadas contra el o los recusados.

Artículo 50-A: Abandono

En los arbitrajes en que interviene como parte el Estado peruano, si no se realiza acto que impulse el proceso arbitral durante cuatro (4) meses, se declara el abandono del proceso arbitral de oficio o a pedido de parte. Si el arbitraje es institucional, esta declaración es efectuada por la Secretaría General del Centro de Arbitraje. Si el arbitraje es ad hoc, la declaración es efectuada por el/la árbitro/a único/a o el/la presidente/a del tribunal arbitral. —El subrayado es nuestro—.

La declaración de abandono del proceso arbitral impide iniciar otro arbitraje con la misma pretensión durante seis (6) meses. Si se declara el abandono por segunda vez entre las mismas partes y en ejercicio de la misma pretensión, caduca el derecho.

Artículo 51, numeral 3: Confidencialidad y Publicidad

En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, las actuaciones arbitrales y el laudo son públicos una vez que ha concluido el proceso arbitral, observando las excepciones establecidas en las normas de transparencia y acceso a la información pública. Cada institución arbitral reglamenta las disposiciones pertinentes. En los arbitrajes ad hoc

suelven recusaciones planteadas contra los árbitros y miembros de las Juntas de Resolución de Disputas.

- b) Laudos, rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones de laudos, decisiones que ponen fin a los arbitrajes y decisiones emitidas por las Juntas de Resolución de Disputas.
- c) Documentos en los que consten las decisiones o resoluciones que imponen sanciones a árbitros y miembros de las Juntas de Resolución de Disputas por infracción al Código de Ética de la institución arbitral respectiva.
- d) Relación trimestral de solicitudes de arbitraje ingresadas y procesos arbitrales en trámite y concluidos, con indicación de la materia, nombre de las partes, representantes legales, asesores o abogados, así como el de los árbitros y del secretario a cargo del caso.
- e) Nómina de Árbitros de la institución arbitral actualizada y la información de cada uno de los árbitros que integran dicha nómina.
- f) Actas de Instalación o el documento que haga sus veces.

asume dicha obligación la entidad estatal que intervino en el arbitraje como parte.

Consecuencias de la anulación:

No existe una disposición clara para ese extremo en la LCE ni en su Reglamento, sin embargo, se entiende que el laudo una vez anulado se remite a los árbitros para que nuevamente emitan el laudo arbitral correspondiente, enmendando el error con la causal anulada. No obstante, el numeral 1 del artículo 234 establece que son causales de recusación únicamente las siguientes:

- a) Cuando se encuentren impedidos conforme al artículo 233 o no cumplan con lo dispuesto por el artículo 233.
- b) Cuando no reúnan las calificaciones y exigencias para asumir el encargo establecidas en la legislación y el convenio arbitral.
- c) Cuando existan circunstancias que generen dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, siempre que dichas circunstancias no hayan sido excusadas por las partes en forma oportuna.

Artículo 65, numeral 1, inciso b): Consecuencias de la anulación

En el caso de la anulación de laudo se procede de la siguiente manera, en los arbitrajes, en los que participe el Estado peruano, cualquiera de las partes está facultada a solicitar la sustitución del árbitro que designó o en su caso, solicitar la recusación del árbitro o árbitros que emitieron el laudo anulado.

Como consecuencia de esta comparación, podemos concluir con meridiana claridad que existe una clara intromisión del Estado al regular materias especiales en una ley de carácter genérico y eminentemente privado como lo es la Ley de Arbitraje peruana, la cual se aplica de forma supletoria a las leyes especiales y en su mayoría a las relaciones entre particulares.

Por consiguiente, las disposiciones agregadas por el Decreto de Urgencia, en muchos supuestos, entran en conflicto con las disposiciones de la Ley de Contrataciones con el Estado y, entonces, siendo que en el Perú prima el criterio de especialidad, se debe preferir la aplicación de la norma especial por sobre las modificaciones recientemente realizadas.

Lo expuesto, pone en tela de juicio la legitimidad y validez de las nuevas disposiciones emitidas. A modo de ejemplo, una de las reglas que más llama nuestra atención es la siguiente:

"Consecuencias de la anulación: En el caso de la anulación de laudo se procede de la siguiente manera, en los arbitrajes, en los que participe el Estado Peruano, cualquiera de las partes está facultada a solicitar la sustitución del árbitro que designó o en su caso, solicitar la recusación del árbitro o árbitros que emitieron el laudo anulado".

En el Perú, un análisis realizado en la Salas Comerciales de la Corte Superior de Justicia de Lima entre los años 2009 y 2017 ha demostrado lo siguiente: de 821 recursos de anulación de laudo presentados en Lima, 485 fueron planteados por defectos en la motivación y 65 de ellos fueron declarados fundados⁹. Ello, debido a lo contenido en la Décimo Segunda Disposición Transitoria de la Ley de Arbitraje peruana que califica a la anulación de laudo arbitral como la vía idónea e igualmente satisfactoria para recurrir ante la vulneración de los derechos constitucionales afectados.

Uno de los supuestos más alegados por quie-

nes recurren a la vía de la anulación de laudo es la afectación a la debida motivación de las decisiones arbitrales, alegando usualmente que la misma adolece de algún vicio de motivación.

Ejemplifiquemos esto. Supongamos que nos encontramos ante un laudo arbitral derivado de una controversia entre una entidad y un contratista, que es recurrido ante el Poder Judicial por una motivación insuficiente y declarado fundado por la Sala competente. De una simple lectura de la decisión, la *ratio* de la misma se subsume en que efectivamente existió una motivación de la resolución, sin embargo, a criterio del juez, esta no fue suficiente para poder explicar la solución tomada ante la materia controvertida en el arbitraje.

Como vemos, el rango de interpretación del nivel motivación de un laudo es un criterio esencialmente subjetivo, es decir, lo que para un árbitro puede ser debidamente motivado para un juez puede no serlo y viceversa.

Entonces, estando ante un criterio de este tipo, surgen las siguientes dudas: ¿es legítimo considerar tan siquiera la posibilidad de que las partes estén facultadas para recusar al árbitro o árbitros que emitieron dicho laudo? Lo cual nos lleva a otro problema aún mayor: ¿es posible que se vuelva a emitir una nueva decisión por un árbitro único o un tribunal arbitral distinto y que recién tomara conocimiento de la controversia? Y peor aún: ¿es correcto solicitar la devolución de los honorarios arbitrales a los árbitros recusados siendo que el servicio por la emisión de la decisión de la controversia, mal que bien, ya ha sido prestado?

Estas son algunas dudas que quedan en la nebulosa en virtud al desorden normativo generado por el Estado, al no saber delimitar de manera orgánica el arbitraje en los supuestos en los que es parte.

Por lo expuesto, la reciente emisión del Decreto de Urgencia 020-2020 —en la humilde opinión

9. Gino Rivas, *La motivación de las decisiones arbitrales* (Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2017), 310-311.

del suscrito— ha traído las siguientes conclusiones: (a) el Estado peruano no ha terminado de entender la figura del arbitraje y su aplicación —lo cual concuerda con la interpretación que ha venido haciendo el Ministerio Público a través de las declaraciones de los fiscales encargados del caso “Arbitrajes”— y, (b) los arbitrajes con el Estado tienen un matiz absolutamente distinto al de los arbitrajes entre privados.

IV. CON LA REGULACIÓN ACTUAL, ¿ESTAMOS ANTE UNA NUEVA FIGURA O ANTE UN ARBITRAJE “ADMINISTRATIVIZADO”?

De lo expresado en el párrafo anterior, tenemos que, los arbitrajes con el Estado se desarrollan en un plano distinto a los arbitrajes entre privados, pues son el resultado de la adaptación de una figura eminentemente privada al ámbito público.

En ese sentido, el Estado ha buscado regular este tipo de materias de manera indirecta realizando inserciones en otros dispositivos normativos, evitando así emitir una norma coherente y concreta sobre qué es el arbitraje administrativo y cuáles son sus prerrogativas y características. Ahora bien, ante ese contexto, cabe preguntarse si dicha regulación nos deja ante el escenario de un arbitraje administrativo o ante un arbitraje “administrativizado”.

De una lectura apresurada se podría decir que ambos conceptos son sinónimos, pues tienen la misma finalidad: la implementación de un marco especial para los arbitrajes donde el Estado peruano sea parte.

No obstante, la diferencia conceptual va más allá de una pura y simple terminología, pues, por un lado, hablar de arbitraje administrativo implica la creación de una nueva institución con estamentos propios; mientras que por otro lado, la “administrativización” del arbitraje implica una inclusión progresiva de medidas que transforman la institución arbitral en su más pura esencia.

Así, en el marco peruano y bien podría decir en el ámbito latinoamericano, no existe una regulación especial para el concepto de arbitraje administrativo, más aún cuando el Perú es uno de

los pocos países que dirime sus controversias administrativas en arbitrajes.

Llegados a este punto, corresponde acotar que el Estado peruano en la actualidad ha venido promulgando inclusiones sobre normas de carácter general para regular materias especiales que, sin embargo, requieren propiamente de una regulación particular que aún no ha sido desarrollada. Entonces tenemos que el Estado, lejos de definir el concepto establecido en normas anteriores, ha iniciado una intromisión en la regulación del arbitraje en general.

Esto, más allá de generar un desorden normativo, conlleva un conflicto de normas respecto a su eventual aplicación e interpretación; lo cual, aunado a la poca claridad del Estado en sus disposiciones, termina por afectar la seguridad jurídica de los contratistas.

Ante ello, la propuesta es más que clara: actualmente es necesario establecer las bases sobre las cuales se deben regir los arbitrajes con el Estado, pues, más allá de evitar una dispersión normativa, existen sendos motivos que justifican su emisión. Para tal fin, analizaremos esto en virtud de los siguientes criterios de pertinencia y ponderación:

- Necesidad:** Resulta imperante delimitar el contexto sobre el cual se rigen los arbitrajes donde el Estado es parte, puesto que se debe establecer con meridiana claridad cuáles son los márgenes de actuación tanto de las partes como de los árbitros, así como también las consecuencias sobre el desacato o incumplimiento de las normas de derecho, entre otras. Hoy en el Perú estos criterios se encuentran dispersos en diversos textos legislativos, comenzando por la Ley de Arbitraje, pasando por la Ley de Contrataciones con el Estado y terminando en el Código Penal. Entonces, a efectos de evitar confusiones en la aplicación de normas como previamente hemos referido, resulta necesario compilar estas disposiciones en único cuerpo legal que reglamente los procedimientos arbitrales con el Estado.

- b) **Razonabilidad:** La regulación del arbitraje administrativo como institución es manifiestamente razonable y justificada. Todos los sujetos del arbitraje necesitan certeza respecto a los efectos de llevar arbitrajes donde el Estado sea parte. Sin embargo, en el Perú aún existen vacíos por cubrir en este marco: por ejemplo, en el caso del cumplimiento de los laudos arbitrales ganados por contratistas y ejecutados ante el Poder Judicial peruano, específicamente lo referido al pago de las entidades estatales, puesto que a la fecha, la regulación no es clara en ese extremo y en términos prácticos el procedimiento aún se encuentra en el limbo.
- c) **Ponderación:** Llegados a este punto corresponde analizar si aún con la normativa actual existente sobre la materia es pertinente regular el arbitraje administrativo en un único cuerpo legal. En ese sentido, luego de exponer una justificación orientada a ordenar y contextualizar este mecanismo arbitral especial, consideramos que es sumamente relevante la emisión de un cuerpo normativo específico que permita analizar las controversias con el Estado tomando en cuenta cada una de las particularidades que ello implica, y que permita esclarecer mecanismos como los necesarios para el nombramiento de árbitros en este tipo de controversias, las sanciones de carácter civil y penal por la emisión de una decisión corrupta y establecer si un árbitro o tribunal que hubieren sido recusados están obligados a la devolución de honorarios arbitrales pese a que su laudo fue anulado parcialmente.
- V. COMENTARIO FINAL Y CONCLUSIONES**
- Así, llegamos a una serie de conclusiones que consideramos pertinente destacar en los siguientes puntos:
- a) El arbitraje en los últimos 30 años ha ido tomando una progresiva importancia para el Estado peruano, a tal punto que lo ha preferido como mecanismo de solución de controversias en el ámbito administrativo por sobre su propio Poder Judicial, ya sea por la especialización de los árbitros, su eficiencia en términos de tiempo y su flexibilidad burocrática.
- b) En ese contexto es que el Estado peruano con la emisión del Decreto Legislativo 1017 hizo referencia al concepto de “arbitraje administrativo”, sin embargo, nunca lo desarrolló en su plenitud.
- c) Con la experiencia arbitral actual, se ha demostrado que los arbitrajes con el Estado tienen características propias en su ejecución que lo hacen tenerse de un matiz particular en aras de proteger el interés general del Estado.
- d) En ese contexto, el Estado peruano ha emitido una serie de disposiciones relativas a los arbitrajes en los que el Estado sea parte, que se encuentran dispersas en distintas normas generando conflictos en su interpretación y aplicación, y que a su vez desnaturalizan principios del arbitraje como la igualdad entre las partes.
- e) Lo dicho nos lleva a la conclusión de que no nos encontramos ante una evolución del arbitraje, sino más bien ante una involución del mismo, estableciendo una serie de características particulares que inciden directamente en la esencia de esta institución y cuyas disposiciones terminan por hacer al arbitraje casi tan burocrático como el Poder Judicial.
- f) En virtud de ello, se propone la compilación de estos dispositivos en un único cuerpo orgánico. La razón para la emisión de esta norma encuentra dos justificaciones, por un lado, aquella referida al orden y coherencia normativa, buscando evitar conflictos entre normas referidas a un mismo tema, y por otro lado, aquella referida a la necesidad y pertinencia de esclarecer criterios que aún no se encuentran regulados en las normas especiales y, por ende, son parte de un limbo jurídico.

El costo de la “remasterización” del Arbitraje

ÁLVARO ESTRADA ROSAS

Abogado por la Universidad de Lima
Miembro Asociado de ADV Editores - Revista **ADVOCATUS**.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Breve análisis de la evolución del arbitraje.
- III. El costo de “remasterizar” el arbitraje: algunas cuestiones asociadas al uso de tecnologías en el arbitraje.
 1. ¿Se debe pactar necesariamente el uso de las tecnologías en el convenio arbitral para que las actuaciones sean virtuales?
 2. ¿Qué sucede si las partes convienen el uso de las tecnologías y pactan una tecnología en específico para el arbitraje, o deciden acudir a una institución arbitral determinada y someterse a las herramientas tecnológicas que esta exige para sus procesos, pero luego esta tecnología es prohibida como política interna de una de las partes?
 3. ¿Es más eficiente, en términos de costo y tiempo, establecer tecnologías para el arbitraje? Y, de ser así, ¿es más eficiente establecer las tecnologías a usar en el arbitraje antes o luego de iniciado el proceso?
 4. ¿Si se presentan problemas en el uso de las tecnologías, podrá dispensarse a las partes de utilizarlas?
 5. ¿El tribunal arbitral puede establecer sanciones relacionadas a las actuaciones de las partes y el uso de tecnologías?
 6. Al momento de designar al árbitro, ¿la parte deberá tomar en cuenta si éste se encuentra familiarizado con el uso de las tecnologías pactadas?
 7. ¿Se ha generado un “nuevo derecho” de las partes en el arbitraje de “testear” la conectividad, audio y video antes de las audiencias? ¿Qué sucede si se le niega esta solicitud a una parte?
- IV. Conclusión.



RESUMEN:

A raíz de la pandemia producida por la COVID-19, el arbitraje se ha visto obligado a “remasterizarse”, para lo cual ha necesitado implementar el uso de herramientas virtuales. No obstante, la implementación de la tecnología en el arbitraje genera cuestiones o situaciones sumamente problemáticas que son abordadas en el presente artículo de la mano de guías internacionales sobre el uso de la tecnología en el arbitraje.

Palabras clave: arbitraje, audiencia, internacional, tecnología, virtual, pandemia.

ABSTRACT:

As a result of the COVID-19 pandemic, arbitration has been forced to “remaster” itself, for which it has needed to implement the use of virtual tools. However, the implementation of technology in arbitration generates highly problematic issues or situations that are addressed in this article with the help of international guidelines on the use of technology in arbitration.

Keywords: arbitration, hearing, international, technology, virtual, pandemic.

I. INTRODUCCIÓN

Hace unos pocos años llegó la moda de la “remasterización”. La remasterización consiste en mejorar —o actualizar— las cualidades técnicas y estéticas de un producto que ya existe —o existió— en el mercado.

La remasterización ha aplicado en varios ámbitos: en la música, en el cine, en los videojuegos, etc. Generalmente se suele escoger un producto que, por la acogida que tuvo en su época, se convirtió en un clásico, y se remasteriza para redefinir sus cualidades estéticas usando las nuevas técnicas tecnológicas.

Un ejemplo podría ser el del videojuego “Crash Bandicoot”, que se lanzó en 1996 y que, a pesar de tener una historia bastante simple¹, tuvo mucha acogida en su momento. La remasterización de este videojuego fue lanzada en 2017, obteniendo ventas muy elevadas.

Así como este videojuego, y otros muchos ejemplos más, el arbitraje también ha sufrido una remasterización. Efectivamente, el arbitraje ha necesitado redefinirse usando las nuevas tecnologías.

Si bien en los últimos años el arbitraje ha ido incorporando figuras e instituciones jurídicas que han permitido que se consolide como mecanismo de solución de controversias, la remasterización del arbitraje se ha producido con la implementación de la tecnología en los procesos arbitrales, que se volvió obligatoria para cada arbitraje como consecuencia de la pandemia de la COVID-19. Así, el uso de la tecnología en el arbitraje ha pasado de ser la excepción a la regla general.

Efectivamente, en el caso del Perú, a partir del 16 de marzo de 2020, entramos a un período de aislamiento obligatorio; y como consecuencia quedaron suspendidas todas las actividades presenciales, lo que produjo en un primer momento la suspensión de todos los plazos de los arbitrajes, y que progresivamente fueron reanudándose por la implementación de la tecnología.

Inevitablemente la incorporación de las tecnologías en el arbitraje —o que el arbitraje se haya remasterizado— ha supuesto un costo, porque se han generado situaciones y cuestiones que tarde o temprano van a surgir en la práctica diaria, por lo que en este trabajo se abordarán

1. La historia es de un marsupial que desea evitar los planes del malvado Doctor Neo Cortex de dominar el mundo y, en el camino intenta, rescatar a su novia Tawna.

algunas ideas que deben conocerse de cara a esta nueva manera de arbitrar.

II. BREVE ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN DEL ARBITRAJE

El arbitraje es un mecanismo de solución de controversias contractual, en donde las partes de una relación jurídica determinada convienen para que sus controversias sean excluidas del fuero judicial y sean resueltas por un tercero —llamado árbitro—. Se decide acudir al arbitraje por los diversos beneficios que caracterizan al arbitraje, como la especialización, flexibilidad, celeridad, confidencialidad, entre otros. Todo ello lo hace un mecanismo de solución de controversias más eficiente.

El arbitraje en nuestro país ha sufrido cambios drásticos desde que se incorporó como mecanismo de solución de controversias. Ha ido transformándose pasando de ser un mecanismo de solución de controversias excesivamente formal a uno bastante flexible y efectivo². Cabe precisar que recientemente se han incluido modificaciones a la Ley de Arbitraje. Primero, a través del Decreto Legislativo 1231³ para evitar fraudes en los procesos arbitrales, y luego, mediante el Decreto de Urgencia 020-2020⁴, que introduce una regulación especial para los arbitrajes en los que el Estado interviene como parte.

La transformación del arbitraje no ha quedado ahí. Podríamos decir que, en estos últimos años,

se han incorporado figuras novedosas al arbitraje debido a las buenas prácticas internacionales en esta materia, que lo dotan de mayor eficiencia y destacan frente al fuero ordinario.

En estos últimos años han aparecido figuras como la confirmación de árbitros, el arbitraje de emergencia, las reglas de la International Bar Association —en adelante, “Reglas de la IBA”—, las reglas de Praga sobre la tramitación eficiente de los procedimientos en el arbitraje internacional —en adelante, “Reglas de Praga”—, el arbitraje acelerado, entre otros.

La confirmación de árbitros, que ha sido incluida en las reglas de determinadas institucionales arbitrales⁵, permite a la institución arbitral realizar una suerte de filtro para determinar si un árbitro debe formar parte de los miembros del tribunal arbitral que resolverán un caso específico. El objetivo es que la institución que administra el proceso arbitral pueda cerciorarse que el árbitro designado cumple con ser imparcial e independiente, y que es adecuado para resolver el caso.

El arbitraje de emergencia, figura incorporada en los reglamentos de algunas instituciones arbitrales⁶, a diferencia de una medida cautelar judicial —que el juez, por la carga procesal, puede demorar en dictar—, tiene por finalidad que un árbitro —distinto al que resolverá la controversia de fondo— se constituya inmediatamente a fin de dictar una medida cautelar con

-
2. En un primer momento, el arbitraje estuvo regulado en el Código de Procedimientos Civiles de 1912, que incorporaba el “fuero arbitral”; y luego, estuvo en una sección del Código Civil de 1984, bajo las figuras de “cláusula compromisoria” y “compromiso arbitral”. No fue sino hasta el 6 de enero de 1996, con la Ley General de Arbitraje —Ley 26572—, que el arbitraje estuvo regulado en un cuerpo normativo independiente. Finalmente, el Decreto Legislativo 1071 —Ley de Arbitraje— es el que actualmente se encuentra vigente.
 3. Publicado el 26 de septiembre de 2015.
 4. Publicado el 24 de enero de 2020.
 5. Esta figura la encontramos en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Finlandia de 2013 y en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima de 2017.
 6. Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París de 2017 y en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima de 2017.

carácter de urgencia, solicitada por cualquiera de las partes, para que su derecho o reclamo no sea irreparable por el tiempo que demoraría un proceso determinado.

La International Bar Association decidió codificar la práctica recurrente internacional en materia de pruebas documentales y no documentales, de conflictos de intereses de quienes participan en un arbitraje y de representación de las partes. Así, nacen las denominadas Reglas de la IBA⁷.

Las Reglas de Praga nacen, en contraposición a la lógica procedural establecida por las Reglas de la IBA que permiten a las partes regular lo relacionado a las actuaciones arbitrales, para dotar al tribunal arbitral la facultad de regular el proceso de la manera más eficiente que considere, no siendo necesario en la mayoría de casos el consentimiento o acuerdo de las partes⁸.

El arbitraje acelerado es una figura que ha aparecido recientemente, en atención a las demandas de los usuarios del arbitraje relativas a que sus controversias no se resolvían de una manera rápida. Diversas instituciones arbitrales han incorporado esta figura en sus reglamentos⁹.

Vemos entonces que el arbitraje ha ido implementando, con el pasar de los años, mecanismos y/o figuras que lo hacen más llamativo, adecuándose no solo a las necesidades de los

usuarios sino reafirmando que sirve como un mecanismo de solución de controversias eficiente.

III. EL COSTO DE “REMASTERIZAR” EL ARBITRAJE: ALGUNAS CUESTIONES ASOCIADAS AL USO DE LAS TECNOLOGÍAS EN EL ARBITRAJE

Con la entrada al siglo XXI y la masificación de la tecnología de la información, el arbitraje ha necesitado prestarse de las facilidades que proporcionan las herramientas virtuales para adaptarse a los tiempos actuales. En pocas palabras, ha necesitado remasterizarse.

Si bien en un inicio los usuarios del arbitraje —abogados, árbitros, partes en litigio, secretarios arbitrales, etc.— implementaban las tecnologías como excepción para el desarrollo de las actuaciones arbitrales, con ocasión de la pandemia de la COVID-19, las herramientas y soportes virtuales se han convertido en una necesidad.

En esa línea, es importante precisar que en estos últimos años se ha publicado un sinfín de guías, nacionales e internacionales, que permiten que el arbitraje pueda adecuarse a las nuevas tecnologías de la información y que, con la ayuda de estas herramientas, puedan continuar desarrollándose las actuaciones arbitrales, pero ahora de manera virtual.

Una de estas guías es el denominado Protocolo de Seúl Sobre Videoconferencia en Arbitraje In-

-
7. Según el numeral 1 del Preámbulo, las Reglas de la IBA sobre la práctica de la prueba “buscan proporcionar un procedimiento eficiente, económico y equitativo para la práctica de prueba en arbitrajes internacionales, particularmente en aquellos que surgen entre Partes de distintas tradiciones jurídicas. Están diseñadas para complementar las disposiciones legales y las reglas institucionales, ad hoc u otras reglas que se apliquen al desarrollo del arbitraje.”
 8. El primer párrafo del Preámbulo de las Reglas de Praga sobre la tramitación señala que las Reglas de Praga: “(...) pretenden proporcionar a los tribunales arbitrales y a las partes unas pautas o sugerencias para incrementar la eficiencia del arbitraje, potenciando un papel más activo de los tribunales arbitrales en la tramitación de los procedimientos.”
 9. Solo por mencionar unos cuantos, esta figura ha sido incorporada en los reglamentos de las siguientes institucionales arbitrales: Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima —2017—, Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú —2017—, Reglamento para Arbitraje Acelerado de la Cámara de Comercio de Finlandia —2013— y el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional de París —2017—.

ternacional —en inglés, *Seoul Protocol on Video Conferencing in International Arbitration*¹⁰; en adelante, el “Protocolo de Seúl”—, que sugiere las mejores prácticas para el planeamiento, prueba y conducción de la video conferencia en los arbitrajes internacionales.

Otro documento importante es el Reporte de la Tecnología de la Información en el Arbitraje Internacional, emitido por la Cámara de Comercio Internacional —en inglés, *Information Technology in International Arbitration*; en adelante, el “Reporte CCI”—, que propone una serie de supuestos que pudieran presentarse en la realidad en el marco del uso de las tecnologías de la información, y que aconseja las mejores herramientas para la aplicación de las tecnologías en el arbitraje.

Existen muchos otros documentos que sirven como guía para las actuaciones arbitrales virtuales, que, de hecho, fueron publicadas para buscar una solución a la suspensión de las actuaciones arbitrales causada por las medidas de salubridad que impedían las actuaciones arbitrales presenciales¹¹. No obstante, este trabajo se basará esencialmente en las dos últimas mencionadas, que cubren gran parte de las cuestiones que se presentan o pudieran presentarse en un proceso que se ayuda de las tecnologías de la información.

1. ¿Se debe pactar necesariamente el uso de las tecnologías en el convenio arbitral

para que las actuaciones sean virtuales?

La primera pregunta que podría surgir es si las partes de un contrato deben pactar necesariamente el uso de las tecnologías para llevar a cabo sus arbitrajes. Es decir, si las partes no pactan un arbitraje con el uso de tecnologías, ¿el arbitraje deberá llevarse de manera presencial? Ello depende.

Sería ideal que se pacte el uso de las tecnologías y el tipo específico de tecnología que usarían las partes para llevar a cabo el arbitraje en el que se resolverán sus controversias. Como se verá más adelante, el acordar sobre el uso de las tecnologías y la tecnología en específico permite evitar que surja una controversia innecesaria en ese sentido.

Aunque remotamente, el problema que podría surgir es que las partes pacten un tipo de tecnología que, al momento de convenirla, era eficiente para ellas pero que, a la fecha de surgir las controversias, haya quedado desfasada y existan otras que la superen¹². En ese escenario no quedaría más remedio que las partes acuerden someterse a esa nueva y mejor tecnología, porque de lo contrario tendrán que utilizar la que han pactado en su convenio arbitral.

Sin perjuicio de lo anterior, el panorama ideal sería que las partes hayan previsto someterse a un arbitraje de manera virtual identificando las herramientas tecnológicas a usar.

-
10. Diseñada por los abogados Kevin Kim, Yu-Jin Tay, Ing Loong Yang y Seung Ming Lee, con el apoyo de la Korean Commercial Arbitration Board-KCAB y la Seoul International Dispute Resolution Centre-SIDRC.
 11. Solo por mencionar algunos centros de arbitrajes nacionales, tenemos que el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima publicó en abril del año 2020 la Nota Práctica N° 01/2020 para garantizar la virtualización de las actuaciones arbitrales. Lo mismo sucedió con la publicación de la Guía de Arbitrajes Virtuales del Centro Internacional de Arbitraje de Amcham Perú en mayo del año 2020.
 12. En el plano internacional, como se ha precisado en este trabajo, se han publicado una serie de guías y/o protocolos que brindan lineamientos para el uso de las tecnologías en el arbitraje. Una guía adicional, que intencionalmente no es desarrollada en este trabajo pero que igual resulta ser una de las más relevantes, es la Guía para el Uso del Videolink bajo la Convención de la Haya publicada en abril de 2020 —en inglés, *Guide of Use of Video-Link under Evidence Convention*—.
 13. Cámara de Comercio Internacional, *Reporte de Tecnologías de Información en el Arbitraje Internacional* (Francia, 2017), 4.

Ahora bien, ¿qué sucede si las partes han pactado acudir a arbitraje, pero no han pactado el uso de las tecnologías? ¿No se podrá llevar a cabo un arbitraje con el uso de herramientas virtuales? Y aquí, como todo en Derecho, depende.

Lo primero que podría señalarse es que, si las partes no han establecido en su convenio arbitral someterse a arbitraje con la ayuda de las tecnologías, y salvo que no haya un acuerdo posterior entre ellas que sí lo permita o alguna manifestación de las partes de ser notificadas por algún medio electrónico¹³, tendrá que llevarse exclusivamente de manera presencial.¹⁴

Otro escenario es si las partes no han pactado en su convenio arbitral utilizar las tecnologías, pero han sometido sus controversias a la administración de una institución de arbitraje determinada que, entre otras cosas, promueve el uso de las tecnologías.

Aquí las partes no podrían evitar llevar a cabo las actuaciones arbitrales con la ayuda de las herramientas tecnológicas.

Por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje 2017 de la Cámara de Comercio Internacional establece que las notificaciones, entre otras, se podrán realizar de manera virtual¹⁵, y que el tribunal arbitral puede celebrar audiencias virtuales en las que no sea esencial la asistencia presencial de las partes¹⁶. Es decir, el reglamento permite realizar actuaciones arbitrales de manera virtual.

Por lo tanto, es conveniente pactar el uso de las

tecnologías y la tecnología en específico que se usará para el arbitraje porque de lo contrario, va a depender mucho en qué circunstancia nos encontremos para determinar si el arbitraje se puede llevar de manera virtual o solo podrá desarrollarse presencialmente. Este último escenario solo se daría si no existe alguna manifestación de las partes que permita si quiera las notificaciones por algún medio electrónico.

2. ¿Qué sucede si las partes convienen el uso de las tecnologías y pactan una tecnología en específico para el arbitraje o deciden acudir a una institución arbitral determinada y someterse a las herramientas tecnológicas que esta exige para sus procesos, pero luego esta tecnología es prohibida como política interna de una de las partes?

Aunque se trate de un supuesto poco probable, el arbitraje con el uso de las tecnologías se encuentra expuesto al hecho de que la tecnología pactada —directa o indirectamente, cuando las partes se someten a la institución y sus tecnologías— sea prohibida como política interna de una de las partes porque podría ponerse en riesgo información sensible de una parte, o de ambas. Si bien se trata de un acuerdo pactado voluntariamente por las partes, el tribunal arbitral deberá determinar qué resulta ser lo más conveniente sopesando el derecho de las partes a someter a arbitraje según lo acordado frente a la protección de datos.

Consideremos que en una relación jurídica determinada se establece acudir a una insti-

-
13. Decreto Legislativo 1071 —Ley de Arbitraje—, artículo 12, literal b).
 14. Sin perjuicio de ello, cabe precisar que el artículo 35, numeral 2, de la Ley de Arbitraje establece que “(...) el tribunal arbitral podrá, previa consulta a las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar o reconocer objetos, documentos o personas”. Este extremo de la Ley de Arbitraje, para algunos, permitiría hacer audiencias en un lugar o espacio virtual.
 15. Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional del 2017, artículo 3, numeral 2.
 16. Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional del 2017, apéndice IV, literal f), Técnicas para la Conducción del Caso.

tución arbitral y acogerse al uso de las tecnologías que esta institución proporciona para el desarrollo de las actuaciones arbitrales. No obstante, una de ellas, luego de hacer una evaluación exhaustiva respecto al uso de la tecnología "x", concluye que esta no es suficientemente segura y que pondría en riesgo absoluto la información de dicha entidad. Entonces, decide prohibir, como política interna, el uso de esta tecnología específica.

Esta cuestión quizás es una de las más delicadas porque entra en juego una decisión que resguarda los datos de la empresa —basada en la "ciberseguridad" en la mayoría de casos— frente a un acuerdo plenamente establecido por las partes dentro de un convenio arbitral.

La pregunta que podría surgirnos es, ¿no hubiera sido más diligente que, mientras no se haya determinado la política interna de uso de las tecnologías para los litigios, esta parte debía convenir otra solución como acudir a un arbitraje, pero sin el uso de dichas tecnologías en específico, o pactar un arbitraje que sea llevado únicamente de manera presencial, o acudir a otra institución arbitral que sea más flexible con el uso de las tecnologías? Imaginamos que sería un poco exigente cargar con ese riesgo —que es imputable únicamente a la empresa que establece la política interna de uso de tecnologías— a una parte que no ha generado esa situación.

No obstante, la solución a la que se arribe podría variar si es que, en el caso concreto, se determina que no solo se va a comprometer la seguridad de los datos de esa empresa sino también de la contraparte, por lo que en este caso lo más conveniente sería migrar a otra tecnología.

De igual manera, la respuesta no es tan sencilla y va a depender también el contexto que rodea

a las partes. ¿Qué sucede si esta parte es el Estado? No sería exagerado si consideramos que en la mayoría de arbitrajes que se presentan en el Perú, una de las partes es el Estado. Entonces, si la política fuera prohibida por el Estado debido a que la tecnología pactada es potencialmente peligrosa y la decisión recae sobre todos los ministerios, organismos, órganos y demás instituciones públicas contratantes, ¿igual existiría una responsabilidad por parte de alguna entidad pública contratante?

¿Y si dos partes, cada una de distintos estados, han pactado determinada tecnología y, de un momento a otro, esa tecnología es prohibida por el estado de donde proviene una de ellas? No escaparía mucho de la realidad, si consideramos que existe una guerra comercial de plataformas virtuales —Zoom versus Google Meets o Facebook Rooms—, y que en China los ciudadanos se encuentran prácticamente imposibilitados de utilizar otras plataformas y/o programas que no sean las que brindan o permitan en ese país.¹⁷

Esta última interrogante más bien nos llevaría a concluir que por circunstancias ajenas a las partes la forma en que se llevaría a cabo el arbitraje debería modificarse, sea que las partes establezcan, de mutuo acuerdo, migrar a una nueva plataforma no prohibida en ningún estado, o que simplemente el arbitraje deba llevarse de manera presencial.

Las circunstancias deberán analizarse en cada caso concreto y por el tribunal arbitral. Así, si es que no existe un consenso, será el tribunal arbitral quien deberá evaluar qué es lo mejor para el caso concreto, tomando en cuenta si justificaría el uso de otra tecnología para no poner en riesgo los datos sensibles de cada parte.

De esa manera, que una parte prohíba justifica-

17. En China, la aplicación We Chat —lo que vendría a ser el "Facebook chino"— cuenta con varias funciones que engloba los servicios ofrecidos por Instagram, WhatsApp, Uber, Skype y hasta cuenta con un monedero virtual, que se conecta con las cuentas bancarias de los ciudadanos chinos. Mayor información en el siguiente enlace: <https://rpp.pe/blog/geek-and-chick/ni-facebook-o-twitter-que-redes-sociales-usan-en-china-a-pesar-del-bloqueo-noticia-1079982?ref=rpp>.

damente como política interna, o le sea prohibida por un tercero, el uso de una determinada tecnología previamente pactada es un supuesto bastante remoto, pero igualmente delicado. No existe una respuesta concreta, y va a depender de la evaluación que realice el tribunal arbitral en el caso concreto.

3. ¿Es más eficiente, en términos de costo y tiempo, establecer tecnologías para el arbitraje? Y de ser así, ¿es más eficiente establecer las tecnologías a usar en el arbitraje antes o luego de iniciado el proceso?

Resulta ser más eficiente, en términos de costo y tiempo, establecer tecnologías para el arbitraje; y se evita que gran parte de la discusión del caso se dedique a establecer qué tecnologías se usarán en el arbitraje, si es que las partes pactan estas tecnologías en el convenio arbitral y no en un momento posterior.

Cabe precisar que la cuestión planteada en esta sección está pensada únicamente respecto de la eficiencia o no, en términos de costo y tiempo, derivada de la implementación de tecnologías en el arbitraje.

Pues bien, la idea que podría rondarnos es que el uso de las tecnologías hace más eficiente al arbitraje. Y ello debido a que las tecnologías nos permiten ahorrar el costo asociado a la impresión, papel, copias, al personal y traslado del documento al lugar de presentación. Asimismo, se evita el tiempo que nos toma imprimir los documentos, ordenarlos, trasladarlos, entre otros.

Pero, ¿esto es cierto? Dependerá del momento y, definitivamente, del caso en concreto.

Como se mencionó en un principio, se recomienda que las partes establezcan detalladamente qué tipo de tecnologías se usarán en los arbitrajes al momento de celebrar el convenio arbitral. Con ello podrá evitarse que gran parte

del arbitraje se enfoque en discutir qué tecnología es mejor para el arbitraje —software, plataforma en la cual se cargarán los documentos, plataforma para audiencias, logística para las audiencias, etc.— y se pierda el enfoque principal: resolver la controversia.

Ahora, si nos encontramos en el supuesto en que las partes han pactado que el arbitraje se llevará mediante el uso de tecnologías pero no se ha establecido cuáles, definitivamente surgirá una discusión al momento de que las partes establezcan las reglas. Y en este caso puede ser que las propuestas de las partes no lleguen a conciliar.

Lo ideal es que las partes y el tribunal arbitral definan conjuntamente qué tecnología es la más eficiente para el caso concreto —y para ello, evaluar factores como quiénes son las partes, quiénes conforman el tribunal arbitral, la materia del caso, la complejidad del mismo, etc.—, porque nadie más que los participantes del arbitraje sabrán qué es lo mejor para que se maneje correctamente el caso¹⁸.

Definitivamente, si las partes no están de acuerdo en qué tecnología en específico se usará para las actuaciones arbitrales, la decisión deberá ser tomada por el tribunal arbitral. Y esta decisión podrá implicar que se use alguna de las propuestas ofrecidas por las partes, o ninguna de ellas acudiendo a una tercera establecida por el árbitro. Cabe precisar que el árbitro tomará una decisión basándose en qué resulta ser lo más eficiente para ambas partes y, en general, para el proceso.

Está claro que el tribunal arbitral no debe aceptar la propuesta de una de las partes que busca la aplicación de una tecnología en específico que genere que el arbitraje sea más oneroso para la otra parte.

Otro caso que podría presentarse —y no esca-

18. Cámara de Comercio Internacional, *Reporte de Tecnologías de Información en el Arbitraje Internacional* (Francia, 2017), 7.

pa nada de la realidad— es si las partes están tramitando el arbitraje de manera presencial y, por circunstancias ajenas, existe la necesidad inmediata de tramitarlo virtualmente. No pensemos tan lejos: lo que sucedió en nuestro país con los arbitrajes por las restricciones dictadas por el Gobierno del Perú, que comenzó a regir a partir del 16 de marzo de 2020¹⁹, por el crecimiento de contagios de la COVID-19.

Aquí los plazos de los arbitrajes quedaron suspendidos automáticamente —todos los centros de arbitraje suspendieron sus plazos porque el personal encargado de la administración ya no podía acudir a las oficinas de trabajo—. En esa línea, ¿las partes debían ceder para que las actuaciones arbitrales se den exclusivamente de manera virtual?

La opción adoptada por algunos centros de arbitraje fue que, en la medida que sus reglamentos de arbitraje permitían las notificaciones por medios electrónicos y la posibilidad de realizar audiencias virtuales, y atendiendo a que en ese momento era imposible efectuar actuaciones presenciales, entonces puedan desarrollarse dichas actuaciones virtual y remotamente.

Ello supone una alternativa bastante interesante para que el arbitraje no se vea perjudicado y que se hizo viable dado que, en algún momento, hubo manifestación de las partes de ser notificadas vía correo electrónico.

Por lo tanto, en términos de costo y tiempo, es más eficiente establecer tecnologías, resultando más conveniente hacerlo antes —es decir, en el convenio arbitral— y no luego, en la medida que este último escenario supondrá que el arbitraje se extienda en exceso y se pierda la discusión principal: la solución de la controversia.

4. ¿Si se presentan problemas en el uso de las tecnologías, podrá dispensarse a las partes de utilizarlas?

En caso se presenten problemas en el uso de una tecnología determinada, el tribunal arbitral, evaluando el caso en concreto, tiene la facultad de dar instrucciones a las partes sobre el uso alternativo de una herramienta tecnológica para que sigan funcionando las actuaciones arbitrales virtuales.

Ello implica que a pesar de que sea una tecnología determinada pactada por las partes, el tribunal arbitral deberá velar por la eficiencia del arbitraje, y previa consulta a las partes, tomar la decisión sobre qué alternativa de herramienta tecnológica será la adecuada para el proceso.

Pero, ¿cambiaría el escenario si el problema estuviera relacionado a los costos en el uso de la tecnología convenida por las partes? Es decir, ¿qué sucede si las partes de un contrato han pactado el uso de una tecnología determinada que para una parte no supone un mayor costo —porque ya lo ha implementado en su uso diario—, mientras que para la otra parte implica un costo elevado por la adquisición del *software* y costo de implementación y aprendizaje?

En principio, podríamos considerar que esta parte no podría desconocer la tecnología que ha pactado en el convenio arbitral. Pero, ¿en todos los casos será así? La respuesta va a depender del caso en concreto en el que nos encontremos.

Por ejemplo, la decisión de continuar o no usando la tecnología, dependerá si el contrato es un contrato libremente firmado, donde ha habido una negociación ardua y extensa de las partes, o si nos encontramos frente a un contrato donde las partes no se hayan encontrado en igualdad para establecer las condiciones contractuales. Un claro ejemplo de esto último es el poco poder de negociación que existe en las contrataciones con el Estado, en donde el proveedor o contratista recibe un contrato modelo establecido por la entidad pública que debe ser

19. Medida dictada por el gobierno peruano a través del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM del 15 de marzo de 2020.

firmado, de lo contrario recaería en responsabilidad por haber obtenido la buena pro y no haber firmado el contrato correspondiente.

Entonces, existen un sinfín de problemas que se pueden presentar —y se presentarán— con el uso de las tecnologías en el arbitraje. Una vez más, cada uno se irá resolviendo en cada caso concreto.

5. ¿El tribunal arbitral puede establecer sanciones relacionadas a las actuaciones de las partes y el uso de tecnologías?

Aunque todavía no sea una práctica común —en la medida que es reciente la implementación obligatoria de las tecnologías en el arbitraje—, el tribunal arbitral tiene la facultad de sancionar a una de las partes si no está cooperando para que el arbitraje se encamine con el uso de las tecnologías.

Al ser el arbitraje un mecanismo de solución de conflictos que nace del consenso, se espera que las partes se desenvuelvan correctamente en el desarrollo del proceso.

Entonces, ¿qué sucede si una parte propone y exige constantemente que se apliquen unas herramientas tecnológicas que son bastante onerosas para el proceso, la contraparte e incluso para el tribunal arbitral? Si bien dependerá del caso concreto —porque podría darse que el caso sea tan complejo que amerite el uso de esa tecnología en específico—, consideremos que es una conducta que no se adecúa dentro de lo que se espera de las partes; por tanto, el tribunal arbitral podría sancionar a esta parte.

Otro escenario que podría suceder es que las partes hayan establecido en su convenio arbitral que las actuaciones arbitrales se realicen

virtualmente, y luego, al momento de establecer las reglas, una de ellas sea reacia o formule una serie de objeciones que alarguen la decisión respecto de qué tecnología se va a implementar en el arbitraje. Esta conducta tampoco es adecuada para lo que se busca en un proceso arbitral.

Sea cual fuese el escenario, el tribunal arbitral tiene la posibilidad y facultad de sancionar a las partes debido a que una de ellas se está desenvolviendo de manera incorrecta, dado que, en los arbitrajes, las partes deben actuar de buena fe a lo largo del proceso y colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del mismo.²⁰

6. Al momento de designar al árbitro, ¿la parte deberá tomar en cuenta si éste se encuentra familiarizado con el uso de las tecnologías pactadas?

A fin de que un arbitraje sea llevado a cabo de manera eficiente, en términos de costo y tiempo, no solo las partes deben entender el uso de las tecnologías que han convenido, sino también los agentes que resolverán la controversia, por lo que es importante que la parte, dentro de las evaluaciones que realice sobre designar o no a un árbitro, verifique que éste al menos tenga una noción básica del funcionamiento de la tecnología pactada.

Para ello, es importante que, previamente a la designación del árbitro, la parte consulte con el posible árbitro a designar si éste se encuentra familiarizado con las herramientas tecnológicas convenidas.²¹

En este nuevo contexto surge la duda de si un árbitro, además de revelar sobre la imparcialidad e independencia, debe declarar si se encuentra familiarizado con el manejo del arbitraje con las

-
20. Artículo 38 de la Ley de Arbitraje: *“Las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje.”*
 21. Cámara de Comercio Internacional, *Reporte de Tecnologías de Información en el Arbitraje Internacional* (Francia, 2017), 6.

tecnologías convenidas por las partes. Al respecto, no hay una exigencia legal que obligue a los árbitros a revelar en el arbitraje si se encuentra familiarizado o no con una herramienta tecnológica en específico, en la medida que la obligación recae únicamente en la revelación de circunstancias que pudieran generar dudas sobre la imparcialidad e independencia de un árbitro²².

Tampoco una parte podría recusar a un árbitro por no conocer o estar familiarizado con la herramienta tecnológica pactada en el convenio arbitral, dado que no se trata de una cualidad del árbitro.

Sin perjuicio de ello, podría darse el caso que las partes expresamente establezcan en el convenio arbitral que el árbitro a designar deba conocer sobre la herramienta tecnológica pactada. Únicamente en este escenario, al tratarse de una exigencia convenida por las partes sobre una cualidad con la que debe contar el árbitro, cualquiera de las partes tendría la posibilidad de cuestionar la designación de un árbitro si es que éste no se encuentra familiarizado con las tecnologías pactada por las partes²³.

Por lo tanto, cualquiera de las partes, al momento de designar a un árbitro, debe considerar que éste maneje, al menos en lo básico, la tecnología pactada para que el arbitraje sea más eficiente.

7. ¿Se ha generado un nuevo derecho de las partes en el arbitraje de “testear” la conectividad, audio y video antes de las audiencias? ¿Qué sucede si se le niega esta solicitud a una parte?

Otra cuestión que surge es si las partes pueden solicitar al tribunal arbitral, previamente a una audiencia, que exista una prueba —“testeo”— de su conectividad, o del uso de su micrófono o cámara de video antes de llevar a cabo una audiencia, con la finalidad de que esa parte se cerciore que cuenta con los requisitos técnicos mínimos para que pueda desenvolverse correctamente en una audiencia y que el tribunal arbitral pueda entender con claridad su posición.

¿El tribunal está obligado a acceder a este pedido o podría dispensar de ello y directamente realizar la audiencia? Es una cuestión que resuena en el supuesto que las partes hayan pactado el uso de las tecnologías y audiencias virtuales.

Ello, porque estamos frente a un pedido que implica que la parte se sienta con la seguridad de que su derecho de defensa no se va a ver mermado por un tema técnico y que puede ser solucionado detectándose a tiempo.

Por ejemplo, el Protocolo de Seúl exige, dentro de las buenas prácticas que deben existir para la videoconferencia o audiencia virtuales, que previamente a la videoconferencia se permita a las partes tener dos pruebas: una, antes de la audiencia; y otra, inmediatamente antes de la videoconferencia²⁴, con la finalidad que el tribunal arbitral se cerciore de que no existe ningún problema para que las partes —o las pruebas que se actuarán, como una pericia o una declaración— hagan valer sus derechos. La misma recomendación del *testing* previo a la audiencia es brindada en el Reporte CCI.²⁵

-
22. Artículo 28, numeral 1 de la Ley de Arbitraje: *“Todo árbitro debe ser y permanecer, durante el arbitraje, independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.”*
23. Artículo 28, numeral 3 de la Ley de Arbitraje: *“Un árbitro solo podrá ser recusado si concurren en él, circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, así como no poseer las calificaciones convenidas por las partes o las establecidas por el reglamento de la institución arbitral o las exigidas por la ley.”*
24. Artículo 6 del Protocolo de Seúl.
25. Cámara de Comercio Internacional, *Reporte de Tecnologías de Información en el Arbitraje Internacional* (Francia, 2017), 16.

Aunque parezca un poco exagerado, ante la negativa del tribunal arbitral de realizar una reunión de prueba para verificar que las partes no tienen ningún inconveniente con el cumplimiento de los requisitos técnicos mínimos, la parte podría activar su derecho a acudir a la instancia judicial en vía de anulación por no poder hacer valer sus derechos.²⁶ Efectivamente, el tribunal arbitral tiene que asegurar que el uso de las tecnologías no interfiera con el tratamiento igualitario de las partes.²⁷

Por lo tanto, el uso de las tecnologías en el arbitraje ha “generado” un derecho de las partes de cerciorarse que cumplen con los requerimientos técnicos mínimos para que su posición pueda transmitirse al tribunal arbitral sin inconvenientes.

IV. CONCLUSIÓN

El arbitraje ha ido adaptándose a las nuevas circunstancias. Primero, ha ido flexibilizándose, separándose de la manera rigurosa de cómo el poder judicial maneja sus procesos.

Luego, continuando con el proceso evolutivo, el arbitraje ha logrado incorporar figuras como la confirmación de árbitros, el arbitraje de emergencia, las Reglas de la IBA, las Reglas de Praga,

el arbitraje acelerado, entre otros.

El arbitraje ha tenido que “remasterizarse”, principalmente por la llegada de la pandemia de enfermedad originada por la COVID-19, teniendo que implementar, como uso obligatorio, herramientas de la tecnología. De esa manera, la tecnología pasó de ser la excepción a ser la regla general en un arbitraje.

La implementación de la tecnología en las actuaciones arbitrales supone que se genere una serie de situaciones y cuestiones que son nuevas y a las cuales los usuarios del arbitraje —abogados, árbitros, partes del litigio, secretarios arbitrales, etc.— se van a tener que enfrentar en adelante. En este trabajo se ha tratado de revisar algunos —de los muchos— incidentes que pudieran presentarse.

Es importante recordar que las partes son pieza clave para que las tecnologías puedan implementarse y desarrollarse sin inconvenientes, y el tribunal arbitral será, como siempre, quien tenga la última decisión sobre qué es lo más conveniente para que las tecnologías funcionen en un arbitraje y puedan superarse los incidentes que vayan apareciendo en el camino. Al final, es un costo que debemos asumir por la “remasterización” del arbitraje.

26. Artículo 63, numeral 1, inciso b) de la Ley de Arbitraje.

27. Cámara de Comercio Internacional, *Reporte de Tecnologías de Información en el Arbitraje Internacional* (Francia, 2017), 7.

La naturaleza de los aplicativos de movilidad



MAYRA ALEJANDRA DE LA ROSA CARRILLO

Abogada por la Universidad de Lima.
Máster en Derecho (LLM) y Maestría en Ciencias (MSc) por la
Queen Mary University of London.
Miembro Asociado de ADV Editores - Revista **ADVOCATUS**.

El presente artículo fue recibido por el Comité Editorial con fecha 4 de agosto de 2020.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Pronunciamientos de INDECOPI respecto a la naturaleza de los aplicativos de movilidad.
 1. Oficio N° 888-2013-MML/GTU.
 2. Ordenanza N° 1684-MML.
 3. La revisión de la publicidad difundida por las empresas operantes en el mercado.
- III. De las relaciones jurídicas existentes.
 1. Relación jurídica 1: Aplicativo – Usuario Conductor.
 2. Relación jurídica 2: Aplicativo – Usuario Pasajero.
 3. Relación jurídica 3: Usuario Conductor – Usuario Pasajero.
- IV. Conclusiones.

RESUMEN:

Los aplicativos de movilidad son un fenómeno reciente en el Perú que ha causado una revolución en la concepción de las relaciones jurídicas entre consumidor y proveedor. La autora analiza las resoluciones de la autoridad competente respecto de la naturaleza de estos aplicativos de forma que se pueda descubrir su posicionamiento dentro del ordenamiento jurídico peruano.

Palabras clave: aplicativos de movilidad, taxi, derecho del consumidor, INDECOP, transporte.

ABSTRACT:

Ride-hailing apps are a recent phenomenon in Peru that have caused a revolution in the legal conception of the relationship between consumer and provider. The author analyzes the competent authority's rulings regarding their nature, so that their positioning inside the legal system can be discovered.

Keywords: ride-hailing apps, taxi, consumer protection, INDECOP, transportation.

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace más de 5 años, los peruanos hemos experimentado una nueva forma de satisfacer nuestras necesidades de movilidad haciendo solo un clic desde nuestros celulares o *smartphones*. Nos encontramos conviviendo diariamente con plataformas cuya finalidad es poder optimizar nuestro tiempo, promover la interconectividad y mejorar la experiencia del usuario, *versus* el servicio tradicional. La interrogante que surge entonces es: ¿cómo han sido categorizados los aplicativos de movilidad dentro del actual sistema jurídico?

II. PRONUNCIAMIENTOS DE INDECOP RESPECTO A LA NATURALEZA DE LOS APLICATIVOS DE MOVILIDAD

Con la llegada de los aplicativos de movilidad,

se inició un nuevo modelo de negocio y a su vez una nueva forma de satisfacer la demanda de movilidad de los peruanos. Esta nueva dinámica económica no fue ajena ni a los consumidores, quienes cada vez demandaban más estos servicios, ni al organismo encargado de velar por los derechos de los consumidores.

En ese sentido, la Secretaría Técnica de la Comisión de Competencia Desleal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual —INDECOP; en adelante, la “Secretaría”—, determinó desde el año 2013 abrir varios procedimientos administrativos sancionadores contra algunas de las empresas de aplicativos de movilidad operantes en el mercado peruano en ese momento¹ por presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño y violación de normas².

1. *Cfr.* Expediente de Supervisión N° 051-2014/GSF correspondiente a la empresa Easy Taxi Perú S.A.C; Expediente de Supervisión N° 072-2014/GSF correspondiente a la empresa Maxi Mobility Perú S.A.C.; Expediente de Supervisión N° 073-2014/GSF correspondiente a la empresa SPE S.A.C.; Expediente de Supervisión N° 051-2014/GSF correspondiente a la empresa AutoTaxi Satelital S.A.C.
2. Los artículos 8 y 14 del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal disponen lo siguiente:

Artículo 8.- Actos de engaño.-

8.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos

(Continúa en siguiente página)

Lo anterior con la finalidad de determinar su naturaleza; por cuanto, para criterio de la Secretaría, estas empresas estaban inobservando los permisos habilitantes para el desarrollo de la actividad de “taxi”; y a la par brindaban información engañosa a los consumidores, pues públicamente se identificaban como “empresas de taxi” cuando realmente operan como plataformas digitales.

La Secretaría sustentó la apertura del inicio del procedimiento sancionador de oficio contra estas empresas a través de los siguientes argumentos:

1. Oficio N° 888-2013-MML/GTU.

El Oficio N° 888-2013-MML/GTU —en adelante, el “Oficio”— proveniente de la Gerencia de Transporte Urbano de la Municipalidad Metropolitana de Lima, que principalmente menciona lo siguiente:

“(...) la Ordenanza No. 1684-MML prescribe que la autorización de servicio es el título habilitante que autoriza a una persona natural o jurídica para la prestación del servicio de taxi en Lima Metropolitana bajo la modalidad de Taxi Independiente, Taxi Estación o Taxi Remisse. Asimismo, dicha norma también dispone que todo vehículo del servi-

cio de taxi deberá contar con su respectiva Tarjeta Única de Circulación emitido por la Gerencia de Transporte Urbano de la Municipalidad Metropolitana de Lima (GTU).” —El subrayado es nuestro—.

2. Ordenanza N° 1684-MML.

La Ordenanza N° 1684-MML, Ordenanza que regula la prestación del Servicio de Taxi en Lima Metropolitana —en adelante, la “Ordenanza”—, que principalmente indica lo siguiente:

“25. Servicio de Taxi: Es el servicio de transporte público especial de personas de ámbito provincial prestado en vehículos de la categoría vehicular M1 conforme con la clasificación establecida en el RNV, que tiene por objeto la movilización de personas desde un punto de origen hasta uno de destino señalado por quien lo contrata, de forma individual y por la capacidad total del vehículo. El servicio de taxi se caracteriza por su no sujeción a rutas, itinerarios y horarios. (...)”. —El subrayado es nuestro—.

Al respecto es importante señalar que en el año 2013, la Municipalidad Metropolitana de Lima a través del Oficio y la Ordenanza estaba efectivamente facultada para solicitar ambas autorizaciones: (a) la autorización habilitante y

pone a disposición en el mercado; o inducir a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

(...)

8.3.- La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante.

8.4.- En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje.

Artículo 14.- Actos de violación de normas.-

14.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, valerse en el mercado de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas. A fin de determinar la existencia de una ventaja significativa se evaluará la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de normas.

14.2.- La infracción de normas imperativas quedará acreditada:

(...)

b) Cuando la persona concurrente obligada a contar con autorizaciones, contratos o títulos que se requieren obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial, no acredite documentalmente su tenencia. En caso sea necesario, la autoridad requerirá a la autoridad competente un informe con el fin de evaluar la existencia o no de la autorización correspondiente.

(b) la tarjeta única de circulación. No obstante lo anterior, esta facultad se encontraba estrictamente vinculada a empresas cuyo giro de negocio o actividad principal sea la prestación de servicio de transporte privado de pasajeros en la modalidad de “taxi”. Partiendo de esta premisa, resulta conveniente señalar que los servicios brindados a través de los aplicativos de movilidad no se vinculan en absoluto a servicios de taxi en ninguna de sus categorías —independiente, estación o *remisse*—.

De hecho, este fue uno de los principales argumentos de defensa de más de una de las empresas de aplicativo de movilidad aduciendo que:

“(...) de conformidad con la Ordenanza que regula la prestación del servicio de taxi en Lima Metropolitana, el contrato de transporte de taxi vincularía a los usuarios del servicio con los prestadores de dicho servicio y no se establecería que la empresa que intermedia la demanda y la oferta del servicio de taxi y que permite interconectar a usuarios y taxistas prestadores del servicio, forme parte del contrato de transporte de taxi y/o que dicha empresa intermediadora se encontraría obligada a obtener algún tipo de habilitación especial por parte de la Municipalidad de Lima y/o que las autorizaciones de los vehículos (las Tarjetas Únicas de Circulación) debieran ser emitidas a nombre de la empresa intermediador (...).”³

—El subrayado es nuestro—.

Los aplicativos de movilidad no son más que plataformas diseñadas con el propósito que los usuarios puedan acceder a servicios en forma automatizada y optimizando tiempo. Dicho esto, a través de la tecnología, permiten fungir de intermediarios del sistema de transporte privado de pasajeros de forma tal que un usuario pasajero pueda conocer en forma anticipada el precio, la ruta, las características del vehículo y

los datos de quien lo recogerá para movilizarse de un punto A hacia un punto B.

Finalmente, parte de los argumentos de las empresas de aplicativos de movilidad fiscalizadas fue evidenciar la redacción del objeto social incluido en sus estatutos, los cuales no se encontraban relacionados a una empresa de transporte pues; como reiteramos, los aplicativos de movilidad usan la tecnología para interconectar demanda y oferta de transporte, mas no se crearon con el propósito de ofrecer servicios de transporte *per se*, sea en forma pública o privada.

3. La revisión de la publicidad difundida por las empresas operantes en el mercado.

En segundo lugar, respecto al argumento planteado por la Secretaría señalando que la publicidad podría llegar a suponer que los servicios corresponden a “taxi”, debemos señalar que esto no sería correcto por cuanto, como bien lo ha indicado INDECOPI en sus lineamientos sobre competencia desleal y publicidad comercial, la publicidad deberá interpretarse en forma integral y superficial, no considerando interpretaciones alambicadas o que no formen parte de un análisis general de un consumidor razonable.⁴

Por lo tanto, si las empresas de aplicativos de movilidad difunden sus servicios utilizando palabras tales como “conectan”, “intermedian”, “fun-gen”, “facilitan”, “median”, “canalizan”, entre otros términos, la solicitud de servicios de transporte entre pasajeros y conductores, ¿por qué habría que vincularla a una actividad que ciertamente no realizan? ¿Por qué esta conducta podría ser categorizada como un acto de engaño?

La finalidad del artículo 8 —actos de engaño— de la Ley de Represión de la Competencia Desleal es proteger a los consumidores de

3. Resolución N° 100-2015-CD1-INDECOPI, 12.

4. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, *Lineamientos sobre competencia desleal y publicidad comercial* (Lima: INDECOPI, 2018), 12.

la asimetría informativa en que se encuentran dentro del mercado con relación a los proveedores de bienes y servicios, quienes debido a su experiencia en el mercado han adquirido y utilizan, de mejor manera, la información relevante sobre las características de los servicios y productos que ofrecen.

Ahora bien, la razón tras del uso de las palabras antes descritas por parte de las empresas de aplicativos de movilidad es justamente disociar el supuesto vínculo como empresa de transporte; pues, nuevamente, estamos frente a un modelo de negocio disruptivo⁵ el cual no obliga a las empresas a contar con una flota de autos, conductores en planilla o rutas asignadas de transporte precisamente por eso, porque no fueron constituidas como empresas de transporte y claramente no es ese mensaje el que desean brindar las empresas dedicadas a esta nueva industria.

En los casos materia de análisis, la Secretaría ha cuestionado inclusive la forma de comunicar la prestación del servicio, como si fuera inviable dar a conocer las ventajas o beneficios del servicio mediante el aplicativo *versus* el servicio de transporte tradicional sin trastocar nuevamente su cuestionamiento como “empresa de taxi”.

Pues bien, es importante resaltar lo siguiente: la forma como se realiza la comunicación de un servicio o sus ventajas, siempre que esta información sea objetiva, clara, verídica y no induzca a error respecto a lo que se ofrece, no debería ser debatida, sino mas bien entendida —y de ser necesario, previa colaboración de la industria a la cual se está fiscalizando—.

“Pedir un taxi nunca ha sido tan fácil. Con nuestra App para iOS y Android puedes llamar

a un taxi desde cualquier lugar de la ciudad y ver el recorrido mientras nuestro taxi llega a tu ubicación.” “Conectamos al taxista directamente con el pasajero!” “NO SOMOS UNA CENTRAL, somos un sistema que conecta al pasajero de manera directa con el taxista. Esto resulta ser un servicio más rápido para el pasajero y para que todos los taxistas cerca del pasajero puedan atender un servicio. (...).”⁶

Adicionalmente a lo anteriormente expuesto, la Secretaría debe comprender que los “Términos y Condiciones” establecidos en las páginas web o bien en los mismos aplicativos de las empresas fungen de contratos entre las personas que descargan el programa y aceptan las cláusulas, convirtiéndose así en usuarios conductores y usuarios pasajeros. Por consiguiente, quienes usan el aplicativo móvil son informados previa e inequívocamente antes de la prestación del servicio, conociendo de antemano los derechos y obligaciones que enmarcan esa relación contractual.

Es por esta razón que mediante las Resoluciones N° 099-2015/CD1-INDECOPI, 074-2015/CD1-INDECOPI, 075-2015/CD1-INDECOPI y 100-2015-CD1-INDECOPI, la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal N° 1 de INDECOPI rechazó los argumentos 1, 2 y 3 descritos anteriormente y señalados por la Secretaría en contra las empresas de aplicativo de movilidad⁷ declarando infundadas las imputaciones establecidas de oficio por presunta comisión de actos de competencia desleal en las modalidades en engaño e infracción de normas supuestos exemplificados en los artículos 8 y el literal b) del numeral 14.2 del artículo 14 del Decreto Legislativo 1044 —Ley de Represión de la Competencia Desleal—.

5. Enrique de la Puerta, «El diseño de modelo de negocio disruptivo», *Business Review* 289 (2019), <https://www.harvard-deusto.com/modelos-de-negocio-disruptivos>.

Thomson Reuters, «Cinco tecnologías disruptivas que cambiarán los modelos de negocio», *Thomson Reuters*, 2020, https://www.thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-fiscales-contables_gestion/blog-empresas/cinco-tecnologias-disruptivas-que-cambiaran-los-modelos-de-negocio.html.

6. Resolución N° 099-2015/CD1-INDECOPI, 13.

El pronunciamiento unánime de INDECOPI recaído en cuatro resoluciones sucesivas en el año 2015 no hace sino más que reafirmar un entendimiento sobre la naturaleza de este tipo de industria, la cual corresponde a un modelo disruptivo de negocio⁸ que nace por medio de la tecnología y que viene satisfaciendo la demanda de millones de usuarios alrededor del mundo. Una posición disímil a la tomada por INDECOPI hubiera significado un aumento en los costos de transacción debido a la imposición de barreras de acceso al mercado y por supuesto un cambio crucial en el ADN de estas empresas, además de otros varios aplicativos operantes a nivel local los cuales tendrían que buscar forzadamente “encasillarse” en un tipo de industria ya existente —transporte, por ejemplo—, cuando se encuentran forjando una propia.

III. DE LAS RELACIONES JURÍDICAS EXISTENTES

Finalmente, es importante hacer referencia a que desde que se solicita un servicio por intermedio del aplicativo hasta que se llega al destino final, nos encontramos frente a tres relaciones jurídicas diferentes e independientes entre sí, las cuales se detallan a continuación:

1. Relación jurídica 1: aplicativo – usuario conductor.

Es una relación jurídica de naturaleza civil que se entabla en virtud a los términos y condiciones celebrados entre ambas partes. Esto es, el usuario conductor accede a una aplicación que le permite —a través de un teléfono celular o móvil— recibir solicitudes de servicio de transporte de los usuarios pasajeros afiliados a dicha aplicación, procediendo a realizar el servicio si acepta libremente la solicitud antes descrita, fungiendo la empresa de aplicativo móvil de intermediario.

2. Relación jurídica 2: aplicativo – usuario pasajero.

Es una relación jurídica de consumo que se entabla en virtud a los términos y condiciones celebradas entre ambas partes. En virtud a las disposiciones mencionadas en los términos y condiciones, el usuario pasajero accede a una aplicación que le permite, a través de un teléfono celular o móvil, enviar solicitudes de servicio de transporte de los usuarios conductores afiliados a dicha aplicación, a efectos que estos últimos las acepten y les brinden libremente el servicio, fungiendo la empresa de aplicativo móvil de intermediario.

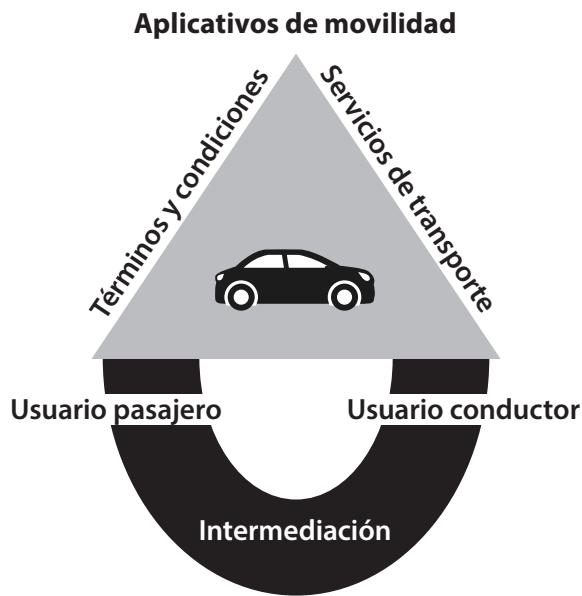
3. Relación jurídica 3: usuario conductor – usuario pasajero.

Es una relación jurídica de consumo que se entabla entre ambas partes, completamente independiente a las relaciones jurídicas antes descritas. En virtud a esta relación jurídica, el usuario conductor presta el servicio efectivo de transporte terrestre al usuario pasajero a cambio de un precio determinado previamente indicado en el aplicativo.

Entonces, no existe una obligación legal ni reglamentaria que exija a las compañías del gremio de *ride-hailing apps* contar con títulos habilitantes por cuando su actividad principal y ordinaria no es brindar los servicios que realiza una “empresa de taxi”. Además, los usuarios conductores no laboran para las empresas de aplicativo de movilidad. Ninguna empresa de aplicativo móvil contrata conductores ni usuarios conductores ni tiene relación laboral o de dependencia con ninguno de ellos. Por el contrario, ellos son usuarios de las aplicaciones al igual que los usuarios pasajeros, quienes tienen relaciones independientes entre sí y con las empresas de aplicativos.

7. *Ibid.*, 1.

8. *Ibid.*, 5.



IV. CONCLUSIONES

Los aplicativos de movilidad llegaron para quedarse, no solo en Perú, sino en el mundo. Vivimos una revolución tecnológica que no se

detendrá; sino que por el contrario continuará desarrollando nuevas formas de intercambiar productos y servicios, motivo por el cual es imprescindible encontrar un entendimiento adecuado sobre la naturaleza de esta industria.

Como hemos observado en el análisis precedente, los modelos de negocio disruptivos se originan desde el año 2000 con el propósito de realizar una transformación digital sobre modelos tradicionales, por lo que no estamos refiriéndonos a un mismo tipo de sector. Mientras que las "empresas de taxi" dirigen las rutas y conductores, los aplicativos de movilidad intermedian eficientemente ese servicio, otorgando libertad a sus usuarios respecto al vehículo, conductor, ruta y clase de servicio a ofertar.

La adaptación y el replanteamiento por parte de las entidades de gobierno encargadas de su supervisión y los *policy makers*, serán palabras claves para el desarrollo de una adecuada convivencia de la industria y los usuarios de los aplicativos, que incrementan día a día.

Preguntas y respuestas varias sobre la protección de datos personales en el Perú



EDUARDO JAVIER LUNA CERVANTES

Abogado por la Universidad de Lima.

Máster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Diplomado en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid.

Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Lima.

Director General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú.

Ex Jefe del Programa de Ética Pública y Prevención de la Corrupción en la Defensoría del Pueblo del Perú.

SUMARIO:

- I. **¿Dónde estamos?**
- II. **¿Qué se protege?**
- III. **¿Cómo se protege?**
- IV. **¿Hacia dónde vamos?**



RESUMEN:

Este pretende ser un artículo informativo. Si se quiere, una aproximación a la cuestión de la protección de datos personales en el Perú, a finales de esta década que concluye. Lo ofrezco a partir de una libre asociación de ideas que concateno a modo de preguntas y respuestas, las cuales fluyen, si no de la experiencia de la función pública que desempeño en la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, sí, de seguro, de la reflexión académica que mi quehacer profesional suscita. Un telón que abre un escenario desde el cual siempre es más cómodo escribir y autoidentificarse.

Palabras clave: protección de datos, Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, Ley de Protección de Datos Personales, procedimiento trilateral de tutela, procedimientos sancionadores.

ABSTRACT:

This is intended to be an informative article. If desired, an approach to the issue of personal data protection in Peru, at the end of this decade that is concluding. I offer this from a free association of ideas that I connected as questions and answers, which came, if not, from my professional experience in the public function that I perform in the National Authority of Personal Data Protection of the Ministry of Justice and Human Rights; for sure, from the academic reflection that comes from my professional expertise. A curtain that opens a stage from which it is always more comfortable to write and self-identify.

Keywords: data protection, National Authority of Personal Data Protection, Law of Personal Data Protection, trilateral guardianship proceeding, sanctioning procedures.

I. ¿DÓNDE ESTAMOS?

La protección de los datos personales en el Perú no es reciente, si nos referimos a la normativa y a la institucionalidad que ella ha generado. La Ley de Protección de Datos Personales, Ley 29733 —en adelante, “LPDP”—, data del año 2011, aunque entrara en vigencia plena recién el 2013.¹ Fue modificada significativamente en el 2017 con el Decreto Legislativo 1353. La Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales —en adelante, “ANPD”— entró en operaciones ese mismo año.

Sin embargo, lo que creo que sí es reciente en el país es la conciencia social y de las corpora-

ciones públicas y privadas de lo que implica la protección de datos personales. Y esto se ha generado por una suma de factores: la marcada universalización de la legislación de protección de datos personales en las democracias modernas, donde la aprobación y vigencia del Reglamento Europeo de Protección de Datos Personales, es el hito más notorio y significativo en los últimos años²; la consecuente incorporación en las organizaciones de buenas prácticas o *benchmarking* en esta materia, exigencia de casas matrices que operan a nivel mundial y hacen del seguimiento de ellas estándares de excelencia; la conciencia por el valor económico de los datos personales, que hoy en día sustentan exitosos modelos de negocio³; los riesgos

1. Conforme a la Duodécima Disposición Complementaria Final de la LPDP, su vigencia plena se dio a los 30 días hábiles de publicado el reglamento, el mismo que se publicó el 22 de marzo de 2013, a través del Decreto Supremo N° 003-2013-JUS que lo aprobó.
2. Vigente desde el 25 de mayo de 2018, establece normas de protección de datos para Europa. Se aplica a todas las empresas que tratan datos personales sobre personas en la Unión Europea, independientemente de dónde tienen su sede.
3. Sobre ello, es ilustrativa la nota “*El valor de los datos personales: entre 4 y 18 euros al mes, o más*” de Economía Digital.

«El valor de los datos personales: entre 4 y 18 euros al mes, o más», Economía Digital, acceso el 16 de enero de 2020, https://www.economiadigital.es/tecnologia-y-tendencias/el-valor-de-los-datos-personales-entre-4-y-18-euros-al-mes-o-mas_633605_102.html.

generados a la seguridad e integridad de las personas —especialmente de niños y adolescentes—, como consecuencia de la interacción descuidada en las redes sociales; el daño a la imagen corporativa producida por brechas de seguridad que exponen y filtran datos de ciudadanos y clientes⁴; y, por qué no escribirlo, la creciente fiscalización que vienen realizando agencias de protección de datos en el mundo entero, incluida la peruana.⁵

II. ¿QUÉ SE PROTEGE?

Se protege derechos. Y es importante destacarlo desde el inicio. Desde la norma y la institución que ella genera —la ANPD— se pretende proteger, defender, garantizar y promover los denominados derechos de protección de datos personales o, como se les conoce también en doctrina, el derecho a la autodeterminación informativa. Así, toda fiscalización realizada, procedimiento incoado, sanción administrativa aplicada, charla informativa brindada, cam-

paña de sensibilización ejecutada, medida de seguridad o inscripción de bancos de datos personales exigida, desde la ANPD, tiene como propósito la defensa del derecho fundamental reconocido en el artículo 2, inciso 6, de la Constitución Política⁶, cuyo contenido se configura también por el artículo 61 del Código Procesal Constitucional, Ley 28237⁷ y, por supuesto, por los derechos reconocidos en la propia norma sustantiva, la citada LPDP⁸.

Esta perspectiva es fundamental, si se aborda la cuestión desde lo público. Aquí, no se trata de superar una barrera burocrática más, de cumplir con el ritualismo administrativo necesario para echar a andar un negocio, de sortear de la mejor forma posible la acción del Estado cuando este ejerce su *ius puniendi*, o de implementar en la organización propia una serie de medidas “de moda” para obtener un *International Organization for Standardization*-ISO de eficiencia y ganar prestigio corporativo. No; o al menos no es sólo eso, ni mucho menos. Se trata de garan-

-
4. Hay una vinculación directa entre vulnerabilidad en la seguridad de la información y el valor en el mercado de la corporación que la padece.

«Alerta por ciberataque a gigante de aluminio», El Sol de México, acceso el 16 de enero de 2020, <https://www.elsoldemexico.com.mx/mundo/alerta-por-ciberataque-a-gigante-de-aluminio-3207817.html>.

5. Sólo en el año 2019, la ANPD realizó 304 visitas de fiscalización a 209 entidades. Se iniciaron en el mismo periodo 126 procedimientos administrativos sancionadores por infracciones a la LPDP. A decir de la información de la Autoridad —Informe N° 01-2020-JUS/DGTAIPD—, se aprecia un incremento del 10%, en promedio, de las acciones realizadas respecto del año 2018. La tendencia es creciente año a año.
6. “Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:
 (...)
 6) A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.”
7. “Artículo 61.- Derechos protegidos
 El hábeas data procede en defensa de los derechos constitucionales reconocidos por los incisos 5) y 6) del artículo 2 de la Constitución. En consecuencia, toda persona puede acudir a dicho proceso para:
 (...)
 2) Conocer, actualizar, incluir y suprimir o rectificar la información o datos referidos a su persona que se encuentren almacenados o registrados en forma manual, mecánica o informática, en archivos, bancos de datos o registros de entidades públicas o de instituciones privadas que brinden servicio o acceso a terceros. Asimismo, a hacer suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales.”
8. Los derechos del titular de datos personales están reconocidos en el Título III de la LPDP. Específicamente, en los artículos 18 —derecho de información—, 19 —derecho de acceso—, 20 —derecho de actualización, inclusión, rectificación y supresión—, 21 —derecho a impedir el suministro—, 22 —derecho de oposición—, 22 —derecho al tratamiento objetivo—, 23 —derecho a la tutela— y 24 —derecho a ser indemnizado—.

tizar y proteger derechos. Y toda acción u omisión pública y privada en esta materia se juzga bajo esta lógica.

¿Y qué es lo que en específico se procura garantizar y proteger? Que cuando un actor público o privado se ocupe de nuestros datos personales —realice un tratamiento de ellos, si usamos el argot normativo— lo haga respetando una serie de principios y reglas. Simplificando el lenguaje, señalaríamos: (a) si va a exponerlos, lo haga con fidelidad, sin distorsionar las situaciones que los vinculan a ciertos hechos, y hasta donde sea lícito y razonable hacerlo; (b) si va a usarlos, que lo haga con mi consentimiento, de manera proporcional y para la finalidad declarada y conocida por mí; (c) si va a transferirlos, que me haga conocer a dónde y a quiénes; (d) si va a almacenarlos y procesarlos, que lo haga con seguridad y siempre informándome de ello y a la autoridad competente; y, (e) si va a hacer cualquiera de las acciones anteriores —y muchas más que el lenguaje simplificado no permite listar—, inobservando las prescripciones legales previstas y, por ende, mis derechos, pueda yo acudir a una autoridad competente para que se encargue del asunto y enmiende la situación.

Luego de estas nociones preliminares, ya cobra más sentido invocar el concepto de dato personal y de dato sensible. De acuerdo con el artículo 2, numeral 4, de la LPDP, se entiende por datos personales a toda información sobre una persona natural que la identifica o la hace identificable a través de medios que pueden ser razonablemente utilizados. Por su parte, los datos sensibles —artículo 2, numeral 5—, son aquellos datos personales constituidos por los datos biométricos que por sí mismos pueden identificar al titular; datos referidos al origen racial y étnico; ingresos económicos; opiniones o convicciones políticas, religiosas, filosóficas o morales; afiliación sindical; e información relacionada a la salud o a la vida sexual.

Es la posibilidad de tener dominio sobre mis datos personales, incluidos los datos sensibles, lo que me confiere, como persona, la autodeterminación informativa.⁹ Una autodeterminación que, en esta era digital y de la información, con una comunidad global que interactúa continuamente, casi resulta una quimera; considerando también los límites materiales y excepciones a este derecho, muchas veces representados por otras libertades o bienes jurídicos igualmente fundamentales para nosotros.

-
9. A este respecto es pertinente la distinción que hace el Tribunal Constitucional del derecho a la autodeterminación informativa con otros derechos relacionados; así, entiende que: *"El derecho reconocido en el inciso 6) del artículo 2º de la Constitución es denominado por la doctrina derecho a la autodeterminación informativa y tiene por objeto proteger la intimidad, personal o familiar, la imagen y la identidad frente al peligro que representa el uso y la eventual manipulación de los datos a través de los ordenadores electrónicos. Por otro lado, aunque su objeto sea la protección de la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa no puede identificarse con el derecho a la intimidad, personal o familiar, reconocido, a su vez, por el inciso 7) del mismo artículo 2º de la Constitución. Ello se debe a que mientras que este protege el derecho a la vida privada, esto es, el poder jurídico de rechazar intromisiones ilegítimas en la vida íntima o familiar de las personas, aquél garantiza la facultad de todo individuo de poder preservarla controlando el registro, uso y revelación de los datos que les conciernen. Tampoco el derecho a la autodeterminación informativa debe confundirse con el derecho a la imagen, reconocido en el inciso 7) del artículo 2º de la Constitución, que protege, básicamente la imagen del ser humano, derivada de la dignidad de la que se encuentra investido; mientras que el derecho a la autodeterminación informativa, en este extremo, garantiza que el individuo sea capaz de disponer y controlar el tipo de datos que sobre él se hayan registrado, a efectos de preservar su imagen derivada de su inserción en la vida en sociedad. Finalmente, también se diferencia del derecho a la identidad personal, esto es, del derecho a que la proyección social de la propia personalidad no sufra interferencias o distorsiones a causa de la atribución de ideas, opiniones, o comportamientos diferentes de aquellos que el individuo manifiesta en su vida en sociedad. En ese sentido, por su propia naturaleza, el derecho a la autodeterminación informativa, siendo un derecho subjetivo tiene la característica de ser, prima facie y de modo general, un derecho de naturaleza relacional, pues las exigencias que demandan su respeto, se encuentran muchas veces vinculadas a la protección de otros derechos constitucionales."*

(Continúa en siguiente página)

Una representación de ellos, los tenemos en la propia LPDP, específicamente en sus artículos 3 y 14. En efecto, de acuerdo con la LPDP, sus disposiciones no son de aplicación para los datos personales: (a) contenidos o destinados a ser contenidos en bancos de datos personales¹⁰ creados por personas naturales para fines exclusivamente relacionados con su vida privada o familiar. Tampoco, a (b) los contenidos o destinados a ser contenidos en bancos de datos de administración pública, solo en tanto su tratamiento resulte necesario para el estricto cumplimiento de las competencias asignadas por ley a las respectivas entidades públicas, para la defensa nacional, seguridad pública, y para el desarrollo de actividades en materia penal para la investigación y represión del delito. Ello excluye, de entrada, del ámbito de aplicación de la LPDP a bases o bancos de datos generados para fines domésticos y privados, como lo puede ser una agenda con datos —imágenes, teléfonos, direcciones, etc.— de familiares, amigos o contactos, por ejemplo; al igual que excluye a los bancos de datos de personas que tienen agencias públicas como el Ministerio del Interior o la Policía Nacional, que registran antecedentes policiales de personas, por ejemplo; o bases de datos del Ministerio Público y de fiscalías especializadas, donde los

bancos de datos personales de colaboradores eficaces o de personas comprendidas en determinadas investigaciones, pueden ser ejemplos paradigmáticos.

Asimismo, en este listado de excepciones y libertades contrapuestas, tenemos también los tratamientos de datos personales que pudieran hacerse (a) desde el ejercicio válido del derecho fundamental a la libertad de información, pensemos en el archivo periodístico de personas de interés público de un medio de comunicación; (b) el que se hace para fines vinculados al sistema de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo u otros que respondan a un mandato legal; nuevamente, invocamos el ejemplo de registros de fiscalías especializadas; (c) el tratamiento efectuado por organismos sin fines de lucro cuya finalidad sea política, religiosa o sindical y se refiera a los datos personales recopilados de sus respectivos miembros; (d) cuando se trate datos personales relativos a la solvencia patrimonial y de crédito; pensemos en la actividad de centrales de riesgo crediticio, regulada en la Ley 27489; o (e) en la recopilación o transferencia para el ejercicio de las funciones de las entidades públicas en el ámbito de sus competencias; entre otras previs-

—el subrayado es nuestro—. Cfr.: Sentencia del Expediente N° 1797-2002-HD/TC, fundamento jurídico 3. Asimismo, ha señalado: “*la protección del derecho a la autodeterminación informativa a través del hábeas data comprende, en primer lugar, la capacidad de exigir jurisdiccionalmente la posibilidad de acceder a los registros de información, computarizados o no, cualquiera que sea su naturaleza, en los que se encuentren almacenados los datos de una persona. Tal acceso puede tener por objeto que se permita conocer qué es lo que se encuentra registrado, para qué y para quién se realizó el registro de información, así como la (o las) persona(s) que recabaron dicha información. En segundo lugar, el hábeas data puede tener la finalidad de agregar datos al registro que se tenga, ya sea por la necesidad de que se actualicen los que se encuentran registrados, o bien con el fin de que se incluyan aquellos no registrados, pero que son necesarios para que se tenga una cabal referencia sobre la imagen e identidad de la persona afectada. Asimismo, con el derecho en referencia, y en defecto de él, mediante el hábeas data, un individuo puede rectificar la información, personal o familiar, que se haya registrado; impedir que esta se difunda para fines distintos de aquellos que justificaron su registro o, incluso, tiene la potestad de cancelar aquellos que razonablemente no debieran encontrarse almacenados.*” —el subrayado es nuestro—. Ver misma Sentencia, fundamento jurídico 4. En similares términos lo hizo antes, la Sentencia del Expediente N° 0666-1996-HD/TC, fundamento jurídico 2, y después, la Sentencia del Expediente N° 1515-2009-PHD/TC, fundamento jurídico 5.

10. Un banco de datos personales es, a decir del artículo 2, numeral 1, de la LPDP, un conjunto organizado de datos personales, automatizado o no, independientemente del soporte, sea este físico, magnético, digital, óptico u otros que se creen, cualquiera fuere la forma o modalidad de su creación, formación, almacenamiento, organización y acceso.

tas en el artículo 14 de la LPDP¹¹. En todos estos casos, no se requiere contar con el consentimiento del titular de los datos personales que se tratan; por lo que deben entenderse como tratamientos legitimados con prescindencia de la voluntad de las personas con cuyos datos se opera.

III. ¿CÓMO SE PROTEGE?

Desde lo público se protegen estos derechos a través de la acción de la ANPD. Y específicamente a través de los procedimientos administrativos que tiene a su cargo, en razón de la LPDP.

Así, ante un tratamiento de datos personales que garantice que quien los exponga, lo haga con fidelidad, sin distorsionar las situaciones que los vinculan a ciertos hechos, y hasta donde sea lícito y razonable hacerlo, tenemos el llamado procedimiento trilateral de tutela, regulado en el artículo 24 de la LPDP y, por referencia directa, en la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, artículo 229 y siguientes.

A través de él, los administrados reclaman el respeto a los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición —ARCO— a un tratamiento indebido de sus datos. Lo que se traduce en reclamaciones contra generadores

de contenido, *webmasters*, buscadores, entre otros, luego de no conseguir que cese el tratamiento reclamado por la vía directa y previa al inicio del procedimiento administrativo.

Como todo procedimiento trilateral, este se sigue entre dos o más administrados ante la ANPD. La reclamación más usual suele ser aquella cuyo petitorio contiene la pretensión de que se elimine determinada noticia en la red que perjudica la imagen, buena reputación, vida privada, u otro, del reclamante. Lo que casi siempre termina reconduciéndose a un caso donde lo que se consigue, es que cese el tratamiento que “hipervisibiliza” su nombre al estar asociado a aquel enlace web —noticia— que lo perjudica, o que se rectifique la información que aquel propaga por estar desactualizada o porque el curso de los acontecimientos que sucedieron demostró que la misma no se ajustaba a la verdad.

Los casos que prosperan, sin ser exhaustivos en el relato, son aquellos donde quien reclama no es un personaje público o de interés para el público; objetivamente, la noticia tiene una carga o connotación negativa para los intereses del reclamante, puesto que suelen retratar algún pasaje penoso de su vida, marcado por algún padecimiento físico o mental que quedó registrado en la *web* por diversas circunstancias

-
11. Aquí también debemos incluir tratamientos: (a) de datos personales contenidos o destinados a ser contenidos en fuentes accesibles para el público; (b) necesarios para la promoción de la competencia en los mercados regulados en la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos; (c) necesarios para la preparación, celebración y ejecución de una relación contractual en la que el titular de datos personales sea parte; (d) cuando se trate de datos personales que deriven de una relación científica o profesional del titular y sean necesarios para su desarrollo o cumplimiento; (e) cuando se trate de datos personales relativos a la salud y sea necesario, en circunstancia de riesgo, para la prevención, diagnóstico y tratamiento médico o quirúrgico del titular, o cuando medien razones de interés público previstas por ley, o cuando deban tratarse por razones de salud pública, o para la realización de estudios epidemiológicos o análogos, en tanto se apliquen procedimientos de disociación adecuados; (f) cuando se hubiera aplicado un procedimiento de anonimización o disociación, que impide la identificación del titular de datos; (g) cuando sean necesarios para salvaguardar intereses legítimos del titular de datos personales por parte del titular de datos personales o por el encargado de tratamiento de datos personales —el primero es quien determina la finalidad y contenido del banco de datos personales, el tratamiento de estos y las medidas de seguridad, y el segundo, el que se encarga de un tratamiento en virtud de una relación jurídica que le vincula con el primero y delimita el ámbito de su actuación, respectivamente—; (h) cuando grupos económicos conformados por empresas que son consideradas sujetos obligados a informar a la Unidad de Inteligencia Financiera, comparten información entre sí de sus respectivos clientes para fines de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, así como otros de cumplimiento regulatorio; (i) distintos que deriven del ejercicio de competencias expresamente establecidas por ley.

—su vinculación filial o amical con algún personaje que tuvo interés público, pero que ya no, por ejemplo¹²—; su involucramiento involuntario y/o fortuito con un personaje que adquirió mala reputación o se vio envuelto en un caso judicial o policial de notoriedad pública —donde luego se demostraría su no vinculación con los hechos delictivos o con el personaje mal reputado¹³—; o, por tratarse de una situación embarazosa que marcó hace muchos años su biografía y que en la actualidad, sin ser un personaje de interés público, le impide una resocialización plena en su entorno; o, simplemente, porque se trata de una información que lo asocia a una persona con la cual ya no se tiene ningún vínculo y no se desea que la web perpetúe ese enlace del pasado que ya cumplió su finalidad, le desagrada y perturba su actual vida —un edicto matrimonial¹⁴, por ejemplo—. Los casos son muchos y variados.

El riesgo latente en este tipo de procedimientos trilaterales es cruzar el umbral de lo que puede considerarse una afectación ilegítima a la libertad de información o expresión. Por eso es que

la ANPD tiene el máximo cuidado en este tipo de procedimientos y ensaya con habitualidad resoluciones razonablemente deferentes hacia los reclamados cuando de contenidos noticiosos se trata.¹⁵

El otro tipo de procedimientos administrativos a cargo de la ANPD son los procedimientos sancionadores. A través de ellos, de la sanción impuesta por infracciones a la LPDP, se busca proteger los derechos sobre los datos personales desincentivando tratamientos proscritos por ley. Los derechos que antes enunciamos en términos sencillos: (a) si el agente —público o privado— va a usarlos, que lo haga con mi consentimiento, de manera proporcional y para la finalidad declarada y conocida por mí; (b) si va a transferirlos, que me haga conocer a dónde y a quiénes; (c) si va a almacenarlos y procesarlos, que lo haga con seguridad y siempre informándome de ello y a la autoridad competente.

¿Cómo se traduce esto? Respeto a los principios de finalidad, proporcionalidad y consentimiento de la LPDP.¹⁶ Si voy a requerir servicio de hos-

-
12. *Cfr.: Resolución Directoral N° 84-2019-JUS/DGTAIPD.*
 13. *Cfr.: Resolución Directoral N° 453-2018-JUS/DGTAIPD-DPDP.* Disponible en: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/03/EXP-46-2017-RD-453-2018-DPDP.pdf>.
 14. *Cfr.: Resolución Directoral N° 24-2019-JUS/DGTAIPD.* Disponible en: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/09/EXP-48-2017-RD-24-2019-DGTAIPD.pdf>.
 15. *Cfr.: Resolución Directoral N° 453-2018-JUS/DGTAIPD-DPDP.* Disponible en: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/03/EXP-46-2017-RD-453-2018-DPDP.pdf>.
 16. *“Artículo 5. Principio de consentimiento*
Para el tratamiento de los datos personales debe mediar el consentimiento de su titular.

Artículo 6. Principio de finalidad

Los datos personales deben ser recopilados para una finalidad determinada, explícita y lícita. El tratamiento de los datos personales no debe extenderse a otra finalidad que no haya sido la establecida de manera inequívoca como tal al momento de su recopilación, excluyendo los casos de actividades de valor histórico, estadístico o científico cuando se utilice un procedimiento de disociación o anonimización.

Artículo 7. Principio de proporcionalidad

Todo tratamiento de datos personales debe ser adecuado, relevante y no excesivo a la finalidad para la que estos hubiesen sido recopilados.”

Y hay, por supuesto, otros principios de relevancia no exemplificados aquí. Es el caso del principio de legalidad —artículo 4—, del principio de calidad —artículo 8—, principio de seguridad —artículo 9— —que más adelante

(Continúa en siguiente página)

pedaje en un hotel, este sólo debe requerirme aquellos datos personales que sean necesarios para brindarme dicho servicio¹⁷; si voy a matricularme en un centro de estudios, este sólo debe requerirme los datos necesarios a efectos de prestarme el servicio educativo ofrecido.¹⁸ Si voy a postular a un trabajo, esta entidad sólo debe requerirme aquellos datos personales que sean necesarios por estar relacionados con el perfil requerido para dicho puesto.¹⁹ Si voy a recabar y suministrar datos personales para determinar el riesgo crediticio de una persona, sólo debo recabar aquellos datos que resulten adecuados y proporcionales para dicha finalidad.²⁰ ¿Y si en todos estos casos decido igualmente recabar los datos personales no necesarios o justificados? Puedo hacerlo, por supuesto, siempre que reca-

be el consentimiento previo, informado, expreso e inequívoco del titular de los datos personales. Y si se trata de datos sensibles, ese consentimiento debe recabarse bajo una forma determinada y adicional, por escrito.²¹

También se traduce en seguir las prescripciones contenidas en el artículo 18 de la LPDP. Esto significa que el titular de los datos personales, de manera previa a la recopilación de sus datos, sea informado sobre la finalidad del tratamiento que recibirán. Quiénes son o pueden ser sus destinatarios; si existe o no un banco de datos personales en el que serán almacenados²², así como la identidad y domicilio de su titular y, de ser el caso, del o de los encargados del tratamiento de datos personales²³.

abordaré,— principio de disposición de recurso —artículo 10— y principio de nivel de protección adecuado —artículo 11—. Además, a decir del artículo 12 de la LPDP, la relación de principios es meramente enunciativa, por lo que se entiende que el catálogo de los mismos está abierto a otros que pudieran confluir necesariamente a este bloque normativo dedicado a la protección de los datos personales.

17. Por lo que datos como la procedencia, profesión o el estado civil, por ejemplo, no resultarían pertinentes e indispensables para contratar un servicio de hospedaje, como se determinó en el caso resuelto en la Resolución Directoral N° 62-2019-JUS/DGTAIPD de fecha 16 de setiembre de 2019.
18. No lo fueron, claramente, los antecedentes policiales en el caso de la Resolución Directoral N° 32-2018-JUS/DGTAIPD. Disponible en: <https://pronabi.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/06/RD-32-2018.pdf>.
19. No lo era, claramente, el dato acerca de los resultados de exámenes médicos practicados al postulante a un puesto de Ejecutivo de Producto, para determinar si padecía o no enfermedades de inmunodeficiencia, como ocurrió en el caso de la Resolución Directoral N° 04-2018-JUS-DGTAIPD. Disponible en: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2018/07/ITM-118-RD-04-2018-JUS-DGTAIPD-15-02-18-DOMIRUTH-TRAVEL-SERVICE-SAC-APELACION.pdf>.
20. Lo que no ocurría con la imagen fotografiada ni la fecha de nacimiento de la persona, en el caso de la Resolución Directoral N° 26-2019-JUS/DGTAIPD. Disponible en: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/06/RD-26-2019-1.pdf>.
21. Confróntese el artículo 13 de la LPDP.
22. Que, además, debiera inscribirse en el Registro Nacional de Bancos de Datos Personales; conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de la LPDP, junto con las comunicaciones de flujos transfronterizos de datos —transferencias internacionales de datos personales—, las sanciones, medidas cautelares o correctivas impuestas por la ANPD. Este Registro público y gratuito le permite a cualquier persona, además, conocer la existencia de bancos de datos personales —no su contenido—, sus finalidades, así como la identidad y domicilio de sus titulares y, de ser el caso, de sus encargados. Disponible en: <https://www.minjus.gob.pe/registro-proteccion-datos-personales/>.
23. *“Artículo 2. Definiciones*
Para todos los efectos de la presente Ley, se entiende por:
(...).
8. Encargo de tratamiento. Entrega por parte del titular del banco de datos personales a un encargado de tratamiento de datos personales en virtud de una relación jurídica que los vincula. Dicha relación jurídica delimita el ámbito de actuación del encargado de tratamiento de los datos personales.”

Este derecho-deber de informar que contiene el citado artículo 18²⁴, también exige que el titular de los datos personales conozca el carácter obligatorio o facultativo —de cara a la prestación del servicio o adquisición del bien deseado— que se le da a la absolución de preguntas formuladas con el propósito de recabar sus datos; es decir, las consecuencias. ¿Es obligatorio o no proporcionar el dato de mi estado civil o el número de hijos que tengo y sus edades, en la ficha de inscripción de un gimnasio para poder contratar con él el uso de sus instalaciones y máquinas para ejercicio físico?²⁵ ¿Es necesario que el postulante a un puesto de trabajo en una entidad prestadora de salud proporcione el dato de su religión —y si se bautizó—?²⁶

Y, por último, el artículo 18 determina que se le informe al titular de datos personales si habrá o no transferencia de sus datos a terceros —nacionales o extranjeros—; cuánto tiempo se conservarán, y las vías —dirección, correo electrónico, teléfono, etc.— que tiene a su disposición para ejercer directamente ante quien los trata, sus derechos.

Finalmente, tenemos el rubro seguridad de la

información —de los datos personales recaudados, almacenados y procesados—. Los procedimientos sancionadores también pueden incoarse por infracciones a la LPDP y su reglamento, determinadas para esta materia. Y es que los titulares de los bancos de datos personales y los encargados de su tratamiento deben adoptar las medidas técnicas, organizativas y legales necesarias para garantizar la seguridad de los datos personales.²⁷ Estas medidas deben ser apropiadas y acordes con el tratamiento que se vaya a efectuar²⁸ y con la categoría de datos personales de que se trate —si son sensibles, por ejemplo—.

Específicamente, nos estamos refiriendo a documentos de control de acceso a la información de datos personales, incluyendo la gestión de accesos desde el registro de un usuario; de gestión de los privilegios de dicho usuario; la identificación del mismo ante el sistema²⁹; procedimientos documentados que definan la verificación periódica de los privilegios asignados. También, es fundamental generar y mantener registros que provean evidencia sobre las interacciones con los datos lógicos, incluyendo para los fines de la trazabilidad, la información de cuentas de usuario con acceso al sistema,

-
24. Para un conocimiento más exhaustivo y esclarecedor de las obligaciones derivadas de este artículo 18 de la LPDP, puede consultarse la Guía práctica para la observancia del “Deber de Informar”, elaborada por la ANPD. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/minjus/informes-publicaciones/353793-guia-practica-para-la-observancia-del-deber-de-informar>. También, la Resolución Directoral N° 43-2018-JUS/DGTAIPD que aprueba el modelo de cláusula informativa sobre las circunstancias y condiciones del tratamiento de datos personales requeridas por el artículo 18 de la LPDP. Disponible en: https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2018/07/ANEXO-I_Condiciones-de-Tratamiento-de-Datos-Personales.pdf.
 25. Cuestión que se trató en la Resolución Directoral N° 10-2018-JUS/DGTAIPD. Disponible en: <https://pronabi.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/06/RD-10-2018.pdf>.
 26. Cf.: Resolución Directoral N° 65-2016-JUS/DGPDP. Disponible en: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/02/RD-65.pdf>.
 27. Artículos 9 y 16 de la LPDP.
 28. La ANPD tiene aprobada una Directiva de Seguridad de la Información con orientaciones según el tipo de tratamiento de datos personales que se efectúa, siguiendo una categorización de “Básico”, “Simple”, “Intermedio”, “Complejo” o “Crítico” de los bancos de datos personales. Disponible en: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/11/Directiva-de-Seguridad-DGPDP.pdf>.
 29. Entre los que se encuentran usuario-contraseña, uso de certificados digitales, *tokens*, entre otros.

horas de inicio y cierre de sesión y acciones relevantes.³⁰

Igualmente, se deben establecer las medidas de seguridad relacionadas con los accesos autorizados a los datos mediante procedimientos de identificación y autenticación que garanticen la seguridad del tratamiento de los datos personales.

Es indispensable que los ambientes en los que se procese, almacene o transmita la información sean implementados con controles de seguridad apropiados.³¹ Se deben contemplar los mecanismos de respaldo de seguridad de la información de la base de datos personales³²; y, así, otras varias medidas de seguridad en caso de transferencia lógica o electrónica de datos personales, almacenamiento de documentación no automatizada, copia o reproducción de documentos, acceso a los mismos, entre otros.³³

La potestad sancionadora de la ANPD se hace tangible con la imposición de multas como resultado final de los procedimientos incoados. Las infracciones están graduadas como “Leves”, “Graves” y “Muy Graves”, y las multas pueden ascender entre 0.5 a 5, más de 5 a 50, más de 50 a 100 Unidades Impositivas Tributarias, respec-

tivamente³⁴; que por el año 2020 se ha fijado en S/ 4,300.00 cada una. La cifra de las multas impuestas y recaudadas siempre será estimable³⁵, pero más cuantiosa aún es la cifra de las “multas no impuestas”, dado que buena parte de las entidades públicas y privadas fiscalizadas por incumplimientos a la LPDP y su reglamento, subsanan las observaciones hechas por los fiscalizadores antes de la imputación de cargos o implementan las medidas correctivas establecidas por la ANPD, evitando con ello nuevas infracciones.

Esto último nos lleva a la última modalidad de protección de los datos personales por parte de la acción conocida de la ANPD; se trata de la prevención —y promoción— para evitar la afectación de los derechos. Pero esto tiene más sentido tratarlo en el próximo y último acápite.

IV. ¿HACIA DÓNDE VAMOS?

La irrupción de la tecnología digital y la interoperabilidad que ella permite entre actores públicos y privados, bancos o bases de datos —entre ellas la que contienen datos personales—, es imparable, y sería un error asumir una posición temerosa o desconfiada frente a esta realidad.

-
30. Como apunta la norma reglamentaria, estos registros deben ser legibles, oportunos y tener un procedimiento de disposición, entre los que se encuentran el destino de los registros, una vez que éstos ya no sean útiles, su destrucción, transferencia, almacenamiento, entre otros.
 31. Tomando como referencia las recomendaciones de seguridad física y ambiental recomendados en la Norma Técnica Peruana NTP-ISO/IEC 17799 EDI. Tecnología de la Información. Código de Buenas Prácticas para la Gestión de Seguridad de la Información —según refiere el artículo 40 del Reglamento de la LPDP—; la misma que ha sido sustituida por la Norma Técnica Peruana NTP-ISO/IEC 27001:2014 Tecnología de la Información. Técnicas de Seguridad. Sistemas de Gestión de Seguridad de la Información. Requisitos. 2a. Edición, desde la vigencia de la Resolución Ministerial N° 004-2016-PCM.
 32. Con un procedimiento que contemple la verificación de la integridad de los datos almacenados en el respaldo, incluyendo, cuando sea pertinente, la recuperación completa ante una interrupción o daño, garantizando el retorno al estado en el que se encontraba al momento en que se produjo la interrupción o daño.
 33. Estas y otras medidas de seguridad se encuentran recogidas entre los artículos 39 a 46 del Reglamento de la LPDP, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-2013-JUS.
 34. Artículo 39 de la LPDP.
 35. Tan solo en el año 2019, la ANPD recaudó por concepto de multa pagada, la suma de S/ 970,853.90.

Todos nos hemos visto beneficiados por los avances de esta era: semáforos, teléfonos, electrodomésticos inteligentes, pulseras que monitorean el ritmo cardíaco, geolocalización, drones, códigos QR, internet de las cosas, *block-chain*, redes sociales, todo ello y mucho más ha contribuido definitivamente a estar mejor informados y a facilitar la vida a millones de personas en todo el mundo.

Pero como recordaba recientemente un colega colombiano dedicado a estas materias desde lo público, no todo lo tecnológicamente posible es éticamente deseable o aceptable. Y esta frase creo que retrata perfectamente mi idea de “lo que se viene”, una fortalecida y compartida conciencia de proteger lo privado, de autodeterminarlo hasta donde sea posible hacerlo, y de exigir información transparente y fiable sobre el tratamiento que reciben nuestros datos por determinada organización, amén de exigirle a ella misma que los proteja de cualquier intromisión ilegítima.

Y estas expectativas sólo pueden satisfacerse

con instituciones que funcionen y con entidades públicas y privadas que se tomen en serio los derechos y hagan de la ética pública su bandera, al margen del cumplimiento de cualquier ley vinculada a estas materias.

Por eso creo que es indispensable que se trabaje en prevención y en fomentar una cultura de protección de datos en el país; sobre todo entre los niños y adolescentes, siempre más expuestos que los adultos a sufrir las consecuencias de un descuidado manejo de sus redes sociales.³⁶

Esa necesidad de prevenir y generar conciencia debe provenir de todos, actores públicos y privados. La ANPD tiene trabajos que exhibir³⁷, pero no sólo ella.³⁸

Creo, por tanto, que el péndulo viene de vuelta y se situará en un punto menos extremo del que hemos presenciado hasta hace pocos años. Desde el Estado y las empresas se nota la preocupación, por un lado, de tener mayor presencia y hacer respetar una normativa que, en la actualidad, no sólo se circunscribe a la defen-

-
36. Por ejemplo, *grooming*, *sexting*, anglicismo y acrónimo para referirnos al engaño pederasta y a la práctica de enviar videos y/o fotos con contenido sexual o erótico, respectivamente.
37. Destaca, por ejemplo, el Primer Concurso de Dibujo e Historietas #YoCuidoMisDatosPersonales que se realizó en el segundo semestre de 2019. Significó el despliegue de su personal a 21 colegios públicos y privados de Lima y Callao, para brindar charlas informativas a 6590 estudiantes. Participaron 815 trabajos provenientes de 95 colegios. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/minjus/noticias/50749-minjusdh-convoca-a-concurso-escolar-de-dibujo-e-historietas-para-fortalecer-cultura-de-proteccion-de-datos-personales> y <https://www.gob.pe/institucion/minjus/noticias/69127-el-minjusdh-premia-a-ganadores-del-primer-concurso-escolar-de-dibujo-e-historieta-yocuidomisdatospersonales>. También, las incursiones en espacios públicos —playas y plazas— para sensibilizar a la ciudadanía sobre la necesidad de proteger sus datos personales. Entre ellas, y la participación en ferias institucionales de servicios del Sector Justicia, se estima —la propia ANPD, Informe N° 01-2020-JUS/DGTAIPD— que en el año 2019 se llegó con este formato a 12,747 personas. A este número, hay que agregarle 2700 personas naturales, muchas de ellas representantes de personas jurídicas o entidades públicas, a quienes durante el año pasado se capacitó sobre los alcances de la LPDP y las obligaciones que ella prescribe en materia de seguridad de la información y políticas de privacidad.
38. Por ejemplo, desde la Agencia Española de Protección de Datos, en coordinación con otras instancias gubernamentales de ese país como el Instituto Nacional de Tecnologías Educativas y de Formación del Profesorado del Ministerio de Educación y Formación Profesional, han lanzado la iniciativa “AseguraTIC - Seguridad del Menor en Medios Digitales”, disponible en: <https://intef.es/aseguratic/>; una iniciativa que pretende convertirse en iberoamericana y que reúne abundantes recursos aportados por diferentes entidades públicas y privadas para que sirvan de base a la elaboración de materiales curriculares, en relación con el uso responsable de internet y la prevención de sus riesgos por los niños y adolescentes. También, desde la sociedad civil y la empresa, destaca la iniciativa del curso virtual #AltoAlCiberacoso, auspiciado por la empresa Movistar, Capital Humano y Social Alternativo - CHS Alternativo, entre otras. Disponible en: <https://altoalciberacoso.com/>.

sa del consumidor y la protección de los datos personales, sino que también abarca a la seguridad digital en su conjunto³⁹; y, de otro lado, el sector privado, de transmitir la sensación de seguridad a los clientes respecto a cómo se manejan sus datos personales a partir de las políticas y medidas de seguridad que se adoptan.⁴⁰

La sinergia entre lo público y privado es el camino para alcanzar un equilibrio razonable entre necesidades de mercado, de negocio, de seguridad, entre otras, con el derecho a la protección de los datos personales. Un buen ejemplo de esta sinergia ha sido la recientemente aproba-

da Directiva de la ANPD sobre tratamiento de datos personales mediante sistemas de video-vigilancia⁴¹; la misma que refleja la experiencia institucional de esta entidad en las labores de fiscalización, y la perspectiva del sector privado sobre la cuestión, que colaboró activamente con sus aportes y observaciones desde que el proyecto de documento prescriptivo fuera pre-publicado el año pasado.

La protección de datos personales en estos tiempos no parece ya una quimera, lo que sí, un proceso en construcción al que estamos llamados a contribuir todos.

-
39. Muestras recientes de ello son el Decreto Legislativo 1412 que aprueba la Ley de Gobierno Digital, la cual establece un marco de gobernanza del gobierno digital para la adecuada gestión de la identidad digital, servicios digitales, arquitectura digital, interoperabilidad, seguridad digital y datos, así como el régimen jurídico aplicable al uso transversal de tecnologías digitales en la digitalización de procesos y prestación de servicios digitales por parte de las entidades de la Administración Pública; o, el Decreto de Urgencia 007-2020 que aprueba el marco de confianza digital y dispone medidas para garantizar la confianza de las personas en su interacción con los servicios digitales prestados por entidades públicas y organizaciones del sector privado en el territorio nacional. Lo más saltante de este Decreto de Urgencia es que se crea un Centro Nacional de Seguridad Digital, que operará como una plataforma digital a través de la cual se gestione, dirija, articule y supervise la operación, educación, promoción, colaboración y cooperación de la seguridad digital a nivel nacional, como componente integrante de la seguridad nacional; además, se crea el Registro Nacional de Incidentes de Seguridad Digital, con el objetivo de recibir, consolidar y mantener datos e información sobre los incidentes de seguridad digital reportados por los proveedores de servicios digitales en el ámbito nacional, que puedan servir de evidencia o insumo para su análisis, investigación y solución.
 40. Un buen ejemplo internacional, es sin duda Facebook, a propósito de los eventos conocidos del año pasado. Disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2019/05/05/espanol/facebook-nuevo-diseno-privacidad.html>. En sede nacional, y a propósito de los ciberataques de agosto de 2018, podemos recordar algún comunicado de la Asociación de Bancos del Perú en este sentido, disponible en: <https://www.asbanc.com.pe/Paginas/Noticias/DetalleNoticia.aspx?ItemID=682>.
 41. Directiva N° 01-2020-JUS/DGTAIPD, aprobada por Resolución Directoral N° 02-2020-JUS/DGTAIPD, publicada en el diario oficial El Peruano, el 16 de enero de 2020. El tratamiento objeto de esta directiva comprende la grabación, captación, transmisión, conservación o almacenamiento de imágenes o voces, incluida su reproducción o emisión en tiempo real o cualquier otro tratamiento que permita el acceso a los datos personales relacionados con aquellos, para fines de seguridad, control laboral y otros.

¿Regulación sectorial o normas de competencia?: El principio de supletoriedad en el caso *Speedy Naked*

ALESSIA LERCARI BUENO^(*)

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Antecedentes relevantes del procedimiento.
- III. Definición del alcance del principio de supletoriedad.
 1. Sobre la libre competencia y la regulación.
 2. Principio de supletoriedad.
 - 2.1. Normas y lineamientos que refieren el principio de supletoriedad en materia de telecomunicaciones.
 - 2.2. Análisis de la jurisprudencia que analiza la aplicación del principio de supletoriedad.
 - 2.2.1. Jurisprudencia internacional.
 - 2.2.2. Jurisprudencia nacional.
 - 2.3. ¿En qué circunstancias se debe excluir las normas de competencia frente a la aplicación de la regulación sectorial?
 - IV. ¿Se conceptualizó adecuadamente los alcances del principio de supletoriedad en el caso *Speedy Naked*?
 - V. Efecto de la aplicación del principio de supletoriedad según el criterio del tribunal.
 - VI. A modo de conclusión.

(*) El presente artículo está basado en parte en el Informe sobre Expediente Único empleado por la autora para obtener el título profesional de abogada en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Las opiniones que se presentan en este trabajo, así como los análisis e interpretaciones que en él se establecen son de responsabilidad exclusiva de la autora y no refleja los puntos de vista de las instituciones a las que se encuentra vinculada o asociada.

RESUMEN:

Se analizan los alcances del principio de supletoriedad en el Perú y se evalúa la definición de su ámbito de aplicación en el caso iniciado en contra de la empresa Telefónica del Perú S.A.A. por prácticas de abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas. Se propone una conceptualización del principio que busca resguardar la integridad del sistema jurídico en los casos de conflictos normativos entre regulación sectorial y normas de competencia.

Palabras clave: principio de supletoriedad, libre competencia, regulación, telecomunicaciones, conflicto normativo.

ABSTRACT:

This paper analyses the supplementary application of competition laws in Peru, and it assesses the criteria established in the procedure initiated against Telefónica del Perú S.A.A. for the alleged abuse of its dominant position in the form of tying. It outlines the scope for the supplementary application of competition laws and provides a definition that intends to preserve the integrity of the legal system when conflicts between regulation and competition arise.

Keywords: supplementary application of competition law, competition law, regulation, telecommunications, conflict of laws.

I. INTRODUCCIÓN

En el año 2011, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones —en adelante, “OSIPTEL”— inició un procedimiento sancionador en contra de Telefónica del Perú S.A.A. —en adelante, “Telefónica”— por la presunta comisión de una conducta de abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas. El procedimiento tenía por finalidad evaluar el esquema comercial utilizado por Telefónica para la comercialización del servicio de telefonía fija y del servicio de acceso a internet vía *Asymmetric Digital Subscriber Line* —en adelante, “ADSL”—. Hasta ese momento, la empresa venía comercializando ambos servicios de manera conjunta a través de un paquete denominado “Dúo: Speedy – Telefonía Fija”.

De acuerdo con lo señalado por OSIPTEL, la empresa habría condicionado la venta del servicio de acceso a internet vía ADSL a la adquisición de una línea de telefonía fija, con la finalidad de aprovechar su posición privilegiada en el mercado de acceso a internet para resguardar su cuota en el mercado de telefonía fija, en el que venía perdiendo participación sostenidamente.

Este caso ha sido ampliamente estudiado para explorar temas tales como la aplicación del De-recho de la Competencia en el mercado de telecomunicaciones, y la figura de las ventas atadas

como un abuso de posición de dominio en el Perú. Sin embargo, un aspecto menos estudiado es el conflicto que surge entre la aplicación de la regulación sectorial en materia de telecomunicaciones y las normas de competencia, así como la relevancia de definir adecuadamente el ámbito de aplicación del principio de supletoriedad como respuesta ante dicho conflicto.

Siendo ello así, el presente trabajo no se enfoca en determinar si la práctica comercial adoptada por Telefónica debió o no ser considerada como una infracción a las normas de competencia. Por el contrario, este trabajo se limita a analizar la definición del ámbito de aplicación del principio de supletoriedad por parte de OSIPTEL y su adecuación con la normativa y la jurisprudencia.

Como se desarrolla a mayor detalle en las siguientes líneas, es posible considerar que el criterio establecido por el Tribunal de Solución de Controversias de OSIPTEL —en adelante, el “Tribunal”— no fue consistente con la jurisprudencia ni con la experiencia comparada, generando mayores incongruencias con relación a la aplicación de este principio, así como mayor falta de predictibilidad para los administrados.

II. ANTECEDENTES RELEVANTES DEL PROCEDIMIENTO

El 27 de octubre de 2010, la Secretaría Técnica

Adjunta de los Cuerpos Colegiados de OSIPTEL —en adelante, la “Secretaría Técnica”— inició una investigación de oficio con la finalidad de determinar si el esquema comercial utilizado por Telefónica para la venta de los servicios de acceso a internet vía ADSL y de telefonía fija constituiría una infracción al Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas —en adelante, la “Ley de Competencia”—.

Tras valorar el resultado de dicha investigación, mediante la Resolución N° 001-2011-CCO/OSIPTEL del 13 de septiembre de 2011 —en adelante, la “Resolución Admisoria”—, el Cuerpo Colegiado resolvió disponer el inicio de un procedimiento sancionador en contra de Telefónica. La imputación se fundamentó en la presunta comisión de una infracción en la modalidad de venta atada con posibles efectos exclusorios en el mercado de telefonía fija, según lo establecido en el literal c) del artículo 10.2 de la Ley de Competencia¹.

A lo largo del procedimiento, una de las principales defensas de Telefónica fue sostener que la conducta imputada no debía ser analizada bajo la óptica de las normas de competencia. Ello, en tanto el OSIPTEL había aprobado previamente el modelo comercial que era objeto de cuestionamiento. Siendo ello así, en tanto las normas de competencia solo debían aplicarse a las conductas que no se encontraran cubiertas por la regulación, en aplicación del principio de supletoriedad, correspondía desestimar la imputación formulada.

De acuerdo con lo señalado por Telefónica, la comercialización conjunta del servicio de acceso a internet vía ADSL al servicio de telefonía fija se encontraba autorizada a través de las aprobacio-

nes a sus modelos de contratos de abonados del servicio *Speedy* —en adelante, los “Contratos de Abonados”—. Dichos modelos contenían cláusulas expresas que requerían una línea de telefonía fija de Telefónica como condición adquirir el servicio *Speedy*. En ese sentido, la aceptación de dichos contratos constituyó una aprobación regulatoria que determinaría la exclusión de las normas de competencia a la comercialización conjunta de los servicios.

Tanto el Cuerpo Colegiado como el Tribunal desestimaron los argumentos de la empresa. Al respecto, el Tribunal señaló que, en los casos de aprobaciones regulatorias, el principio de supletoriedad aplicaría únicamente cuando existiera alguna norma que autorice expresamente una determinada práctica habiendo aplicado un proceso de revisión exhaustivo en términos de competencia.

Siendo ello así, se señaló que la aprobación a los Contratos de Abonados no podría implicar una aprobación al esquema comercial adoptado por Telefónica. El alcance del visto bueno emitido por el OSIPTEL en la aprobación de dichos contratos se limitó a constatar que éstos se adecuaban a la normativa sobre usuarios, y no efectuó un análisis de los efectos que podía generar la venta atada en la competencia.

Por tal motivo, el Cuerpo Colegiado y el Tribunal determinaron que sí correspondía aplicar las normas de competencia a la conducta que fue objeto de análisis, y tras realizar el análisis de competencia correspondiente, ambos órganos determinaron que la conducta debía ser considerada como una infracción a lo dispuesto en la Ley de Competencia.

Siendo ello así, mediante Resolución N° 017-

1. Decreto Legislativo No. 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas:
“Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.”
 (...)
10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como:
 (...)
c) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos”.

2012-CCO/OSIPTEL del 20 de julio de 2012 —en adelante, la “Resolución del Cuerpo Colegiado”—, el Cuerpo Colegiado declaró fundada la denuncia de oficio emitida en contra de Telefónica, y dispuso sancionarla con una multa leve de 492.21 UIT —Unidades Impositivas Tributarias—. Asimismo, impuso como medida correctiva la obligación a ofrecer la venta del servicio de acceso internet vía ADSL solo —o *naked*—, evitando cualquier conducta que tenga efectos equivalentes a la atadura de los servicios.

Por su parte, el Tribunal confirmó lo resuelto por el Cuerpo Colegiado en cuanto a la existencia de una infracción y la medida correctiva impuesta mediante la Resolución N° 004-2013-TSC/OSIPTEL de fecha 31 de enero de 2013 —en adelante, la “Resolución Final”—, pero optó por reducir la multa impuesta a un monto ascendente a 407 UIT.²

Como se demuestra en la siguiente sección, el criterio empleado por el Cuerpo Colegiado y el Tribunal para resolver el presente caso no es consistente con la jurisprudencia ni con la experiencia comparada. A continuación, se propone una definición del alcance de dicho principio en función a las normas aplicables, la experiencia comprada y la jurisprudencia nacional.

III. DEFINICIÓN DEL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE SUPLETORIEDAD

1. Sobre la libre competencia y la regulación.

De acuerdo con la teoría económica, la com-

petencia es el mecanismo más adecuado para promover la asignación eficiente de recursos en el mercado. A través del libre juego de la oferta y la demanda, los consumidores pueden obtener beneficios tales como la disminución de precios, la mejora en la calidad de los productos y el aumento de opciones de consumo.³

Por ello, la defensa de la libre competencia es una de las políticas públicas más importantes para el desarrollo económico de un país. Tal es así que la Constitución Política del Perú dispone un régimen especial de protección al señalar que: “(e)l Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas”.⁴ El desarrollo legislativo de dicho precepto se encuentra en la Ley de Competencia, la cual establece en su artículo 1 que la protección otorgada tiene por finalidad “promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores”.⁵

Así, el Derecho de la Competencia protege y potencia el proceso competitivo frente a conductas que puedan restringirlo u obstaculizarlo.⁶ En la mayoría de los casos, la normativa de competencia cumple con dicha finalidad a través de mecanismos de intervención *ex post*⁷, es decir, mediante el cuestionamiento y la prohibición de conductas que ya han tomado lugar en el mercado, a través de procedimientos administrativos sancionadores.

Es importante notar que estas normas solo pueden generar eficiencias en los mercados

-
2. Telefónica interpuso una demanda contencioso-administrativa en contra de la Resolución Final. A la fecha de la elaboración del presente trabajo, dicho proceso aún se encuentra pendiente de resolución. Asimismo, de manera posterior a la emisión de la Resolución Final, se inició un procedimiento por incumplimiento a la medida correctiva impuesta en el presente caso. Mediante Resolución N° 011-2016-TSC/OSIPTEL de fecha 16 de diciembre de 2016, se determinó que la empresa había incumplido lo ordenado mediante la Resolución Final y se optó por imponer una sanción de 300 UIT. Dicho pronunciamiento también ha sido cuestionado vía proceso contencioso-administrativo y se mantiene pendiente de resolución.
 3. Richard Whish y David Bailey, *Competition Law* (Oxford: Oxford University Press, 2015), 4.
 4. Artículo 61 de la Constitución Política del Perú.
 5. Artículo 1 de la Ley de Competencia.

que cuenten con condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la competencia. En efecto, existen diversos mercados que presentan fallas derivadas de la imposibilidad de que se genere, o que se aumente sustancialmente la competencia. Esto puede ocurrir por motivos tales como la existencia de monopolios naturales o de elevados índices de concentración. Tales desperfectos impiden que los mercados funcionen eficientemente sin intervención previa, y por ello, dichas fallas deben ser subsanadas a través de regulación.

Por ejemplo, en el mercado de las telecomunicaciones los operadores suelen contar con posiciones privilegiadas al ser titulares de la infraestructura esencial para la prestación de los servicios —por ejemplo, Telefónica tiene control del bucle local, lo que la coloca en una mejor posición para la prestación del servicio de internet vía ADSL—. La existencia de estas situaciones genera la necesidad de establecer mandatos o lineamientos de conducta a los agentes económicos a fin de generar artificialmente la eficiencia que se obtendría en situación de competencia.⁸

Siendo ello así, la regulación puede definirse como:

“(...) una acción deliberada del Estado utilizando mecanismos de Derecho Público,

dirigida a influir sobre las actividades económicas realizadas en los mercados para conseguir objetivos de interés público, normando, supervisando, vigilando, sancionando y eventualmente, resolviendo controversias entre los sujetos regulados.”⁹

En términos generales, la regulación refiere a los actos voluntarios del Estado que tienen por finalidad influir en el mercado de manera previa a la actuación de los agentes. Es decir, se trata de una herramienta *ex ante* de intervención, con la cual las normas se emiten para guiar la conducta de los agentes económicos en el mercado.

Tradicionalmente, la regulación toma dos formas de acuerdo con los bienes jurídicos protegidos por la misma. Por un lado, se tiene la regulación económica, referida a la intervención sustitutiva del Estado que tiene por finalidad simular la existencia de condiciones competitivas en los mercados que presentan las fallas previamente referidas derivadas de la ausencia o escases de competencia.¹⁰

Pero, por otro lado, se tiene la regulación social, definida como la intervención del Estado que tiene por objetivo *“lograr un equilibrio entre los derechos de los ciudadanos, evitando que las consecuencias del ejercicio de determinados derechos privados perjudiquen a los derechos de terceros los cuales se formalizan como intereses públicos o de*

-
6. Eduardo Quintana, *Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos – Libre Competencia* (Lima: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), 2013), 9.
 7. Si bien existe control *ex ante* constituido por el control de concentraciones, a la fecha, dicho control se encuentra limitado únicamente al sector eléctrico.
 8. Joselyn Olaechea, «Libre Competencia versus Regulación: Sobre la Aplicación del Principio de Supletoriedad en la Nueva Ley de Represión de las Conductas Anticompetitivas – LRCA», *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, n.º 13 (2011): 62.
 9. Robert Baldwin, Martin Cave y Martin Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 2.
 10. Ramón Huapaya, «Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la Regulación», *Ius Et Veritas*, n.º 40 (2010): 312.

*la colectividad.*¹¹ Este tipo de regulación tiene por finalidad corregir las fallas que se derivan en situaciones donde el ejercicio de derechos individuales puede afectar el bienestar de la colectividad. Así, la regulación social refiere a materias tales como seguridad, salud, medio ambiente, protección al consumidor, entre otras.

Con el propósito de dinamizar los mercados y fomentar la competencia, en los últimos años, las industrias altamente reguladas han sido objeto de procesos de "desregulación". Este concepto se refiere a:

*"la política por la que los Estados eliminan o reducen considerablemente su intervención en el desarrollo de las actividades productivas, suprimiendo parte de las disposiciones legales existentes con el objeto de que se incremente el tráfico económico originado en la iniciativa privada."*¹²

No obstante, algunos mercados no pueden presentar, de manera espontánea, condiciones de competencia, y es a partir de este hecho que la regulación constituye un mecanismo para fomentar dichas condiciones en los mercados. En este contexto, surge una nueva modalidad de regulación denominada *regulatory antitrust* o regulación para la competencia. Estas normas parten de la premisa —o paradoja— de que *"la regulación se ha convertido en el principal instrumento que el Estado emplea para introducir competencia en las industrias monopólicas."*¹³

Si bien existen espacios en los que la regulación y las políticas de competencia se complementan —como en el *regulatory antitrust*—, existen también espacios en los que éstas se sobreponen.

En efecto, es posible que las normas de competencia busquen controlar conductas que ya han sido aprobadas o prohibidas por la regulación. Es en estos casos en los que la aplicación de los principios generales del Derecho proporciona un mecanismo para aliviar dichos conflictos a través del principio de supletoriedad.

2. Principio de supletoriedad.

El principio de supletoriedad brinda una solución a las situaciones en las que existe un conflicto en la aplicación de la regulación sectorial frente a la aplicación de normas de libre competencia. Dicha solución implica la adopción del criterio de especialidad de las normas como principio general del Derecho bajo el cual "la norma especial prima sobre la norma general".

En dicho contexto, la regulación se aplica de manera prioritaria al tener carácter especial, mientras que, por otro lado, las normas de competencia aplican de manera residual en atención a su carácter general. En ese sentido, las normas de competencia *"aplicarán siempre que no exista una regulación específica que haya tratado el problema concreto de manera directa."*¹⁴

Sin perjuicio de que el principio de supletoriedad se constituye como una expresión de los principios generales del Derecho, las normas aplicables al sector telecomunicaciones —así como otras industrias reguladas—, así como la Ley de Competencia, introducen este concepto en la regulación y las normas de competencia.

2.1. Normas y lineamientos que refieren el principio de supletoriedad en materia de telecomunicaciones.¹⁵

11. *Ibid.*

12. Eduardo Quintana, «¿Es la política de la competencia "supletoria" de la regulación de Telecomunicaciones?», *Ius Et Veritas*, n.º 27 (2003): 99.

13. Ramón Huapaya, *Op. Cit.*, 40.

14. Joselyn Olaechea, *Op. Cit.*, 77.

15. Es importante notar que en el presente trabajo solo se abordará la normativa en el sector telecomunicaciones en la medida que es el mercado en el que se produce el caso que motiva este estudio.

La primera vez que se introdujo el principio de supletoriedad en el sector telecomunicaciones fue en el año 1994, con la emisión del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo No 06-94-TCC —en adelante, el “Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones”—. Mediante dicha norma, se incorporó el principio al establecerse lo siguiente:

“Artículo 229.- En lo que no esté previsto en la Ley y el Reglamento, en lo referido a la prohibición de las prácticas empresariales restrictivas de la libre competencia, se aplicarán las disposiciones legales vigentes sobre prácticas monopólicas controlistas y restrictivas de la libre competencia.”

Posteriormente, en el año 1998, los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú aprobados por Decreto Supremo N° 020-98-MTC —en adelante, los “Lineamientos de Apertura de Mercado”— precisaron lo dispuesto en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, estableciendo lo siguiente:

“111. Para la promoción y preservación de la libre y leal competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, los órganos competentes del Sector aplicarán la normativa sectorial específica y, supletoriamente, en cuanto sean pertinentes, las disposiciones de los Decretos Legislativos N°s. 701 y 807, las del Decreto Ley N° 26122 y disposiciones modificatorias, complementarias, ampliatorias y conexas.”

En el año 2000, los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones, aprobados mediante Resolución N° 003-2000-CD/OSIPTEL —en adelante, los “Lineamientos de Libre Competencia”— precisaron con mayor exactitud los alcances del principio. Es importante notar que, si bien estos lineamientos no resultan de aplicación obligatoria, su relevancia recae en el hecho de que recogen los criterios de interpretación utilizados por los órganos resolutivos en la solución de casos. En ese sentido, se estableció lo siguiente:

“2.1 (...) Las normas generales de libre competencia están concebidas, en principio, en el marco de mercados no regulados de manera específica.

(...)

4. (...) OSIPTEL entiende que para la promoción y preservación de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, se aplicará la normativa específica del sector y de manera supletoria la normativa general de libre competencia.

(...)

Esto implica que OSIPTEL aplicará las normas generales de libre competencia en el supuesto que una determinada práctica o conducta no esté tipificada o cubierta de manera expresa por la normatividad específica del sector, pero genere, sin embargo, efectos anticompetitivos.

(...)

Esto no impide que OSIPTEL aplique las normas de libre competencia en aquellos casos que no estén expresamente prohibidos o en aquellos casos en los que los principios de interpretación permitan una más adecuada aplicación de la referida normativa.”

Como se puede apreciar, los Lineamientos de Libre Competencia añadieron una condición adicional a las contenidas en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones y los Lineamientos para la Apertura del Mercado. De acuerdo con lo establecido en los Lineamientos de Libre Competencia, para que proceda la exclusión de las normas de competencia, la conducta objeto de análisis deberá encontrarse cubierta o tipificada de manera expresa por la regulación.

Por otro lado, en el año 2001, el Reglamento General de OSIPTEL, aprobado por el Decreto Supremo N° 008-2001-PCM —en adelante, el “Reglamento General de OSIPTEL”— ratificó los criterios previamente mencionados señalando lo siguiente:

“Artículo 12. Principio de supletoriedad. Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicte el OSIPTEL en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto primarán las disposiciones dictadas por el OSIPTEL.”

Finalmente¹⁶, fue emitida la Ley de Competencia, la cual, a diferencia del Decreto Legislativo 701 que elimina las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la competencia —en adelante, la “Ley Antimonopolio”—, sí estableció referencia expresa al principio, señalando:

“Artículo 3º.- Ámbito de aplicación objetivo.- Se encuentra fuera de aplicación de la presente Ley aquella conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal. El cuestionamiento a dicha norma se realizará mediante las vías correspondientes y no ante la autoridad de competencia prevista en la presente Ley. El Estado podrá asumir las acciones que considere necesarias para contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores.”

En consecuencia, se puede observar que la normativa que se encontraba vigente en el momento en el que fue emitida la Resolución Final es concordante en señalar que siempre que una norma regule una conducta de manera expresa, sea admitiéndola o prohibiéndola, se excluirá la aplicación de las normas de competencia. No obstante, si bien las normas son concordantes en la regla aplicable, éstas no otorgan una respuesta específica para el diverso tipo de conflictos que pueden presentarse. Es por tal motivo que, para terminar de delimitar los alcances del principio, corresponde analizar la casuística en la materia.

2.2. Análisis de la jurisprudencia que analiza la aplicación del principio de supletoriedad.

2.2.1. Jurisprudencia internacional.

Los conflictos que surgen entre la aplicación de la regulación económica y las normas de competencia se han presentado tanto en la Unión Europea como en Estados Unidos. Siendo ello así, en la presente sección se analiza brevemente las soluciones que se han brindado en dichas jurisdicciones.

El pronunciamiento europeo que estableció el criterio aplicable frente a dicho conflicto se encuentra en el caso Deutsche Telekom.¹⁷ En dicha oportunidad, la Comisión de las Comunidades Europeas —en adelante, la “Comisión Europea”— inició un procedimiento en contra de la empresa alemana Deutsche Telekom por la presunta violación al artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea al incurrir en una conducta anticompetitiva en la modalidad de estrechamiento de márgenes.¹⁸

No obstante, los precios fijados por Deutsche Telekom que fueron objeto de cuestionamiento habían sido aprobados previamente por el regulador alemán, el cual había establecido tarifas tope. De acuerdo con la decisión de la Comisión Europea, en la medida que la empresa mantenía autonomía sobre la decisión final en la fijación de precios —esto es, podía fijar libremente dentro del margen autorizado por la entidad regulatoria—, su comportamiento podía tener como consecuencia la infracción a las normas de competencia. En ese sentido, se sostuvo lo siguiente:

“(...) la aplicación de la normativa de competencia no está excluida, según jurisprudencia

-
16. Se debe notar que, de manera posterior a la resolución del caso que es objeto de análisis mediante el presente trabajo, el Consejo Directivo del OSIPTEL emitió los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Represión de Conductas Anticompetitivas y Desleales en el Ámbito de las Telecomunicaciones, aprobados por Resolución N° 077-2016-CD/OSIPTEL. En dichos lineamientos, se adoptó la interpretación establecida en la Resolución Final, la cual será analizada a mayor detalle en los siguientes acápite.
 17. Comisión de las Comunidades Europeas, Asunto COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 - Deutsche Telekom AG. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea mediante sentencia del 14 de octubre de 2010, Asunto C-280/08.
 18. Dicha conducta implicó el cobro de un precio más elevado por el acceso a infraestructura en el mercado aguas arriba frente a los precios en el mercado aguas abajo.

reiterada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, si las disposiciones sectoriales pertinentes no impiden que las empresas sujetas a tales disposiciones adopten un comportamiento autónomo que pueda obstaculizar, restringir o falsear la competencia.”¹⁹

En ese sentido, mediante la emisión de la decisión citada, la Comisión Europea ha optado por priorizar la aplicación de las normas de competencia comunitarias sobre las normas regulatorias nacionales.²⁰ Ello, siempre que las empresas puedan mantener cierto nivel de autonomía en la realización de las conductas que pueden ser anticompetitivas.

De acuerdo con autores como Monti, la posición de la Comisión Europea se sustenta en el hecho de que la aplicación de las normas de competencia sobre la regulación nacional permite “corregir las debilidades de los reguladores nacionales.”²¹ En efecto, en el caso Deutsche Telekom, la Comisión Europea opta por “corregir” un acto que generaba daños a la competencia, y que había sido habilitado por el regulador nacional.

Sin perjuicio de ello, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América —en adelante, la Corte Suprema estadounidense— ha establecido un criterio distinto al mencionado. En el caso *Trinko*²², una demanda fue presentada por un cliente de la operadora AT&T en Nueva York —en representación de la clase, un conjunto de demandantes— en contra de Verizon, la empresa dominante local en la prestación del servicio de telefonía fija. El demandante alegó que Verizon se había negado injustificadamente a permitir a AT&T el acceso a sus sistemas, lo cual generaba un perjuicio a la competencia, y particularmente, a los clientes de AT&T.

De acuerdo con la demanda planteada, dicha negativa generaba una infracción tanto a la *Sherman Act*, ley de competencia estadounidense, como a la *Telecommunications Act*, ley de telecomunicaciones de dicho país. En el pronunciamiento final emitido por la Corte Suprema estadounidense en enero de 2004, se dispuso que no era posible considerar que la conducta consistía una infracción a la *Sherman Act*, en tanto ésta se encontraba regulada en la *Telecommunications Act*.²³

Asimismo, de manera posterior, mediante la re-

19. *Ibid.*

20. Pierre Larouche, «Contrasting legal solutions and the comparability of EU and US experiences», *TILEC Discussion Papers*, n.º 2006-028 (2006): 7.

21. Giorgio Monti, «Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law», *Society and Economy Working Papers* 8/2008, (2008): 11.

Traducción libre de: “Therefore, from a policy perspective, the need for institutional reform serves as a justification for the status quo: competition law applies even when it contradicts national regulatory policy in order to correct the weakness of national regulators today”.

22. Corte Suprema de los Estados Unidos de América, *Verizon Communications Inc. contra Law Offices of Curtis V. Trinko*, 2004.

23. *Ibid.* “Un factor de particular importancia es la existencia de una estructura regulatoria diseñada para desincentivar y remediar el daño anticompetitivo. Cuando una estructura de este tipo existe, el beneficio adicional que ofrece la aplicación de las normas de competencia tenderá a ser pequeño, y será menos verosímil que las normas de competencia contemplen ese escrutinio adicional. Por el contrario, cuando no existan elementos en la estructura regulatoria que cumplan con la función de defensa de la competencia, el beneficio de la aplicación de las normas de competencia será mayor a las desventajas considerables que en ocasiones original”.

(Continúa en siguiente página)

solución del caso Credit Suisse²⁴, la Corte Suprema estadounidense estableció los siguientes criterios que deben ser tomados en consideración para determinar la exclusión de las normas de competencia:

*"(1) la existencia de una autoridad reguladora facultada legalmente para supervisar las actividades cuestionadas; (2) evidencia de que la autoridad reguladora ejerce dicha facultad; (3) un riesgo consistente en que la aplicación conjunta de la regulación económica y las normas de competencia generará directivas, requerimientos, obligaciones, derechos y/o estándares de conducta opuestos; y, (4) el conflicto generado afecta prácticas que constituyen aspectos centrales del objeto de la regulación."*²⁵

El criterio establecido en los casos citados se denomina la doctrina de la inmunidad implícita y señala que cuando la regulación refiera a una actividad que podría cuestionarse mediante la aplicación de las normas de competencia, estas últimas deberán ser excluidas.²⁶ Siendo ello así, se observa que Estados Unidos adopta un enfoque más amplio de exclusión. Es razonable entender la diferencia de enfoques entre las jurisdicciones mencionadas, si se tiene en consideración que, en el caso de Estados Unidos, no existe la necesidad de "corregir" errores regulatorios nacionales, como sí ocurre en la Unión Europea.

Tomando en consideración las opciones adoptadas por la experiencia internacional, corresponde evaluar los pronunciamientos adoptados por las autoridades peruanas.

2.2.2. Jurisprudencia nacional.

De manera previa a la emisión del pronunciamiento que es objeto de análisis, en el Perú ya se han presentado casos en los que se ha denunciado mediante procedimientos de libre competencia conductas que se encontraban cubiertas por la regulación sectorial; esto es, que se encontraban prohibidas o autorizadas previamente por medio de regulación. En un inicio, la aplicación del principio de supletoriedad como solución para dichas situaciones fue bastante uniforme; sin embargo, como se señala en la presente sección, los criterios más recientes son los que introdujeron discordancias en la aplicación del criterio.

En el año 2002, se resolvieron tres procedimientos de libre competencia en los que se optó por no aplicar la Ley Antimonopolio en la medida que las conductas objeto de imputación se encontraban comprendidas por la regulación. En dichas oportunidades, se buscó cuestionar incumplimientos a normas regulatorias mediante procedimientos de libre competencia. Por tal motivo, las denuncias fueron declaradas improcedentes.

Traducción libre de: *"One factor of particular importance is the existence of a regulatory structure designed to deter and remedy anticompetitive harm. Where such a structure exists, the additional benefit to competition provided by antitrust enforcement will tend to be small, and it will be less plausible that the antitrust laws contemplate such additional scrutiny. Where, by contrast, '[t]here is nothing built into the regulatory scheme which performs the antitrust function,' the benefits of antitrust are worth its sometimes considerable disadvantages".*

24. Corte Suprema de los Estados Unidos de América, Credit Suisse Securities LCC contra Billing, 2007.

25. *Ibíd.*

Traducción libre de: *"(1) the existence of regulatory authority under [the relevant statute] to supervise the activities in question; (2) evidence that the responsible regulatory entities exercise that authority; (...) (3) a resulting risk that the [relevant law] and antitrust laws, if both applicable, would produce conflicting guidance, requirements, duties, privileges, or standards of conduct [; and] (...) (4) (...) the possible conflict affected practices that lie squarely within an area (...) that the [relevant statute] seeks to regulate."*

26. Barak Orbach, «The Implied Antitrust Immunity», *Arizona Legal Studies Discussion Paper*, n.º 14-16 (2014): 3.

En el caso resuelto mediante la Resolución N° 006-2002/CLC-INDECOPI del 13 de marzo de 2002, Napsa denunció a Edelnor por la presunta negativa injustificada del suministro eléctrico de 0,30 Kw para el funcionamiento de dos paneles publicitarios ubicados dentro de la zona de concesión de Edelnor. Sin embargo, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual —en adelante, la “Comisión de Libre Competencia”— declaró improcedente la denuncia pues la Ley de Concesiones Eléctricas, Decreto Ley 25844, disponía la obligación de las distribuidoras eléctricas de proveer energía a todos los usuarios que empleen menos de 1 Mw de potencia dentro de su zona de concesión. En ese sentido, al existir una obligación general de abastecimiento, correspondía al regulador OSINERGMIN —Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería—, al momento en el que se produjo la controversia, conocer la denuncia por infracción a la normativa sectorial.

De manera similar, en el caso resuelto mediante la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL del 16 de julio de 2002, AT&T denunció a Telefónica por un abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada. La denuncia se sustentó en que Telefónica se había negado a programar la numeración “133”, correspondiente a la denunciante, en su red. Dicha programación resultaba necesaria para AT&T pudiera ofrecer el servicio de llamadas telefónicas locales y de larga distancia mediante el uso de tarjetas prepago. No obstante, tal y como sucedió en el caso referido previamente, el Cuerpo Colegiado desestimó la denuncia en tanto la regulación del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y de OSIPTEL establecían un mecanismo para el acceso de operadores a las redes del concesionario local. En ese sentido, la negativa de Telefónica no podía ser analizada bajo las normas de libre competencia, puesto que existía un procedimiento de índole regulatorio que debía aplicarse en el caso.

Finalmente, en ese mismo año también fue declarado improcedente el procedimiento resuelto mediante la Resolución N° 015-2002/

CLC-INDECOPI del 28 de agosto de 2002 iniciado por Practimar. Practimar era una empresa dedicada a la administración de personal que prestan servicios en el Terminal Portuario de Ilo. La empresa había contratado con Opemarpo la prestación de tales servicios. Sin embargo, la empresa Empresa Nacional de Puertos S.A. —en adelante, “ENAPU”— se negó a permitir la entrada del personal de Opemarpo al Terminal Portuario de Ilo. Por lo tanto, Practimar interpuso una denuncia en su contra, calificando su conducta como una negativa injustificada de trato. Sin embargo, la regulación sectorial en materia portuaria establecía un procedimiento para el otorgamiento de acceso a la infraestructura esencial de ENAPU. En ese sentido, correspondía que el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público —OSITRAN— conozca cualquier incumplimiento relativo a dicho procedimiento, y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual —INDECOPI— no calificaba como entidad competente para conocer la denuncia.

Como se puede observar, los casos referidos presentaron características ampliamente similares, y por tal motivo, los pronunciamientos que desestimaron las imputaciones formuladas emplearon criterios de solución homogéneos. Siempre que se negara la realización de una conducta que estaba dispuesta en la normativa sectorial como obligación, no resultaba procedente la interposición de una denuncia en la modalidad de abuso de posición de dominio.

Pocos años después, se presentaron dos nuevos casos en materia de telecomunicaciones en los que los hechos ameritaron el análisis de un nuevo tipo de conflicto entre la regulación y las normas de competencia. En tales situaciones se debió evaluar la aplicación de las normas de competencia a conductas que ya se habían encontrado autorizadas por los reguladores.

Mediante la Resolución N° 002-2004-CCO/OSIPTEL del 13 de agosto de 2004, Red Privada Virtual denunció a Telefónica por la presunta adopción de una práctica discriminatoria mediante la comercialización del plan tarifario

denominado "Línea Premium". De acuerdo con la denunciante, la discriminación se habría producido en tanto los proveedores de internet no conectados a la red de telefonía fija local de Telefónica no podían acceder a la tarifa plana promocional, a diferencia de los proveedores que sí se encontraban conectados a través de su red.

Como sucedió en los casos previos, el Cuerpo Colegiado desestimó la denuncia formulada. En efecto, la regulación disponía que correspondía a la Gerencia General de OSIPTEL aprobar los planes promocionales tarifarios de las empresas operadoras, lo que determinada que el plan objeto de imputación ya había recibido aprobación regulatoria en dicha oportunidad. En ese sentido, no correspondía analizar el potencial efecto anticompetitivo de la conducta en tanto la empresa había actuado bajo el amparo de la aprobación emitida por la Gerencia General.

Asimismo, mediante las Resoluciones N° 008-2005-CCO/OSIPTEL del 11 de marzo de 2005 y N° 0006-2005-TSC/OSIPTEL del 21 de abril de 2005, tanto el Cuerpo Colegiado como el Tribunal debieron pronunciarse respecto de una denuncia interpuesta por Nextel en contra de Telefónica Móviles por la realización de una práctica con características similares. La denuncia se sustentó en el hecho de que el costo de los cargos de terminación en la red de la denunciada era significativamente mayor para sus competidores, frente a la tarifa que dicha empresa cobraba para las comunicaciones dentro de su red —*on-net*—. Los órganos resolutivos de OSIPTEL determinaron que no podían pronunciarse respecto a los cargos de terminación, ya que estos habían sido pactados entre las partes mediante un procedimiento que había culminado con suscripción de un contrato de interconexión aprobado por la Gerencia General de OSIPTEL.

Como se observa, al presentarse un nuevo tipo de conflictos, esto es, la aplicación de normas de competencia a conductas que ya se encontraban autorizadas por la regulación sectorial, la autoridad optó por brindar primacía a las normas regulatorias. Todo ello, en concordan-

cia con los criterios establecidos en las normas que regularon el principio de supletoriedad.

No obstante, si bien la aplicación del principio de supletoriedad se venía presentando de manera uniforme, la Sala de Defensa de la Competencia de INDECOPI —en adelante, la "Sala"— se apartó de los criterios señalados.

En el caso resuelto mediante Resoluciones N° 021-2007/CLC-INDECOPI del 21 de marzo de 2007 y N° 0004-2008/TDC-INDECOPI del 3 de enero de 2008, Alfagas denunció a Repsol y otras empresas competidoras por una presunta negativa injustificada de trato, en tanto éstas se negaban a efectuar canjes de balones de gas, a pesar de que la denunciante lo había requerido en múltiples ocasiones.

Las condiciones de intercambio y comercialización de cilindros se encontraban dispuestas en la regulación sectorial de OSINERGMIN. Por tal motivo, de acuerdo con lo resuelto en primera instancia correspondía que dicho regulador conozca la conducta y, por tal motivo, la Comisión de Libre Competencia declaró improcedente la denuncia. Sin embargo, en segunda instancia, la Sala anuló la decisión bajo el argumento que solo la regulación económica, y no la social, podía desplazar la aplicación de normas de competencia. En ese sentido, en la medida que el mercado de hidrocarburos no es monopólico, las normas aplicables a dicho sector no podían ser consideradas como regulación económica. Siendo ello así, al tratarse de un conflicto que involucraba regulación social, ésta podía ser aplicada de manera simultánea con las normas de competencia.

Como se puede apreciar, la jurisprudencia fue consistente en brindarle primacía a la regulación sectorial de manera sistemática, hasta la resolución del caso Alfagas. La introducción de dicho criterio determinó un quiebre en la interpretación que venía siendo aplicada al principio de supletoriedad. Sin perjuicio de ello, después de haber analizado las normas aplicables, así como la jurisprudencia, en la siguiente sección se propone una delimitación al ámbito de aplicación del principio.

2.3. ¿En qué circunstancias se debe excluir las normas de competencia frente a la aplicación de la regulación sectorial?

Para determinar un criterio o solución uniforme, es necesario determinar los tipos de conflictos que pueden presentarse en la aplicación de regulación sectorial y normas de competencia. Al analizar tales tipos de conflictos, será posible distinguir entre las distintas soluciones disponibles.

Después de observar la jurisprudencia en la materia, es posible definir que existen dos tipos de conflictos que pueden presentarse en el análisis de conductas en el mercado: (a) conductas que se encuentran aprobadas o permitidas por las normas sectoriales, y que son tipificadas por las normas de competencia y (b) conductas que se encuentran tipificadas por normas sectoriales, así como por las normas de competencia.

Para el caso de la situación descrita en el numeral (a), tanto la doctrina como la jurisprudencia es pacífica en señalar que, en tal escenario, siempre se debe excluir la aplicación de las normas de competencia. Ello, debido a que:

“como parte de las funciones que la Ley le ha encomendado al regulador, la autorización de conductas que afecten a la competencia implica dar prioridad a otros objetivos que resulten de sumo valor para el desarrollo de una industria determinada en un plazo definido.”²⁷

Aceptar una respuesta distinta generaría situaciones en la que los agentes se encontrarían

frente a una encrucijada en la que deben decidir si corresponde vulnerar la regulación sectorial o de vulnerar las normas de competencia²⁸, así como en situaciones de impredecibilidad sobre la validez de las autorizaciones regulatorias.

Se debe tener en consideración que, para que concurra la exclusión de las normas de competencia, la conducta que es permitida o aprobada por la regulación sectorial deberá señalarse de manera expresa, según lo establecido en los Lineamientos de Libre Competencia citados previamente.²⁹ Del mismo modo, a fin de evitar colocar a los agentes económicos en situaciones de conflicto nuevamente, deberá ser posible que la conducta que excluye la aplicación de las normas de competencia también podrá ser aquella que es esencialmente necesaria para ejecutar una conducta expresamente ordenada.

Por otro lado, en el caso de las situaciones descritas en el numeral (b), se concluye que, independientemente de la naturaleza de la regulación aplicable al caso, deberá optarse también por excluir la aplicación de las normas de competencia. No obstante, para implementar esta propuesta deberá dejarse sin efecto el criterio establecido en el caso Alfagas.

En el caso Alfagas, la Sala estableció que, ante conflictos normativos, solo deberán excluirse las normas de competencia cuando éstas entren en conflicto con “regulación económica”. En ese sentido, de acuerdo con dicho pronunciamiento, existe la posibilidad de aplicar concurrentemente las normas de competencia junto con la “regulación social”³⁰ puesto que

27. Joselyn Olaechea, *Op. Cit.*, 90.

28. Carlos Patrón, «El que mucho abarca, poco aprieta: del llamado principio de supletoriedad en materia de libre competencia», *Derecho & Sociedad*, n.º 30 (2008): 406

29. Numeral 4 de los Lineamientos de Libre Competencia.

30. Es importante notar que uno de los aspectos más cuestionados del caso Alfagas es la definición incorporada por la Sala de los conceptos de regulación económica y regulación social. De acuerdo con lo señalado por la Sala, la regulación social se define como aquella aplicable a los mercados que “no son monopólicos”. Consecuentemente, se determinó que las disposiciones relativas al intercambio de cilindros deberán ser consideradas como regulación social en vista de que aplicaría en un mercado en el que existe competencia.

*"(e) El sistema jurídico admite que un mismo hecho pueda tener distintas consecuencias jurídicas, de forma tal que a partir de una conducta específica se puedan derivar diversas infracciones y sanciones igualmente diversas."*³¹

No obstante, en los casos en los que existe regulación sectorial prohibiendo una conducta, no será pertinente aplicar las normas de competencia, en tanto éstas últimas tienen carácter general y no han sido emitidas para un sector particular. Aún cuando se trate de un conflicto entre normas de competencia y regulación que podría ser considerada de carácter social, la aplicación del principio general del Derecho sobre la especialidad normativa determinaría optar por la exclusión del régimen general. Lo contrario implicaría aceptar la posibilidad de que una conducta sea sancionada dos veces por la vía administrativa.

En efecto, el hecho de que una conducta se encuentre prohibida por la regulación sectorial determina que ésta no deba producirse en el mercado. No obstante, de ser el caso, la vía para cuestionar y sancionar su concurrencia debe ser, únicamente, la que se encuentra dispuesta en la norma especial que la prohíbe. Con ello, se elimina la posibilidad de que se produzca un escenario de doble prohibición.

Es importante notar que las normas y lineamientos que regulaban la aplicación del principio de supletoriedad no establecieron precisiones ni diferenciaciones en cuanto a la naturaleza de la regulación que excluye la aplicación de normas de competencia. Particularmente, en el caso de los Lineamientos de Libre Competencia, OSIPTEL ya había señalado que la aplicación de las normas de competencia solo se produciría *"en el supuesto que una determinada práctica o conducta no esté tipificada o cubierta de manera expresa por la normatividad específica del sector."*³²

Permitir ciertos escenarios en los que sea posible aplicar tanto las normas de competencia como la regulación sectorial genera impredecibilidad. Asimismo, dicha situación le otorgaría un gran poder a las agencias de competencia. Éstas no solo tendrían la potestad de resguardar el proceso competitivo mediante la aplicación de normas de competencia, pues también tendrían la posibilidad de evaluar la naturaleza de las disposiciones emitidas por los reguladores y sancionar conductas que deberían ser de su competencia.

Al respecto, en la línea de lo establecido por la doctrina de la inmunidad implícita estadounidense, Patrón sostiene lo siguiente:

"Lo realmente peligroso del criterio postulado por la Sala en la Resolución comentada [caso Alfagas] es el rol que indirectamente se termina atribuyendo el INDECOPI. Lo que en buena cuenta termina haciendo la Sala es otorgarle a los órganos funcionales del INDECOPI el poder para sancionar conductas sujetas a la supervisión y fiscalización de entidades regulatorias sectoriales especializadas, incluso contradiciendo los mandatos de estas últimas.

(...)

*De este modo, INDECOPI se coloca como una especie de supraorganismo regulador de todos los sectores de la actividad económica que no se caractericen por ser monopolio natural."*³³

Como se observa, el autor sugiere separarse del criterio establecido en el caso Alfagas en la medida que, como sucede en la Unión Europea, la solución propuesta le otorgaría a las agencias de competencia el poder para fiscalizar conductas que se encuentran dentro del ámbito de competencia de entidades regulatorias.

31. Resolución N° 0004-2008/TDC-INDECOPI del 3 de enero de 2008.

32. Numeral 4 de los Lineamientos de Libre Competencia.

33. Carlos Patrón, *Op. Cit.*, 408.

Por tales motivos, resulta pertinente excluir la aplicación de las normas de competencia en los casos en los que una conducta se encuentre tipificada por la regulación sectorial, sin importar la naturaleza de la normativa que establece la tipificación.

IV. ¿SE CONCEPTUALIZÓ ADECUADAMENTE LOS ALCANCES DEL PRINCIPIO DE SUPLETORIEDAD EN EL CASO SPEEDY NAKED?

De acuerdo con el argumento presentado por Telefónica en este caso, la comercialización de los servicios de telefonía fija y acceso a internet vía ADSL de manera conjunta corresponde a la situación descrita en el numeral (a) correspondiente a la sección previa. Es decir, la conducta imputada habría sido aprobada por la regulación sectorial. En ese sentido, el concepto propuesto por el Tribunal se centra en dicho supuesto, y establece lo siguiente:

"En consecuencia, en el presente caso, a fin de determinar si corresponde aplicar la normativa de libre competencia a la práctica de venta atada materia de investigación, debe determinarse lo siguiente:

a) si la práctica ha sido aprobada o impuesta por la regulación de una forma que resulte incompatible la aplicación de las normas de libre competencia, en cuyo caso se aplicará la regulación y no las normas de libre competencia; o

b) si la regulación sectorial sólo ha constata-

do el hecho de que la práctica es realizada en el mercado o no ha emitido opinión, al tratarse de una iniciativa empresarial privada, en cuyo caso aplicarán las normas de libre competencia."³⁴

Con relación a las conductas en las que la regulación sectorial aprueba o impone una conducta a los agentes del mercado, el Tribunal precisó que resulta necesario analizar el alcance de la aprobación efectuada, en tanto esta puede ser:

*"(i) sólo "formal", con poca consideración de las consecuencias sobre la competencia, o (ii) si ha implicado un proceso de revisión exhaustivo". Teniendo en consideración dichas posibilidades, el Tribunal concluye que "(e)n el supuesto (i) se debe aplicar la normativa de libre competencia, en el supuesto (ii) debe ser descartada."*³⁵

Por otro lado, con relación a las conductas que la regulación sectorial solo ha *"constatado"*, el Tribunal determina que deberán encontrarse sujetas a las normas de competencia puesto que *"no resulta posible entender que ha operado una convalidación tácita que ha inmunizado dicha conducta de la aplicación de las normas de libre competencia. Por el contrario, en estos casos debe entenderse que, se trata de una materia sujeta al acuerdo de voluntades entre las partes y a las reglas del mercado (...)"*³⁶

En ese sentido, la categorización propuesta por el Tribunal se puede resumir de la siguiente manera:

Supuestos	Normas de competencia
Práctica <u>aprobada o impuesta</u> por la regulación sectorial	Aprobación "formal" con poca consideración sobre la competencia
	Aprobación que ha implicado un proceso de revisión exhaustivo
Práctica <u>constatada</u> por la regulación sectorial	Aplican

34. Resolución Final, 47.

35. *Ibid.*

36. *Ibid.*, 46.

Como se observa, las categorías propuestas por el Tribunal no se desprenden de lo establecido en las normas o lineamientos que refieren al principio de supletoriedad, ni se condicen con la jurisprudencia en la materia. Por el contrario, el Tribunal ha optado por introducir una nueva categoría bajo la cual la regulación sectorial "constata" la realización de una conducta.

Sobre este primer punto, es importante notar que no resultaría posible establecer que la regulación sectorial pueda limitarse a "constatar" conductas en el mercado en los términos planteados por el Tribunal. Si se observa el criterio establecido en los Lineamientos, bajo el cual las conductas sujetas a aprobación o tipificación regulatoria deberán encontrarse señaladas expresamente, en términos logísticos, no podría presentarse una situación de mera "constatación" como sugiere el Tribunal.

Con relación a las conductas que son aprobadas o impuestas por la regulación, se puede apreciar que el Tribunal, sin referirse expresamente a ello, ha propuesto soluciones que parecen responder a la naturaleza de los bienes protegidos por las aprobaciones regulatorias que pueden presentarse, como sucede en el caso Alfagas. Al referirse a aprobaciones que han implicado una revisión exhaustiva sobre los efectos de la conducta en la competencia, parece referirse a aprobaciones regulatorias emitidas en el marco de normativa económica o para la competencia.

Por otro lado, al referirse a aprobaciones que han tenido "poca consideración" sobre su impacto en la competencia, parece referirse a aprobaciones o imposiciones emitidas en el marco de normas de naturaleza social, es decir, que buscan proteger bienes jurídicos distintos a las normas de competencia. Por tal motivo, opta por excluir la aplicación de normas de competencia en los supuestos en los que las normas que regulan la aprobación no tienen consideración por el proceso competitivo.

No obstante, como se señaló en la sección previa, cuando se trata de conductas aprobadas

por la regulación, no se deberá aplicar las normas de competencia. Ello, con independencia del nivel de consideración en términos de competencia otorgado por el regulador que emitió la aprobación.

En efecto, los agentes económicos que actúan amparados bajo una autorización regulatoria despliegan sus actividades con la confianza de que, al haber recibido una aprobación, la conducta no podrá ser sancionada por normas de naturaleza distinta. Todo ello bajo el entendido de que la aprobación emitida responde a un diseño normativo que le brinda mayor relevancia a un bien jurídico distinto a la competencia. En ese sentido, no resulta coherente plantear la posibilidad de sancionar dicho tipo de conductas.

Por todo ello, la conceptualización efectuada por el Tribunal no resulta congruente con la jurisprudencia y la doctrina con relación al principio de supletoriedad. Es importante notar que el hecho de emitir una conceptualización errada del principio no es un aspecto menor. En efecto, en este caso, dicha situación supuso la aplicación de normas de competencia a una conducta que había sido aprobada de manera previa por la regulación aplicable. Como señalamos en la siguiente sección, tal aplicación habilitó a los órganos resolutivos de controversias de OSIPTEL a "corregir" la aprobación emitida por la Gerencia General.

V. EFECTO DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUPLETORIEDAD SEGÚN EL CRITERIO DEL TRIBUNAL

Como se había mencionado previamente, a lo largo del procedimiento, Telefónica sostuvo que la venta conjunta de los servicios había sido autorizada a través de la emisión de una aprobación a los Contratos de Abonados que contenían cláusulas expresas que requerían de una línea fija de Telefónica como condición para adquirir el servicio *Speedy*. A continuación, se analiza a mayor detalle cómo es que dicha aprobación habría operado en el mercado, y por qué es que ésta debió haber excluido la aplicación de las normas de competencia.

Las disposiciones relativas a la aprobación de los contratos de abonados que se encontraban vigentes al momento en que se produjo la aprobación regulatoria se encontraban en las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones aprobadas por Resolución de Consejo Directivo N° 116-2003-CD-OSIPTEL —en adelante, las “Condiciones de Uso”—. De acuerdo con lo establecido en tal norma, su finalidad era regular las relaciones entre los abonados y usuarios, frente a las empresas operadoras:

“Artículo 1.- Objeto de la Norma

La presente norma establece las obligaciones y derechos de las empresas operadoras, abonados y usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones, y constituye el marco normativo general dentro del cual se desenvolverán las relaciones entre ellos.”

En ese sentido, tomando en consideración la asimetría informativa, las Condiciones de Uso establecen disposiciones para subsanar dichas fallas y, con ello, garantizar el bienestar de los abonados y usuarios. Es por tal motivo que el artículo 11 de la norma establece requisitos para la correcta elaboración de los Contratos de Abonados, así como la información mínima que debe incluirse en ellos. Del mismo modo, la norma dispone la obligación de remitir a OSIPTEL una copia del contrato para su aprobación:

“Artículo 11.- Cláusulas generales y adicionales de contratación

El contrato de abonado estará compuesto por las Cláusulas Generales de Contratación aprobadas por OSIPTEL y por aquellas cláusulas adicionales en las que el abonado consigne su opción respecto de cualesquiera de las alternativas de adquisición, arrendamiento u otra modalidad de utilización de equipos, su mantenimiento u otras condiciones inherentes al servicio.

(...)

En los contratos de abonado deberá constar expresamente, como mínimo, la información a que se refieren los numerales (i), (iv), (v), (vi), (viii) y (ix) del artículo 6.

La empresa operadora deberá remitir a

OSIPTEL una copia del modelo de contrato de abonado, con anterioridad a la fecha de inicio de la comercialización del servicio, así como cualquier modificación al contenido del mismo.”

La justificación para la inclusión de tales disposiciones fue incluida en la Exposición de Motivos de la norma, en la cual se establece expresamente que el propósito de que los contratos sean remitidos a OSIPTEL es que dicha entidad verifique el cumplimiento de las disposiciones contenidas en las Condiciones de Uso. Al respecto, se había establecido lo siguiente:

“También, se establece que las empresas operadoras están obligadas a remitir a OSIPTEL una copia de los modelos de contrato antes que el servicio sea comercializado, con la finalidad que éstos sean revisados y en caso éstos no se hubieran adecuado a las Condiciones de Uso o estuvieran contraviniendo alguna disposición de las mismas, realizar las observaciones respectivas a dichos modelos de contratos.”

Tomando ello en consideración, es claro que la revisión que debía efectuarse por OSIPTEL debía ser comprensiva con relación a las disposiciones contenidas en las Condiciones de Uso. Dicho análisis no debía pasar por alto la posibilidad de determinar la validez de efectuar una venta conjunta de los servicios de telefonía fija y acceso a internet vía ADSL. Ello en la medida de que al momento en el que se produjeron las aprobaciones, las Condiciones de Uso establecían una prohibición expresa a la existencia de ventas atadas. Dicha prohibición se fijó en los siguientes términos:

“Artículo 17.- Prohibición de ventas atadas
Toda persona tiene derecho a contratar por separado cualquiera de los servicios que ofrece la empresa operadora, quedando prohibido que la contratación se condicione a la adquisición, arrendamiento o cualquier otra forma de utilización, de los materiales y/o equipos de propiedad de la empresa operadora y/o a la contratación de otros servicios públicos de telecomunicaciones; sin perjuicio

que la empresa operadora pueda ofrecer planes tarifarios, ofertas o promociones, en los cuales se incluya dichos componentes adicionales.”

Como es el caso del artículo 11, la justificación para la inclusión de dicha prohibición fue expresada en la Exposición de Motivos de la norma, en la cual se establece lo siguiente:

“La presente norma establece que al momento de la contratación, los abonados pueden optar por la adquisición a la empresa operadora o a un tercero ajeno a ella, de los equipos terminales y de la instalación de los mismos. Siendo el único requisito que los referidos equipos se encuentren debidamente homologados por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

(...)

Igualmente, esta norma establece la prohibición de condicionar la contratación del servicio a la adquisición, arrendamiento o cualquier otra forma de utilización de los materiales y/o equipos de titularidad de las empresas operadoras y/o a la contratación de otros los servicios públicos de telecomunicaciones. Con ello, no se prohíbe a las empresas operadoras a ofrecer planes tarifarios, ofertas o promociones en los que se incluyan los referidos componentes. Lo importante es que los solicitantes de los servicios tengan la posibilidad de elegir qué propuesta responde mejor a sus necesidades.”

Sin perjuicio de lo señalado en la normativa, el Tribunal indicó que no resultaba razonable que Telefónica entendiera, de buena fe, que la conformidad dada por la Gerencia General en virtud de lo establecido en el artículo 11 de Condiciones de Uso constituía también la opinión de las instancias de solución de controversias en materia de libre competencia. Mucho menos, que ello significara que éstas se inhibirían de iniciar cualquier procedimiento destinado a investigar los efectos de esta oferta comercial.³⁷

No obstante, una aplicación adecuada y rigurosa del principio de supletoriedad en los términos definidos en el presente trabajo nos permite llegar a una conclusión diferente. Al respecto, el elemento clave en el análisis del Tribunal debió ser la evaluación de la existencia de una aprobación que pudiera ser considerada como “expresa”, de acuerdo con lo señalado en la sección previa y en concordancia con los Lineamientos de Libre Competencia.

Es relevante reiterar que, en los casos de aprobación de conductas, no resulta relevante tomar en consideración la naturaleza del bien jurídico protegido a través de la normativa que regula o dispone la aprobación. Ello en la medida que, al aprobar una conducta determinada, debemos entender que la regulación sectorial ha optado por primar un bien jurídico distinto a la competencia en un caso concreto.

Al respecto, se puede apreciar que sí existió una aprobación expresa a la conducta objeto de análisis mediante el presente procedimiento en la medida que: (a) los Contratos de Abonados referían a la necesidad de contar con una línea contratada con Telefónica como un requisito para la adquisición del servicio de acceso a internet vía ADSL; (b) la exposición de motivos del artículo 11 de las Condiciones de Uso dispone que el objetivo de la verificación de OSIPTEL es constatar la legalidad de los Contratos de Abonados; y, (c) todos los Contratos de Abonados fueron aprobados a pesar de la existencia de una prohibición expresa en las Condiciones de Uso para las ventas atadas.

Tomando todo ello en consideración, en el presente caso sí concurrió una aprobación que excluía las normas de competencia a través de las cartas N° 082-GG.GUS/2009 y N° 489-GG. GUS/2009, por las cuales OSIPTEL manifestó su conformidad con los Contratos de Abonados. El hecho de que se prohibiera la conducta a pesar de la existencia de dichas aprobaciones

37. Resolución Final, 56.

determinó una indebida atribución de facultades para modificar la decisión de la Gerencia General.

Del mismo modo, incluso en el supuesto que de que los Contratos de Abonados no comprendieran una aprobación expresa a la comercialización conjunta de los servicios, de todos modos hubiese correspondido que en aplicación del principio de supletoriedad se excluyera la aplicación de las normas de competencia. En efecto, teniendo en consideración que en este caso el artículo 17 de las Condiciones de Uso establece la tipificación de la conducta tipificada por las normas de competencia, lo pertinente hubiese sido declarar la improcedencia de la denuncia, e iniciar el procedimiento de índole regulatorio para cuestionar la práctica.

El Tribunal determinó que la prohibición regulatoria a las ventas atadas contenida en el artículo 17 de las Condiciones de Uso no excluía la aplicación de las normas de competencia. Para ello, realizó una diferenciación del bien jurídico tutelado mediante dicha disposición, el derecho de cada consumidor a decidir qué productos adquiere y qué servicios contrata en el mercado, frente al bien jurídico protegido en el caso de las normas de competencia, el proceso competitivo.

Asimismo, tomando en consideración los elementos necesarios para configurar el tipo en cada infracción mencionó:

"(...) para que se configure un supuesto de venta atada tipificado en las normas de libre competencia, no solo es necesario que se verifique la existencia de una venta atada, en tanto coerción para el comprador, sino que es necesario que se acredite que dicha conducta ha generado efectos exclusorios en el mer-

cado que superen las eficiencias que podría haber producido."³⁸

(...) no resulta razonable interpretar que la conformidad del OSIPTEL haya implicado que la atadura implementada por TELEFÓNICA (...) no podía ser objeto de investigación y sanción bajo las normas de libre competencia (...) cuyo bien jurídico protegido, requisitos configurantes del tipo administrativo y metodología de evaluación son diferentes a los empleados por las normas de protección al consumidor."³⁹

Sin embargo, lo que revela el análisis efectuado por el Tribunal con relación a los elementos del tipo de cada infracción es que la conducta prohibida por la regulación resultaba más comprensiva en su ámbito de prohibición frente a lo establecido en la normativa de competencia. En ese escenario, resulta aún más razonable excluir la aplicación de las normas de competencia. La existencia de una regulación sectorial más comprensiva eliminó cualquier "espacio vacío" en el que se podría requerir la fiscalización de la agencia de competencia.

Por todo lo señalado, las aprobaciones a los Contratos de Abonados sí constituyeron aprobaciones regulatorias que debieron excluir la aplicación de las normas de libre competencia. Tales Contratos de Abonados refieren de manera expresa al condicionamiento de la prestación del servicio de acceso a internet vía ADSL a la tenencia previa de una línea de telefonía fija de Telefónica, y fueron analizados en contraste con la prohibición a las ventas atadas contenida en el artículo 17 de las Condiciones de Uso. Del mismo modo, aún si no hubiese existido una aprobación, hubiese correspondido la exclusión de las normas de competencia debido a que la conducta investigada se encontraba tipificada en el artículo

38. *Ibid.*, 54-55.

39. *Ibid.*, 56.

17 de las Condiciones de Uso. Por ello, el cuestionamiento a la conducta debió formularse a través de la vía regulatoria⁴⁰.

Finalmente, es importante notar que los efectos de la decisión del Tribunal en el presente caso no se limitaron a afectar la situación de Telefónica. En efecto, el criterio del Tribunal para definir los alcances del principio de supletoriedad ha sido plasmado en los nuevos Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Represión de Conductas Anticompetitivas en el Ámbito de las Telecomunicaciones, aprobados por Resolución No 077-2016-CD/OSIPTEL. Con ello, se ha incluido la posibilidad de injerir en las decisiones de otros reguladores a través de la aplicación de dicho criterio.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

La correcta conceptualización y aplicación del principio de supletoriedad es de gran importancia para el ordenamiento jurídico puesto que es un mecanismo que le brinda coherencia, proporcionando respuestas para conflictos normativos entre las normas de competencia y la regulación. Sin embargo, la jurisprudencia no ha sido consistente en las condiciones que deben presentarse a fin de que concurra la aplicación del principio.

Sin perjuicio de ello, atendiendo al principio de especialidad de las normas, la coherencia del ordenamiento y, principalmente, a las expectativas de los agentes que actúan bajo el amparo de mandatos regulatorios, el principio de supletoriedad debe implicar la exclusión de las normas de competencia, siempre que exista una norma específica que tipifique o apruebe la conducta objeto de análisis de manera expresa. Ello, con independencia de los bienes protegidos o de la naturaleza de la regulación que refiere a la conducta cuestionada.

Si bien la postura mencionada es ampliamente aceptada para el caso de las conductas que son aprobadas por la regulación, la Resolución Final se aparta injustificadamente de este criterio. De acuerdo con lo establecido por el Tribunal, es posible sancionar a través de un procedimiento de libre competencia una conducta que ha sido previamente aprobada por la regulación, cuando tal aprobación haya sido emitida sin observar su impacto en la competencia. Como se ha mencionado previamente, dicho pronunciamiento genera incongruencias en el sistema jurídico y resta predictibilidad a las actuaciones de los administrados.

En el caso específico, la aplicación del principio de supletoriedad en los términos del Tribunal determinó la aplicación de normas de competencia a una conducta que se encontraba autorizada previamente por la Gerencia General de OSIPTEL. Siendo ello así, al prohibir una conducta previamente aprobada, tanto el Cuerpo Colegiado como el Tribunal se adjudicaron la facultad de modificar las decisiones de la Gerencia General. En otras palabras, se utilizó un procedimiento de libre competencia para “obviar” la autorización otorgada a una práctica.

Es necesario repensar la manera en la que se delimita los alcances del principio de supletoriedad a fin de brindar mayor unidad al sistema jurídico; y, sobre todo, evitar situaciones en las que se le pueda otorgar facultades indebidas a las agencias de competencia. Si bien este trabajo se ha centrado en el sector telecomunicaciones, esta labor deberá ser aplicada de manera uniforme en todos los mercados cuya regulación pueda entrar en conflicto con las normas de competencia. Los futuros pronunciamientos en la materia deberán establecer criterios dirigidos a brindar mayor seguridad jurídica a los agentes económicos.

40. Pocos meses después de la emisión de la Resolución Final, la regulación sectorial relativa a los esquemas habilitados a las operadoras para la comercialización conjunta de servicios fue modificada. En efecto, mediante una incorporación en las disposiciones en materia tarifaria, el OSIPTEL estableció reglas complementarias dirigidas a reiterar la prohibición a las ventas atadas ya consignadas en las Condiciones de Uso, así como incorporar reglas en materia tarifaria para evitar el establecimiento de empaquetaduras. En términos prácticos, por la vía regulatoria, dicha modificación otorgó efectos generales a la medida correctiva impuesta a través del procedimiento de libre competencia.

El *crowdfunding* llegó al Perú, ¿para quedarse?



RICARDO MERCADO ESPINOSA

Abogado por la Universidad de Lima.
Miembro Asociado de ADV Editores - Revista **ADVOCATUS**.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. *Crowdfunding*: antecedentes y conceptos.
- III. Modalidades.
- IV. Principales ventajas y desventajas.
- V. Riesgos típicos.
- VI. Regulación.
- VII. ¿Por qué es atractivo el *crowdfunding* en países como el Perú?
- VIII. Desafíos para los actores del *crowdfunding*.
- IX. Conclusiones.



RESUMEN:

El presente artículo busca describir brevemente el fenómeno del *crowdfunding* o financiamiento participativo, como un mecanismo de financiamiento alternativo para emprendedores que, en su mayoría, tienen barreras para acceder a financiamientos en el sistema financiero tradicional. Asimismo, tiene como finalidad poner sobre la mesa los principales desafíos que tienen todos los actores del *crowdfunding* para que este mecanismo permanezca en el tiempo y ayude al desarrollo de la economía peruana.

Palabras clave: *crowdfunding*, financiamiento participativo, emprendimiento, desafíos.

ABSTRACT:

This article seeks to briefly describe the phenomenon of crowdfunding or participatory financing as an alternative financing mechanism for entrepreneurs who, for the most part, have barriers to access to funding in the traditional financial system. It also aims show the main challenges that actors of crowdfunding have so that this mechanism stays in time and helps the development of Peruvian Economy.

Keywords: *crowdfunding*, participatory financing, entrepreneurship, challenges.

I. INTRODUCCIÓN

En junio de 2016 William perdió a Edward, su hermano, debido a un accidente automovilístico causado por una negligente conductora. Luego de dicha pérdida, William se unió con una asociación que tiene como fin ayudar y orientar a las víctimas o personas afectadas por accidentes de autos, y juntos buscan crear conciencia en la sociedad a través de campañas de seguridad vial. Sin embargo, William y la asociación necesitan fondos para implementar y publicitar las mismas, por lo que decidieron lanzar una campaña en la página web "gofundme.com"¹, página de *crowdfunding*, con la finalidad de levantar el capital suficiente para ejecutar sus planes.²

Así como William, actualmente muchas personas naturales y jurídicas buscan mecanismos de financiamiento alternativos como el *crowdfunding* para concretar sus proyectos, ya sea porque consideran al *crowdfunding* un mecanismo de financiamiento que se adecúa mejor a sus necesidades, porque este tipo de mecanismos pueden publicitar de manera más adecuada su proyecto o debido a que

no califican en el mercado financiero para un préstamo tradicional por el monto que requieren. De cualquier manera, el *crowdfunding* se ha convertido en uno de los mecanismos de financiamiento de moda para muchos emprendedores y personas que buscan ayuda económica. Es por ello que muchos países han optado por emitir normas y/o lineamientos específicos para regular este tipo de mecanismos de financiamiento. En esa misma línea, el pasado 23 de enero de 2020 el poder ejecutivo del Perú emitió el Decreto de Urgencia 023-2020, Decreto de Urgencia que promueve el financiamiento de las MIPYME, Emprendimientos y Startups —en adelante, el “Decreto de Urgencia”— que tiene como objetivo implementar medidas que permitan inyectar de liquidez a las MIPYME —micro, pequeña y mediana empresa— a través de, entre otros mecanismos, el *crowdfunding* o financiamiento participativo.

Teniendo en cuenta ello, el presente artículo tiene como finalidad ahondar en el fenómeno del *crowdfunding*, la importancia que puede llegar a tener este mecanismo de financiamiento en un país como el Perú y esbozar los prin-

1. La página web <https://www.gofundme.com> es una de las principales páginas de *crowdfunding* en el mundo.
2. El caso antes señalado ha sido recuperado de la siguiente página web: <https://www.gofundme.com>, específicamente del siguiente enlace: <https://www.gofundme.com/f/stop-accidentesroma-2020>.

cipales desafíos que tienen todos los actores relacionados para lograr que el *crowdfunding* funcione de manera óptima en el país como lo viene haciendo en otros países, tanto desarrollados como en vías de desarrollo.

II. CROWDFUNDING: ANTECEDENTES Y CONCEPTO

El *crowdfunding* o financiamiento participativo es, básicamente, una forma de financiamiento en virtud del cual una persona publicita un proyecto de su autoría —que puede ser un emprendimiento de negocio o no— en una cierta plataforma —hoy en día, básicamente a través de las plataformas electrónicas— solicitando a una masa de inversionistas que le otorguen el financiamiento requerido para el desarrollo de su proyecto.

Así, el *crowdfunding* tiene 3 elementos principales:

- a) La masa de inversionistas que son quienes financiarán, a través de pequeños montos de dinero otorgados por cada inversionista, los proyectos presentados en una determinada plataforma. Hoy en día muchas personas optan por realizar inversiones a través de este tipo de alternativas debido a una serie de razones. Las principales son las siguientes:
 - (i) Es accesible a cualquier persona. Si bien en todas las plataformas de *crowdfunding* es necesario un previo registro para invertir en los proyectos publicados en dichos portales y hay que cumplir la regulación propia del portal de *crowdfunding*, el proceso de registro es bastante sencillo y suele ser gratuito, en comparación con los procedimientos para acceder a otros mercados más sofisticados.
 - (ii) Bajos costos de transacción. Los costos de transacción para un inversionista de invertir en un proyecto en una plataforma de *crowdfunding* son bastante más bajos que realizar una inversión en el mercado financiero tradicional.
- b) La plataforma, es el elemento principal de este modelo de financiamiento, dado que su principal función es servir como conector de los inversionistas con los usuarios o creativos que buscan financiamiento. Hoy en día, las plataformas son electrónicas y el desarrollo de la tecnología ha hecho posible que las mismas generen interacciones entre una gran cantidad de personas, que sean más dinámicas y a costos muy bajos. Estas plataformas cuentan con sus propias políticas, lineamientos y términos y condiciones a efectos de que la comunicación entre inversionistas y creadores o creativos sea óptima tanto en el momento previo de la inversión, como en el post- inversión, una vez que el proyecto financiado se esté ejecutando.
- c) Los creadores o emprendedores son las personas que solicitan un monto determinado a través de la plataforma, a efectos de desarrollar o materializar proyectos propios. Los creadores usualmente optan por financiarse a través de este mecanismo debido, principalmente, a los siguientes motivos:
 - (iii) Diversas oportunidades de inversión. A través de las plataformas de *crowdfunding*, un inversionista puede obtener información y luego realizar inversiones sobre una serie de proyectos publicados, tanto en el mercado local como en mercados internacionales.
 - (iv) Pronto acceso a nuevos productos. En el tipo de *crowdfunding*-premio, el inversionista obtendrá, antes que cualquier otro consumidor no inversionista, el producto relacionado con el proyecto financiado antes que dicho producto salga al mercado.
 - (v) Filantropía. En el *crowdfunding*-dación, el inversionista tiene la oportunidad de realizar donaciones a una serie de proyectos que buscan el bienestar de la comunidad o de personas o grupos específicos, tal como lo veremos más adelante.

- (i) No califican como sujetos de crédito. Una serie de personas naturales y jurídicas, por el contexto económico y su propio contexto personal no califican como sujetos de crédito bajo el modelo de financiamiento tradicional, por lo que buscan financiar sus proyectos a través de alternativas distintas, como es *crowdfunding*.
- (ii) Al igual que para los inversionistas, los costos del financiamiento son más bajos. En comparación con la banca tradicional, financiarse a través de mecanismos como el financiamiento participativo son bastante más eficiente para determinadas empresas, ya que lo único que deberán pagar son las comisiones a la plataforma donde su proyecto ha sido publicado.
- (iii) En los *crowdfunding* de inversión, la interacción del inversionista con el creador permite un flujo de comunicación y sugerencias respecto al producto que el creador lanzará al mercado que podría ser muy beneficioso para el creador.

Si bien en estos días este mecanismo de financiamiento alternativo se encuentra en auge o de moda, no es una creación nueva de las masas, sino bastante antigua. Sin embargo, en estos últimos tiempos ha adquirido gran importancia e interés de los diversos agentes económicos de la sociedad principalmente porque el entorno económico negativo en muchos países luego de las últimas crisis económicas generó que muchos emprendedores no puedan acceder a financiamientos otorgados por la banca tradicional y busquen diferentes y nuevas alternativas para financiar sus proyectos. Sumado a ello, hoy en día la interacción entre las personas es mucho más dinámica por el constante cre-

cimiento de las redes sociales y el internet, lo que hace que el *crowdfunding* sea mucho más eficiente e interesante para todos los agentes involucrados que hace varios años, cuando no existía ese dinamismo entre los usuarios o creadores y los inversionistas.

Teniendo en cuenta ello, para Rodríguez de las Heras³ en el *crowdfunding* confluyen factores económicos, sociales y tecnológicos que, juntos, tratan de responder a los nuevos desafíos de un mercado de financiamiento que se encuentra atravesando una profunda crisis, junto con una sociedad que empieza a cuestionar la banca tradicional. Así las cosas, este nuevo tipo de mecanismo de financiamiento tecnológico nace como una respuesta social al contexto adverso señalado anteriormente, lo que genera que el *crowdfunding* tenga esa naturaleza colaborativa entre sus miembros.

III. MODALIDADES

De acuerdo a Rodríguez de las Heras⁴ y coincidente con la mayoría de los autores, el *crowdfunding*, por la naturaleza de la transacción que se lleva a cabo en cada uno, principalmente tiene cuatro modalidades:

- a) Donación: esta modalidad se caracteriza porque el inversionista que otorga el financiamiento no recibe una retribución o retorno en relación con el dinero invertido, sino que es puramente filantropía. Este tipo o modalidad de *crowdfunding* es una de las primeras modalidades utilizadas y permite que proyectos sociales o individuales específicos sean publicitados y puedan acceder al financiamiento que esperan. Por ejemplo, dentro de esta modalidad se encuentra el caso de William, caso con el que inicié el presente artículo; sin embargo, existen una infinidad de ca-

3. Teresa Rodríguez de las Heras Ballell, «El *Crowdfunding*: una forma de financiación colectiva, colaborativa y participativa de proyectos», *Revista Pensar en Derecho*, n.º 3 (2015): 103.

4. *Ibid.*, 108.

sos de mayor trascendencia relacionados a esta categoría, dentro de los cuales se encuentran, por ejemplo, los casos médicos, es decir personas que necesitan ayuda económica para cubrir operaciones, tratamientos, medicamentos, o cualquier otro servicio o producto relacionado a una enfermedad que se encuentren atravesando; los casos académicos, personas que necesitan de financiamiento para terminar su carrera universitaria, maestría o doctorado; y, programas científicos o escuelas de ciencias que dejan de contar con el financiamiento público de ciertos países y se mantienen operando debido a mecanismo de financiamiento colaborativos como el *crowdfunding*.

Por ejemplo, esta modalidad es muy usada en Canadá⁵ para financiar, justamente, casos relacionados al cuidado de la salud y al sector educativo. Así, el *crowdfunding*-donación, sirve muchas veces para reemplazar de alguna manera al Estado en la protección de la salud y el acceso a la educación de calidad de muchas personas que no tienen los recursos necesarios, ya sea porque no cuentan con seguros médicos, porque los seguros médicos con los que cuentan no les cubren las operaciones o medicamentos que necesitan por determinadas enfermedades o porque las maestrías o programas educativos a las que aspiran son muy costosas para que un estudiante las pague.

Asimismo, en la actualidad esta modalidad también ha servido para financiar proyectos científicos y académicos de organizaciones que antes tenían el soporte público,

pero que, por las diferentes crisis, perdieron dicho apoyo y, gracias a financiamientos colaborativos como el *crowdfunding*, siguen subsistiendo hasta el día de hoy.

b) Premio: esta modalidad se caracteriza porque los aportes de los inversionistas son recompensados o retribuidos por beneficios otorgados por el emprendedor o creador relacionado. Cabe señalar que estos beneficios o recompensas no deben ser económicos, sino vinculados al proyecto financiado. Usualmente la recompensa otorgada es el mismo producto que el emprendedor desarrollará con el financiamiento otorgado, solo que el inversionista obtendrá dicho producto antes que cualquier otro consumidor dentro del mercado.

Una de las ventajas de esta modalidad⁶, es que permite que los emprendedores que publican sus proyectos, a través de la interacción con los posibles inversionistas, obtengan una retroalimentación sobre los productos relacionados con dicho proyecto que podría ser muy provechosa para el emprendedor.

Asimismo, esta modalidad permite que los inversionistas que apoyen económicamente al proyecto publiciten el producto relacionado y se generen expectativas sobre dicho producto antes de que salga al mercado.

Un claro ejemplo que involucra las características antes descritas de esta modalidad es el caso de la *start-up* Pebble⁷, que en el 2012 llegó a recaudar 10.3 millones de dólares mediante la página Kickstarter, cuando solo

-
5. Martin Lukk, Erik Schneiderhan y Joanne Soares. «Worthy? Crowdfunding the Canadian Health Care and Education Sectors», *Canadian Review of Sociology* 55 (2018), 405.
 6. Cabe señalar que la característica descrita no es exclusiva de esta modalidad, ya que también puede ser aplicada a las modalidades de préstamo y aporte de capital; sin embargo, la retroalimentación señalada es más usual en esta modalidad.
 7. La noticia señalada ha sido recuperada de la siguiente página web: <https://www.technologyreview.es/s/5948/pebble-logra-la-cuarta-campana-mas-exitosa-en-la-historia-de-kickstarter>.

aspiraba a recaudar 100,000.00 dólares. Dicha campaña generó una retroalimentación entre los actores de la plataforma que la empresa emprendedora aprovechó, así como la gran recaudación realizada y la publicidad de los inversionistas generaron mucha expectativa en el público en general por la salida a la venta de la primera versión de sus relojes inteligentes.

- c) Préstamo: esta modalidad tiene como finalidad otorgar préstamos a favor de los emprendedores a cambio del pago de intereses. Estos préstamos pueden tener o no tener garantías, dependiendo del emprendedor que solicite el financiamiento. Al respecto, cabe señalar que, esta modalidad puede ser estructurada de diversas formas, dependiendo de los términos y condiciones de cada plataforma y de la función que tenga la misma a lo largo de la vida del préstamo.

Por un lado, puede estructurarse de tal forma de que la plataforma solo sirva de interlocutor entre los emprendedores que buscan financiarse y los inversionistas. Por otro lado, es bastante más usual que la plataforma tenga una función más activa a lo largo del financiamiento. Estas funciones adicionales pueden ser, gestionar la estructuración del financiamiento, encargarse de recaudar el mismo y luego transferirlo al emprendedor, así como recaudar el pago del préstamo y luego transferirlo a cada inversionista, e inclusive, encargarse de la cobranza del financiamiento, en caso de un incumplimiento o un proceso de insolvencia por parte del emprendedor.

Una de las principales ventajas de esta modalidad es que, al no ser una actividad regulada como el mercado financiero tradicional o, en muchos países, tener una regulación muy *light*, los costos de transacción asociados son bastante bajos y, por lo tanto, es una alternativa más accesible para los emprendedores.

Así, los creativos o emprendedores que ne-

cesitan capital de trabajo para impulsar sus proyectos, pero que no pueden acceder a la banca tradicional por diversos factores, ya sea porque su emprendimiento no calificó para la entidad del sistema financiero o porque no cuentan con activos para otorgarlos en garantía, buscan financiarse a través de este tipo de mecanismos.

Es pertinente recalcar que, teniendo en cuenta las características de esta modalidad, es una de las que ha crecido más en los últimos tiempos en países desarrollados y en vías de desarrollo.

- d) Aporte de capital o *equity crowdfunding*: en virtud de esta modalidad, los inversionistas que otorgan el financiamiento reciben en calidad de contraprestación una participación en el capital de la persona jurídica emprendedora que buscó el financiamiento. De acuerdo a las diferentes plataformas que existen al día de hoy, esta modalidad se puede estructurar de dos maneras respecto a la contraprestación que recibirán los inversionistas. En la primera de ellas, los inversionistas pueden recibir *royalties* o utilidades futuras sin que lleguen a ser accionistas o socios de la emprendedora. En la segunda, los inversionistas, como contraprestación, reciben acciones o participaciones en el patrimonio de la persona jurídica emprendedora con todos los derechos políticos y económicos que ello conlleva.

Cabe señalar que la última “sub-modalidad” descrita implica una serie de riesgos que las partes o, en este caso, el emprendedor, debe regular a efectos de que tales riesgos no perjudiquen el proyecto que será financiado. Uno de los principales riesgos es que pueden existir nuevos inversionistas que sean complicados de manejar para el emprendedor y, como consecuencia de ello, el desarrollo del proyecto se vea atrasado o con problemas futuros.

Por último, usualmente bajo esta modalidad los emprendedores buscan un fi-

nanciamiento a largo plazo y no solo una necesidad económica momentánea. Por el otro lado, los inversionistas no solo buscan recuperar la inversión en un periodo determinado de tiempo —como ocurre en la modalidad de préstamo—, sino que realizan una apuesta a largo plazo en el proyecto que desarrollará el emprendedor esperando una mayor ganancia a lo largo del tiempo.

Es pertinente indicar que usualmente las dos primeras modalidades señaladas no cuentan con regulaciones específicas debido a la naturaleza de las transacciones que se llevan a cabo dentro de dichas modalidades y las motivaciones con las que cuentan los inversionistas para entregar el financiamiento. Por otro lado, en muchos países es usual que se opte por regular las dos últimas modalidades, debido a que, por la naturaleza de las operaciones que conllevan, en el que existe un inversionista que coloca su dinero —ahorro público— en una modalidad alternativa distinta al mercado tradicional y que tiene expectativas de un retorno esperado, es necesario establecer un régimen de protección a los inversionistas, junto con una serie de principios entorno a dicha protección. En esa misma línea, el Estado peruano, a través del Decreto de Urgencia ha optado, de manera expresa, por únicamente regular a las dos últimas modalidades de *crowdfunding* señaladas en la presente sección.⁸

IV. PRINCIPALES VENTAJAS Y DESVENTAJAS

Tal como lo hemos observado a lo largo del presente artículo, el *crowdfunding* es un mecanismo alternativo de financiamiento que, tal como lo conocemos hoy en día, es relativamente nuevo, por lo que cada modalidad de *crowdfunding* cuenta con una serie de ventajas en relación al mercado financiero tradicional, pero

también con varias desventajas que debemos tener en consideración.

En ese sentido, a mi criterio, las principales ventajas son las siguientes:

- a) Una de sus principales ventajas es que es un nuevo canal de financiamiento que pueden aprovechar muchos emprendimientos que, teniendo buenas ideas y planes para desarrollar, no prosperaban y se quedaban fuera del mercado debido a que no calificaban para el otorgamiento de créditos por la banca tradicional. Lo anterior se puede deber a muchas cosas, pero las principales son, que muchas veces las sociedades que solicitaban el crédito no contaban con activos para otorgarlos en garantía, y/o que la banca tradicional no consideraba que los planes comerciales y financieros presentados eran idóneos para mantenerse en el tiempo y, como consecuencia de ello, para que puedan lograr el repago del préstamo.
- b) Como ya lo hemos mencionado en un punto anterior del presente artículo, este mecanismo de financiamiento tiene costos de transacción bajos que, además, son muchas veces, determinados y predecibles —de acuerdo a cada plataforma, usualmente los costos asociados serán las comisiones que deben ser pagadas a dichas plataformas— en comparación a los costos asociados al mercado tradicional que en muchos casos son bastante elevados ya que conlleven una serie de cadena de comisiones a ser pagadas por el prestatario, sin perjuicio de que los intereses a ser cobrados por el mercado tradicional serán bastante más altos debido al riesgo de incumplimiento que comprenden los emprendimientos en sus etapas iniciales.
- c) La naturaleza colaborativa y social de este mecanismo de financiamiento y la interac-

8. En la sección VI hablaremos con mayor detalle del Decreto de Urgencia y los principios allí establecidos.

- ción entre las partes que supone pueden generar una retroalimentación importante sobre el proyecto que se busca financiar y desarrollar. Así, las sugerencias de los inversionistas, que a su vez buscan cuidar la inversión a realizar, pueden generar mejoras al plan inicial de los emprendedores.
- d) En el caso del Perú y respecto de la modalidad de aporte de capital, otra de las grandes ventajas para recurrir a este mecanismo es que, como ya veremos en la sección VI siguiente, la normativa especial ha determinado que los emprendedores que quieran utilizar este mecanismo no deben cumplir con todos los requisitos establecidos por la Ley de Mercado de Valores —Decreto Legislativo 861— ya que este mecanismo no será considerado como una oferta pública en los términos establecidos en dicha ley, lo que automáticamente genera un gran incentivo para los emprendedores y plataformas electrónicas, teniendo en cuenta los tiempos y grado de sofisticación que implica cumplir con dichos requerimientos.
- e) El uso de este mecanismo de financiamiento implica que las partes involucradas sean personas naturales o jurídicas formales, lo cual generará incentivos suficientes para que los emprendedores que busquen financiamiento en el mercado —y que usualmente en ese estado del emprendimiento no son formales— se formalicen —sean personas naturales o jurídicas— y así puedan acceder a las plataformas de *crowdfunding* y, dependiendo de su proyecto, acceder al financiamiento esperado.
- Por otro lado, teniendo en consideración que el crecimiento de este novedoso mecanismo de financiamiento es reciente, también tiene una serie de desventajas que las partes involucradas deben tener en consideración. Las principales serían las siguientes:
- a) Muchas veces en las fuentes de financiamiento tradicionales destinadas para emprendedores, ya sea en banca tradicional, *venture capital* o inversionistas ángeles, los emprendedores, además del financiamiento esperado, encuentran también un guía en cuanto al manejo y planeamiento del negocio, sus finanzas, contabilidad, etc. En el caso del *crowdfunding*, si bien existe una retroalimentación entre las partes, usualmente se limita al producto o productos relacionados al proyecto y no sobre el manejo financiero, estrategia de negocios y manejo contable que sí podría aportar otra modalidad de financiamiento.
- b) Una de las principales desventajas que encontramos en este tipo de financiamiento para los emprendedores es que, por la naturaleza del *crowdfunding*, es necesario que el emprendedor publicite a través de las diferentes plataformas, el proyecto que requiere financiamiento, incluyendo detalles de los productos o servicios que ofrecerá al público, planes de negocio y otros detalles que podrían ser sensibles y podrían generar que otros emprendedores o empresas consolidadas tomen su iniciativa o ideas y las repliquen.
- c) Otra de las desventajas, en este caso para los inversionistas, es que muchos emprendedores, si bien tienen ideas nuevas y un plan de negocio a corto plazo, muchos de ellos no cuentan con estrategias y planes de negocio a largo plazo por desconocimiento en diversas materias contables, financieras, de *marketing*, o de diversa índole, lo que podría generar que el proyecto no obtenga los flujos esperados y, como consecuencia de ello, que los inversionistas no obtengan las ganancias proyectadas sobre dicho proyecto.
- d) Otra desventaja, únicamente aplicable a la modalidad de aporte de capital, es que, si las partes no regulan de manera óptima la relación jurídica que tendrán luego de haber efectuado la inversión, ya sea a través de un convenio de accionistas o cualquier otro documento similar, en calidad de accionistas de la sociedad que recibió el financiamiento, existe la posibilidad de que algún inversionista genere conflictos

internos que devenguen en problemas en la administración de la compañía y que impacten en los planes de negocios planteados por el emprendedor.

V. RIESGOS TÍPICOS

Adicionalmente a las ventajas o desventajas que pueda tener el *crowdfunding*, también es necesario tener en consideración los riesgos típicos a los que se enfrentarán el Estado con el marco legal aplicable, los inversionistas y los emprendedores.

En ese sentido, los principales riesgos típicos que los agentes involucrados deben tener en cuenta son los siguientes:

a) Fraude: uno de los mayores riesgos relacionados al *crowdfunding* es que es un mecanismo que, por su naturaleza, puede generar que tanto las plataformas dedicadas a este tipo de mecanismo o los emprendedores engañen o defrauden a los inversionistas que, en su mayoría son personas naturales que buscan invertir su dinero sin tener conocimientos suficientes sobre el mercado financiero o tecnología como para darse cuenta si un proyecto o la plataforma donde se encuentra navegando tienen rasgos de ser fraudulentos.

Así, existen muchos casos en los que pseudo emprendedores publican proyectos muy atractivos falseando información contable, financiera o sobre el plan de negocios, que genera que muchos inversionistas inexpertos depositen sus ahorros en dichos proyectos fraudulentos. De igual manera, existen plataformas que buscan engañar a inversionistas publicando supuestos proyectos de supuestos emprendedores con información falsa. Al respecto, consideramos que la única manera de paliar este riesgo es a través de (a) un marco normativo claro, (b) la correcta difusión de información sobre las plataformas que

se encuentran autorizadas por la autoridad competente y (c) creando una cultura alrededor de este mecanismo de financiamiento⁹ a efectos de que todos los actores ayuden a encontrar y eliminar proyectos falsos o plataformas no autorizadas que se encuentran en la red.

b) Lavado de activos: uno de los mayores riesgos relacionados a la implementación del *crowdfunding* en países como el Perú es que es muy sencillo que a través de plataformas como las del *crowdfunding*, muchas personas inescrupulosas se hagan pasar como inversionistas y/o emprendedores para lavar activos o financiar actividades ilícitas. Teniendo en cuenta ello, es absolutamente necesario la implementación de normas especiales para controlar el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo en todos los agentes involucrados y que la supervisión sobre este punto sea dinámica por parte del regulador.

c) Incumplimiento o demora en cumplimiento del emprendedor: un riesgo bastante usual para los inversionistas es el incumplimiento del emprendedor de las obligaciones pactadas, dependiendo de la modalidad o la demora en su cumplimiento. Este riesgo es inherente al modelo de financiamiento y se produce por diversos factores entre los que se encuentran, la asimetría de información entre el emprendedor y el inversionista, la inexperiencia o incompetencia de los emprendedores en ciertas materias, que el proyecto no funcionara como se deseaba, que los emprendedores no realizaron planes aterrizados al mercado en el que se encuentran, lo que produce la demora en el cumplimiento de sus obligaciones.

Al ser éste un riesgo inherente al modelo de financiamiento, únicamente se podrá paliar a través de campañas de difusión de información y conferencias a todos los actores a efectos de crear inversionistas, em-

9. Ahondaremos más sobre este tema en la sección VIII siguiente.

prendedores y plataformas cada vez más sofisticadas con la finalidad de que sean los propios agentes —emprendedores, plataformas e inversionistas— los filtros de buenos y malos emprendedores.

- d) **Seguridad cibernetica:** la seguridad cibernetica es absolutamente necesaria para el correcto funcionamiento de este mecanismo de financiamiento, tanto para el emprendedor, que publica mucha información sensible de su negocio, como para el inversionista, que transferirá su dinero a través de la plataforma, y la plataforma relacionada. Si bien este punto es más un riesgo operacional para los actores involucrados que un riesgo inherente al mecanismo de financiamiento, es importante que las plataformas cuenten con seguridad cibernetica certificada para otorgar confianza a los emprendedores y los inversionistas.

VI. REGULACIÓN

Desde que inició la revolución del *crowdfunding* en muchos países del mundo, especialmente en Estados Unidos y ciertos países de Europa, también se inició un debate sobre si los estados deben o no regular este mecanismo de financiamiento. Al día de hoy, ese debate es menor y la opinión generalizada es que sí se debe regular el *crowdfunding* con la finalidad de paliar en la medida de lo posible los riesgos inherentes a dicho modelo de financiamiento. No obstante lo anterior, lo recomendable es que la regulación que emitan los estados no desnaturalice el modelo con sobre regulaciones que desincentiven el uso del *crowdfunding* por parte de todos los agentes involucrados.

En esa misma línea, con fecha 23 de enero de 2020 el Estado peruano publicó el Decreto de Urgencia, en virtud del cual establece, entre otras cosas, el marco jurídico aplicable para el financiamiento colectivo financiero o *crowdfunding*. Al respecto es necesario señalar que dicha norma únicamente es aplicable a las sociedades

administradoras de plataformas orientadas a poner en contacto a personas naturales o jurídicas domiciliadas en el país —emprendedores, y que, en principio, desarrollen dicho proyecto íntegramente en el Perú— con una pluralidad de personas naturales o jurídicas o entes colectivos que buscan un retorno financiero —inversionistas—, con lo cual las únicas modalidades reguladas son la modalidad de préstamo y la modalidad de aportes de capital o emisión de deuda.

Asimismo, el Decreto de Urgencia ha establecido principios y disposiciones generales que luego deben ser complementadas con disposiciones que la Superintendencia del Mercado de Valores-SMV deberá emitir. Las principales disposiciones establecen (a) que la SMV será la autoridad que supervise a las sociedades administradoras de plataformas de financiamiento participativo financiero, (b) una serie de obligaciones para dichas sociedades con el fin de proteger a los futuros inversionistas, (c) una serie de prohibiciones para las sociedades administradoras con la finalidad de que presten un servicio idóneo a los inversionistas, y (d) la obligación de requerir información mínima de los futuros emprendedores y trasladar dicha información a los futuros inversionistas.

Por ello, a mi criterio, el Decreto de Urgencia ha regulado de manera general los puntos indispensables para iniciar el funcionamiento correcto del *crowdfunding* en el Perú; sin embargo, esperamos que las normas que emita la SMV vayan en esa misma línea y no solo regule de manera idónea el funcionamiento del *crowdfunding* y la protección a los inversionistas, sino también que pueda generar incentivos para que este mecanismo de financiamiento sea interesante para el mercado peruano.

VII. ¿POR QUÉ ES ATRACTIVO EL CROWDFUNDING EN PAÍSES COMO EL PERÚ?

De acuerdo a estudios realizados por el Banco Mundial¹⁰, si bien el *crowdfunding* nació como un mecanismo de financiamiento en países de-

10. infoDev y The World Bank, *Crowdfunding's Potential for the Developing World* (Washington DC: The World Bank, 2013).

sarrollados, puede servir como un instrumento para el desarrollo de economías de países en vías de desarrollo, como el Perú.

Para aterrizar la propuesta de esta entidad a la realidad del Perú es necesario tener en cuenta que al día de hoy existe una serie de emprendedores peruanos —no solo empresarios que recién se encuentren iniciando un proyecto, sino emprendedores medianamente consolidados con micros o pequeñas empresas funcionando— que tienen una serie de barreras para acceder a los canales de crédito tradicionales. Las principales barreras son que (a) los emprendedores muchas veces no cuentan con activos suficientes para garantizar el crédito solicitado, (b) o no cuentan con historial crediticio suficiente, lo que genera muchas veces que no sean sujetos de crédito, (c) muchos emprendedores no califican a la aprobación de los créditos porque no saben explicar o presentar la documentación requerida ante las entidades financieras, (d) las tasas en el mercado tradicional son muy altas para los emprendedores, (e) los costos asociados a los créditos muchas veces son muy elevados, entre otras causas.

Teniendo en consideración los problemas que aquejan a los emprendedores peruanos, un mecanismo de financiamiento con las características del *crowdfunding* es bastante atractivo para las personas que inician negocios o emprendimientos, micros y pequeñas empresas medianamente consolidadas y muchas iniciativas artísticas o culturales que requieren de financiamiento —sea corto, mediano o largo plazo— y así, a través de un mecanismo de financiamiento alternativo tecnológico, inyectar liquidez a la economía nacional y colaborar con el desarrollo de las microfinanzas en el Perú, sirviendo también como un mecanismo para luchar contra la pobreza y, como consecuencia, ayudar en el desarrollo del país.

Así lo han entendido una serie de agencias y/o entidades de fomento como el Banco Mundial o el Banco Interamericano de Desarrollo y otras entidades que están generando programas para fomentar el *crowdfunding* en países en vías de desarrollo, lo que podría ser aprovechado por el Perú, a efectos de consolidar en un

corto plazo, el *crowdfunding* como un mecanismo de financiamiento alternativo.

VIII. DESAFÍOS PARA LOS ACTORES DEL CROWDFUNDING

Partiendo de la premisa de que, como se ha señalado en la sección anterior, el *crowdfunding* es un mecanismo de financiamiento que es atractivo para el desarrollo de las microfinanzas del Perú y que todos los agentes involucrados se encuentran de acuerdo con desarrollar el uso del *crowdfunding* en un corto o mediano plazo, es preciso señalar los desafíos a los que se enfrentan y los mecanismos que podrían utilizar como incentivos para que las personas hagan uso de este mecanismo. Así, en mi opinión el gran desafío para los agentes involucrados es la creación de una cultura del *crowdfunding* para que este mecanismo sea sostenible en el tiempo.

En ese sentido, el punto de partida para crear dicha cultura es que exista un marco legal óptimo que tenga como finalidad la protección del inversionista, pero sin que las obligaciones que imponga a los involucrados generen desincentivos para la utilización de este mecanismo de financiamiento, sino todo lo contrario, deberá incentivar a los emprendedores, sociedades administradoras e inversionistas a la utilización de este mecanismo por su practicidad y eficiencia. Asimismo, dichas obligaciones deben ser pensadas para las personas naturales y jurídicas que utilizarán este mecanismo, por lo que no deberán ser obligaciones demasiado sofisticadas que generen costos excesivos en los emprendedores o sociedades administradoras de plataformas y que terminen asfixiando a los agentes involucrados en el mecanismo de financiamiento. Por otro lado, el marco legal debe tratar, en la medida de lo posible, de paliar o reducir los riesgos inherentes al modelo para evitar posibles fraudes, el lavado de activos y financiamiento del terrorismo a través de ella y evitar generar incentivos para incumplimientos por parte de los emprendedores.

Asimismo, será necesario que los agentes cuenten con una infraestructura adecuada para eliminar o reducir los riesgos operacionales más

comunes. Así, las sociedades administradoras, como consecuencia de la aplicación del marco legal idóneo, deberán asegurar a los agentes involucrados que cuentan con una plataforma segura y que sus datos —muchos de ellos sensibles— se encuentran debidamente protegidos, que no podrán haber suplantaciones de los emprendedores que solicitan el financiamiento, intromisión de malas prácticas dentro de las plataformas, etc.

Por otro lado, como he mencionado en la sección VII anterior, existen muchas agencias de fomento y entidades multilaterales que han diseñado programas para el desarrollo del *crowdfunding* en países en vías de desarrollo, por lo que, sin duda, sería más que interesante que el Perú suscriba convenios con dichas agencias para tomar los modelos ya estructurados y aplicarlos en el país. Es pertinente señalar que dichas agencias están dispuestas, no solo a aplicar los programas diseñados, sino también en invertir dinero para incentivar el uso y sostenibilidad del *crowdfunding*.

Adicionalmente, el Ministerio de la Producción también podría ayudar en el desarrollo de este mecanismo de financiamiento, creando programas de incentivos. Por ejemplo, a través de concursos, podría elegir los mejores emprendimientos o los emprendimientos que cumplan con sus evaluaciones previas y financiar parcialmente dichos proyectos. Esa inversión parcial generaría confianza en los demás inversionistas y, son dichos inversionistas los que completa-

rían la inversión total solicitada por los emprendedores.

Por último, es muy importante que el Ministerio de la Producción, la SMV y otras entidades gubernamentales, así como el sector privado, generen charlas, cursos o material educativo relacionado, para difundir el *crowdfunding* y qué conocimientos mínimos deben adquirir los agentes involucrados para su correcto funcionamiento, lo que publicitaría el mecanismo de financiamiento y, a su vez, generaría del mismo por parte del Estado y del sector privado.

IX. CONCLUSIONES

Luego de ver qué es el *crowdfunding*, las modalidades que existen y sus principales características, considero que este mecanismo de financiamiento alternativo es una oportunidad muy interesante para el Perú para el impulso y desarrollo de emprendedores que antes tenían muchas barreras para acceder a financiamientos a través del mercado tradicional.

No obstante, para que el modelo funcione y sea sostenible en el tiempo, es necesaria la participación activa del Estado y todos los agentes involucrados para que, a través de los mecanismos propuestos en la sección anterior, se genere una cultura o ecosistema alrededor del mismo y se incentive su correcto funcionamiento, así como se eviten o reduzcan los riesgos inherentes al modelo, así como los riesgos operacionales relacionados.

Ajay K. Agrawal, Christian Catalini y Avi Goldfarb, «Some Simple Economics of Crowdfunding», *Innovation Policy and the Economy*, Working Paper n.º 19133 (2013).

ConnectAmericas, «El *Crowdfunding* llega a las PYMEs de América Latina y el Caribe», *Conexión Intal*, <https://conexionintal.iadb.org/2018/01/04/crowdfunding-llega-las-pymes-america-latina-caribe/>.

Elena Gil Moreno, «Nuevos activismos sociales en la era digital: de las masas al "crowd"», *Política y Sociedad* 54, n.º 1 (2016): 191-208.

Iván Abarca, «Desarrollo del *Crowdfunding* en Chile», *Working Papers Central Bank of Chile* n.º 815 (2018).

Juan José 'Price y Felipe Mujica, *Matchfunding: una alternativa de financiamiento para las industrias creativas* (Banco Interamericano de Desarrollo, 2018).

Proyecto de Ley mediante el cual se propone la Ley que Regula el Régimen Jurídico de las Plataformas de Financiamiento Participativo – PFP, <http://www.congreso.gob.pe/pley-2016-2021>.

¿Qué hacer con los *influencers*?



ALEX SOSA HUAPAYA

Abogado por la Universidad de Lima.

Magíster en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Profesor de la Universidad Científica del Sur.
Ex Secretario Técnico del Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria.



SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Definiendo a los *influencers*: ¿es necesario hacerlo?
- III. ¿Todos los actos de los *influencers* están sujetos a la LRCD?
- IV. ¿El uso de *influencers* es publicidad encubierta?
- V. Cuando el *influencer* es utilizado en publicidad testimonial.
- VI. ¿El *influencer* va a ser sancionado con hasta 700 UIT?
- VII. Tips para usar *influencers*.
 1. Tip N° 1: mantener bajo control al *influencer*.
 2. Tip N° 2: el uso de hashtags.
 3. Tip N° 3: el uso de *instastories* y *live stream* para hacer publicidad con *influencers*.
- VIII. Cuando el *influencer* es a la vez el anunciantre.
- IX. Reflexión final.

RESUMEN:

En este artículo, el autor desarrolla la regulación relacionada a la publicidad de *influencers*. En este sentido, concluye que dicha publicidad no es otra cosa más que una nueva forma de hacer publicidad testimonial y que la posibilidad de que se trate de publicidad encubierta es bastante menor.

Palabras clave: *influencers*, INDECOPI, publicidad, competencia desleal, publicidad testimonial, engaño.

ABSTRACT:

In this article, the author develops the regulation related to advertising by influencers. In this sense, he concludes that said advertising is nothing more than a new way of doing testimonial advertising and that the possibility of dealing with concealed advertising is quite minor.

Keywords: *influencers*, INDECOPI, advertising, unfair competition, endorsements and testimonials in advertising, deception.

I. INTRODUCCIÓN

Se ha hablado mucho durante este año acerca de los *influencers* o “generadores de contenido” —como le gusta que los llamen— tanto a nivel nacional como internacional, pues el uso de los mismos por parte de los anunciantes ha sido calificado muchas veces como desleal al tratarse, supuestamente, de publicidad encubierta; y se han esbozado diversas formas de tratar de detener, poner freno o controlar a este “fenómeno” que de nuevo no tiene nada y que no es más que un poco de “humo” sobre lo que ya existe —solo que utilizando redes sociales—.

Como es de conocimiento público, a mediados del 2019 se difundieron algunas noticias en los diarios acerca de la posibilidad que se regule a los *influencers* o que estos podrían ser sancionados con hasta 2,9 millones de Soles —700 UIT-Unidades Impositivas Tributarias—, lo cual evidentemente encendió todas las alarmas de los anunciantes que hacen uso de ellos y de los propios *influencers*. Pero como si esto no fuera poco, en el mes de octubre de 2019, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual —INDECOPI— emitió una “Guía sobre publicidad digital y recomendaciones para *influencers*”, que si

bien hasta la fecha de la redacción del presente artículo sigue en revisión, se publicó con varios desaciertos que podrían, de permanecer en la versión final de la guía, perjudicar a los anunciantes en el uso de una herramienta publicitaria completamente lícita¹.

De este modo, el propósito de este artículo es analizar si el uso de *influencers* es publicidad encubierta y qué tan peligroso puede ser para el correcto funcionamiento del mercado. Además, se brindarán algunos consejos para los anunciantes, empresas y, sobre todo, para generadores de contenido. Así, el esquema de este trabajo es el siguiente: (a) primero, abordaremos la supuesta “nueva regulación” que se dice recaerá sobre los *influencers*; luego, (b) se desarrollarán algunos *tips* para no ser sancionado por publicidad encubierta —si es que esta es posible—; y, finalmente, (c) consejos para anunciantes a fin de que puedan usar *influencers* en publicidad testimonial.

II. DEFINIENDO A LOS INFLUENCERS: ¿ES NECESARIO HACERLO?

En este punto preocupan las definiciones de *influencers* con las que pretende “jugar” la guía que publicó el INDECOPI para comentarios, toda vez que la misma lo define como “persona

1. Es importante precisar que el presente artículo se presentó en noviembre de 2019, antes de que se publique la versión final de la guía de publicidad para *influencers* del INDECOPI.

que cuenta con cierta credibilidad sobre un tema determinado y que, dada su capacidad de convencimiento o llegada a sus seguidores, sin tener en consideración necesariamente el número de estos puede convertirse en un componente determinante en las decisiones que los consumidores realizan en el mercado".

Siguiendo dicha definición, nos preguntamos, ¿qué sucede si dicho *influencer* no cuenta con credibilidad sobre el producto que hace publicidad, pero es tan famoso que sí puede generar un incremento de persuasión en la comunicación? ¿ya no encaja en la definición?

Consideramos que el problema radica en tratar de encontrarle una nueva definición a una figura que nos ha acompañado prácticamente desde que existe la publicidad comercial: el uso de testigos en anuncios o la publicidad testimonial. Salvo las diferencias en los mecanismos y formas de comunicación que utilizan, el *influencer* no es más que una herramienta publicitaria utilizada por el anunciante para reforzar el nivel de persuasión de su marca, cuya particularidad es que en la mayoría de los casos se realizará dicha publicidad testimonial a través de la cuenta de la red social del *influencer*, el cual realizará un *unboxing*, canje, sorteo, o simplemente recomendará el uso del producto o servicio.

Luego, consideramos que es completamente incorrecto afirmar que para ser *influencer*, este personaje debe ser un "componente determinan-

te en las decisiones que los consumidores realizan en el mercado". Y es que entender el uso de este recurso publicitario de esa forma es creer que la publicidad comercial nos obliga a comprar productos o servicios del anunciante y que los consumidores solo son borregos que hacen lo que el *influencer* les dice. Nada más lejano de la realidad. La publicidad, por definición —incluso en la definición de la Ley de Represión de la Competencia Desleal —LRCD—, es susceptible de generar como efecto el persuadir a los consumidores a realizar determinada transacción económica a favor del anunciante. No lo obliga a comprar un producto ni usando al *influencer* más simpático o carismático del medio².

¿Quiénes son los *influencers*? Digamos, de modo bastante general, que los *influencers* son líderes de opinión en redes sociales, que manejan una gran cantidad de seguidores por la fama que poseen en el entorno digital y pueden ser utilizados por los anunciantes como herramientas publicitarias. Nada más que eso. No condicionan decisiones de consumo, son parte de la publicidad comercial —en una especie de publicidad testimonial digital—. Dejemos de inventar conceptos si se pueden adaptar a los que ya tenemos —recomendamos revisar las definiciones del artículo 59 de la LRCD, sobre todo, detenerse en publicidad testimonial y testigos³—.

Establecer diferencias entre las definiciones de publicidad testimonial o testigos en la publici-

-
2. Luego de esbozar tan mala definición de los "generadores de contenido", el proyecto de guía define la "publicidad de *influencers*" como "prácticas realizadas por el influencer destinadas a promover, directa o indirectamente las marcas, productos o servicios del anunciante, siempre y cuando se hayan originado como consecuencia del contacto previo del anunciante a cambio de un pago o beneficio de cualquier tipo." Sin embargo, el INDECOPI no se detiene a pensar que un tipo de publicidad del *influencer*, es también cuando el propio *influencer* es el anunciante, así que no es tan exacta esta definición. En todo caso, la figura a definir sería "publicidad que hace el *influencer* a favor de terceros".
 3. Sobre la publicidad testimonial, el artículo 58 de la LRCD nos alcanza las siguientes definiciones:

- j) *Publicidad testimonial: a toda publicidad que puede ser percibida por el consumidor como una manifestación de las opiniones, creencias, descubrimientos o experiencias de un testigo, a causa de que se identifique el nombre de la persona que realiza el testimonial o ésta sea identificable por su fama o notoriedad pública;*
(...)
- i) *Testigo: a toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, distinta del anunciante, cuyas opiniones, creencias, descubrimientos o experiencias son presentadas en publicidad.*

dad y los *influencers* generaría como consecuencia que el INDECOPI tenga que hacer diferencias cuando Cristiano Ronaldo, por ejemplo, sea utilizado como testigo en publicidad comercial del *shampoo EGOMEN* y cuando desde su cuenta de Instagram haga publicidad a favor de la misma marca. ¿En el primer caso solo sería parte de la publicidad y en el segundo prácticamente obligaría a los consumidores a comprar el producto por su nivel de influencia e impacto —esto según las definiciones que se ensayan en la guía—?⁴

III. ¿TODOS LOS ACTOS DE LOS *INFLUENCERS* ESTÁN SUJETOS A LA LRCD?

Empezamos por la parte que viene generando un poco de miedo o terror: la supuesta nueva regulación para los *influencers*. Ciertamente, se difundieron algunas noticias de diarios importantes del país cuyos titulares decían lo siguiente: “*Indecopi da pautas para que se eviten multas de hasta 2.9 millones de soles*”, “*Indecopi: Influencers podrán ser multados por publicidad engañosa*”, entonces, este asunto está poniendo bastante nerviosos a los *influencers* y a los anunciantes que hacen uso de ellos, así que vamos a despejar estas dudas.

Todas esas noticias son falsas. Los actos concurrentiales de los *influencers* están regulados y, podemos decirlo, desde antes de su nacimiento, pues la LRCD es completamente aplicable para los *influencers* como también para los anunciantes y acá no hay nada nuevo, no existe la más remota posibilidad —espero— de una nueva regulación ni nada por el estilo que pueda recaer sobre la actividad de estos divertidos e interesantes personajes.

Ahora bien, la pregunta cae de madura: ¿la norma aplica para todos los actos que realicen los

influencers? Y la respuesta es un rotundo no. La LRCD solo aplica para los actos que tengan finalidad concurrential. ¿Y qué significa esto? La Sala de Defensa de la Competencia ha señalado en reiterados pronunciamientos que:

“(...) un comportamiento tendrá finalidad concurrential cuando a través de su realización, el agente económico que lo comete, procura obtener algún tipo de ventaja en un determinado segmento competitivo. En ese sentido, serán actos concurrentiales todas aquellas actividades dotadas de trascendencia externa, esto es, que se ejecuten en el mercado y, que sean susceptibles de mantener o incrementar el propio posicionamiento comercial de quien que lo realiza.”⁵

De este modo, si un día un *influencer* publica en sus *instastories* un recuerdo de una obra teatral de la cual participó o publica una foto suya con un maquillaje particular sin mostrar una marca comercial de por medio, ¿eso es un acto con finalidad concurrential? Evidentemente no. Dichas publicaciones no son susceptibles de mejorar la posición concurrential de dicha *influencer* ni la de una empresa anuncianta. Dichas publicaciones están protegidas por la libertad de expresión. Está haciendo un uso completamente libre de sus redes sociales.

¿Qué acto en el que participe el referido *influencer* sí podría tener finalidad concurrential? Les damos un par de ejemplos: (a) si la empresa X utiliza la imagen de un *influencer* para que recomiende ciertos productos de la empresa o utiliza su imagen dentro de su publicidad comercial —en estos casos el anuncianta sería X y el uso del *influencer* en su publicidad sería un acto con finalidad concurrential, pero del anuncianta—; y, (b) si dicho *influencer* desarro-

-
4. Consideramos que el problema de todo esto radica en que estamos partiendo de la premisa que los *influencers* son “malos” o que su existencia es negativa. Nuestra hipótesis se confirma cuando el proyecto de guía cita un documento del 2005 de la Unión Europea para sustentar que los *influencers* distorsionan el comportamiento económico del consumidor, pues prácticamente lo obliga a tomar una decisión que no habría tomado en su sano juicio. ¿Tanta influencia generan?
 5. Resolución N° 0065-2018/SDC-INDECOPI.

lla su propia marca de ropa —por ejemplo— y los promociona a través de sus redes sociales —en este último caso este sería el anunciante y el acto con finalidad concurrential le generaría un beneficio directo—.

Para entender la diferencia establecida en los párrafos anteriores, es importante tener claro que para que un acto tenga finalidad concurrential, deben concurrir dos requisitos: (a) que ese acto tenga efectos en el mercado, y el segundo requisito es que (b) ese acto sea susceptible de mejorar la posición concurrential o en el mercado del agente económico que lo practica —de manera directa o indirecta—. Si el acto no tiene finalidad concurrential no se le aplica la LRCD, de conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la referida norma⁶.

Así, podemos afirmar con total seguridad que, todo tipo de publicidad comercial siempre tiene finalidad concurrential, ¿por qué? porque siempre va a impactar o tener un efecto en el mercado —si se difunde o exterioriza— y siempre va a generar la posibilidad de que mejore la posición concurrential del anunciante en el mercado, así venda un solo producto.

Esta explicación es de gran utilidad para los *influencers*, pues permite hacerles entender que cada vez que hagan publicidad para una marca o sobre sus propios productos o eventos, tienen que cumplir con lo que dice la LRCD, que no solamente se limita al principio de autenticidad o disposiciones sobre publicidad testimonial, pues incluye todas las modalidades desleales contenidas en la norma y cualquier otra que pueda tratarse de un acto contrario a la competencia por eficiencia.

¿Qué actos de los *influencers* tendrán finalidad

concurrential? Digamos que con los dos con los que por lo general se presentan al mercado:

- a) Como soporte publicitario o testimonio para terceros anunciantes, es decir, un anunciante utiliza al *influencer* para que, a través del uso de su cuenta de red social, emita ciertos comentarios, comparta su experiencia respecto al producto, lo luzca puesto, lo use o simplemente, haga un *unboxing*. También el anunciante puede utilizar al *influencer* como testigo en su propia publicidad —de tipo testimonial—, situación en la que tendremos al *influencer* fuera de su cuenta y lo tendremos inserto en la publicidad comercial del anunciante.
- b) Cuando el influencer es a la vez, anunciante, en estos casos vemos que este desarrolla su propia línea de productos o servicios y los promociona. Y es algo natural, pues llega el punto en el que el *influencer* se da cuenta que es tan famoso que puede no solamente recomendar ciertas marcas sino crear su propia marca.

A este punto, nos debe quedar bastante claro que los *influencers* van a tener este tipo de participación en el mercado: o bien son usados en o para hacer publicidad a favor de terceros o son anunciantes. Y cuando lo hagan, dichos actos tendrán finalidad concurrential por lo que la LRCD le es completamente aplicable. Cualquier otro tipo de acto distinto que carezca de finalidad concurrential no se encuentra sujeto a la norma.

IV. ¿EL USO DE *INFLUENCERS* ES PUBLICIDAD ENCUBIERTA?

La publicidad encubierta⁷ se encuentra regulada por el principio de autenticidad contenido en el

6. Artículo 2º.- Ámbito de aplicación objetivo.-

La presente Ley se aplica a actos cuyo efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, sea concurrir en el mercado. Se incluyen bajo la aplicación de esta Ley los actos realizados a través de publicidad. En ningún caso es necesario determinar habitualidad en quien desarrolla dichos actos.

7. Según Anxo Tato “(...) la publicidad encubierta surge, así pues, cuando el mensaje publicitario no ha sido identificado
(Continúa en siguiente página)

artículo 16 del Decreto Legislativo 1044. ¿Qué es lo que busca reprimir el referido principio? Busca reprimir que los anunciantes usen como estrategia de *marketing*, comunicaciones comerciales que no permitan que el consumidor diferencie o entienda su naturaleza publicitaria⁸.

¿Cuál es el principal problema de la publicidad encubierta? El principal problema de esta modalidad publicitaria es que puede generar como efecto que el consumidor crea que la comunicación a la cual se encuentra expuesto es información imparcial y objetiva, cuando ello no es cierto.

¿Y cuál es el fundamento de esta protección? Es bastante simple, ¿ustedes creen todo lo que les dice la publicidad? Evidentemente no. El punto es que tendemos a ser relativamente escépticos cuando estamos frente a la publicidad comercial, no nos creemos todo lo que nos dice el anunciante, porque sabemos que nos están tratando de vender algo y que, por ello, nos van a hablar maravillas del producto. Recordemos que ello es la esencia de la publicidad comercial, pues su finalidad es persuadir a los receptores a fin de que realicen transacciones comerciales a favor del anunciante. De este modo, nos ponemos cierto escudo o barrera cuando estamos expuestos a la publicidad comercial, lo cual nos permite ser más diligentes y recurrir a otras fuentes de información para obtener más detalles sobre las condiciones y particularidades del producto o servicio que deseamos adquirir.

En efecto, somos relativamente escépticos a la publicidad comercial. Queremos, por lo general, informarnos un poquito más antes de tomar una decisión. Si vemos letras pequeñas por ahí, decimos "acá puede haber gato encerrado". Por otro lado, ¿se han preguntado cuál es nuestra reacción frente a documentales, entrevistas, notas periodísticas, reportajes?; es completamente distinta, ya que tendemos a creer un poco más en ellas, ¿por qué? Porque creemos que son objetivas, que nacen de una investigación, que no están parcializadas a favor de una marca, que son completamente imparciales.

Entonces, existen algunos anunciantes maliciosos que utilizan estas figuras para de alguna manera ocultar el carácter comercial de una comunicación y de esta forma hacer que el consumidor crea un poco más en el mensaje publicitario. Así, lo que busca reprimir el principio de autenticidad son este tipo de comunicaciones, reprimir la publicidad encubierta. Sin embargo, es importante precisar que dicho principio brinda una solución a los anunciantes por si desean difundir publicidad que pueda generar el riesgo de que el consumidor no entienda o perciba su naturaleza comercial: establece que se puede emitir este tipo de comunicaciones siempre y cuando se advierta que se trata de un anuncio contratado o un *publirreportaje*⁹.

Una vez dicho todo lo anterior y teniendo claro qué es la publicidad encubierta¹⁰, es importante preguntarnos cómo el INDECOPI puede determinar cuándo un *influencer* está haciendo

como tal y su finalidad publicitaria tampoco es reconocible por el público de los consumidores. Podríamos hablar entonces, quizás, de publicidad oculta o publicidad disfrazada, en la medida en que el correspondiente mensaje se presenta ante los ojos de los consumidores, bien bajo la apariencia de un mensaje informativo, bien bajo el disfraz de un mensaje de cualquier otra naturaleza. De donde se deduce que, en la hipótesis de la publicidad encubierta, existe un engaño del público en punto a la naturaleza y finalidad del correspondiente mensaje; al ignorar la naturaleza publicitaria de éste, el público podrá concluir que se encuentra ante un mensaje puramente informativo (...) o ante un mensaje justificado únicamente por criterios artísticos."

Anxo Tato Plaza, «Product Placement y publicidad encubierta (comentario a las Resoluciones del Jurado de Autocontrol de la Publicidad de 26 de abril y de 4 de junio de 2001, caso "soberano")», *Actas de Derecho Industrial*, nº XXII (2001): 585-586.

8. Alex Sosa, «La publicidad encubierta y nuevas modalidades publicitarias», *Revista de Actualidad Mercantil*, nº 4 (2016): 252-266, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/view/14964/15498>.

publicidad o no. Y es que este es el punto de controversia de usar *influencers* para que promocionen marcas de terceros en su cuenta de cualquier red social: ¿cómo saber si es publicidad encubierta o no?, ¿si es publicidad o si es parte de una comunicación cualquiera? Es una tarea compleja, pero que igual tiene una solución, la misma que ha sido desarrollada por el INDECOPI a través de su jurisprudencia. En efecto, hace más de 5 años la autoridad se pronunció sobre si el *product placement* configuraba publicidad encubierta¹¹ y dicho criterio es completamente aplicable en la actualidad¹².

De acuerdo con la Sala Especializada en Defensa de la Competencia de INDECOPI, deben presentarse de forma concurrente 2 factores para que estemos hablando de publicidad o para poder encontrar o determinar si esa publicidad es encubierta o no. La concurrencia de un factor objetivo más un factor subjetivo. El factor objetivo no es otra cosa que la existencia de una contraprestación —de cualquier tipo— entre el anunciante y el *influencer* —no solo dinero, puede ser un canje, pueden ser viáticos, puede ser un carro, una casa, etc., en resumen, cualquier tipo de pago—.

Por su parte, el factor subjetivo se va a presentar cuando se muestre de forma destacada la marca o producto que quieren promocionar. Si se dan esos dos factores al mismo tiempo,

estamos frente a publicidad comercial, pero si de pronto no existe el factor objetivo, o sea, si es que no hay ningún tipo de contraprestación, no hay canje, no hay absolutamente nada ni siquiera contacto entre el anunciante y el *influencer*, por más que este muestre de manera destacada la marca, no es publicidad comercial —así tenga efectos comerciales que le reporten mejoras a la marca promocionada— y el titular de la marca promocionada no será responsable de lo que pueda decir el *influencer*, pues no calificará como anunciante.

La situación descrita puede generar un efecto publicitario a favor del anunciante o en contra quizá, pero el anunciante no ha contratado con el *influencer* para generarse este beneficio. Si es que no existe este factor objetivo, si es que no existe ningún tipo de contraprestación entre el titular de la marca y el *influencer* —de cualquier tipo—, la comunicación realizada por este último forma parte de su derecho a la libertad de expresión y de ninguna manera genera que el titular de la marca sea anunciante, pues recuerden que por definición —incluida en el artículo 59, inciso c, de la LRCD—, anunciante es:

“(...) toda persona, natural o jurídica, que desarrolla actos cuyo efecto o finalidad directa o indirecta sea concurrir en el mercado y que, por medio de la difusión de publicidad, se propone: i) ilustrar al pú-

9. Artículo 16º.- *Actos contra el principio de autenticidad.*
 - 16.1.- *Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, impedir que el destinatario de la publicidad la reconozca claramente como tal.*
 - 16.2.- *Constituye una inobservancia a este principio difundir publicidad encubierta bajo la apariencia de noticias, opiniones periodísticas o material recreativo, sin advertir de manera clara su naturaleza publicitaria. Es decir, sin consignar expresa y destacadamente que se trata de un publirreportaje o un anuncio contratado.*
10. Sobre el principio de autenticidad, la Exposición de Motivos de la LRCD establece que: “*(...) los actos contrarios al principio de autenticidad no se agotarían en la publicidad encubierta bajo la apariencia de noticias, opiniones periodísticas o material recreativo, sino que podrían configurarse mediante otro tipo de actos de naturaleza publicitaria que no sean percibidos por los consumidores como tales, incluido el eventual supuesto de la publicidad subliminal.*”
11. Cfr.: Resolución N° 3665-2012/SDC-INDECOPI.
12. Cabe precisar que, se designa *product placement* o “*emplazamiento de producto*”, a la presentación, por cualquier medio, y con fines publicitarios, de productos o servicios, o de sus marcas o signos distintivos, durante el desarrollo de películas, series o cualquier otro programa difundido a través de medios de comunicación audiovisual.

Anxo Tato Plaza, Pablo Fernández y Christian Herrera, *Ibíd.*, 135-136.

blico, entre otros, acerca de la naturaleza, características, propiedades o atributos de los bienes o servicios cuya producción, intermediación o prestación constituye el objeto de su actividad; o, ii) motivar transacciones para satisfacer sus intereses empresariales; (...)."

Ahora bien, lo que corresponde preguntarnos es si realmente los "posteos" de los *influencers* son tan peligrosos por tratarse de publicidad encubierta. ¿Somos tan ingenuos de pensar que cuando un *influencer* hace un *unboxing*, un sorteo o nos recomienda usar un producto, lo hace de voluntad propia sin obtener nada a cambio? Al parecer sí, pues es lo que le preocupa al INDECOPI y a diversas autoridades en el mundo, pero no creemos que ello sea correcto, por el contrario, consideramos que en la gran mayoría de casos es bastante evidente que dichos "posteos" sean publicidad comercial.

Si bien no negamos que en algunos casos sí se pueda presentar el riesgo de publicidad encubierta en la que se use a *influencers*, lo cierto es que en la mayoría de casos es poco probable, toda vez que las marcas y productos se van a mostrar de forma destacada y si de pronto, como es habitual, hay canjes, sorteos, *unboxing* o "tageos" a las marcas, el consumidor va a notar que se trata de publicidad comercial, ya que no es tan ingenuo como para creer que un *influencer* —que vive justo de eso— se va a dedicar a recomendarle marcas y productos en nombre de la "paz mundial". Ciertamente, esto va a depender mucho del mercado en el que se realice la publicidad de *influencers*. Así, no nos queda duda que, si es uno de moda, maquillaje, restaurantes, alimentos, en suma, mercados de productos de consumo masivo, será mucho más fácil no entrar en la controversia de saber si es o no publicidad. Sin embargo, en los mercados más especializados sí podría generarse un riesgo de publicidad encubierta, sobre todo si se hace uso de *influencers* que tengan

una relación de especialidad con el producto que promocionan. Por ejemplo, *influencers* en tecnología, que hacen comparativos entre celulares. Podrían estar siendo financiados por una empresa y se incrementaría el riesgo de que el consumidor no pueda advertir la naturaleza comercial y parcializada de la afirmación.

En el año 2014, Gustavo Rodríguez y el autor del presente artículo comentábamos que no considerábamos publicidad encubierta el uso testimonios en redes sociales —cuando en ese entonces aún no se acuñaba el término "*influencer*" y se hablaba de "tuits publicitarios"—:

"Existe una actual preocupación a nivel doctrinario acerca de si los tuits patrocinados configuran publicidad encubierta. Para los legisladores españoles cuando el tuit tenga naturaleza publicitaria y esta no sea evidente por su contexto, se estará frente a una clara publicidad encubierta a no ser que se indique su naturaleza comercial."

(...)

De este modo, los anunciantes que desean hacer uso de tuits patrocinados actualmente hacen uso de los hashtag #ad —en Reino Unido los anunciantes consensuaron ello— o #publi. Esta última indicación en virtud de lo dispuesto en el artículo 20.1 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, que en realidad se pensó exclusivamente para correos electrónicos comerciales.

Si bien en el Perú estos tuits patrocinados estarían sujetos a lo señalado en el artículo 16 de la LRCD —y también del 8.2, publicidad testimonial—, nosotros consideramos que ello sería absurdo, pues por el contexto en el que se publican este tipo de anuncios, resultará obvio para cualquier consumidor que dichos tuits tienen naturaleza publicitaria, por lo que sería totalmente innecesario detallar que estos son anuncios contratados.¹³

13. Alex Sosa y Gustavo Rodríguez, *Con licencia para anunciar. Un tratado del Derecho Publicitario en el Perú* (Lima: Themis, 2014), 108.

De este modo, consideramos que la guía bajo análisis ha sido mal enfocada, toda vez que parece insinuar que la publicidad de *influencers* siempre va a ser encubierta, cuando en la mayoría de los casos, el consumidor podrá advertir la naturaleza comercial de la recomendación del *influencer*.

V. CUANDO EL *INFLUENCER* ES UTILIZADO EN PUBLICIDAD TESTIMONIAL

La forma usual en la que los anunciantes hacen uso de los *influencers* es la publicidad testimonial¹⁴. Esto no tiene nada de novedoso. En toda la historia de la publicidad, los anunciantes han utilizado figuras como John Travolta, Sylvester Stallone, Christina Aguilera, Michael Jackson, entre otros famosos personajes como testigos en su publicidad¹⁵. Y en estos tiempos la situación no ha cambiado ni tendría por qué hacerlo. Así vemos que los anunciantes nacionales contratan a Mafer Neyra para que recomiende un local para el tratado del cabello después de un laceado y también podemos ver, a nivel internacional, a Dulceida en la publicidad de Huawei recomendando sus equipos celulares.

Estaremos frente a publicidad testimonial cuando se utiliza un testigo para compartir una experiencia y/o para trasladar su imagen comercial a favor de la marca o producto, lo cual es completamente lícito de acuerdo con nuestra LRCD, que lo único que le exige al anunciantes que va a hacer uso de esta modalidad publicitaria es que cuente con las pruebas que acrediten que el testigo tuvo una experiencia auténtica y reciente con el producto ofertado¹⁶.

Así, si eres una empresa anuncianta y vas a hacer uso de publicidad testimonial y tienes pensado utilizar *influencers*, ¡todo bien!, pero debes asegurarte de contar con las pruebas de que dicho *influencer* ha tenido una experiencia auténtica y reciente con el producto o servicio que deseas promocionar.

Para probar ello no son suficientes las declaraciones juradas, de hecho, ya hay pronunciamientos recientes de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia de INDECOPI que señalan que una declaración jurada de testigo no es prueba suficiente para acreditar que se trata de una experiencia auténtica reciente.

14. Según De La Cuesta:

“se llama publicidad testimonial a aquella que en sus mensajes se hace aparecer a una persona o entidad diferente del anuncianta expresando una opinión favorable acerca de éste o de sus productos o servicios.

Lo característico de la publicidad testimonial es que busca el refuerzo que supone que el mensaje se respalde por alguien distinto del anuncianta, porque así se diluirán en el momento decodificador las consecuencias del carácter de mensaje interesado propio de todo mensaje de publicidad.

Congruentemente, la publicidad testimonial implica que la persona del testimonio emita su opinión o parecer relativo a circunstancias integrantes del mensaje; también implica que el testimonio aparezca como alguien enteramente diferente del anuncianta. La forma de expresión de la publicidad testimonial puede ser muy variada, por ejemplo, mediante la inserción de cartas de agradecimiento de usuarios de producto, o de las buenas críticas de una buena película, etc.

La finalidad que se persigue con la publicidad testimonial y el bien al que ésta se refiere hacen que en la práctica aparezcan como testimoniantes personas que gozan de fama o celebridad entre el público, o expertos en la materia a que la publicidad se refiere, o personas comunes con experiencia por usar o consumidor el producto o servicio”.

José María De La Cuesta Ruta, *Curso de Derecho de la Publicidad* (Navarra: EUNSA, 2002), 162.

15. Nuestra LRCD define al “testigo” de la siguiente manera: a toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, distinta del anuncianta, cuyas opiniones, creencias, descubrimientos o experiencias son presentadas en publicidad.
16. En efecto, el artículo 8.2 de la LRCD señala lo siguiente: *“configuran actos de engaño la difusión de publicidad testimonial no sustentada en experiencias auténticas y recientes de un testigo”*.

Y esto tiene sentido, pues podríamos confiar mucho en las declaraciones juradas, pero hay que reconocer que también podría ser una forma de “sacarle la vuelta” a la norma. Entonces, los anunciantes tienen que tener pruebas que acrediten efectivamente que se trate de una experiencia auténtica y reciente de testigo.

El uso de *influencers* como testigos en la publicidad de los anunciantes es completamente lícito y la carga de probar que dicho personaje tuvo una experiencia auténtica y reciente con el producto promocionado, recae en el anunciante, no en el *influencer*.

VI. ¿EL INFLUENCER VA A SER SANCIONADO CON HASTA 700 UIT?

El responsable del contenido de la publicidad comercial siempre es el anunciante¹⁷, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la LRCD¹⁸. Entonces, la única forma en la que un *influencer* sea responsable del contenido de la publicidad comercial es que sea un anunciante,

es decir, únicamente en el caso que el *influencer* desarrolle su propia marca y difunda publicidad con el objeto de generar transacciones comerciales a su favor¹⁹.

Entonces, ¿qué pasa cuando el *influencer* es un soporte publicitario —a través de su cuenta de red social— para promocionar marcas de terceros o es utilizado como testigo en publicidad testimonial? No podría ser considerado jamás como anunciante. En estos casos el anunciante es la empresa que los contrata para que les hagan publicidad comercial a través de sus cuentas y/o como testigos fuera de ellas.

Con esto nos debería quedar claro que únicamente el influencer puede ser sancionado por el contenido de la publicidad si es anunciante, a la vez, de sus propios productos o servicios. De este modo, si se usa al *influencer* como testigo en publicidad de producto o servicio de un tercero o a través de su cuenta de red social para difundir publicidad a favor de determinado anunciante, jamás calificará como anunciante, por lo

-
17. “*El anunciante es quien tiene la facultad de cesar en la actividad publicitaria y a obligación de rectificar cuando resulte procedente (...). Puede ser anunciante toda persona natural o jurídica (pública o privada) que tenga la capacidad de obrar requerida al efecto por las normas que resulten aplicables -civiles, mercantiles, administrativas- según su naturaleza. El dato específico y jurídicamente relevante, para ser un anunciante, es que se realice la publicidad en interés de la persona de que se trate. Se trata, por tanto, de una condición de carácter fáctico.*
(...)”
El anunciante es el interesado en la realización de la publicidad y, en consecuencia, el dueño de la comunicación publicitaria”.

Manuel Santaella López, *Derecho de la Publicidad* (Madrid: Civitas Ediciones, 2003), 136 -137.

18. *Artículo 23º.- Asignación de responsabilidad.*
23.1.- *La responsabilidad administrativa que se deriva de la comisión de actos de competencia desleal a través de la publicidad corresponde, en todos los casos, al anunciante.*
23.2.- *Es también responsable administrativamente, en cuanto le corresponde y de manera individual, el medio de comunicación social, por la comisión de actos de competencia desleal que infringen normas de difusión que regulan, condicionan o prohíben la comunicación de determinados contenidos o la publicidad de determinados tipos de productos. Esta responsabilidad es independiente de aquélla que corresponde al anunciante.*
23.3.- *Adicionalmente, corresponde responsabilidad administrativa a la agencia de publicidad cuando la comisión de actos de competencia desleal se genere por un contenido publicitario distinto de las características propias del bien o servicio anunciado. Esta responsabilidad es independiente de aquélla que corresponde al anunciante.*
19. En efecto, el artículo 59 de la LRCD define al anunciante de la siguiente forma:

“Anunciante: a toda persona, natural o jurídica, que desarrolla actos cuyo efecto o finalidad directa o indirecta sea concurrir en el mercado y que, por medio de la difusión de publicidad, se propone: i) ilustrar al público, entre otros, acerca de la naturaleza, características, propiedades o atributos de los bienes o servicios cuya producción, intermediación o prestación constituye el objeto de su actividad; o, ii) motivar transacciones para satisfacer sus intereses empresariales;”

tanto, no es responsable del contenido ni de la veracidad de las alegaciones publicitarias que utilice a favor del tercero anunciente. El único responsable en estos casos es la marca que hace publicidad haciendo uso del influencer.

Si este personaje es utilizado para promocionar determinado producto o servicio a través de su cuenta de cualquier red social, a lo mucho puede ser responsable si se le considera un medio de comunicación social²⁰. Sobre el particular, consideramos que un *influencer* sí puede ser considerado un medio de comunicación social cuando hace publicidad para una empresa desde su cuenta de una red social, pues presta este servicio al anunciente y la norma es clara en señalar que es medio de comunicación social toda persona, natural o jurídica, que brinde servicios en cualquiera de las formas a través de las cuales es factible difundir publicidad —una de ellas, el internet—²¹.

Así, si el *influencer* es un medio de comunicación

social cuando es contratado para hacer publicidad desde su cuenta de red social, únicamente sería responsable por cualquier infracción a una norma de difusión, mas no por el contenido del anuncio, en virtud de lo establecido en el artículo 23.2 de la LRCD, que señala "Es también responsable administrativamente, en cuanto le corresponde y de manera individual, el medio de comunicación social, por la comisión de actos de competencia desleal que infringen normas de difusión que regulan, condicionan o prohíben la comunicación de determinados contenidos o la publicidad de determinados tipos de productos. Esta responsabilidad es independiente de aquélla que corresponde al anunciente". —el subrayado es nuestro—.

De acuerdo con nuestra LRCD, norma de difusión es toda norma referida a las características, modalidades y prohibiciones de la divulgación al público de la publicidad²² —cabe señalar que aquí no encaja la infracción al principio de

20. El inciso f del artículo 59 de la LRCD define de la siguiente manera al medio de comunicación social:

"Medio de comunicación social: a toda persona, natural o jurídica, que brinde servicios en cualquiera de las formas a través de las cuales es factible difundir publicidad, ya sea de manera personalizada o impersonal, en el territorio nacional, por medios tales como correspondencia, televisión, radio, teléfono, Internet, facsímil, diarios, revistas, afiches, paneles, volantes o cualquier otro medio que produzca un efecto de comunicación similar;"

21. Santaella señala sobre los medios de publicidad lo siguiente:

"el medio, como el anunciente y la agencia de publicidad, puede ser una persona natural o jurídica. Ahora bien, a diferencia de estos últimos, la LGP precisa que el sujeto-medio puede ser una persona (natural o jurídica) pública o privada.

(...)

La finalidad esencial, que constituye la auténtica nota distintiva del medio de publicidad, es dedicarse de manera habitual y organizada a la difusión de publicidad. En efecto, el medio supone en el proceso de la comunicación publicitaria un importante eslabón en cuanto es él quien hace posible, en definitiva, la comunicación pública que supone la publicidad.

El inciso final de la decisión legal, "a través de los soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostenten", alude a una realidad que diversifica los medios de publicidad en dos tipos fundamentales: los medios publicitarios que lo son exclusivamente (a los que la LGP denomina "soportes") y los medios de comunicación social en general que difunden, al lado de su propio contenido informativo, mensajes publicitarios."

Manuel Santaella López, *Op. Cit.*, 139-140.

22. Artículo 58.- Definiciones

(...)

g) Norma de difusión: a toda norma referida a las características, modalidades y prohibiciones de la divulgación al público de la publicidad, con excepción de aquéllas referidas a la ubicación física de anuncios, las cuales tienen finalidad de orden urbanístico y no de regulación del mensaje publicitario;

autenticidad ni a ningún otro principio como erróneamente señala el proyecto de guía—. Un ejemplo de norma de difusión son las prohibiciones establecidas por norma para la difusión publicitaria de determinados productos, como la que prohíbe la difusión publicitaria de productos de tabaco a través de la publicidad comercial difundida a través de la televisión de señal abierta —Ley 28705—.

Un ejemplo real de lo antes señalado, lo tenemos en el escándalo mediático que se desató contra la empresa Philip Morris, que generó la suspensión de su campaña publicitaria en la que utilizaba *influencers* para incentivar la adquisición de su nuevo cigarrillo electrónico “IQOS” —que contenía tabaco—²³. En el Perú, estaría prohibido difundir ese tipo de publicidad y sería sancionada por infracción al principio de legalidad —artículo 17 de la LRCD—²⁴. En este caso, existiría una responsabilidad por parte del anunciantre como también una independiente para el *influencer*, pero únicamente por haber infringido la norma de difusión antes comentada y si es que dicha publicidad se difundió a través de la plataforma social del *influencer*, toda vez que únicamente en ese caso calificaría como medio de comunicación social.

Con todo lo anterior, si el *influencer* es utilizado como testigo en publicidad testimonial del anunciantre, fuera de su cuenta de red social, el único que será responsable por el contenido de dicha publicidad será el anunciantre. El *influencer* no tendrá responsabilidad alguna. Así se infrinja una norma de difusión, pues no calificaría como medio de comunicación social, mucho menos como agencia de publicidad, que eso sí es lo que nos genera mayores dudas, pues la única forma en la que pueda ser considerado el *influencer* una agencia de publicidad, es que brinde servicios de diseño, confección, organización y/o ejecución de anuncios. Difícil, pero no imposible. Lo cierto es que, en ese caso, tampoco va a ser responsable por cualquier aspecto vinculado a la oferta del anunciantre, solo será responsable por el contenido publicitario distinto de las características propias de la oferta que se anuncia —por ejemplo, será sancionado si el anuncio infringe el principio de adecuación social por incentivar actos de discriminación—.

Por todo lo antes expuesto, podemos ir concluyendo que las posibilidades que se le sancione al *influencer* con 700 UIT son menores por no decir inexistentes, pues ello solo podría suceder si son, a la vez, anunciantres, y si su publicidad infringe gravemente lo dispuesto en la LRCD —

-
23. «Philip Morris suspende una campaña con ‘influencers’», Diario El Periódico, acceso el 29 de mayo de 2019, <https://www.elperiodico.com/es/extra/20190513/philip-morris-suspende-una-campana-con-influencers-7452019>.
 24. “El artículo 17 de la LRCD establece que los actos contrarios al principio de legalidad “consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria”. Agrega la propia LRCD que “constituye una inobservancia de este principio el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance”.

En primer término, debe destacarse que la mención “legalidad” no puede ser empleada para argumentar que el principio se circumscribe únicamente a los casos de violación de normas de rango legal. Esta interpretación se encuentra apoyada por la precisión referida al incumplimiento de cualquier disposición sectorial. En segundo término, cabe destacar la precisión que efectúa la LRCD al señalar que las normas cuyo incumplimiento importa la contravención del principio de legalidad, son las referidas a la actividad publicitaria.

Como el lector podrá advertir, estamos frente a un principio que habilita a la autoridad a sancionar una gran cantidad de supuestos diferenciados (...).

Alex Sosa y Gustavo Rodríguez, *Con licencia para anunciar. Un tratado del Derecho Publicitario en el Perú* (Lima: Themis, 2014), 113.

en el Perú son pocos los *influencers* que tienen su propia línea de productos y califican como anunciantes—; y, por otro lado, no tenemos un solo antecedente en el que se haya sancionado con 700 UIT a un medio de comunicación social o agencia de publicidad²⁵.

VII. TIPS PARA USAR *INFLUENCERS*

Como ya lo hemos explicado en los puntos anteriores, el anunciante es el responsable del contenido de la publicidad comercial, no el *influencer*. De este modo, si se le utiliza como testigo en publicidad de un tercero anunciante, este último será responsable de todas las delegaciones objetivas y, por ende, comprobables que emita el *influencer* en el anuncio. Asimismo, si se usa al *influencer* y su cuenta de red social para hacer publicidad, el responsable del contenido también será la empresa anunciante que se beneficia con los comentarios, *unboxing* o cualquier acto que realice dicho personaje con la marca que lo contrata.

Así que los anunciantes deben tener mucho cuidado en el uso de *influencers* dejándolos libres a decir lo que venga de su inspiración. Si le dan una total libertad al *influencer* para que en virtud de su inspiración diga lo que quiera sobre su producto, el anunciante corre un riesgo alto de infracción, toda vez que el *influencer* no va a ser responsable de absolutamente nada de lo que diga si es que es objetivo por su carácter comprobable, por el contrario, el anunciante será el único responsable frente al INDECOPI respecto de dichas afirmaciones.

1. Tip N° 1: mantener bajo control al *influencer*.

El responsable va a ser siempre el anunciante y no el *influencer* ya que se le está pagando a este último por hacer publicidad a favor de la marca,

lo cual le va a reportar un beneficio en el nivel de persuasión de la comunicación. En ese sentido, una de las primeras tareas que tienen que hacer los anunciantes si van a hacer uso de los *influencers* es mantener el control de todo lo que el *influencer* va a decir o hacer. No lo pueden dejar en total libertad —al menos, no lo recomendamos. La “creatividad” puede ser traicionera—.

En este punto toman importancia los guiones y contratos. Y es que hay *influencers* que son más experimentados o están mejor asesorados que otros. A un novel *influencer* quizás los anunciantes le puedan poner un guión, pero a los que tienen experiencia o más trayectoria o cuentan con asesoría va a ser más difícil. Sin embargo, es importante que el anunciante posea el control, porque así “se curan en salud” frente a cualquier contingencia con la autoridad o en el peor de los casos, dejan constancia de que le indicaron expresamente qué cosas no podía decir el *influencer*, con lo cual pueden repetir contra él frente a cualquier sanción por infracción a la LRCD —dejando todo ello bastante claro en el contrato, obviamente— y obviamente, pueden apuntar a solicitar un atenuante en la graduación de la sanción.

Por todo lo antes señalado, es siempre importante elaborar un contrato, tener pautas por escrito, o al menos, dejarle bien claro —de forma expresa— al *influencer* qué es lo que no puede decir o ponerle límites a los comentarios que pueda hacer sobre el producto —por ejemplo, no compararlo con el producto de la competencia—. Esto posiblemente no sea útil dentro de un procedimiento ante el INDECOPI, toda vez que la autoridad sancionará de forma objetiva al anunciante por las alegaciones inexactas o engañosas que pueda realizar el *influencer*, sin embargo, servirá para repetir contra el *influencer* y aplicarle las penalidades que correspondan por contrato.

25. Con todo lo expuesto en el presente apartado, nos debe quedar claro que, si el *influencer* es utilizado como testigo en publicidad testimonial del anunciante, fuera de su cuenta de red social, el único que será responsable por el contenido de dicha publicidad será el anunciante. El *influencer* no tendrá responsabilidad alguna. Así se infrinjo una norma de difusión, pues no calificaría como medio de comunicación social, mucho menos como agencia de publicidad.

2. Tip N° 2: el uso de *hashtags*.

El uso de *hashtags* en la publicidad de *influencers* no es un invento peruano, esto ya se venía utilizando en otros países. Y es que es importante usar términos que permitan identificar el carácter comercial de las comunicaciones de los *influencers* a los consumidores. La clave, al parecer, está en el uso de *hashtags* #publi, #publicidad, #ad, #advertisement, etc; indicadores que permitan de alguna manera entender a los consumidores que la comunicación a la que están expuestos es patrocinada por una marca anuncianta. Este punto es uno de los que más ha sido cuestionado del proyecto de guía del INDECOPI, pues en el mismo señala que solo se podría indicar #publicidad o #publicidadcontratada, pues a decir del INDECOPI, las abreviaturas no trasladarían la información necesaria para los consumidores. Nosotros discrepan abiertamente de esa posición, pues refleja la falta de conocimiento de la autoridad sobre el uso de redes sociales de los consumidores.

El proyecto de guía recomienda que en los casos en los que no quede claro que la comunicación del *influencer* no sea comercial, puede usar hashtags como #publicidad o #publicidadcontratada la cual debería consignarse en un lugar donde sea fácilmente identificable y entendible, tomando en consideración algunas interesantes recomendaciones, donde algunas parecen obvias y otras completamente innecesarias por exceso. Las detallo a continuación con mis comentarios:

- a) Recomienda algo tan obvio como: "Colocar la etiqueta en un lugar visible para el consumidor".
- b) Recomienda evitar colocar el *hashtag* al final de la publicación, es decir, después de la opción "ver más", contraviniendo de este modo lo dispuesto en el artículo 21 de la LRCD que exige a la autoridad hacer un análisis integral y superficial de la totalidad del anuncio.
- c) Recomienda evitar colocar la etiqueta al final del video, pues no todos los consumidores terminan de ver el mismo. En esta re-

comendación vuelve a contradecir la LRCD, pues la autoridad está obligada a hacer un análisis integral y superficial de la totalidad del anuncio, de acuerdo con el artículo 21 de la LRCD. Además, nos preguntamos: ¿es culpa del anuncianta que el consumidor no termine de ver el video?

- d) Recomienda evitar colocar el nombre del anuncianta mezclado con la etiqueta; por ejemplo, "nombredelanunciantepublicidad". No queda claro por qué, si al hacerlo, el *influencer* está dejando claro que está haciendo publicidad.
- e) Recomienda evitar mezclar la etiqueta con gran cantidad de otros *hashtags*, restando visibilidad e importancia a la comunicación. En este punto nos preguntamos: ¿por qué no? ¿qué estudio establece que le resta visibilidad? Todo lo contrario, esta recomendación solo deja en evidencia la falta de especialidad de la autoridad respecto del funcionamiento de las redes sociales y, sobre todo, desconocimiento sobre cuál es el objeto del uso de *hashtags*.
- f) Recomienda colocar la etiqueta en idioma castellano. En este punto resalta la importancia de primero conocer cómo se desarrolla este tipo de publicidad antes de hacer algún tipo de recomendación. Hace años que se usa la etiqueta #ADV o #AD para diferenciar la publicidad y los consumidores lo entienden.

Luego señala que no se pueden usar abreviaturas, con lo que limita y obliga prácticamente a los anunciantes a usar los hashtags #publicidad o #publicidadcontratada "ensuciando" su comunicación comercial. Esto es un claro exceso, pues no es tan difícil que un consumidor al ver #publi entienda que es publicidad comercial.

Un exceso adicional de la referida guía es indicar que:

"(...) la comunicación de la existencia de relación material debe ser independiente de las herramientas que brinda de manera pre-

determinada la red social. Todo ello debido a que, las funciones que ofrece la red social, para comunicar la relación comercial entre el anunciantre y el influencer, no supone suficientes garantías de que sea un medio efectivo para la exteriorización del mensaje. Entonces, en caso las redes sociales requieran que se utilicen sus herramientas, el influencer debería complementarlas con mejores prácticas como el uso de hashtags.”

Es decir, no importa si las redes sociales desarrollan una solución al “gran problema” de la publicidad encubierta. Igual se deben consignar los hashtags. No hay que perder la perspectiva, no olvidemos que lo que se busca es que el consumidor reconozca la naturaleza comercial que supuestamente está en riesgo, el objetivo no es arruinar la publicidad comercial y menos creer que el Estado siempre es el mejor posicionado para solucionar los problemas.

3. Tip Nº 3: el uso de *instastories* y *live stream* para hacer publicidad con *influencers*.

El 6 de noviembre de 2019, la *Federal Trade Commission-FTC* publicó una guía de recomendaciones para *influencers*²⁶ bastante didáctica que el INDECOPÍ podría utilizar como modelo para la versión final de su guía, pues la idea es que sea bastante amigable para un público no especializado en Derecho, que son los que finalmente hacen uso de los *influencers* día a día.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante detallar que varias de las recomendaciones que tiene dicho documento han sido criticadas en este artículo, así que es muy probable que el INDE-

COPÍ no las modifique al sentirse “respaldada” por un documento de la autoridad norteamericana. Así que rescataremos una de las recomendaciones que nos pareció una de las más interesantes: si se va a hacer uso de publicidad de *influencers* a través de *instastories*, la indicación de que se trata de un anuncio comercial debe estar tanto en el audio como escrito en el mismo, pues varios consumidores ven los *instastories* sin sonido. Asimismo, en el caso de videos “en vivo”, hay que indicar constantemente que dicha grabación es patrocinada.

De nuevo, nos preguntamos qué culpa podría tener el anunciantre de que un consumidor desee ver una historia de Instagram sin sonido o si se une a la mitad de una transmisión en vivo. Sería importante poder conocer cuál es el fundamento legal de dicha recomendación, toda vez que recordemos que el análisis que debe realizar la autoridad de la publicidad es integral, por lo que, si el anunciantre cumplió con advertir que se trata de publicidad el uso de un *influencer*, ello debería bastar para que no sea considerado publicidad encubierta.

VIII. CUANDO EL *INFLUENCER* ES A LA VEZ EL ANUNCIANTE

Como hemos comentado a lo largo de este trabajo, solo cuando el *influencer* es a la vez el propio anunciantre de sus productos —esto es, hace publicidad a favor de sus propios intereses— es completamente responsable del contenido objetivo de sus anuncios, el cual debe sujetarse a lo establecido por el principio de veracidad —actos de engaño—²⁷ y el resto de las modalidades desleales contenidas en la LRCD.

26. https://www.ftc.gov/system/files/documents/plain-language/1001a-influencer-guide-508_1.pdf.

27. “Siendo que la principal batalla por el mercado se libra en la mente de los consumidores, y teniendo los mensajes publicitarios en la actualidad un poder de captación gigantesco, el Derecho de la Competencia Desleal prohíbe que a los fines de la captación de clientes los mensajes publicitarios sean engañosos, pero no sólo en protección de los consumidores —objeto de protección con el que aquí se superpone con el Derecho del Consumidor— sino para proteger al resto de los competidores y la transparencia en el mercado. Ello así, pues un anunciantre que utiliza un mensaje engañoso está desviando clientela a su negocio en forma artificial, perjudicando al resto de los comerciantes y dañando la transparencia a la que propende el Derecho de la Competencia Desleal.”

Estamos convencidos que el acto de engaño es el aspecto que más debería preocuparnos, en lugar de cuestionar si el uso de *influencers* en publicidad es una comunicación comercial encubierta o no. Y es que, como ya hemos señalado, consideramos que en la mayoría de los casos esta estrategia publicitaria no es encubierta. No hay que ser muy inteligente para preguntarse o al menos dudar de que si un *influencer* está hablando bien de la marca de un tercero, lo más probable es que haya recibido algún tipo de contraprestación para hacer ello. Pensar lo contrario, es creer que existen unicornios y que el mundo es perfecto.

Lo realmente peligroso lo podemos encontrar cuando el *influencer* en calidad de anunciente difunde información engañosa que puede distorsionar mercados o inducir gravemente a error a los consumidores o incluso atentar contra su salud.

Nos referimos al caso de la *influencer* autodenominada Rawvana. Esta chica se hizo bastante famosa en los últimos años con sus dietas veganas. Y es que además de siempre mostrar una excelente figura, señalaba que la misma era producto de esta dieta. Todo el mundo quería ser como ella y tener su figura, así que empezaron a imitar sus supuestos hábitos alimenticios. Al darse cuenta de ello, vio una oportunidad de negocio y no tuvo mejor idea que hacer un libro con sus recetas y dietas veganas. Dicho libro terminó siendo un *best seller*. Como se imaginaron, empezó a generar bastante dinero hasta que, de pronto, se difundió una historia de Instagram en el que una amiga, sin que Rawvana se dé cuenta, la había grabado comiendo un trozo de pescado frito.

Al parecer, Rawvana no era tan vegana como decía ser. Esto generó una gran pérdida de seguidores, empezaron las publicaciones contra ella de parte de sus seguidores. Y razón quizás no les faltaba pues sus dietas eran bastante arriesgadas, sobre todo una que recomienda hacer ayuno tomando solo agua por 25 días. No sé qué especialista de la salud podría recomendar ello y no sé qué tan sano sea, pero el sentido común nos dice que algo así le puede

hacer daño a cualquiera. Imagínense las personas que seguían con devoción las dietas de esta señorita. Qué grave riesgo a su salud.

Evidentemente, esto es un acto de engaño porque más allá del fraude que pueda hacer Rawvana por no ser vegana frente a los consumidores, lo cierto es que estaba comercializando productos, dietas, libros sobre la base de un estilo de vida que decía o replicaba que formaba parte de su día a día y era un completo engaño. Es decir, concurría en el mercado a través del engaño, desviando la demanda de los consumidores hacia su oferta sin competir sobre la base de la propia eficiencia de sus prestaciones.

Esto es peligroso no solo desde el punto de vista comercial o concurrencial por ser un acto de engaño, también hay un problema de infracción a las normas de protección al consumidor, pues hubo consumidores que se creyeron el cuento de la dieta vegana y compraron sus libros o siguieron sus dietas, las cuales tenían un costo y eran falsas.

En esa misma línea, otro caso bastante famoso fue el de la *influencer* Belle Gibson. Ella fue un poquito más allá. Alegó durante años que tenía cáncer en el cerebro y que una dieta la salvó. Esto generó una gran cantidad de seguidores y se convirtió en una *influencer* famosa, lo cual aprovechó a su favor creando una aplicación —que fue un *boom* hasta que fue retirada de Playstore— y un libro el cual incluso se agotó en su momento —se vendía por Amazon—. Pero ¿cuál era el problema? El problema es que dicha señorita nunca tuvo cáncer, por lo tanto, su libro y aplicación, era un completo fraude, un claro acto de engaño. Los tribunales europeos la sancionaron con 320 mil euros.

Otro caso bien controvertido lo tenemos con la página web “Goop” de la reconocida actriz Gwyneth Paltrow. Dicha página se vio envuelta en varios fraudes o en varios actos de engaño. Esta actriz vendía, por ejemplo, un parche que “te hacía sentir mucho mejor, te hacía mejor persona” y la forma en la que vendía estos parches era diciendo que se trataba de un parche hecho con el material del uniforme de los astro-

nautas de la NASA —*National Aeronautics and Space Administration*—, lo cual era falso. Incluso representantes de la NASA salieron a desmentirla. Pero lo peor que pudo ofrecer al mercado dicha página fueron los “huevos vaginales”. Aunque no lo crean, en su publicidad alegaban que, si usaban estos huevos vaginales, las mujeres iban a mejorar su salud sexual y un mayor placer al momento de tener relaciones sexuales, entre otros “beneficios”. Como se imaginarán, esto era completamente falso y realmente peligroso para la salud de los consumidores. Como señalamos líneas arriba, al parecer nos estamos concentrando solo en la publicidad encubierta, cuando hay cosas mucho más graves que pueden generarse por el *influencer*²⁸.

Entre otras cosas que se vienen discutiendo tenemos los casos de los “*influencers* que no son *influencers*”. Nos referimos a los que compran seguidores. Esto es un secreto a voces entre los *influencers*, pero esto es completamente real. Existen agencias de publicidad que les venden seguidores a las empresas y, ¿cómo hacen eso? Fácil, usan *bots*. En una especie de bancos gigantes de celulares, los programan para seguir a determinada persona con perfiles que no existen. Son *influencers* fraudes que de un momento a otro generan que posean más de 1 millón de seguidores y claro, el problema lo encontramos cuando ese *influencer* utiliza esa cantidad de seguidores falsos y va a empresas anunciantes para ofrecerse como soporte publicitario, pues si es contratado, recibe una contraprestación sobre la base del engaño.

Claro, es un acto de competencia desleal si consideramos que el mercado de *influencers* está en constante movimiento. Que una marca se vaya con un *influencer* implica un contrato menos para otros *influencers*.

Como vemos, en el Perú, como en otros países del mundo, se han concentrado más en tratar de detener la supuesta publicidad encubierta de los *influencers*, cuando en realidad el problema del uso de esta herramienta publicitaria pueda estar en otros tipos de actos de competencia desleal que sí se podrían estar generando en el mercado.

IX. REFLEXIÓN FINAL

El presente artículo ha buscado hacer un análisis crítico de todo lo que se viene hablando acerca de la publicidad de *influencers*, toda vez que siempre es importante que una posición vaya en contra de la corriente para pensar las cosas con mayor objetividad y no hacer lo mismo que hacen otros países. De este modo, se ha dejado constancia de la posición del autor al señalar que la publicidad de *influencers* no es otra cosa más que una nueva forma de hacer publicidad testimonial y que la posibilidad de que se trate de publicidad encubierta es bastante menor. Sin perjuicio de esta discusión, consideramos que se cumple el objetivo de dejar bastante claro que la posibilidad de que el INDECOPI pueda sancionar a un *influencer* con 700 UIT es casi inexistente. Solo podría suceder ello si a la vez es anuncianta y el acto posee tal gravedad que merezca la sanción máxima que establece la LRCD.

28. Según Rojas y Figueroa, “(...) resulta necesario investigar y debatir la necesidad de imponer nuevas exigencias normativas, bajo la pretensión de dar mayor transparencia al mercado. Así, para un consumidor pueden existir factores externos o internos, tales como la autoestima o emociones, que motiven al consumidor a seguir a un influencer determinado, lo que podría generar un sesgo conocido como “anclaje” o “cascada de disponibilidad”.

Así para el análisis conductual del Derecho, la falta de información hace que confiemos en las decisiones de los demás, suponiendo que ellos sí están informados. Lo anterior se debe en gran medida a las influencias reputacionales; es decir, que confiamos en la palabra de ciertas fuentes, tales como las provenientes de gente que admiramos, noticieros, políticos, etc. y generamos lo que se denomina “cascada de disponibilidad”.

Carlos Rojas y Ana Lucía Figueroa, «Debe regularse el rol de los influencers en redes sociales? Una aproximación del análisis conductual de la normativa publicitaria peruana», en Análisis Psicológico del Derecho (Lima: Themis, 2018), 487.

La cámara Gesell como medio de prueba en el ordenamiento procesal peruano



CARLOS ALFREDO ESCOBAR ANTEZANO

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Docente de la Academia de la Magistratura.

Juez Superior Titular del Distrito Judicial de Lima.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Epistemología y pericia.
- III. Verdad, proceso penal y prueba.
- IV. Posibilidad de alcanzar la verdad a través del proceso.
- V. La cámara Gesell.
- VI. La normatividad de la cámara Gesell.
 1. Análisis de la Sentencia de la Casación N° 21-2019/Arequipa.
 - 1.1. Antecedentes.
 - 1.2. Diferencias entre prueba preconstituida y prueba anticipada.
 - 1.3. Los distintos supuestos que alude la Corte Suprema en la Sentencia de la Casación N° 21-2019/Arequipa.
 2. Análisis de otros Acuerdos Plenarios —N° 01-2011 y 04-2015—.
- VII. Exactitud del testimonio.
- VIII. Importancia de los estándares de prueba.
- IX. Conclusiones.



RESUMEN:

La cámara Gesell es una pericia con tendencia a ser científica que debe ser practicada por psicólogos y asistente sociales. Tiene que actuarse ante el Juez penal. Su finalidad es recibir el testimonio de la víctima y determinar su daño psicológico. Los psicólogos deben construir, en base a su *expertise*, conocimientos de la verosimilitud, memoria y coherencia el relato de la víctima, que es debatido en el juicio oral. Se debe garantizar el derecho de defensa del imputado, permitiendo la intervención de un perito de parte en la ejecución de esta pericia. La declaración de la víctima debe ser por una sola vez con el fin de evitar la “revictimización” —victimización secundaria— en virtud del interés superior del niño.

Palabras clave: epistemología forense, cámara Gesell, pericia, víctima, delitos contra la libertad sexual, menores de edad, victimización secundaria.

ABSTRACT:

The Gesell chamber is a forensic examination with scientific tendency that has to be practiced by psychologists and social workers. It has to be presented before a criminal judge. Its purpose is to receive the victim's testimony and to determine their psychological damage. The psychologists must build upon their expertise, the victim's knowledge and the truthfulness, memory and coherence of the victim's story, which must be debated during the trial. The right to defense of the accused must be guaranteed, allowing for the intervention of an expert from the defense during the forensic examination. The victim's declaration must be taken only once, in order to avoid further suffering.

Keywords: forensic epistemology, Gesell chamber, forensic examination, victim, sexual crimes, minors, secondary victimization.

I. INTRODUCCIÓN

En algún momento de sosiego tuve la suerte de recrearme con un relato profundamente reflexivo: “Funes el memorioso”, de Jorge Luis Borges —1944—¹. En este magistral cuento, el autor argentino nos mostraba un joven absolutamente desprovisto de la facultad de olvidar, de abstraer, de pensar, de simplificar; éste no solo recordaba cada detalle, cada circunstancia, cada experiencia; sino que, siendo incapaz de distinguir el pasado del presente, era una víctima incesante del retorno de sus recuerdos que volvían a él, una y otra vez, con la intensidad de una vivencia actual.

Me resultó inevitable relacionar esta intrigante imagen con los diversos ítems de mi investigación; pues, si bien la constante revictimización sufrida por Funes era el producto del particular funcionamiento de su cerebro y, en cambio,

la revictimización de los menores víctimas de abuso reside en que son inducidas por terceros a recordar el hecho traumático que vivieron, en ambos casos, se presenta una innecesaria reprogramación de recuerdos, en un caso, por la ausencia de la facultad de olvidar y, en el otro, por la ineficacia de nuestro sistema de justicia. En esa línea, uno de los derroteros que con más ahínco sigue mi investigación es que la entrevista de cámara Gesell sea practicada una sola vez, a efectos de que no “revictimice” a los menores de edad víctimas del delito de violación sexual.

Reconociendo que la dogmática del Derecho Procesal —el mecanismo que el estado impone para reconocer, reivindicar o distribuir derechos— aún se encuentra en construcción pues no ha tenido la atención dogmática de los juristas, estimo necesario en lo relativo a la cámara Gesell, construir una argumentación y directri-

-
1. Jorge Luis Borges relata su encuentro con Irineo Funes, un singular joven de 19 años con la extraña habilidad de cronometrar el tiempo sin necesidad de instrumento alguno. El uruguayo Funes tuvo un accidente que lo dejó postrado sin poder recuperarse más. Lo anecdotico es que después del accidente se potencian sus habilidades con la aparición de una memoria extraordinaria capaz de recordar lo infinito que obviamente terminará abrumándolo. En su soledad, aprende idiomas, crea sistemas de numeración, cataloga y clasifica todo lo que pueda caber en su mente, hasta morir a los 21 años de una congestión pulmonar.

ces que considere a las ciencias que la integran, los profesionales y protocolos, desde una perspectiva epistemológica a fin de incrementar los rangos de fiabilidad.

El punto de partida o antecedente de la cámara Gesell es la declaración testimonial, que no ha tenido un tratamiento racional en nuestro medio, ni en ningún otro sistema procesal de la región. En ese orden de ideas, el caso peruano es peculiar porque frente al Congreso se erige el Tribunal de la Santa Inquisición, donde se encuentran instaladas mesas de tortura, salas de audiencia con crucifijos —con sogas encubiertas manejadas por el director del debate para que la imagen de Cristo mueva la cabeza en el momento decisorio—, y donde se practicaba la valoración del peso de un testigo en base a títulos nobiliarios o eclesiásticos. Estos rezagos de la Santa Inquisición no solo administraban hechos o eventos de fe, sino que tenían influencia en todo hecho que generaba trascendencia social y económica. Resalta en la justicia virreinal el juicio a un acaudalado hombre de la sociedad limeña Mateo Salado, de los valles de Maranga y Magdalena, a quien se le ajustició por el solo hecho de no adjurar a su condición de judío, al entenderse que dicha negativa representaba un atentado contra la fe católica.

En los años sucedáneos de la República, durante la vigencia del Código de Procedimientos Civiles —derogado en el año 1984—, resalta el juramento decisorio, que era una institución que, bajo el sometimiento a la fe religiosa, llevaba a aceptar una pretensión por más aberrante que fuere; se recibía la extremaunción —mecanismo por el cual el cura imponía los santos óleos— si no se aceptaba hechos que imponían como ciertos y ello de manera incuestionable podía llevarse a las Cortes, además de llevar adosado a tan magna gracia ceder propiedades a la iglesia o al confesor.

Hago mía la afirmación de Jordi Nieva Fenoll al referirse al tratamiento que hemos otorgado a la declaración testimonial “cargada de subjetivismo”, que incrementa los errores judiciales; y que para el aporte objetivo del testimonio debe actuarse desde la psicología del testimonio. Señala también que el testimonio se encuentra enriquecido por otros campos científicos como la neurociencia que estudia los procesos cognitivos y de memoria, campo que solo refiero ya que mi objeto es la cámara Gesell como medio probatorio.

Si como afirma Jordi Ferrer Beltrán, el proceso penal sufre una implosión porque desde allí se pretende solucionar un gran número de conflictos, entonces la probanza de hechos tiene que observar principios y garantías constitucionales como la presunción de inocencia, el derecho a ser informado del hecho, el derecho de defensa y la imputación que da derecho a la prueba. En ellos tiene relevancia el objeto de prueba, destinatario de la prueba y los medios probatorios.

El esfuerzo de explicar la memoria humana fue anterior a los experimentos de Wundt en Leipzig. Así, Platón, el estagirita, planteó las asociaciones como un aspecto esencial en la reminiscencia en la actividad “mnémica”² influyendo en el racionalismo y empirismo epistémico.

No solo la tradición filosófica problematizó y propuso planteamientos teóricos, sino que en el devenir epistémico sobre la mente, las escuelas psicológicas fueron el marco para el desarrollo de nuevos planteamientos teóricos como el cognitivismo y sus avances, ubicada dentro del llamado hexágono cognitivo³ y constituido por la interrelación de disciplinas como la neurociencia, la inteligencia artificial, la psicología, la lingüística, la antropología y la filosofía, pretende explicar los mecanismos básicos y profundos que dan origen al conocimiento.

2. En su reflexión sobre la memoria y la reminiscencia hay un acercamiento de Aristóteles a la neurociencia.
3. Howard Gardner, *The Mind's New Science: A History of the Cognitive Revolution* (New York: Basic Books, 1985).

En este panorama histórico de posturas muy trascendentales en todos los campos del conocimiento surge en el ámbito del derecho los aportes del pensamiento alemán, del conocido “iusfilósofo” Robert Alexy, en la argumentación jurídica, la teoría de los derechos fundamentales y una teoría del derecho, basada en la ética del discurso.

Consciente de la importancia y trascendencia de este nuevo sistema de prueba, postuló que la entrevista única en esta cámara de un menor de edad, víctima de violencia sexual, es una pericia y no una declaración ante tercero con cualidades científicas, buscando evitar la revictimización del agraviado.

La declaración de la víctima debe ser única y para ello debe estructurarse en el marco de un protocolo riguroso, exhaustivo, suficiente y probabilístico, reuniendo los elementos que vinculen o aparten al imputado al hecho investigado. Es realista lo que afirma Jordi Ferrer Beltrán que no es posible alcanzar la certeza de un hecho que se reconstruye, lo que se logra son grados de probabilidad.

Mi experiencia judicial con este medio probatorio y su subsecuente investigación teórica me permiten advertir que, en el proceso de valoración individual o conjunta, la pericia en situaciones análogas muestra contenidos en esencia distinta y contradictoria. Es fundamental establecer la unidad del dictamen y no es posible sustituir este medio probatorio con otro que cumpla con el objetivo. Con el rigor de toda prueba científica, me he permitido recibir en juicios orales ratificaciones de pericias de peritos psicólogos realizados en las etapas de instrucción del viejo Código Procesal, aún vigente en Lima, y advertir que, con aires de suficiencia y sin ningún rubor, estos profesionales afirman que el peritado es autor de un determinado delito. Sin embargo, al examinar el contenido de tales pruebas, exámenes o *tests*, lamentablemente compruebo que los peritos no explicitan ni el sustento epistemológico que ampara sus conclusiones ni el criterio metodológico empleado a fin de arribar a las mismas; subrayando continuamente que

su conclusión es el resultado de su experiencia cotidiana y de sus patrones de responsabilidad.

II. EPISTEMOLOGÍA Y PERICIA

Actualmente, el desarrollo de las comunicaciones nos da a conocer que en auditorios cada vez más amplios se presentan cuestionamientos a la lógica, ética y retórica; asimismo, se revisan, sin las conveniencias de grupos de poder político-económico o sin atisbo de subjetividad religiosa, las teorías iusnaturalistas y “iuspositivistas” del razonamiento judicial. Ello en base a que los estados contemporáneos se estructuran dividiendo poderes que distribuyen justicia y solucionan sus conflictos con base en un racionalismo práctico. En este contexto, los usuarios discuten sobre sus pretensiones en un marco de igualdad de condiciones y de la mano de un proceso dotado de un conjunto de garantías.

En este escenario, se consolida la teoría de la argumentación jurídica de la Escuela de Alicante liderada por Manuel Atienza Rodríguez —traductor de la Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy—, quien predica, en cuanto foro lo convoquen, esta nueva visión del Derecho como si de un nuevo evangelio se tratara, el mismo que es recibido con beneplácito por una masa —afortunadamente— cada día más crítica y estudiosa.

A sus obras ya bien conocidas —Las razones del Derecho, 1991, Tras la justicia, 1993, Las piezas del Derecho, 1996, El sentido del Derecho, 2004— se suma ahora este importante trabajo en el cual Atienza plantea, siguiendo las grandes tradiciones anglosajonas, y también las innovaciones de la teoría jurídica continental, una concepción diferente del Derecho: considera que el Derecho es esencialmente una actividad argumentativa que tiene que ver con el lenguaje, con la lógica y con otras formas de argumentación, un tanto soslayadas en la cultura jurídica contemporánea, como la tópica, la retórica y la dialéctica; disciplinas todas que tienen su origen en el mundo antiguo y, sobre todo, en la obra de Aristóteles.

Habiéndose producido un cambio de paradigmas generales con la tendencia de abordarlo desde la epistemología, aplicando el método científico de manera coherente se estudia el problema particular, se construyen herramientas que otorgan contenido a los significados de medios de prueba y pericias. La verosimilitud, veracidad, probabilidad y fiabilidad nos permitirán argumentar con lógica y coherencia.

Es importante citar “La prueba de los hechos” de Michele Taruffo, porque alude directamente a la prueba y los medios probatorios. Afirma que la determinación de los hechos depende del Derecho, porque se aplica la subsunción, existe un marco de hechos que en el caso penal es la acusación sometida al control de las partes, así se determinan hechos principales o relevantes que deben ser probados a través de los medios probatorios.

III. VERDAD, PROCESO PENAL Y PRUEBA

En el ámbito jurídico y filosófico existe un debate entre dos posturas extremas sobre la posibilidad de alcanzar la verdad: aquella que admite esa posibilidad y quienes niegan la posibilidad de la verdad alcanzable en el proceso judicial.

Entre quienes niegan la posibilidad de encontrar la verdad en el proceso, están los que, desde una perspectiva escéptica radical, niegan la posibilidad absoluta de alcanzar la verdad al no contar con ningún método, incluido el proceso judicial, que permita con certeza alcanzar algún conocimiento racional.

Con esta postura resaltan el escepticismo y el idealismo. El primero afirma que, aplicadas al campo jurídico, las apreciaciones judiciales, las decisiones y en general los actos procesales son representaciones subjetivas, pues las particularidades de los sujetos que participan en el proceso los hechos conllevan a la existencia de “varias” verdades. El segundo, también radical, sostiene que el conocimiento se compone sola-

mente de construcciones mentales sin ninguna vinculación con la realidad empírica⁴.

En síntesis, hay quienes afirman que la verdad se ubica en la realidad empírica y es posible acceder a ella; y por el contrario, otros sostienen que se encuentra solo en la mente del sujeto cognosciente que construye las premisas sobre esa realidad. En términos procesales la discusión sería si la realidad existe en sí, por fuera del proceso y a la misma es posible conocerla a través de los medios probatorios, o solo existe en la mente del Juez.

Asimismo, existe la tesis lingüística según la cual la realidad que conocemos se nos transmite a través del lenguaje, esto es, para hacer comprensible esa transmisión se debe acudir al vehículo del lenguaje, puesto que no hay otro modo comprobado de transferencia del conocimiento. Pero para transmitir el lenguaje el portador de la idea ha debido hacer una comprensión de las particularidades de lo que se transmite, como también lo hará quien recibe la transmisión. Y al respecto se tiene que toda comprensión implica una interpretación. De suerte que los lenguajes que se transmiten van siendo enriquecidos por la interpretación de los que intervienen.

Así, se tiene que si toda comprensión es interpretación, no queda otra alternativa que concluir que en el proceso judicial las formas a través de las cuales se transmiten las ideas de lo acontecido en la realidad empírica llevan necesariamente la impronta del transmisor, por lo cual será imposible lograr una verdad completamente objetiva. Incluso radicalizando estas ideas podría admitirse que ni la verdad del proceso ni ninguna verdad existe como tal, en la medida en que lo que se recibe en cualquier escenario de comunicación a través del lenguaje —prueba judicial— son interpretaciones de la verdad gracias a las comprensiones previas que se han debido efectuar por quienes pretenden comunicar las ideas⁵. Piénsese

4. Taruffo.

que este análisis no es extraño en la legislación: por ejemplo, el nuevo Código de Procedimientos Penales restringe en grado sumo las pruebas, especialmente los testimonios, en la medida en que se entiende que mientras más larga sea la cadena de personas que transmiten el lenguaje habrá un mayor número de comprensiones e interpretaciones acerca de la realidad empírica.

Otras posturas no guardan relación exclusiva con el asunto epistemológico del proceso, sino más bien con la concepción ideológica o política que se tenga sobre él. Estas ideas apuntan a explicar que el proceso judicial no es un medio para alcanzar la verdad, sino que su fin primordial es el de solucionar conflictos, por lo que tal búsqueda es extraña y por lo tanto es innecesaria frente al proceso e incluso puede llegar a ser contraproducente, en la medida en que la composición del litigio implica dejar satisfechas a las partes con independencia de cuál hubiese sido con exactitud la base fáctica. Desarrollos adicionales de estas mismas ideas se encausan a establecer que el proceso judicial no se encuentra diseñado para alcanzar la verdad, esto es, que desde el punto de vista epistemológico, el proceso contiene serias deficiencias de metodología, pues su fin, se insiste, es la resolución de las controversias puestas a disposición del Juez⁶.

IV. POSIBILIDAD DE ALCANZAR LA VERDAD A TRAVÉS DEL PROCESO

Tanto el realismo crítico y radical como la teoría de la correspondencia postulan la realidad empírica aprehensible para su observador, en consecuencia, las proposiciones sobre esa realidad concuerdan con ella, siendo estas necesariamente verdaderas. De igual forma, el relativismo guarda relación con las teorías semánticas afirmando que la realidad se ve de varias formas. Esto quiere decir que sobre la realidad puede haber varias "verdades" sin que sea

correcto descalificar a *priori* ninguna de ellas e incluso todas ellas pueden eventualmente ser verdaderas. No obstante, esta circunstancia no impide que sea posible encontrar la versión de los hechos que más se acerque a la experiencia.

Existen, además, posturas que conciben al proceso como un medio para alcanzar la verdad. Consideran que, para alcanzar una decisión justa, el Juez debe decidir partiendo de los hechos ocurridos. Así, la sentencia deberá reproducir los hechos del caso, la abstracción contenida en las normas jurídicas, específicamente en su consecuencia jurídica. De ese modo la adecuación de los hechos aducida en el proceso implicará una decisión justa.

Toda decisión justa debe contener una determinación veraz sobre lo acontecido. Si la base fáctica en la que se apoya el Juez no coincide con lo sucedido, la decisión simplemente solucionará una situación problemática no planteada cuyos efectos nocivos posteriores mantendrán el conflicto.

Finalmente, se encuentran algunas teorías que sostienen que la verdad sí se puede alcanzar en el proceso, por cuanto desde el punto de vista epistemológico éste no se diferencia en gran medida de otros métodos en los cuales se busca alcanzar conocimiento; ello a pesar de que ciertamente la regulación legal sobre la construcción de la base fáctica en el proceso, que no es otra que la reglamentación sobre el decreto, práctica y valoración de los medios de prueba y el debido proceso, crea una metodología *sui generis* para alcanzar el conocimiento y que ciertamente puede llevar a hablar de una especie de verdad judicial construida en el proceso que eventualmente difiere de otras verdades elaboradas con metodologías diferentes.

No es esta la vieja discusión acerca de la exis-

5. Gadamer.

6. Taruffo.

tencia de una verdad “procesal” por oposición a una verdad “real” o “material”. Es, más bien, la aceptación de la verdad conseguida en el proceso, el cual debe ser diferente de otras verdades desde el punto de vista epistemológico, dadas las particularidades del método judicial para alcanzar el conocimiento.

En el ámbito penal todo procedimiento penal llega a establecer una verdad legal que es concebida de modo distinto según el modelo procesal que se trate. Así, Luigi Ferrajoli distingue entre dos modelos procesales: el decisionista y el garantista, si bien los dos buscan una verdad, esta es diferente en cada uno.

Tabla 1. Criterios de verdad de los modelos procesales.

Criterios de verdad de los modelos procesales

Modelo procesal decisionista —sustancialista—	Modelo procesal garantista —cognoscitivo—
Verdad máxima: sustancial y global fundada sobre valoraciones.	Verdad mínima: aproximativa o relativa.
Verdad política obtenida sin límites normativos.	Verdad procesal empíricamente controlable y controlada.
Carácter valorativo de las hipótesis acusatorias que reclaman, más que pruebas, juicios de valor no refutables por la defensa —apriorísticamente intuida por el juzgador—.	Averiguación de la verdad mínima, garantizada por el carácter empírico y determinación de las hipótesis acusatorias bajo cánones de conocimiento: presunción de inocencia, carga de la prueba, <i>in dubio pro reo</i> , publicidad del procedimiento probatorio, principio de contradicción y derecho de defensa mediante la refutación de la acusación.
El fin —la verdad, sea cual fuere— justifica los medios —cualquier procedimiento—.	El fin —fundado y garantizado por los vínculos señalados— está legitimado por los medios.

Fuente: Ponce Villa⁷.

7. Elaboración en base a la información de: Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, 2004) y *Epistemología jurídica y garantismo* (Méjico: Fontamara, 2004).

El cuadro muestra que la verdad empíricamente controlada —comprobada, verificada, contrastada— guarda relación con las garantías procesales que se exigen en el procedimiento acusatorio como modelo cognoscitivo, mientras que la verdad controlable —que se puede controlar— se refiere a la actividad de las partes para la formación y producción de la prueba, a los límites normativos y a la actividad que se exige a las partes procesales porque el caso judicial les pertenece.

En sintonía con lo anterior, la verdad que se pretende obtener en un procedimiento acusatorio está previamente controlada porque existen imperativos normativos que tienen que ver con la obtención, aseguramiento o recolección de cualquier objeto, instrumento, huella, indicio, persona, etc., que lleve al esclarecimiento de los hechos penalmente relevantes.

También debe hacerse referencia a una cierta verdad negociada, que dota de eficiencia a los sistemas de justicia, simplificando el trabajo del Juez, al permitir que las partes consensuen el *thema probandum*.

V. LA CÁMARA GESELL

Se concibe la cámara Gesell como dos ambientes separados por un vidrio del que solo se observa de un lado. Uno de ellos está dotado de sistemas de grabación de audio y video, y el otro es de observación. El primer ambiente debe estar debidamente acondicionado para menores: debe estar pintado con colores vivos, contener dibujos y eventualmente muñecos. Por norma transversal deben funcionar en cada sede de corte de justicia. Son de manejo del Poder Judicial, al que accede el Ministerio Público en su actividad, porque también cuenta con 80 cámaras en los distritos judiciales de los cuales están implementadas.

Arrom Loscos define la cámara Gesell como un sistema de video de conferencia que permite la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre personas, asegurando la posibilidad de contradicción de las partes y el respeto a los derechos de defensa.

Actualmente por mandato legal solo se actúa ante el Juez de investigación preparatoria, en razón que en cada distrito judicial hay en funciones un Juez de turno todos los días del año al que se explica los procedimientos empleados. Está prohibido emplear tests pero debe adosarse a la pericia los mecanismos y pruebas que han empleado en la pericia. La razón es que la pericia tiene que ser suficiente en forma y fondo y que la ampliación se realiza de manera excepcional para aclarar⁸.

La cámara Gesell es un sistema de intervención de profesionales que desde sus perspectivas abordan la conducta para obtener la declaración de la víctima infantil. En condiciones de daño en la conducta —no siempre— en las que está vetado practicar tests pero sí se pueden utilizar técnicas de interrogatorios para develar un evento afectivo de una víctima infantil en condiciones de recurrencia social⁹, debe administrarse solo por única vez.

La víctima debe construir un relato a partir de hechos vivenciados, lo que hace necesario recordar determinadas circunstancias. Algunos detalles de los sucesos acontecidos merecen una consideración especial desde el punto de vista tanto de su procesamiento perceptivo como de su posterior recuerdo. Manzanero y Álvarez sugieren considerar la diferencia entre detalles centrales y periféricos, siendo los detalles centrales aquellos a los que el testigo evocará con más atención y que recordará mucho mejor, aunque dicha centralidad dependerá de

-
8. Sentencia de Casación N° 21-2019/Arequipa de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
 9. Según el Instituto de Medicina Legal del Perú, entre enero y junio, hubo un total de 3,400 atenciones en cámara Gesell por delitos contra la libertad sexual a niños, niñas y adolescentes.

cada testigo y no sólo del tipo de detalle concreto de que se trate.¹⁰

La Convención Internacional de los Derechos del Niño impone a los estados que ratificamos la obligación de aplicar las normas en el territorio, incurriendo en responsabilidad internacional de acuerdo al trato que cada estado le da a los niños. Como aspectos principales de esta norma, son incluidos en el derecho interno del estado suscriptor los niños y adolescentes como sujetos de derecho, otorgándoles una protección integral.

¿Por qué razón la cámara Gesell no evita la re-victimización del agraviado?

Estadísticamente, por un hecho de connotación sexual a la víctima, se le pregunta mínimamente alrededor de 15 veces: cuando se da a conocer el hecho; si se denuncia en el colegio, en la Comisaría, en la Fiscalía de turno de delitos, en la Fiscalía de familia, en el Ministerio de la Mujer, en la Defensoría del Niño, en Medicina Legal, en la Secretaría del área de Psicología y en la cámara Gesell. Además, el Fiscal en la investigación preparatoria, en la ampliación, en la audiencia privada de juicio oral y eventualmente en la casación —concebido en las actuales circunstancias de manera oficial y natural de permisividad y justificación del operador de justicia—. La Cámara Gesell es solo un “proceso formalista y protocolar”, partiendo del concepto legal, es una pericia en base a un testimonio practicado por un profesional en la conducta quien emite un dictamen que es sometido al Juez para su valoración.

¿Por qué razón tiene que ser un *extraneus* —psicólogo cognitivista— el que reciba la declaración de la víctima en la cámara Gesell?

Porque el testimonio como medio de prueba comprende dos elementos: la persona y el testimonio. Nos referimos a quiénes son los actores, la observación del protocolo de la pericia, la

cautela del derecho de defensa, la oportunidad de practicarlo. El aporte de las ciencias y métodos científicos de aproximación a la credibilidad y fiabilidad causa que permanentemente revisen los conceptos del testimonio, desde varias vertientes como la neurociencia, la psicológica del testimonio. En ellas destacan la memoria el relato, el mito en relación directa con la edad, sexo, instrucción de la víctima, rasgos y vinculación con la víctima.

Es contributivo el desarrollo de la neurociencia —solo haremos la referencia— porque recién a fines de siglo se comenzó a estudiar el cerebro, el proceso de percepción, memoria y relato en personas vivas. Anteriormente solo se hacía en cadáveres e incluso tiene carácter anecdotico que se conserve los cerebros de grandes criminales o genios de ciencia y artes para descubrir nuevas cualidades, pero actualmente, utilizando formas mensurables, es materia de estudio el hipotálamo en razón que es la zona donde se almacena los hechos percibidos.

Solo indicamos que la psicología científica denomina memoria al conjunto complejo de sistemas o estructuras relacionadas, cuyo sustrato neurológico está más o menos identificado, y cuyos parámetros de funcionamiento —tipo, cantidad de información que manejan y tiempo que mantienen la información— suelen estar medidos. La información que entra del exterior a través de los sentidos y la información que almacenamos de manera estable en nuestra memoria fluye entre estos sistemas y se desarrolla toda una variedad de procesos que generalmente son de tres tipos: codificación, almacenamiento y recuperación de información.

VI. LA NORMATIVIDAD DE LA CÁMARA GESELL

Considero oportuno evaluar la normatividad que regula la cámara Gesell. Hay que reconocer que plantear transversalmente su tratamiento es novedoso. Considero que las Juezas de la

10. Manzanero y Álvarez.

Corte Suprema se han nutrido de la corriente filosófica de Nancy Fraser, quien en los años 1990 en Estados Unidos —a consecuencia de la *perestroika* de los estados soviéticos— inicia una corriente en busca del valor justicia. Desde el punto de vista cultural, se reconoce diversos grupos respecto de los cuales existía una diferencia de trato: las mujeres, los niños, los grupos étnicos minoritarios y homosexuales. Estos grupos son objeto de violencia, por lo tanto, es necesario reconocerlos a fin de el valor justicia se redistribuya y se logre una solución equitativa en la que solo se privilegie la condición humana.

Lo anterior, pues, se ha materializado en un gran esfuerzo multisectorial al interior del Estado centralista, por lo que se promulga una ley para la defensa de mujeres, niños y de personas en incapacidad en situaciones de agresión, la Ley 30920 del 7 de marzo de 2019, que declara de interés público y prioridad nacional la implementación progresiva de cámaras Gesell en Fiscalía y Juzgados de Familia. Este es el mejor intento de orden práctico y dogmático, pues ha articulado otras reparticiones del Estado para implementar políticas públicas.

En la misma línea, el Poder Judicial ha emitido la Resolución Administrativa 277-2019/CE-PJ del 3 de julio de 2019 que propone un protocolo de entrevistas únicas para niños y adolescentes en la cámara Gesell en procesos judiciales. Establece pautas para evitar la revictimización y procedimientos de operatividad; asimismo, rescata, como pocos documentos legislativos, que se trata de un plan quinquenal y el acatamiento a las cien reglas de Basilea. Se nota el apoyo continuo de la Asociación Solidaridad Países Emergentes —ASPEN—, órgano que trabajó el protocolo de la entrevista única en cámara Gesell.

Lo novedoso de estas directrices es que contiene: las definiciones de cámara Gesell para la entrevista de menores y adolescentes; que deben ser grabadas en audio y video; que es una diligencia judicial excepcional en la que se aplica el principio de inmediación; reitera que es por única vez para evitar la revictimización del ofendido y que puede practicarse de oficio

o de parte ante la presunción de un abuso sexual —para tal efecto debe observarse el consentimiento informado, que consiste en darle a conocer a la víctima o a la persona que lo tiene a cargo el fin de esta entrevista—. Aquí, como tantas veces, estimo que la interpretación del operador de justicia no requiere aclaración porque se trata de un proceso rápido formal que se hace ante el Juez.

1. Análisis de la Sentencia de Casación N° 21-2019/Arequipa.

1.1. Antecedentes.

La Segunda Fiscalía Provincial Corporativa de Arequipa solicitó el 19 de julio del 2018 que se actúe como prueba anticipada las declaraciones de las menores N.S.C. y A.S.C., pese a que éstas ya habían declarado en cámara Gesell el 14 de mayo del 2018.

El Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa mediante auto de fecha 3 de octubre del 2018 dispuso la realización de tal audiencia única.

La Segunda Sala de Apelaciones de Arequipa mediante auto del 31 de octubre del 2018 confirmó el auto de primera instancia. Contra el referido auto, la defensa interpuso recurso de casación.

El sustento del recurso de casación es que el segundo artículo de la Ley 30364 —del 23 de noviembre del 2015— restringe la declaración de menores víctimas de abuso sexual a la etapa de juicio oral; esto es, no cabe una segunda declaración de los menores en sede de investigación preparatoria e intermedia. El artículo 18 de la Ley 30364 —reformada por Ley 30862 del 25 de octubre del 2018— señala que se debe evitarse la doble revictimización de las personas agraviadas a través de declaraciones reiterativas o de contenido humillante. El artículo 19 de la referida Ley señala que la declaración debe practicarse bajo la técnica de entrevista única y tiene la calidad de prueba preconstituida —lo que constituye, ciertamente, un yerro conceptual porque la prueba

preconstituida está referida a la prueba material y a la documental, más no la prueba personal—; además, establece que el Juez sólo puede practicar una diligencia de declaración ampliatoria de la víctima, en los casos que requiere aclarar, complementar o precisar algún punto sobre su declaración.

Empero, el Decreto Legislativo 1386 del 4 de septiembre del 2018 señaló que tal declaración se tramita como prueba anticipada. Además, se añadió al numeral 1 del artículo 242 del nuevo Código Procesal Penal que regula la prueba anticipada el literal d), que permite recibir a través de la prueba la declaración de niños y adolescentes víctimas de abuso sexual. Además, el Decreto Legislativo 1307 estableció que la prueba anticipada también puede pedirse en la etapa de diligencias preliminares.

1.2. Diferencias entre prueba preconstituida y prueba anticipada.

La “prueba preconstituida” es un complejo compuesto por aquellos actos de investigación de carácter material —no personal—, objetivos e irreproducibles, que se practican con anterioridad al juicio oral por la Policía Nacional del Perú o el Fiscal¹¹. En el juicio oral únicamente cabe su ratificación formal, cuando sea necesario llamar a los autores para impugnar el modo en que se han realizado o su reproducción —por ejemplo, se solicita la presencia de los policías que realizaron una inspección ocular a efectos de impugnar el procedimiento seguido—¹². El informe policial contiene elementos de prueba preconstituida —por ejemplo, actas de constancia, pericias, recogida y conservación del cuerpo del delito, levantamiento del cadáver, etc.—.

La prueba anticipada es un acto de investigación de carácter personal, de carácter irrepetible y urgente, que se lleva a cabo por el Juez de la investigación preparatoria, bajo las pautas

de ejecución del juicio oral —oralidad, inmediación y contradicción—¹³. A diferencia de la prueba preconstituida, su objeto no es documental, sino testifical y pericial. En tanto lo característico de la prueba anticipada es que es una prueba típica del juicio oral que se ciñe a la prueba personal —testimoniales, examen pericial, careos—. Sin embargo, el artículo 242.1c del Nuevo Código Procesal Penal ha incluido tres diligencias que, propiamente, son pruebas materiales —reconocimiento, inspección judicial y reconstrucción—.

1.3. Los distintos supuestos a que alude la Corte Suprema en la Sentencia de Casación N° 21-2019/Arequipa.

A fin de entender con mayor claridad los distintos argumentos presentes en la Sentencia de Casación N° 21-2019/Arequipa, resulta muy útil distinguir tres supuestos:

- a) Los casos en donde, al amparo de la ley procesal vigente en tal momento —la Ley 30364 del 23 de noviembre del 2015—, la declaración de la presunta víctima —vía cámara Gesell— se realizó sólo bajo la dirección del Fiscal —como prueba preconstituida— y su ejecución fue correcta —pues estuvo a cargo de un experto y siguió los protocolos consolidados— y respetó el principio de contradicción —presencia de la defensa técnica de las partes procesales e intervención en la formulación de preguntas, repreguntas y objeciones—. Aún cabe diferenciar estos casos según:
 - (i) Si la declaración de la presunta víctima tuvo algún “defecto interno relevante” que hiciese necesaria una aclaración, complementación o precisión.
 - (ii) Si la declaración de la presunta víctima no tuvo ningún “defecto interno relevante”

11. César San Martín Castro, *Derecho Procesal Penal. Lecciones* (Lima: INPECCP, 2015), 579.

12. *Ibid.*

13. *Ibid.*

- vante" que amerite una aclaración, complementación o precisión.
- b) Los casos en donde, al amparo de la ley procesal vigente en tal momento — la Ley 30364 del 23 de noviembre del 2015—, la declaración de la víctima — vía cámara Gesell— se realizó sólo bajo la dirección del Fiscal —como prueba preconstituida— y, o bien tuvo defectos en su ejecución, o bien no respetó el principio de contradicción.
- c) Los supuestos en donde, al amparo de la ley procesal actualmente vigente — el Decreto Legislativo 1386 del 4 de septiembre del 2018—, la declaración de la víctima — vía cámara Gesell— se llevó a cabo bajo la dirección del Juez de la investigación preparatoria —como prueba anticipada— y su ejecución fue correcta y no irrespetó el principio de contradicción. Cabría, también, distinguir estos casos según:
- (i) Si la declaración de la presunta víctima tuvo algún "defecto interno relevante" que hiciese necesaria una aclaración, complementación o precisión.
- (ii) Si la declaración de la presunta víctima no tuvo ningún "defecto interno relevante" que amerite una aclaración, complementación o precisión.
- Como veremos, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en su Sentencia de Casación N° 21-2019/Arequipa alude a los distintos casos antes señalados. Por ello, el panorama antes delineado nos será de mucha utilidad para identificar a qué grupo de supuestos se refieren los distintos considerandos de la sentencia antes citada.
- En primer término, la Corte Suprema refiere a los supuestos que hemos identificado como a) (ii) —esto es, los casos en donde la entrevista única, correctamente ejecutada y respetuosa del principio de contradicción, no hubo necesidad de aclaración, complementación o pre-
- isión y fue dirigida por el Fiscal como prueba preconstituida—. El problema en lo relativo a estos supuestos reside en que convergen dos interpretaciones antagónicas tanto respecto a la eficacia probatoria de la precedente entrevista única —prueba preconstituida— como en lo referente al alcance de la nueva regulación de la entrevista única como prueba anticipada.
- En efecto, una primera interpretación afirma que la primigenia declaración de la víctima, al no haber sido dirigida por un Juez de acuerdo a las reglas y principios del juicio oral no tiene eficacia probatoria y, por ello, la nueva regulación autoriza a repetir la declaración. En cambio, una segunda interpretación señala que la primera declaración sí tiene eficacia probatoria —pues basta que la misma haya sido correctamente ejecutada y ha sido respetuosa del principio de contradicción, pese a que solamente fue dirigida por el Fiscal— y, en consecuencia, es innecesario repetir la declaración de la víctima —obviamente, sólo en el caso —que es, justamente, al que nos estamos refiriendo— en que el desarrollo de la primera diligencia no amerite una aclaración, complementación o precisión—.
- Este es el supuesto —a)(ii)— al que la Corte Suprema presta especial atención en su sentencia de casación, pues resulta claro que ambas interpretaciones antagónicas no pueden convivir a la vez. En esa línea, la Corte Suprema inicia el considerando quinto de la citada casación señalando que desde una lectura gramatical podría asumirse que estamos en presencia de una antinomia. Sobre este primer punto, compartimos el criterio de la Corte Suprema al calificar la contrariedad entre estas dos interpretaciones como una antinomia siempre que se tenga en claro que se está haciendo un uso laxo —genérico— de tal noción, esto es, que se está entendiendo por antinomia cualquier incompatibilidad entre dos normas cualquiera.
- Este último apunte es oportuno pues, como señala Pierluigi Chiassoni¹⁴, caben hasta tres conceptos de antinomia: (a) cualquier incom-

14. Pierluigi Chiassoni, «Antinomias», en *Interpretación y razonamiento jurídico*, ed. por Santiago Ortega Gomero (Lima: ARA Editores, 2010), 270.

patibilidad entre dos normas que se asume son simultáneamente vigentes, al menos *prima facie*, para un mismo ordenamiento jurídico —se trata de un concepto eminentemente genérico que no hace referencia a sus modos de resolución—; (b) cualquier incompatibilidad entre dos normas que no pueda ser eliminada por medio de interpretación; y (c) cualquier incompatibilidad entre dos normas que no pueda ser eliminada por medio de interpretación ni pueda ser superada aplicando un criterio de resolución preconstituido.

En ese sentido, cabe puntualizar que los criterios de resolución de antinomias trabajados —ampliamente— en la metodología del Derecho —tanto los formales: el criterio jerárquico, el criterio de competencia, el criterio cronológico; como los materiales: el criterio de especialidad, el criterio de excepcionalidad y el criterio axiológico— aluden a este último tipo de antinomias —las “verdaderas antinomias”—¹⁵.

Bajo la coherencia de este razonamiento, resulta claro que la noción de antinomia a que alude la Corte Suprema en su sentencia de casación es la primera —concepto genérico de antinomia—, pues esta solo existe desde una interpretación literal de las normas en juego; más desde una lectura que atienda a los fines —teólogica— de estas, aquella se disuelve. No nos hallamos, pues, ni ante la segunda ni tercera noción de antinomia antes expuesta pues ambas exigen como condición negativa el que la incompatibilidad no pueda ser resuelta vía interpretación.

Aclarado este punto —relativo al tipo de antinomia al que alude la Sala Penal Permanente—, corresponde volver a centrarnos en el caso a)(ii).

Como señalamos, la *quaestio* a dilucidar aquí reside en si, en tales casos, el hecho de que no haya intervenido un Juez ocasiona que dicha diligencia carezca de eficacia probatoria y haga necesaria —pese a la revictimización que ello siempre implica— una nueva declaración de la víctima bajo la dirección de un Juez; o si únicamente para estos casos —realizados bajo el imperio de la anterior regulación— y no así para los nuevos —c)¹⁶—, resulta suficiente la dirección del Fiscal y, por ende, resulta innecesario revictimizar a la presunta víctima mediante una nueva declaración —siempre y cuando la declaración se haya ejecutado correctamente y no haya irrespetado el principio de contradicción—.

Y la solución de la Corte Suprema es categórica: en los casos de estructura a)(ii). no cabe repetir la diligencia. El argumento central para dotar de eficacia probatoria a la primera entrevista —pese a que no intervino un Juez— es que mientras ella haya sido ejecutada correctamente y haya respetado el principio de contradicción, resulta innecesario volver a revictimizar a la presunta víctima —ponderación del principio de interdicción de la doble victimización, así como del principio general del interés superior del niño—¹⁷. En ese sentido, el argumento de la preclusión procesal —la declaración, vía prueba preconstituida, es un acto procesal agotado que creó efectos inalterables— es secundario pues depende de la anterior dilucidación.

Sin embargo, nos preguntamos: si basta para los casos a)(ii) que la diligencia haya sido ejecutada correctamente, respetado el principio de contradicción para que contenga eficacia probatoria, ¿por qué con relación a los casos dados con la nueva regulación se supedita tal eficacia a la dirección de un Juez? Y la respuesta es que

15. *Ibíd.*, 308.

16. En donde, no cabe duda, debe intervenir un Juez.

17. En ese sentido, la Corte Suprema señala: “*Empero, lo esencial y determinante desde la perspectiva jurídica es que la entrevista única se realice bajo los requisitos antes indicados, de ser así, tendrá eficacia probatoria y, por ende, podrá ser valorada por el Juez conforme a las reglas de la sana crítica*”. —Por “requisitos antes indicados” la Corte Suprema alude a la corrección de la ejecución de la diligencia —a cargo de un experto y bajo protocolos consolidados— y el respeto del principio de contradicción—.

la diferencia entre los casos a)(ii) y c) no reside únicamente que en la primera no participa un Juez y en la segunda sí, sino que en los primeros la diligencia ya fue efectuada y en la segunda nos estamos refiriendo a diligencias que van a realizarse. La diferencia es fundamental pues supone que en los casos a)(ii) ya ha existido una revictimización de la presunta víctima —no se parte de cero—; en cambio en los casos c) aún no se dado esa previa victimización.

En ese sentido, el problema se simplifica —erróneamente— si es que se lo presenta como una controversia ceñida en discernir entre menores —prueba preconstituida— o mayores —prueba anticipada— cánones de garantía, pues no se trata únicamente de eso. Se trata, también, en relación a estos casos a)(ii), de decidir entre menores —otorgarle eficacia probatoria y evitar una nueva declaración de la víctima— o mayores —negarle eficacia probatoria y aceptar una nueva declaración de la víctima— grados de revictimización de las presuntas víctimas.

En cambio, en lo relativo a los casos c) la cuestión es más sencilla: en tanto todavía no se ha recibido la declaración de las víctimas —se parte de cero— el exigir que ésta se lleve a cabo con la participación del Juez no “carga” con el peso una previa victimización. Presentado así el panorama, la solución de la Corte Suprema nos parece convincente: el principio del interés superior del niño y el principio de interdicción de la doble victimización se verían intolerablemente conculcados si es que se permite una nueva declaración de las presuntas víctimas —ya victimizadas mediante una previa declaración— bajo el único sustento de que la mediación de un Juez otorgaría mayores niveles de garantía a la nueva diligencia —que trae consigue, a su vez, una nueva revictimización de la víctima—. Es decir, aceptar dos revictimizaciones para mejorar la realización de una diligencia —ejecutada correctamente y respetuosa del principio de contradicción— no constituye un buen saldo, es injusto para con las presuntas víctimas.

Sin embargo, la casación de la Corte Suprema no sólo se refiere a estos casos. También alude a diligencias llevadas a cabo bajo al anterior

como prueba preconstituida —esto es, sólo dirigidas por el Fiscal— pero en donde o bien no se siguieron los protocolos, o bien no se respetó el principio de contradicción; a saber, los casos que hemos identificado como b). En estos casos, la Corte Suprema sí admite una repetición de la diligencia —vía prueba anticipada—, pese a que ello implicaría una segunda revictimización de la víctima. Y ello es correcto, pues a diferencia de los casos anteriores a)(ii), aquí la primera diligencia no ha respetado ningún mínimo a fin de otorgarle eficacia probatoria. En otras palabras, tolerar dos revictimizaciones para rehacer una primera diligencia completamente inútil constituye una solución armoniosa entre el principio que prohíbe una innecesaria revictimización y los fines de averiguación de la verdad que persigue el proceso.

Otro aporte aclaratorio, de la casación de la Corte Suprema, alude a los casos llevados a cabo bajo la anterior regulación —dirigidos únicamente por el Fiscal—, correctamente ejecutados y respetuosos del principio de contradicción —a)—, en donde, a diferencia de a)(ii), la declaración de la presunta víctima tuvo algún defecto interno relevante que hace necesario una aclaración, complementación o precisión —a)(i)—. En estos supuestos, la Corte Suprema señala que cabe repetir la declaración —¡pese a la revictimización que ello siempre produce en la presunta víctima!— a fin de que se realice la aclaración, complementación o precisión correspondiente.

Repárese en que, a diferencia del supuesto anterior b), aquí la primigenia declaración fue parcialmente útil, esto es, no requiere una repetición *in totum*, sino sólo la realización de una aclaración, complementación o precisión. Esto no supone que la nueva diligencia no suponga una revictimización —en tanto cada vez que una presunta víctima es llamada a prestar declaración sobre un evento traumático resulta afectada— pero sí que el grado de revictimización aquí —a)(i)— sea menor en comparación con el caso anterior —b)— en donde esta debe volver a realizar una declaración íntegra sobre lo que le sucedió. Mas también debe advertirse que, en contraste con el caso anterior b),

en donde la justificación de la repetición de la declaración es patente dada la total inutilidad de la primera diligencia, aquí —a)(i)— la justificación no resulta tan evidente, pues podría argüirse que el principio de averiguación de la verdad —al no resultar tan afectado en estos casos— no ameritaría una nueva declaración de la víctima —con el daño que ella siempre implica—.

Esclarecidos del modo anterior los matices del presente grupo de casos —a)(i)—, mi postura se ubica del lado del criterio de la Corte Suprema. En efecto, si bien es cierto que en estos casos el valor de la averiguación de la verdad no se ve gravemente afectado —puesto que la diligencia es parcialmente útil— como en b), también lo es que, en contraste con b), aquí el grado de revictimización es menor —puesto que la nueva diligencia sólo se circunscribirá a aclarar, complementar o precisar algún punto de la anterior declaración—.

Dicho de otro modo: tolerar dos revictimizaciones para rehacer una primera diligencia parcialmente útil constituye una solución armoniosa entre el principio que prohíbe una innecesaria revictimización y los fines de averiguación de la verdad que persigue el proceso, cuando el grado de revictimización de la segunda declaración es menor —en tanto se ciñe a aclarar, complementar o precisar algún punto—.

En vista a ello resulta fundamental que se valore correctamente:

- Si en realidad es necesario aclarar, complementar o precisar la primera declaración, pues si no es así en vez de encontrarnos ante este caso —a)(i)— nos hallaremos ante el caso a)(ii) en donde, como vimos, resulta prohibido realizar de nuevo la diligencia; y,
- Que el Juez de investigación preparatoria al llevar a cabo la segunda diligencia la ciña a aclarar, complementar o precisar algún punto de la primera, en tanto que si la transforma en una nueva versión —total— de la primera declaración se rompería la

relación de proporción antes mencionada: ante una leve afectación del principio de averiguación de la verdad se ampararía —abusivamente— una grave revictimización de la presunta víctima —la permisión para permitir una nueva declaración de la víctima está condicionada a que ésta se limite a la aclaración, complementación o precisión de algún punto de la primera—.

Finalmente, todo lo dicho y argumentado en relación al caso a)(i) puede aplicarse *mutatis mutandis* en lo concerniente al caso c)(i). A saber, en los casos en donde al amparo de la nueva regulación se lleven a cabo vía prueba anticipada su repetición está condicionada a que sea imprescindible una aclaración, complementación o precisión de algún punto de ésta.

2. Análisis de otros acuerdos plenarios — N° 01-2011 y 04-2015—.

Comparto el criterio vinculante de que no haya conclusión anticipada en este tipo de delitos en los juicios orales. La razón es que el agravio tiene que mensurarse por los psicólogos y el Juez debe fijar una pena proporcional.

El Ministerio Público nos hizo conocer que en el año 2016 ha dictado tres resoluciones de la Fiscalía de la Nación sobre la valoración del daño psíquico, evaluación psicológica forense en caso de mujeres y violencia familiar y una directiva para la administración y uso de la cámara Gesell. En el año 2016 ha enviado a un evento internacional en España sobre el abordaje pericial del abuso sexual infantil, luego replicado en su sede principal el 23 de septiembre de 2016. En el año 2017 ha efectuado en distintas sedes fiscales seis cursos y talleres de valoración del daño psíquico de personas adultas, víctimas de violencia intencional, uno de valoración de daño psíquico y otro taller sobre guías de evaluación psicológica forense. En el año 2018, seis eventos, cinco talleres de valoración del daño y un diplomado de entrevistas únicas. El Ministerio Público tiene en promedio 80 cámaras de las cuales solo funcionan 70. Presupuestariamente no se asigna más recursos para implementar la infraestructura para realizar una pericia que

evitaría la revictimización de menores víctimas de abuso sexual.

El Poder Judicial ha recurrido a los acuerdos plenarios. Glosaremos el Acuerdo Plenario N° 01-2011. Destaca el punto 22, referido a la declaración de la víctima en el caso de declaraciones contradictorias que se retractan. Si se verifica la ausencia de incredulidad subjetiva, datos objetivos de mínima corroboración que no sean fantasiosos e incoherentes, deben valorarse debido al tiempo que transcurre cuando se evalúa el testimonio y los sentimientos de frustración y la influencia que genera el ofensor. En el punto 38, subraya la *"evitación de la estigmatización de la conducta"*, señala que la víctima es preguntada numerosas veces sobre el evento, pero que debe ser por única vez e impone las siguientes reglas: reserva de la investigación, preservación de la identidad de la víctima y que la declaración sea por única vez.

El Acuerdo Plenario N° 04-2015 trata sobre la valoración de la prueba pericial en delitos de violación sexual. De la cuidadosa lectura y estudio, puede notarse que el concepto de prueba tiene contenido racional: así en el punto 6 nos declara que una pericia es un medio de prueba indirecto, porque proporciona conocimientos científicos para valorar hechos controvertidos. En el punto 11 nos describe el contenido de una pericia oficial y admite plausible que una pericia de parte sea más fiable en razón a la suficiencia de sus conocimientos del perito. En el punto 15, resalta el criterio de la sana crítica y de valoración racional. En el punto 22 indica los criterios de valoración de la prueba pericial, que como en el contradictorio del juicio oral, debe seguir un protocolo y contener los hechos probados en correspondencia con el dictamen, los métodos e instrumentos empleados y su explicación. Si fuera científica —propuesto para la cámara Gesell— debe contener los estándares propuestos por la comunidad científica. Resalta en el punto 27 que los peritos deben ser dos y si es uno es excepcional y se debe perennizar. Se adosan en los puntos 28 y 30 criterios de credibilidad del testimonio, en grados mayores y menores si los relatos son fidedignos, así como aspec-

tos cognitivos del relato y los componentes emocionales.

Como se puede apreciar, estos acuerdos contienen una serie de directrices procesales que crean un rasgo de científicidad a la pericia, no son contradictorias, sino que con coherencia deben de aspirar a ser una prueba científica. Considero prudente indicar la conclusión del tópico del perito oficial, dos sistemas de distintas decisiones en la que concluye: *"la confianza"* del Juez no se refiere a una emoción o virtud, sino, que se trata de una genuina actitud cognoscitiva del perito. *"El primer presupuesto del dictamen son las cualidades personales y su competencia profesional como presupuesto de un buen dictamen"*.

En nuestro medio prima por sobre toda la investigación el dictamen oficial; sin embargo, desconocemos la forma y el mecanismo para formar parte del Instituto de Medicina Legal que recluta a los peritos en base a concursos focalizados al número de exigencias. Debería convocarse por concurso de méritos que incluya remuneraciones atractivas a fin de atraer a los mejores profesionales y crear un instituto de capacitación y de publicaciones de casos que les permita tener conocimientos afirmados a usarse en la exposición y defensa tribunalicia.

La obtención de la información sobre los acontecimientos investigados mediante los testimonios de los testigos es una de las tareas más complicadas a que nos podemos enfrentar. En pocas ocasiones vamos a encontrarnos con testigos ideales, de memoria prodigiosa y capaces de describir minuciosamente todos y cada uno de los detalles relevantes para la investigación. En la mayoría de los casos los testigos no recuerdan bien, cometan errores, olvidan describir lo más importante o no están dispuestos a colaborar tanto como a los investigadores les gustaría. Así pues, un elemento esencial en la investigación criminal es cómo se recupera la información.

Hay algunas formas operativas en el funcionamiento de la Cámara Gesell que refiero con el propósito de mejorarlas y que alcancen el estándar de prueba científica.

En cuanto a las funciones de la psicología forense relacionadas con el Derecho Penal, podemos empezar por distinguir, por una parte, las relacionadas con la justicia de menores. Aquí los psicólogos forenses se encargarían de la elaboración de informes técnicos sobre la situación psicológica y social del menor que ha delinquido, así como de las posibilidades y vías de reeducación, medidas cautelares, etc.

En el ámbito del Derecho Penal, la psicología forense desarrolla importantes funciones en relación con víctimas y testigos. Cabe señalar la doble condición de la persona que sufre el accidente o acto delictivo y, en multitud de casos, aunque no en todos, ha sido testigo también del suceso.

En cuanto a las víctimas, el trabajo forense suele estar relacionado con la valoración del estado psicológico de la víctima previo al suceso objeto del proceso judicial y, muy importante, con la valoración de las secuelas psicológicas que el accidente o delito ha producido en la víctima.

Como vemos, la obtención y evaluación del testimonio es una más dentro de la variada gama de funciones que aborda la psicología forense. Sin embargo, hay distintas causas que justifican la atención que se le dedica dentro del marco de la psicología forense y los esfuerzos por ampliar los conocimientos dentro de este ámbito. En primer lugar, el estudio y evaluación del testimonio son importantes por las devastadoras consecuencias que tienen para las personas los errores judiciales que se derivan de errores en el testimonio. Pensemos en las personas que han sido acusadas y condenadas por delitos que no cometieron.

En cuanto a los actores, las comisarías, colegios, club de madres o grupos de reivindicación de mujeres que reciben la denuncia se arrogan un trato a su buen entender que en la mayoría de los casos incluye actos de conciliación y requerimiento con el agresor. Solo en casos

flagrantes de muerte, peligro o lesión grave la Policía inmediatamente conduce a Medicina Legal, que es un órgano de línea del Ministerio Público. Esta entidad agrupa a médicos legistas, psicólogos, peritos biólogos, criminólogos, tanatólogos y sociólogos forenses. En lo que concierne a psicólogos, en 35 distritos fiscales existen alrededor de 450 psicólogos, de los cuales el número menor de 3 corresponde a Selva Central y el mayor con 28 psicólogos a Lima Norte¹⁸. La información no precisa si tienen especialidades.

Este dato es trascendente por cuanto los profesionales de carrera, ahora muy relevantes, tienen estudios y habilidades concretas y un gran impacto en conceptos relevantes como verosimilitud y fiabilidad, porque a pesar de usar los mismos tests y baterías como Machover o "la manzana y la familia", la lectura y aplicación que otorga un psicólogo conductista —que indica la afectación psicológica— es distinta a la que otorga un psicólogo legista —cuantifica el grado o nivel leve o permanente—.

Ciertamente, hay conciencia de los profesionales involucrados en este cambio evolutivo porque la gran mayoría siguen maestrías para mejorar las habilidades y adquirir una especialidad que redundará en un mejor servicio; sin embargo, el ente rector —el Ministerio Público— no proyecta políticas de mediano y largo plazo orientadas a mejorar el juicio de autoridad, actualmente la diferencia entre un "perito oficial" con el "perito de parte" se sustenta en su suficiencia: es una persona que debe tener una práctica constante en la materia de su pericia, tener publicaciones y un "récord de práctica judicial" —cuantificar en qué casos han sido determinantes o haber aportado notoriamente en la resolución de un conflicto—. Una de las condiciones es que el examen de su pericia debe tener fiabilidad, basado en la explicación del método que debe ser medible por cualquier auditor. Cada conclusión debe tener un respaldo y debe ser expuesta a un auditorio

18. Oficina de Administración de Medicina Legal y Ciencias Forenses, última actualización al 2 de abril de 2019.

respondiendo y derrotando las contradicciones que se discutan en el juicio. Ciertamente, una pericia en concreto, la cámara Gesell tiene un protocolo normado por un reglamento, conocido como Guía de Procedimientos de Medicina Legal, dos leyes ordinarias y la casuística del acervo cotidiano los cuales no optimizan su eficacia que hemos glosado.

Nuestra crítica es que el número de psicólogos es insuficiente y la ausencia de especialidad que debe promover el Estado es trascendente por el aporte de fiabilidad, verosimilitud o como prueba indirecta o directa, pues, como veremos tenemos deficiencias en la calidad y condición del perito en el Perú. El perito oficial es privilegiado porque el Juez subjetivamente le concede en la valoración un "peso mayor" contra la pericia de parte, que en muchas ocasiones resultan "pericia de pericia" partiendo del dictamen del perito oficial, aunque se desconozcan las calificaciones profesionales, el grado de capacidad o el récord de asertividad del dictamen en condenas y absoluciones. En la literatura del asunto, a nivel de legislaciones de Latinoamérica, Estados Unidos y España, la tendencia es darle la misma condición de estudio al perito oficial y al de parte, y debe primar la suficiencia del dictamen en base al prestigio del perito.

La estructura de la cámara Gesell como pericia es la que más aportes holísticos ha tenido por diversos profesionales. Es un curso central de maestrías de psicología criminal, sociología criminal, estadística y el derecho probatorio y en sentido es casi uniforme que se trata de una habitación acondicionada para observar personas. Tiene dos ambientes separados por un vidrio, sólo se observa de un lado. Uno de ellos está dotado de mecanismo de grabación y audio y el otro para la observación. Para someter a la pericia a niños el ambiente puede contener juegos manuales, muñecos o pinturas. Está incardinado en el Derecho de Familia el uso desde su adopción de la casuística norteamericana, observar a niños —menores de 16 años— sin que sean perturbados. En nuestro medio, según información oficial de Medicina Legal, a nivel nacional han edificado 80 Cáma-

ras Gesell y solo funcionan 70, este margen es por la escasa inversión del Estado, a pesar de la recurrencia delictiva. Por gestión de ASPEM, en el distrito del Agustino desde febrero 2013 pusieron en funcionamiento en la sede de Medicina Legal dos ambientes contiguos, uno para la entrevista del psicólogo y otro para que los interesados evalúen y escuchen el testimonio, a ello lo llamó "Sala de Entrevista Única". Este documento, en numerosos atestados y carpetas fiscales van juntos a la entrevista de cámara Gesell. Además, en algunos casos transcripciones literales son acopiados como medios de prueba que sustentan los cargos penales. Este documento, en mi opinión, es una muestra de sobre criminalizar a la víctima, es un problema que afecta su utilidad cuando estos documentos son contradictorios. Esta entrevista única, en esencia busca recibir una declaración impoluta de la víctima que debe ser analizado por otro psicólogo, Fiscal, imputado y abogados, que permita reunir elementos de cargos o de exclusión de cargos; sin embargo, la finalidad de este testimonio prestado a un profesional es reunir visos de fiabilidad o verosimilitud, que lo aporta en la conclusión de la pericia, en tanto ello, lo que se obtiene mediante esta entrevista única —se repite el evento ofensor incluso con relatos distintos—, expuestos a la libre valoración con solo el relato y con este documento se dictan sentencias que tienen penas indeterminadas.

He referido que la cámara Gesell es una pericia en base a un testimonio de una víctima y es de permanente estudio, pues, mayoritariamente para un testimonio —medio de prueba—, requiere una persona —fuente de prueba—. Contiene el concepto estos elementos: es un relato directo —percibido por la persona mediante sus sentidos— o de referencia de hechos precedentes, concurrentes o sobrevinientes —que les consta por razones circunstanciales, de función o en proceso de investigación— que la persona aporta con la obligación de expresar la verdad, bajo juramento, excluyendo la mentira y la fabulación.

En el contradictorio se cuestiona la fuente —credibilidad, adicción al alcohol, miopía, posi-

ción condiciones físicas o edad del emisor— y también el testimonio —el relato, su coherencia, las contradicciones de la misma fuente en la entrevista, declaración policial y en el juicio que afirman o desvirtúan la participación del agresor—. Es un problema de orden material cuando en un hecho existen varias versiones de testigos directos debido a muchas razones que la psicología criminal se ha encargado de responder razonablemente.

Los medios de prueba tienen un propósito: acreditan o desacreditan el enunciado fáctico de la acusación o defensa. Aplicando la epistemología en cada pericia y respetando su estructura debe emplearse el método científico que concluya en la fiabilidad del resultado. En este punto, tiene relevancia la pertinencia que se prueba los hechos graficados y limitados en la acusación.

El principio de contradicción es la garantía procesal por excelencia, porque es a través del mismo que el defensor tiene la posibilidad de refutar la veracidad de la prueba del Ministerio Público, sometiendo a un riguroso contrainterrogatorio al órgano de prueba de que se trate: ofendido, testigo, perito, policía de investigación. Esto se traduce en el principio del que habla Popper: falsacionismo —racionalismo crítico—.

Popper sostiene que una teoría que no es refutable por ningún suceso concebible no es científica y que la irrefutabilidad no es una virtud de una teoría, sino un vicio. En este sentido, la “teoría” del Ministerio Público —su postura: Juan mató a Pedro con ventaja— en un procedimiento mixto es irrefutable, porque la prueba es conformada únicamente por el Ministerio Público: él solo, en la etapa de investigación actuando como autoridad, de tal forma que llega ante el Juez con prueba pre establecida, sin que esta se refute durante la instrucción, porque si un testigo que declaró en etapa de investigación es llevado ante el Juez, se desarrolla una ampliación de declaración, en la que el ratifica su declaración primigenia. Además, si la prueba, que consta en documentos, cumple con las formalidades —nombre y firma del agente del Ministerio Público y oficial secretario, sellos, rúbricas, folio, presencia del defen-

sor, lectura de derechos a imputados, etc.—, tiene valor probatorio pleno y contra eso no hay nada que hacer.

Es notable que la persona fuente de prueba presente falsas memorias; la psicología en base a diversos estudios en personas de distinta edad, condiciones normales, de violencia y de naturaleza delictiva, indica que recordamos eventos que no sucedieron, aportamos información al relato diferente a la realidad. Manzano continuó que la memoria no es como una cámara fotográfica que perenniza una escena no es estática, siempre evoluciona, por eso es que en un proceso judicial, en la entrevista, la versión contiene relatos aislados de lo percibido, luego ya con noticia de la relación entre imputado y hecho usando conectores se van afirmando hechos que se infieren. Este estudio de la facultad de Psicología de la Universidad Complutense de Madrid afirma “sin dudas” que el testimonio es una interpretación en base a experiencias previas.

En los delitos de naturaleza sexual, la cámara Gesell es importante para la obligación de contrastar individual y conjuntamente con otros medios probatorios, porque este testimonio recibido por un profesional o profesionales en condiciones singulares de privacidad y comodidad, en un lenguaje apropiado y procesado, busca su eficacia a partir de la credibilidad del testigo o si lo que exprese sea fiable.

VII. EXACTITUD DEL TESTIMONIO

La memoria humana no funciona como una cámara de vídeo, sino construyendo a partir de la información percibida y la información almacenada en la memoria de largo plazo una representación de los sucesos que el testigo ha experimentado. Esta representación construida, esta huella de memoria, irá alterándose en función de distintos factores durante un periodo de retención más o menos largo, y cuando el testigo intente recuperar la información que se le solicita, reconstruirá lo sucedido a partir de la información disponible, y, de nuevo, de información relacionada que está en su memoria de largo plazo para construir una des-

cripción que se producirá habitualmente mediante el lenguaje.

La exactitud absoluta sobre lo que ha sucedido en un evento complejo es una entelequia. Para acercarse a la misma, deberíamos tener un registro sensorial completo —imagen, sonido, olfato, gusto y tacto— desde todas las perspectivas posibles. Algo inimaginable, como podemos comprender inmediatamente. Los testigos y quienes les interrogan solo pueden aspirar a un cierto grado de exactitud relativa, es decir, de correspondencia entre lo que el testigo nos relata y lo que sucedió en realidad.

Los testigos cometan dos tipos de errores: los de omisión, cuando no incluyen en su relato aspectos relevantes del suceso por olvido —de momento solo nos ocuparemos del testigo honesto—; y los de comisión, cuando distorsionan de manera relevante determinados elementos o incluyen otros que no estaban presentes en la situación vivida.

El nivel de exactitud de un testimonio podemos imaginarlo como un cociente entre la información exacta incluida en el relato y la información total que este nos proporciona. Un testimonio puede ser muy breve, y por este motivo a lo mejor no muy útil, pero al no contener información inexacta tendrá un nivel de exactitud elevado. Otro, por el contrario, puede ser extraordinariamente prolífico y detallado pero incluir pocas cosas exactas, con lo cual su nivel de exactitud será muy bajo y, probablemente, será de menos utilidad que el primero. Obviamente, el desideratum es siempre obtener un testimonio completo, detallado y además exacto.

En lo atinente a la memoria infantil resulta difícil desvirtuar la subjetividad de un operador prejuiciado que concede, desde un inicio, veracidad al relato. En otros sistemas de justicia, como el norteamericano por ejemplo, a estos elementos probados, aislados e incontrovertibles, se les denomina evidencias; en nuestro medio, el acopio de declaraciones testimoniales se somete al contradictorio y se discuten en la etapa intermedia y se analizan en el debate recibiendo de manera principal esta versión, distinta por el transcurso del tiempo.

Existen otras circunstancias que ponen en cuestión el valor probatorio, en concreto la fiabilidad del testimonio, cuando se trata de hechos colectivos, presenciado por una pluralidad de testigos, pues siendo interpretaciones personales se enriquecen, se complementan. Aún más, estos testimonios se perjudican cuando el relato se complementa con la imaginación de la memoria selectiva: resaltan en ellas, por citar la ropa del agresor, rasgos físicos, detalles de desplazamientos y empleo de extremidades, nutritas por la información de acceso o consignadas en la investigación, en la misma unidad de relato si se le preguntara como andaba vestido el emisor u otro detalle trascendente no se encuentra focalizado. Se resalta la memoria falsa, que debe ser excluida inmediatamente si el relato de la persona contiene inferencias y es esquemática.

Las fuentes más comunes de error se deben a problemas perceptivos, la interpretación de los hechos, la inferencia de información no procesada, el paso del tiempo y/o la incorporación a los recuerdos de información falsa post suceso. Cada vez que un testigo relata un suceso, piensa en lo que ocurrió y contesta a preguntas sobre las que no tiene una respuesta clara basada en sus propios recuerdos, su memoria sufre transformaciones que aceleran su deterioro más allá de lo que el propio paso del tiempo provocaría. Así pues, por efecto de diferentes factores, la reconstrucción de los recuerdos puede provocar dos tipos diferentes de errores de memoria: errores de omisión y errores de comisión. Los errores de omisión se dan cuando faltan detalles importantes en lo que cuentan los testigos de un hecho. La ausencia de determinados detalles puede deberse a la falta de un lenguaje adecuado para describirlos o incluso al pudor de los testigos para contar determinadas cosas. No esperamos que una víctima de una violación cuente con todo lujo de detalles qué ha ocurrido, pues inevitablemente habrá detalles que omitirá. Los errores de comisión son aquellos en los que los testigos introducen información falsa, deliberadamente —mentira— o debido al efecto de información post suceso, a fallos en la distinción entre realidad y fantasía o a inferencias erróneas.

En los testimonios recibidos en cámara Gesell se analizan de forma convergente: la exactitud de la memoria, según Mazzoni, la fiabilidad de un testimonio depende de la interacción de la memoria que se obtiene del hecho sucedido, presentándose una relación única, y en el caso del abuso sexual infantil *"se agrega una carga psíquica y la debilidad de las influencias externas"*, por ello en la memoria del menor, puede presentarse la falsa memoria —Jean Piaget refirió que cuando tenía dos años era secuestrado, y este testimonio fue reafirmado por la enfermera, quien 13 años después confesó que nunca se había producido. Este psicólogo, mucho tiempo después, afirmó que debió haber *"oído el relato y proyectó el pasado en una memoria visual"*. Mentir hasta los tres años tiene una causa fisiológica, el lóbulo prefrontal inferior izquierdo no se encuentra desarrollado y este es un lugar donde se almacena la memoria—.

En la misma línea nuevamente Manzanero afirma que la memoria tiene fases: la sensación, que es el significado que uno le otorga; la percepción, que se hace con los sentidos; y el recuerdo, que es la forma de interpretar el evento. Hay algunos puntos que hacemos referencia, en el reiterado concepto que en este medio probatorio, importante y en construcción se sobre criminaliza a la víctima; así son trascendentales la codificación a corto y largo plazo, en la primera la memoria almacena no todo sino lo impactante, en la segunda, se almacena como un episodio y se contextualiza. Por ello, el aforismo de que *"el tiempo que pasa es la verdad que huye"* plantea que estos testimonios tienen que ser inmediatos, tienen coherencia porque permiten ser verosímiles por la fiabilidad del relato, y siendo únicos no va a requerir la repetición narrativa.

Concurre también que la memoria del menor es veloz y presenta problemas en la comunicación por la formación del lenguaje y el significado que le puede dar a actos enunciados con las mismas palabras. Así, en el catálogo penal, era interesante la distinción etaria de uno a tres años, rangos de siete a ocho y entre doce a catorce años. Actualmente, por cuestiones de zozobra social porque la ley no disuade y estos delitos se cometen con aberraciones complejas, no existe

este rango y la punibilidad es de cadena perpetua, con aspiraciones de pena de muerte.

Repercuten en el testimonio los sistemas a los que hemos adosado las declaraciones, por citar las manifestaciones policiales, con la estructura de un sistema inquisitivo el atestado policial, contienen preguntas sugestivas y el resultado o conclusión siempre será de responsabilidad. En la misma línea judicialmente el Juez pregunta y dicta el relato del interrogado y en el juicio inicia y controla el testimonio en aplicación del principio Juez y parte.

En general, el énfasis durante la investigación criminal suele ponerse evidentemente en las víctimas, pero también se recurre casi siempre a los testimonios de los testigos ajenos para corroborar lo manifestado por las víctimas y para conseguir más datos cuando la información aportada por aquéllas parece no ser suficiente. Es imprescindible recurrir a testigos ajenos que puedan ayudar a completar el puzzle de lo que en realidad ocurrió si la víctima perdió el conocimiento o tiene un episodio de amnesia asociado al incidente; si se sospecha que no es del todo honesta o bienintencionada —por existir una animadversión especial hacia el denunciado y aparecer grandes contradicciones entre las manifestaciones de unos y otros—, o si están influyendo sobre ella las otras variables ya comentadas —como corta o avanzada edad o discapacidad—.

Estimo con convicción que estos factores determinaron que el testimonio para ser fiable en afectaciones de menores por delitos sexuales debe ser recibido por especialistas cognitivos. Es actuado por un Fiscal y es valorado por un Juez, debe ser impoluto, formal y garantista, como corresponde a un Estado democrático de Derecho. Se confeccione en base a un protocolo y en ninguna situación ni circunstancia debe sobre criminalizar a la víctima.

Daré razones de observación práctica del contenido de las pericias, con la intencionalidad que se mejoren. Sabemos que las pericias de cámara Gesell, —en adelante solo la pericia—, tiene tres etapas reguladas en un protocolo: la primera se conoce como *rapport*, es la que

proporciona los datos de víctima de la lectura rápida o de los pocos videos y del documento escrito, estos datos los toma el psicólogo en la misma entrevista. Estimo que lo debe efectuar la asistente social que debe contrastar datos del domicilio, hogar, dependencia económica, pertenencia a hogares disfuncionales, relaciones parentales con el agresor, condiciones de abandono, situaciones concurrentes de alcoholismo, drogadicción y prostitución, datos que deben verificarse en la entrevista previa.

Un tema delicado es que el psicólogo haga la pericia con el sesgo cognitivo de culpabilidad o inocencia. Se plantea el caso de no hacerle conocer al perito el resultado de las otras pericias como el resultado del reconocimiento médico legal, por la tendencia a ser coherente con la teoría del caso propuesto. El perito oficial, que tiene ventajas, no tiene la presión de ser suficiente ni explícito. En la fase de la entrevista, no se respeta el relato espontáneo y de preguntas cerradas para identificar los actos lesivos ni la identificación de los agresores. La conclusión, fase que el Juez evalúa, no es suficiente porque se limita a expresiones conclusivas, no consta el debate porque necesariamente tienen que ser dos peritos. No se perenniza si es un solo —lo ordena la norma— menos se graba la entrevista por razones presupuestarias. Ello incide en la fiabilidad, porque lo que se debate ante el Juez es ese examen practicado por única vez en la que el perito se ratifica y explica o puede debatir con suficiencia. Casi todas se hacen en una sesión y presentan dificultades para ejercer el derecho de defensa, no se ha previsto literalmente que a esta pericia pueda concurrir un psicólogo de parte cuyas conclusiones puedan debatirse en las conclusiones de la pericia.

De las averiguaciones que he efectuado en otros sistemas de justicia, como el de España —Edith Diges de la facultad de Psicología de la Universidad Complutense de Madrid— y algunos estados de Norteamérica, en los que tienen importancia los estándares de pruebas científicas, esta pericia en condiciones de no violencia tiene un protocolo de varias sesiones y cada fase se contrasta para tener las condiciones de

fiabilidad. La exigencia tiene doble entrada, el documento debidamente sustentado y el currículum de asertividad del perito, publicación de obras, debates y actualidad profesional en el interrogatorio.

La facilidad con la que se produce el efecto de la información post suceso engañosa debería hacer conscientes a las personas que habitualmente interrogan a testigos —policías, jueces y abogados— de lo cuidadosos que tienen que ser para no inducir en la formulación de sus preguntas información, exacta o no, que el testigo puede no haber percibido en su experiencia original del suceso.

En los experimentos de Loftus y sus colaboradores que hemos explicado en el apartado anterior, la información no incluida o contradictoria con lo que el testigo había visto en el episodio original se introducía de manera explícita en cuestionarios que el sujeto debía contestar un tiempo después de presenciar el suceso. Sin embargo, el experimento de Loftus y Palmer —1974— nos demuestra la utilidad con que puede condicionarse la respuesta del testigo.

En esta investigación se presentaba también a todos los sujetos una secuencia de video en la que se veía la colisión de dos automóviles. Un tiempo después, los sujetos respondían a un cuestionario sobre el suceso donde se incluyó una pregunta crítica en la que se manipuló el verbo con el que se formulaba la pregunta. A una parte de los sujetos, se le preguntaba: “¿a qué velocidad iban los coches cuando se estrellaron?”, a otros: “¿a qué velocidad iban los coches cuando colisionaron?”, “¿a qué velocidad iban los coches cuando chocaron?”, “¿a qué velocidad iban los coches cuando toparon?”, “¿a qué velocidad iban los coches cuando contactaron?”. El experimento se llevó a cabo con hablantes de lengua inglesa, por lo que los verbos utilizados fueron en esta lengua, pero la idea fue manipular mediante el uso del verbo la violencia del choque y, por consiguiente, la velocidad a la que iban los coches. La tabla 2 resume el promedio de velocidad que dio cada uno de los grupos de testigos interrogados utilizando cada uno de los verbos.

Tabla 2. Resultados de los experimentos de Loftus y Palmer —1974—.

¿A qué velocidad iban los coches cuando...?

Se estrellaron	Colisionaron	Chocaron	Toparon	Contactaron
65,6 km/h	63,2 km/h	61,3 km/h	54,7 km/h	51,1 km/h

Puede que nos parezca poca la diferencia entre 51 km/h y 65 km/h. Sin embargo, a efectos legales, el testigo fácilmente puede estar informando de una velocidad legal o de una ilegal, con las consecuencias que esto comportaría.

Los policías y jueces se hallan en muchos casos presionados para obtener información que resuelva lo antes posible los casos. Esta presión procede, en primer lugar, de su propio celo profesional y, por otro lado, de la propia sociedad que exige la resolución rápida y efectiva de las investigaciones y los procesos judiciales. Esta presión lleva en muchos casos a que los interrogatorios se conduzcan de manera poco cuidadosa, utilizando procedimientos y preguntas que trasladan la presión al testigo y le inducen a proporcionar información inexacta e inconsistente con lo que realmente ha visto y más acorde con las propias expectativas de quien conduce el interrogatorio.

VIII. IMPORTANCIA DE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA

Si bien el objetivo institucional de la prueba en el procedimiento judicial es la averiguación de la verdad, ello no quiere decir que llegaremos a certezas absolutas¹⁹ acerca de lo ocurrido, sino solamente a que existe un determinado grado de probabilidad que la hipótesis sobre los hechos sea verdadera²⁰. Los estándares de prueba nos sirven, precisamente, para determinar cuál es el grado de probabilidad de una hipótesis para darla por probada. Sin la ayuda de tales

estándares caeríamos en una gran inseguridad jurídica, pues no sabríamos cuando una hipótesis sobre los hechos está probada o no.

La importancia de los estándares radica también en que muchas reglas del proceso — como por ejemplo la carga de la prueba o principio *pro reo* — no pueden aplicarse si es que no se conoce el estándar de prueba respectivo. Por ejemplo, el principio *in dubio pro reo* indica que si no hay prueba suficiente debe absolverse al acusado, empero el conocimiento de cuándo hay prueba suficiente lo brinda el estándar de prueba correspondiente. Esto es, sin la determinación previa de estándares, tales reglas serían inaplicables o, bien se aplicarían arbitrariamente.

IX. CONCLUSIONES

El medio de prueba denominado cámara Gesell debe ser pericia científica en la que participan más de dos profesiones, el de asistencia social encargado del reporte, y el examen a cargo de dos psicólogos cognitivos que realizan la entrevista y elaboran las conclusiones. Necesariamente fiable.

Puede realizarse fuera del proceso pero con participación de un Juez de turno, —de instrucción o de investigación preparatoria— quien debe observar el protocolo de ejecución en un ambiente adecuado en la que se permita el derecho de defensa. No puede sustituirse por otro medio probatorio.

19. Ello no ocurre en ningún ámbito de conocimiento.

20. El razonamiento probatorio es probabilístico.

Es un medio de prueba indirecta, facilita al Juez un testimonio de un menor de edad o adolescente afectado de abuso sexual y señala el daño psicológico.

Debe practicarse de manera inmediata, inde-

pendiente para evitar el sesgo cognitivo. Los peritos deben estar calificados.

Debe practicarse por una sola vez, solo de esta forma se evitará la revictimización hasta por 15 veces.

-
- Autores varios. *Interpretación y razonamiento jurídico*, ed. por Santiago Ortega Gomero (Lima: ARA Editores, 2010), 270.
- Beatriz Escudero García-Calderón, *El consentimiento en Derecho Penal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014).
- Carmen Vázquez, *De la prueba científica a la prueba pericial* (Lima: Marcial Pons, 2015).
- Eugenio Garrido y Jaume Masip, «La evaluación del abuso sexual infantil» (ponencia, I Congreso de Psicología Jurídica y Forense en Red, mayo de 2004).
- Jorge Frias Caballero, *Nuevos temas penales* (Venezuela: Editorial LIVROSCA C.A., 1998).
- José Ramón Serrano-Piedacasas Fernandez, *Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal* (Lima: Gráfica Horizonte S.A., 1999).
- Marina Gascón Abellán, *Cuestiones probatorias* (Universidad Externado de Colombia, 2012).
- Marcelo Sancinetti, «De la insuficiencia del testimonio único, con especial referencia al abuso sexual», *Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo*, n.º 41 (2012).
- Miguel Pizarro Guerrero, *Programa de control del crimen: Diagnóstico y propuestas. Serie Ensayos*. (Lima: Ediciones IURE, 2015).
- Pablo Guerez Tricarico, «Presupuestos de la licitud jurídico-penal del tratamiento médico curativo: el papel del consentimiento del paciente» (tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 2011).

AGRADECIMIENTOS

José Álvaro Quiroga León
Óscar Montezuma Panez
Yamile Cárdenas Del Río
Katia Vásquez Reyes
Alejandro Morales Cáceres
Rafael Lengua Peña
Marcial Giovanni Gutiérrez Lucar
Illian Hawie Lora
Jenny Díaz Honores
Annalucia Fasson Llosa
Miguel Enrique Morachimo Rodríguez
Dilmar Villena Fernández Baca
Abel Alfonso Revoredo Palacios
Alejandro Díaz Valdez
Vito Leonardo Verna Coronado
Carlo Fabricio Sánchez Concha
Alexandra Espinoza Montero
Adriana Barrera Taboada
Javier Vásquez Laguna
Sergio Alberto Tafur Scaglia
Sandro Espinoza Quiñones
Álvaro Estrada Rosas
Mayra Alejandra de la Rosa Carrillo
Eduardo Luna Cervantes
Alessia Lercari Bueno
Ricardo Mercado Espinosa
Alex Sosa Huapaya
Carlos Alfredo Escobar Antezano
La Fiduciaria
Solari, D'Auriol & Asociados
Rebaza, Alcázar & De Las Casas
Legal Partners
PwC Perú
Estudio Mario Castillo Freyre
Arbe Abogados
CDR Consulting
Rafael Prado
Familia Hopkins Chávez
Familia Vila Olivos
Familia Gandolfo Llontop
Familia Eberhardt Carpio
Familia Proaño Rivera
Familia García Seminario
Familia Mercado Mendoza
Familia Diez Contreras
Familia D'Auriol Augusto
Familia Hume Valenzuela
Familia Luján Benavides
Familia Mendoza Lavado
Juan Alex García Aguirre
Rosa Mariella Seminario Suárez
Yassmín Belén Muñoz-Nájar Salem
Lucy Lisett Ayme Salas
Camila Fernanda Mendoza Rosell
Fátima Del Rosario Vega Pinedo
Maria Alessandra Lima Espinoza
Alejandro Izquierdo Laca
Mateo Javier Alvarado Maravi
José Alfredo Agreda Pastor
Carlos Andrés Fernández Guevara
Alfredo Martín Benavides Castro Mendifvil
Ignacio González Caipo
Jorge Francisco Lazo Lema
Giovana Carolina Gazzo Capocci
Alberto Ernesto Coya Rojas



ADVOCATUS

agradece especialmente a Jacques Didier D'Auriol Augusto, Fernando Miguel Diez Contreras, Italo Fabian Armas Tipacti, Janella Mercado Mendoza, Joaquín Humberto Planas Fernández, José Alejandro Ponce Rivera, Alejandra Grazia Suárez Salazar, Alessia Milagros Villaran Huertas, Brunella Pacchioni Vergara, Luisiana Daniella Samanamud Quino, Maria Fernanda Vila Olivos, Randolph Josh Zapata Vilcahuamán, Stefano David Ambrosini Campuzano y Yassmín Belén Muñoz-Nájar Salem por su valiosa contribución y por el constante esfuerzo brindado durante el tiempo que permanecieron como Miembros Activos en nuestra Asociación.

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos de Megatrazo SAC
Jr. Francisco Rivas 947, La Victoria.



ISSN 1996-4773



9 771996 1477008