

PRÓLOGO

• Fabio Núñez del Prado

MESA REDONDA

• Alfredo José Bullard
González, Guillermo
Fernando Cabieses
Crovetto y Freddy Óscar
Escobar Rozas

ENTREVISTA

• Enrique Alberto Gherzi
Silva

ESPECIAL

• Renzo Esteban Saavedra
Velazco
• Luis Aguirre Alván
• Paul Castritius Mendoza

• César Luis Correa Zúñiga
• José Manuel Martín
Coronado
• Alejandro Rafael
Morales Cáceres
• Johann Efraín Oporto
Gamero
• Roger Paredes Martínez
• Ursula Patroni Vizquerra

• Gustavo Rodríguez
García

MISCELÁNEA

• Annalucía Fasson Llosa
• Beatriz Franciskovic
Ingunza
• María Del Pilar Galeote
Muñoz

• Ricardo Geldres Campos
• Bárbara Pita Dueñas
• Sergio Salinas Rivas y
Dora Palomino Carrión
• Giorgio Schiappa-Pietra
Fuentes y Jackeline
Mejía Dolores
• Vanessa Elizabeth
Shinno Pereyra

 **ADVOCATUS**
Edición 43

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

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

*“La finalidad del Derecho no es la justicia,
es la libertad”*

CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO

*“The purpose of Law is not justice,
it is freedom.”*

CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO

Primera Publicación 1998
Revista arbitrada por evaluadores
externos a la Asociación



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

Tiraje: 200 ejemplares

Pre-prensa e Impresión: Tarea Asociación Gráfica Educativa
RUC 20125831410
Pasaje María Auxiliadora 156-164 Breña
Correo electrónico: tareagrafica@tareagrafica.com
Teléfono: 424 8104

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 2021-II

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

María Fernanda Soto Bazán
Rodrigo Emilio Hesse Martínez
Luis Alonso Jaymez Valdivia
José Alfredo Agreda Pastor
Joel Alberto de Jesús Santillán Dulanto
Ariana Henríquez Sánchez
Valeria Dorita Arias Suárez
Isabella Navia Atoche
Renzo Mauricio Batti Kikta
Fabrizio Solari Barco

MIEMBROS ACTIVOS

Comisión de Cursos

Daniella Gastañaga Hidalgo
Silvana Cosentino Corzo
Marco Georg Wild Benavente
Juan Manuel Iglesias Inciso
Luis Antonio Naveda Arteaga

Comisión de Economía

Luciana María Fernanda Quintana Medina
Valeria Elizabeth Ruiz Horna
Sebastián Gabriel Scarneo Carrillo
Tiffany Marie Torres Álvarez

Comité Editorial

Carlos Andrés Fernández Guevara
Alfredo Martín Benavides Castro Mendivil
Alberto Ernesto Coya Rojas
Giovana Carolina Gazzo Capocci
Jorge Francisco Lazo Lema
Luis Karim Escobar Cachay
Judith Antonella Paredes Isaak

Comisión de Eventos

Aranza Espinar Moreno
Fabiola Vásquez
Alejandro Valencia Chabaneix
Camila Arbe Andreu
Emilio Echeandía Orrego

Comisión de Financiamiento

Luisa Fernanda Rodríguez Rázuri
Vasco Soldevilla Orihuela

Adriana Camila Daniel-Leiva
Ignacio González Caipo
Jeong Min Kim

Comisión de Informática

Mauricio Manuel Ameri Sedano
Armel Mariano Fort López
Luis Aníbal Olazábal Tamayo
Salvador Alonso Herrera Güich
Aitana Ocampo Espinosa

Comisión de Relaciones Públicas

Alexandra Rojas La Torre
Daniella Nicole Muñoz Giraldo
Daniela Marchesi Briseño
Gian Luca Renato Pierantoni Salazar
Rafael Mazzetti Cueto

Comisión de Responsabilidad Social

María Pía Olivares Barberis
Ariana Patricia Flores Sánchez
Paula Andrea Sueldo Choque
María José Carolina Cevasco del Pielago
José Miguel Góngora Zavala
Gianluca Guerrini

Comisión de Ventas

Tarek Gabriel Mohanna Uccelli
Lucía Degregori Desulovich
Pierina del Pilar Cunza Guevara
Sophia O'Connor d'Arlach Denegri

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 Gherzi 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 Huanco 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

Máster en Derecho con mención en Derecho Corporativo por el University College London, Reino Unido | Abogado por la Universidad de Lima.

Andy Carrión Zenteno

Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn, Alemania | Máster en Derecho Penal 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.

Karen Gabriela Chire Herrera

Máster en Tributación y Política Fiscal por la Universidad de Lima | Máster en Gestión Pública por el European Centre of Innovation and Management - EUCIM Business School | Abogada por la Universidad de San Martín de Porres.

Yliana Mercedes Laca Pinto

Especialista en Aduanas por la Escuela Nacional de Aduanas | Abogada por la Universidad de Lima.

Mónica Roxana Medina Rosell

Máster en Derecho del Comercio Internacional por la London School of Economics and Political Sciences, Reino Unido | Diplomada en Gestión del Desarrollo Sostenible por la Universidad ESAN | Profesora de Integración Económica en la Academia Diplomática del Perú | Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Daniel Huapaya Noriega

Máster en Derecho por la Universidad de Duke, Estados Unidos | Abogado por la Universidad del Pacífico.

Gonzalo Chirinos Vidaaurazaga

Máster en Arbitraje Transnacional y Solución de Disputas por el Institut d'études politiques de Paris - Sciences Po, Francia | Profesor de Introducción al Derecho Procesal en la Universidad de Lima | Cofundador de Lima Very Young Arbitration Practitioners | Abogado por la Universidad de Lima.

Paola Diana Reyes Parra

Máster de Estudios Avanzados en Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos por la Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Suiza | Profesora de Derecho Internacional Público y Política Exterior en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas | Secretaria General de la Sección Peruana de la Asociación de Derecho Internacional | Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.



CONSEJO EDITORIAL:

Rubén C. B. Méndez Reátegui

Profesor Investigador titular (principal) de Derecho en la Universidad Autónoma de Chile, Chile | Profesor visitante (honorario) en la Universidad Tecnológica del Perú, Perú | Profesor visitante (honorario) en la Universidad Externado de Colombia, Colombia | Experto en Derecho y Economía y vicepresidente de ALACDE 2021-2023 | Miembro de número de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación — ASIER, World Interdisciplinary Network for Institutional Research — WINIR, Società Italiana di Diritto ed Economia — SIDE, German Law and Economics Association — GLEA | Postdoctorado en el Área de Gestión, Programa Administración, Política y Sociedad por la Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador | Postdoctorado del Programa América Latina en el Orden Global del Colegio de América por la Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador | Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España | Doctorado en Ciencias Sociales por la Universidad Rey

Juan Carlos de España, España | Doctorado en Economía por la Universidad Macquarie, Australia, y la Universidad Complutense de Madrid, España | Máster en Análisis Económico del Derecho y Políticas Públicas por la Universidad de Salamanca, España | Máster en Economía y CCSS por la Universidad Rey Juan Carlos de España, España | Máster en Marco Institucional y Crecimiento Económico por la Universidad Rey Juan Carlos de España, España | Máster en Economía Aplicada por la UNED, España | Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Luis Eduardo Chamochumbi Calderón

Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima en los cursos de Introducción a la Economía y el Derecho, Lógica y Argumentación Jurídica, e Introducción a la Ciencia Política | Máster en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú | Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

MIEMBROS ASOCIADOS DE ADV EDITORES

Aaron Braulio Córdova Cortijo	Alexandra Pinillos Molina
Abraham Aguilar Olival	Alexandra Richter Carranza
Adrián Franco Duharte	Alexandra Salcedo Rodríguez
Adrian Tovar Ayllon	Alfredo Javier Salazar Aleman
Adriana Felicita Cangalaya Ponce	Alisson Antonella Coloma Vallejos
Adriana Francesa Chávarri Cordano	Alonso Gurmendi Dunkelberg
Adriana Lucía Albitres Rodríguez,	Alonso Miranda Vargas
Adriana Marín	Alonso Moran De Romaña
Aiko Moromizato Kawahira	Alonso Velezmoro Rocha
Alan Raúl García Nores	Alonso Villa-García Gonzales
Alberto Arrieta Morante	Álvaro Andrés Alonso Donayre Delgado
Alberto Rivera Acuña-Falcón	Álvaro Arbulú Cervera
Alberto Simon Linares Rojas	Alvaro Estrada Rosas
Alejandra De Izcue Bellido	Álvaro Lamas Garay
Alejandra Gabriela López Chang	Alvaro Portocarrero Fernandez
Alejandra Grazia Suárez Salazar	Amelie Silvie D'Auriol Augusto
Alejandra Patricia Galvez Haro	Américo Hidalgo Gómez
Alejandra Sánchez-Aizcorbe Hennings	Ana Karem Rodríguez Moreno
Alejandro Bazán Sánchez-Moreno	Ana Paula Vega Vilchez
Alejandro Enrique Roeder Bellina	Anahi Pazos Aramburú
Alejandro Izquierdo Laca	AnaLucía Figueroa Dongo
Alejandro Joel Ramos Tamara	Andrea Alexandra Espino Buiza
Alejandro Manrique Lewis	Andrea Cecilia Salazar Hernández
Alejandro Prado de Orbegoso	Andrea Gallese Luna
Alejandro Rafael Morales Cáceres	Andrea Lanata Dentone
Alessandra Ferrari Carrera	Andrea Mariana Lazo Pérez-Palma
Alessandra Vásquez Ávila	Andrea Martín León
Alessia Milagros Villaran Huertas	Andrea Narro Beck
Alexandra Arizmendi de Romaña	Andrea Perez Valdez
Alexandra Patricia Varela Zanelli	Andrea Pittaluga Delgado
Alexandra Paz Estremadoyro	Andrea Villanueva Morays



Andres Pizarro Vizcarra
Ángel Estuardo Valladares
Antonio Arrascue Baca
Antonio Lorenzo Hume Valenzuela
Aranzazu Qahhat Zapata
Ariana Carolina Cisneros Cacho-Sousa
Armando Bártoli Bernal
Arturo Adolfo Bazán Vigo
Arturo Baselli Gutiérrez
Augusto Bustamante Lozada
Augusto Iberico Barrenechea
Auki Schwartzman Jochamowitz
Bianca Cateriano Wieman
Brunella Pacchioni Vergara
Bruno Fernando Vega Nuñez
Bruno Zárate del Castillo
Camila Fernanda Mendoza Rosell
Camila Fernández Tovar
Camila Munive Ponce
Camila Oriana Nieves Malpartida
Camilo Vera Quintana
Carla Chávez Berrios
Carla Noriega Trujillo
Carlos Alejandro Zavala Yanac
Carlos Andrés Fernández Guevara
Carlos Antonio Diez Contreras
Carlos Arévalo Velásquez
Carlos Héctor Alayza Valdivieso
Carlos Huayhualla Salazar
Carlos Kouri Jarufe
Carlos Miguel Goitzolo Airaldi
Carlos Ramón Vargas Pacheco
Carlos Vidal Torres
Carol Donayre Gonzales
Carolina Cabada Vassi
Carolina Ciriani Alfageme
Carolina Salinas Rosazza
Carolina Sarmiento Mansilla
Carolina Vivanco Vargas
César Antonio Guerrero Rivera
César Elías Ruiz-González
Chiara Michela Lercari Lavezzo
Christel Andrea Ingunza Coronado
Christian Javier Arauco Guanilo
Christian Miguel Vegas Joaquín
Claudia García Bustamante
Claudia Liliana Chávez Berrios
Claudia Mariana Rojas Manrique
Claudia Orihuela Tejada
Claudia Patricia Calderón Correa
Claudia Viviana Ausejo Torres
Claudio Ferrero Merino
Cynthia Marlene Salazar Baldeón
Dafne Roel Noriega
Daniel Pablo Zapata Azurín
Daniel Reinoso Elbers
Daniela Alma Falcone Palacios
Daniela Andrea Quevedo Checa
Daniela Bazán Stewart
Daniela Carolina Supo Calderón
Daniela Comitre Miranda
Daniela Higuera Elias
Daniela Lucía Lozano Lagos
Daniela Mariajose Vasquez Medina
Daniela Terzano Orfanides
Daniela Urquiza Travi
Daniella Pastrana Rendón
Daniska Sofía Coronado Iberico
David Quintana Gutiérrez
Denisse Koehne O'Connor
Diego Alberto Vílchez Lizárraga
Diego Alonso Fernández Brigneti
Diego Antonio Becerra Farje
Diego de la Puente Salazar
Diego Fernando Salomón Pita
Diego Sierra Chavera
Domenico Giuseppe Giorffino Vega
Doménico Mariano Fonseca
Eddy Bruno Catacora Palomino
Edgardo Franco Bernal Santos
Eduardo Giovanni Córdova Saiki
Edward Polo Santiesteban
Elard Ricardo Melgar Rivera
Elizabeth Janet Calancha Vilchez
Emilia Isabel Valdivia García
Enrique Silgado Venegas
Erick Sablich Carpio
Erik Lind Cosulich De Pecine
Fabiola Esther Proaño Rivera
Fátima Moquillaza Robatty
Fátima Vega Pinedo
Fayzal Adnan Abuhadba Zegarra
Federico Humberto Galdo Pinedo
Fernanda Campusano Arsentales
Fernando Cornejo Mohme
Fernando Eberhardt Carpio
Fernando Eduardo Salhuana Quiroz
Fernando Manuel Matute Guevara
Fernando Miguel Diez Contreras
Fernando Rodríguez Molina
Fiorella Adriana Atoche Ortiz
Fiorella Alessandra Demartini Rivera
Frances Ricketts Dalton
Francisco Antonio Sandoval Vidalon
Francisco Cárdenas Pantoja
Francisco Carrillo Mesinas
Francisco Javier Ibazeta Navarro
Francisco José Berdejo Muñiz
Frank Henry Espinoza Ramirez
Franz Arízaga Huaynate
Franz Essenwanger Delgado
Fredy Mauricio Otárola Salvador



Gabriel Boucher Cálamó
Gabriel Najar Rosas
Gabriel Villavicencio Bedoya
Gabriela Andrea Córdova Luján
Gabriela Bolaños
Gabriela Lizaraburu Rubiños
Geneve Dupont Huapaya
Giada María Taddei Contreras
Gian Piero Luigi Pierantoni Salazar
Giancarlo Celis Noriega
Gianmarco Tagliarino Rondinelli
Gilbert Volta Pineda
Gimena Salazar Llanos
Gino Alessandro Germana Zavala
Gino Cancino Dianderas
Gino Sangalli de los Ríos
Giulio Valz-Gen de las Casas
Giuseppe Manini Carrasco
Gonzalo Abel Bazan Montalto
Gonzalo Delgado Schambaher
Gonzalo Francisco Casapía Nué
Gonzalo Guillermo Chirinos Vidaurrazaga
Gonzalo Leo Zoppi
Gonzalo Puertas Villavicencio
Gonzalo Soriano Castillo
Guillermo Aliaga Pajares
Guillermo Cabieses Crovetto
Guillermo Javier Lozano Castillo
Gustavo Adolfo López y López
Gustavo Barboza Beraún
Gustavo Miró Quesada Milich
Gustavo Raúl Ytokazu Minami
Heidi Vizcarra Honorio
Helen Romero del Castillo
Helga Irazola Pella
Ignacio Álvaro Surber
Illian Hawie Lora
Ilse Cubas Brandes
Ingrid Gätjens Cornejo
Isabella Cristina Carrera Zolezzi
Italo Fabian Armas Tipacti
Iván Ernesto Quispe Alarcón
Ivan Jaime BendeZú Elescano
Ivan Wassli Solís
Ivana Faride Velazco Chirinos
Jacques Didier D'Auriol Augusto
Jan Carlo Martin Mendoza Arévalo
Janella Mercado Mendoza
Javier Barrios Kaabar
Javier Basulto Lizárraga
Javier Frías Paira
Javier Martín Espinoza Villar
Jimena Ordóñez Chichizola
Jimena Vásquez Meneses
Joan Alexander Montoya Mercado
Joaquín Carrillo Bolaños
Joaquín Humberto Planas Fernández
Johanna Giuliana Rossi Villamil
Jorge Abad Alcedo
Jorge Edilberto Ugarte Imán
Jorge Erik Benavides Kolind-Hansen
Jorge Fernandini Newton
Jorge Joels Carrión
Jorge Leturia Rengifo
Jorge Luis Ganoza Luna
Jorge Luis Solari Flores
Jorge Rendón Bernui
Jorge Rodrigo Ugaz Viera
José Aguado López
José Alberto Haito Gálvez
José Alejandro Ponce Rivera
José Antonio García-Rosell Chávez
José Beltrán Valdiviezo-Novoa
José Carlos Franco Angulo
José Carlos Tizón Meza
Jose Castro Miyashiro
José Francisco Iturrizaga Montoya
Joselyn Irene Asalde León
Joyce Mary Moore Murphy
Juan Diego Carrillo Cama
Juan Diego de la Flor Mejía
Juan Diego García Montufar Miro Quesada
Juan Diego Mujica Filippi
Juan Diego Rodríguez Velez
Juan José Hopkins Brocq
Juan Rómulo Torres Abarca
Julia Rosa Victoria Elías de Lavalle
Jürgen Spihlmann Freiberg
Karina Cerna Nalvarte
Katherine Salkeld Galarreta
Kathia Stiglich Thorne
Kuno Kafka Prado
Laisha Mubarak Aguad
Laura Liliana Moreno Minaya
Leonardo Vera Quintana
Leslie Ortega Olivera
Leslie Victoria Barrios Miranda
Leticia Alexandra BendeZú Silva
Lila Leonela Bustamante Solis
Liliana Navarrete Hayakawa
Liliana Sánchez Montenegro
Lisbeth Benavides Kolind-Hansen
Lorena Vásquez Meneses
Lorenzo Cánepa Ricketts
Lucero Eguren García
Lucía Alexandra Castro Pereira
Luciana María Palomino Basurto
Luciano Rebagliati Castro
Lucy Lisett Ayme Salas
Luis A. Angulo Gonzáles Vigil
Luis Abraham Garrido Huamán
Luis Antonio La Rosa Airaldi



Luis Cerreño Alva
Luis Dongo de Villena
Luis Eduardo Espinoza Villar
Luis Francisco Paz Maury
Luis Hernández Parra Morzán
Luis Marcial García Neyra
Luis Rafael Escobar Ebell
Luisiana Daniella Samanamud Quino
Luz María Pedal Baertl
Macarena Carmona Schwartzmann
Magaly Traverso Zegarra
Manuel Alonso Hopkins Chavez
Manuel Alonso Reyna Camino
Manuel Calderón Ruiz
Manuel David Chong Tello
Marcial Giovanni Gutiérrez Lucar
María Alejandra Gutierrez Alfaro
María Alessandra Lima Espinoza
María Alexandra del Río Cárdenas
María Carmela Ayllón Yanac
María Claudia Zerpa Ramírez
María del Carmen Ramos Chuquiure
María Fe Barragán Saco
María Fe Carcelén Pérez
María Fe Torrejón
María Fernanda Alcaide Cárdenas
María Fernanda Cusman Calderón
María Fernanda de Cárdenas Mazzetti
María Fernanda de la Puente Rizo Patrón
María Fernanda Gadea Rivera
María Fernanda Molet Diaz
María Fernanda Rios Grau
María Fernanda Tamayo Morote
María Fernanda Vila Olivos
María Gabriela Delgado Borgo
María José García Seminario
María José Puertas Villavicencio
María Juliana Romero Zapata
María Lyliana Ongaro de Vettori
María Milagros Goicochea Piana
María Paula Madau Marín
María Paz Neyra Zenteno
María Paz Torres Portocarrero
María Pía Rivero Mendiola
María Pía Talavera Barclay
Mariana Arbe Arrieta
Mariana de Olazábal Parodi
Mariana Fajardo Infantas
Mariana Franco Angulo
Mariana Gandolfo Llontop
Mariana González-Prada Felices
Mariana Silva Santisteban López
Mariana Ubidia de Gregori
Mariana Ugarriza Tello
Mariella Paredes Chipilliquén
Mario Dennys Dávila Sanchez
Mariselle Dumler Marsano
Martín Chocano Tabja
Martín Ruggiero Garzón
Masiel Arrieta Lastres
Mateo Javier Alvarado Maraví
Mauricio Andrés Olaya Enciso
Mauricio Balbi Bustamante
Mauricio Lavaud Allen
Mayra Alejandra de la Rosa Carrillo
Mayra Alejandra Valencia Sulca
Mayra Campos Aragón
Melani Arteaga Galdo
Mélanie Briceño Clémens
Melissa Fritsch Febrero
Michael Chimpitazi
Miguel Antonio Viale Leo
Miguel Rodrigo Salerno Boggio
Milagros Rodríguez-Larraín Miro Quesada
Mirko Altair Medic Medina
Mónica Andrea Eguren Ráez
Mónica Posada Ugaz
Mónica Romero Watson
Myriam Chacón Robles
Napoleón de Jesús Álvarez Vargas
Natalie Zaidan Abusada
Nicolás Bustamante Gálvez
Nicolas Pflücker Madge
Nicole Lukac Sadler
Nicole Peschiutta Forga
Óscar Genaro Ballón Stoc
Óscar Picón Gonzales
Paloma Aparicio Lainez Lozada
Paloma Casanave Álvarez
Paloma Huby Noriega
Pamela Navarro Salinas
Paola Castillo Vigil
Paola Katherine Gálvez Callirgos
Paola Schulz Canessa
Patricia Valdivieso León
Patricio Noboa Olazábal
Paul Méndez
Paula Portocarrero Pereira
Paulo Sanz Montenegro
Pedro Medina León
Pedro Mendoza Mendoza
Pierina Gabriela Gonzáles Dulanto
Piero Rodrigo Cruzado Merino
Pierre Alexander Duobert Abarca
Rafael Alejandro Villarán Bedoya
Rafael Boisset Tizón
Rafael Lengua Peña
Rafael Sebastián Milla Quezada
Rafaela Labarthe Uranga
Randolf Josh Zapata Vilcahuaman
Raúl Alberto Artola Unda
Raúl Peña Olano



Regina Rivera
Renato Arturo Velásquez Pelàez
Renato Medina Valdivieso
Renato Rubén Vegas Joaquín
Renzo Chiri Marquez
Renzo Paolo Miranda León
Renzo Vernal Castañeda
Ricardo Arauco Guanilo
Ricardo Barrantes Balarezo
Ricardo de Vettor Pinillos
Ricardo Mercado Espinosa
Ricardo Sebastian Vega Mac Rae
Richard Barnett Ivazeta
Roberto Carlos Berendson Berninzon
Roberto Francisco Delgado Mendoza
Roberto Olaechea Miranda
Roberto Rios Tapia
Rocio Plasencia Alva
Rodrigo David Cano Reyes
Rodrigo de la Puente Pflucker
Rodrigo Delgado Arce
Rodrigo E. Montero Montoya
Rodrigo Fernando Ortiz Torrel
Rodrigo Gálvez Martin
Rodrigo Morales Draxl
Rodrigo Vicente Molina Cabrera
Rolando Barraza Oliva
Rolando Castellares Salazar
Romina Amorós Ore
Romina Buso Aleman
Ronald Cross Barragán
Rosa Ellena Zegarra Chavez
Rosa Isabel Espinoza Cordova
Rubén Murga Pizarro
Samuel Cordova Marroquin
Sandra Arredondo Simons
Sandra Elizabeth Kahn Coucillas
Sandro José Mariátegui Aragón
Santiago Montes de Oca Osorio
Sebastián Alonso Vidal Muñoz
Sebastián Farah Alva
Sebastián Heudebert Adawi
Sebastian Marcelo Elias Sardiña
Sebastián Villegas Bacigalupo
Sergio Amiel Rodríguez-Carpi
Sergio Antonio Silva Tapia
Sergio Martín Rodriguez Mosquera
Sergio Tafur Sánchez
Sergio Tafur Scaglia
Silet Yolanda Becerra Orihuela
Soo Yon Lee Jung
Stefano David Ambrosini Campuzano
Stefano Lobatón
Stefano Valer Llerena
Stefany León
Stephanie Penny Lecca
Stephen Rosholt Mesarina
Susana Santos Revilla
Teresa Alayza Valdivieso
Thomas Thorndike Piedra
Uldarico Ossio Seminario
Ursula Amelia Benites Távara
Valeria Alessandra Suárez Heredia
Valeria Giovanna Fry Chirinos
Valeria Khalilieh Saez
Valeria Lucia Illescas Pinto
Valeria Paola Vila Contreras
Valeria Samantha Abarca Mendoza
Vanesa de la Sota Torres
Vanessa Velarde Lazarte
Véronica Bustamante Rey de Castro
Veronica Dibos Nemi
Verónica Morán Allemant
Verónica Tello Pino
Victor Adrián Hoyle Urquiaga
Vivian Isabel Arroyo Bolivar
Wilfredo Cáceres Ghisilieri
Wilfredo Rodrigo Paz Plasencia
Ximena Masías Romero
Yassmín Belén Muñoz-Nájar Salem
Yazmin Alejandra Mendoza Lavado
Zully Danitza Chávez Morales

ÍNDICE

ESPECIAL: ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

EDITORIAL

MARÍA FERNANDA SOTO BAZÁN	15

PRÓLOGO

FABIO NÚÑEZ DEL PRADO	17
La historia del Análisis Económico del Derecho en el Perú	

MESA REDONDA

ALFREDO JOSÉ BULLARD GONZÁLEZ, GUILLERMO FERNANDO CABIESES CROVETTO Y FREDDY ÓSCAR ESCOBAR ROZAS	37
El panorama nacional: apreciaciones desde un punto de vista del Análisis Económico del Derecho	

ENTREVISTA

ENRIQUE ALBERTO GHERSI SILVA	51
Comentarios sobre la coyuntura nacional y el impacto del Análisis Económico del Derecho en las instituciones públicas	

ESPECIAL

RENZO ESTEBAN SAAVEDRA VELAZCO	55
Otra mirada a la catedral: a 50 años de "Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral".	

LUIS AGUIRRE ALVÁN.....	107
Replantando la responsabilidad social corporativa a partir de la ejecución de obras por impuestos	

PAUL CASTRITIUS MENDOZA	125
Análisis de la legislación de los patrimonios autónomos desde una perspectiva económica, a propósito de los últimos cambios a la normativa sobre titulación de activos	

CÉSAR LUIS CORREA ZÚÑIGA	141
Generando valor compartido público: La importancia del análisis económico del derecho en la función normativa regulatoria del Estado	

JOSÉ MANUEL MARTÍN CORONADO	151
Los 5 pilares del Análisis Económico del Derecho en la era post COVID	

ALEJANDRO RAFAEL MORALES CÁCERES	161
Aspectos legales de la tecnología Blockchain	
JOHANN EFRAÍN OPORTO GAMERO	209
Análisis Económico del Derecho Penal. Entre lo irreal y lo eficiente	
ROGER PAREDES MARTÍNEZ	219
Las normas como herramienta de combate	
URSULA PATRONI VIZQUERRA	231
Análisis Económico de Derecho: el derecho a ser oído	
GUSTAVO RODRIGUEZ GARCÍA	247
Protección igualitaria en un mundo de consumidores heterogéneos: el análisis económico del derecho del consumidor en acción	
MISCELÁNEA	
ANNALUCIA FASSON LLOSA	261
El nuevo lujo y el Luxury Law: una mirada al presente y futuro	
BEATRIZ FRANCISKOVIC INGUNZA	271
La Ley de Protección y Bienestar Animal a 7 años de su vigencia ¿Realmente se contempla el bienestar animal?	
MARÍA DEL PILAR GALEOTE MUÑOZ	283
Corporate digitalization in the European context: going one step further	
RICARDO GELDRES CAMPOS	299
El enriquecimiento injustificado como mecanismo de tutela frente de los derechos de la personalidad	
BÁRBARA PITA DUEÑAS	311
La equidad de género como parte de la responsabilidad social de las empresas	
SERGIO SALINAS RIVAS y DORA PALOMINO CARRIÓN	317
Adaptación de las empresas peruanas a los estándares internacionales en materia de Compliance Corporativo: Análisis comparativo e Implicancias legales	
GIORGIO SCHIAPPA-PIETRA FUENTES y JACKELINE MEJÍA DOLORES	335
Pasando el sombrero: una revisión del double-hatting desde la experiencia internacional y su influencia en la concentración de funciones dentro del circuito arbitral peruano	
VANESSA ELIZABETH SHINNO PEREYRA	347
Vulneración del principio de celeridad procesal en los procesos de autorización de viaje de menor	

EDITORIAL



Sin lugar a dudas, el Análisis Económico del Derecho es una de las ramas del Derecho que mayor crecimiento ha presentado a lo largo de las últimas décadas. Desde sus inicios en la década de los 60's en Estados Unidos y llegando al Perú alrededor de los años 90's, esta corriente jurídica ha tenido un auge significativo alrededor del mundo.

El Análisis Económico del Derecho propone utilizar los conceptos propios de las ciencias económicas y aplicarlos en las ciencias jurídicas, con el objetivo de “predecir” las conductas humanas a presentarse como respuesta a un estímulo normativo; es decir, cómo reaccionará el colectivo ante los incentivos positivos o negativos implicados en una norma, o incluso a la ausencia de estos.

De esta forma, dicha corriente es de suma utilidad en el proceso de planteamiento de soluciones normativas ante problemas de la vida diaria, pues nos dirige hacia un análisis individualizado de cada propuesta normativa, para identificar en cada una de ellas los costos y beneficios que estas implicarían en la realidad. Mediante este proceso, es posible determinar qué propuesta normativa brindaría la solución más eficiente al problema planteado.

Es imposible negar el impacto del Análisis Económico del Derecho en la actual práctica jurídica, motivo por el cual; la asociación civil **ADV EDITORES**, conformada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, optó por dedicar su edición No. 43 al desarrollo de los más relevantes aspectos del Análisis Económico del Derecho y cómo es que este ha sido y continúa siendo de gran influencia en el ámbito académico e institucional.

Así, mediante la presente Edición No. 43, **ADVOCATUS** pretende invitar a sus lectores a la reflexión sobre la importancia del Análisis Económico del Derecho como una herramienta fundamental para la óptima y más eficiente regulación de las conductas humanas.

ADVOCATUS agradece la destacada participación de nuestros autores, quienes han decidido confiar en nuestra asociación para la publicación de sus artículos y de esta forma contribuyen al cumplimiento del objetivo principal de **ADVOCATUS**: fomentar la investigación jurídica. Del mismo modo, es importante agradecer a cada uno de los auspiciadores que hicieron posible la publicación de la presente edición No. 43.

No puedo dejar de mencionar a cada uno de los miembros de la Asamblea 2021-2; quienes, con su trabajo y constante esfuerzo, han hecho posible la materialización de la presente publicación. De igual forma, agradezco a los miembros del Consejo Directivo 2021-2, por el rol fundamental que cumplieron en el desarrollo de la presente edición, desde el momento de la elección del tema hasta la tan esperada publicación de nuestra edición No. 43.

Finalmente, y en representación de **ADVOCATUS**, agradezco a cada uno de nuestros lectores, quienes, gracias a su confianza en nuestra Asociación, nos permiten seguir evolucionando y continuar difundiendo el derecho a través de nuestras publicaciones.

Maria Fernanda Soto Bazán
DIRECTORA GENERAL
Revista **ADVOCATUS**



ESTUDIO
MUÑIZ

MUÑIZ
OLAYA
MELÉNDEZ
CASTRO
ONO
& HERRERA
Abogados

EXCELENCIA

Un servicio con un alto estándar de calidad, a un precio competitivo y en tiempo oportuno.

INNOVACIÓN

Pioneros en el desarrollo de herramientas tecnológicas que nos acercan más a nuestros clientes, así como en el uso intensivo de redes sociales.

LIDERAZGO

Más de 320 abogados, más de 40 áreas de especialización y único estudio con 13 sedes a nivel nacional.

EXPERIENCIA

Un conocimiento profundo de los sectores económicos en los cuales nuestros clientes se desenvuelven nos ayuda a brindar soluciones adecuadas.

‘Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera
**is great on all levels: professionalism,
knowledge and dedication’**

The Legal 500 Latin America

Lima | Trujillo | Arequipa | Ica | Chíncha | Piura | Cusco | Chiclayo | Tacna | Ilo | Juliaca | Puno | Chimbote



www.munizlaw.com

La historia del Análisis Económico del Derecho en el Perú



FABIO NÚÑEZ DEL PRADO

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Maestría en Derecho por la Universidad de Yale.

SUMARIO:

- I. Breve reseña de la historia del AED.
- II. Las primeras semillas del AED en el Perú.
- III. La sistematización, consolidación y difusión del AED en el Perú.
- IV. Las críticas al AED en el Perú.
- V. Los aportes del AED al Perú.
- VI. Conclusión: Algunas sugerencias para seguir consolidando el AED en el Perú.



RESUMEN:

A través del presente prólogo el autor repasa la historia del Análisis Económico del Derecho — AED en el Perú, desde su arribo de la mano de figuras como Enrique Ghersi o Hernando de Soto, pasando por su difusión por parte de autores como Alfredo Bullard, hasta los resultados prácticos que esta corriente ha tenido en el país con la creación de INDECOPI o el proceso de simplificación administrativa. Asimismo, el autor desarrolla sugerencias que permitan consolidar la presencia y aumentar la eficiencia del AED en el ámbito nacional.

Palabras clave: Historia del AED en el Perú, aportes del AED, consolidación del AED, análisis costo-beneficio, eficiencia y maximización de la riqueza, herramientas económicas.

ABSTRACT:

Through this prologue, the author reviews the history of the law and economics in Peru, from its arrival with the help of figures such as Enrique Ghersi or Hernando de Soto, through its dissemination by authors such as Alfredo Bullard, to the practical results that it has had in the country with the creation of INDECOPI or the process of administrative simplification. Likewise, the author develops suggestions that allow consolidating the presence and increasing the efficiency of the law and economics at the national level.

Keywords: History of the law and economics in Peru, contributions of law and economics, consolidation of law and economics, cost-benefit analysis, efficiency and wealth maximization, economic tools.

Me gustaría empezar agradeciendo a la Revista *Advocatus* por haberme invitado a elaborar el prólogo de su próxima edición sobre Análisis Económico del Derecho — AED¹. Es todo un honor. Ya que la edición que me honran prologar está vinculada a la Economía, me gustaría empezar contándoles que los estudiantes no cumplen un rol muy relevante en la difusión de esta disciplina. Son los profesores quienes tienen el monopolio de las revistas como el *Quarterly Journal of Economics*, *American Economic Review*, *Econometrica*, entre otros. El resultado: publicar un *paper* en Economía es un auténtico dolor de cabeza. Entre el *submission* y la fecha de publicación pueden pasar dos o hasta tres años.

La labor de difusión de la disciplina jurídica que realiza *Advocatus* desde 1998 es encomiable. Desde mi punto de vista, realizan esta tarea con tanta rigurosidad, celeridad y profesionalismo como cualquier otra revista de derecho editada únicamente por profesores. *Advocatus* es sin duda un medio de expresión que canaliza la vocación de investigación y difusión del Derecho.

Son innumerables las veces en que he citado artículos de *Advocatus* en arbitrajes internacionales de máxima relevancia, o los he utilizado en los compendios de lecturas de los cursos que tengo a mi cargo. De hecho, fue en *Advocatus* en que leí el texto que más me inspiró cuando era estudiante. Se trata del debate entre Giovanni Priori y Eugenia Ariano sobre la doble instancia que se publicó en la edición N° 9. Fue tal el impacto que tuvo este texto en mí que me motivó a elaborar una tesis de pregrado titulada “Análisis Económico de la Doble Instancia” bajo la asesoría de Giovanni Priori, que luego se convertiría en mi primer libro.

Advocatus es también un semillero jurídico. Desde mi punto de vista, los mejores abogados de la Universidad de Lima pasan siempre por *Advocatus*. Y estoy convencido de que *Advocatus* les provee varias de las herramientas para triunfar en la profesión como liderazgo, trabajo en equipo, creatividad, organización, calidad en el producto final, etcétera.

A fin de elaborar un prólogo que aporte a la

1. Este prólogo está basado en entrevistas que realicé a Alfredo Bullard (3 de febrero del 2023) y Enrique Ghersi (6 de febrero del 2023). Agradezco a los profesores Bullard y Ghersi por toda su disposición.

disciplina, me he tomado la libertad de entrevistar a autoridades del AED en el Perú como Alfredo Bullard y Enrique Gherzi, y he elaborado una breve reseña de la historia del AED en el Perú. Luego, he pasado revista de las críticas más contundentes que se han hecho contra el AED en el Perú y, si bien encuentro muchas interesantes, me he permitido rebatir varios de los argumentos. En la siguiente sección, he enumerado algunos de los aportes que, directa o indirectamente, ha realizado el AED al Perú. Finalmente, he realizado algunas sugerencias para que el AED pueda sofisticarse aún más y lograr con mayor efectividad su propósito.

I. BREVE RESEÑA DE LA HISTORIA DEL AED

En la segunda mitad del siglo 20, la disciplina jurídica era bastante propicia para integrar enfoques interdisciplinarios. Con Oliver Wendell Holmes en la Corte Suprema estadounidense como referente, los realistas legales empezaron a criticar intensamente la visión formalista del Derecho, argumentando que la ley en sí era, en gran medida, indeterminada².

Las bases del AED se cimentaron en la Universidad de Chicago en las décadas de 1940 y 1950 cuando economistas empezaron a enseñar en la Escuela de Derecho. En concreto, Aaron Di-

rector empezó a enseñar en la Escuela de Derecho a partir de 1947. Durante este período, Director inició discusiones interdisciplinarias con profesores y estudiantes —dentro y fuera de las aulas— con un fuerte contenido económico —especialmente en temas vinculados a *antitrust*—³, e incluso fue el primer editor del *Journal of Law and Economics*⁴.

Fue precisamente en el *Journal of Law and Economics* en que en el año 1960 Ronald Coase publicó *"The Problem of Social Cost"*⁵. Una de las más importantes contribuciones de este trabajo fue la introducción del concepto de "costos de transacción" a otras disciplinas como la propiedad, el derecho contractual y la responsabilidad civil —en que la aplicación de los principios económicos no parecía tan obvia—⁶. Así, Coase estableció un marco para la asignación de reglas de propiedad y responsabilidad en términos económicos que hoy en día se conoce como el Teorema de Coase.⁷ Es verdad que en 1937 Coase ya había escrito un ensayo titulado *"The Nature of the Firm"* en que el concepto de costos de transacción era transversal a todo el ensayo. Sin embargo, a pesar de que hoy en día se asocia mucho *"The Nature of the Firm"* con el AED, no es este el trabajo al que se le considera el documento fundador del AED. Probablemente porque, a diferencia de *"The Problem of*

2. Martin Gelter and Kristoffel Grechening. *History of Law and Economics. Preprints of the Max Planck (Institute for Research on Collective Goods Bonn 2014)* 2.

3. Al respecto, Posner —que recibió una fuerte influencia por parte de Aaron Director— ha señalado que *"the seminal figure in this branch of law and economics is, I believe, Aaron Director, whose students and disciplines have fundamentally altered the received views on the antitrust significance of tying arrangements, reciprocal buying, predatory price cutting, vertical integration, and other business practices"*. Richard Posner. "The Economic Approach to Law". *Texas Law Review* N° 53 (1975) 758.

4. Martin Gelter and Kristoffel Grechening. *Encyclopedia of Law and Economics*. (Nueva York: Springer, 2014) 3.

5. Ronald Coase. "The Problem of Social Cost." *The Journal of Law & Economics* 3 (Octubre 1960): 1–44. <http://www.jstor.org/stable/724810>.

6. Martin Gelter and Kristoffel Grechening. *Encyclopedia of Law and Economics*. (Nueva York: Springer, 2014) 3.

7. Coase demostró que, en caso de costos de transacción insignificantes, eventualmente se logrará un resultado eficiente a través de negociaciones privadas entre las partes, independientemente de la asignación inicial de derechos de propiedad o responsabilidad del sistema legal. Richard Posner. "The Economic Approach to Law". *Texas Law Review* N° 53 (1975) 758.

Social Cost” no tuvo una repercusión muy significativa en la propiedad, el derecho contractual y la responsabilidad civil, que fueron las áreas más relevantes del AED en sus inicios.

En 1961, Calabresi publicó en *Yale Law Journal* uno de los artículos más influyentes de responsabilidad civil titulado “*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*” en que argumentó que el concepto de ‘risk distribution’ no tenía una definición unívoca, y utilizó análisis económico para demostrar cómo las diferentes concepciones de “*risk distribution*” afectaban la formulación de reglas de responsabilidad civil⁸. Durante la siguiente década, Guido —como él mismo pide que lo llamen— publicó varios trabajos muy influyentes como “*The Cost of Accidents*” (1970) —que es calificado por la literatura como un clásico— y quizá su artículo más emblemático titulado “*Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*” (1972), escrito en co-autoría con Douglas Melamed.

Existe un consenso en que “*The Problem of Social Cost*” (1960) y “*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*” (1961) son los documentos fundadores del AED. Esto es aceptado incluso por Richard Posner —a quien se le considera el tercer fundador del AED— pues en un artículo titulado “*The Economic Approach to Law*” publicado en 1975 catalogó a los artículos de Coase y Calabresi como los documentos que cimentaron las bases de lo que él denomina “*the new law and economics*”⁹.

Es importante tener en cuenta que, si bien “*The Problem of Social Cost*” lleva la fecha de 1960, la edición del *Journal of Law and Economics* en el que aparece no se publicó hasta 1962, lo que

evidencia que no existió ningún tipo de influencia mutua entre Coase y Calabresi, y que su publicación coetánea fue una mera coincidencia. Lo curioso es que, a pesar de haber sido escritos virtualmente al mismo tiempo, muchas de las ideas que se pueden encontrar en los trabajos de Coase y Calabresi coinciden. De hecho, Calabresi cuenta que él fue el primero en escribir un artículo introduciendo el concepto de ‘costos de transacción’, pero que un profesor suyo lo convenció de no publicarlo.

El caso de Guido Calabresi es especialmente relevante para los estudiantes de las Facultades de Derecho del Perú porque, a diferencia de Ronald Coase —que publicó “*The Problem of Social Cost*” a los 50 años—, Guido publicó “*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*” tan solo tres años después de haberse graduado de la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale. En otras palabras, Guido publicó uno de los documentos fundadores del AED con menos de treinta años. Este es un mensaje muy importante para los estudiantes y los recién graduados de las universidades del Perú para que no tengan miedo a expresar y publicar sus ideas, incluso cuando sientan que les faltan años de experiencia. El hecho de no estar contaminados por el Derecho los coloca en una situación privilegiada para criticar las instituciones legales, no tanto desde la perspectiva jurídica, sino desde el sentido común.

El esfuerzo más significativo por sistematizar el AED lo realiza Richard Posner en 1972 con la publicación de su tratado “*Economic Analysis of Law*”¹⁰, convirtiéndose así en un pionero del AED. La gran contribución de Posner fue someter prácticamente todo el sistema jurídico a un escrutinio económico, incluyendo el derecho

8. Guido Calabresi. “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”. *Yale Law Journal* N° 70 Ed.4 (Marzo, 1961) 499-553.

9. Sobre el particular, Posner ha señalado que “the new law and economics dates from the early 1960s, when Guido Calabresi’s first article on torts and Ronald Coase’s article on social cost were published. These were the first attempts to apply economic analysis in a systematic way to areas of law that did not purport to regulate economic relationships Richard Posner. “The Economic Approach to Law”. *Texas Law Review* N° 53 (1975) 758.

10. Richard Posner. “Economic Analysis of Law” Boston and Toronto: Little, Brown and Company, 1972.

constitucional, el derecho procesal, el derecho corporativo, el derecho de familia, el derecho tributario, el derecho laboral, y un largo etcétera. Entre otras importantes ideas, Posner argumentó que muchas de las instituciones del sistema legal se entienden y explican mejor como esfuerzos para promover la asignación eficiente de recursos.

La relevancia de Richard Posner no solo se debe a la calidad y al carácter controvertido de sus publicaciones, sino también a la cantidad. De todos los fundadores del AED, Posner es sin margen de dudas el más prolífico. Ha publicado cerca de 40 libros en jurisprudencia, economía, análisis económico del derecho, economía de la justicia, entre otros temas relevantes. Esto debe explicar, en gran medida, por qué la *Journal of Legal Studies* lo ranqueó como el jurista más citado de todo el siglo 20.

Algunos podrían preguntarse con razón por qué se considera a Richard Posner como uno de los fundadores del AED si es que sus publicaciones aparecieron más de diez años después que las de Coase y Calabresi. Lo cierto es que, si bien los documentos fundadores del AED fueron *"The Problem of Social Cost"* y *"Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts"*, el AED no se convirtió en un movimiento hasta 1970. Priest afirma que la influencia de estos artículos en la década de los sesenta fue limitada, y que más bien fueron Calabresi con *"The Cost of Accidents"* (1970) y Posner con *"Economics Analysis of Law"* (1972) quienes lograron que la comunidad legal prestase atención al enfoque económico. Y así, durante las décadas de 1970 y 1980, el interés en el AED explotó a un ritmo sin precedentes en el pensamiento legal americano. De ahí que, a pesar de haber llegado bastante después, a Posner se le considere también como uno de los fundadores del AED¹¹.

Posner también argumenta —y con bastante razón— que la lista de los fundadores del AED

estaría incompleta sin Gary Becker, a quien se le otorgó el premio Nobel de Economía en 1992 por ampliar el análisis económico a un espectro más amplio de comportamientos humanos fuera del mercado, como el crimen, la discriminación racial y relaciones de familia. Su ensayo titulado *"The Economic Approach to Human Behavior"* publicado en 1976 ha sido uno de los trabajos más influyentes en el AED.

No cabe la menor duda de que los centros intelectuales más importantes del AED han sido Chicago y Yale. Existen varias fricciones en la forma en que se entendía —y entiende— el AED en estas dos escuelas de pensamiento. El AED en la Escuela de Chicago se caracteriza por tener un discurso positivo, pues se analizan los hechos como son y no como deberían ser. La Escuela de Derecho de Yale, por el contrario, se caracteriza por realizar un discurso normativo, esto es, determinar el deber ser. Otra diferencia relevante es que Chicago es una universidad de derecha que siempre ha abogado en favor de la maximización de las libertades económicas. Yale, por el contrario, es una universidad de centro izquierda que, además de promocionar el AED, siempre ha estado preocupada por resolver problemas distributivos. Independientemente de las preferencias políticas e ideológicas, en ambas universidades el AED nació y floreció.

II. LAS PRIMERAS SEMILLAS DEL AED EN EL PERÚ

Las primeras semillas del AED en el Perú se pueden encontrar en *"El Otro Sendero"* de Hernando de Soto, Enrique Gherzi y Mario Ghibellini publicado en 1986. Luego de su paso formativo en el Diario la Prensa, Enrique Gherzi impulsó en el Instituto Libertad y Democracia una utilización intensiva del AED a la investigación de la economía informal. El AED, entonces, tuvo un camino inusual en el Perú. Primero se aplicó a la investigación de la realidad social y, años más adelante, llegó a la cátedra universitaria.

11. George L. Priest 'The Rise of Law and Economics: A Memoir of the Early Years', in Francesco Parisi and Charles K. Rowley (eds), *The Origins of Law and Economics: Essays by the Founding Fathers*, Chapter 14, Cheltenham, UK and Northampton, MA, (USA: Edward Elgar Publishing 2005) 350-82.

Una de las ideas fuerza de “El Otro Sendero” es que “la legalidad es un privilegio al que sólo se accede mediante el poder económico y político”¹² y que, en consecuencia, “a las clases populares no les queda otra alternativa que la ilegalidad”¹³. Cuestiones que pueden parecer tan sencillas como tener un taller legalizado, disponer de una vivienda oleada y sacramentada por la ley o abrir una tienda, constituyen un proceso kafkiano en el Perú. Es una situación lamentable porque, en una realidad como esta, no son las clases populares las que deciden vivir al margen de la ley. Es más bien la elefantiásica burocracia estatal la que los condena a vivir permanentemente fuera de ella. Mario Vargas Llosa decía en el prólogo de “El Otro Sendero” que la informalidad es una réplica de las clases populares contra ese sistema que las ha hecho tradicionalmente víctimas de una suerte de *apartheid* económico y legal¹⁴.

Las ideas de “El Otro Sendero” se encuentran fuertemente influenciadas por el AED y, en concreto por los premios Nobel de Economía Ronald Coase (1991), Douglas North (1993) y Friedrich Hayek (1974). Analizando “El Otro Sendero” bajo la teoría de Coase, los autores identificaron que, como la legalidad tiene altos costos de transacción, los pobres no tienen más alternativa que refugiarse en la informalidad como mecanismo de supervivencia. Al tener la ilegalidad bajos costos de transacción, las clases populares pueden celebrar acuerdos mucho más eficientes que repercuten directamente en su bienestar personal.

“El Otro Sendero” también se vio muy influenciado por las ideas de Douglass North por su estudio del impacto de las instituciones en el desarrollo de los países. North argumentaba que, para que florezca una economía de merca-

do, deben existir ciertas instituciones políticas, legales y sociales¹⁵. En ausencia de instituciones que garanticen el respeto a la propiedad privada, el cumplimiento de los contratos, y la internalización de externalidades —mediante reglas de propiedad y responsabilidad—, las sociedades no prosperan.

Este fue precisamente el problema destacado en “El Otro Sendero” cuando se habló del Estado peruano como uno mercantilista que repartía monopolios, concesiones y privilegios a los más favorecidos y, en consecuencia, anulaba la posibilidad de que se forjasen instituciones sólidas. Y es esta falta de instituciones la que condena al Perú al fracaso y al estancamiento.

Finalmente, “El Otro Sendero” también recibió influencia por parte de Friedrich Hayek. Y es que “El Otro Sendero” es un ensayo sobre la informalidad. Y la idea Hayekiana del orden espontáneo, evolutivo y competitivo es la esencia misma de la informalidad. Hayek argumenta en “*Rules, Legislation and Liberty*” (1973, 1976 y 1979) que el derecho es un orden espontáneo. Y precisamente lo que se puede apreciar en “El Otro Sendero” es que los informales habían creado espontáneamente su propio Derecho. No era un Derecho en el sentido tradicional del término. Era praxeológico y se había creado como producto de la competencia y la interacción entre los informales. Como se puede apreciar, incluso en ausencia del Estado, los informales habían creado un conjunto de reglas que les permitía adaptarse y sobrevivir.

En definitiva, “El Otro Sendero” colocó las primeras semillas del AED en el Perú, y lo hizo con un impacto enorme porque fue un producto de exportación mundial. Vargas Llosa cuenta en “El Pez en el Agua” todas las acrobacias que

-
12. Hernando de Soto, Enrique Ghersi and Mario Ghibellini. *El Otro Sendero. La Revolución Informal*. (Editorial el Baranco, 1986) XVIII-XIX.
 13. *Ibidem*, p. XIX.
 14. *Ibidem*, p. XI.
 15. Douglass C. North. “*Institutions*”. *Journal of Economic Perspectives* N° 5.1. (1991): 98.

tuvo que realizar para que fuese difundido en *The New York Times* y en otros diarios de circulación mundial. De hecho, “El Otro Sendero” es leído en las mejores Facultades de Derecho de los Estados Unidos. Es más, como veremos en una siguiente sección, esta obra tuvo influencia en algunas de las reformas legislativas que se implementaron en las décadas de los noventa como, por ejemplo, la exigencia de realizar un análisis costo-beneficio en los proyectos de ley y la implementación de INDECOPI.

III. LA SISTEMATIZACIÓN, CONSOLIDACIÓN Y DIFUSIÓN DEL AED EN EL PERÚ

La Escuela de Derecho de la Universidad de Yale cumplió un rol fundamental en la difusión del AED en el Perú. En 1988 Beatriz Boza estudió su LL.M. en Yale en que llevó el curso de “Torts” con Guido Calabresi, uno de los fundadores del AED. Al culminar su LL.M., Beatriz Boza fue muy insistente con Alfredo Bullard —quien en realidad tenía pensado ir a hacer su maestría a España— en que tenía que hacer su LL.M. en Estados Unidos y, concretamente, en la Escuela de Derecho de Yale. Para lograr persuadirlo, le empezó a enviar artículos de Guido Calabresi que ella había leído en su clase de “Torts” como, por ejemplo, *“Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral”*.

Frente a ese contacto inicial con el AED, Alfredo Bullard quedó fascinado y empezó a leer otros trabajos como *“The Cost of Accidents”* y *“The Problem of Social Cost”*, que lo motivaron a aprender más sobre AED. Alfredo Bullard siempre tuvo una vocación e inquietud por lo multidisciplinario. Incluso, antes de estudiar Derecho, en distintas etapas de su vida quiso estudiar literatura o antropología. De ahí que los trabajos de Calabresi y de Coase le hayan causado tanto impacto.

La suma de todas estas circunstancias determinó que Alfredo Bullard decidiese estudiar en Estados Unidos y postulase a la beca Fulbri-

ght con una propuesta sobre AED. Cuenta Alfredo que mientras preparaba su postulación, saliendo de un almuerzo de profesores, pidió a Jorge Avendaño —entonces Decano de la Facultad de Derecho de la PUCP— que estaba interesado en dictar el curso de AED antes de irse de maestría para entender cómo podría luego adaptar el curso en función a las asignaturas que llevase en el LL.M. Jorge Avendaño —como era de esperar— le dio su máximo respaldo¹⁶.

Y así fue como Alfredo Bullard dictó el curso de AED por primera vez en 1990 bajo la denominación de “Temas de Derecho Civil”. Por supuesto que se trató de un curso bastante menos sofisticado que el que empezó a dictar después de su LL.M. y que continúa dictando hasta el día de hoy. Alfredo no había leído a muchos autores de AED en ese entonces, por lo que la primera versión de su curso de AED se basó únicamente en autores como Guido Calabresi, Ronald Coase y Mitchell Polinsky.

Mientras Alfredo Bullard preparaba su postulación a Fulbright y a las maestrías en Estados Unidos, estaba haciendo su LL.M. en Yale. Fernando Cantuarias en 1989. Aunque menos visible, Fernando también tuvo bastante influencia en el desarrollo del AED en el Perú. Luego de culminar su LL.M. en 1990, Fernando regresó al Perú y empezó a dictar un curso titulado “Nuevas Tendencias del Derecho de Persona y Familia” en que utilizaba en sus clases las ideas de Gary Becker sobre el análisis económico en las relaciones de familia. También escribió algunos artículos como por ejemplo “Retracto: Réquiem de un Derecho Económico y Social” o “La Función Económica del Derecho: A Propósito de los Derechos de Prenda e Hipoteca” en que aplicó un análisis funcional citando a Posner, a Coase y a otros especialistas del AED. De hecho, el tratado que publicó varios años después titulado “Arbitraje Comercial y de las Inversiones” (2007) estuvo inspirado por varios economistas, lo que fue destacado por Nicolas Ulmer en el *Book Re-*

16. Alfredo Bullard. “¿Qué tan buen economista es Jorge Avendaño?” Homenaje a Jorge Avendaño Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. (2004) 75.

view del libro publicado en *Arbitration International* de Oxford University¹⁷.

En agosto de 1990, Alfredo Bullard inicia su LL.M. en la Escuela de Derecho de Yale en que llevó varios cursos con profesores que utilizaban mucho el AED en sus clases. Entre ellos, cabe resaltar “*Torts*” con Guido Calabresi, “*Contracts*” con Alan Schwartz, “*Antitrust*” con George Priest, “*Law and Economics*” con Susan Rose Ackerman, “*Corporations*” con Henry Hansmann y “*Democracy and Capitalism*” con George Priest y Owen Fiss. Alfredo cuenta que recibió una enorme influencia de esos profesores y, de hecho, varios de los artículos que escribiría más adelante sobre AED estarían inspirados por temas que desarrollaron sus profesores en los cursos.

A su regreso a Lima en 1991, Alfredo se convirtió en el gran impulsor del AED en el Perú. Retomó el curso de AED y, desde entonces, ha venido dictando el curso todos los años. Centenares de estudiantes han pasado por sus aulas y han tenido la oportunidad de aproximarse al Derecho desde una perspectiva diferente. Durante varios años, Alfredo dictó también cursos de derecho civil como responsabilidad civil y contratos, que eran en buena cuenta cursos de AED. Fue también profesor de AED en otras universidades latinoamericanas como la Escuela Superior de Economía y Negocios en El Salvador, y ha participado en decenas de conferencias en América Latina aprovechando todas las oportunidades para difundir las ideas del AED.

Culminado su LL.M., Alfredo empezó también a publicar una enorme cantidad de artículos inspirados en el AED, dentro de los cuales cabe destacar “*Un Mundo sin Propiedad*” (1991), “*Ronald Coase y el Sistema Jurídico*” (1991) “*Causalidad Probabilística*” (1992), “*Al Fondo Hay Sitio*”

(1992), “*¿Hay Algo Imprevisible?*” (1993), y varios otros que ha continuado publicando hasta la fecha. La suma de los más de veinte artículos que había publicado sobre AED hasta el año 2003 fueron la base para la publicación de su libro titulado “*Derecho y Economía: El Análisis Económico de las Instituciones Legales*”, que ha sido uno de los libros más citados y con mayor impacto en el Perú y América Latina.

Si es que los autores de “El Otro Sendero” —y, en gran medida, Enrique Gheri— fueron quienes colocaron las primeras semillas del AED en el Perú, Alfredo Bullard fue el gran impulsor de su sistematización, consolidación y difusión. Varios de los abogados más brillantes del Perú fueron sus estudiantes y la mirada funcional con la que varios de ellos se aproximan al Derecho en la actualidad estuvo enormemente influenciada por él. Los textos de Alfredo son leídos en todas las Facultades de Derecho del Perú, y son constantemente citados por abogados, jueces y árbitros en procedimientos administrativos, procesos judiciales, arbitrajes domésticos, y arbitrajes internacionales. Su portafolio académico es también leído y comentado en otros países de América Latina y Europa.

Sea a través de sus clases o de su producción académica, el impacto que ha tenido —y sigue teniendo— Alfredo Bullard en el desarrollo del AED en el Perú es enorme. Tan es así que ha recibido los premios “Robert Cooter” y “Andrés Roemer” que otorga la Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía —ALAC-DE, en mérito a su dedicación a la investigación y difusión del AED en la región. Enrique Gheri piensa que Alfredo Bullard fue “el gran impulsor de la recepción del AED en las Facultades de Derecho del Perú”¹⁸, y que “se debe a él la enorme popularidad del AED entre los estudiantes de derecho”¹⁹. Por su parte, el historiador Carlos

17. Nicolas Ulmer. *Book Review del libro Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. *Arbitration International* N° 24.4 (2014) 624.

18. Entrevista realizada a Enrique Gheri Silva el día 6 de febrero del 2023.

19. *Ibíd.*

Ramos Núñez señala que Alfredo Bullard es “el exponente peruano más llamativo de *law and economics*”²⁰.

Además de colocar las primeras semillas del AED en el Perú con “El Otro Sendero”, Enrique Gherzi cumplió también una labor titánica en la sistematización, consolidación y difusión del AED en el Perú y en América Latina. Dictó durante varios años el curso de AED en las Facultades de Derecho de la PUCP, la Universidad de Lima, la Universidad Francisco Marroquín y otras universidades latinoamericanas. Además de “El Otro Sendero”, ha escrito tres libros y una veintena de artículos que están inspirados en el AED, dentro de los cuales destacan “El Costo de la Legalidad” (1991), “La Privatización del Mar” (1998), “La Regulación de Mejoras desde el Punto de Vista Económico” (2004), “Una Introducción al Análisis Económico del Derecho” (2002), “Diálogo entre el Juez y el Profesor” (2005), “El Problema de la Equivalencia de las Prestaciones” (2005), “El Carácter Competitivo de las Fuentes del Derecho” (2007), “Barras Bravas: Teoría Económica y Fútbol” (2011), entre otros.

Enrique ha difundido las ideas del AED a través del empuje de innumerables iniciativas organizadas por instituciones internacionales en las que él ha cumplido un rol muy importante. A manera enunciativa, cabe resaltar la difusión de las ideas del AED en su calidad de Vicepresidente de la *Mont Pelerin, Adjunct Scholar* del *Cato Institute, Adjunct Scholar* del *Independent Institute* y Director de CITEL. En el año 2011, recibió el Doctorado Honoris Causa de la Universidad Francisco Marroquín por su “dedicación y entrega a la noble causa de la libertad y al imperio de la razón”, y en el año 2012 recibió el Premio Andrés Roemer otorgado por ALACDE debido a sus contribuciones al AED.

Yo tuve el privilegio de poder llevar el curso de AED que tanto Alfredo como Enrique dictaban en la Facultad de Derecho de la PUCP. Me ma-

triculé en uno y el otro lo audité como alumno libre durante el mismo semestre. Sus cursos tenían el mismo nombre, pero tenían muy poco en común. El curso de Alfredo Bullard era un estudio del AED —tal y como había sido desarrollado en Norteamérica— para analizar los alcances de su aplicación en el sistema jurídico peruano. El curso se centraba, en esencia, en el derecho civil patrimonial —propiedad, contratos y responsabilidad—, reservando algunas clases al final para analizar otros temas como el *Public Choice*, las relaciones de familia, el derecho procesal, el derecho penal, etcétera. En mi opinión, el curso de Alfredo está en gran medida inspirado en los aportes de las Escuelas de Chicago y de Yale.

El curso de Enrique podría haberse llamado también “Filosofía Liberal del Derecho”. Por supuesto, que Enrique ahondaba también en el legado de Coase, Calabresi y Posner, Polinsky, Buchanan, entre otros. Sin embargo, desde el inicio del curso, Enrique distinguía entre dos escuelas de pensamiento que habían sido muy importantes para el desarrollo del AED: (i) la Escuela de Chicago y (ii) la Escuela Austriaca de Economía. Enrique siempre se ha definido a sí mismo como un austriaco, y esa es probablemente la razón por la cual, además de estudiar en el curso “*The Problem of Social Cost*” de Coase, “*The Cost of Accidents*” de Calabresi o “*The Economics of Justice*” de Posner, también hacía un barrido tanto por la Escuela Austriaca de Economía como por la Escuela Escocesa, dentro de los cuales destacaba los trabajos de innumerables autores como Friedrich Hayek, Ludwig Von Mises, Carl Menger, Adam Smith, David Hume, Adam Ferguson, entre otros. Si bien estos autores no son tradicionalmente considerados como autores del AED, Enrique defiende que sus aportes han sido muy significativos. Los cursos de Alfredo y Enrique fueron muy interesantes, y tenían muy pocas intersecciones y lecturas en común. Es más, yo argumentaría que se complementaban perfectamente.

20. Carlos Ramos Núñez and Hans Cuadros Sánchez. *Crónicas de Claustro: Cien Años – Historia de la Facultad de Derecho de la PUCP*. (Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 2019) 23.

El traer una corriente de pensamiento al Perú, y el defenderla con pluma y espada en artículos y libros, dentro y fuera de las aulas de clase, es una acción que puede tener un impacto enorme en los estudiantes y que incluso puede generar un efecto dominó en el tiempo. Y ello fue precisamente lo que ocurrió en el presente caso porque, a raíz de las enseñanzas y los textos de Alfredo Bullard y Enrique Gherzi, muchos de sus estudiantes —hoy profesores— empezaron a simpatizar con las ideas del AED. Es difícil determinar el nivel de influencia que tuvieron en cada uno de sus estudiantes, pero hay casos en que se pueden vislumbrar influencias directas como es el caso de la que tuvo Alfredo Bullard en Domingo Rivarola —con quien co-escribió un artículo titulado “Viendo Más Allá del Expediente” en 1998—, y la de Enrique Gherzi en Guillermo Cabieses —quien ha sido profesor de cursos de AED en la Universidad de Lima y en la Universidad del Pacífico por muchos años—.

En definitiva, tanto Alfredo Bullard como Enrique Gherzi cumplieron un papel fundamental en la recepción del AED en el Perú. Sobre todo, porque ambos enseñaron a sus estudiantes a mirar el Derecho desde una perspectiva funcional y los motivaron a querer conocer más sobre AED. Fue esta semilla la que motivó a muchos a estudiar AED en otros países. Por ejemplo, Mario Reggiardo hizo un Máster en Derecho y Economía en la Universidad de Hamburgo en el 2004 en donde tuvo la oportunidad de llevar clases con Hans-Bernd Schäfer, uno de los más importantes exponentes del AED en Europa. Desde su regreso a Lima, ha venido enseñando cursos de AED y de análisis económico del derecho procesal en la PUCP, la Universidad del Pacífico, la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y la Escuela Superior de Economía y Negocios —El Salvador—. También participó en la traducción de un artículo de Hans-Bernd Schäfer titulado “*Rule Based Legal Systems as a Substitute for Human Capital*”, que es muy relevante porque demuestra que el Derecho también puede servir como motor para el desarrollo humano.

Sin lugar a duda las maestrías en Estados Unidos cumplieron un rol fundamental en la consolida-

ción del AED en el Perú. Muchísimos destacados estudiantes hicieron sus LL.Ms en Yale, Harvard, Chicago, Virginia y otras prestigiosas universidades, y llevaron cursos con destacadísimas personalidades como Richard Posner, Guido Calabresi, Alan Schwartz, Susan Rose Ackerman, Henry Hansman, Ian Ayres, Michael Polinsky, Richard Epstein, Eric Posner, Robert Cooter, Thomas Ulen, Steven Shavell, entre otros. Y al regresar al Perú incorporaron varios de los contenidos de AED que aprendieron en sus maestrías en los syllabus de los cursos que tenían a su cargo en el Perú. Por ejemplo, Freddy Escobar —que hizo su LL.M. en Harvard— ha dictado por muchos años un curso de contratos en que utiliza muchísima teoría filosófica, pero también económica. Huáscar Ezcurra —que hizo su LL.M. en Yale— dictó por varios años un curso de derecho concursal inspirado en AED, e incluso dictó el curso de AED. Durante varios años Christian Chávez —que hizo su LL.M. en Chicago— dictó un curso de contratos completamente inspirado en AED. Carlos Patrón —que hizo su LL.M. en Yale— utiliza un material de casos muy similar al que utilizaba Guido Calabresi en Yale. Enrique Pasquel —que hizo su LL.M. en Yale— dictó por muchos años un curso de Derecho Administrativo Económico en que aplicaba AED.

Con respecto al impacto de las maestrías, pienso que también es importante destacar la cercanía que preservaron profesores de la Escuela de Derecho de Yale con varios de sus estudiantes. Guido Calabresi ha preservado una extraordinaria relación con varios de sus exalumnos que lo visitan con frecuencia, e incluso tiene una muy buena relación con varios profesores de Derecho Civil que nunca llegaron a ser sus estudiantes. Pero la relación más cercana sin lugar a duda la forjó George Priest con varios de sus estudiantes como Alfredo Bullard, Beatriz Boza, Carlos Patrón, Fernando Cantuarias, Huáscar Ezcurra, Enrique Pasquel, entre otros. De alguna manera George fue mentor de varios de los LL.Ms peruanos que pasaron por la Escuela de Derecho de Yale. George siempre mostró un gran interés en el Perú y tuvo incidencia en varias de las reformas económicas que se implementaron a partir de los 90s, especialmente en el desarrollo de INDECOPI. La gratitud por parte

de sus “mentees” es inmensa, al punto que en el 2011 elaboraron un libro en su honor titulado “Reconstruyendo la Libertad”.

Los mismos estudiantes han cumplido un rol fundamental en la divulgación del AED. Y aquí tengo que destacar principalmente el rol de las revistas de derecho como *Advocatus*. Las revistas no solo le han dedicado ediciones enteras al AED, sino que han realizado traducciones importantísimas para difundir los trabajos más influyentes de autores como Guido Calabresi, Richard Epstein, Gary Becker, Richard Posner, Susan Rose Ackerman, Pietro Trimarchi, entre otros. Han organizado también decenas de congresos y debates que han tenido mucho impacto en el medio. Innumerables estudiantes realizan tesis de pregrado o postgrado utilizando como metodología el AED, y varios de esos trabajos han tenido muchísimo eco en el medio.

El desarrollo del AED en el Perú es un fenómeno inédito y no tiene parangón. Si uno viaja a cualquier otro país hispanoparlante, verá que el conocimiento del abogado común con respecto al AED es rudimentario. Cuando trabajé en Uría Menéndez en España hace algunos años, intenté incorporar a un memorial un argumento de AED citando a Coase. Los abogados españoles no tenían la menor idea de quién era este autor. El AED brilla por su ausencia en España.

Es difícil explicar por qué el impacto del AED en el Perú ha sido tan contundente. Como bien señala Alfredo Bullard, este tipo de fenómenos se debe a una conjunción de personas en el momento correcto. El AED, que duda cabe, surgió como un orden espontáneo, por lo que su evolución y desarrollo en el Perú se debe a la conjunción del esfuerzo de cientos de personas. Pero también es cierto de que, para que ello suceda,

fueron personas contadas con una mano las que empujaron un proceso de cambio dramático en la forma en que los abogados debían aproximarse al Derecho. Uno de ellos —coincido con Alfredo— fue Jorge Avendaño²¹ y los demás están bien reseñados en estas páginas.

IV. LAS CRÍTICAS AL AED EN EL PERÚ

El AED no ha estado exento de críticas. Muy por el contrario, ha sido el flanco de varios reproches por parte de académicos muy prestigiosos de la academia peruana. Quizá las críticas más agudas las realizó Mario Castillo Freyre —quien, por cierto, me parece un estupendo abogado— en un libro titulado “Analizando el Análisis: Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil”.

Debo empezar coincidiendo con el Dr. Felipe Osterling —quien prologa el libro “Analizando el Análisis”— en que el objetivo del Derecho no es la eficiencia, sino, antes que nada, la promoción y protección de los derechos y libertades individuales²². No creo, sin embargo, que ninguno de los precursores del AED en el Perú sostenga lo contrario. En ninguna de las clases de AED que llevé como alumno escuché a Alfredo Bullard o Enrique Gherzi argumentar que la eficiencia y/o la maximización de la riqueza eran el objetivo final del Derecho. Es verdad que ambos le dan a la eficiencia un valor más importante al que le dan otros profesores, pero creería que ambos coincidirían con el Dr. Osterling en que el objetivo del Derecho es, en última instancia, la protección de los derechos y las libertades individuales.

Coincido con el Dr. Osterling también en que el AED no ha llegado a sustituir al Derecho Civil, ni mucho menos lograr su destrucción²³. No

21. Alfredo Bullard. *¿Qué tan buen economista es Jorge Avendaño?* (Homenaje a Jorge Avendaño Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004), 75.

22. Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze. *Analizando el Análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil*. (Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004) g11.

23. Sobre el particular, los profesores Castillo Freyre y Vásquez Kunze han expresado que “lo que en el fondo buscaban los partidarios del “Análisis” era la destrucción del Derecho Civil”. *Ibidem*, p. 19.

obstante, tampoco ha sido mi impresión que los precursores del AED hayan sostenido algo en ese sentido. Es verdad que los precursores del AED han cuestionado una veintena o treintena de normas, pero el Código Civil tiene 2122 artículos.

Lo preocupante sería el escenario inverso: que no exista crítica. Yo, por ejemplo, no estoy de acuerdo con las críticas que han realizado Alfredo Bullard o Enrique Gherzi a figuras como la lesión o la excesiva onerosidad de la prestación, pero la crítica es algo que saludo y celebro. Las normas —al igual que cualquier otra institución— deben estar sometidas constantemente a prueba ácida, a un escrutinio permanente que garantice que respondan efectivamente a las necesidades de la sociedad.

El AED llegó simplemente para ofrecer una mirada distinta a la visión tradicional del Derecho Civil. No creo que el AED y el Derecho Civil sean excluyentes. No es la una o la otra. Debiesen ser vistas como complementarias para que el operador jurídico pueda tener una visión más rica del Derecho. Por lo tanto, el AED no propone la derogación de todo el Código Civil ni mucho menos. Es simplemente una herramienta muy útil que permite comprobar si algunas de las normas del Código Civil son eficientes y funcionales. Por supuesto que, al momento de determinar si la norma debe o no ser derogada, se deben tener muchos otros criterios distintos a la eficiencia. El economicismo puro es algo que condeno, pero nunca he tenido la impresión de que los precursores del AED en Perú quieran persuadir a sus estudiantes de que el mundo debe ser simplificado al economicismo. Lo cierto es que el hecho de tener luces sobre la eficiencia y la estructura de incentivos que genera una determinada norma o una sentencia es tremendamente útil en el diseño de las instituciones legales.

Yo creo que la gran virtud del AED no fue proponerles a los estudiantes que analicen el Derecho desde la eficiencia, sino a que lo hagan desde fuera del Derecho. Es esa aproximación interdisciplinaria lo que logra que el análisis de las normas y los casos sea mucho más rico. El

Derecho no puede ser visto desde dentro de él, porque es una ciencia social y, para regular la conducta del individuo, es indispensable entender cómo interactúa en sociedad. La invitación a analizar el Derecho desde una perspectiva interdisciplinaria y funcional probablemente sea el aporte más relevante del AED en el Perú.

No es una coincidencia que, años después de que muchos estudiantes hayan pasado por el curso de AED, se hayan aventurado a empezar a estudiar el Derecho desde perspectivas interdisciplinarias distintas al AED como el Behavioral Law & Economics, Game Theory, Law and Political Economic, etcétera. Me cuenta Domingo Rivarola que, cuando regreso de su LL.M. de Virginia, le empezó a contar a Alfredo Bullard acerca de todo lo que había aprendido en su maestría sobre Behavioral Law & Economics, y que al inicio Alfredo era muy escéptico con esta nueva corriente de pensamiento. Hoy Alfredo ha co-escrito y editado un libro sobre “Análisis Psicológico del Derecho” y él mismo reconoce que él aprendió sobre Behavioral Law & Economics gracias a sus estudiantes como Jose María de la Jara y Milan Pejnovic, e incluso utiliza mucho análisis psicológico en los arbitrajes en que participa. Entonces, el AED generó un círculo virtuoso en que los profesores utilizaron el AED para enseñarle a sus estudiantes a analizar el Derecho desde fuera de él, y luego los estudiantes fueron más allá y ayudaron a sus profesores a ver el Derecho desde enfoques distintos al AED. El impacto del AED ha sido, entonces, enorme.

Por otro lado, recuerdo haber escuchado a un profesor de Derecho Civil en un Congreso de la Facultad de Derecho de la PUCP en el año 2012 afirmar que él estaba en desacuerdo con el AED, porque su metodología se basaba en un ‘análisis de probabilidades’ y que, si ello era así, pues entonces no se le podía considerar una metodología confiable. La verdad es que no sé bien de dónde extrajo esta supuesta relación directa entre el AED y el análisis probabilístico. Pensaría que en realidad es exactamente al revés. Los profesores americanos y europeos que aplican *law & economics* utilizan econometría y modelos matemáticos para demostrar que una

determinada institución reduce la eficiencia de un determinado sistema jurídico.

Pero, incluso asumiendo que el AED esté basado en un análisis probabilístico, me pregunta si acaso ese no es un problema del AED, sino del Derecho mismo. ¿No es acaso inevitable el análisis probabilístico en la aplicación del Derecho? ¿Acaso los presupuestos de las medidas cautelares como la verosimilitud del derecho o el peligro en la demora no encuentran sustento en un análisis probabilístico? ¿No sucede acaso lo mismo con el análisis del lucro cesante o la pérdida de la chance? ¿No hay un análisis probabilístico cuando se tiene que calcular el cálculo de la reducción de la indemnización por imprudencia de la propia víctima en virtud del artículo 1973 del Código Civil? El análisis probabilístico no es una propuesta del AED; es inherente al Derecho.

Una crítica adicional al AED lo realiza Eduardo Hernando Nieto en un artículo titulado “¿Por qué no debemos elegir el Análisis Económico del Derecho?”²⁴. La verdad es que encontré sus críticas muy poco convincentes. Al leer sus páginas, parecía que miraba al AED y a cualquier aproximación metodológica como si fuesen necesariamente excluyentes al mirar Derecho. Pero ninguno de los precursores del AED en el Perú ha argumentado que el AED es la madre de todas las metodologías y que es la única manera en la que debe ser analizado el Derecho. No es lo uno o lo otro. Son todas las metodologías a la vez.

Al momento de legislar es muy importante tener en cuenta criterios morales, pero también es muy importante determinar la eficiencia y el

impacto de las normas y/o decisiones jurisdiccionales en la realidad. Por ejemplo, está claro para mí que la lesión no tiene ninguna justificación económica²⁵, pero, a diferencia de varios de los precursores del AED, pienso que tiene un fundamento moral muy relevante. Puede que los porcentajes estipulados por el legislador estén equivocados e incluso sean totalmente arbitrarios. Sin embargo, la existencia de una norma que coloque límites a la autonomía privada para dejar claramente establecido que resulta intolerable que una parte explote a otra que se encuentra en un estado de necesidad apremiante, me parece tan ético como necesario.

Eso no significa que los artículos publicados por Alfredo Bullard y Enrique Gherzi criticando a la lesión desde el AED me parezcan inútiles. Todo lo contrario, enriquecen la discusión y ofrecen un prisma adicional desde el cual pueden ser analizadas las normas: la eficiencia. Habrá otras primas tan o más importantes que también tienen que ser colocadas siempre en la balanza, pero mientras más sean los lentes interdisciplinarios con los que puedan analizarse las normas, los casos y/o las decisiones jurisdiccionales, mejor.

Entonces, pienso que el profesor Hernando tiene toda la razón al afirmar que “es un error sostener que el AED puede configurar un orden superior en la tarea de concluir de manera armónica los problemas jurídicos”²⁶. El problema es que, al menos en el Perú, hasta donde llega mi conocimiento, nadie ha sostenido lo contrario.

Recientemente pude tener acceso a un libro titulado “Justicia, Derecho y Mercado” elaborado

24. Eduardo Hernando Nieto. *¿Por qué no debemos elegir el Análisis Económico del Derecho?* (Revista de Derecho THÉMIS N° 37, 1998) Ver también Eduardo Hernando Nieto. *El Análisis Económico del Derecho en Tiempos Neoconstitucionales*. (Revista de Derecho THÉMIS N° 62, 2012) Ver también Freddy Escobar vs. Eduardo Hernando Nieto. *¿Es el Análisis Económico del Derecho una Herramienta Válida de Interpretación del Derecho Positivo?* (Revista de Derecho THÉMIS N° 52, 2006).

25. Existen autores, sin embargo, que argumentan que existen bases económicas para cuestionar contratos que se sustentan en el aprovechamiento de una necesidad apremiante. Ver Steven Shavell. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge-London (The Belknap Press of Harvard University Press, 2004), 335.

26. Eduardo Hernando Nieto. *¿Por qué no debemos elegir el Análisis Económico del Derecho?*, 138.

por Betzabé Marciani, José Enrique Sotomayor y Leandro Cornejo que critican fuertemente el AED. Debo confesar que me pareció un trabajo muy serio que toda persona interesada en el AED debe de leer. Hay varios puntos con los que no estoy de acuerdo, sin embargo.

Cuando leí el artículo de la profesora Marciani mi impresión es que su propósito era más criticar al libertarianismo que al AED. Había varias críticas a autores libertarios como Rothbard y Nozick que, si bien han sido muy influyentes en otras disciplinas, no han cumplido ningún papel relevante en el desarrollo del AED. Y creo que ahí está el meollo de la cuestión: AED y libertarianismo tienen poco o nada que ver. El AED no está ideologizado. Sus presupuestos no son los presupuestos del libertarianismo; son los presupuestos de la Economía. El AED no es una ciencia, dogma o doctrina. Es simple y llanamente una teoría de conducta para aproximarse a los fenómenos jurídicos. Tan útil como el Análisis Psicológico del Derecho, la Filosofía del Derecho, la Sociología del Derecho, el Derecho y la Literatura, entre otros.

En múltiples oportunidades he escuchado a personas criticar los principios del AED —*e.g.*, que los individuos actúan en función a incentivos, que las personas son racionales, que los individuos buscan maximizar utilidades, que el costo de algo es aquello a lo que se renuncia para obtenerlo, que las personas racionales piensan en términos marginales, entre otros— porque serían principios ‘neoliberales’, ‘reduccionistas’, e incluso ‘inmorales’. Pero esos principios no se los inventó Posner o Coase. Pocos no economistas saben quién fue Gregory Mankiw. Basta anotar por ahora que es profesor de Harvard University y uno de los economistas más influyentes del mundo. Y basta leer su texto titulado “*Ten Principles of Economics*” para advertir que estos principios —acusados de absurdos

y reduccionistas— son los principios más básicos del *mainstream* de la Economía y se enseñan en virtualmente todas las Facultades de Economía del mundo. Mankiw, por cierto, no es libertario; es Keynesiano. Argumentar que el AED es libertario es casi tan absurdo como argumentar que la Economía es libertaria.

También se critica al AED por su arrogancia en querer predecir el impacto del Derecho en la estructura de incentivos de las personas. Una vez más, ese no fue un invento del AED. Predecir conductas es la principal función de la Economía. Este fue uno de los principales aportes del premio Nobel de Economía Milton Friedman en un ensayo titulado “*The Methodology of Positive Economics*” en 1966. Entonces, el AED es simple y llanamente la aplicación de los principios económicos que se han forjado durante los últimos 250 años a la disciplina jurídica.

Tengo la impresión de que uno de los problemas de las críticas es que se equipara al AED con Richard Posner. Pero Posner es el extremo de los extremos. Autores como Guido Calabresi o Susan Rose Ackerman —a quienes tendría que catalogárseles como de centro izquierda— utilizan siempre el AED al aproximarse a las instituciones legales, y puedo asegurar que ninguno de ellos encuentra en el AED presupuestos libertarios. Como bien ha expresado Bruce Ackerman —probablemente el constitucionalista más influyente en los Estados Unidos—, el AED es “el desarrollo más importante de la academia jurídica en el siglo XX”²⁷. Y Ackerman no es libertario; es social demócrata.

La profesora Marciani argumenta también que el AED ha transitado por un proceso de desideologización²⁸. Con toda honestidad, no estoy familiarizado con ese proceso. Durante mi LL.M. en Yale pude conocer profesores de todas las generaciones e ideologías que aplican

27. Robert Cooter and Thomas Ulen. *Law and Economics* (Addison-Wesley, 6ta edición, 2016), 2.

28. Betzabé Marciani Burgos, José Enrique Sotomayor Trelles y Leandro Cornejo Amoretti. *Justicia, Derecho y Mercado: Una Investigación sobre el Análisis Económico del Derecho en el Perú* (Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002), 96.

el AED en sus clases. Los libertarios eran, por cierto, la minoría. Del total de profesores de la Escuela de Derecho de Yale, solo pude identificar a dos que tenían ideología libertaria. Y, a ojo de buen cubero, diría que más de la mitad utilizaba el AED en sus clases. Daniel Markovits —el discípulo más emblemático de Guido Calabresi, profesor joven y uno de los máximos exponentes del AED en Estados Unidos— publicó en el 2019 un libro titulado *“The Meritocracy Trap”* en que realiza una crítica destructiva del capitalismo, e incluso culmina el libro citando el “Manifiesto Comunista” de Karl Marx. Reitero, el AED no tiene ideología. Puede ser utilizada con la misma contundencia por un anarcocapitalista, un liberal, un socialdemócrata o un comunista.

La profesora Marciani también afirma que, a lo largo del tiempo, Calabresi ha tomado voluntaria y manifiesta distancia de muchos de los presupuestos filosóficos y axiológicos del AED²⁹. Con absoluto respeto, tengo que manifestar mi más abierta discrepancia. Tuve el privilegio de tener a Guido Calabresi como profesor de *“Torts”* hace poco más de cuatro años y he podido seguir en contacto con él durante los últimos tiempos. Mi impresión es que el Guido Calabresi que fue mi profesor en el 2018 fue el mismo que escribió *“The Cost of Accidents”* en 1977. A diferencia de un autor como Hayek que modificó constantemente sus planteamientos con el pasar de los años —y ello puede ser apreciado a través de sus obras—, Guido Calabresi siempre fue socialdemócrata y muy consecuente con sus ideas. Me llamó mucho la atención una cita en el libro de la profesora Marciani atribuida a Liborio Hierro en que este último afirmaba que Guido Calabresi no pertenecía a la Escuela del Análisis Económico. Una afirmación como esa me parece un despropósito. No solo forma parte de él; es su fundador.

Las preocupaciones de la profesora Marciani me parecen fundadas, pero temo que su crítica no es una crítica al AED, sino a la Escuela de

Chicago del AED —en que algunos profesores como Posner suelen tener posiciones bastante extremas— o quizá a ciertas personas concretas que, desde su perspectiva, ideologizan el AED y lo venden como un producto libertario. El problema es que la Escuela de Chicago —que, dicho sea de paso, tiene también profesores de AED muy ponderados— es una de las varias escuelas del AED. Existen varias otras como la Escuela de Yale, La Escuela del Capital Humano, la Escuela del *Public Choice* y la Escuela de los *Property Rights*³⁰.

Yo saludo las críticas de los profesores Marciani, Sotomayor y Cornejo al economicismo puro; a esas personas que Vargas Llosa ha llamado “algoritmos vivientes” porque quieren encontrar en la Economía la solución a todos los problemas. AED y economicismo están lejos de ser lo mismo. El AED se limita a ofrecer una perspectiva de análisis basada en la eficiencia y en el impacto que una institución jurídica puede tener en la realidad. No es parte de los presupuestos del AED que, si una determinada institución jurídica es ineficiente, ello implica *ipso facto* que debe ser eliminada o derogada. Pueden existir múltiples razones de carácter moral, psicológico y sociológico por las cuales esa institución jurídica específica debe seguir en vigencia. Y el AED mira con respeto y tolerancia esas otras aproximaciones porque sabe que el suyo es tan solo un enfoque. Un enfoque de muchos que deben ser analizados conjuntamente a efectos de determinar si una determinada institución jurídica resulta deseable en un sistema jurídico.

Entonces, si la crítica de la Profesora Marciani no es una crítica al AED como una forma de aproximación a los problemas jurídicos, sino una crítica a algunas personas concretas que quieren encontrar en el AED a la madre de todas las ciencias, y a la eficiencia como el fin último de la sociedad, pues entonces le doy toda la razón. No es para mí eso el AED, sin embargo. Y,

29. Ibídem, p. 96.

30. Enrique Ghersi. *Una Introducción al Análisis Económico del Derecho*. (Revista *Advocatus* N° 7, 2002), 147.

al menos yo, no he escuchado a los precursores del AED en el Perú argumentarlo.

V. LOS APORTES DEL AED AL PERÚ

El AED ha tenido un impacto muy importante en la regulación y en la creación de instituciones en el Perú. A manera enunciativa mas no limitativa, algunos de los ejemplos más relevantes que he podido identificar son los siguientes:

- a. **Primero**, la introducción del análisis costo-beneficio —ACB—, en la labor legislativa. De acuerdo con el artículo 75 del Reglamento del Congreso, uno de los requisitos para la presentación de proyectos de ley es la existencia de un análisis costo-beneficio dentro de la exposición de la motivación de la propuesta³¹.

Esta fue una propuesta de Arturo Salazar Larraín, quien fue el mentor de varias personalidades que han tenido mucha incidencia en el desarrollo del AED como Enrique Ghersi, Mario Ghibellini, Iván Alonso, entre otros. Durante su gestión como congresista, Salazar Larraín propuso la incorporación del análisis costo-beneficio como filtro de la calidad de las leyes. En efecto, en noviembre de 1995 Arturo Salazar Larraín, Enrique Chirinos Soto y Rafael Rey Rey suscribieron el Proyecto de Ley N° 630 que planteaba modificar, precisamente, el Reglamento del Congreso.

La introducción del ACB fue un legado enorme para el Perú que tuvo sus raíces en

el AED. Lamentablemente, en el Congreso nunca lo han entendido y, cada vez que tienen que elaborar el análisis, se limitan a señalar “esta ley no irrogará gastos para el erario nacional y generará evidentes beneficios en la población”. Una torpe aplicación de una excelente idea.

- b. **Segundo**, la creación e implementación de INDECOPI sin duda también estuvo muy influenciada por el AED. La presencia de varios abogados en INDECOPI que simpatizaban con el AED como Alfredo Bullard, Alejandro Falla, Huáscar Ezcurra, Carlos Patrón, Enrique Felices, Enrique Pasquel, entre otros, determinó que mucha de la jurisprudencia del INDECOPI estuviese influenciada por el AED.

Basta con recordar la *ancillary doctrine* o doctrina de la complementariedad adoptado por la Sala de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual en el Caso CIVA³². La Sala adoptó este criterio utilizando el AED y teniendo como referencia la decisión estadounidense redactada por el juez Taft en el caso Addyston Pipe & Steel³³.

Por otro lado, en 1996 se creó la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, que tiene como principal función la eliminación de costos de transacción para ingresar a un mercado determinado. Este es un aporte que muchas personas le atribuyen a la Escuela de Chicago.

- c. **Tercero**, la creación e implementación

-
31. Al respecto, el artículo 75 del Reglamento del Congreso establece que “las proposiciones de ley deben contener una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis costo-beneficio de la futura norma legal incluido, cuando corresponda, un comentario sobre su incidencia ambiental”.
 32. Miguel Ciccía Vásquez E.I.R.L. (CIVA) vs. Empresa Turística Mariscal Cáceres S.A. *Resolución N° 206-97-TDC-INDECOPI*, 1997).
 33. Bajo la categoría de *ancillary doctrine*, Taft incluyó los acuerdos desnudos de precios y los acuerdos desnudos de división de mercados. Pero sugirió en su decisión, que en algunos casos la aparente reducción de competencia justificada la aplicación de una regla distinta si dicha reducción tenía por objeto generar eficiencias en el mercado”. Alfredo Bullard y Alejandro Falla. “La Mujer del César... ¿Son los Acuerdos de Compras Conjuntas Ilegales según las Normas de Libre Competencia? (Revista *Ius et Veritas* N° 25, 2002), 191.

de COFOPRI también estuvo inspirada en ideas del AED, y probablemente fue una secuela de “El Otro Sendero”. En términos económicos, el objetivo de COFOPRI es reducir costos de transacción y definir claramente los derechos de propiedad mediante la entrega de títulos. Como no es difícil advertir, se trata de dos finalidades claramente económicas. COFOPRI busca reducir los costos de búsqueda, identificación, información, negociación y ejecución en el proceso de formalización. En efecto, el Decreto Legislativo N° 803 “declara de interés nacional la promoción del acceso a la propiedad formal y su inscripción registral con el fin de garantizar los derechos de todos los ciudadanos a la propiedad y a al ejercicio de la iniciativa privada en una economía social de mercado”.

- d. **Cuarto**, el proceso de simplificación administrativa que aconteció en la década de los ochenta estuvo inspirado también en ideas del AED. Así, el Estado, bajo la asesoría del Instituto Libertad y Democracia —ILD, promulgó una serie de normas dirigidas a generar un proceso de simplificación administrativa que buscaba reducir los costos de la actuación de la administración pública³⁴. De acuerdo con Bullard, este proceso se consolidó con la promulgación de la Ley de Procedimiento Administrativo General, que tendría una marcada influencia del AED³⁵.

Las iniciativas de simplificación administrativa inspiradas en el AED han continua-

do a lo largo del tiempo. En enero del 2017 se aprobó el Decreto Legislativo N° 1310 que aprobó medidas de simplificación administrativa, incluyendo *la obligación* de realizar análisis de calidad regulatoria para procedimientos administrativos. Incluso la norma señala que en el análisis de calidad regulatoria se evalúan principios como el costo-beneficio, necesidad, efectividad y proporcionalidad³⁶.

Alfredo Bullard afirma que los aportes del AED han sido incluso más significativos. Opina que el AED también ha tenido un impacto en (i) la creación de la hipoteca popular; (ii) la creación, implementación y desarrollo de jurisprudencia de los “Ositos” —OSIPTEL, OSINERGMIN, OSITRAN y SUNASS—; (iii) la promulgación del Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada; y (iv) la promulgación de la Ley N° 27181, Ley General de Tránsito. En definitiva, el AED ha sido una herramienta tremendamente útil para implementar políticas públicas en el Perú.

VI. CONCLUSIÓN: ALGUNAS SUGERENCIAS PARA SEGUIR CONSOLIDANDO EL AED EN EL PERÚ

Hoy por hoy, el AED ha evolucionado muchísimo en países como Estados Unidos, Inglaterra y Alemania. En estos países el análisis económico de las instituciones legales no se realiza de forma argumentativa, descriptiva o analítica. La reducción de la eficiencia generada por una determinada institución legal se mide en base a data. Para hacer AED que supere los filtros

34. Alfredo Bullard González. *Análisis Económico del Derecho*. (Colección Lo Esencial del Derecho N° 35, 2018), 62.

35. *Ibidem*, p. 67.

36. El artículo 2.1 del Decreto Legislativo N° 1310 establece que “las entidades del Poder Ejecutivo deben realizar un Análisis de Calidad Regulatoria de todas las disposiciones normativas de alcance general, a excepción de las contenidas en leyes o normas con rango de ley, que establezcan procedimientos administrativos, a fin de identificar, reducir y/o eliminar aquellos que resulten innecesarios, injustificados, desproporcionados, redundantes o no se encuentren adecuados a la Ley del Procedimiento Administrativo General o a las normas con rango de ley que les sirven de sustento”. Por su parte, el artículo 2.2 expresa que “mediante el Análisis de Calidad Regulatoria se evalúan principios como el costo – beneficio, necesidad, efectividad, proporcionalidad, de las disposiciones normativas señaladas en el 2.1, conforme se establecerá en el Reglamento del presente Decreto Legislativo”.

de calidad en universidades estadounidenses, inglesas o alemanas es indispensable trabajar con estadística, matemática y econometría. Más aún si es que el AED que se pretende realizar es normativo.

No quiero que se me malinterprete. No pienso que los trabajos de AED que no cuentan con herramientas econométricas no aporten a la disciplina. Por supuesto que lo hacen. Sin embargo, el aporte es bastante más limitado porque, a pesar de que se pueda indicar en la introducción de sus trabajos que han logrado demostrar la ineficiencia de una institución, la verdad es que están lejos de haberlo logrado. Lo máximo que logran es identificar algunos *pointers* o *proxies* que sugerirían que una determinada institución legal podría ser ineficiente, o crear legítimas dudas con respecto a la funcionalidad de una institución legal. La sofisticación del AED exige que haya menos narrativa y más data para acreditar la ineficiencia de instituciones legales. Hayek argumentaba con razón que quienes realizan AED escriben literatura, mas no hacen teoría económica³⁷.

En mi opinión, el AED se puede sofisticar muchísimo más adoptando las siguientes medidas:

En primer lugar, creo que es muy importante que profesores de la Facultad de Economía empiecen a dictar en la Facultad de Derecho, y viceversa. El impacto puede ser enorme. Basta con recordar el impacto que tuvo el hecho de que la Escuela de Derecho de Chicago haya nombrado como profesores con *tenure* a los economistas Henry Simon en 1939 y a Aaron Director en 1949. Fue precisamente Aaron Director quien, junto a su cuñado Milton Friedman, influyó a toda una generación de juristas en Chicago. Algo así se podría replicar en el Perú. Creo que es importante que las Facultades de Derecho abran posiciones de profesor a tiempo completo para profesores de Economía.

Además, no solo es importante la interacción de estudiantes de Derecho con profesores de

Economía, sino también con estudiantes de Economía. Cursos como AED debiesen ser llevados al mismo tiempo por estudiantes de Derecho y de Economía. Muchas veces no es la interacción con el profesor lo que les abre la mente a los estudiantes, sino con sus propios compañeros. No solo para aprender teoría económica, sino para entender y aprender cómo razonan los economistas. La forma en que los Economistas se aproximan a los problemas suele ser bastante más efectiva que la metodología de los abogados.

Finalmente, creo que sería sumamente relevante que las universidades que cuentan con Facultades de Derecho empiecen a crear dobles titulaciones. En España esto es muy común. La mayor parte de universidades ofrece doble grados en Administración de Empresas y Economía, Estadística y Economía, Economía y Finanzas, Administración de Empresas e Ingeniería Industrial, y un largo etcétera. Y el Derecho no es la excepción.

Los mejores abogados que conocí en España habían cursado dobles titulaciones en Derecho y Economía, o Derecho y Administración de Empresas. Más que llevar más de cincuenta cursos de Derecho —en que el contenido de muchos ellos se puede aprender en la práctica—, pienso que sería bastante más útil que los abogados puedan optar por una segunda titulación ofrecida por la universidad como Derecho y Economía, Derecho y Filosofía, Derecho y Psicología, Derecho y Sociología, y un largo etcétera. Para un abogado que quiere dedicarse a la Filosofía del Derecho, resultaría bastante más provechoso llevar cursos de Filosofía Moderna y Ética en la Facultad de Filosofía que llevar cursos de Tutela Ejecutiva o Derecho Ambiental.

De igual manera, para un abogado que quiere profundizar en el AED, especializarse en Derecho Empresarial o en Arbitraje Internacional, resultaría bastante más provechoso llevar cursos de microeconomía, macroeconomía, estadística, econometría y contabilidad en la Facultad

37. Enrique Ghersi. *Una Introducción al Análisis Económico del Derecho*. (Advocatus N°7, 2002)152.

de Economía. Por ejemplo, para un abogado que quiere dedicarse al Derecho Empresarial o al arbitraje, resulta fundamental contar con herramientas económicas y contables para poder leer estados financieros o calcular daños. Por su parte, para un abogado que quiere dedicarse a la academia y estudiar el AED, resulta fundamental contar con las herramientas económicas para entender cientos de papers de AED que se escriben con modelos matemáticos. No es una

coincidencia que la mayor parte de exponentes del AED en el mundo como Ronald Coase, Guido Calabresi, Robert Cooter o Ian Ayres sean economistas.

Aún falta mucho camino por recorrer, pero, como bien señala Joan Manuel Serrat, se hace camino al andar. Y la iniciativa de Advocatus de dedicarle una edición al AED es una estupenda noticia que debemos felicitar.



LEA

EL PLACER DE CADA DÍA



PRODUCTO ESPAÑOL



Encuentranos en:

Mifarma

Inkafarma

plaza vea

Vivanda

El panorama nacional: apreciaciones desde un punto de vista del Análisis Económico del Derecho^(*)

ALFREDO JOSÉ BULLARD GONZÁLEZ

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster en Derecho por la Universidad de Yale.
Socio principal del estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados.

GUILLERMO FERNANDO CABIESES CROVETTO

Abogado por la Universidad de Lima.
Máster en Derecho por la Universidad de Chicago.
Profesor de Derecho en la Universidad del Pacífico.

FREDDY ÓSCAR ESCOBAR ROZAS

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster en Derecho por la Universidad de Harvard.



(*) **ADVOCATUS** agradece a sus Miembros Asociados Jorge Francisco Lazo Lema, Astrid Eliane Polo Castillo y Alejandro Alvarado Padilla por su contribución en la elaboración de las preguntas de la presente entrevista, la conducción de esta y su posterior transcripción.

RESUMEN:

ADVOCATUS tuvo la oportunidad de reunirse con prestigiosos abogados peruanos para entrevistarlos y conocer sus apreciaciones sobre diversos tópicos relativos al panorama nacional actual, empleando para ello un enfoque que considere el Análisis Económico del Derecho — AED.

Palabras clave: Análisis Económico del Derecho — AED, derecho minero, propiedad del subsuelo, informalidad, impuesto a la riqueza, financiamiento de partidos políticos, virtualidad, entrevista.

ABSTRACT:

ADVOCATUS had the opportunity to meet with prestigious Peruvian lawyers to interview them and learn their views on various topics related to the current national scene, using an approach that considers the Law and Economics.

Keywords: Law and Economics, mining law, subsoil ownership, informality, wealth tax, financing of political parties, virtuality, interview.

1. Siendo el Perú un país minero, hablemos de derechos de subsuelo. ¿Qué opinan sobre del actual estado del Derecho minero peruano? ¿De quién debería ser la propiedad del subsuelo?

Alfredo Bullard González (ABG): Para mí, la propiedad del subsuelo debería ser del titular del suelo; es decir, debería proyectarse, digamos, la titularidad que tiene sobre la superficie —para ello habría que poner algunas reglas porque hay algunos asuntos como el petróleo, en los casos en los que el yacimiento va más allá de un solo terreno—, pero más allá de eso, en principio, el propietario del suelo debería ser el propietario del subsuelo.

El marco legal peruano, siguiendo otros marcos legales que existen, lo que ha hecho es separar y darle la propiedad al Estado de lo que está debajo, de los recursos naturales que puedan extraerse debajo del suelo. Al hacerlo se crea un desmembramiento artificial de la titularidad, lo cual genera la posibilidad de que el estado tenga el control de esos recursos.

Consecuentemente, se generan los problemas que siempre vemos, como los casos en los que hay titularidad arriba, y otra parte tiene el derecho minero obtenido a través de una concesión con el estado, pero los propietarios del suelo pueden impedir la explotación; ante lo cual aparece la figura denominada “servidumbre forzosa”, que deriva de un esquema de incentivos perverso donde el Estado tiene el control

de las cosas, y eso frena la posibilidad de una explotación minera y eleva los costos de transacción.

Así se genera un desmembramiento de la propiedad donde uno debe adquirir distintos derechos para poder acceder al recurso cuando, en realidad, adquiriendo el suelo debería adquirirse el derecho para poder explotar lo que está debajo. Esta situación claramente genera incentivos perversos y explica una serie de problemas.

Es muy interesante que cuando hablo con mis amigos mineros, ellos están a favor del sistema que hay en el Perú; uno podría pensar lo contrario, pues solo se compra la superficie. La verdad nunca me han podido explicar por qué. Yo creo tendría que ver con la idea, posiblemente equivocada, de mayor seguridad si se los da el Estado a un particular, posiblemente porque se paga menos de esa manera, evitando negociar con el titular del suelo, pero desde el punto de vista económico considero que este sistema es mucho más lógico.

Freddy Escobar Rozas (FER): Solamente un par de ideas; primero, en el derecho ancestral la propiedad del subsuelo era del que tenía la propiedad del suelo, es decir, inicialmente en Atenas, por ejemplo, el propietario del suelo tenía también la propiedad de los recursos que estaban debajo del mismo. Segundo, uno podría comparar beneficios de un sistema en el cual el propietario del suelo sea también pro-

propietario del subsuelo con uno en que el Estado sea propietario del suelo y del subsuelo, y claro, ahí podríamos comparar beneficios de una manera razonable; el asunto está en que nosotros tenemos un sistema mixto porque el Estado es el propietario de lo que está debajo del suelo, y la persona o empresa es propietaria del suelo.

Entonces, como dice Alfredo, en este sistema mixto, los costos los tienes que negociar con dos agentes: con el Estado y con la persona o empresa dueña del suelo, elevando así los costos de transacción. En adición, se tiene el problema de los incentivos perversos que Alfredo ha señalado, el propietario del suelo, al ver que las regalías las recibe el Estado y no él, y como sabe que sin su permiso el proyecto no se realizará, tiene todos los incentivos perversos para bloquear el proyecto o para autorizarlo y luego revocar dicha autorización, que es lo que normalmente sucede.

Usualmente, el titular del suelo autoriza un proyecto, pero a los pocos años desconoce la autorización, entonces, el inversionista tiene dos frentes: el Estado y la persona; el Estado no revoca la concesión sin causa justa, la persona sí. Y claro, se puede resolver en las cortes, pero el proyecto ya está paralizado.

Entonces, yo creo que deberíamos tener un solo sistema, o la persona es propietaria del suelo y del subsuelo, o el Estado es propietario del suelo y del subsuelo a través de una expropiación; por lo que el peor escenario es el que tenemos ahora, donde tenemos un régimen mixto en el cual tienes que negociar con uno y luego con otro.

Guillermo Cabieses Crovetto (GCV): Ahí no sé si coincido con Freddy, yo creería que el peor de los mundos es aquel en el que el Estado es dueño del suelo y del subsuelo.

FER: Me refiero, a través de una expropiación, lo que digo es que, por ejemplo, uno es propietario del suelo, el estado propietario del subsuelo, se da una concesión minera y el titular del suelo no quiere dar el permiso, bueno, el estado expropia el terreno y lo da a quien obtuvo la concesión.

GCV: Yo entiendo ese sistema, pero no soy partidario de las reglas de responsabilidad cuando el sistema de propiedad está disponible. Yo prefiero un sistema de propiedad que fuerce un acuerdo. El problema del subsuelo es reciente, como bien dice Freddy, la propiedad en Roma era desde el cielo hasta los infiernos, y por un fenómeno evolutivo que bien explica Harold Demsetz en su teoría de los derechos de propiedad, la propiedad se fue reduciendo a un derecho útil, es por ello que las aerolíneas no tienen que pagarles a las casas por pasar por encima, porque las casas no encuentran utilidad ahí.

Sobre la base de ese fenómeno evolutivo, los estados decidieron expropiar de las personas, en el nacimiento de los estados modernos, el subsuelo, para tener una fuente adicional de ingresos; esto, posiblemente fruto de haber observado la “fiebre del oro” que se dio en California; sin embargo, al hacer esto desconocieron la teoría económica, ya que esta nos dice que la regla más eficiente para asignar derechos de propiedad es la del “*single owner*” —único propietario—, pues permite internalizar todos los costos de una actividad. Entonces, tenemos un aseguramiento de que la actividad será eficiente, porque internaliza todos los costos. Cuando se disgrega la propiedad del subsuelo del suelo, se rompe la regla que es más eficiente respecto de un propietario; asimismo, se le da la espalda a la teoría económica, que nos dice que el derecho lo que debe tratar de hacer es abaratar los costos de transacción. A su vez, cuando respecto de un mismo bien, hay dos derechos exclusivos, se genera lo que Machlup, economista austríaco, identificó en los sesenta como un monopolio bilateral.

La existencia del monopolio bilateral implica la existencia de un solo comprador y un solo vendedor, los cual resulta similar al “juego del ultimátum”, cada uno quiere llevarse la mayor parte del pastel. Es como darle el cofre del tesoro a una persona y a otro la llave, y por más racional sea decir que la ganancia será mitad y mitad, el problema se genera con respecto de los yacimientos mineros con respecto de varios pequeños propietarios del suelo, entonces, hay un montón de pequeños cofres y un montón

de pequeñas llaves, y el fenómeno denominado “monopolio bilateral” se multiplica por la cantidad de propietarios que haya. Lo que genera que el costo de transacción para la conclusión de un acuerdo sea gigantesco.

Si, por el contrario, el propietario del suelo, — que es el sistema que naturalmente deberíamos tener, porque responde a la tradición del siglo, del primer ocupante—, es propietario del subsuelo, lo que pasaría es que se generaría una puja competitiva. Entonces, ¿por qué los mineros actualmente prefieren nuestro sistema? Porque nadie más puede competir con ellos. Cualquier otro que venga y compre, y esté dispuesto a comprar los minerales, no va a poder porque el minero tiene el cofre. Por lo que otros podrán comprar la llave, pero no el cofre; mientras que en el otro sistema habría una competencia por el cofre y por la llave.

La preocupación del Estado respecto de que una persona se aproveche de los recursos minerales que deberían ser de todos, es una preocupación absurda, porque podría solucionarse, pese a mi disgusto, con un impuesto a la ganancia por este terreno para la explotación minera. El Estado, para expropiarnos, ha inventado miles de formas; y la más absurda que ha inventado hasta ahora es esta, dividir la propiedad del suelo y el subsuelo.

ABG: Solamente para complementar lo que acaba de decir Guillermo, y un poco en la línea de lo que decía Freddy, Michael Heller estableció esta teoría de “La tragedia de los anti-comunes”. Por un lado, la tragedia de los comunes se presenta cuando faltan derechos de exclusión, pero también se presenta un fenómeno nocivo cuando creas excesivos derechos de exclusión; entonces, lo que pasa en la actividad minera es que el propietario de la superficie puede excluir, el titular de la concesión minera también puede excluir, sea el Estado o el concesionario; pero hay otros adicionales, la UEFA debe dar autorización para el desarrollo de la actividad, por ejemplo. Entonces, tienen en el fondo, lo que denominan derecho de regulación, derecho administrativo, pero en realidad es un derecho de propiedad, porque les concede la exclusión

del uso del recurso. Consecuentemente, ya no se tiene que negociar con uno o con dos, sino con todos los que deben actuar para iniciar la actividad minera.

Al desmembrar los derechos de exclusión de esa manera, lo que se genera es inmovilismo, y es lo que pasa cuando se tiene un proyecto minero y se demora diez años en iniciar operaciones, porque no se tienen los permisos, ya que se tiene que negociar con la comunidad que está arriba —a veces toca negociar con varias comunidades, porque resulta que hay una comunidad más grande y una comunidad más pequeña—, y se generan una serie de derechos que no se pueden ejercer de manera plena para la producción minera porque se excluyen entre ellos, y eso vendría a ser el fenómeno del monopolio bilateral.

FER: Quisiera agregar un comentario. Justamente, como Guillermo explicaba, por el tamaño del mercado minero, no tenemos a un solo propietario del suelo, sino a muchos propietarios de pequeñas parcelas. La concesión minera normalmente abarca un área que excede una propiedad, y que requiere el consentimiento de varios propietarios; allí yace la idea de la expropiación, que yo, evidentemente, pienso es la segunda mejor opción. Pero lo que no hace ningún sentido es que uno sea propietario del suelo, o que varios sean propietarios del suelo, y otro propietario del recurso que está en el subsuelo. Ese es el peor sistema. El segundo mejor sistema vendría a ser el que comento, donde el estado expropia si da una concesión, y entrega lo correspondiente. El mejor y el más óptimo sistema es el que tanto Guillermo como Alfredo han descrito, que es la propiedad privada sobre el suelo y el subsuelo.

2. **En cuanto a la informalidad, que es un tema sobre el cual se ha comentado muchísimo en el Perú. ¿Hay algún beneficio en la informalidad pensando fuera de la caja? Y, por el lado contrario, ¿por qué no se puede avanzar en lograr un mayor grado de formalidad a nivel nacional aun cuando se ha buscado reducir los costos para conseguirlo?**

GCC: Más que pensando fuera de la caja, yo diría pensando dentro de la caja; la informalidad es un fenómeno que genera un sinfín de beneficios, la prueba es que la gente es informal. La gente se enfrenta con dos sistemas, y hace un análisis costo-beneficio, el sistema formal, que te ofrece ciertos beneficios y te impone ciertos costos, o el sistema informal. Entre los beneficios de la formalidad encontramos acceder al crédito bancario, tener la posibilidad de comerciar con más personas, —porque hay un montón de gente que no puede comerciar con informales—, y tener la posibilidad de acceder al mercado de valores; entre los costos de la formalidad se encuentra reportar las operaciones al Estado, tener que pagar el Impuesto a las Transacciones Financieras — ITF cuando haces una operación financiera, que tus cuentas sean reportadas a la SUNAT, tener al Estado como socio al 30%, y respetar los derechos laborales, que representan un costo altísimo.

La informalidad, por el contrario, tiene una serie de desventajas: no se participa en el mercado formal, el mercado de valores, el mercado financiero, y el mercado de bancos; no se puede contratar con grandes empresas y demás; pero te ahorras el impuesto de 30% que cobra la SUNAT, te ahorras el costo de los derechos laborales, te ahorras contrataciones con la remuneración mínima vital, entre otros. Esto hace que la gente opte por este sistema, ya que encuentran muchos más beneficios para ellos que en el sistema contrario. En adición, el sistema de detección que tenemos a nivel nacional de la informalidad fiscal es muy malo; la SUNAT está mucho más preocupada por fiscalizar grandes empresas, que por tratar de fiscalizar a los pequeños informales. Entonces, desde el punto de vista de los informales, su decisión es perfectamente racional, pues según ellos, la probabilidad de tensión es muy baja y se ahorran los costos mencionados. Sin embargo, se pierde la posibilidad de crecer y llegar a un mercado más grande, y de obtener financiamiento bancario.

Desde el punto de vista macroeconómico, la informalidad tiene un beneficio frente a una crisis internacional financiera; el Perú no se ve afecta-

do en la magnitud que uno pensaría por el tamaño de su economía, porque una gran parte de ella se mueve por fuera del sistema bancario formal, y entonces, eso nos genera una especie de blindaje contra las grandes crisis financieras internacionales y locales.

Entonces, la informalidad *per se* es un fenómeno que, como todo en esta vida, tiene beneficios y costos. El costo macro es que somos muy pocas las personas que pagamos por mantener al Estado— y en teoría, el impuesto, como decía Oliver Holmes, es el costo de vivir en sociedad—, sin embargo, en el contexto nacional, aquellos que no pagan, sí terminan usando los beneficios: las pistas, la policía, los sistemas de educación pública, el sistema de salud pública, y una gran parte de los ciudadanos que pagan los impuestos, que además, probablemente no usen esos servicios, asumen todo el costo del Estado.

Como colofón, me da gracia, si cabe el término, o me parece muy irónico, cuando la gente dice que en el Perú hay ciudadanos de segunda categoría, y yo digo sí, los que pagan impuestos, esos son los de segunda categoría; los de primera categoría son los que pueden hacer su negocio sin respetar las reglas laborales, contratando sin pagar los impuestos y sin tener que asumir toda la carga burocrática del Estado; ellos son para mí los ciudadanos de primera categoría; los de segunda somos los que tenemos que vivir bajo este sistema burocrático e ineficiente.

FER: Yo agrego un comentario muy pequeño, porque estoy básicamente de acuerdo con lo que ha dicho Guillermo, quizás un beneficio adicional en términos macro de la informalidad, es la reducción de precios y, por lo tanto, la posibilidad de que muchas más personas accedan a bienes y servicios. Es evidente que un informal tiene menos costos, por lo tanto, el precio que cobra es menor al precio que cobra el formal por un bien sustituto o similar, entonces, con precios más bajos, muchas más personas acceden a esos bienes y servicios; eso me parece que es una ventaja o un aspecto muy positivo de la informalidad.

De todos modos, sí es un problema, porque un Estado no puede prosperar como tal si solo algunos tributan; un país difícilmente se convertirá en país desarrollado si solamente el 20% o el 30% de sus ciudadanos tributan directa o indirectamente. La informalidad, como ha dicho Guillermo, permite que muchas personas reciban beneficios gratuitos y genera que muchas personas, en algún momento, se cansen de pagar impuestos. A la larga, en mi opinión, no es sostenible para un país que pretende ser desarrollado.

ABG: Yo coincido esencialmente, con todo lo que se ha dicho; personalmente yo diría que la informalidad es el estado natural de las cosas en el origen de la sociedad. Anteriormente, no se pedía ningún permiso para desarrollar una actividad económica; luego, por supuesto, el Estado o alguien llegó rápido y comenzó a poner requisitos para desarrollar aquellas actividades; esto tiene mucho que ver con el siguiente tema que vamos a tocar, que es el tema tributario, cómo resolver el problema de los bienes públicos, lo cual no hemos hecho de forma adecuada. Se ha sobreestimado la necesidad del Estado para la generación de bienes públicos y, además, el Estado se ha atribuido la facultad de generar bienes privados, es decir, proveer bienes que podrían ser provistos por el mercado, que hace que el Estado crezca y, en consecuencia, se genera un terrible círculo vicioso. El Estado comienza a subir más los impuestos, porque como bien decía Guillermo, tiene que proveer servicios para la sociedad, aunque solo una parte cumpla con el pago. Entonces, el Estado comete el torpe error de crear mayor número de formalidades para “incentivar” a que la gente se formalice, nuevos requisitos, autorizaciones, sin darse cuenta de que aquello no funciona, porque, los ciudadanos, al hacer el cálculo costo-beneficio, toman la decisión de vivir en la informalidad. Y si agregamos un Estado ineficiente, se explica la no incorporación de las personas a la economía.

Se ha generado un problema complejo. La formalidad, en el fondo, depende de dónde se traza la línea; a partir de qué punto se es formal o informal. Yo creo que lo que hace el Estado

continuamente es mover la línea hacia el lado de la mayor formalidad, sin darse cuenta de que solo genera mayor informalidad.

Tú mencionaste, Jorge, al contextualizar la pregunta, por qué no se formalizan las personas si se han bajado los costos; yo te diría que no le han bajado los costos a nadie, claro, se han simplificado algunas cosas, pero en los últimos años se han creado una cantidad de regulaciones de todo tipo que solo se aplican al sector formal— entonces, todo el mundo le crea regulaciones ambientales a la minería, y la minería informal no respeta ninguna regla, y la respuesta del Estado es seguir creando más requisitos adicionales, que únicamente aplican al sector formal—. Entonces, sí, algunas cosas las han simplificado, pero te puedo asegurar que lo que hemos crecido en términos de costos es mayor de lo que hemos aliviado en términos de simplificación.

La verdad, es muy curioso y entendible porque se rajan las empresas formales al decir: ¿Por qué me hacen pagar a mí lo que otros no pagan y ellos reciben los mismos servicios? ¿Por qué me obligan a mí a cumplir con todo esto —regulaciones— cuando no lo puedo cumplir? Y esto genera problemas tremendos.

Coincido con Guillermo, que en parte hay ciudadanos de primera y segunda categoría, pero también es cierto que en algunos aspectos la situación se invierte, y algunos informales son de segunda categoría, ya que, efectivamente, no tienen acceso a los beneficios y/o capital que otros que sí tienen, ya que la única forma de ser formal en el Perú es tener plata, todo eso restringe el crecimiento y las actividades. Es un tema bien complejo y yo creo que se suele dar mucho énfasis al lado equivocado, se enfocan en incentivar que la gente pague los impuestos o cumplan las formalidades, y no analizan dónde se ha trazado la línea, dónde se ha exigido demasiado.

GCC: Me gustaría hacer un par de comentarios adicionales porque estoy de acuerdo con todo lo que se ha dicho. El primero, es acerca de dónde trazas la línea. Milton Friedman tenía una frase, que a mí me gusta mucho citar, que

es: “No copies lo que los países ricos hacen hoy, copia lo que hicieron para llegar a ser ricos”. Entonces, esta obsesión de entrar a la OCDE y tener un marco regulatorio como el que tienen los países europeos, siendo un país que tiene 70% de informalidad, es absurdo, pero todo el mundo, toda la burocracia, incluso los empresarios se ponen entusiastas sobre poder tener al Perú en la OCDE, la cual no es más que un club de países altamente regulados con economías muy formales y sofisticadas. En consecuencia, pretender hacer al Perú parte de la OCDE es condenarlo a la informalidad, porque nadie va a poder cumplir con esas reglas tan estrictas. Lo que deberíamos hacer es “desformalizar”, hacer más informal nuestra economía, con menos requisitos para que la gente vaya ingresando a la formalidad. Porque luego salirse de la informalidad tiene un costo muy alto. Entonces, incluso, podrías pensar como estrategia el reducir las barreras para ser formal, y luego analizar si subirlas o no.

El segundo punto que quería decir es que el gran beneficio de la informalidad es el pleno empleo. La gente dice: “En el Perú varios de cada 10 peruanos tienen un empleo digno”. Okey, vayamos a discutir que es un empleo digno, pero empleo, prácticamente tienen todos. La informalidad permite que si un adulto quiere contratar a alguien por debajo del sueldo mínimo y otro adulto quiere trabajar por debajo del sueldo mínimo —porque si no se muere de hambre— lo puede hacer, ambos mejoran su situación, y la sociedad en su conjunto mejora. Entonces, si el Perú no tuviese su fenómeno de la informalidad, con su productividad y reglas laborales, tendríamos un sector desempleado demasiado grande y muchísima gente en la pobreza extrema. Ese es uno de los grandes beneficios de la informalidad.

3. Existe la percepción de que en el Perú se pagan muchos impuestos, afectando con ello la actividad empresarial. ¿Cuáles son las principales razones de la fuga de capitales en el Perú y cómo se puede evitar?

FER: Si quieren esta vez comienzo yo. Creo que podemos afirmar que pagamos muchos im-

puestos en comparación a los beneficios que recibimos. Porque si comparamos las tasas del impuesto a la renta con las de otros países, nominalmente, no son tan altas. Pero si las comparamos en términos no nominales sino reales —porque la idea del impuesto es que tú recibas un beneficio—. Si comparamos lo que pagamos con lo que recibimos; entonces sí, definitivamente pagamos en exceso debido a que recibimos muy poco o casi nada. Ahora, no sé si la fuga de capitales es a causa del tema impositivo. Yo tengo la impresión de que no. Sí lo es, es un motivo marginal en mi opinión. Creo que la principal razón para que los capitales fuguen del país es la incertidumbre política y la debilidad institucional. De hecho, hemos visto históricamente los movimientos del capital de afuera hacia el Perú y del Perú hacia afuera en los últimos 20 o 30 años y nos damos con la sorpresa de que a raíz de la última elección hemos tenido la fuga de capitales más grande de las últimas tres décadas. Y esa salida no obedece a un tema impositivo, sino a un tema político. Luego las desinversiones que se han producido en general, que no han sido muchas antes de esta elección, se han debido a problemas de poca institucionalidad que, tristemente, hoy en día se han vuelto recurrente. Tienes a los distintos estamentos del estado que constantemente envían mensajes contradictorios. Tienes a un ejecutivo que suscribe un contrato ley y te garantiza ciertos derechos, pero luego tienes a un legislativo que promulga leyes que violan esos contratos ley. Entonces, ante un estado compuesto por distintos estamentos que actúan de manera contradictoria e irracional, muchos inversionistas deciden desinvertir y sacar su dinero fuera del país. Para concluir, si bien es cierto que pagamos impuestos demasiado altos en términos reales, la mayor causa de fuga de capitales no es el tema impositivo, sino el tema político y el tema de una garantía institucional mínima que un inversionista busca en un país.

ABG: Si quieren sigo yo. Yo tengo ahí varios puntos que comentar, sobre todo basándome en lo que comentaba Freddy. Primero, creo que los impuestos como los tenemos concebidos, como nos lo han enseñado y como nos los han

vendido son un error conceptual. La razón por la cual se nos cobran impuestos es porque, supuestamente, hay bienes públicos que no se van a generar por el mercado. Ese es el punto de partida, como no se van a generar ciertos servicios, no va a haber calle, no va a haber seguridad; tenemos que cobrar impuestos. Y lo primero que debo decir es que eso tiene que demostrarse. Si bien uno puede encontrar supuestos en los cuales ciertos bienes podrían no producirse, la inmensa mayoría de los bienes públicos se producen, incluso por el sector privado. La mayor prueba de esto son los sectores informales que generan sus propios sistemas de infraestructura o seguridad. Esto porque saben que el Estado no se los va a dar.

Entonces encuentran formas de colaborar para conseguir esos bienes. Por lo que no necesitas regular todo. Lo siguiente es que los impuestos no se utilizan para generar bienes públicos, sino bienes privados que perfectamente podrían ser generados por el mercado. Directamente a través de actividad empresarial, indirectamente a través de subsidios a ciertas actividades o intervención del Estado. Entonces, lo primero que hay que decir es que todo esto para lo que necesitamos los impuestos no está muy claro que sea algo para lo cual se necesitan los impuestos. Este es un primer punto. Un segundo punto es que, la creación del sistema de impuestos es un sistema perverso. Y es un sistema perverso porque es equivalente a que yo le colocara a alguien la facultad de fijar su propio sueldo. Entonces, si yo me fijo mi propio sueldo, por supuesto me voy a fijar el sueldo que yo quiera. Y es que, además, sí el que se fija el sueldo es un alcohólico, se va a tirar todo el dinero en trago o corrupción o en contratar gente incapaz como hemos visto hace poco y que seguiremos viendo. Y cuando no le alcance la plata ¿qué va a hacer? No es que vaya a despedir a esa gente, va a agarrar y va a subir los impuestos. Va a cobrar más impuestos y va a seguir subsidiando algo que no sirve o buena parte de lo que no sirve. Entonces ahí hay un problema. Y un tercer problema, y esto quizá tenga algo que ver con la fuga de capitales. Yo coincidí con Freddy en que no es la principal causa, pero sí creo que los impuestos sí tienen un impacto en donde sí van

los capitales. Ahí hay una cosa terrible que ocurre y que yo sinceramente no entiendo cómo la toleramos y la vemos como algo positivo. Ahorita la Unión Europea, y habló de la UE porque la OCDE plantea cosas parecidas, te dice: “hay unos países que ponen unos impuestos muy bajitos y como son muy bajitos atraen inversión y nos friegan a nosotros que cobramos bien. Entonces, nos tenemos que poner de acuerdo, tenemos que presionar para que no sean impuestos tan bajos”. Entonces ahora están presionando a Portugal y Andorra para que suban sus impuestos. Y esto mismo lo plantea la OCDE y el FMI, que hay que tener un cierto nivel de recaudación tributaria. Y es bien curioso, porque el Estado persigue a los carteles empresariales por ponerse de acuerdo por fijar precios y a la competencia institucional entre los países, eso donde es una de las cosas que controlen algo el movimiento de capitales y entre personas que dicen: “Bueno, yo no voto, pero voto con los pies y voy con mi plata a otro lado”. Eso es limitado por acuerdos institucionales entre países, que limitan justamente la posibilidad de bajar impuestos y de ser atractivos. Entonces mata la competencia. ¿Por qué el Perú tiene control de fusiones? Debido a que alguien dijo que los países desarrollados lo tienen. Ese es el argumento, no hay más. Lo cual es un cartel para poner leyes de competencia o ciertas leyes de competencia. Por eso mismo se ven un montón de regulaciones laborales, ambientales, etc. Donde ahí sí vale la pena ponerse de acuerdo para reducir la competencia. Y yo creo que los niveles de impuestos que enfrentamos ahora son, en parte, consecuencia de la ineficiencia del Estado y en parte a causa de estos carteles internacionales de países hechos para fijar niveles de impuestos “razonables”.

GCC: Yo coincido con lo que se ha dicho. Yo no creo que los impuestos en el Perú tengan que ver con la fuga de capitales, porque las tasas impositivas en el Perú no son muy distintas a lo que vemos en otros países de la región. Creo que el Perú ha caído, como dice Alfredo, en este dinamismo absurdo de tratar deshacerse de sus ventajas competitivas para atraer inversiones como, por ejemplo: tasas de impuestos más bajas. Pero la principal ventaja a la que ha renun-

ciado el Perú, que tuvo durante un momento, es a la estabilidad del marco legal. Durante un momento en el Perú había cierta estabilidad para hacer inversiones. Se firmaban convenios de inversión, se estabilizaba ciertos regímenes como el régimen tributario. Y eso le daba al inversionista la seguridad de que un país latinoamericano como es el Perú, que históricamente es un país inestable, pues que las reglas de juego no se las iban a cambiar. Yo creo que el Perú ha entrado en un escenario de inestabilidad política extrema con la cantidad de presidentes que hemos tenido en los últimos 5 años. Que todos estén investigados o presos o que se hayan suicidado, muestra pues que hay una inestabilidad extrema. Y en esa situación es que los inversionistas empiezan a ver que el riesgo de la inversión ya no es razonable y comienza la fuga de capitales. ¿Qué rol diría yo desde el aspecto impositivo afecta a la fuga de capitales? No tanto el rol de la tasa nominal, sino cómo te fiscaliza la autoridad. Hoy la autoridad fiscal, copiando a la OCDE, ha puesto normas de lo más absurdas. En donde cuestionan las formas empresariales, corporativas y contractuales que tú utilices para hacer tus negocios. Y si tú encuentras una ventaja fiscal dentro del marco legal que la propia autoridad legal creó, te dice que no puedes utilizar esa, sino que tienes que utilizar la más cara. Entonces, cuando empiezas a tener un sistema en donde el Estado te dice “Ya, esta actividad paga 5 y esta actividad paga 30”. Y entonces tú haces una estructura para utilizar la ventaja del 5 y pagar 30 respecto del resto, el Estado te dice “Tienes que pagar 30 respecto de todo”. Porque no me puedes arbitrar dentro de la propia regla que yo creé, y tú le dices al Estado “¡Pero esa regla es legal!” Sí, pero bajo mi criterio no se te aplica, te dice el Estado. Entonces cuando entras en este nivel de arbitrariedad y todo el mundo fiscal está lleno de eso: los precios de transferencia, las normas anti elusivas, las fiscalizaciones por periodos de 7 años, las reglas que fija el tribunal fiscal con un nuevo criterio hoy distinto al que se ha llevado en el resto del periodo y que te quiere hacer cumplir para periodos pasados en una especie de aplicación retroactiva de la ley. Todo esto termina generando que los inversionistas, que ven que invertir en el Perú es muy riesgoso, terminen

yéndose. Por eso yo creo que tienen más que ver cómo aplicamos el marco fiscal y el marco regulatorio que con las tasas impositivas.

4. Con relación al tema previamente desarrollado, ¿de qué manera impactaría el establecimiento de un impuesto a la riqueza en el mercado nacional?

FER: Yo creo que vamos a coincidir todos en que es una muy mala idea. No solo desde una perspectiva económica, porque vas a ahuyentar a las personas haciendo que tengan más incentivo para mudarse a otras jurisdicciones, con lo cual vas a perder como país a un grupo de personas que pueden crear valor para la sociedad. Y desde el punto de vista moral tampoco tiene justificación porque esas personas las estás castigando por el hecho de ser exitosas. Esas personas ya crean valor, crean puestos de trabajo y pagan impuestos. Es como que estemos en una clase y hay uno que siempre saca 20. Bueno, los demás pueden decir que este siempre saca 20 y que eso no es justo porque el monopoliza el premio y por ello, en algún momento, hay que castigarlo y ponerle un 5. No tiene sentido económico ni moral.

GCC: Para mí, el impuesto a la riqueza es una propuesta muy tonta. Quienes proponen eso no se han puesto a pensar en los problemas que eso genera. Por ejemplo, ¿qué genera un impuesto a la riqueza? Menos trabajo ¿Por qué? ¿Cómo se consigue la riqueza? Invirtiendo. Lo cual es poner a trabajar el capital para que genere más capital. Entonces, conforme yo invierta más mi capital, generaré más capital y seré más rico. La gente piensa que los ricos son como Rico McPato y están en una piscina nadando entre las monedas de oro que tienen. La verdad es que los ricos tienen una capacidad de consumo limitada como la nuestra y lo único diferente que tienen es la habilidad para invertir el capital y generar más capital. Al invertir ese capital se generan más puestos de trabajo, debido a que se requiere más personas, fábricas, servicios, etc. Si a mí me dicen que ese capital que me regresa me lo van a gravar, como, por ejemplo, los impuestos a la herencia, ¿cuál es el incentivo que tengo? El incentivo que tengo es

a consumir. Y entonces empiezo a consumir más y no invierto, por lo que la sociedad se vuelve menos desarrollada. Además, hay una situación particular, que es que la gente se va fugando a los lugares que no tienen este impuesto. Es por eso que Francia ha perdido como 15 mil millones de dólares en los últimos 10 años debido a que millonarios se han ido del país gracias a sus impuestos a la riqueza. Por eso es un impuesto bastante tonto que consigue lo contrario a lo que busca. Primero, desincentiva la inversión; segundo, baja la tasa de impuestos efectiva debido a que la gente invierte menos y consume más; tercero, genera que la gente con mayor patrimonio que es la que más puestos de trabajo genera se vaya del país. Entonces hay que estar bastante mal de la cabeza o ser un completo ignorante en materia económica para proponer eso.

ABG: Yo coincido. Además, es un impuesto que desde el punto de vista de la eficiencia económica no tiene ningún sustento por las razones que ustedes ya han explicado. Entonces claro, la gente te dice cuando tú hablas del impuesto a la riqueza: “¡Acaban de poner el impuesto a la riqueza en España!” —donde yo estoy viviendo—, y claro, tú escuchas la opinión y los argumentos y son absurdos. Y el único argumento que queda en pie, cuando tú les explicas toda la parte de que nadie va a invertir y la gente se va a largar, entonces te dicen que no es justo que alguien tenga tanta riqueza. Ahí queda el argumento, se acabó el de riqueza porque ese no hay forma de sostenerlo y termina siendo un argumento de justicia. Pero ese argumento también es absurdo porque parte de un supuesto equivocado y es que la gente es rica porque le quitó a alguien algo. Entonces, yo soy rico porque hay un stock limitado de recursos y a mí me ha tocado más. Entonces hay que quitarle una parte al rico y regresarla a los demás a través de los impuestos y servicios públicos. El error de eso es que es falso. Los ricos, usualmente debido a que hay de todo, son ricos porque han producido algo, han generado algo, riqueza, tiene una idea, sabe mover su capital y ha generado más riqueza. Y de esa riqueza se ha ganado una parte y no se nota todo el beneficio que hay. Bill Gates tiene mucho dinero, pero yo les pre-

gunto ¿Cuánto ha aportado Bill Gates al bolsillo de cada una de las personas que están leyendo lo que nosotros estamos aportando ahora? Su Microsoft ha permitido aumentar la productividad. Yo antes podía hacer un informe a la semana cuando era practicante. Ahora puedo hacer 10 gracias a Microsoft. ¿Cuánta riqueza he obtenido yo como consecuencia de la idea de Bill Gates? Bill Gates saca un pedacito de ello, pues imagínense cuántos se han beneficiado de la idea de Bill Gates. Cuando pones impuesto a la riqueza, disminuyen los incentivos de Bill Gates o de gente similar de crear ideas que generan esos beneficios.

5. Con el adelanto de elecciones se va a hablar bastante sobre el financiamiento de los partidos políticos. Desde el punto de vista del *Law and Economics*, ¿cuál es su opinión al respecto?

GCC: Yo, la verdad, acerca del financiamiento de los partidos políticos es un tema muy delicado debido a que hay incentivos para la falta de transparencia. ¿Cuál debería ser el sistema ideal? Que la gente vote con su dinero. Una forma de manifestar su preferencia es con el dinero, sin embargo, ello se puede prestar a una especie de compra de consciencia cuando no tienes un Estado institucionalizado. Peor es tener un sistema administrado con el Estado, donde el mismo financia con los impuestos a los partidos políticos, ya que pierdo la posibilidad de manifestar mi preferencia. Cuando el Estado se encarga de financiar a los partidos políticos nos está privando de nuestra posibilidad de elegir. En respuesta podríamos decir: “Esto es un acto donde estás suplantando mi decisión respecto a mi participación en el sistema político”, lo ideal sería que el Estado deje de cobrarnos los impuestos para esta financiación y que nosotros elijamos como pagar al partido de mi preferencia o, por último, que se nos dé la facultad de señalarle al Estado a quien quiero que mis impuestos financien. Considero que la lógica de que el Estado financia según lo que le parece para que exista imparcialidad, es expropiarle al particular su capacidad de participar en el sistema político a través de una de las herramientas que tiene. Es distinto el fi-

nanciamiento de partidos políticos hecho por empresas, al que, por personas, allí se genera un segundo debate: Sí las empresas deben o no participar en la política, o solo los ciudadanos. Hoy las empresas tienen una cosmovisión de su rol que va más allá del original, que era generar dinero para el accionista únicamente. Se genera una segunda preocupación de la existencia de un sistema distorsionado. Prefiero un sistema de partidos políticos donde la única exigencia sea revelar la entrega del dinero, a un sistema de financiamiento de partidos políticos estatal. Además, en un país tan informal como el nuestro, los que quieren participar en el sistema político mediante la entrega de dinero, tienden a no hacerlo porque existe una persecución política a quien financia al rival. Sin embargo, quienes viven en la informalidad y no son fiscalizados, financian a los partidos políticos que quieren. Yo prefiero un sistema donde yo pueda directamente manifestar al partido que quiera, manifestando así mi preferencia y que el Estado no participe del financiamiento de partidos políticos.

ABG: Coincido. Me parece que es un tema muy complejo porque hay muchos argumentos a favor y en contra. Lo que ocurre, en mi opinión, es que a veces se invierte la carga de la prueba y se pide que se demuestre que lo privado va a funcionar mejor que lo público para cambiar el sistema, cuando la carga debería ser al revés, es decir demostrar que lo público te va a generar algún beneficio. No tengo claro que beneficio existe con que el financiamiento sea a través del mecanismo estatal. El Estado distribuye y usa muy mal los recursos, no tengo una razón para pensar que la forma en cómo va a administrar los recursos de los partidos políticos va a ser de una manera eficiente y equilibrada, porque hasta ahora lo que se ve es al Estado financiando a los partidos que más le conviene en el momento. En toda decisión de políticas públicas que tomes, siempre va a haber problemas. Tienden a inflamar problemas “Odebrecht financiaba...” eso es un problema diferente, si la plata que usaba Odebrecht para financiar se hubiera dado de manera transparente, al menos sabrías de dónde viene. Como dice Guillermo, en los esquemas siempre va a

haber problemas, pero también considero que es una expropiación de mi posibilidad de expresarme respecto a quien quiero apoyar o no, es fiscalizado en mi opinión por un mecanismo que no funciona nada bien.

FER: Coincido plenamente con lo dicho por Guillermo y Alfredo. El mundo de la política es un mundo de ideas, que se pueden expresar en libros, textos y eventos, que son maneras en las que se puede financiar las ideas políticas en las que crees. No hay una razón por cuál no podamos financiar estas mismas ideas aportando al partido que las defiende. Es un contrasentido que yo pueda comprar libremente mil libros del partido político, por ejemplo, liberal, pero no lo pueda financiar. Por otro lado, está el aparato ineficiente del Estado. En resumen, es un problema de ideas que deben ser financiadas libremente en el Estado.

ABG: Complementando, si pensamos que el dinero es el único mecanismo por el que tener éxito político es absurdo, la historia no nos demuestra que ello sea así, mucho menos el argumento de “el partido que tenga acceso a los medios de prensa”. Pareciera que en el Perú “hablar bonito” es más importante que tener dinero. El político más exitoso en el país fue Alan García, no comulgo con sus ideas, pero debo reconocer que hablaba muy bien, entonces, ¿deberíamos limitar cuánto habla puede sesgar cómo decidimos?

6. Con relación a la reforma del Poder Judicial a propósito de la reciente apertura del año judicial. ¿Se debería apoyar más la virtualidad en el Perú? Y, por otro lado, ¿qué otros cambios se pueden implementar para aumentar la popularidad del poder judicial?

ABG: Lo último que mencionas es tan difícil como subir la popularidad del Congreso. Es complicado e interesante, últimamente existe la idea que la magistratura se está portando mejor respecto a casos de corrupción. Me da la impresión de que hay un problema político en cómo se están enfocando las investigaciones, me parece bien que los responsables de

actos de corrupción vayan presos, pero quienes piden alimentos o pago de una deuda también deberían tener esa posibilidad, pero el sistema parece sesgado a lo que dé popularidad jurídica. Lo que pasa con el Poder Judicial es parecido a lo que pasa con el Estado, cuando tienes un esquema que no compite o tiene monopolio es que estás frente a un problema. Pienso que una de las mejores figuras que ha contribuido a la justicia en el Perú, es el arbitraje. Es verdad que debes tener una buena institucionalidad y mecanismos que aseguren que el sistema arbitral funciona correctamente, pero observo que es evidente a nivel internacional el crecimiento del arbitraje en diferentes países del mundo. Deberíamos popularizar el arbitraje y hacer que mejore. El problema es que el modelo de arbitraje que funciona es uno que claramente no sirve para controversias más pequeñas, cuando vas a la estadística los casos más comunes en el Poder Judicial son dos: 1) ejecuciones, procesos de ejecución y 2) procesos de alimentos. Sinceramente, creo que hay mucho espacio para mejorar, entiendo que los procesos de arbitraje no han sido diseñados para ejecutar, pero creo sería posible diseñarlos para ejecutar. Es complicado encontrar gente honesta que trabaje en Poder Judicial, también existe la historia contraria, gente que deja el Poder Judicial para trabajar en otro ambiente.

FER: Coincido con Alfredo. Desde que me recibí como abogado hace bastante tiempo, ha habido muchos intentos de mejorar y modernizar el Poder Judicial y el servicio que presta, esos servicios han pasado por capacitación y programas similares, pero ningún intento está atacando la causa del problema. Primero, una infraestructura a todo nivel inadecuada, estas personas —los jueces— trabajan en condiciones lamentables y, segundo, la atracción de talento, se ha dicho hasta el cansancio que los mejores alumnos no se ven atraídos por la judicatura. La receta y soluciones están hace rato sobre la mesa, se debe invertir infraestructura a todo nivel y ofrecerse remuneraciones atractivas para que el talento sea atraído por el sistema. Sin embargo, tengo la impresión de que a ningún político le conviene un Poder Judicial fuerte y con prestigio, de lo

contrario invertirían en él y no harían reformas únicamente menores. Esta modificación no se hace uno tras otro porque a la clase política del país le resulta funcional un Poder Judicial débil, eventualmente corrupto y mal preparado, lo cual es ciertamente lamentable.

GCC: Yo creo que el gran problema del Poder Judicial tiene que ver con la carga. Ahí estoy en línea con lo que dice Alfredo, creo que hay que darles a los ciudadanos un mecanismo alternativo. Hace mucho escribí un artículo “El Arbitraje Obligatorio”, donde sostengo que si la gente tiene un sistema de precios debes utilizarlo; entonces, si la gente usa el sistema de mercado, no tiene por qué acudir al Poder Judicial para resolver sus disputas. Debería necesariamente pagar sus disputas como un costo de contratación. ¿Eso desincentiva la contratación? No, ya que con el Poder Judicial que tenemos, se desincentiva *per se*, ya que la solución que te pueden dar al conflicto puede ser tan precaria que mejor sería generar la obligatoriedad del arbitraje y cámaras especializadas como cortes rápidas y expeditivas que solucionen los contratos de poco dinero. Al final del día, el arbitraje siempre debe estar disponible para todo mecanismo donde los costos de transacción sean bajos. El Poder Judicial debe funcionar, para mí, sobre aquellos casos donde los costos de transacción impiden un pacto. Por ejemplo, no puedo pactar con la persona que me va a robar a donde se va a ver la disputa, ni con quien me atropella, pero sí puedo pactar con la persona que voy a contratar o esa persona puede tener términos estándar que se sometan a una cámara arbitral y se generaría incentivo en el mercado para que existan cámaras que controlen contratos de consumo pequeños. Entonces, para empezar, buscaría mecanismos alternativos que permitan que cuando las partes tienen bajos costos de transacción y se conocen, se produzca una situación de arbitraje o justicia privada —mediación, conciliación— y que el Poder Judicial se limite a los problemas mayores de responsabilidad civil y penales. De igual manera, pienso que hay un tema psicológico donde cada persona a la que le damos el rol de funcionario público, por alguna razón, se vuelve más sabio, más justo y se sostiene que el Estado es el único que puede impartir justicia y, por ende, el arbi-

traje no es una solución viable, ello no es así, la esencia de lo que uno piensa no va a variar por ser funcionario público o no. Pero existe ese mito por la gente, que el funcionario público, asignado aleatoriamente, es mejor que un árbitro que podrías contratar y en el que confías. El Poder Judicial debería ser un sistema residual para cuando las partes no pueden ponerse de acuerdo entre ellas. Por ejemplo, en el matrimonio debería ser requisito, el día que te casas, el dejar por escrito a que corte arbitral te quieres someter en caso de divorcio y sacas del tema al Poder Judicial. Tener que ir al Poder Judicial, cuando las partes se conocen, no funciona.

ABG: Incluso creo que en los casos extracontractuales es posible tener una regla de arbitraje. Si tú atropellas a alguien, te vas a un sistema arbitral, donde el demandante escoja el sistema determinado. Por otro lado, buena parte de la sobrecarga es que el sistema judicial no tiene un precio subsidiado, si la gente ve un precio subsidiado lo va a consumir más y va a descartar otras opciones. Algunos países, como por ejemplo Inglaterra, si eres una empresa que va

a litigar, no te cobran el costo subsidiado, sino lo que cuesta; habiendo más incentivo entonces para irte a un sistema arbitral.

FER: Creo que las ideas de ambos, Guillermo y Alfredo, efectivamente ayudan a resolver el problema cuantitativo. Pero, considero que es más grave el problema cualitativo, aquí los jueces —no todos obviamente, creo que tenemos algunos magníficos vocales— pero, vemos que fallan en contra de la ley. Hace algunos días se publicó una resolución judicial en la cual se establece que el INDECOPI puede revisar una fusión después de realizada una revisión *ex post*, cuando la ley no establece tal cosa. Así, antes me refería a los programas de capacitación que suelen realizarse, en los que creo que los jueces han tenido una sobrecarga de esta teoría de la argumentación, filosófica e interesante a través de la cual fallan en contra del peso de la ley. Entonces, creo que debemos atacar el problema cualitativo, que no creo que se remedie con cursos a través de la Academia de la Magistratura, sino con una selección mucho más rigurosa del talento humano.

MIRANDA
& AMADO

Ponemos a nuestros
clientes y a nuestra
gente **en el centro de
todo lo que hacemos.**



Síguenos en nuestros canales

 WhatsApp M&A

 Miranda & Amado

 Podcast Laboral 24/7

 MAfirma_legal

 MirandaAmado

Comentarios sobre la coyuntura nacional y el impacto del Análisis Económico del Derecho en las instituciones públicas^(*)



ENRIQUE ALBERTO GHERSI SILVA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster en Derecho Civil por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Miembro de la Royal Economic Society del Reino Unido.
Socio principal del estudio Gheresi Abogados.



(*) *ADVOCATUS* agradece a sus Miembros Asociados Jorge Francisco Lazo Lema, José Alfredo Agreda Pastor, Luis Karim Escobar Cachay por su contribución en la elaboración de las preguntas de la presente entrevista, la conducción de esta y su posterior transcripción.

RESUMEN:

En la presente oportunidad, **ADVOCATUS** tuvo el agrado de reunirse con el destacado abogado nacional Enrique Gherzi, especializado en Análisis Económico del Derecho — AED y coautor del libro “El otro sendero” —1986—, quien amablemente nos concedió una entrevista en la cual, partiendo de un enfoque amplio que recoge el AED y el *Public Choice*, expuso sus apreciaciones sobre temas coyunturales tales como la corrupción, la falta de representación política, la reforma universitaria, entre otros, así como sobre los aportes del AED en las instituciones públicas.

Palabras clave: Análisis Económico del Derecho — AED, teoría de la *Public Choice*, aportes del AED, corrupción, representación política, reforma universitaria, propiedad del subsuelo.

ABSTRACT:

On this occasion, **ADVOCATUS** had the pleasure of meeting with the prominent national lawyer Enrique Gherzi, specialized in the Law and Economics and co-author of the book “El otro sendero” —1986—, who kindly granted us an interview in which, starting from a broad approach that includes the Law and Economics and the Public Choice, he presented his appreciations on current issues such as corruption, the lack of political representation, university reform, among others, as well as on the contributions of the Law and Economics in public *institutions*.

Keywords: Law and Economics, Public Choice theory, Law and Economics contributions, corruption, political representation, university reform, subsoil ownership.

1. ¿Cuáles cree que han sido los mayores triunfos del *Global Economics* del Análisis Económico del Derecho — AED en las instituciones jurídicas de nuestro Perú?

Yo diría que, básicamente, la jurisprudencia de Indecopi (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual) y de los organismos reguladores de los mercados.

La recepción del AED ha sido muy intensa a nivel académico. Sin embargo, es muy poco profunda a nivel judicial. En ese ámbito, por ejemplo, es posible afirmar que no se sabe qué es el costo, qué es el precio, ni mucho menos qué es la tasa de interés.

No obstante, a nivel de los organismos reguladores de los mercados —tales como Osiptel (Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones), Ositran (Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público), Osinergmin (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería), Indecopi, etc.—, debido a que en estos hay mucha gente que estuvo expuesta a la teoría económica, ya sea por su labor diaria o estudios de posgrado, existe un desarrollo interesante del AED, ello en la jurisprudencia administrativa que estos

entes emiten. Esto pues, en dicha jurisprudencia se verifica la utilización intensiva de la metodología del AED. Por ejemplo, en la Comisión de Defensa de la Libre Competencia de Indecopi, todo se resuelve con AED.

2. Desde un punto de vista de la *Public Choice*, ¿cuál es la raíz de la corrupción en el Perú? ¿Es atribuible a nuestra conducta como humanos? ¿O es que existen incentivos perversos en nuestro sistema?

Antes que nada, cabe mencionar que este tema abarcaría una charla más larga. Incluso he escrito anteriormente un ensayo que trata este tema, llamado “Economía de la Corrupción”, por ahí lo pueden encontrar en las redes.

Respondiendo a tu pregunta, diría que los dos. Esto pues, el ser humano se mueve por incentivos. Entonces, si estos son perversos, el ser humano actuará perversamente. En ese sentido, si tienes un sistema institucional costoso, ineficiente, que tiende a favorecer conductas antisociales, la gente va actuar racionalmente, ello entendiendo la racionalidad con valoraciones subjetivas. Es decir, el ser humano actúa de acuerdo con lo que cree que le conviene, aunque no sea así.

Por tanto, si tienes muchos incentivos perversos

sos, como los hay en el Perú, tienes a mucha gente actuando fuera de la ley. Por ejemplo, un ejemplo emblemático es la economía informal en nuestro país. Lo que, incluso, nos lleva a reflexiones de carácter moral. En ese sentido, teniendo en cuenta que un 80% del país actúa fuera de la ley, te tienes que preguntar lo siguiente: ¿qué está mal? ¿La gente o la ley? El AED sugiere que lo que está mal es la ley, porque las personas al actuar por incentivos simplemente evalúan lo que les conviene en un contexto institucional ineficiente.

Considero que para combatir la corrupción lo más pertinente es hacer modificaciones legales que tiendan a reducir el costo de la legalidad, de tal forma que se alinee los incentivos de las personas con el interés público.

3. Con relación a la Reforma Universitaria —que por cierto ha sido muy discutida en estos últimos tiempos— y el estado actual de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria —SUNEDU, ¿cree usted que debe regularse la educación?

Sinceramente, no creo en la Sunedu, porque, desde que existe, las universidades se han convertido en una burocracia horrorosa.

Al contrario, creo en la libre competencia. Debería haber la libertad de crear y elegir la universidad que uno quiera. Asimismo, no debería haber ninguna con reconocimiento oficial. El reconocimiento debería ser concedido por el propio mercado.

Por ejemplo, si una universidad provoca que una persona al graduarse tenga pocas oportunidades laborales o menor paga respecto a otros graduados, entonces se creará la discriminación necesaria para que otros decidan no ir a esa universidad. Esto último sin necesidad de que se quite ninguna licencia, lo cual, evidentemente, no constituye una decisión por parte de la burocracia.

Respecto a ello, lo que me preocupa de la burocracia es que no decide por consideraciones

del mercado, lo cual vendría ser lo ideal, sino por cuestiones políticas o incluso en base a prejuicios. Por ejemplo, puede suceder que a la burocracia no le agrade el propietario de una universidad y, solo por ello, decida no otorgarle licencia para que opere. En conclusión, simplemente, eso de quitar licencias no funciona.

4. Desde un enfoque más amplio, ¿por qué los peruanos no nos sentimos representados por nuestros políticos? ¿Cuáles son las principales fallas que encontramos en nuestro sistema?

Sinceramente, desconozco si no nos sentimos representados por nuestros políticos. Esto pues, nosotros somos los que finalmente los elegimos. Sin embargo, lo que sí es cierto, es que existe un error en el diseño institucional. Es decir, no es un problema de las personas, sino de la manera en la que elegimos a nuestros representantes.

Hoy en día se cuenta con un sistema de voto proporcional con cifra repartidora, además de un sistema de representación plurinominal; en conjunto, ineficientes. Esto pues, produce fraccionamiento, debido a que, al tener un sistema plurinominal, tienes a un montón de representantes por cada distrito. Ergo, no sabes quién exactamente es tu congresista. Lo ideal sería contar con un sistema de representación uninominal, donde sepa quién te representa.

Por ejemplo, en Estados Unidos, donde se maneja dicho sistema, uno sabe exactamente quién es su congresista. Ello es mucho más eficiente. Incluso, y esto es muy habitual, las personas les escriben a sus congresistas para quejarse de alguna situación injusta, además de solicitarles apoyo. Es una suerte de: “Oye, yo he votado por ti, tienes que defenderme, tú eres mi congresista”. Y también es habitual que, en estas situaciones, los congresistas den la cara por sus representados frente a otras autoridades o terceras personas. Lo cual no es tráfico de influencias, sino una forma de representación política eficiente.

Lo anteriormente mencionado no pasa en el Perú. En nuestro país se ha roto la represen-

tación política. Por ejemplo, en Lima uno no sabe por quién votó, se tienen 44 congresistas y ninguno es de alguien en específico, lo que me lleva a formular la siguiente pregunta: ¿de quién son? Pues yo diría que de nadie, de ellos mismos.

En ese sentido, considero que es necesario cambiar el sistema de voto y de representación en el Perú.

Frente a la problemática, creo necesario cambiar el sistema de representación, de un sistema plurinominal a uno uninominal. Asimismo, pasar de un sistema de voto proporcional por cifra repartidora a uno de mayoría simple, si quieres hasta dos vueltas, como se hace en Francia. Así, no solo se sabe quién es tu representante, sino también que es el mayoritario. Ello quiere decir que, por ejemplo, no basta sacar dos votos para tener derecho a cinco curules. En ese caso, no se admite a nadie y va a segunda vuelta. Es decir, los congresistas y el presidente se deben elegir de la misma manera. Y que, además, respecto a los parlamentarios, contar con un sistema de representación uninominal. En conjunto, se generaría una legitimidad enorme a la estructura política.

Sin perjuicio de lo anterior, quisiera mencionar el caso de Chile, que tiene un sistema de representación curioso, el binominal, el cual es reconocido desde Constitución, que por cierto sigue vigente. Este sistema es una manera eficiente de dar representación a las minorías. Sin duda, el sistema uninominal y binominal —estilo chileno— son mucho mejores que el plurinominal.

Sin embargo, lamentablemente, nuestro sistema es similar al italiano, país donde se prioriza el caos, el mismo que ha tenido cuarenta y dos gobiernos desde la II Guerra Mundial, así como el Perú ha tenido cinco presidentes en cuatro años. Hemos batido un récord mundial.

En conclusión, si alguna reforma se tiene que hacer debe ser del régimen político, que es lo que no funciona.

5. Respecto a la propiedad de subsuelo, ¿por qué se dice que en el Perú se incurre en una tragedia de los comunes cuando se habla de este tema? ¿Cómo se podría mejorar la extracción de los recursos naturales?

Hoy en día hay mucha diferencia en encontrar oro o petróleo en Perú que hacerlo en Estados Unidos. Esto pues, mientras que en nuestro país te vuelves pobre o sigues en las mismas condiciones, en Estados Unidos te vuelves rico. Porque, en nuestro país, los recursos naturales son del gobierno. Ello aunado al hecho que es posible que terceros invadan de forma informal tu propiedad.

El gobierno en vez de negociar con los propietarios del subsuelo a fin de explotar los recursos mineros o acuíferos que este tenga, lo dan en concesión a quien les da la gana, a las grandes mineras. Esto último es una forma de tragedia de los comunes, porque estás separando la propiedad del suelo con la propiedad del subsuelo.

En conclusión, considero que se les debería pagar a los verdaderos dueños de los recursos y no la caridad que se les da ahora, simplemente se les estaría dando su plata. En ese sentido, creo fervientemente que las zonas más pobres del Perú, el callejón minero, deberían ser las más ricas. Yo no le tengo miedo a la riqueza, al contrario, le temo a la pobreza. Para ello, creo pertinente que se debería realizar un cambio constitucional y permitir que la riqueza del Perú, minera y acuífera sea de los dueños de la tierra. Incluso se podría dar la potestad a la comunidad de no optar por explotar el recurso. Aunque, seamos sinceros, sabemos de que sí lo harán si les da una suma razonable. Hoy en día los comuneros ven como pasan millones y millones de soles por sus narices, mientras les falta un hospital, es decir, sin que los beneficie de alguna forma.

El gran acto de justicia social que aún está pendiente es devolverle la riqueza al pueblo. Y con ello seguir la filosofía de Juan Bautista Alberdi: "Gobernar es enriquecer al pueblo".

Otra mirada a la Catedral

A 50 años de “*Property rules, liability rules and inalienability: One view of the Cathedral*”^(*)

RENZO ESTEBAN SAAVEDRA VELAZCO

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho de Empresa por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor de Análisis Económico del Derecho y Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad del Pacífico y Universidad de Lima. Asociado Senior de Hernández & Cía. Miembro de la American Law and Economics Association y la American Society of Comparative Law. Árbitro en la Cámara de Comercio de Lima.

SUMARIO:

Premisa.

I. Introducción.

II. Las externalidades: una idea en construcción.

1. Clasificación de intercambios.

2. Hacia una noción de externalidad.

3. Una aproximación a los intercambios económicos.

4. Clasificación de las externalidades y un vistazo al régimen legal para solucionarlas.

III. ¿Un concepto conocido? Sentando las bases para la comprensión de los “costos de transacción”.

1. Contexto y asunciones.

2. Noción de costo de transacción.

3. ¿Coase vs. Pigou?

IV. El esquema original: Reglas de propiedad, responsabilidad e inalienabilidad.

1. Noción de titularidad y relación con Hohfeld.

2. Reglas de Propiedad.

3. Reglas de Responsabilidad.

4. Reglas de Inalienabilidad.

5. Reglas en relación y no en tensión.

V. Llevando a Calabresi y Melamed más allá: las precisiones, complementaciones y críticas al esquema original.

1. Precisiones: Rose-Ackerman y Fennell.

2. Complementaciones: Polinsky y Hylton.

3. Críticas: Krier-Schwab, Kaplow-Shavell y Epstein.

VI. A manera de conclusión.

(*) Deseo expresar mi agradecimiento a los profesores Saul Levmore de la Universidad de Chicago y Carol Rose de la Universidad de Yale, quienes me brindaron útiles comentarios y referencias a investigaciones para desarrollar y complementar la investigación. Los errores y las omisiones me son por entero imputables.

RESUMEN:

En abril de 1972, Guido Calabresi y Douglas Melamed publicaron un artículo que es aclamado unánimemente como un hito en la comprensión del sistema jurídico. En dicho trabajo, los autores identificaron tres reglas que disciplinan las titularidades legales, las así llamadas reglas de propiedad, reglas de responsabilidad e inalienabilidad. La diferencia entre ellas guarda relación con la manera en que permiten el ejercicio, disposición y tutela de las prerrogativas jurídicas. A pesar de la trascendencia del enfoque, el tiempo transcurrido desde su publicación y la difusión alcanzada a nivel global por el movimiento de Derecho y Economía, en los países del *Civil Law* —sobre todo latinoamericanos— no se ha valorado en sus reales alcances la propuesta, ni se ha tomado contacto con las posteriores precisiones y críticas. El propósito de la presente investigación es llevar las ideas de Calabresi y Melamed más allá a fin de vislumbrar su utilidad para la comprensión del derecho, convirtiéndose así en un tópico de teoría general del derecho.

Palabras clave: Derecho Comparado, Derecho y Economía, Inalienabilidad, Propiedad, Responsabilidad, Teoría General del Derecho, Titularidad

ABSTRACT:

In April 1972, Guido Calabresi and Douglas Melamed published an article that is unanimously acclaimed as a landmark in the understanding of the legal system. In that paper, the authors identified three rules that discipline legal entitlements, the so-called property rules, liability rules, and inalienability. The difference among them is related to the way in which they allowed the exercise, disposition, and protection of legal prerogatives. Despite the transcendence of this approach, the time elapsed since its publication and the diffusion achieved worldwide by the *Law and Economics* movement, in *Civil Law* countries —especially in Latin America— the proposal has not been fully appreciated in its true scope, nor with its subsequent clarifications and criticisms. The purpose of the research is to take Calabresi and Melamed's ideas further to glimpse their utility for the understanding of law, becoming a topic of general legal theory.

Keywords: Comparative Law, *Law and Economics*, Inalienability, Property, Liability, General Legal Theory, Entitlement

PREMISA

El nuevo movimiento de “Derecho y Economía”¹ mantiene una compleja relación con los operadores jurídicos de los sistemas del *Civil Law*. El movimiento tiene que hacer frente a extendidos prejuicios —en el plano académico, económico, político, filosófico y social—. Por un lado, se da por sentado que el movimiento acoge ideas que sólo son abanderadas por

ciertas escuelas a su interior² o por un puñado de académicos³. Por otro lado, se piensa que el movimiento afirma que el Derecho tiene que ser siempre “eficiente”⁴, sin importar qué contenido se le asigna al concepto⁵.

La situación no varió demasiado en las últimas décadas pese a la difusión del enfoque a lo largo y ancho de Europa y América Latina. La persistencia de los prejuicios es llamativa

1. En contraposición al primer movimiento de Derecho y Economía, Hovenkamp, Herbert, *The first great Law & Economics movement*, en *Stanford Law Review*, vol. XLII, núm. 4, pp. 993 y ss.
2. Parisi, Francesco, *Positive, normative and functional schools in Law and Economics*, en *European Journal of Law and Economics*, vol. XVIII, núm. 3, 2004, pp. 259 y ss.
3. Harnay, Sophie y Marciano, Alain, *Posner, Economics, and the law: From «Law & Economics» to an economic analysis of law*, en *Journal of the History of Economic thought*, vol. XXXI, núm. 2, 2009, pp. 215 y ss.
4. En efecto, cada sociedad debe elegir qué tipo de sistema jurídico y/o solución prefiere: si una solución justa o una solución eficiente.
5. Hall, Margaret y Winsten, Christopher, *The ambiguous notion of efficiency*, en *The Economic Journal*, vol. LXIX, núm. 273, 1959, pp. 71 y ss.; y Leibenstein, Harvey, *Allocative efficiency vs. “X-Efficiency”*, en *The American Economic Review*, vol. LVI, núm. 3, 1966, pp. 392 y ss.

si se atiende al incremento exponencial en el número de profesionales que realizan estudios de posgrado o estancias de investigación en universidades de los Estados Unidos de América⁶, sin pasar por alto la forzosa y lógica necesidad de que los críticos⁷ se doten por sí mismos o por presión de los promotores del movimiento de un conocimiento más formal y cercano de la historia, los postulados y las aplicaciones del Derecho y Economía⁸. Nada de ello parece producirse en los sistemas jurídicos de países con una cultura legal tan estructuralmente débil⁹ como la nuestra.

La explicación para el caso peruano es el limitado interés que le conceden nuestros académicos al pensamiento de sus pares, interés casi

inexistente si no se tienen posturas coincidentes¹⁰, además de la constante búsqueda de obtener legitimidad a través de la imitación de lo discutido en otros sistemas (dominantes) o de lo que es sugerido por académicos o legisladores con legitimidad¹¹. Lo anterior devino, por un lado, en una imitación acrítica —adaptaciones fallidas— y, por otro lado, contradictoriamente, resistencia al estudio del derecho extranjero.

Sin embargo, uno puede encontrar puntos en común en lo que ocurrió y sigue ocurriendo en los países del *Civil Law* en la consolidación del movimiento. Así, es posible afirmar que cuando un *Civil Lawyer*¹² inicia su proceso formativo en Derecho y Economía vira su atención hacia el profesor Guido Calabresi. Tan es cierto ello que,

6. Por si fuese necesario resaltarlo, no trazo una sinonimia entre el *Law and Economics* y el sistema estadounidense.
7. Dworkin, Ronald, *Is wealth a value?*, en *The Journal of Legal Studies*, vol. IX, núm. 2, 1980, pp. 191 y ss.; y Id., *Why efficiency? A response to Professors Calabresi and Posner*, en *Hofstra Law Review*, vol. VIII, núm. 3, 1980, pp. 563 y ss.
8. Si bien en el Perú existen honrosas excepciones, campean los prejuicios en contra del movimiento de Derecho y Economía. El grueso de los críticos parece haber leído de segunda mano las ideas que abanderó el movimiento o, en los casos en que sí se consultaron las fuentes directas, evidencian su falta de comprensión acerca de los matices metodológicos y conceptuales de lo que se propone, amén de cómo debería construirse una crítica articulada que sea capaz de poner en jaque las soluciones o explicaciones ius-económicas propuestas. El ejemplo más conocido del segundo grupo es el trabajo de Castillo Freyre, Mario y Vásquez Kunze, Ricardo, *Análizando el análisis: autopsia del análisis económico del derecho por el derecho civil*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004. Recientemente se publicó un libro en que se observa un esfuerzo por entender al movimiento Marciani Burgos, Betzabé; Sotomayor Trelles, José Enrique y Cornejo Amoretti, Leandro, *Justicia, derecho y mercado: Una investigación sobre el Análisis Económico del Derecho en el Perú*, Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica – CICAJ / PUCP y Zela, Lima y Puno, 2020.
9. Monateri, Pier Giuseppe, *The weak law: Contaminations and Legal Cultures*, en *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. XIII, 2003, pp. 575 y ss.; y León Hilario, Leysser L., *Weak legal cultures & legal transplants: Unificación de la responsabilidad civil y otras importaciones de los años noventa*, en *Cardozo Electronic Law Bulletin*, vol. XII, 2006, pp. 1 y ss. (de la versión PDF).
El término no tiene propósito peyorativo, sino que pretende resaltar la existencia de sistemas marcadamente receptivos a la influencia de otros. Así, los operadores jurídicos de estos pierden espíritu crítico, limitándose a repetir las discusiones y discursos foráneos, al margen de su utilidad y arraigo en el país importador. Esto tiene, además, otras consecuencias, el desconocimiento real de los orígenes, las justificaciones y peculiaridades de lo estudiado, deviniendo en superficialidad.
10. No cabe duda de que en el Perú los debates por escrito entre académicos resultan un fenómeno excepcional. Tal circunstancia, por sí misma, muestra la precariedad de nuestra academia.
11. Miller, Jonathan M., *A typology of legal transplants: Using sociology, legal history and Argentine examples to explain the transplant process*, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. LI, núm. 4, 2003, pp. 839 y ss.; y, Berkowitz, Daniel; Pistor, Katharina y Richard, Jean-François, *The transplant effect*, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. LI, núm. 1, 2003, pp. 163 y ss.
12. Desde hace casi una década empleo este término en mis clases para denotar no al civilista (esto es, al que se dedica al estudio o ejercicio profesional en esta rama del derecho), sino, en general, al operador jurídico del *Civil*

(Continúa en la siguiente página)

si se les interrogase a los especialistas de Derecho y Economía sobre los intelectuales que los motivaron a elegir este enfoque, se encontrará al exdecano de la Facultad de Derecho de Yale¹³ como parte del *top-five* de académicos más referidos.

A diferencia de lo que ocurre con figuras más atractivas para los críticos al movimiento, Calabresi suscita gran reconocimiento. Las obras de Calabresi tienen como meta el potenciar la comprensión del fenómeno legal para su mejora (enfoque normativo). En cambio, las contribuciones del resto de los *founding fathers*¹⁴ se centraron en la formulación de una explicación económica de fenómenos legales evidenciando su impacto —desde los costos de transac-

ción, hasta las fallas del proceso político— o su sentido económico, confirmando así la solución existente (enfoque positivo).

Calabresi se ocupó de mostrarnos cómo podíamos “descubrir”¹⁵ soluciones que permanecieron ocultas o inadvertidas —por conservadurismo— por muchos siglos a los más perspicaces jueces¹⁶ y académicos¹⁷, mientras que sus pares se comprometían en brindarnos una nueva explicación para las decisiones tomadas por la judicatura a lo largo de los siglos.

Es en el último punto donde deseo detenerme.

En abril del año 1972, Calabresi publicó en coautoría con su exalumno Douglas Melamed,

Law (siguiendo en este punto a un sector de comparatistas). Sin embargo, usualmente reservo el término «*Civil Lawyer*» para describir a aquel operador jurídico del *Civil Law* que estudia el Derecho del *Common Law*. El interés por el sistema angloamericano quedaría acreditado al valerme del inglés en lugar de nuestro idioma (aunque reconozco que tiene además la ventaja de favorecer la economía lingüística).

13. La comprobación de nuestra aseveración se encuentra incluso en el académico más relevante para la difusión del Derecho y Economía, Alfredo Bullard, quien reconoce el papel fundamental que tuvo en él las ideas de Calabresi, al punto que una de las razones por las cuales decidió hacer su LL.M. en la Universidad de Yale fue la presencia en sus aulas de dicho académico. El relato se halla en la presentación a Calabresi, Guido, *Un vistazo a la catedral: Cuando el Derecho se encuentra con la Economía*, Palestra Editores, Lima, 2011, p. 7».
14. En 1991, la *American Law and Economics Association* empleó el término para designar a quienes cumplieron un rol esencial en la génesis del movimiento: Guido Calabresi, Ronald Coase, Henry Manne y Richard Posner.
15. La alusión es al hallazgo de la «cuarta regla» para la solución de conflictos derivados de molestias por razón de vecindad.
16. A menudo se reconoce que la enorme repercusión de la obra de Calabresi-Melamed no se explica sólo por lo sugerente de la propuesta y la manera en que fue expuesta, sino por el hecho que casi de manera coetánea a la propia publicación del artículo, la Corte Suprema de Arizona resolvía el caso *Spur Industries v. Del E. Webb Development Co.*, 108 Ariz. 178, 494 P.2d 700 (1972), en que se acogía precisamente la regla 4. El caso involucra a *Spur Industries*, titular de una granja de engorde de ganado; y *Del E. Webb Development*, desarrollador de una comunidad de jubilados. *Spur Industries* inició su actividad alrededor de 1956 en el área, mientras que *Del E. Webb* lo hizo recién en 1967. Dada la actividad de *Spur*, en su terreno existía cantidades significativas de estiércol que emitía un fuerte hedor y atraía muchísimas moscas. Inicialmente la actividad de *Spur* no molestaba a *Del E. Webb*, sin embargo, dado el crecimiento paulatino del corral como de la comunidad de jubilados, se suscitó un conflicto entre las empresas. El desarrollador inició una demanda bajo la normativa de *nuisance* y pretendía que se prohibiera el funcionamiento de *Spur*. Si bien se acogió la pretensión de *Del E. Webb* a través de una «special injunction» se ordenó a ésta que reparara los daños que ello generaría a *Spur*. Es importante destacar dos cosas. Por un lado, bajo la normativa de *nuisance* el propietario (demandante) se encuentra autorizado a impedir actos o conductas que perjudiquen su propiedad, sin tener que realizar pago alguno a favor del agresor (demandado). Por otro lado, bajo la normativa de *nuisance* el propietario no puede

(Continúa en la siguiente página)

"Property rules, liability rules and inalienability: One view of the Cathedral", un artículo que absolvía tres interrogantes esenciales para el análisis jurídico: (a) a quién y por qué se le asigna cierta prerrogativa¹⁸, (b) cómo se deberá tutelar dicha prerrogativa y (c) cuáles son las implicaciones de lo anterior. Si se evalúa retrospectivamente el contenido del artículo, resulta patente que la propuesta de Calabresi y Melamed se erige en una genuina aportación para la teoría general del derecho, pero con el agregado de que complementa y lleva más allá el teorema de Coase.

Los méritos de la obra de Calabresi y Melamed no se limitan al *Law and Economics*, ni tan siquiera al *Common Law*¹⁹. La formulación nos

brinda herramientas para comprender por qué una prerrogativa debe tutelarse de cierta manera y qué factores deberá tomar en cuenta el *lawmaker*²⁰ para tomar esa decisión. Además, al focalizarse en el remedio a otorgarse, nos permite examinar los efectos favorables y desfavorables de la decisión que se hubiese tomado.

Lamentablemente, todavía hoy las ideas de Calabresi y Melamed no han circulado entre el gran público. No niego que un importantísimo número de operadores —en particular a nivel de posgrado— conoce la formulación, pero inclusive en estos casos no se ha efectuado un seguimiento a la vasta bibliografía elaborada durante el último medio siglo. Es a esa tarea a la

solicitar protección si es éste con su propia conducta quien se expone a la molestia, es decir, si la actividad ya preexistía y pese a ello el supuesto afectado decide, por ejemplo, adquirir la propiedad o acercarse a la fuente de la (supuesta) molestia, entonces se le negará la protección a través de una *injunction*.

Así se percibe el carácter particular de la sentencia. Según lo indicado *Del E. Webb* no habría debido obtener la *injunction* y si la obtenía no debía ser forzado a pagar resarcimiento alguno a favor de *Spur*. Entonces, ¿por qué el caso se resolvió en el sentido descrito? La respuesta se funda en que el tipo de «molestia» no era sólo de carácter privado, es decir, no sólo perjudicaba a *Del E. Webb*, sino a los residentes de su desarrollo inmobiliario, lo cual generaba un riesgo para la salud pública. Ante tal situación debía otorgarse la *injunction*, pero al propio tiempo no podía desampararse a *Spur*, quien ejerció, dentro de los límites del derecho, su propiedad, por lo que debía compensársele por los daños que esta decisión posterior le generaba (la extracción sustancial de una parte de su derecho de propiedad).

17. Las palabras son utilizadas por Calabresi para referirse, por ejemplo, al profesor Frank Michelman, quien en *Pollution as a Tort: A Non-Accidental Perspective on Calabresi's Costs*, en *Yale Law Journal*, vol. LXXX, núm. 3, 1971, pp. 647 y ss., sólo identificó tres (3) reglas para la solución de conflictos derivados de molestias por razón de vecindad.
18. Los autores usan el término «entitlement», el cual será objeto de análisis en el numeral 4.1, mientras que los traductores de Calabresi y Melamed en ocasiones eligen titularidad o derecho (subjeto). Prefiero los términos titularidad o prerrogativa jurídica pues son lo suficientemente amplios como para replicar el contenido que los autores le asignan. Admito, sin embargo, que parece existir un «equivalente funcional» en los sistemas del *Civil Law*: «situación jurídica subjetiva». La apariencia es sólo eso, tal como se estudiará. Ante ello, evitaré apelar a la noción «situación jurídica subjetiva» por dos (2) razones: (i) por su fuerte carga dogmática (aunque en el numeral 4.1 me remitiré a otra categoría: «jural relations» de Wesley N. Hohfeld que también tiene una carga teórica semejante); y (ii) porque, a diferencia de lo que sucede con las situaciones jurídicas subjetivas que admiten prerrogativas mono-subjetivas e incluso otras autosuficientes, el término titularidad se construyó de manera relacional (a semejanza de la construcción de Hohfeld). La segunda circunstancia, tal como se verá, resulta esencial para la visión en conjunto de lo que es objeto del artículo.
19. Se trata del sexto trabajo publicado en una revista de derecho más citado de todos los tiempos, Shapiro, Fred R. y Pearce, Michelle, *The most-cited law review articles of all time*, en *Michigan Law Review*, vol. CX, núm. 8, 2012, pp. 1483 y ss., en particular p. 1489.
20. He optado por utilizar el término en inglés *lawmaker* para subrayar la circunstancia de que el derecho puede ser creado no sólo por el legislador, sino por otros operadores que ostentan poder normativo.

que me abocaré. La decisión se funda en que se trata del texto con mayor impacto jurídico elaborado al interior del movimiento de Derecho y Economía²¹.

I. INTRODUCCIÓN

En *"The problem of social cost"*²² Coase se mostró como un detractor de la posición de Pigou²³ respecto del modo de enfocar y solucionar problemas con relevancia económica²⁴. Los reparos elevados por Coase fueron tan insistentes y la contraposición de sus argumentos con aquellos de Pigou fue tan persuasiva que los estudiantes de derecho, luego de leer *"The problem of social cost"*, coligen que Pigou era un intervencionista. Ante una conclusión tan políticamente incorrecta, sumada al hecho de provenir de un académico tan influyente como Coase, se consolidó entre los ius-economistas la percepción de que debía negarse toda propuesta proveniente de —o fundada en— la tradición pigouviana.

La repercusión de la síntesis ofrecida por Coase llevó a académicos como Bullard a sostener que para Pigou únicamente cabía resolver la divergencia entre el costo privado y el costo social —esto es, la presencia de externalidades— mediante la intervención del Estado por medio de impuestos o prohibiciones²⁵. Infortunadamente, la situación no es tan sencilla.

Es sintomático que cuando uno lee las críticas de ius-economistas hacia el pensamiento de Pigou no encuentre referencias a *"The Economics of Welfare"*, sino a *"The problem of social cost"*. No pretendo efectuar una defensa de las tesis pigouvianas, pero sí brindar un cuadro más fiel a sus ideas. En esa línea, me interesaría señalar dos cosas²⁶. Por un lado, la prudencia exigiría que si vamos a aventurarnos a criticar a un académico leamos primero sus ideas. Por otro lado, el limitadísimo conocimiento —lógico por lo demás— de la historia de la economía por parte de los operadores del derecho nos lleva a pasar por alto la identidad de los creadores

-
21. En opinión de Krier, James E. y Schwab, Stewart J., *Property rules and liability rules: The Cathedral in another light*, en *New York University Law Review*, vol. LXX, núm. 2, 1995, pp. 440 y ss., en particular p. 440, «And of all the law-and-economics scholarship built on Coase's insights, perhaps the most widely known and influential contribution has been Calabresi and Melamed's discussion of what they called "property rules" and "liability rules"»; mientras que Krauss, Michael I., *Property rules vs. Liability rules*, en Aa. Vv., *Encyclopedia of Law & Economics* edición a cargo de Boudewijn Bouckaert y Gerrit De Geest, vol. II: *Civil Law and Economics*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2000, pp. 782 y ss., en particular p. 783.
 22. Coase, Ronald H., *The problem of social cost*, en *The Journal of Law & Economics*, vol. III, 1960, pp. 1 y ss.
 23. Pigou, Arthur C., *The Economics of Welfare*, cuarta edición, MacMillan and Co., Londres, 1932.
 24. En palabras de Coase: «Pigou's underlying thought would appear to be: Some have argued that no State action is needed. But the system has performed as well as it has because of State action. Nonetheless, there are still imperfections. What additional State action is required?» (p. 29).
 25. Bullard González, Alfredo, *Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales*, segunda edición, Palestra, Lima, 2006, pp. 274, 539 y 542.
 26. Además de la lectura de la obra de Pigou referida en la nota al pie (23), se aconseja la revisión de Simpson, A. W. Brian, 'Coase v. Pigou' reexamined, en *The Journal of Legal Studies*, vol. XXV, núm. 1, 1996, pp. 53 y ss.; y Hovenkamp, Herbert J., *The Coase Theorem and Arthur Cecil Pigou*, en *Arizona Law Review*, vol. LI, núm. 3, 2009, pp. 633 y ss.
Es importante anotar que Coase respondió las objeciones formuladas por Simpson (Coase, Ronald H., *Law and Economics and A. W. Brian Simpson*, en *The Journal of Legal Studies*, vol. XXV, núm. 1, 1996, pp. 103 y ss.), el cual, contrario a su apertura usual al intercambio académico, intentaba cerrar la discusión desde el epígrafe: «To understand a man... one must know the subject matter of the discipline in which he is writing: it takes an economist to read and economist» (Stigler, George J., *Does economics have a useful past?*, en *History of Political Economy*, vol. I, núm. 2, 1969, pp. 217 y ss., en particular p. 219).

de ideas que no forman parte del *mainstream* ius-económico²⁷. Tan es cierto ello que una parcela de las herramientas y nociones esbozadas por Pigou permitieron a Coase efectuar sus célebres planteamientos.

Así, en teoría económica se reconoce a Pigou y Marshall²⁸ el mérito de desarrollar los fundamentos de lo que denominamos externalidad —y que cada uno de ellos denominó como “deseconomías” o “economías externas”—²⁹, por lo que debiéramos ser más pulcros al reconstruir dichas ideas. Si a ello le sumamos la errónea percepción de que ninguna política pública es posible en la óptica coaseana o la falta de relación entre la visión de Coase y la de Pigou sobre las externalidades³⁰, pues se tiene mucha tela que cortar.

La teoría de los costos de transacción, por su parte, no fue propuesta por primera vez en “*The problem of social cost*”; sino en “*The nature of the firm*”³¹. En tal trabajo, se entiende por costos de transacción a los costos anexos al uso del mecanismo de precios, por lo que se llama la atención sobre los costos asumidos para materializar un intercambio, lo cual presupone la existencia de intercambios³² voluntarios.

Si uno se limitara a pensar que los costos asumidos en los intercambios se limitan al precio a ser pagado —esto es, el desembolso³³ que se efectúa cuando decidimos un intercambio—, no tendría sentido económico la constitución de personas jurídicas para que ellas sean las encargadas de llevar adelante actividades económicas que exigirán contratar a personas³⁴. La

-
27. Con los cuidados y limitaciones del caso, intentaré en el presente artículo aportar en la divulgación de parte de esa historia.
 28. Marshall, Alfred, *Principles of Economics*, octava edición, MacMillan and Co., Londres, 1920, p. 266.
 29. Boudreaux, Donald J. y Meiners, Roger, *Externality: Origins and classifications*, en *Natural Resources Journal*, vol. LIX, núm. 1, 2019, pp. 1 y ss.
 30. Dahlman, Carl J., *The problem of externality*, en *The Journal of Law & Economics*, vol. XXII, núm. 1, 1979, pp. 141 y ss.; y Demsetz, Harold, *The core disagreement between Pigou, the profession, and Coase in the analyses of the externality question*, en *European Journal of Political Economy*, vol. XII, 1996, pp. 565 y ss.
 31. Coase, Ronald H., *The nature of the firm*, en *Economica*, vol. IV, núm. 16, 1937, pp. 386 y ss.
 32. La imprecisión de la «definición» brindada por Coase originó, en las décadas posteriores a la publicación de «*The problem of social cost*», una intensa producción bibliográfica dirigida a delimitar el concepto. Vale la pena destacar Cheung, Steven N. S., *A Theory of Share Tenancy*, University of Chicago Press, Chicago, 1969; Cheung, Steven, *The myth of social cost: A critique of welfare economics and the implications for public policy*, Hobart Paper, vol. LXXXII, The Institute of Economic Affairs, Londres, 1978; Kelman, Mark G., *Consumption theory, production theory and ideology in the Coase theorem*, en *Southern California Law Review*, vol. LII, núm. 3, 1979, pp. 669 y ss.; Cooter, Robert D., *The cost of Coase*, en *The Journal of Legal Studies*, vol. XI, núm. 1, 1982, pp. 1 y ss.; Barzel, Yoram, *Transaction Costs: Are they just costs?*, en *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, vol. CXLI, núm. 1, 1985, pp. 4 y ss.; y Barzel, Yoram y Kochin, Levis A., *Ronald Coase on the nature of social cost as a key to the problem of the firm*, en *The Scandinavian Journal of Economics*, vol. XCIV, núm. 1, 1992, pp. 19 y ss.;
En el Perú esta imprecisión se percibe cuando, por un lado, se señala que los costos de transacción son los costos de contratar y, de manera contradictoria, al propio tiempo se sostiene que existen costos de transacción en escenarios ajenos a la contratación. Sobre el punto véase Bullard González, Alfredo, *op. cit.*, pp. 113, 135, 184-185, 257, 282, 502, 506, 670-676, 705-711 y 879-884; y, más adelante, nota al pie (82).
 33. En términos económicos no es necesario que se efectúe un desembolso dinerario puesto que el intercambio es medido a través de las unidades monetarias que se asignan o reasignan entre diversos individuos. En ciertas ocasiones se materializará el desembolso y en otros sólo se medirá en términos potenciales.
 34. Coase, Ronald H., *The nature of the firm*, en *Economica*, *cit.*, p. 390, sostuvo: «*Our task is to attempt to discover why a firm emerges at all in a specialised exchange economy. The price mechanism (considered purely from the side of the*

(Continúa en la siguiente página)

razón: por definición, al emplear una persona jurídica se realizarían al menos dos contratos, por lo que, los costos anexos a tales operaciones tenderían a ser superiores al costo de una única transacción, en particular porque en la segunda operación tendría que compensarse los costos anexos a la primera. En consecuencia, sería más barato contratar directamente con los terceros.

Coase vislumbró que la explicación era que los agentes económicos asumían otros costos cuando empleaban el mecanismo de precios, lo cual presupone la existencia de un *trade-off* —originado a partir de un intercambio voluntario o involuntario, forzoso o imperativo—³⁵, y que los costos anexos a la organización de la persona jurídica podrían ser menores a aquellos que debían asumirse si se contratara de manera directa entre los sujetos involucrados en la fabricación y comercialización. La percepción de Coase era exacta. Bajo el esquema de competencia perfecta no era concebible

la existencia de un costo adicional al precio y, como se verá, se daba por hecho que el precio incorporaba la información de los bienes intercambiados, por lo que no era necesaria la búsqueda de información ni la preocupación por el *enforcement*. Las ideas esbozadas por Coase en “*The nature of the firm*” fueron retomadas en: “*The Federal Telecommunications Commission*”³⁶ y extendidas —o aclaradas—³⁷ en “*The problem of social cost*”.

Todo lo expresado es relevante porque en ningún momento se aborda el problema de cómo el sistema legal protege las prerrogativas de cada individuo ni cómo se decide ello. Como se sabe, Coase da por hecho la asignación originaria de las titularidades, por lo que es necesario brindar a los particulares la oportunidad de encontrar una solución privada antes de decantarnos por una solución pública. Si se prefiere, y utilizando un ejemplo bíblico, el mundo descrito por Coase es aquel posterior al sexto día³⁸. Todo ha sido creado y organizado, por lo que

direction of resources) might be superseded if the relationship which replaced it was desired for its own sake. This would be the case, for example, if some people preferred to work under the direction of some other person. Such individuals would accept less in order to work under someone, and firms would arise naturally from this. Firms might also exist if purchasers preferred commodities which are produced by firms to those not so produced; but even in spheres where one would expect such preferences (if they exist) to be of negligible importance, firms are to be found in the real world. Therefore there must be other elements involved.

The main reason why it is profitable to establish a firm would seem to be that there is a cost of using the price mechanism. The most obvious cost of ‘organising’ production through the price mechanism is that of discovering what the relevant prices. This cost may be reduced but it will not be eliminated by the emergence of specialists who will sell this information.»

35. Salvo que se aplique la noción de «precios oficiales» de Becker, Gary, *Crime and punishment: An economic approach*, en *Journal of Political Economy*, vol. LVI, núm. 2, 1968, pp. 169 y ss., en particular pp. 194-195; en cuyo caso incluso la aplicación de sanciones penales importaría la asignación de un precio. Sobre la diferencia ius-económica entre los precios y las sanciones en nuestro medio, Saavedra Velazco, Renzo E., *Las externalidades y el criterio de imputación en la responsabilidad extracontractual*, en *Themis-Revista de Derecho*, núm. 66, 2014, pp. 263 y ss.
36. Coase, Ronald H., *The Federal Communications Commission*, en *The Journal of Law & Economics*, vol. II, 1959, pp. 1 y ss.
37. «*The problem of social cost*» fue un artículo que nació por la presión impuesta sobre Coase por Aaron Director, George Stigler, Milton Friedman, John McGee, Arnold Harberger. La presión se originó luego de una cena en que participaron varios economistas de la Facultad de Economía de Chicago. La historia fue compartida por George Stigler (*Memoirs of an unregulated economist*, University of Chicago Press, Chicago, 2003, p. 76).
38. Recordemos que en el sexto día (Génesis 1, 24-31) no sólo se crea al hombre, sino que se asigna la titularidad de «la creación» a su favor (sumándole la responsabilidad de ponerles nombre a todos los animales que formaban parte de la creación – Génesis 2, 19-20).

los participantes saben qué posición ocupan, esto es, las reglas y posiciones se tienen por dadas³⁹. La realidad en que se mueve el operador jurídico es, en cambio, anterior a la del sexto día: no se conoce quién es el titular y el alcance de cada titularidad o, si se prefiere, queda pendiente la tarea de establecer las reglas operativas de lo creado y las relaciones entre los participantes. Lo dicho permite entender cómo las ideas de Coase requerían ser completadas desde una óptica jurídica.

La última fase del desarrollo relatado se produce con Calabresi y Melamed, quienes identifican las tres reglas que protegerían las titularidades⁴⁰ y bajo qué criterio debe elegirse una u otra. Con ello es más sencillo comprender cómo los sistemas jurídicos asignan cierta titularidad y por qué se decantan en favor de algunos mecanismos de protección legal, dejando de lado la aproximación intuitiva que caracterizaba a los estudios jurídicos sobre la materia. Este paso final sirve como cierre para las nociones precedentes y permite aclarar el rol concreto del Estado en cada escenario. Ante ello, corresponde estudiar esta última fase y cómo ha sido complementada, criticada y precisada en el último medio siglo.

Una vez establecidos los objetivos de ésta, dividiré el cuerpo de la investigación en cinco. En el segundo acápite, inspeccionaré la noción de

externalidad y su vinculación con los costos de transacción. En el tercer acápite, intentaré esbozar una noción de costo de transacción capaz de reemplazar aquella que nos fue ofrecida en las investigaciones que introdujeron el *Law and Economics* en Latinoamérica a fin de ponerla al día con los trabajos económicos desarrollados en las últimas décadas. En el cuarto acápite, el cual se subdividirá en tres secciones, resaltaré la formulación original de las reglas de propiedad, responsabilidad e inalienabilidad y su ligamen con las ideas de costos de transacción y externalidades. En el quinto acápite, examinaré cómo la formulación original de las “reglas” ha sido llevada más allá⁴¹ por seguidores y críticos. En el sexto acápite, efectuaré algunas reflexiones finales.

II. LAS EXTERNALIDADES: UNA IDEA EN CONSTRUCCIÓN

Hoy resulta corriente que cuando se aborden materias de derecho de propiedad o responsabilidad civil se aluda a las externalidades, al examinar tanto las molestias por razón de vecindad, como los daños ocasionados por la actividad desarrollada por un particular. Si a ello se le agrega que incluso el Tribunal Constitucional peruano apela a esta noción al examinar y resolver controversias que involucran derechos constitucionales, parece razonable sostener

39. En caso se desee revisar una propuesta económica acerca de la formación y distribución de los property rights véase Umbeck, John, *Might makes right: A theory of the formation and initial distribution of property rights*, en *Economic Inquiry*, vol. XIX, núm. 1, 1981, pp. 38 y ss.

40. Calabresi, Guido y Melamed, A. Douglas, *Property rules, liability rules, and inalienability: One view of the Cathedral*, en *Harvard Law Review*, vol. LXXXV, núm. 6, 1972, pp. 1189 y ss. Si bien el original es accesible libremente *on line*, también puede consultarse las versiones traducidas en: (a) Perú: Calabresi, Guido y Melamed, A. Douglas, *Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad e inalienabilidad: Un vistazo a la Catedral*, traducción de Ximena Zavala y Eduardo Sotelo, en *Themis-Revista de Derecho*, núm. 21, 1992, pp. 63 y ss.; (b) Chile: Calabresi, Guido y Melamed, A. Douglas, *Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: Una vista a la Catedral*, en *Estudios Públicos*, núm. 63, 1996, pp. 347 y ss.; (c) España: Calabresi, Guido y Melamed, A. Douglas, *Propiedad, responsabilidad, inalienabilidad: Una perspectiva de la catedral*, traducción de Pedro del Olmo García, en *Anuario de Derecho Civil*, año XLIX, fascículo 1, 1997, pp. 187 y ss.; y (d) Italia: Calabresi, Guido y Melamed, A. Douglas, *Regole di proprietà, regole di responsabilità e inalienabilità: Un'istantanea della cattedrale*, traducción de Claudio Amato, en *Rivista di Diritto Civile*, año LXVI, núm. 3, 2020, pp. 497 y ss.

41. Al evaluar su propia obra y lo que sus lectores afirman de ella, Calabresi reconoce lo difícil que es: (i) confirmar la interpretación de los lectores, (ii) negar que se dijo aquello que afirman los lectores o (iii) aclarar que, desde luego, se afirmó algo que los lectores dicen que no hizo (Calabresi, Guido, *Remarks: The simple virtues of the Cathedral*, en *Yale Law Journal*, vol. CVI, núm. 7, 1997, pp. 2201 y ss.).

que las externalidades tienen un lugar en el razonamiento jurídico peruano.

Las razones por las cuales la noción de externalidad habría alcanzado una amplia difusión —mas no consenso— podrían concentrarse en una única explicación lógica: se asemeja a los conceptos y/o justificaciones que ordinariamente brindamos los abogados —por ejemplo, para el abuso de derecho de propiedad o el enriquecimiento sin causa—. Si a ello le agregamos que los promotores del movimiento tuvieron que afrontar la tarea de brindar a los destinatarios de sus esfuerzos de difusión —jueces, académicos, estudiantes, etc.— un glosario de ideas, nociones o herramientas propias de su enfoque, entonces este éxito relativo resulta comprensible.

Infortunadamente, la labor no está concluida.

La noción de externalidad todavía se encuentra en construcción. Lo afirmado no es sólo cierto en el campo ius-económico, sino incluso en las investigaciones estrictamente económicas. Así, en el campo ius-económico, sobre todo nacional, no se diferencia si las externalidades son pecuniarias —mercado— o tecnológicas pese a que el distingo se realiza en economía incluso décadas antes del planteamiento de Coase —en concreto, una idea de Jacob Viner—⁴². En el campo económico el tema que queda abierto

es la definición y no la formalización económico-matemática.

La propuesta de la Catedral se erige asumiendo que el operador jurídico conoce las nociones de externalidad y costos de transacción. En efecto, los criterios que determinarán la elección de una u otra regla giran en torno a los costos de transacción involucrados —bajos, altos o prohibitivos— y el nivel real o potencial de las externalidades originadas a sujeto(s) determinado(s), determinable(s) e indeterminado(s). Dado ello, en esta sección estudiaré algunas de las cuestiones más relevantes para entender, con los límites expresados, las externalidades —lo propio se hará en el tercer acápite respecto de la noción de costo de transacción—.

1. Clasificación de intercambios.

La primera cuestión por destacar es la clasificación de intercambios.

El enfoque *mainstream* del Derecho y Economía diferencia entre los intercambios voluntarios e involuntarios. El elemento diferencial es si los involucrados revelan⁴³ —o no— sus preferencias⁴⁴. A partir de ello, los ius-economistas se abocan a la tarea de reconducir los intercambios voluntarios a los intercambios de mercado y estos, a su vez, a la categoría de contrato⁴⁵. Así,

42. Viner, Jacob, *Cost curves and Supply curves*, en *Zeitschrift für Nationalökonomie / Journal of Economics*, vol. III, núm. 1, 1931, pp. 23 y ss.

43. Como es conocido, Samuelson, Paul A., *A note on the pure theory of consumer's behavior*, en *Economica*, vol. V, núm. 17, 1938, pp. 61 y ss., fue quien formuló la idea de la revelación de preferencias a través de actos de consumo. Las preferencias no-reveladas terminan siendo irrelevantes en la medida que se carecería de algún índice que nos permita conocer su existencia y magnitud potencial. Empero, la posición ha sido cuestionada, entre otros autores, por Sen, Amartya, *Behaviour and the concept of preference*, en *Economica*, vol. XL, núm. 159, 1973, pp. 241 y ss.

44. En términos sencillos, se entiende por «preferencia» a la característica que un individuo busca obtener de un bien o servicio para la satisfacción de sus necesidades, tornándolo preferible a otros bienes o servicios. Dicha decisión supone una «evaluación comparativa subjetiva» en tanto involucra: (i) un análisis de valor; (ii) entre un bien o servicio y otro; y (iii) con base a las necesidades o gustos particulares que cierta persona enfrenta.

45. El paralelismo trazado por la economía funciona perfectamente en un esquema de contrato entendido como intercambio propio del sistema anglosajón. En los sistemas del *Civil Law*, los cuales se adscriben a un genotipo diverso, la situación es muy distinta. Sobre el punto Saavedra Velazco, Renzo E., *Hacia una noción de incumplimiento: Análisis comparativo de los principales sistemas de la tradición jurídica occidental*, en Aa. Vv., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Gastón Fernández Cruz*, Instituto Pacífico, Lima, 2022 (en imprenta).

los intercambios involuntarios se identificarían de manera negativa pues serían los intercambios que no pueden subsumirse o amoldarse a la lógica de los intercambios de mercado.

Si bien esta clasificación resulta útil, cabría realizar un análisis más fino y cercano a los fenómenos jurídicos, respetando la vocación por la simplificación de la economía (enfoque positivo). El punto de partida de esta aproximación sería distinguir entre intercambios voluntarios y no-voluntarios. Sé que el matiz parece ser sólo lexical, pero no lo es. En el esquema original se asume, explícita o implícitamente, que los intercambios involuntarios se verifican: (a) por la decisión unilateral de alguno de los intervinientes —excluyéndose el empleo de la fuerza y los eventos de *force majeure*— y (b) sin que sea necesario examinar la posición del sujeto de cuyo patrimonio se extrae el recurso. La realidad es distinta. Si, en cambio, prestamos atención a las características expuestas y profundizamos un poco en ellas, podremos concluir que existen hasta tres tipos de intercambios no-voluntarios.

Por un lado, los intercambios estrictamente “involuntarios”, esto es, aquellos desplazamientos de costos y/o beneficios que se producen de manera automática⁴⁶ sin que la voluntad de ninguno de los involucrados en la (re)asignación se examine antes o después de su materialización e inclusive tampoco como condición de ella —los ejemplos típicos son las externalidades, digamos la emisión de humos—. Por otro lado, los intercambios “obligatorios”, vale

decir, aquellos desplazamientos de costos y/o beneficios que sí exigen la cooperación entre individuos aun cuando la voluntad de uno o de ambos sujetos sufra coerción —esto es, ausencia de libre voluntad— al momento tanto de su génesis, como de su ejecución —el ejemplo típico son las obligaciones de fuente legal, tales como los impuestos y el deber correlativo de pagarlos—. Por último, los intercambios “forzosos”, es decir, aquellos desplazamientos de costos y/o beneficios en que la transferencia se produce por el empleo de la fuerza estatal —la emisión de un mandato— o de un particular —sea por la vía de los hechos, sea al amparo de un título—, sin que se requiera ningún tipo de acto de parte de quien ha de soportar sus efectos negativos —expropiación y robo—.

Ciertamente es posible que las categorías se superpongan.

A manera de ejemplo, en el campo jurídico cuando se manifiesta una externalidad —intercambio involuntario— suele activarse una tutela cesatoria, inhibitoria o resarcitoria⁴⁷ —deber de conducta— a cargo del sujeto que la originó —intercambio obligatorio—. En términos concretos, de un inmueble vecino emanan malos olores que exceden el nivel tolerable de las molestias por razón de vecindad —esto es, “*nuisance*”⁴⁸ en el *Common Law* o “*immissione*”⁴⁹ en el sistema italiano—, por lo que los afectados pueden solicitar, según la gravedad y su particular interés, la respectiva tutela. Cuando el Estado ejecuta la expropiación de un predio de titularidad privada —intercambio forzo-

46. En tal sentido, serían del todo distinto al significado que le asigna Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Wiley-Blackwell, Oxford, 2001, pp. 150-153.

47. En el anteproyecto de reforma al Código Civil elaborado por el Grupo de trabajo conformado por Resolución Ministerial N°300-2016-JUS, el cual fue presidido por el profesor Gastón Fernández Cruz se enumeran estas tutelas en el artículo II-A del Título Preliminar. La propuesta completa puede consultarse en el siguiente site: https://www.academia.edu/40177706/Anteproyecto_de_Reforma_del_Codigo_Civil_Grupo_de_Trabajo (visto y descargado el 15 de marzo del 2022).

48. Hylton, Keith N., *Nuisance*, en *Encyclopedia of Law and Economics – Living edition*, editores Alain Marciano y Giovanni Battista Ramello, Springer, Nueva York, 2014, pp. 1 y ss.

49. Salvi, Cesare, voz *Immissione*, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XV, Istituto de la Enciclopedia Italiana, Roma, 1989, pp. 1 y ss. (de la separata).

so— se crea correlativamente una obligación indemnizatoria —deber de conducta— a cargo del Estado —intercambio obligatorio—. Las externalidades requieren siempre algún tipo de actuación privada o estatal pues no se superarán por sí mismas. El debate se centrará en si es posible y/o aconsejable la solución “privada” —intercambio voluntario— o la solución “pública” —las tutelas previstas en la normativa—.

El propósito perseguido con la diferencia reside en circunscribir el examen de las externalidades en el campo jurídico a la parcela limitada de intercambios que se califiquen como involuntarios.

2. Hacia una noción de externalidad.

No es desconocido que el *Law & Economics* asume que los intercambios voluntarios realizados en el mercado son beneficiosos para las partes y la sociedad⁵⁰. La asunción reposa en las premisas del análisis económico: (a) la denominada soberanía del consumidor —el propio agente económico es quien mejor conoce sus preferencias y restricciones—, (b) la racionalidad y maximización del bienestar propio —el agente económico actúa conforme a sus preferencias y restricciones procurando así conseguir el mayor beneficio neto—, (c) información relevante —si bien el agente económico no cuenta con toda la información en torno a la materia sobre la que decidirá, sí posee aquella información que entiende suficiente a la luz de los costos y beneficios esperados—⁵¹ y (d) el agente económico corrige sus eventuales errores con rapidez ya que se encuentra en control de sus emociones.

En tal sentido, si los particulares alcanzan un acuerdo, se puede predecir que ello sucedió

porque juzgaron, a la luz de sus respectivas preferencias y restricciones, valiosa la operación; vale decir, que el “beneficio privado” de la transacción supera su “costo privado”. Por su parte, la sociedad también se beneficiaría en tanto que los recursos se desplazarían a favor de quienes los valoran en mayor medida, garantizándose que los mismos sean destinados a sus usos alternativos más eficientes. Si nos limitáramos a lo expuesto, nos encontraríamos ante una “mejora en términos de Pareto” —alguien mejora sin empeorar la situación de otro—⁵².

En tal contexto, es comprensible por qué el *Law & Economics* trabaja con tales asunciones: contribuye a la simplificación del modelo y permite predecir qué tipo de resultados traerá aparejado un cambio en alguna de las variables. El inconveniente de ese *modus operandi* se percibe cuando recordamos que la totalidad de los costos y beneficios del intercambio no permanecen en los agentes involucrados, sino que se extienden a terceros —costos y beneficios “sociales”—.

En efecto, frecuentemente un segmento de los costos y beneficios anexos a cierto intercambio de mercado se desplazan o transfieren a los sujetos involucrados en la transacción —o la sociedad en su conjunto—, lo propio sucede cuando un individuo emprende un curso de acción cuyos efectos debían limitarse a éste, pero repercuten en terceros —sea en términos negativos o positivos—. La descripción nos permite comprender que la (re)asignación de parte de esos costos o beneficios se producen en automático, con absoluta prescindencia de la voluntad de los intervinientes y, con mayor razón, de quienes sufren o benefician de tales efectos externos.

50. Cfr. Preston, Larry, *Freedom, market, and voluntary exchange*, en *The American Political Science Review*, vol. LXXVIII, núm. 4, 1984, pp. 959 y ss.

51. Stigler, George, *The economics of information*, en *The Journal of Political Economy*, vol. LXIX, núm. 3, 1961, pp. 213–225; y Caplan, Bryan, *Rational Ignorance*, en Aa. Vv., *The Encyclopedia of Public Choice* edición a cargo de Charles K. Rowley y Friedrich Schneider, Springer, Boston, 2004, pp. 793–795.

52. Montesano, Aldo, *Pareto's analysis of efficiency and its interpretation*, en *History of Economic ideas*, vol. V, núm. 3, 1997, pp. 7 y ss.

A estas alturas, el lector recordará que en muchas investigaciones sobre análisis económico del derecho se califica como “externalidad”⁵³ al fenómeno de transferencia o desplazamiento a terceros de una parte de los costos o beneficios anexos a un intercambio —terceros que, por definición, no participan en la transacción—. La idea que subyace a este concepto se suele transmitir en términos descriptivos. En concreto, en las investigaciones se resalta el contenido variable de la externalidad: a veces provocará una pérdida o impondrá un costo sobre terceros; mientras que, en otras oportunidades, importará el desplazamiento de beneficios a favor de terceros. Sobre la base de esta diferencia se habla respectivamente de externalidades negativas y positivas.

No niego que el empleo de ejemplos coadyuvó en la tarea de transmitir con éxito la idea en torno a las externalidades. El aspecto que pongo en entredicho es que se evadió la responsabilidad de ofrecer una definición. Nótese que incluso en trabajos íntegramente económicos⁵⁴ esta práctica se repite, por lo que existen pocas definiciones, y las raras veces que nos topamos con una tiende a ser insatisfactoria⁵⁵.

Así, se afirmó que la externalidad es un “efecto no-contratado” o “el costo o beneficio que surge de la producción —o el consumo— y recae en una persona distinta del productor —o consumidor—”. El énfasis es colocado en la ausencia de una relación de mercado —contrato— y/o en la existencia de una relación de producción/consumo.

La primera noción yerra por defecto porque es axiomático que una externalidad se materializa fuera de un intercambio de mercado y a su vez la referencia al contrato obscurece el análisis ya que parece que sólo en su ausencia se producen externalidades, cuando en realidad la contratación es una de sus fuentes. Lamentablemente, esta es la definición que se extendió más entre los ius-economistas, por lo que urge afrontar el problema.

La segunda noción supera los inconvenientes presentes en la primera, toda vez que las externalidades surgen no por la existencia o ausencia de un contrato, sino por la propia producción y el consumo. Empero, el error es que las externalidades no sólo se vinculan a estos actos, sino que se presentan actividades distintas —esto es claro en los fenómenos legales—.

La noción más precisa de externalidad es aquella que la describe como el “efecto de las acciones de una persona sobre el bienestar de otras”. El mérito de esta definición es que recoge de modo implícito que el impacto de la externalidad se produce de manera automática y además permite comprender que la creación de externalidades no se ata a la ausencia de contratación o bien a la producción o el consumo, sino a la toma de decisiones (o implementación de cursos de acción).

3. Una aproximación a los intercambios económicos.

Los intercambios económicos de mercado —contratos— tienen por finalidad: (i) asignar, (ii)

53. A menudo se ofrece una definición sobresimplificada, del costo o beneficio no-contratado (Bullard González, Alfredo, *op. cit.*, pp. 46, 114, 143, 152 y 162); a la luz de lo expuesto previamente, es cierto que no existe un intercambio voluntario, pero ello no es suficiente para describir los fenómenos que caen bajo su alcance.

54. Scitovsky, Tibor, *Two concepts of external economies*, en *Journal of Political Economy*, vol. LXII, núm. 2, 1954, pp. 143 y ss., en particular p. 143; Mankiw, N. Gregory, *Principios de economía*, séptima edición, traducción de María del Pilar Carrill Villareal, Cengage Learning, Madrid, 2017, p. 12; Parkin, Michael y Loría, Eduardo, *Microeconomía: Versión para Latinoamérica*, novena edición, Pearson, México D. F., 2010, p. 374.

55. Las palabras son de Scitovsky, Tibor, *Two concepts of external economies*, en *Journal of Political Economy*, *cit.*, p. 143, quien afirmó que: «definitions of external economies are few and unsatisfactory»; cuyo parecer también es compartido por Buchanan, James y Stubblebine, Wm. Craig, *Externality*, en *Economica – New Series*, vol. XXIX, núm. 116, 1962, pp. 371 y ss., en particular p. 371.

crear, (iii) desplazar y/o (iv) eliminar, ciertos costos, beneficios y riesgos. Desde un punto de vista legal, los intercambios supondrían que cada parte realiza un sacrificio a fin de obtener cierto beneficio, lo cual únicamente describiría a los contratos con prestaciones recíprocas⁵⁶.

Desde un punto de vista económico, la situación no variaría demasiado. Los involucrados desean involucrarse en un intercambio de bienes y servicios —en estricto, costo, beneficios y riesgos—, toda vez que a través de los intercambios incrementan su bienestar, adquiriendo los recursos cuyo valor relativo es superior a lo sacrificado. El comportamiento de la contraparte se convierte en el medio por el cual se produce la mejora privada.

La precisión persigue resaltar que cuando la adquisición/transferencia de un beneficio, costo o riesgo no tiene correlación económica con un comportamiento acordado y dirigido a tal fin, entonces nos encontraremos ante una externalidad. Los desplazamientos económicos en el mercado no pueden producirse de manera automática o, si se prefiere, en ausencia del acuerdo, si así fuera no existiría certeza respecto de la mejora en la posición relativa de los involucrados; es más, si los desplazamientos económicos se produjeran en automático el contrato perdería su rol preeminente en el análisis de mercado. Con ello se vislumbra una peculiaridad en la manera en cómo se relacionan las funciones de utilidad de dos sujetos dependiendo a si el intercambio se produce en automático —intercambios involuntarios— o si sus voluntades son necesarias a fin de crear un acuerdo —intercambios voluntarios—.

Digamos que “A” tiene un superávit monetario

y un déficit de alimentos. Por su parte, “B” tiene un excedente de alimentos —arándanos—, pero un déficit de dinero. La circunstancia de que ambas personas tengan excedentes en ciertos bienes y escasez —o necesidad— de otros no genera *per se* la asignación o la reasignación de tales bienes, la cual es necesaria para lograr la efectiva satisfacción de las respectivas necesidades que cada uno experimenta —a la luz de sus preferencias y restricciones—. Es claro que se requiere de un instrumento económico-jurídico que permita la redistribución —voluntaria o no-voluntaria, esto es, por vías de mercado o no-mercado—.

Si el instrumento económico-jurídico que permite la redistribución fuese una vía de mercado, se estaría afirmando que la (re)asignación del costo, beneficio o riesgo anexo al comportamiento de uno de los participantes (A) no sería obtenido⁵⁷ por el otro (B) a menos de que medie entre ellos un acuerdo. En otras palabras, nos encontramos reconociendo que las funciones de utilidad de los agentes económicos involucrados —sea el productor, sea el consumidor— son independientes entre sí. El intercambio voluntario sería la única vía —privada— a través de la cual cada sujeto satisfaría su necesidad y con ello se explica la existencia del mercado. Las preferencias y valuaciones subjetivas de cada uno serían reveladas a través del acuerdo ya que no tendríamos otra manera de conocer qué desean los involucrados respecto de los beneficios, costos y riesgos⁵⁸.

En palabras llanas, la utilidad experimentada por un sujeto derivada del consumo o producción de ciertos bienes no ocasiona por sí misma el desplazamiento de los recursos superavitarios de unos a favor de los otros a fin de

56. Véase, con carácter general, Saavedra Velazco, Renzo E., *¿La noción de contrato es uniforme en los sistemas contemporáneos? Notas sobre las diferencias entre los sistemas de la tradición jurídica occidental*, en Id., *Análisis económico y comparado del Derecho privado: Una introducción*, Fogueras, Lima, 2016, pp. 351-393.

57. Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Introduction to Law and Economics*, sexta edición, Pearson Education, Boston, 2012, pp. 166-168.

58. Samuelson, Paul A., *A note on the pure theory of consumer's behavior*, cit., pp. 61 y ss.; y Id., *Consumption theory in terms of revealed preference*, en *Economica*, vol. XV, núm 60, 1948, pp. 243 y ss.

obtener los recursos deficitarios. Los recursos permanecerían en la cabeza de los sujetos que los ostentan y confirmaría el importantísimo rol del contrato.

Si el instrumento económico-jurídico que permite la redistribución fuese una vía de no-mercado se estaría afirmando que la (re)asignación del costo, beneficio o riesgo se produce como un:

- a) Intercambio involuntario, esto es, de manera automática sin que los agentes involucrados tengan la voluntad de materializarlo —salvo por la voluntad de ejecutar la actividad, la cual podrá recibir una distinta calificación legal—⁵⁹. Las externalidades se ubican aquí.
- b) Intercambio obligatorio, esto es, se impone la necesidad de redistribuir, pero la conducta por la cual se produce el desplazamiento debe ser ejecutada por el afectado, por lo que existe una voluntad coaccionada. La coacción puede ser lícita o ilícita, de lo cual derivará su posterior protección jurídica. La licitud de la coacción no tiene relación alguna con el hecho de que el supuesto que activa el intercambio sea conforme a derecho o bien suponga una infracción. A manera de ejemplo, el impuesto es un intercambio obligatorio de coacción lícita y su hecho generador —hecho imponible— es legal; a diferencia de lo que ocurre con la multa que es un intercambio obligatorio, pero cuyo hecho generador es una actividad o hecho contrario a derecho.
- c) Intercambios forzosos, esto es, la redistribución se materializa por obra de la fuerza y sin que se requiera una conducta del afectado. Como se ve, tiene elementos

tanto del primer tipo, cuanto del segundo tipo de intercambio no-voluntario. La similitud con el primero es la falta de necesidad de una actividad del gravado, el efecto se produce en automático; y la similitud con el segundo se asienta en la necesidad de evaluar la licitud del empleo de la fuerza y si el supuesto que la activa es contrario o no a derecho. A manera de ejemplo, la expropiación produce la transferencia forzosa de la propiedad de un particular sin que se requiera actividad de éste, por lo que resulta lícito el uso de la fuerza —salvo los casos de expoliación que técnicamente no califican como expropiación— y el supuesto que sirve de fundamento es legal (búsqueda de la satisfacción del interés público); en cambio, en el caso de la pérdida de dominio en el marco de procesos penales se origina en una conducta contraria a derecho —bienes originados de delitos o destinados a ellos—.

Dado el alcance del presente acápite, me detendré en el caso de los intercambios involuntarios.

A diferencia de lo que ocurre con los intercambios voluntarios (contratos), cuando se estudian las externalidades —negativas o positivas— las funciones de utilidad o producción de los involucrados sí resultan interdependientes, es decir, existe una correlación económica directa en el resultado que cada sujeto obtendrá en su patrimonio a la luz de los costos y los beneficios que el otro le impone —o transfiere—. No interesa si los sujetos hubieran podido llegar a un acuerdo con anterioridad al desplazamiento de los costos y/o beneficios, las consecuencias vinculadas a sus conductas y/o decisiones individuales serán experimentadas por otros. Sé que lo dicho se aleja de lo afirmado por el *mains-*

59. A manera de ejemplo, la diferencia entre voluntad y voluntariedad esbozada al interior de la teoría general del negocio jurídico y la clasificación de los hechos jurídicos. Sobre el punto se aconseja la lectura de León, Leysser L., *Los actos jurídicos en sentido estricto: Sus bases históricas y dogmáticas*, en Aa, Vv., *Negocio jurídico y responsabilidad civil: Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova* dirigido por Freddy Escobar Rozas, Leysser L. León, Rómulo Morales Hervías y Eric Palacios Martínez, Grijley, Lima, 2004, pp. 1-113.

trem del *Law and Economics*, pero no debería sorprendernos⁶⁰.

En el ejemplo usual de la fábrica que emite humos a los vecinos, el desplazamiento de un segmento de los costos inherentes a la actividad económica se produce de manera automática y directa o, lo que es lo mismo, la existencia de vecinos genera automática y directamente un desplazamiento de una parcela de los costos de vivir en un ambiente saludable hacia la fábrica. Desde un punto de vista descriptivo, ambas afirmaciones son correctas⁶¹, pero se opta por presentarla de cierta manera a la luz de preferencias subjetivas o por la existencia de reglas legales que establecen a qué parte se amparará en una controversia. En la medida que el desplazamiento involuntario es posible y que este genera un costo —o beneficio— sobre un sujeto que no lo originó o que no otorgó su anuencia para sufrirlo —o aprovecharlo—, el sistema jurídico tiende a implementar mecanismos que logren un reequilibrio.

Dado que los costos y los beneficios analizados

son transferidos al margen de un mecanismo de mercado, no contaríamos con un valor de cambio —por pacto o por el mercado—. Recordemos, en las externalidades los terceros soportan —o disfrutan— los costos —o los beneficios— de las conductas realizadas por otros de manera directa e incluso en contra de sus deseos y de la intención de quien produjo la externalidad⁶². Ante ello, ni unos ni otros predispusieron algún mecanismo que les permitiera revelar información sobre sus valuaciones subjetivas, es decir, según sea el caso, cuánto estaría cada uno de ellos dispuesto a sacrificar para no soportar los costos que le son transferidos —externalidad negativa— o cuánto estaría cada uno dispuesto a pagar para aprovecharse de los beneficios que recibe —externalidad positiva—⁶³.

¿Cuál es el problema de ello?

El particular que origina la externalidad no cuenta con la información que le permita adoptar el nivel de actividad y precaución que es socialmente deseable⁶⁴ desde una óptica de

60. Arrow, Kenneth J. y Debreu, Gérard, *Existence of an equilibrium for a competitive economy*, en *Econometrica*, vol. XXII, núm. 3, 1954, pp. 265 y ss.

61. La idea es una extensión del teorema de Coase, toda vez que las externalidades y los problemas anexos a ellas son de carácter bilateral.

62. El tema presenta sus bemoles cuando se trata de asignar los remedios aplicables, así como los (des)incentivos que idealmente el sistema jurídico debería proveer. Sobre el punto véase Dari-Mattiacci, Giuseppe, *Negative liability*, en *The Journal of Legal Studies*, vol. XXXVIII, núm. 1, 2009, pp. 21 y ss.

63. La cuestión permite distinguir, desde un punto de vista económico, entre bienes (*goods*) y males (*bads*). Sobre el punto véase: Arrow, Kenneth J.; Dasgupta, Partha; Goulder, Lawrence H.; Mumford, Kevin J. y Oleson, Kirsten, *Sustainability and the measurement of wealth*, en *Environment and Development Economics*, vol. XVII, núm. 3, 2012, pp. 317 y ss.

64. En el 2019, el profesor Calabresi afrontó este tópico en relación con las reglas de responsabilidad en el evento «Innovation, Justice and Globalization» organizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard los días 26 y 27 de setiembre del 2019. La exposición tuvo por título «*Liability rules: What they are and what they are not*», disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=DgLjUAJOPA0> (15 de marzo del 2022). En concreto, Calabresi señala que el monto a establecerse no tendría por qué imitar al mercado o aquello que se habría logrado si hubiese existido un acuerdo/contrato (minuto 11:08 a 14:41), toda vez que podría fijarse un monto inferior, igual o superior al que se habría obtenido por dicha vía. El resultado variaría dependiendo de la voluntad de la colectividad de favorecer el intercambio involuntario (al fijar un monto muy bajo como el «precio») o casi impedirlo (al fijar un monto muy alto). Sobre la base de lo anterior, este precio podría tener una configuración de una «sanción». Para una aproximación general a los precios y las sanciones desde una perspectiva ius-económica, Saavedra Velazco, Renzo E., *Las externalidades y el criterio de imputación en la responsabilidad extracontractual: Estrategia de precios vs. Estrategia de sanciones*, en *Themis-Revista de Derecho*, núm. 66, 2014, pp. 263 y ss.

eficiencia. La solución es clara: debe establecerse un valor a la externalidad a fin de que el particular ajuste su actividad, lo cual se logrará al forzarlo a soportar los costos que trasladó a terceros —externalidades negativas— o permitiéndole obtener los beneficios que trasladó —externalidades positivas—. El fenómeno descrito es a lo que se denomina “internalización de las externalidades”⁶⁵ y que no sólo se logra mediante remedios legales como la responsabilidad civil, sino a través de estructuras formales e informales.

4. Clasificación de las externalidades y un vistazo al régimen legal para solucionarlas.

Los conceptos que componen las bases del *Law and Economics* han sido estudiados, de manera general en países del *Civil Law*, a partir de ejemplos y limitándose a lo mínimo indispensable.

Si bien ello resulta comprensible debido a que los operadores jurídicos iniciaban su inmersión en los tópicos económicos, el tiempo ha hecho lo suyo.

Si uno realiza una búsqueda por palabras en el repositorio de sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional peruano hallará que existen al menos 36 pronunciamientos en que dicho colegiado con diversas conformaciones⁶⁶ —del 2013 al 2022— emplea el término externalidad como parte de sus fundamentos jurídicos.

¿Ello qué significa? El término ha ido calando entre los operadores jurídicos, incluso en aquellos que pensamos rechazarían una aproximación economicista en el análisis de derechos, por lo que parecería ser aconsejable profundizar en su comprensión⁶⁷.

Así, es harto conocida la diferencia entre externalidades positivas o negativas⁶⁸ y que es útil al permitirnos comprender varios fenómenos. Por un lado, la responsabilidad extracontractual se erige en una hipótesis de externalidad negativa en tanto que el sistema jurídico procura trasladar a quien las origina el costo que soporta la víctima —desincentivando su creación, a menos que el beneficio sea superior a su costo—⁶⁹. Por

65. Endres, Alfred, *Strategies for internalizing externalities*, en Id., *Environmental Economics*, traducción del alemán Iain L. Fraser, Cambridge University Press, Nueva York, 2010, pp. 32-101.

66. El caso más antiguo examinado para el presente artículo fue resuelto por la Sala 2 del Tribunal Constitucional del 2013 conformada por Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, mientras que el caso más reciente fue resuelto por el Pleno del Tribunal Constitucional del 2022 conformado por Ferrero Costa, Sardón de Taboada, Miranda Canales, Blume Fortini, Ledesma Narvaez y Espinoza-Saldaña Barrera. La mayor parte de los pronunciamientos se expidieron en el marco de procesos de habeas data (34), mientras que sólo dos (2) en procesos de amparo.

67. A manera de ejemplo, Posner, Eric A., *Human welfare, not human rights*, en *Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics*, núm. 394, 2008, pp. 1 y ss. (del PDF), disponible a través del web-site del Coase-Sandor Institute for *Law and Economics*: https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/245/

68. La distinción entre externalidades pecuniarias (mercado) o tecnológicas no ha sido estudiada en nuestro medio por la ius-economía. El eje de la diferencia entre ellas radica en cómo se materializa. Así, en el caso de las primeras opera a través del sistema de precios, esto es, la conducta o decisión de un sujeto (o un grupo de ellos) provoca una alteración en el precio de un bien/servicio (por ejemplo, el desplazamiento de la demanda de inmuebles en cierta zona rural por parte de quienes habitan en una específica zona urbana, ocasionando un incremento del precio en dicha zona rural), mientras que las segundas afectando los recursos que posee o a los que accede un individuo (o un grupo de ellos). El ejemplo tradicional de la fábrica que afecta el medio ambiente de los vecinos es un caso de externalidad tecnológica. En un sistema de mercado completo las externalidades pecuniarias deberían compensarse entre sí, esto es, el margen de la ganancia de un sujeto debería ser recíproca a la pérdida del otro. Naturalmente, los mercados no siempre pueden subsumirse en dicho modelo, estas externalidades crean desequilibrios.

69. Gilead, Israel, *Tort Law and internalization: The gap between private loss and social cost*, en *International Review of Law and Economics*, vol. XVII, núm. 4, 1997, pp. 589-608.

otro lado, el enriquecimiento sin causa se erige en una hipótesis de externalidad positiva que provoca una reacción del sistema jurídico dirigida a imponer sobre el beneficiado el deber de restituir el valor de aquello en que se enriquecen —en sentido amplio—⁷⁰ de la conducta ajena —incentivando su creación, en particular en el caso de bienes públicos—⁷¹. Si se prefiere, en el esquema de externalidades negativas solemos centrarnos en el costo que es impuesto sobre la parte afectada —víctima—, mientras que en las externalidades positivas el interés se desplaza hacia la parte beneficiada.

Quisiera agregar otra diferencia centrada en el número de los terceros afectados por una toma de decisión en que no participa⁷². La importancia no es menor. En un caso, si el número de afectados es reducido, entonces tenderá a ser posible que los particulares involucrados interactúen para solucionar el pro-

blema, logrando que quien creó la externalidad —negativa— la internalice o permitiendo que quien se beneficia de una externalidad —positiva— compense a quien la originó —el acuerdo privado es posible—. Así, los ejemplos que propuso Coase en “*The problem of social cost*” y los casos en que se cumple lo previsto en su teorema se reconducirían a lo esbozado, recibiendo la calificación de externalidad privada.

Por su parte, existen otras externalidades en que los costos de la negociación resultan tan altos que se tornan prohibitivos. En tales casos la solución privada tiende a ser imposible, por lo que el sistema jurídico construye una regla por defecto o un régimen legal destinado a solucionar el impasse⁷³ —o a reducir el costo para intentar una solución privada o la internalización de la externalidad—⁷⁴. En estos casos, la externalidad es calificada como pública.

70. Las investigaciones en nuestro país sobre la materia son escasas, por lo que casi podríamos limitarnos a aludir, por su calidad, a León Hilario, Leysser L., *La acción restitutoria por enriquecimiento injustificado en el Perú: Notas históricas, comparativas y prácticas*, en *Gaceta Civil & Procesal Civil*, núm. 100, Lima, 2021, pp. 27 y ss.; Barchi Velaochaga, Luciano, *El enriquecimiento sin causa en el contexto del contrato: a propósito del pago en exceso*, en *Advocatus*, núm. 38, 2019, pp. 27 y ss.; y Fernández Cruz, *Tutela y remedios: La indemnización entre la tutela resarcitoria y el enriquecimiento sin causa*, en Aa. Vv., *Libro de ponencias al X Congreso Nacional de Derecho Civil* bajo la coordinación de Roger Vidal, Instituto Peruano de Derecho Civil, Lima, 2015, pp. 105 y ss.

71. Porat, Ariel, *Private production of public goods: Liability for unrequested benefits*, en *Michigan Law Review*, vol. CVIII, núm. 2, 2009, pp. 189 y ss.

72. El planteamiento se reconduce al ensayo de Hartwick, John M. y Olewiler, Nancy D., *The economics of natural resource use*, en *Land Economics*, vol. LXII, núm. 4, 1986, pp. 422 y ss. Sin embargo, una serie de investigaciones posteriores hacen eco de esta diferencia: Kula, Erhun, *Economics of natural resources and the environment*, Chapman & Hall, Londres, 1992, pp. 152 y ss.; y Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *op. cit.*, pp. 139-142.

73. Es la consecuencia natural del teorema de Coase: en un mundo donde existen costos de transacción altos, la regla legal sí importa. Sin embargo, no estoy sosteniendo una solución pública de manera inmediata, lo único que señalo es que si existen estos altos costos de transacción y la solución privada resulta imposible, entonces se debe dar paso a una solución pública. Al margen de ello, la solución pública tenderá a ser supletoria, salvo que existan razones para tornarla imperativa (la protección de intereses públicos). Sobre el punto *vid* Schlag, Pierre, *The problem of transaction cost*, en *Southern California Law Review*, vol. LXII, núm. 6, 1999, pp. 1661 y ss., en particular pp. 1679-1687; Schwartz, Alan, *The default rule paradigm and the limit of contract law*, en *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, vol. III, núm. 1, 1993, pp. 389 y ss.

74. A manera de ejemplo, la posibilidad de interponer pretensiones en defensa de intereses colectivos o difusos procura justamente reducir los costos prohibitivos de la acción coordinada, potenciando la posibilidad de un acuerdo que permite la internalización de las externalidades creadas por un sujeto (por ejemplo, el fabricante de un producto defectuoso o una empresa que contamina el medio ambiente). Para una aproximación al tema véase Rosenberg, David, *Mandatory litigation class action: The only option for mass torts cases*, en *Harvard Law Review*, vol. CXV, núm. 3, 2002, pp. 831 y ss.

Naturalmente, la determinación de cuál solución —privada o pública— resulta deseable desde un punto de vista de eficiencia se sujeta a diversas consideraciones, tales como el alcance de los sujetos afectados —mientras más bajo el número de involucrados en una de las partes del litigio resulta más probable llegar a un acuerdo, favoreciendo la solución privada—⁷⁵, los costos de transacción —mientras más bajos sean los costos de búsqueda y coordinación de los afectados se aspirará a un acuerdo de mayor cuantía, reduciendo con ello la posibilidad de arribar a una solución privada y lo propio sucedería a la inversa—, los costos de la incertidumbre del órgano encargado de decidir la controversia —mientras mayor incertidumbre en torno al sentido de la decisión, menos inclinados estarán los demandados a transar—⁷⁶ y así por el estilo. La acotación de Coase acerca de que no podemos inclinarnos automáticamente por la solución pública permanece en lo sustancial.

Bien vistas las cosas, la externalidad es el subproducto de un problema de costos de transacción.

En este punto de la exposición no resultará complicado entender el por qué. En un mundo sin costos de transacción los particulares podrían, mediante acuerdos privados, lograr la internalización. Desafortunadamente, no nos movemos

en un mundo sin costos de transacción y, por extensión, requerimos de soluciones públicas, en especial porque sirven como anclaje⁷⁷.

III. ¿UN CONCEPTO CONOCIDO? SENTANDO LAS BASES PARA LA COMPRENSIÓN DE LOS “COSTOS DE TRANSACCIÓN”

A semejanza de lo que ocurre con las externalidades, en el caso de los costos de transacción el principal problema se gesta por la reticencia —u omisión— de Coase de ofrecer una definición.

Es curioso constatar que entre los “especialistas” —tanto críticos como entusiastas— existe consenso en que: (i) en “*The nature of the firm*” se esboza por primera vez la idea de los costos de transacción, (ii) Coase nunca usa el término costo de transacción, sino “the cost of using the price mechanism”⁷⁸ y (iii) los confines de la idea son muy gaseosos.

Dada las peculiaridades reseñadas y la circunstancia de que en los ejemplos ofrecidos por Coase se asume el inicio de una etapa precontractual, parecería que los costos de transacción tienen una vinculación intrínseca con la contratación. La realidad es distinta⁷⁹. No niego que hoy exista un sector de académicos que limite el alcance de los costos de transacción al campo contractual; me interesa más bien hacer

75. Como se tuvo la oportunidad de precisar, las externalidades privadas, por lo general, son susceptibles de una solución de mercado (solución privada vía negociación), pero en el caso de las externalidades públicas (atadas de manera usual a un «mal público») tienden a cobrar mayor realce las soluciones ajenas al mercado justamente por la dificultad de implementar una solución privada.

76. Al menos en lo que atañe a un resultado de asignación de responsabilidad. Si, en cambio, la incertidumbre es sobre la magnitud de la responsabilidad, la inclinación o no al acuerdo dependerá de si se es averso al riesgo o si existen secuelas distintas debido a que la controversia queda abierta (por ejemplo, necesidad de incluir provisiones en la contabilidad puede afectar los estados financieros y el valor de las acciones).

77. Li, Lunzheng; Maniadis, Zacharias; y Sedikides, Constantine, *Anchoring in economics: A meta-analysis of studies on willingness-to-pay and willingness-to-accept*, en *Journal of Behavioral and Experimental economics*, vol. XC, núm. 2, 2021, pp. 1 ss.

78. Por su parte, en «*The problem of social cost*» utiliza la frase «the costs of market transactions».

79. La idea es planteada por Allen, Douglas W., *Transaction Costs*, en Aa. Vv., *Encyclopedia of Law & Economics* edición a cargo de Boudewijn Bouckaert y Gerrit De Geest, vol. I: *The history and methodology of Law and Economics*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2000, pp. 893 y ss.

hincapié en el otro sector. En el segundo grupo están quienes centran los costos de transacción en los costos de establecer y hacer valer los *property rights*⁸⁰.

El primer grupo tiene una noción limitada de los costos de transacción. En efecto, se asume el inminente inicio de tratativas, por lo que los académicos que acogen esta perspectiva tienden a focalizarse en el impacto de los costos en el volumen de los intercambios de mercado, la posibilidad y la aptitud de los agentes económicos de ejercer arbitraje —*arbitrage*—⁸¹, la existencia de equilibrio y otros asuntos propios de un análisis neoclásico. En consecuencia, las investigaciones pueden denominarse como neoclásicas⁸².

El segundo grupo tiene una perspectiva más

amplia pues se centran en el impacto que tienen los costos de transacción en la distribución de los *property rights*, por lo que se estudian aquellos productos jurídicos⁸³, políticas y organizaciones que generan (des)incentivos en la producción y (re)asignación. Estas investigaciones se asientan en las ideas de la economía neoclásica, pero, a partir de ellas, hacen importantes progresos⁸⁴, por lo que dan origen a nuevos subcampos de estudio, tales como el *Law and Economics* y la nueva economía institucional⁸⁵ —en cuyo interior se encuentra la denominada “Economía de los costos de transacción”—⁸⁶.

Considero aconsejable seguir la segunda posición ya que nos permitirá estudiar de manera más completa un conjunto de fenómenos jurídicos que se desarrollan fuera del campo contractual.

80. Allen, Douglas W., *What are Transaction Costs?*, en *Research in Law and Economics*, vol. XIV, 1991, pp. 1 y ss.

81. Desde un punto de vista económico-financiero, el *arbitrage* supone la práctica de aprovechar las eventuales diferencias de precio de un mismo bien en distintos mercados. Así, un individuo se beneficia al realizar en los citados mercados operaciones de compra y venta del bien, reteniendo, además del beneficio general de toda operación que involucre el bien, la diferencia entre el precio regular en los mercados de tal bien y el precio al que en el mercado concreto (Sharpe, William F. y Alexander, Gordon J., *Investments*, cuarta edición, Prentice-Hall, Nueva Jersey, 1990, p. 795).

Desde un punto de vista teórico, el *arbitrage* no resultaría posible, al menos en múltiples operaciones, en un mercado perfectamente competitivo, toda vez que la información sería incorporada de modo automático en el precio. Al respecto véase Fama, Eugene, *Efficient capital markets: A review of theory and empirical work*, en *The Journal of Finance*, vol. XXV, núm. 2, 1970, pp. 383 y ss., la crítica a esta visión provino, entre otros, de Shiller, Robert J., *From efficient markets theory to behavioral finance*, en *Journal of Economic Perspectives*, vol. XVII, núm. 1, 2003, pp. 83 y ss.

82. Véase *retro* nota al pie (53). Sin embargo, parecería que Bullard acoge una posición neoclásica por la insistencia en que califica a los costos de transacción como los costos de contratar. La eventual explicación, así como la aparente contradicción en reconocer costos de transacción en escenarios «fuera de la contratación», podría asentarse en que se juzgan como costos asumidos con vistas a la futura celebración de un contrato.

83. En relación con el término «producto jurídico o legal» como noción que subsume a las reglas legales, figuras doctrinales y fórmulas jurisprudenciales (Saavedra Velazco, Renzo E., *Análisis económico y comparado del Derecho privado: Una introducción*, Fogueras, Lima, 2016, pp. 61-72).

84. A manera de ejemplo, North, Douglass C., *Transaction costs, institutions, and economic performance*, ICS Press, San Francisco, 1992, pp. 6-9, establece qué factores incluyen en la creación y reducción de tales costos.

85. Rutherford, Malcolm, *Institutional economics: Then and now*, en *Journal of Economic Perspectives*, vol. XV, núm. 3, 2001, pp. 173 y ss.

86. Uno de sus padres es, sin duda, el ganador del Nobel de Economía 2009 Oliver E. Williamson, quien, además, tenía gran interés por el *Law and Economics*. Véase, para una aproximación a esta escuela (además de una crítica a Richard A. Posner), Williamson, Oliver E., *Transaction cost economics meets Posnerian Law and Economics*, en *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, CXLIX, núm. 1, 1993, pp. 99 y ss.

1. Contexto y asunciones.

A menudo los operadores jurídicos, incluidos los ius-economistas, pierden de vista que el aporte de Coase a la economía significó una auténtica revolución copernicana⁸⁷. Sí, todos repiten que a partir de Coase se comenzaron a evaluar los costos anexos a la negociación y ejecución de acuerdos. El aspecto que queda oculto es por qué en el período anterior a Coase se consideraba que llegar a acuerdos no importaba ningún costo⁸⁸ y cuál era la trascendencia de tal asunción.

La economía trabajaba bajo la idea del mercado perfectamente competitivo⁸⁹. En un mundo en que el mercado funciona de esta manera resulta axiomático que los intercambios no afrontan costos adicionales al precio. Si el precio de mercado incorporaba la información disponible respecto de las cualidades y atributos de lo intercambiado, entonces no existe algún componente anexo al recurso —o a la operación— que no haya sido valorado⁹⁰. El contexto es ideal para tomar decisiones racionales que maximicen la utilidad de los intervinientes.

Quizás sea aconsejable recordar las características más saltantes de un mercado competitivo⁹¹:

- a) El mercado posee un número significativo de consumidores y proveedores, lo cual elimina la posibilidad de monopolio, monopolopsonio y oligopolio.
- b) Los agentes económicos son tomadores de precios o ningún agente tiene la posibilidad de influir por sí mismo en el precio⁹² —si existiesen agentes con dicho poder no estaríamos ante un mercado competitivo—.
- c) Las mercancías son homogéneas —*commodities*—, vale decir, comparten iguales cualidades y son intercambiables entre sí⁹³ —situación que facilita el cumplimiento de las características anteriores, toda vez que si los productos fueran heterogéneos no existiría una competencia y además la demanda/oferta se tornaría inelástica—⁹⁴.
- d) Los consumidores cuentan con la información necesaria para tomar su decisión⁹⁵.

87. Klaes, Matthias, *The history of the concept of transaction costs: Neglected aspects*, en *Journal of the History of Economic Thought*, vol. XXII, núm. 2, 2000, pp. 191 y ss.

88. Coase, Ronald H., *The problem of social cost*, cit., p. 19, donde señala que: «Of course, if market transactions were costless, all that matters (questions of equity apart) is that the rights of the various parties should be well-defined and the results of legal actions easy to forecast.»

89. Para una breve aproximación general sobre el tema véase McNulty, Paul J., *A note on the history of perfect competition*, en *Journal of Political Economy*, vol. LXXV, núm. 4, parte 1, 1967, pp. 1967, pp. 395 y ss.

90. Hayek, Friedrich A., *The use of knowledge in society*, en *The American Economic Review*, vol. XXXV, núm. 4, 1945, pp. 519 y ss.

91. Knight, Frank H., *Risk, uncertainty and profit*, Houghton Mifflin Company, Boston y New York, 1921, pp. 76-80.

92. Para mayor detalle: Gretskey, Neil E., Ostroy, Joseph M. y Zame, William R., *Perfect competition in the continuous assignment model*, en *Journal of economic theory*, vol. LXXXVIII, núm. 1, 1999, pp. 60 y ss.

93. Hayek, Friedrich A., *The meaning of competition*, en *Econ Journal Watch*, vol. XIII, núm. 2, 2016, pp. 360 y ss., en particular p. 362. El trabajo fue publicado originamente en Hayek, Friedrich A., *Individualism and Economic Order*, University of Chicago Press, Chicago, 1948, pp. 92-106.

94. Para una aproximación general véase Gómez López, Luis Francisco, *The concept of elasticity and strategies for teaching it in introductory courses of economics*, en *Semestre económico*, vol. XXII, núm. 51, 2019, pp. 149 y ss.

95. Robinson, Joan, *What is perfect competition?*, en *The Quarterly Journal of Economics*, vol. XLIX, núm. 1, 1934, pp. 104 y ss.; y Hayek, Friedrich A., *The meaning of competition*, cit., p. 362.

- e) Los derechos se encuentran bien definidos, por lo que no existe incertidumbre sobre la identidad del titular y el alcance de la prerrogativa que ostenta.
- f) La ausencia de barrera de acceso o salida de agentes económicos, así como para el libre intercambio⁹⁶.
- g) Los intercambios se ejecutan de inmediato, es decir, no existe un factor intertemporal en juego.

En el contexto descrito, resulta absurdo pensar en la potencial existencia de costos anexos a la contratación. Las razones no son complicadas. Los costos de transacción suponen la existencia de fricciones en el mercado o la presencia de circunstancias externas que constriñan a los involucrados a introducir en sus respectivos análisis variables que impactan en el valor que asignan al recurso —distintas a la producción del bien o a su entrega—⁹⁷.

Si uno se detiene a evaluar lo anterior entenderá cómo las asunciones se verán alteradas gracias al análisis coaseano. Bajo la perspectiva de Coase se puede predicar que se cumple lo indicado en (e) si, y sólo si, los derechos están perfectamente: (i) determinados en su contenido, (ii) asignados y (iii) tutelados frente a agresiones; sin embargo, para la perspectiva anterior a Coase:

- a) El contenido del derecho resulta claro, por lo que no resultaría posible que la conducta de un tercero afecte el valor de dicho derecho —ausencia de externalidades—.
- b) En tanto que se cumple lo indicado en (i) existe un único titular y, por lo tanto, no resulta viable la posibilidad de conflicto —o superposición— entre prerrogativas. Lo anterior supone que no es necesario utili-

zar el Derecho para definir el alcance de las titularidades.

- c) Todos los rendimientos y costos anexos a la prerrogativa son absorbidos por el titular, lo cual genera incentivos adecuados para el uso eficiente del derecho —pues el titular invertirá mientras obtenga beneficios que superen el costo de oportunidad y optará por transferir cuando ello ya no sea así—.

Lo expuesto podría parecer llamativo para un operador jurídico actual, pero resultaba clarísimo para un economista neoclásico. Así, no era necesario prestar atención a las cualidades de lo que se intercambiará pues su valor se encontraba incorporado en el precio. Dicho en otras palabras, los agentes únicamente debían conocer el precio para tomar contacto con la información relevante del bien y actuar en consecuencia, máxime si los bienes eran homogéneos.

Tal vez lo más llamativo era que la ejecución del intercambio no suscitaba preocupaciones, pero también era comprensible. Si no existe diferencia entre el momento de la celebración y el momento de la ejecución, se eliminaba toda inquietud acerca de comportamientos estratégicos y las potenciales variaciones de los costos y/o beneficios de la operación. Incluso si hubiese sido posible este comportamiento estratégico, el mismo ya habría sido incorporado en el precio —aunque ello sería una infracción de la asunción de la homogeneidad, en tanto que significaría que la identidad del proveedor sí resultaba relevante—. Así, se eliminaría los costos de información.

En tal contexto es fácil comprender por qué todos los intercambios voluntarios son beneficiosos y por qué los intercambios beneficiosos tienen lugar en un mercado perfectamente competitivo —alcanzándose el óptimo *paretia-*

96. Robinson, Joan, *op. cit.*, p. 104; y Hayek, Friedrich A., *op. cit.*, 362.

97. Arrow, Kenneth, *Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care: Reply (The Implications of Transaction Costs and Adjustment Lags)*, en *The American Economic Review*, vol. LV, núm.1/2, 1965, pp. 154 y ss., en particular p. 155.

no—; y, a su vez, por qué se da por hecho que los costos privados coinciden con los costos sociales⁹⁸.

2. Noción de costo de transacción.

En el contexto antes descrito podría considerarse “insolente”⁹⁹ brindar una definición. A pesar de ello, considero que es lo aconsejable a fin de ofrecerle al operador jurídico un camino más seguro por el cual transitar, además, es ineludible cuando se critica —como lo haré— el uso o el contenido que se le otorga al concepto en otros trabajos.

Así, los costos de transacción serían aquellos costos que asume un individuo con el propósito de fijar/definir los límites de su propia prerrogativa legal, transferirla y/u obtener —o conservar— una tutela jurídica. Los “costos de contratar” serían sólo una fracción del universo de los costos de transacción, además, se reconoce que los derechos de propiedad no están perfectamente definidos y que el titular debe realizar actividades *ex ante* y *ex post*¹⁰⁰.

Antes de explicar qué entiendo por delimitación *ex ante* y *ex post* de los derechos de propiedad, tengo que hacer lo propio con la definición de *property rights*. A menudo se pierde de vista que la idea de *property rights*¹⁰¹ existente en el *Common Law* tanto en el campo jurídico¹⁰², como en el económico¹⁰³, no coincide con el concepto de propiedad del sistema europeo-continental. Si bien los *property rights* suponen el reconocimiento de que el titular tiene las prerrogativas de excluir, usar y transferir¹⁰⁴ —algo similar a lo que se piensa en el *Civil Law*—; la diferencia recae en a qué prerrogativas se le puede asignar tales características. Así, se reconoce *property rights* a los individuos sobre prerrogativas tan disímiles como los datos personales, la propiedad intelectual y el *timeshare* debido a que reúnen las tres características y recaen sobre un recurso escaso.

Cuando uno lee a (ius)economistas estadounidenses referirse a la necesidad de que los derechos de propiedad se encuentren definidos, debe comprender que se alude a *property rights* y no sólo al derecho real sobre un bien¹⁰⁵. Los

98. Stigler, George, *Theory of price*, tercera edición, Macmillan Publishing Company, Nueva York, 1966, p. 120.

99. De Trazegnies Granda, Fernando, *Pensando insolentemente: Tres perspectivas académicas sobre el Derecho seguidas de otras insolencias jurídicas*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000.

100. En el Perú, el asunto genera múltiples cuestionamientos desde una perspectiva dogmática clásica, sobre todo en los últimos años debido a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial respecto de la protección de la confianza suscitada en la información registral y otros actos exteriores.

101. Cole, Daniel H. y Grossman, Peter Z., *The meaning of property rights: Law versus Economics?*, en *Land Economics*, vol. LXXVIII, núm. 3, 2002, pp. 317 y ss.

102. Para una visión comparativa véase Levasseur, Alain A., *The boundaries of property rights: La notion de biens*, en *The American Journal of Comparative Law*, vol. LIV, *American Law in the 21st Century: U.S. National Reports to the XVIIth International Congress of Comparative Law*, 2006, pp. 145 y ss.

103. Alchian, Armen A., *Some economics of property rights*, en *El Político*, vol. XXX, núm. 4, 1965, pp. 816 y ss., en particular pp. 817-819.

104. Merrill, Thomas W., *Property and the right to exclude*, en *Nebraska Law Review*, vol. LXXVII, núm. 4, 1998, pp. 730 y ss., en particular pp. 730 y 742-743, donde señala respectivamente que: «I shall argue in this Essay that the right to exclude others is more than just “one of the most essential” constituents of property—it is the *sine qua non*» y luego que la exclusión atraviesa todos los atributos de la propiedad, incluida la disposición; y Epstein, Richard A., *Takings: private property and the power of eminent domain*, Harvard University Press, Cambridge, 1985, p. 74 («The right of disposition is a property right, in the same degree and manner as the right to exclusive possession»).

105. Cfr. Cole, Daniel H. y Grossman, Peter Z., *op. cit.*, pp. 325-328.

property rights son definidos *ex ante* o *ex post* a un potencial acuerdo. Antes de un acuerdo, el titular de un *property right* debe asumir los costos de delimitar tanto física, como jurídicamente, el alcance de su prerrogativa legal, lo cual le significará asumir inversiones. Imaginemos al propietario de un predio. Desde que se apropia del bien, asume el costo de ejercer la posesión —mediata o inmediata—, cercar, levantar la información catastral, dar el alta en la Municipalidad, inscribir en los Registros Públicos, etc.; y al realizarlo permite conocer el alcance físico y jurídico de su prerrogativa, facilitando su defensa, uso, la constitución de otras prerrogativas —derechos reales menores—¹⁰⁶ o la transferencia —de todo o parte de ella—. Se asumen estos costos porque el sistema no es perfecto y el propietario es el llamado a asumirlos.

Con posterioridad a un acuerdo la situación no varía mucho. El adquirente tiene la carga de decidir sobre todas las cuestiones enumeradas en el párrafo anterior, lo cual le permitirá consolidar —o no— su titularidad; todo ello sin olvidar que en la redacción del acuerdo puede —o no— ser claro sobre los alcances y límites de la prerrogativa transferida —constituida—, así como los costos involucrados para materializar los objetivos trazados en el acuerdo.

En términos llanos, los costos de transacción serían todos los costos que los individuos se ven forzados a asumir debido a que no se mueven en un contexto propio del mundo de Robinson Crusoe¹⁰⁷ —prerrogativas legales/económicas perfectamente definidas e imposibilidad de que se dé una superposición/conflicto acerca del alcance de las prerrogativas y su titularidad—.

Así las cosas, valdría la pena esbozar las causas que originan los costos de transacción o agudizan su magnitud. Convengo con Rowley, quien afirma que los costos de transacción emergen¹⁰⁸ de: (i) una inadecuada definición de los *property rights*; (ii) la existencia de externalidades; (iii) el número de agentes involucrados; y (iv) la falta de idoneidad de las instituciones¹⁰⁹.

3. ¿Coase vs. Pigou?

Como anticipé, no tengo por intención defender a Pigou. Sí es mi intención efectuar precisiones que resulten de utilidad para el lector en la comprensión de la construcción *coaseana* y la propuesta *pigouviana*, así como de cuáles serían sus consecuencias.

Dado que en el Perú la investigación académica es insipiente, resulta extraño que los inves-

106. Escobar Rozas, Freddy, *Apuntes sobre la circulación de los derechos reales derivados*, en *Ius et veritas*, año XV, núm. 30, 2005, pp. 164 y ss.

107. Starr, Ross M., *An elementary general equilibrium model: The Robinson Crusoe economy*, en Id., *General Equilibrium Theory: An introduction*, segunda edición, Cambridge University Press, Nueva York, 2011, pp. 12 y ss.; y Demsetz, Harold, *Toward a theory of property rights*, en *The American Economic Review*, vol. CVII, núm. 2, 1967, pp. 347 y ss.

108. Rowley, Charles K., *Prologue: The 'problem' of social cost*, en Cheung, Steven N. S., *The myth of social cost: A critique of welfare economics and the implications for public policy*, Hobart Paper, vol. LXXXII, The Institute of Economic Affairs, Londres, 1978, pp. 14-16.

109. Consúltense North, Douglass, *Institutions*, en *Journal of Economic Perspectives*, vol. V, núm. 1, 1991, pp. 97 y ss., en particular p. 97: «[I]nstitutions are the humanly devised constraints that structure political, economic and social interaction. They consist of both informal constraints (sanctions, taboos, customs, traditions, and codes of conduct), and formal rules (constitutions, laws, property rights). Throughout history, institutions have been devised by human beings to create order and reduce uncertainty in exchange. Together with the standard constraints of economics they define the choice set and therefore determine transaction and production costs and hence the profitability and feasibility of engaging in economic activity. They evolve incrementally, connecting the past with the present and the future; history in consequence is largely a story of institutional evolution in which the historical performance of economies can only be understood as a part of a sequential story. Institutions provide the incentive structure of an economy; as that structure evolves, it shapes the direction of economic change towards growth, stagnation, or decline.»

tigadores realicen sus pesquisas mediante la consulta “directa” de las fuentes y/o el estudio de los orígenes de lo investigado. El *modus operandi* asentado es leer los trabajos más recientes, realizar citas de segunda mano —u ocultar que eso es lo que se hace en realidad—¹¹⁰ y dar por hecho que lo afirmado por otros es un bosquejo fiel de lo que sostienen los autores que formularon ciertas ideas relevantes. La práctica, indeseable por donde se le mire, es comprensible

si se toma en cuenta que nuestra academia se encuentra constituida por profesionales que no se dedican exclusivamente a la investigación o la docencia¹¹¹.

Si se le adiciona que nuestra academia tiende a ser conservadora —no aprecia la innovación e interdisciplinariedad—¹¹², entonces se entreverán las razones que anclan las investigaciones a pocos tópicos y a enfoques tradicionales¹¹³. A

110. Hace casi veinte años, gracias a las clases del profesor Leysser León (*El sentido de la codificación civil: Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano*, Palestra, Lima, 2004, pp. capítulo I, primera parte, texto y nota [2] y [29]) tomé contacto de una historia que, hace poco, pude leer de primera mano. El profesor Francesco Galgano (*Giuristi che leggono, giuristi che scrivono*, en *Contratto e impresa*, año VI, núm. 2, 1990, pp. 779 y ss., en particular pp. 782-783) comenta que: «*Ci sono i lettori veri, ma ci sono anche i falsi lettori, ossia coloro che, pur non leggendo, simulano ad arte di aver letto. In questa categoria rientrano quegli scrittori che praticano sapientemente la tecnica delle citazioni di seconda mano. Il grado della citazione è, per la verità, un'incognita, e si dovrebbe più propriamente parlare di citazioni di più mani, giacché chi si avvale di queste tecnica non sa se l'autore dal quale attinge la citazione può essere di terza, o di quarta mano, e così via. Se poi, nel passare di mano in mano, una citazione subisce un refuso, e Ross ad esempio diventa Moss, allora si produce un fenomeno nuovo e prodigioso: il firmamento della letteratura giuridica si arricchisce di una nuova stella, la cui luce illuminerà le bibliografie successive al refuso.*

Portenti di tal natura possono prodursi anche in altro modo. In Germania vive ed opera una giurista che risponde al nome di Erster Teil. Chi conosce il tedesco obietterà che erster Teil, in quella lingua, significa prima parte. Eppure una giurista di questo nome esiste: lo documenta, inoppugnabilmente, l'indice per autori di un'opera giuridica di R. B., dove l'autrice è così menzionata: Teil (Erster).»

111. Nadie cuestionará que en el Perú los profesores de derecho (incluidos los «ordinarios») son, en un porcentaje aplastante, profesionales cuya actividad principal no es la academia, sino el ejercicio de la profesión en firmas legales, entidades u órganos públicos, empresas públicas o privadas, organizaciones sin fines de lucro o entes internacionales. Lo propio podemos afirmar de quienes elaboran el grueso de las investigaciones jurídicas. Si se prefiere, el grueso de los investigadores y profesores peruanos le dedica sólo parte de su «tiempo libre» a la labor académica. Nótese que no es una crítica a los profesionales que, con legítima vocación, se esfuerzan por aportar a la academia (tornando más loable su labor). La situación descrita explica por qué resulta complicado que la labor académica alcance los niveles que se desearían y sobre todo que el investigador dedique demasiado tiempo al estudio de las fuentes directas y a su vez a la innovación.

112. Garoupa, Nuno, *The Law and Economics of legal parochialism*, cit., pp. 1523-1527, donde se examinan algunas explicaciones de por qué el *Law and Economics* y otras aproximaciones funcionales (*Law and Literature*, *Law and Psychology*, etc.) no tienen arraigo en sistemas distintos al angloamericano.

El autor plantea dos (2) condiciones para que los sistemas implementen un proteccionismo (conservadurismo) de la «producción interna de derecho» frente a los «productos foráneos»: «*The first condition to implement protectionism in legal innovations is to recognize that a small group of producers is able to cartelize and secure the benefits from closing down the market. At the same time, the losers (the local consumers) must have dispersed interests that can hardly be coordinated to avoid protectionism. Legal parochialism thus emerges as the result of cartel behavior from the main beneficiaries: the local incumbents, who are the law professors and legal scholars.*

The second condition is that the local incumbents exercise some significant market power in the relevant industry. Such market power can be reflected in different relevant dimensions. For example, they can exert some control over the supply of legal reform so that legal policy makers do not look for alternative providers elsewhere. In this respect, local incumbents operate as a powerful lobby that discourages legal reformers from looking for multiple sources of legal thinking.» (p. 1525)

113. Garoupa, Nuno y Ulen, Thomas S., *The market for legal innovation: Law and Economics in Europe and the United States*, cit., p. 1564, entienden por innovación legal: «*a scholarly innovation that brings a new technique, a new subject matter area, or the like into the study of either law generally or some area within the study of law. Legal realism might*

(Continúa en la siguiente página)

la luz de lo expuesto, es natural que los ius-economistas nacionales no muestren interés en conocer el pensamiento de Pigou y cuyas ideas fueron severamente criticadas por Coase. La realidad es que varios planteamientos de Pigou sirvieron de fundamento para que Coase articulara los suyos.

En las últimas décadas un sector de académicos¹¹⁴ se dedicaron a resaltar que Coase, pese a que realizó severas críticas a las soluciones sugeridas por Pigou, en los hechos propuso soluciones que son simétricas a aquellas de Pigou; e incluso, en ciertos casos, Coase malinterpretó los casos o las soluciones¹¹⁵ propuestas por aquél.

A continuación, me limitaré a destacar aquí que Pigou esbozó en *"The Economics of Welfare"* un concepto similar al de costos de transacción¹¹⁶ y que, en otros trabajos, *"Essays in applied Economics"* (1924), *"Economics in practice: Six lectures on current issues"* (1935) y *"Socialism versus Capi-*

talism" (1937), expuso ideas que divergen de la visión que Coase brinda de su posición en torno al rol del Estado.

3.1. *"Transaction cost" y "cost of movement"*.

Si los costos de transacción son entendidos como los costos asumidos por los agentes económicos para definir sus *property rights* y, a su turno, usar o disponer de ellos —típicamente a través del contrato—; convirtiéndose en un obstáculo o incluso un impedimento para la defensa de prerrogativas legales o para emprender transacciones —pese a que el potencial adquirente valora el bien en un monto superior a su costo de producción o al precio de reserva del enajenante—, se comprenderá sin problema que se erigen en fricciones del sistema de mercado. En breve, los costos de transacción son límites para el uso y disposición eficiente de los recursos, impidiendo, de ser el caso, su reasignación a su uso alternativo más eficiente

be an example of such an innovation, if one considers that innovation to consist of an emphasis on the actual consequences of the law. Legal formalism, taken to be a focus on the logical coherence among doctrines and across fields of law, might be another. The use of literary techniques of analysis and textual deconstruction to examine law, might be another.»

Concluyen que los factores que más influyen en el juicio positivo en torno a la innovación se encuentra en: «the degree of competitiveness in a nation's higher education sector and, with respect to *Law and Economics*, whether the nation's legal educators have had a prior innovation that approximates legal realism» (p. 1579).

114. Simpson, A. W. Brian, 'Coase v. Pigou' reexamined, cit., pp. 53 y ss.; Hovenkamp, Herbert J., *The Coase Theorem and Arthur Cecil Pigou*, cit., pp. 636-640; y Baffi, Enrico, *Coase versus Pigou: Still a difficult debate after fifty years*, en *Global & Local Economic Review*, vol. XVI, núm. 2, 2012, pp. 35 y ss., en particular pp. 38-42.

A manera de ejemplo, Baffi señala que: «In writing a comment about the decision, he states, 'The economic problem is that of deciding which to choose a lower cost for beer and a worsened amenities in adjoining houses, or a higher cost of beer and improved amenities (Coase 1960, p. 114)'. The well from which the smell of beer was emanating was connected to an underground channel from a small beer producing center. The judge declared that the defendant possessed prescription rights and was thus permitted to allow the smell to emanate. Coase maintained that the problem in the case of *Bass v. Gregory* was that the air from the well made the production of beer easier, but the sour air expelled by the well made life in the adjacent houses less pleasant. The economic problem consisted in the choice between a lower cost for the beer and less comfort in the neighboring houses or a higher cost for the beer and greater comfort. It is important to note that Coase reasoned in a way that had previously made him the subject of criticism when used by Pigou. He considered whether to stop all activity or to allow any level of activity (Cooter 1998, p. 457). He did not try to propose a solution that assured efficiency at the margins. He looked at two possible solutions: the activity must be completely stopped or the activity is totally legal. It is the same reasoning as when Pigou proposed to move certain industries out of the towns. In fact, it was a way to give an evaluation that looked at the total, because an evaluation based on the obtainment of efficiency at the margin could determine other costs so that the solution would not be the best one».

115. Simpson, A. W. Brian, 'Coase v. Pigou' reexamined, cit., p. 53.

116. Hovenkamp, Herbert J., *The Coase Theorem and Arthur Cecil Pigou*, cit., pp. 636-640.

al inhibir acuerdos que serían favorables tanto individual como colectivamente.

En *"The Economics of Welfare"* Pigou plantea la existencia de *"cost of movement"*, los cuales, si son lo suficientemente altos, inhibirían el desplazamiento o reasignación del recurso al interior de la economía nacional, mientras que, si no existiesen, entonces se alcanzaría el mayor dividendo nacional —*largest national dividend*—. En palabras de Pigou: *"in real life costs are often involved in moving resources from one place or occupation to another"*¹¹⁷, lo cual parece no ser consistente con la imagen ofrecida por Coase.

Bien vistas las cosas, existe un patente paralelismo —no plena coincidencia— entre los *"Transaction costs"* y los *"costs of movement"*. Hago notar esta precisión pues mi intención no es sugerir que los costos de transacción sean un concepto tomado de Pigou. El paralelismo entre los conceptos es tal que la asignación original de los recursos llegaría a condicionar los resultados:

"If the initial distribution of resources between A and B is such that the value of the marginal social net product at B exceeds —or falls short of— the value of the marginal social net product at A by any number of shillings less than n, say by —n - h— shillings, the existing arrangement—that under which the values of the marginal social net products at the two points differ by —n - h— shillings—is the best arrangement, not indeed absolutely, since, if there were no costs, a better arrangement would be possible, but relatively to the fact of the initial distribution and the existing costs of movement. It is not, be it noted, the best arrangement relatively to the existing costs of movement alone. We cannot say that, when the costs of movement are equivalent to n shillings, the national dividend is best served by a distribu-

*tion under which the values of the marginal social net products at A and B differ by such and such a defined number of shillings. The only accurate statement is: when the costs of movement between A and B are equivalent to n shillings, the national dividend is best served by the maintenance of the existing distribution, whatever that may be, provided that this distribution does not involve a divergence in the values of marginal social net products greater than n shillings; and, if the existing distribution does involve a divergence greater than n shillings, by a new distribution brought about by the transference of sufficient resources to bring the divergence down to n shillings."*¹¹⁸

En tal orden de ideas, Pigou afirma que una de las causas que generan los *"costs of movement"* es el conocimiento imperfecto de los agentes en torno al valor del recurso cuando se destina a cierto uso o al costo de su reasignación —típicas manifestaciones de costos de transacción—. El interés de Pigou sobre el tema es significativo pues le dedica dos capítulos de *"The Economics of Welfare"*. Por un lado, en el Capítulo V —*The effects of eliminating obstacles to movement*, pp. 144-148— evalúa el impacto de eliminar los costos que impiden el movimiento/reasignación de recursos y, por otro lado, en el Capítulo VI —*Hindrances to equality of returns due to imperfect knowledge*, pp. 149-157— examina cómo la información imperfecta crea tales costos.

Acaso lo más interesante para los lectores sea que Pigou admite y alienta las soluciones privadas para corregir la errónea asignación de recursos —por ejemplo, fusiones—, mostrándose favorable a una política pública destinada a eliminar este tipo de costos¹¹⁹. El dato es revelador porque matiza la imagen que Coase traza de Pigou, el cual se convierte en un hombre de paja¹²⁰.

117. Pigou, Arthur C., *op. cit.*, p. 138 (ubicada en la parte II, capítulo 3, § 3.).

118. *Ibid.*, pp. 138-139.

119. *Ibid.*, pp. 167-171.

120. Simpson, A. W. Brian, *'Coase v. Pigou' reexamined*, *cit.*, pp. 74-79.

3.2. Pigou y las soluciones públicas.

En *"The problem of social cost"* Coase se "enfrentó" a la "tradición pigouviana"¹²¹ caracterizada por asumir que: "[W]hen defects were found in the working of the economic system, the way to put things right was through some form of governmental action"¹²².

Todo aquel que ha leído la obra de Coase recordará el caso de los daños causados por las chispas provenientes de locomotoras, el cual es tomado de Pigou. La interpretación de Coase¹²³ sobre la posición de Pigou es que: el Estado debía intervenir para forzar a las empresas ferroviarias¹²⁴ a asumir los costos de los daños causados. La realidad es otra. Pigou se limita a resaltar que el caso es uno de externalidades y no entra en mayores detalles sobre la manera en que se superaría la divergencia entre el producto neto privado y el producto neto social¹²⁵, por lo que no se podría extraer de lo anterior una defensa de la intervención estatal.

A manera de ejemplo, en *"Economics in practice: Six lectures on current issues"* Pigou sí afirma que: *"The issue about which popular writers argue – the principle of Laissez-faire versus the principle of State action – is not an issue at all. There is no principle involved on either side. Each particular case must be considered on its merits in all the detail of its concrete circumstance"*¹²⁶. La cita dejaría en claro que Pigou no da por hecho la existencia de una solución por defecto —algo que le

achaca Coase—, sino que la solución debe determinarse caso por caso.

Contrario a lo que se piensa, las conclusiones a las que arriban Pigou y Coase no son tan diversas como las muestra este último y el grueso de la literatura ius-económica posterior. Es esclarecedor sobre este punto el pensamiento de Dahlman, quien sostiene que la posición de ambos nos llevaría a las mismas consecuencias operativas¹²⁷.

IV. EL ESQUEMA ORIGINAL: REGLAS DE PROPIEDAD, RESPONSABILIDAD E INALIENABILIDAD

1. Noción de titularidad y relación con Hohfeld.

Antes de entrar en el análisis de las "reglas" ideadas por Calabresi y Melamed surge una duda: ¿qué se entiende por "titularidad"? Después de todo, el planteamiento sugiere la existencia de una tripartición de reglas destinadas a disciplinar el ejercicio y la tutela de las titularidades.

En estricto, Calabresi y Melamed se limitaron a afirmar que: *"Whenever a state is presented with the conflicting interests of two or more people, or two or more groups of people, it must decide which side to favor. Absent such a decision, access to goods, services, and life itself will be decided on the basis of 'might makes right' - whoever*

121. De manera explícita se afirma que la tradición pigouviana era predominante, Coase, Ronald H., *How should economists choose?*, en *The G. Warren Nutter Lectures in Political Economy*, The American Enterprise Institute for Public Policy Research, Washington D. C., 1982, p. 19.

122. Coase, Ronald H., *The problem of social cost*, cit., p. 20.

123. Ibid., p. 29.

124. Ibid., p. 29.

125. Pigou, Arthur C., *The Economics of Welfare*, cit., p. 134.

126. Pigou, Arthur C., *Economics in practice: Six lectures on current issues*, MacMillan and Co., Londres, 1935, pp. 127-128.

127. Dahlman, Carl J., *The problem of externality*, cit., p. 160.

*is stronger or shrewder will win*¹²⁸. La “descripción” evoca en los operadores del *Civil Law* la noción de situación jurídica subjetiva porque se resalta la existencia de intereses en conflicto y la necesidad de que el sistema jurídico elija cuál de tales intereses será preferido.

No obstante, el término titularidad no es un sinónimo perfecto de situación jurídica subjetiva. Las razones son tres. En primer término, las situaciones jurídicas subjetivas pueden ser de ventaja o de desventaja, dependiendo de si el interés es o no prevalente, en cambio, Calabresi y Melamed reservan el rótulo titularidad sólo para las prerrogativas cuyo interés es juzgado prevalente por el sistema legal¹²⁹. En segundo término, las situaciones jurídicas subjetivas pueden ser mono-subjetivas —esto es, sin vinculación de algún tipo— o intersubjetivas —esto es, relaciones jurídicas abstractas o bien relaciones jurídicas concretas—¹³⁰, por el contrario, siguiendo la lógica de Calabresi y Melamed, las titularidades son siempre intersubjetivas¹³¹. En tercer término, las situaciones jurídicas subjetivas centran el

análisis en la subordinación de cierto interés, en el carácter actuado o inactuado de la conducta ajena y su vínculo con la satisfacción del interés prevalente, tornándose en la causa que justifica los remedios; contrariamente, en el discurso de las titularidades todas estas materias son secundarias pues lo relevante es conocer bajo qué regla se disciplina su ejercicio y su tutela.

Con seguridad, los lectores pensarán que resulta un despropósito introducir un paralelismo entre situaciones jurídicas subjetivas y titularidades, toda vez que el discurso teórico-dogmático del *Civil Law* resulta ajeno a los sistemas adscritos al *Common Law*. La apreciación es inexacta. La aproximación del *Common Law* al derecho sí es dogmática o doctrinarista¹³² al igual que el grueso de países del *Civil Law*, nada más que centrada en un producto jurídico distinto: la jurisprudencia. A ello cabe agregar que en el *Common Law* estadounidense existe un discurso equivalente: la teoría de Hohfeld sobre los denominados “conceptos jurídicos fundamentales”.

128. Calabresi, Guido y Melamed, A. Douglas, *Property rules, liability rules, and inalienability: One view of the Cathedral*, cit., p. 1090, en la traducción citada en la nota al pie [40]: «Cada vez que un Estado enfrenta un conflicto de intereses entre dos o más personas, o entre dos o más grupos de personas, debe decidir a cuál de las partes favorecer. En ausencia de esta decisión, el acceso a los bienes, servicios y a la vida misma será decidido sobre la base de que “el poder hace el Derecho” (*might makes right*), de modo que quien sea más fuerte o más hábil ganará.» (p. 349).

129. Algo similar a lo que, en su momento, sostuvo Kelsen, Hans, *The concept of entitlement: The various significations of this word – rights*, en Id., *General theory of norms*, traducción de Michael Hartney. Oxford University Press, Nueva York, 1991, pp. 136-137.

130. Fernández Cruz, Gastón, *La obligación: apuntes para una dogmática jurídica del concepto*, en *Themis-Revista de Derecho*, núm. 27-28, 1994, pp. 41-56, en particular p. 47; y, Id., *La obligación*, en Aa. Vv., *De las obligaciones en general: Coloquio de Iusprivatistas de Roma y América – Cuarta reunión de trabajo* edición a cargo de Rómulo Morales y Giovanni Priori, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012, pp. 19-36, en particular pp. 24-27.

131. Tal circunstancia explicaría por qué en ocasiones se traduce, de manera impropia, el término «entitlement» por «derecho subjetivo». El error se observa, por ejemplo, en la traducción chilena y española, mientras que en la traducción italiana se opta por mantener la palabra en su original inglés y la traducción peruana opta, de manera correcta, por el término titularidad.

132. Una aproximación será dogmática si es que pretende estudiar el derecho limitándose a sus propios productos: ley, jurisprudencia o doctrina; mientras que será funcional si introduce en el análisis el método o perspectivas de otras disciplinas, sobre todo las ciencias sociales y las ciencias del comportamiento (la idea ha sido propuesta en Saavedra Velazco, Renzo E., *Análisis económico y comparado del Derecho privado: Una introducción*, cit., p. 208 (texto y nota al pie [418])).

En efecto, los trabajos de Wesley N. Hohfeld: “Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning” —1913, pp. 16-59—¹³³ y “Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning” —1917, pp. 710-770—¹³⁴, son similares a las investigaciones sobre situaciones jurídicas subjetivas. La importancia del aporte de Hohfeld a la academia estadounidense es inversamente proporcional a los escasos años en que ejerció la docencia universitaria¹³⁵.

La teoría de Hohfeld parte de una petición de principio: el sistema jurídico se erige en torno a la relación jurídica. Tal percepción explica por qué el autor se centra en identificar y brindar contenido a dos grupos de relaciones jurídicas, subdividiéndolas ulteriormente en cuatro sub-categorías¹³⁶. En el primer grupo se encuentran las prerrogativas opuestas entre sí; mientras que en el segundo grupo estarán las prerrogativas que se correlacionan. Así, la oposición surge entre: (a) derecho – no-derecho; (b) privilegio – deber; (c) potestad – incompetencia; y (d) inmunidad – sujeción; en cambio, la correlación se instaura entre: (i) derecho – deber; (ii) privilegio – no-derecho; (iii) potestad – sujeción; y (iv) inmunidad – incompetencia.

La visión hohfeldiana es de utilidad porque

Calabresi y Melamed parecen dar por sentado que esa es la manera en que opera la juridicidad. De un lado, tendríamos la prerrogativa que autoriza a un individuo a conducirse de cierta manera u obtener algo —derecho (subjetivo)—; y, de otro lado, se tendría la prerrogativa de cierto sujeto de abstenerse de afectar tal comportamiento o la vía por la cual se satisfará la necesidad de su titular. Esta descripción es consistente con una perspectiva jurídica sustentada en el remedio¹³⁷, lo cual explica por qué Hohfeld concluye que quizás la mejor manera de referirse a un derecho sea reemplazar el término por el de pretensión o reclamo¹³⁸. Por su parte, desde la óptica calabresiana la situación no es distinta¹³⁹.

Es necesario dar un paso atrás desde un punto de vista teórico. El sistema jurídico debe decidir a quién —o a qué sector de la sociedad— otorga cierta titularidad. Aunque la trascendencia de este asunto no es menor, no se suelen encontrar estudios en que la interrogante sea formulada. El trabajo de Calabresi y Melamed aborda explícitamente la cuestión y propone que la decisión del *lawmaker* surge de: —a) razones de eficiencia, (b) preferencias distributivas y (c) consideraciones de justicia. A partir de allí los autores afrontarán cómo se protege cada titularidad y cuáles serán las exigencias por satisfacerse para afectar o disponer de ella¹⁴⁰.

133. *Yale Law Journal*, vol. XXIII, núm. 1.

134. *Yale Law Journal*, vol. XXVI, num. 8.

135. Wesley Newcomb Hohfeld, en *Yale Law Journal*, vol. XXXVIII, núm. 2, 1918, pp. 166-168.

136. Hohfeld, Wesley N., *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, cit., p. 30; y, Id., *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, cit., p. 710.

137. Sobre la relación entre el derecho de fondo y el remedio, léase Saavedra Velazco, Renzo E., *¿Donde existe un remedio, existe un derecho? Apuntes sobre el aforismo ‘ubi remedium, ibi ius’*, en *Forseti*, núm. 3, 2014, pp. 110 y ss.

138. Hohfeld, Wesley N., *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, cit., p. 32.

139. Al punto que se ha propuesto una teoría sobre titularidades que se alimenta de ambas posiciones. Sobre el punto véase Morris, Madeline, *The structure of entitlements*, en *Cornell Law Review*, vol. LXXVIII, núm. 5, 1993, pp. 822 y ss.

140. Calabresi, Guido y Melamed, A. Douglas, *Property rules, liability rules, and inalienability: One view of the Cathedral*, cit., pp. 1003-1015.

La intensidad del remedio estará ligada a la regla que disciplinará la titularidad¹⁴¹. En las *property rules* el remedio tenderá a lograr la meta compensatoria, dato que no se replicará en las *liability rules* y la *inalienabilidad* —la atención se desplaza de extraerle beneficios al agresor a reparar los daños del agredido y a reforzar la vigencia de un interés valioso—. La intensidad en la protección importará un mayor grado de intervención estatal, aunque esto último merece acotaciones.

2. Reglas de Propiedad.

En concreto, ¿qué significa que el uso o disposición de una titularidad se encuentre disciplinada y tutelada a través de una *property rule*?

En palabras de Calabresi y Melamed significa que ningún agente económico puede pretender el uso o la disposición de la titularidad si es que no cuenta, de manera previa, con el asentimiento del titular¹⁴². Así, cuando se elige disciplinar y tutelar el ejercicio o disposición de una titularidad a través de una *property rule*, el Estado decide que cualquier desplazamiento e incluso cualquier segregación/escisión de la prerrogativa requiere la participación de su titular, quien, a través de su aceptación, fijará el valor al cual admite transmitir la titularidad o crear una prerrogativa a favor de su contraparte y, en caso no exista el acuerdo, toda modificación del estado de cosas —*status quo*— carecerá de respaldo legal —desde una óptica dogmática, quien pretende obtener la prerrogativa sin la

anuencia del titular se tornará en un agresor, careciendo de un título jurídico válido y eficaz que pueda abanderar en contra del titular—. En consecuencia:

- Si existió un acuerdo, el sistema jurídico ofrecerá el enforcement al contenido de lo pactado entre las partes; y,
- Si no existió un acuerdo, entonces el sistema jurídico procurará que la situación de hecho/derecho retorne a como era en la asignación inicial/originaria, esto es, antes de la intervención no-autorizada del tercero.

Si se prefiere, el sistema confía en que la conducta privada permitirá alcanzar acuerdos voluntarios beneficiosos tanto desde la perspectiva privada, como social. Esta confianza se cimenta en que, al amparo de las circunstancias que envuelven el acuerdo, las soluciones de mercado tienden a ser las más eficientes. El contexto, entonces, es esencial.

Una vez expuestas las características de una *property rule* es manifiesto que Calabresi-Melamed delinearon esta regla sobre la base del perfil generalmente aceptado de la propiedad privada. Los paralelismos no dejan espacio para la duda. El propietario es quien autoriza la transferencia de su bien, el acceso al mismo y la creación de eventuales derechos reales menores; asimismo, contará con las pretensiones jurisdiccionales y sustanciales dirigidas a reivin-

141. Desde una óptica hohfeldiana un *property right* no se encuentra conformado sólo por derechos, sino también por deberes, libertades y privilegios. Así, la configuración de *property rules* se toparía con un problema.

En términos clásicos, la noción de propiedad se encuentra estrechamente atada a la disposición de la titularidad, pero Hohfeld estaría en desacuerdo. La razón no es compleja a la luz de los «correlativos jurídicos». No es posible afirmar que el propietario tiene el «derecho a vender», toda vez que no existe un correspondiente «deber de comprar». En estricto se tendría el «privilegio de vender» y un correlativo «no-deber de comprar».

Si la regla elegida para disciplinar se modificase a una *liability rule*, el contenido de la titularidad se vería tan afectado que también se alterarían los conceptos empleados. Así, el individuo favorecido con la regla de responsabilidad es la víctima, entonces sería éste quien tendría el «derecho de vender», mientras que, quienes infringen su prerrogativa, tendrán el «deber de comprar». En cambio, si el favorecido es quien extrae la prerrogativa, entonces será éste quien tendrá el «derecho de comprar», mientras que el titular de la prerrogativa tendrá el «deber de vender».

142. Calabresi, Guido y Melamed, A. Douglas, *op. cit.*, p. 1092.

dicar su propiedad. A partir de este punto es momento de preguntarnos cuáles son las asunciones fácticas, jurídicas y económicas necesarias para que el sistema jurídico opte por una *property rule*.

La preferencia por una *property rule* se presentará —o debería presentarse— si es que los costos de transacción involucrados en el uso, ejercicio, disposición o tutela de la titularidad son bajos, es decir, cuando el titular conoce —o puede conocer— el valor de su titularidad y cuando los costos de exclusión que la titularidad exige son bajos¹⁴³. En consecuencia, al establecerse que el uso, ejercicio, disposición o tutela de la titularidad se materializará a través de una *property rule* se está reconociendo que:

- a) La asignación originaria de la titularidad importa la participación del Estado;
- b) Las transacciones tienen que ser libres y voluntarias¹⁴⁴;

- c) Los tribunales ordenarán, en caso se verifique un acto sobre la titularidad sin que exista de manera previa el asentimiento del titular, la restitución plena del *status quo ante*;
- d) Los tribunales reforzarán las transacciones realizadas libre y voluntariamente;
- e) Se incentivarán los acuerdos entre los interesados; y
- f) El titular tiene un derecho de veto sobre los actos que lesionen su titularidad.

Desde la perspectiva del remedio, una titularidad disciplinada bajo una *property rule* otorga a su titular acceso a remedios destinados a suprimir los efectos perjudiciales de cualquier agresión —por ejemplo, la ejecución forzada —*specific performance*— en materia contractual¹⁴⁵ o las *injunctions* en materia de propiedad¹⁴⁶ o atendidos a derechos constitucionales¹⁴⁷—. Con ello se desea destacar que ante agresiones a una titularidad protegida con una *property rule* se justificará la imposición de un “indefinible plus

143. Desde una perspectiva económica, la propiedad privada se encontraría caracterizada por la rivalidad (*rivalry*) en el consumo y la aptitud de excluir a otros (*excludability*). Las características fueron esbozadas matemáticamente por Paul Samuelson (*The pure theory of public expenditure*, en *The Review of Economics and Statistics*, vol. XXXVI, núm. 4, pp. 387 y ss.; *Diagrammatic exposition of a theory of public expenditure*, en *The Review of Economics and Statistics*, vol. XXXVII, núm. 4, 1955, pp. 350 y ss.) y profundizadas por Richard Musgrave (*The Theory of Public Finance: A Study in Public Economy*, McGraw Hill, Nueva York, 1959) y James Buchanan (*An economic theory of clubs*, en *Economica-New Series*, vol. XXXII, núm. 125, 1965, pp. 1 y ss.).

El tema generó toda una bibliografía posterior que formula desarrollos significativos, pero que también han sido objeto de severas críticas (por ejemplo, la tragedia de los bienes comunes). Desde el inicio del presente siglo, se han identificado inclusive bienes caracterizados por anti-rivalidad y anti-exclusión. Así, existirían bienes en que mientras mayor sea la cantidad de personas que lo compartan o consuman, el beneficio tiende a incrementarse en lugar de decrecer; y existirían bienes cuyo consumo ocasiona un incremento en las probabilidades de que otros lo hagan también.

144. Coase, Ronald H., *The problem of social cost*, cit., pp. 1 y ss.

145. La calificación ius-económica es ratificada, entre otros, por Kronman, Anthony, *Specific performance*, en *The University of Chicago Law Review*, vol. XLV, núm. 2, 1978, pp. 351 y ss., en particular p.352; Sherwin, Emily, *Introduction: Property rules as remedies*, en *The Yale Law Journal*, vol. CVI, núm. 5, 1997, pp. 2083 y ss., en particular p. 2085; y Lando, Henrik y Rose, Caspar, *On the enforcement of specific performance in Civil Law Countries*, en *International Review of Law and Economics*, vol. XXIV, núm. 4, 2004, pp. 473 y ss.

146. Lemley, Mark. A. y Weiser, Philip J., *Should property or liability rules govern information?*, en *Texas Law Review*, vol. LXXXV, núm. 4, 2007, pp. 783 y ss., en particular pp. 783-788; y Sherwin, Emily, *op. cit.*, p. 2085.

147. Cfr. Easton, Robert E., *The dual role of the structural injunction*, en *Yale Law Journal*, vol. XCIX, núm. 8, 1990, pp. 1983 y ss.; y, Wisdom, John Minor, *Review: Rethinking injunctions*, en *Yale Law Journal*, vol. LXXXIX, núm. 4, 1980, pp. 825 y ss.

sancionatorio” —*undefinable kicker*—¹⁴⁸ que desincentiva conductas futuras que debilitarían la prerrogativa jurídica y, en última instancia, transformarían la naturaleza de la regla de protección a una de responsabilidad —*liability rule*—.

Si los individuos que afectan titularidades ajenas identifican que ante la lesión a ciertos derechos teóricamente tutelados con una *property rule* el sistema jurídico no los fuerza a restituir de manera plena el *status quo ante* del sujeto agredido —esto es, se le permite al agresor retener parte de los beneficios anexos a su conducta o, correlativamente, no se le fuerza a colocar al afectado en la misma situación que se encontraba en el momento anterior a la lesión—, entonces el agresor se sentiría inclinado a mantener su conducta infractora. Tal incentivo supondría que no se elimina o desalienta de manera completa la agresión. Sin una sanción o un remedio pleno, se permitiría la extracción o escisión, aunque sea parcial, de la titularidad.

3. Reglas de Responsabilidad.

En términos similares a lo realizado para el caso de las *property rules*, una titularidad se encontrará tutelada por una *liability rule* cuando no se requiere del asentimiento del titular para que acaezca un acto de disposición o transferencia¹⁴⁹ o se extraiga —o limite—, en términos físicos o materiales, cierto contenido o ciertas manifestaciones de la titularidad.

Empero, ¿por qué se necesitaría una regla de este tipo? Si las *property rules* parecen garantizar la eficiencia a través de los intercambios vo-

luntarios, ¿por qué se requeriría una regla que, contrario a lo expuesto, no brinda las garantías de que la reasignación producirá bienestar social? A efectos de responder esta pregunta, veamos algunos ejemplos de una *liability rules*. Con tal base se vislumbrarán los lineamientos para responder la interrogante formulada.

Dada la amplitud y variedad de las hipótesis que se subsumen bajo una regla de responsabilidad, veamos dos ejemplos:

- a) X, propietario de un inmueble, recibe una comunicación del Estado quien le informa de la necesidad pública de ampliar el trazado de una carretera, lo cual implicará que se deban expropiar un conjunto de predios, incluyendo el suyo, previa emisión de la norma legal respectiva y el pago de un justiprecio.
- b) Cayo celebra un contrato de locación de servicios con Ticio, quien se obliga a ejecutar una capacitación en cierta fecha inamovable. De modo intempestivo, el día anterior a la capacitación, Ticio informa a Cayo de que incumplirá.

Bien vistas las cosas, en el caso ii), el comportamiento del deudor supuso que en términos físicos no se prestara la capacitación y, en términos legales, la extracción unilateral y forzada del derecho del acreedor, toda vez que su interés queda frustrado. Utilizo el término extracción pues el acreedor pierde la posibilidad de: (a) solicitar la ejecución del contenido de su derecho ya que la prestación no le proveerá de ninguna utilidad y (b) ejercer un remedio —eje-

148. Calabresi, Guido y Melamed, A. Douglas, *Property rules, liability rules, and inalienability: One view of the Cathedral*, cit., p. 1126, texto y nota (70), señalan que: «*The thief not only harms the victim, he undermines rules and distinctions of significance beyond the specific case. Thus even if in a given case we can be sure that the value of the item stolen was no more than X dollars, and even if the thief has been caught and is prepared to compensate, we would not be content simply to charge the thief X dollars. Since in the majority of cases we cannot be sure of the economic efficiency of the transfer by theft, we must add to each case an undefinable kicker which represents society's need to keep all property rules from being changed at will into liability rules.*»

149. Sobre el punto nos remitimos a Ott, Claus y Schäfer, Hans-Bernd, *The dichotomy between property rules and liability rules: Experiences from German Law*, en *Erasmus Law Review*, vol. I, núm. 4, 2008, pp. 41 y ss.

cución forzada—. En términos consecuenciales, la situación replica lo que sucedería si Ticio le hubiera expropiado el derecho de crédito a Cayo debiendo realizar un desembolso dinerario a favor de éste.

En el caso i), la situación es más clara. La conducta del Estado, más allá de si se califica como un supuesto de responsabilidad civil o un hecho lícito dañoso¹⁵⁰, supone una extracción de la titularidad ostentada por X y, por extensión, exige un desembolso dinerario destinado a evitar que el ciudadano soporte el coste económico de la actividad estatal en aras del interés público —sea a título de resarcimiento¹⁵¹, sea a título de indemnización¹⁵²—.

La respuesta es concreta. Las reglas de propiedad permiten los intercambios voluntarios porque los costos de transacción involucrados son lo suficientemente bajos para no convertirse en una traba a la negociación. Sin embargo, en el mundo real, ello no siempre es así. Nos movemos en un mundo con altos costos de transacción, los cuales, precisamente, tendrían la aptitud de inhibir acuerdos. Ante ello, el siste-

ma jurídico se ve forzado a tomar una decisión: extiende el esquema de *property rule* a estos escenarios y persiste en la exigencia de contar con la anuencia del titular pese a que conozca de antemano que ello difícilmente ocurrirá o propone otra regla.

Así, para no afectar una actividad socialmente valiosa, el sistema jurídico “admite” un margen de apropiación de una titularidad ajena¹⁵³ — sea parcial/total, sea temporal/permanente—, siempre que se imponga sobre el agresor el deber de compensar al afectado. La lógica subyacente es “permitir” —en estricto, no-prohibir— actos lesivos a condición de que exista un beneficio neto o, si se prefiere, el monto de beneficio anexo a la conducta lesiva es superior al monto del costo impuesto al titular. Bien vistas las cosas, una *liability rule* replica en el campo legal el análisis de la eficiencia en términos de Kaldor-Hicks¹⁵⁴, toda vez que fuerza al infractor a tomar en cuenta los costos sociales anexos a su conducta, dejando atrás un análisis centrado en los costos y beneficios privados. Si seguimos el planteamiento a sus últimas consecuencias o, recíprocamente, buscamos fuentes doctrinales

150. El tema ha sido abordado en nuestro país en las últimas décadas: León Hilario, Leysser L. (*La responsabilidad civil: Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, segunda edición corregida y aumentada, Jurista Editores, Lima, 2007, pp. 500-509); Saavedra Velazco, Renzo E. (*Responsabilidad por lesión del derecho de autor: Algunas consideraciones preliminares*, en *Derecho & Sociedad*, núm. 34, 2010, pp. 249 y ss., en particular p. 254), Campos García, Héctor (*El Ámbito Dual del «juicio de resarcibilidad» en el Ordenamiento Jurídico Peruano: La negación de la antijuridicidad como categoría normativa en el análisis de responsabilidad civil y la natural afirmación de la resarcibilidad de los «actos lícitos dañosos» en el Código Civil peruano*, en *Derecho & Sociedad*, núm. 40, 2013, pp. 257 y ss.) y Espinoza Espinoza, Juan (*Sobre los denominados actos ilícitos dañosos*, en *Ius et veritas*, año XXV, núm. 51, 2015, pp. 116 y ss.).

151. Scognamiglio, Renato, voz *Risarcimento del danno*, en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XVI, Utet, Torino, 1957, pp. 594 y ss.

152. Scognamiglio, Renato, voz *Indennità*, en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VIII, Utet, Torino, 1962, pp. 594 y ss.

153. La apropiación no es lícita, ni el sistema legal desea alentarla. Tampoco significa que la apropiación provocó, al menos no necesariamente, una transferencia de titularidades; lo que desea recalcarse con esta referencia es que cierta actividad o conducta se realiza a pesar de que resulta lesiva de otros intereses. Ciertamente, no se otorgó formalmente el derecho a lesionar, al punto que se obliga al infractor a soportar las consecuencias de su propio obrar, sin embargo, no se expide una orden dirigida a evitar las conductas lesivas (si así fuese, se otorgaría un derecho de veto a la víctima, lo cual significaría el reconocer una *property rule* o una inalienabilidad).

154. Este criterio de eficiencia fue sintetizado por De Scitovsky, Tibor, *A note on welfare propositions in economics*, en *The Review of Economic Studies*, vol. IX, núm. 1, 1941, pp. 77 y ss., a partir de los trabajos independientes de Kaldor, Nicholas, *Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility*, en *The Economic Journal*, vol. XLIX, núm. 195, 1939, pp. 549 y ss.; y, Hicks, John R., *The foundations of welfare economics*, en *The Economic Journal*, vol. XLIX, núm. 196, 1939, pp. 696 y ss.

más antiguas que acogen dicho razonamiento, nos topáramos enseguida con la teoría del *bad-man*¹⁵⁵ formulada por el juez Oliver Wendell Holmes jr.

Por su parte, cuando el sistema jurídico disciplina el ejercicio y disposición de una titularidad por medio de una *liability rule*, el Estado se encarga de definir la asignación inicial y vuelve a participar cuando algún sujeto extrae forzosamente la titularidad. En este último caso, el Estado señalará el monto resarcitorio que colocaría a la víctima en una situación de indiferencia —pese a los graves problemas de información—¹⁵⁶. Si bien es innegable que la valorización de la titularidad extraída es, a menudo, un pobre sustituto a la real valuación de los titulares, no es menos cierto que resulta imperativo asignarle tal labor al Estado en circunstancias como las descritas, en caso contrario el daño permanecería en la víctima. Dado que el cálculo del valor de la titularidad es realizado por un tercero con severas limitaciones de información resulta comprensible que el monto de la reparación a imponerse rara vez restablezca el *status quo*.

En el caso de titularidades disciplinadas y tuteladas por una *liability rule* el margen de confianza en las conductas de los particulares y el propio mercado es menor a lo que sucede en los casos de titularidades bajo un régimen de *property rule*. Empero, la desconfianza no es tal como para justificar un rol activo del sistema jurídico, razón por la cual la intervención es *ex post*.

En definitiva, cuando se otorga una regla de responsabilidad, se reconocería que:

- a) La (re)asignación no siempre tiene que ser libre y voluntaria.

- b) Los tribunales reprimirán el acto lesivo a través de un desembolso dinerario a cargo del sujeto que se apropia de la titularidad o quien la afectó sin consentimiento del titular.
- c) Existe la posibilidad de que un sujeto se apropie o recorte *de facto* la titularidad ajena siempre que tenga el capital necesario para responder por los daños.
- d) Se incentivan con menor énfasis los acuerdos dado que el tercero sabe que podrá lograr lo que pretende a través de la apropiación *de facto* de la titularidad. El tercero sólo se embarcará en la negociación si le reporta mayores beneficios que la apropiación *de facto* de la titularidad o si logra reducir la proyección de la sanción que le impondría.
- e) Se otorga un mayor margen de análisis al tercero.

En síntesis, desde una óptica remedial, una titularidad disciplinada bajo una *liability rule* otorga a su titular acceso a remedios destinados a paliar, mitigar o compensar de manera imperfecta al afectado por la agresión —reparación por equivalente pecuniario, indemnización, penalidad, etc.— El otorgamiento de estos remedios no elimina los incentivos del agresor a realizar las conductas lesivas; recordemos, el sistema jurídico no tiene el deseo de proscribir de manera total estas conductas, toda vez que crean un beneficio social neto. Es por este motivo que el sistema jurídico traslada al sujeto que emprende la actividad la carga de determinar si le resulta o no más beneficioso: (i) suspender su actividad, (ii) alterar su actividad implementando inversiones en precaución o (iii) continuar con su conducta sin ningún ajuste en la inversión en precaución¹⁵⁷.

155. Holmes jr., Oliver Wendell, *The path of the law*, en *Harvard Law Review*, vol. X, núm. 8, 1897, pp. 457 y ss., en particular p. 459: «If you want to know the law and nothing else, you must look at it as a bad man, who cares only for the material consequences which such knowledge enables him to predict, not as a good one, who finds his reasons for conduct, whether inside the law or outside of it, in the vaguer sanctions of conscience.»

156. Calabresi, Guido y Melamed, A. Douglas, *op. cit.*, p. 1092.

157. El razonamiento es perfectamente simétrico a lo expuesto por Shavell, Steven, *Strict liability versus negligence*, en *The Journal of Legal Studies*, vol. IX, núm. 1, 1980, pp. 1 y ss.

4. Reglas de Inalienabilidad.

En último lugar, cuando el sistema apela a una regla de inalienabilidad para disciplinar el ejercicio o protección de una titularidad lo hace porque juzga que¹⁵⁸:

- a) ninguna transacción en torno a ella debe encontrarse permitida; o
- b) alguna(s) transacción(es) se encontrará(n) autorizada(s), siempre y cuando se siga un procedimiento o el acuerdo se limite a ciertos extremos de la titularidad.

En el escenario (a), la reasignación de la titularidad y menos aún algún tipo de escisión resultaría posible. Los tribunales impedirían los intercambios y protegerían la titularidad de cualquier acto o infracción —sea de terceros, sea del propio titular—; sin otorgar un margen de negociación en cuanto a la transferencia o escisión, pero eventualmente sí sobre la cuantía de la reparación. En el último caso se podría objetar si nos encontramos discutiendo o ne-

gociando en torno a la titularidad bajo inalienabilidad o si nos encontramos examinando una titularidad diferente disciplinada por una *property rule* o *liability rule*¹⁵⁹. La razón: se negociaría sobre el remedio que una de las partes estaría dispuesta a reconocerle a la otra (sin que ello implique reconocer responsabilidad) y no sobre si esta última ostenta cierta titularidad.

En el escenario (b), la reasignación de la titularidad o su escisión se consideraría lícita a condición de que el Estado participe de manera directa (por ejemplo, adopción) o estableciendo el procedimiento que deberán seguir las partes para asegurar que no existe lesión al interés o valores que justificaron la elección de la regla de inalienabilidad —por ejemplo, el acto de designación de apoyos de una persona en situación de discapacidad—.

A diferencia de lo que ocurre en el caso de la *property rule* y *liability rule* cuando se elige la regla de inalienabilidad, el Estado y el sistema jurídico intervienen constantemente: (i) al asig-

158. Calabresi, Guido y Melamed, A. Douglas, *Property rules, liability rules, and inalienability: One view of the Cathedral*, cit., p. 1111.

159. Curiosamente en el Perú hemos tenido una discusión de este cariz. Con posterioridad al derrame de mercurio ocurrido el 2 de junio del 2000 en Choropampa (Cajamarca), Minera Yanacocha S.R.L. suscribió con pobladores de la zona afectada, la Municipalidad Distrital de Magdalena y el Centro Poblado Menor de Choropampa transacciones extrajudiciales a través de las cuales a cambio de una suma dineraria se renunciaba a interponer algún reclamo civil, penal, administrativo o de cualquier otra índole. Así, uno de los argumentos en la causa judicial esbozado por los demandantes (un sector de la academia nacional e incluso de entes públicos) se centró en que la transacción se debía reputar inválida por involucrar derechos indisponibles (inalienability). A manera de ejemplo, véase el Informe Defensorial N°62: El caso del derrame de mercurio que afectó a las localidades de San Sebastián de Choropampa, Magdalena y San Juan, en la provincia de Cajamarca, diciembre del 2001, disponible en el web-site de la Defensoría del Pueblo: https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe_62.pdf (visitado el 15 de junio del 2022); Morales Hervias, Rómulo, *Transacción inválida e inutilidad de la doctrina de los actos propios: A propósito del Primer Pleno Casatorio a favor del abuso de la libertad de estipulación*, en *Diálogo con la jurisprudencia*, núm. 116, 2008, pp. 43 y ss.; y Merino Acuña, Roger, *Legitimando el abuso en el contrato: El Pleno Casatorio sobre transacción extrajudicial y los contratos contaminados*, en Aa. Vv., *Manual de actualización civil y procesal civil*, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, pp. 221 y ss.

En realidad, los pobladores no se encontraban disponiendo de su derecho a la salud (u otro derecho de naturaleza análoga), sino a su pretensión indemnizatoria derivada de la (hipotética) infracción a su derecho a la salud (u otro derecho). Por si fuese poco, el Código Civil peruano es explícito al disciplinar casos en que la transacción involucra a sujetos vinculados a un potencial evento punible, señalando que el acuerdo sobre la responsabilidad civil (el pago de un resarcimiento) derivado del delito es lícita (artículo 1306°).

Bien vistas las cosas, la norma distingue dos (2) planos. Por un lado, el plano del delito que involucra derechos indisponibles y, por otro lado, el plano de la reparación civil que tiene por objeto una pretensión pecuniaria que resulta perfectamente disponible (sea o no de carácter penal). Así, no cabe sostener que con la transacción aludida se dispone del derecho a la salud o a la tutela jurisdiccional pues si así fuese ninguna transacción tendría validez por la misma causa, eliminando con dicha interpretación dicho mecanismo de solución de controversias.

nar y definir la titularidad; (ii) al supervisar que los sujetos no realicen pactos que involucren la titularidad¹⁶⁰ —o que sólo se hagan en los términos regulados en la ley—; y (iii) cuando se afecta la titularidad, fijar el monto dinerario que repara a la víctima o sanciona al agresor. Si se prefiere, no existe confianza en las conductas de los particulares —y en el mercado—, por lo que se produce una intervención tanto *ex ante* como *ex post*.

Desde la perspectiva del remedio, la regla de inalienabilidad se centra en extraer o negar efectos jurídicos a los actos realizados por los individuos que pretendan tener un respaldo legal —en caso se trate de acuerdos vetados o que no respetan el procedimiento fijado— o imponer sanciones que no tienen una finalidad compensatoria sobre quienes afecten la titularidad.

5. Reglas en relación y no en tensión.

A la luz de lo expuesto, la decisión acerca de cuál de las reglas disciplinará y tutelaré el ejercicio o la disposición de las titularidades es en extremo relevante. La elección de la regla de propiedad supone promover o permitir la ejecución de intercambios voluntarios que se juzgan socialmente valiosos y fijando un standard de protección alto; en cambio, la elección de la regla de responsabilidad significa reconocer que un segmento de intercambios no-voluntarios tendrá lugar y, con ello, la marginación de determinados intereses al producirse extracciones o escisiones de las titularidades en términos físicos o jurídicos, fijando un standard de protección

medio. En última instancia, la elección de una regla de inalienabilidad para cierta titularidad supondrá restringir los intercambios al mínimo o negarlos del todo, por lo que la búsqueda de bienestar privado y social se circunscribirá a la prolongación del *status quo* a pesar de que diversos individuos tengan interés —e incluso acuerdo— en modificarlo.

La decisión puede calificarse de trágica. La razón: es la propia elección, evaluada en abstracto y sin siquiera evaluar qué fue lo elegido, la que asignará en un segmento de individuos algún tipo de perjuicio —costo o riesgo—¹⁶¹. Nótese que las reglas descritas pueden aplicarse en momentos distintos de la vida de una misma titularidad, por lo que no resultan por sí mismas excluyentes.

Así, el dueño de un fundo tiene una *property rule* sobre esta titularidad —el derecho de propiedad—, lo cual le permitirá disponer del bien y del derecho que ostenta de la manera más amplia posible a fin de satisfacer sus intereses¹⁶². Tal reconocimiento importa que cualquier acto dirigido a lograr la transferencia requerirá su asentimiento. Empero, no es menos cierto que el derecho de propiedad se encontrará tutelado por una *liability rule* si es que el Estado decide, en aras del interés público, la expropiación¹⁶³ —intercambio forzoso—; en otros casos, la titularidad abstractamente considerada se tutelaré con una inalienabilidad, por lo que se habilitan alternativas constitucionales para defenderla —por ejemplo, la emisión de normas que restringen de manera injustificada

160. Calabresi, Guido y Melamed, A. Douglas, *op. cit.*, p. 1092.

161. Nótese que no sugiero que la decisión deba tomarse valorando únicamente el impacto económico de una u otra regla. Lo que subrayo es la necesidad de tomar una decisión y que la misma siempre generará víctimas y beneficiarios. Al respecto *vid* Calabresi, Guido y Bobbitt, Philip, *Tragic choices*, W. W. Norton & Co., Nueva York, 1978, *passim*.

162. Para una informada exposición sobre este punto *vid* Escobar Rozas, Freddy, *Mitos en torno al contenido del derecho de propiedad (análisis crítico del artículo 923 del Código Civil)*, en *Ius et veritas*, año XI núm. 22, 2001, pp. 106 y ss.

163. El punto generó una amplia discusión y ópticas de análisis que, en términos extremadamente generales, se perciben en Sax, Joseph L., *Takings, private property and public rights*, en *Yale Law Journal*, vol. LXXXI, núm. 2, 1971, pp. 149 y ss.; y en Miceli, Thomas J. y Segerson, Kathleen, *Regulatory takings: When should compensation be paid?*, en *The Journal of Legal Studies*, vol. XXIII, núm. 2, 1994, pp. 749 y ss.

el ejercicio de tal derecho o cuando se fijan tributos confiscatorios—.

Todo lo expuesto tiene por objeto demostrar cuán flexible es la teoría de Calabresi-Melamed y su utilidad para sintetizar la realidad jurídica.

V. LLEVANDO A CALABRESI Y MELAMED MÁS ALLÁ¹⁶⁴: LAS PRECISIONES, COMPLEMENTACIONES Y CRÍTICAS AL ESQUEMA ORIGINAL

No es extraño que una teoría —jurídica— que alcanza las cinco décadas haya sido objeto de un examen exhaustivo, más aún si la teoría atrajo la atención tanto de promotores como críticos.

Desde una perspectiva teórico-práctica corresponde formularnos tres preguntas generales. En primer lugar, ¿quién podrá ostentar la titularidad estudiada? En segundo lugar, ¿qué actividades deberá ejecutar el titular para conservar tal prerrogativa y qué actividades, en cambio, se encontrarán prohibidas? En tercer lugar, ¿qué tipo de transacciones se reputarán lícitas? Estas preguntas tienen el mérito de centrar la atención del operador jurídico y entrever los extremos de la teoría que han sido objeto de precisiones, complementaciones y críticas.

Si se es acucioso podrá divisarse que no todas las preguntas tienen el mismo peso para cada una de las reglas. Así, la tercera pregunta cobra mayor realce cuando hablamos de inalienabilidad¹⁶⁵; la segunda pregunta la tiene para las reglas de responsabilidad¹⁶⁶, mientras que la primera para las reglas de propiedad¹⁶⁷. Ciertamente eso no significa que sólo una pregunta es relevante para cada regla.

1. Precisiones: Rose-Ackerman y Fennell.

Quizás la principal precisión a la Catedral sea la dirigida a las reglas de inalienabilidad, la cual fue llevada a cabo por la profesora Susan Rose-Ackerman.

El grueso de investigaciones que apelan a la clasificación de Calabresi-Melamed utilizan o estudian las *property rules* y las *liability rules*, mientras que la inalienabilidad es echa a un lado, casi como si fuera el “patito feo”¹⁶⁸. La decisión de los académicos es, hasta cierto punto, comprensible. Las investigaciones que aplican el *Law and Economics* se centran en temáticas en que son preeminentes las *property* y *liability rules*. En cambio, en las áreas jurídicas en que la inalienabilidad asume un mayor protagonismo la tendencia en las investigaciones es a “modificar” la regla aplicable; por ejemplo, al estudiar las sanciones como un sistema de precios ofi-

164. El título del acápite se encuentra inspirado, así como parte de su enfoque, en Calabresi, Guido, *The pointless of Pareto: Carrying Coase further*, en *The Yale Law Journal*, vol. C, núm. 5, 1991, pp. 1211 y ss.

165. La razón es sencilla. En la inalienabilidad se imponen restricciones o prohibiciones dirigidas no sólo a terceros no-titulares, sino al propio titular, por lo que resulta imperativo conocer qué cosas podrá o no hacer el titular.

166. Desde el punto de vista del titular de la prerrogativa lesionada, es fundamental determinar qué conductas de los no-titulares serán sancionadas o, si se prefiere, activarán un remedio a su favor; y, al propio tiempo, es de suma importancia conocer qué conductas debe implementar para que su remedio se mantenga vigente (por ejemplo, las reglas de mitigación de daños).

167. El punto de partida de cualquier disputa en torno a una titularidad es si esta resulta susceptible de ser ostentada por un particular, por un segmento de ellos o por toda la colectividad; todo lo cual tiene repercusiones tanto en las vías procesales que se emplearán para su tutela, así como para identificar qué remedios estarán al alcance de cada sujeto (sea como titular individual, sea como co-titular).

168. Rose-Ackerman, Susan, *Inalienability and the theory of property rights*, en *Columbia Law Review*, vol. LXXXV, núm. 5, 1985, pp. 931 y ss., afirma que: «Inalienability is the stepchild of *Law and Economics*» (p. 931).

ciales¹⁶⁹, sustituyendo la regla de inalienabilidad por una regla de responsabilidad¹⁷⁰.

La primera cuestión por asumir es la definición de inalienabilidad. En línea con Rose Ackerman¹⁷¹ y Fennel¹⁷², sería el régimen legal que impone restricciones a la transferencia, titularidad o uso de una prerrogativa. En la Catedral la cuestión queda irresuelta, pero parece que los autores asumen que ostentar la titularidad en sí resulta lícito, pero no su transferencia/escisión.

Rose Ackerman propone examinar si resulta lícito ostentar la titularidad, disponer de ella o ejercitarla, todo lo cual servirá para comprender las ideas de la Catedral desde dos puntos de vista. Por un lado, precisaría las hipótesis en que se concreta la inalienabilidad —haciendo a un lado la visión de la inalienabilidad como una mera prohibición para la disposición— y, por otro lado, se profundizaría en las potenciales justificaciones para elegir la inalienabilidad —más allá de externalidades/moralidad, auto-paternalismo y verdadero paternalismo—¹⁷³.

En los sistemas jurídicos occidentales, incluidos los sistemas adscritos al *Civil Law*, se reconoce que la autonomía privada —libertad contractual—¹⁷⁴ enfrenta escasas restricciones —normas imperativas, orden público y buenas costumbres—. ¿Por qué esto es importante? Porque para afrontar la cuestión de la inalienabilidad debemos comprender por qué se justificaría que el sistema jurídico restrinja de manera agresiva y *ex ante* la libertad contractual a la que suele permitirle casi cualquier iniciativa, con cargo a examinar de manera *ex post* su consistencia con ciertos valores.

El punto de partida del razonamiento es siempre uno: los particulares gozan de la libertad de realizar todo aquello que deseen, salvo que exista una buena razón para fijar límites¹⁷⁵, ya que, conforme con lo expuesto, favorece el bienestar social. Si se deshacen los pasos seguidos veremos que las justificaciones para cualquier interferencia se centrarían en la creación de costos que reducen el bienestar social, la producción de una pérdida social neta o la in-

169. Becker, Gary, *Crime and punishment: An economic approach*, en *Journal of Political Economy*, cit., p. 195, señala que: «A fine can be considered the price of an offense, but so too can any other form of punishment; for example, the "price" of stealing a car might be six months in jail. The only difference is in the units of measurement: fines are prices measured in monetary units, imprisonments are prices measured in time units, etc. If anything, monetary units are to be preferred here as they are generally preferred in pricing and accounting.» La visión es cuestionada por Cooter, Robert, *Prices and sanctions*, en *Columbia Law Review*, vol. LXXXIV, núm. 6, 1984, pp. 1523 y ss.

170. La idea es señalada expresamente por Calabresi, Guido y Melamed, A. Douglas, *Property rules, liability rules, and inalienability: One view of the Cathedral*, cit., p. 1123.

171. Rose-Ackerman, Susan, *op. cit.*, p. 931.

172. Fennell, Lee Anne, *Adjusting alienability*, en *Harvard Law Review*, vol. CXXII, núm. 5, 2009, pp. 1402 y ss., en particular pp. 1427-1428, quien afirma: «[w]hile inalienability can be construed quite broadly to include any restriction that has either the purpose or effect of making transfers more difficult or unlikely, it is helpful to distinguish legal constraints on the transfer of property ("alienability limits" or "inalienability rules") from other conditions, restrictions, or features that limit, as a practical matter, the seller's prospects for alienating the property (limits affecting "marketability").»

173. Calabresi, Guido y Melamed, A. Douglas, *Property rules, liability rules, and inalienability: One view of the Cathedral*, cit., pp. 1111-1115 y 1123-1124. Los autores reconocen que, en ocasiones, en estas justificaciones subyacen argumentos de eficiencia pues ciertos costos externos son expresiones de factores morales.

174. Un excelente análisis es el realizado por el profesor Kennedy, Duncan, *From the Will theory to the principle of private autonomy: Lon Fuller's "Consideration and form"*, en *Columbia Law Review*, vol. C, núm. 1, 2000, pp. 94 y ss.

175. Kronman, Anthony, *Paternalism and the law of contracts*, en *The Yale Law Journal*, vol. XCII, núm. 5, 1983, pp. 763 y ss.

fracción a un valor basilar del entramado social. Así, podríamos decir que existen al menos tres, a saber¹⁷⁶:

- a) La eficiencia económica exige imponer limitaciones sobre el derecho de propiedad tanto por externalidades como por problemas de información y el costo de administración —en fin, por problemas distributivos—¹⁷⁷.
- b) La consecución de ciertas metas distributivas.
- c) La ausencia de limitaciones a algunos procesos de mercado puede resultar incompatible con el funcionamiento responsable de un Estado Constitucional de Derecho.

Si volvemos a las interrogantes compartidas al iniciar la sección, se podrán extraer ideas sobre las cuales valga la pena detenernos. Con relación a la identidad de las personas susceptibles de ostentar una titularidad disciplinada por una regla de inalienabilidad las respuestas serían¹⁷⁸: (i) cualquiera, (ii) sólo ciertos grupos, (iii) todos y (iv) nadie.

Si examinamos las respuestas veremos que:

- a) las últimas dos opciones suponen que la titularidad no puede ser ostentada de manera privada pues el Estado la reputó como de propiedad pública o común; o

bien porque resulta ilegal su detentación. En el primer escenario, nos encontraríamos frente a intereses difusos, bienes o recursos públicos, etc., mientras que en el segundo escenario serían bienes que se encuentran fuera del mercado —por ejemplo, órganos, drogas, etc.—.

- b) la segunda opción importa reconocer que el sistema jurídico establece bajo algún criterio o procedimiento qué grupos podrán ostentar la titularidad¹⁷⁹: cuando se requiere cumplir un procedimiento administrativo para obtener un título habilitante o bien cuando el sistema jurídico otorga a un sector en situación de vulnerabilidad algún beneficio.
- c) la primera opción implica que no existe ningún tipo de restricción subjetiva u objetiva para ostentar la titularidad. Lo dicho nos remitiría a los derechos de carácter constitucional.

Si inspeccionamos las potenciales restricciones que el titular afrontaría para su ejercicio —sea para potenciar sus beneficios, sea para prevenir sus efectos indeseables—, podrían identificarse actividades: (a) permitidas de manera libre; (b) permitidas siempre que se cumplan ciertas exigencias y (c) prohibidas. Naturalmente, las actividades descritas en (b) se encuentran comprendidas en (a), por lo que sería posible la elaboración del siguiente cuadro¹⁸⁰:

176. Rose-Ackerman, Susan, *op. cit.*, pp. 932-933.

177. Epstein, Richard A., *Why restrain alienation?*, en *Columbia Law Review*, vol. LXXXV, núm. 5, 1985, pp. 970 y ss. (en particular pp. 973-988 sobre externalidades y pp. 988-990 sobre distribución).

178. Rose-Ackerman, Susan, *op. cit.*, pp. 933-934.

179. El tema suscita debate entre los filósofos del derecho por el impacto que el factor azar (ni que decir sobre la influencia de ciertos grupos respecto de quién tiene que tomar la decisión) puede jugar en la determinación de la regla. Sobre la distribución de talentos como una cuestión moralmente arbitraria véase Rawls, John, *A Theory of Justice: Revised Edition*, Harvard University Press, Cambridge, 1999, pp. 63-64 y 88-95; y Kymlicka, Will, *Contemporary political philosophy: An Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 57-60.

180. Rose-Ackerman, Susan, *op. cit.*, pp. 934. En este caso, el cuadro se limita a ser una réplica en nuestro idioma de lo propuesto por la autora.

Restricciones al ejercicio de una titularidad

	No se exige nada	Todas las actividades permitidas son exigidas	Ciertas actividades permitidas son exigidas
Nada es permitido	1	-	-
Nada es prohibido	2	-	3
Algunas actividades son permitidas y otras no	4	5	6

El caso (1) tiene propósitos metodológicos: grafica el punto más extremo al interior del espectro de restricciones potenciales al ejercicio de una titularidad: el titular no puede hacer nada. Si se es estricto no estaríamos ante una titularidad, después de todo la definición de titularidad supone la preeminencia del interés y, desde un punto de vista lógico, el titular debe ser capaz de alcanzar algún fin valioso. El caso (2) es el recíproco o extremo opuesto: el titular puede ejercer cualquier actividad respecto de la titularidad, sin ningún requisito o exigencia —por ejemplo, el ejercicio de la libertad de pensamiento—.

Haciendo a un lado los esquemas extremos, veamos lo que sucede en los intermedios.

El caso (3) supone que el titular puede realizar cualquier actividad inherente a su titularidad a condición de que ejecute o cumpla ciertos requisitos legales —por ejemplo, la normativa para la preservación de bienes inmuebles con valor histórico o monumental¹⁸¹. El caso (4) importa que algunas actividades están prohibidas, pero no se le exige nada al titular para

tener el derecho de realizar otras actividades —por ejemplo, las normas de zonificación para vivienda—. El caso (5) supone que quienes tienen interés en conservar su prerrogativa deberán ejecutar ciertas actividades y/o cumplir ciertos requisitos —por ejemplo, la normativa destinada a crear un patrimonio autónomo como el “patrimonio familiar”¹⁸². Por último, en el caso (6) se permiten actividades a condición de que se cumplan ciertos requisitos y al propio tiempo se prohíbe otras —por ejemplo, la combinación de normas de zonificación con la tutela de inmuebles con valor histórico—.

Hasta aquí se examinaron hipótesis de ejercicio o uso de la titularidad que no implican un acto de disposición o transferencia de la titularidad. Como Fennell ha oportunamente señalado, los casos de prohibición a la disposición de titularidades tienden a ser raros —al final del día sería la hipótesis más agresiva de intervención estatal—, por lo que se suelen preferir mecanismos de restricción, lo cual, en última instancia, supone una división en el control de la prerrogativa entre el sujeto titular y los no-titulares —sea como individuos, sea como grupo¹⁸³.

181. En el caso peruano se trataría de, al menos, la Ley N°28296 – Ley del Patrimonio Cultural de la Nación y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N°011-2006-ED; Texto Único Ordenado de la Ley N°29090, Ley de regulación de habilitaciones urbanas y de edificaciones, y su Reglamento; y Texto Único Ordenado de la Ley N°28976, Ley Marco de Licencias de Funcionamiento.

182. Los aspectos generales de la figura son regulados en los artículos 488° a 501° del Código Civil.

183. Fennell, Lee Anne, *Adjusting alienability*, cit., pp. 1443-1446.

Naturalmente, ambas modificaciones jurídicas pueden realizarse de múltiples maneras, desde hipótesis de: (i) adquisición derivativa-traslativa o derivativa-constitutiva¹⁸⁴, (ii) transferencia a título particular o universal¹⁸⁵; y (iii) transferencia onerosa o gratuita¹⁸⁶. Con fines operativos y teóricos es posible admitir que (i) absorbe a (ii) en tanto que las transferencias/sucesión a título particular o universal se deben a un evento derivativo-traslativo, por ejemplo: la cesión de derechos o cesión de posición contractual, o derivativo-constitutivo, por ejemplo: un usufructo o un fideicomiso. Asimismo, la adquisi-

ción derivativo-traslativa o derivativo-constitutivo pueden fundarse en un acto gratuito u oneroso, razón por la cual nos concentraremos en la última con el propósito de ofrecer un cuadro capaz de subsumir el mayor número de casos de restricciones a la disposición. La decisión se verá confirmada a la luz de la normativa.

Teniendo lo anterior en mente, podemos ofrecer un segundo cuadro dependiendo de si los actos gratuitos y onerosos se encuentran respectivamente permitidos o prohibidos, a saber¹⁸⁷:

Restricciones a la disposición

	Actos gratuitos tutelados	Actos gratuitos sin tutela
Actos onerosos tutelados	A) Propiedad pura	B) Propiedad modificada
Actos onerosos sin tutela	C) Inalienabilidad modificada	D) Inalienabilidad pura

La denominación “propiedad pura” supone que todos los intercambios voluntarios se encuentran permitidos, por lo que, en estricto, estaríamos ante una *property rule*¹⁸⁸.

La calificación “propiedad modificada” implica

que sólo las enajenaciones de carácter oneroso recibirán respaldo jurídico —normalmente a valor de mercado—, por lo que los actos gratuitos no tendrían *enforcement*¹⁸⁹ por problemas de validez u oponibilidad —ejemplo: los actos gratuitos realizados bajo el período de sospecha

184. Burdese, Alberto, voz *Successione: II) Successione a causa di morte*, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXX, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1993, pp. 11-12 (de la separata); Carnevalli, Ugo, voz *Successione: I) Profili generali*, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXX, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1993, pp. 3-4 (de la separata); y Nicolò, Rosario, voz *Successioni nei diritti*, en *Nuovo Digesto Italiano*, vol. XII-1ª parte, Utet, Turín, 1940-XVIII, p. 989.

185. Burdese, Alberto, voz *Successione: II) Successione a causa di morte*, *cit.*, pp. 11-12 (de la separata); Carnevalli, Ugo, voz *Successione: I) Profili generali*, *cit.*, pp. 3-4 (de la separata); y Nicolò, Rosario, voz *Successioni nei diritti*, *cit.*, p. 989.

186. Gatt, Lucilla, *Onerosità e liberalità*, en *Rivista di Diritto Civile*, vol. XLIX, núm. 6, 2003, pp. 655 y ss.

187. He adaptado lo propuesto por Rose-Ackerman, Susan, *op. cit.*, p. 935, a fin de ser más específico respecto de lo que se desea sintetizar. Así, he consignado como actos onerosos o gratuitos cuando la autora se refiere a «ventas» [sales] y «donaciones» [gifts].

188. La disponibilidad es una de las características que típicamente posee el titular de una titularidad regulada por una regla de propiedad. Vale la pena leer Thompson, Paul B., *Alienability, rivalry, and exclusion cost: Three institutional factors to design*, en Aa. Vv., *Philosophy and Design: From engineering to architecture* edición a cargo de Pieter E. Vermaas, Peter Kroes, Andrew Light y Steven A. Moore, Springer, 2008, pp. 131 y ss.

189. Fennell, Lee Anne, *op. cit.*, pp. 1446- 1448.

concurzal¹⁹⁰. Por su parte, asigno el rótulo de “inalienabilidad modificada” para los casos en que no se ofrece tutela —incluso se sancionan— los actos onerosos, mientras que se permiten los actos gratuitos —por ejemplo, la denominada “donación de órganos”—. Finalmente, el *nomen* “inalienabilidad pura” se reserva para los casos tradicionales en que ningún tipo de acto respecto de la titularidad resulta posible.

Las restricciones a la disposición de la titularidad pueden tomar múltiples formas aún en caso las partes se encuentren de acuerdo en ejecutar. Así, puede afectarse el número total de operaciones mediante la fijación de cargas impositivas, procedimientos —por ejemplo: en la venta de activos del dominio privado del Estado— o criterios sustanciales —por ejemplo, la mayoría de edad—, esto es, sin afectar el contenido del acuerdo, sino sus requisitos o las consecuencias económicas que se activarán. En cambio, también pueden imponerse restricciones a la disposición si es que se afecta el precio al cual podrá realizarse la operación. La hipótesis más conocida es la de exigir un precio de mercado, pero también pueden fijarse precios-piso —mínimo— o precios-techo —máximo—; e incluso es posible que establezca un protocolo para la fijación del precio¹⁹¹.

La diferencia entre restricción y prohibición es esencial por razones teóricas y prácticas. A menudo las prohibiciones sobre ciertos actos se encuentran fuera del campo de la autono-

mía privada, mientras que las restricciones sí lo están; pese a ello, y a la muy distinta configuración de tales injerencias, en el Perú la cuestión tiene limitadísimos avances a causa de una interpretación conservadora de los artículos 882 y 926 del Código Civil¹⁹².

Atendiendo a la información provista —4 posibles titulares, 6 posibles restricciones para el ejercicio de la titularidad y 4 posibles restricciones a su disposición— habría hasta noventa y seis (96) escenarios distintos de inalienabilidad. Naturalmente, el propósito del texto de Rose-Ackerman le impidió estudiar todos, además excluyó las titularidades que no pueden ser objeto de propiedad privada por tratarse de bienes/recursos públicos o están fuera del mercado (2), el supuesto extremo de restricción de ejercicio en que nada puede hacerse en relación con la titularidad (1). Creo que también debería excluirse el supuesto en que no existe restricción a la disposición de la titularidad (1). Así las cosas, existirían treinta (30) escenarios posibles de inalienabilidad¹⁹³ que guardan relación con recursos posibles de titularidad privada —2 posibles titulares, 5 posibles restricciones para el ejercicio de la titularidad y 3 posibles restricciones a la disposición—.

2. Complementaciones: Polinsky y Hylton.

La primera gran complementación de la teoría de Calabresi-Melamed fue imputable a Mitchell Polinsky, quien sostuvo que las titularidades no

190. Desde un punto de vista de derecho civil peruano, la calificación también podría extenderse a los actos de fraude a los acreedores o acción pauliana, cuya sanción es la inoponibilidad o ineficacia en sentido estricto (artículo 195° del Código Civil).

191. Fennell, Lee Anne, *op. cit.*, pp. 1446- 1448.

192. Artículo 882° del Código Civil

No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita.

Artículo 926° del Código Civil

Las restricciones de la propiedad establecidas por pacto para que surtan efecto respecto a terceros, deben inscribirse en el registro respectivo.

193. Me aparto en este punto de lo señalado por Rose-Ackerman, quien concibe la existencia de cuarenta (40) escenarios posibles de inalienabilidad.

tenían por qué ser absolutas¹⁹⁴. Cabe aludir que Polinsky había planteado sus ideas previamente, pero habían sido dirigidas a economistas¹⁹⁵.

Así, el autor planteó la posibilidad de que existiera una división de las prerrogativas asignando a los sujetos una “regla de propiedad parcial”. Con ello, Polinsky se apartaba de lo que sostenían el grueso de académicos que, a partir del planteamiento de Calabresi-Melamed, simplificaba el escenario de conflicto derivado de una relación de vecindad —*nuisance*— a la interrogante de si¹⁹⁶:

- a) era la fábrica quien tenía que comprarle al residente el “derecho” a contaminar a causa de que éste ostentaba la prerrogativa de ordenar la cesación de la actividad para garantizar el ejercicio de su titularidad libre de injerencias externas o si la fábrica podía contaminar asumiendo el pago del resarcimiento fijado por el juez.
- b) era el residente quien debía comprarle a la fábrica el “derecho” a ejercer de vivir sin la actividad de la fábrica debido a que ésta ostentaba la prerrogativa de llevar adelante su emprendimiento o pagarle a la fábrica la reparación fijada por el juez.

Si bien el razonamiento esbozado es —casi— una réplica de lo expresado por Calabresi-Melamed, da por hecho que la fábrica puede contaminar todo lo que desea o el vecino tiene la prerrogativa de encontrarse libre de cualquier nivel de contaminación. En el mundo real, exis-

te una infinidad de puntos intermedios. Es a partir de este punto en el que surge la idea de reglas parciales.

Pero ¿cómo se aplicaría? Por ejemplo, se otorgaría a favor de ciertos sujetos —fábrica— la prerrogativa de llevar adelante una actividad hasta cierto punto pese a ser lesiva —emitir humos— y, por extensión, se impediría a los potenciales afectados —vecinos— interponer algún remedio legal dirigido a cesar o reducir la actividad de la fábrica e inclusive a solicitar la reparación de los daños; mientras que, superado el nivel de actividad fijado, la prerrogativa se invertirá.

El punto de partida del análisis cambia drásticamente. Al iniciar en un punto intermedio y no en los extremos, las acciones —y las soluciones— no se mueven hacia una única dirección, sino en dos direcciones opuestas. Si continuamos con el ejemplo ofrecido es posible que: (i) la fábrica desee incrementar su actividad, con el consecuente impacto en la emisión de humos o (ii) el residente desee disminuir la actividad de la empresa para reducir la emisión de humos. En tales escenarios, los clásicos remedios —mandato de cesación y reparación de daños— pueden combinarse para dar vida a: (1) un remedio positivo de reparación de daños y un remedio negativo de cesación; y (2) un remedio positivo de cesación y un remedio negativo de reparación de daños.

¿Qué significan en los hechos estos remedios mixtos? En sencillo, siguiendo la numeración del párrafo precedente¹⁹⁷:

194. Polinsky, A. Mitchell, *Resolving nuisance disputes: The simple economics of injunctive and damage remedies*, en *Stanford Law Review*, vol. XXXII, núm. 6, 1980, pp. 1075 y ss., en particular p. 1087, «There is no logical reason, however, to view entitlements as absolute. They might also be intermediate».

195. Polinsky, A. Mitchell, *Controlling externalities and protecting entitlements: Property right, liability rule and tax-subsidy approaches*, en *The Journal of Legal Studies*, vol. VIII, núm. 1, 1979, pp. 1 y ss., y *Id.*, *On the choice between property rules and liability rules*, en *Economic Inquiry*, vol. XVIII, núm. 2, 1980, pp. 233 y ss.

196. Ellickson, Robert C., *Alternatives to zoning: Covenants, nuisance rules, and fines as land use controls*, en *The Chicago Law Review*, vol. XL, núm. 4, 1973, pp. 681 y ss., en particular pp. 738-748.

197. Polinsky, A. Mitchell, *Resolving nuisance disputes: The simple economics of injunctive and damage remedies*, *cit.*, p. 1087.

- a) El residente está autorizado a exigirle a la fábrica el pago de un resarcimiento si es que incrementa el nivel de su actividad y correlativamente garantiza a la fábrica la prerrogativa de que el residente no puede solicitarle reducir su nivel de actividad.
- b) La fábrica tendrá que obtener el permiso del residente si desea incrementar su nivel de actividad y correlativamente el residente deberá pagarle una reparación a la fábrica si pretende reducir su nivel de actividad.

Naturalmente, las reglas intermedias son la mismas nada más que invirtiendo la identidad del titular —resarcimiento clásico la primera y resarcimiento inverso¹⁹⁸ la segunda—. Tal como se ve, la propuesta de Polinsky complementa el cuadro ofrecido por Calabresi-Melamed. Por razones de espacio no me detendré a examinar, como sí lo hace Polinsky, si la preferencia por el remedio resarcitorio tiene una justificación válida¹⁹⁹ en escenarios más realistas —en concreto: comportamiento estratégico, redistribución costosa y reparación subcompensatoria—²⁰⁰.

Por su parte, Hylton²⁰¹ añadió al análisis de las *property rules* y *liability rules* la importancia de las valuaciones subjetivas. La propuesta parte de una constatación tan evidente como útil:

en el campo jurídico existen dos políticas claramente diferenciadas, por un lado, el sistema prohíbe u opta por no-tolerar ciertas conductas —sin importar su magnitud—; y, por otro lado, el sistema opta por “internalizar” o asignarle un precio a la conducta del infractor, evitando suprimir dicha conducta, sino meramente forzando al infractor a asumir los costos anexos a su conducta.

La primera política sería simétrica a una regla de propiedad, mientras que la segunda política a una de responsabilidad. A partir de aquí, el autor sostiene que las primeras pretenden proteger la valuación subjetiva del titular, lo cual no logra la regla de responsabilidad. La idea luce, sobre todo para un operador jurídico del *Civil Law*, contraintuitiva, pues se nos forma para concebir a la responsabilidad civil como el mecanismo que permite reparar el daño que sufre la víctima. La diferencia radica en que la titularidad disciplinada bajo una regla de propiedad “requiere” una defensa reforzada —el “kicker” de Calabresi-Melamed—, sino se crearían “denormalization costs” —costos de desnormalización—. ²⁰² Estos costos suponen pérdida de incentivos para la inversión, el incremento de decisiones de expropiación, reducción de los horizontes de inversión, costos de desmoralización —“demoralization costs”—²⁰³, etc.

198. El denominado «reverse damages» (la cuarta regla de Calabresi-Melamed), según la cual las cortes permiten a la fábrica contaminar a menos que el vecino esté dispuesto a pagar una reparación para evitar la actividad.

199. La afirmación es controversial, existen quienes consideran que las *property rules* alientan mejor la negociación en comparación con las *liability rules*: Ayres, Ian y Talley, Eric, *Solomonic bargaining: Dividing a legal entitlement to facilitate Coasean trade*, en *Yale Law Journal*, vol. CIV, núm. 5, 1995, pp. 1027 y ss.; mientras que otros sostienen lo contrario: Kaplow, Louis y Shavell, Steven, *Property rules versus liability rules: An economic analysis*, en *Harvard Law Review*, vol. CIX, núm. 4, 1996, pp. 713 y ss.; e Id., *Do liability rules facilitate bargaining? A reply to Ayres and Talley*, en *Yale Law Journal*, vol. CV, núm. 1, 1995, pp. 221 y ss.

200. Polinsky, A. Mitchell, *Resolving nuisance disputes: The simple economics of injunctive and damage remedies*, cit., pp. 1092-1096 (comportamiento estratégico), pp. 1096-1100 (redistribución costosa) y pp. 1103-1106 (reparación subcompensatoria). El autor reconoce que es posible que el resarcimiento tenga un caso válido cuando involucra escenarios de múltiples víctimas (pp. 1106-1110).

201. Hylton, Keith N., *Property rules and liability rules*, once again, en *Review of Law and Economics*, vol. II, núm. 2, 2006, pp. 137 y ss.

202. Hylton, Keith N., *op. cit.*, p. 140.

203. Michelman, Frank, *Property, utility and fairness: Comments on ethical foundations of ‘just compensation’ Law*, en *Harvard Law Review*, vol. LXXX, núm. 6, 1967, pp. 1165 y ss.

Con todo propone nuevas afirmaciones dependiendo de si los costos de transacción son altos o bajos, a saber²⁰⁴:

- a) Cuando los costos de transacción sean altos y algunos de los tomadores —quienes extraen en todo o en parte la titularidad ajena— tienen valuaciones subjetivas²⁰⁵ que superan aquellas de todas las víctimas, la regla de responsabilidad es preferible.
- b) Cuando los costos de transacción sean altos y las valuaciones subjetivas de las víctimas superan aquellas de todos los tomadores, la regla de propiedad y la regla de responsabilidad son equivalentes en cuanto a la protección de las víctimas.
- c) Cuando los costos de transacción sean bajos, la regla de propiedad es preferible a la regla de responsabilidad sin que interese la distribución de las valuaciones subjetivas.

En los casos no-extremos —costos de transacción intermedios—, la elección dependerá de equilibrar el costo de proteger las valuaciones subjetivas y el costo de que la negociación falle. Si el segundo costo es relativamente bajo en relación con el primero, entonces debe preferirse la regla de propiedad. En cambio, si el costo de que la negociación falle es relativamente alto, se debería preferir a la regla de responsabilidad²⁰⁶.

La argumentación se vería confirmada en los hechos. La hipótesis de expropiación supone que se reconozca una regla de responsabilidad en sustitución de la regla original de propiedad que tutelaba la misma prerrogativa²⁰⁷, toda vez que el costo de que la negociación falle es muy alto en comparación al costo de tutelar la valuación subjetiva del particular.

En este caso es imperativo colocar ejemplos para comprender el planteamiento. Imaginemos²⁰⁸ que todas las víctimas son propietarios de bicicletas que tienen un valor de mercado de US\$75. Como es obvio, cada víctima/propietario tiene una valuación subjetiva distinta, algunos más alta y algunos más baja. Digamos, en aras de mantener el ejemplo simple, que los primeros le asignan a la bicicleta un valor de US\$85 —en adelante, “Víctima A”—, mientras que los segundos le asignan un valor de US\$65 —en adelante, “Víctima B”—. Ahora, asumamos que el número total de víctimas de cada tipo es exactamente el mismo a fin de que el valor de mercado permanezca en US\$75. Esto es relevante porque, por lo general, si la víctima inicia acciones legales, recibirá como monto resarcitorio el valor de mercado, toda vez que los tribunales preferirán utilizar dicha medida en lugar de afrontar el problema de determinar la valuación subjetiva de cada víctima. En cuanto a los tomadores/infractores, al igual que las víctimas/propietarios, se dividirían en dos: (i) quienes tienen una valuación alta sobre la bicicleta: US\$ 100 —en adelante, “Tomador A”— y (ii)

204. Hylton, Keith N., *op. cit.*, p. 142.

205. Se aconseja la consulta de De Alessi, Louis y Staaf, Robert J., *Subjective value in contract law*, en *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, vol. CXLV, núm. 4, 1989, pp. 561 y ss.

206. La regla esbozada es similar a una recomendación efectuada por Calabresi, Guido, *Transaction costs, resource allocation and liability rules – A comment*, en *The Journal of Law & Economics*, vol. XI, núm. 1, 1968, pp. 67 y ss., el cual es un trabajo que anticipa algunas ideas que luego conformarán la Catedral.

207. Fennell, Lee Anne, *Taking eminent domain apart*, en *Michigan State Law Review*, vol. 2004, núm. 4, 2004, pp. 957 y ss., en particular p. 976, donde se señala: «*Eminent domain short-circuits thin-market problems by substituting a liability rule for a property rule - upon the payment of fair market value, the land will change hands regardless of the wishes of the current owner*»; Miceli, Thomas J., *Compensation for the taking of land under eminent domain*, en *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, vol. CXLVII, núm. 2, 1991, pp. 354 y ss.

208. Hylton, Keith N., *op. cit.*, pp. 147-159.

quienes tienen una valuación baja: US\$25 —en adelante, “Tomador B”—; y cada grupo es semejante en número. Por último, asumamos que los costos de transacción son altos, razón por la cual no es posible que las víctimas/propietarios negocien *ex ante* con los tomadores/infractores. ¿Qué conviene? ¿Una regla de propiedad o una regla de responsabilidad?

Con el ejemplo ofrecido, veamos qué sucede con una regla de propiedad en favor de las víctimas. Los Tomadores A se verán inhibidos de extraer la titularidad, en tanto que las víctimas contarán con los remedios para recuperarla y como los costos de transacción son altos tampoco podrán acordarse un intercambio voluntario. ¿Qué sucede con el bienestar social —la diferencia entre la valuación subjetiva de los Tomadores A y las víctimas—? La elección de dicha regla impediría una mejora en el bienestar social ascendente a US\$25. En el caso de los Tomadores B la regla habría evitado una pérdida social de US\$50 —US\$75 – US\$ 25—. Si tomamos ambos resultados, el efecto neto de la regla de propiedad sería beneficioso en US\$25.

Cambiamos el escenario, la regla de propiedad es asignada en los tomadores/infractores. En tal escenario, los Tomadores A estarían autorizados a obtener un beneficio de US\$25, mientras que los Tomadores B estarían autorizados a crear una pérdida de US\$50. Así, el efecto neto de una regla de propiedad que favorezca a los tomadores ocasionaría una pérdida social neta de US\$25.

Ante ello, si fijáramos una regla de propiedad para tutelar la titularidad sobre la bicicleta sería preferible asignarla a favor de la víctima. Tal conclusión es una consecuencia de las asunciones del análisis, pero contribuyen a mostrar que las valuaciones subjetivas sí tienen un impacto real.

Hagamos el mismo ejercicio con una regla de responsabilidad a favor de las víctimas. Los Tomadores A estarían obligados a pagar a las víctimas US\$75, pero con todo obtendrían una ganancia de US\$25 que es el mismo monto en

que incrementaría el bienestar social. Ciertamente esto se produce pese a que exista un número —igual— de Víctimas A y Víctimas B. Si la conducta fuese implementada por los Tomadores B estos sufrirían una pérdida de US\$50, por lo que, en tanto son agentes racionales, evitarán seguir tal curso de acción. En ese sentido, la sociedad mejoraría en US\$50 al evitarse las conductas de los Tomadores B y mejoraría en US\$25 por las extracciones de la titularidad realizadas por los Tomadores A, es decir, habría una mejora social neta de US75.

A nivel comparativo, la regla de responsabilidad en favor de la víctima —US\$75— supera los beneficios que genera la regla de propiedad en favor de la víctima —US\$25—. En otras palabras, cuando los costos de transacción son altos la regla de responsabilidad protege mejor los intereses de la víctima. Lo dicho es consistente con lo postulado por Calabresi-Melamed y con la afirmación (a) de Hylton que reseñamos líneas atrás.

¿Qué sucedería si asumimos que todos los tomadores tienen una valuación subjetiva baja —US\$ 25—? ¿La regla de responsabilidad todavía es preferible?

Con una regla de responsabilidad a favor de las víctimas y con un monto resarcitorio de US\$75, los tomadores evitarán afectar la titularidad, toda vez que perderían US\$50. El impacto que tiene la regla en el bienestar social es de US\$50. Ahora, si se asigna una regla de propiedad a la víctima, la extracción de la titularidad no sucedería, por lo que habría un beneficio social de US\$50; en cambio, si la regla de propiedad se asigna en el tomador, se produciría una pérdida social de US\$50. Con el cambio en la asunción, tanto la regla de responsabilidad como la regla de propiedad tienen el mismo efecto en el bienestar social, por lo que existiría una situación de indiferencia entre ambas; confirmando así la afirmación o postulado (b) de Hylton.

Cabe preguntarse si no sería preferible la regla de responsabilidad pues nos evitaría el examen de las valuaciones subjetivas de los involucrados, más aún cuando esto confirmaría

el planteamiento de Becker²⁰⁹. En realidad, no es así. La diferencia se percibe en los casos en que la valuación subjetiva del tomador es más baja que la de las víctimas pues: (i) se emite un fuerte mensaje de abstenerse de intervenir en la titularidad ajena —sin condicionar la regla a un análisis costo-beneficio—; (ii) la regla de propiedad se aprovecha del resto de inversiones y políticas públicas implementadas para garantizar la tutela de estas titularidades; y, (iii) porque existen casos en que la determinación del monto de la reparación a asignarse a favor de la víctima es complicada y supondría un derroche de recursos. A la luz de ello, el planteamiento de Hylton se aparta de las conclusiones generales de Calabresi-Melamed.

Ahora, ¿qué sucedería si los costos de transacción son bajos —digamos cero—?

Si la titularidad del propietario se disciplina con una regla de propiedad, de manera general, los Tomadores A adquirirían la titularidad recibiendo un beneficio de US\$100 —valuación subjetiva— menos el precio que pague y recíprocamente el beneficio obtenido por el propietario sería el precio que recibirá del adquirente menos su precio de reserva —valuación subjetiva—. Todo dependerá de las valuaciones subjetivas.

En primer lugar, si el propietario ostenta la regla de propiedad, el Tomador B no podrá adquirir la titularidad y tampoco tendrá incentivos para extraerla. Veamos qué sucede con el Tomador A. Si éste se vincula con la Víctima A, el margen donde existirá contrato será entre las sumas de US\$100 y US\$85; mientras que si se vincula con la Víctima B el margen de contratación estará entre los US\$100 y US\$65, es decir, la regla de propiedad tutelaría la valuación de las víctimas.

Si, en cambio, la regla de propiedad fuese asignada en favor de los tomadores, ante Tomadores B, las Víctimas A y B les pagarían a efectos de retener las bicicletas, por lo que la titularidad no se vería trasladada. Ante Tomadores A la extracción tendría lugar sin que tengan que asu-

mir el pago de ninguna suma dineraria a favor de las víctimas, quienes no podrían comprar el derecho a conservar las bicicletas, toda vez que sus valuaciones subjetivas son inferiores.

Digamos ahora que la regla asignada es una de responsabilidad. Los Tomadores A no extraerían la titularidad en tanto que su valuación subjetiva es más baja que la de las víctimas, por lo que sólo incurriría en pérdidas —US\$60 y US\$40 respectivamente—. Por su parte, los Tomadores B sí extraerían la titularidad porque percibirían ganancias promedio de US\$25, sin embargo, allí no queda el asunto. Las Víctimas A podrían ofrecerle hasta US\$10 a los Tomadores B para inhibir la extracción, esto es, la diferencia entre su valuación subjetiva —US\$85— y el monto que recibirían como resarcimiento —US\$75—. En el caso de las Víctimas B, los incentivos se invierten. Los Tomadores B tendrían incentivos para ofrecerles una suma entre US\$75 —monto del resarcimiento que se le impondría— y US\$65 —valuación subjetiva de las citadas víctimas—. En los últimos dos escenarios, las propuestas se encuentran dentro de la zona de contratación y dado que los costos de transacción son cero, el acuerdo es posible. Dicho en otras palabras, los Tomadores A extraerían la prerrogativa de las Víctimas A y le comprarían su titularidad a las Víctimas B.

Los resultados en la reasignación de la titularidad sería el mismo tanto con reglas de propiedad, como con reglas de responsabilidad o la confirmación de que en ausencia de costos de transacción la asignación eficiente ocurrirá con prescindencia de la regla por defecto. La única diferencia aparente se presentaría en la distribución de las sumas dinerarias. Decimos aparente porque sí existe una diferencia más profunda. Las reglas de propiedad a favor de las víctimas garantizarían que sus valuaciones subjetivas sean protegidas, en cambio, con la regla de responsabilidad habrán víctimas que sólo reciban US\$75 por la pérdida de un bien que valoran en US\$85. Esto nos llevará a la afirmación (c) de Hylton, en particular si se suman los costos de

209. Becker, Gary, *Crime and punishment: An economic approach*, cit., pp. 190-191.

desnormalización —o desestabilización—²¹⁰, lo cual se materializa en una reducción de los incentivos de invertir de las potenciales Víctimas A, quienes saben que tales inversiones no serán compensadas.

Como se observa, el planteamiento de Hylton complementa, y en ocasiones contradice, lo que fue formulado por Calabresi-Melamed, enriqueciendo la teoría.

3. Críticas: Krier-Schwab, Kaplow-Shavell y Epstein.

El primer tema sobre el cual valdría la pena hacer hincapié es que un sector de académicos sostiene que la manera en que se protege la titularidad no sólo nos brindará información sobre su relevancia —una relación directamente proporcional—, sino que modifica su contenido²¹¹. En términos sencillos, no es posible afirmar que estamos ante una misma titularidad, o con la misma importancia, si es que una se tutela con una *property rule* y la otra con una *liability rule*.

La afirmación es consistente con la perspectiva remedial de los sistemas del *Common Law*, pero sería altamente cuestionable para un sector de académicos del *Civil Law*. Volviendo a la postura de los críticos, si se aceptase la posición esbozada se negaría la categoría de derecho a aquellas titularidades que no son tuteladas con un *property right*.

El punto de partida del análisis de Krier-Schwab

es el examen de la justificación de la preferencia por la regla de propiedad. Los autores admiten que la justificación convencional en una situación de costos de transacción bajos es una de eficiencia. La lógica sería permitir a los individuos decidir cuándo se encontrarán dispuestos, y en qué condiciones, a iniciar una negociación. Pero ¿qué sucedería si los costos de transacción fuesen elevados?²¹² ¿qué haría el tomador?

La situación sería la siguiente: (i) si los costos de evitar el daño son menores al monto del resarcimiento, lo racional sería que el causante del daño se abstenga de ejecutar la conducta; o (ii) si los costos de evitar el daño son mayores al monto del resarcimiento, lo racional sería que el causante opte por causar el daño y pagar por ello²¹³.

Los escenarios propuestos replicarían el postulado de Calabresi-Melamed, al punto que, en 1972, en la primera edición del manual de análisis económico del derecho de Posner, se afirma: “*where Transaction costs are high, the allocation of resources to their highest valued uses is facilitated by denying property right holders and injunctive remedy against invasions of their rights and instead limiting them to a remedy in damages*”²¹⁴

En buena cuenta, Krier-Schwab cuestionan la asunción de base en torno a los costos de transacción y la preferencia por cierta regla. En la realidad, los costos de transacción en la negociación y los costos de determinación de la existencia y magnitud del monto resarcitorio tienden a ser altos. Así, la diferencia entre reglas se difumina²¹⁵, por lo que pierde sentido

210. La idea puede reconducirse incluso a Bentham, Jeremy, *The principles of morals and legislation* (1781), Prometheus Books, Nueva York, 1988, p. 153.

211. Kraus, Jody y Coleman, Jules, *Rethinking the theory of legal rights*, en *Yale Law Journal*, vol. XCV, núm. 7, 1986, pp. 1335 y ss.

212. Tal situación podría fundarse en el número de sujetos involucrados o la existencia de comportamientos estratégicos.

213. Krier, James E. y Schwab, Stewart J., *Property rules and liability rules: The Cathedral in another light*, cit., pp. 450-451.

214. Posner, Richard A., *Economic analysis of Law*, Little, Brown and Company, Boston, 1972, p. 29.

215. Krier, James E. y Schwab, Stewart J., *op. cit.*, p. 455.

la afirmación de la preferencia por las reglas de responsabilidad en un escenario de altos costos de transacción.

Lo dicho fue anticipado por Polinsky, reflejándose en la obra de Posner, quien, como nota al pie, añade que la preferencia por la regla de responsabilidad “*assumes that damages can be computed with reasonable accuracy. If they cannot, there is an argument for injunctive relief*”²¹⁶.

Por su parte, Kaplow-Shavell abordan, entre otros temas, cómo en escenarios con defectos en información en torno al daño, la regla de responsabilidad tiene un desempeño que es superior al de la regla de propiedad²¹⁷; y que en escenarios de bajos costos de transacción es posible que la regla de propiedad no tenga un desempeño superior a una regla de responsabilidad. Dicho en otras palabras, cuando existan bajos costos de transacción no existe un impacto real en el nivel de negociación de las partes, sea que la titularidad esté disciplinada por una regla de propiedad o responsabilidad²¹⁸; y, cuando los costos de transacción son altos y la negociación es imposible, la regla de propiedad puede guiarnos a mejores resultados que las reglas de responsabilidad²¹⁹.

Los autores sugieren que incluso cuando los tribunales enfrentan problemas para determinar el monto del daño causado, las reglas de responsabilidad son superiores a las reglas de propiedad. Si ambas reglas están fijadas para proteger a la víctima se llegará al mismo resultado: no existirá contaminación si los costos de prevención son inferiores al nivel promedio de daño. Las reglas diferirán en su resultado cuando los costos de prevención son altos en comparación con el daño, los tomadores optarán por contaminar, toda vez que minimizarán su pérdida.

El resultado no se presentará si los tribunales tienden a subcompensar a las víctimas. La razón: se generará un incentivo para extraer la titularidad pese a que no se genere un mayor bienestar social —o al menos sin que nos encontremos seguros del incremento de tal bienestar—.

En cambio, en escenarios de costos de transacción bajos, se asume, con sujeción al teorema de Coase, que el resultado eficiente se producirá con prescindencia de la regla legal o la asignación originaria de titularidades. La situación varía si es que la negociación fracasa en ocasiones debido a que una o ambas partes fallan al estimar qué resulta aceptable para su contraparte. Sin embargo, la habilidad negociadora no es el único factor relevante para determinar el resultado y la preferencia por una regla: por ejemplo, la aptitud de la víctima de implementar conductas de mitigación, los incentivos que reciben los tomadores cuando carecen de los recursos para afrontar el pago de los daños que causen, los costos terciarios —costos de administración del sistema—, la aversión al riesgo o efectos distributivos. Si los factores descritos se acumulan o, por sí mismos, son muy significativos se justificaría una regla de propiedad.

En términos sencillos, tal como sostienen Kaplow-Shavell, si se piensa que la negociación entre los agentes relevantes nos conducirá a un resultado eficiente en cuanto a la asignación de cierta titularidad, no existe razón para considerar que ello es privativo de las reglas de propiedad. Este resultado se vincula a la posibilidad de negociar y a la alta probabilidad de que se alcance aquel acuerdo. En el caso de propiedad sobre bienes, la preferencia por la regla de propiedad no se sustentaría en la posibilidad en sí misma del acuerdo, sino que la elección

216. Posner, Richard A., *Economic analysis of Law*, cuarta edición, Little, Brown and Company, Boston, 1992, p. 70, nota al pie (5).

217. Kaplow, Louis y Shavell, Steven, *Property rules versus liability rules: An economic analysis*, cit., pp. 717-718.

218. Kaplow, Louis y Shavell, Steven, *op. cit.*, pp. 734-737.

219. Kaplow, Louis y Shavell, Steven, *op. cit.*, pp. 759-763.

alternativa —la regla de responsabilidad— supondría un debilitamiento del sistema y de la titularidad, después de todo, el titular carecería de la prerrogativa de excluir. Además, alentaría hipótesis de extracciones recíprocas, esto es, si alguien extrae la titularidad sobre un bien y conozco que el monto que obtendré en juicio como resarcimiento es inferior al valor que le asigno al bien, entonces tendré los incentivos para ahora extraer la titularidad que mi infractor tomó en primer lugar.

Finalmente, Epstein, al igual que Krier-Schwab y Kaplow-Shavell, cuestiona los escenarios en que se opta por una regla de responsabilidad. Desde su perspectiva, los casos en que tales reglas se revelan como eficientes o como un sustituto razonable de las reglas de propiedad son escasos²²⁰, por lo que, en realidad, sólo serán útiles en escenarios en que la regla de propiedad funciona de manera deficiente, esto es, supuestos de monopolio bilateral²²¹ o de necesidad —la copropiedad, la servidumbre de paso o estado de necesidad, por dar algunos ejemplos—²²².

El razonamiento de Epstein puede condensarse de la siguiente manera: por lo general, el titular de un recurso contará con un abanico de potenciales adquirentes, por lo que el beneficio anexo a no solicitar su consentimiento previo —característica de una regla de responsabilidad— será bajo, incluso inexistente. El intercambio se produciría sin necesidad de una intervención del sistema jurídico y dejando a los agentes satisfechos. Si se sustituyese la regla no sólo se incrementaría el nivel de intervención del sistema jurídico, sino que se introduce la variable de la dificultad de fijar cuál es el valor del

intercambio —involuntario—. Lo anterior vendrá en una serie de distorsiones en el nivel de inversión en los recursos y la seguridad en el tráfico jurídico-comercial²²³.

La regla de responsabilidad funcionaría si el titular no es capaz de inhibir transacciones socialmente beneficiosas debido a la implementación de conductas estratégicas. Si tales comportamientos pueden surgir con posterioridad al inicio de una relación jurídica, las partes podrán implementar medidas para controlarlos —por ejemplo, cláusulas de reajuste de la contraprestación en relaciones de duración—; pero en otras circunstancias, el resultado y la necesidad pueden ser sustancialmente distintos, causando una pérdida social. En escenarios de este tipo, la regla de responsabilidad sí mostraría su utilidad.

La cuestión se acentúa cuando Epstein critica la regla de resarcimiento inverso —regla 4—. Así, se pone en entredicho que se afirme que el propietario, en casos como en *Spur Industries v. Del E. Webb Development Co.* —ver retro nota al pie (16)—, tendría el derecho a contaminar sin que haya llegado a algún acuerdo con los vecinos. Si esta argumentación fuese cierta, entonces se tendría que admitir que los tribunales tienen la competencia para (re)definir los derechos de propiedad. Las peculiaridades del caso pueden explicar por qué la Corte Suprema de Arizona resolvió como lo hizo, después de toda la actividad contaminante que inició antes de que los vecinos ocuparan la parcela vecina, por lo que podría aplicarse la figura del “*coming to the nuisance*”²²⁴, por la cual se niega tutela a quien se exponga a sí mismo a una molestia pre-exis-

220. Epstein, Richard A., *A clear view of the Cathedral: The dominance of property rules*, en *Yale Law Journal*, vol. CVI, núm. 7, 1997, pp. 2091 y ss., en particular p. 2095.

221. Epstein, Richard A., *A clear view of the Cathedral: The dominance of property rules*, cit., pp. 2093, 2118-2119.

222. Epstein, Richard A., *op. cit.*, pp. 2092, 2105-2111.

223. Epstein, Richard A., *op. cit.*, pp. 2092-2093.

224. Kirk, Cassius Jr., *Torts: Nuisance: Defenses: "Coming to the nuisance" as a defense*, en *California Law Review*, vol. XLI, núm. 1, 1953, pp. 148-151.

tente —similar a la negativa en el Derecho Peruano a otorgar tutela, mediante interdictos, por eventos que afecten la posesión cuando la actividad generadora tiene más de un año de antigüedad, conforme al artículo 601 del Código Procesal Civil—. En tal sentido, no es que la propiedad de los vecinos se encuentre bajo la regla 4, sino que al tomarse en consideración el inicio del cómputo del plazo de prescripción desde antes que la propiedad de aquellos se vea perjudicada, ocasiona esta solución. Lo correcto sería que el plazo de prescripción iniciara sólo cuando la propiedad se ve afectada²²⁵.

La objeción de Epstein destaca el valor de la propiedad y su protección, por lo que se evitaría la sustitución de la regla por una de responsabilidad. Nótese que el autor califica la protección bajo una regla de propiedad como una absoluta²²⁶, por lo que haría a un lado los aportes de Polinsky.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La obra de Calabresi-Melamed ha inspirado a los ius-economistas por los últimos cincuenta años al convertirse en una teoría que sintetiza ideas institucionales del Derecho y Economía y proponer cómo pueden usarse para aportar en la (re)construcción del sistema jurídico.

En efecto, la comprensión cabal de las “reglas” de propiedad, responsabilidad e inalienabili-

dad exige que el operador jurídico cuente con una formación en dos conceptos clave: costos de transacción y externalidades. Si bien Calabresi-Melamed aluden a ellos a lo largo de su trabajo y los utilizan para bosquejar los escenarios en que cada regla debe preferirse, lo cierto es que tales conceptos son pasados por alto o, lo que es peor, no son tomados en serio por la mayor parte de operadores jurídicos. Tal circunstancia motivó que en parte de la investigación se afronte la tarea de esbozar los confines de los conceptos aludidos para, sólo luego de ello, detenernos en la formulación de la teoría, así como en el análisis de una parte de la bibliografía que originó.

Antes de concluir quiero transmitir dos últimas ideas. Por un lado, la investigación pretende que los operadores jurídicos, y no sólo los ius-economistas, caigan en la cuenta de cuán necesaria es la consulta de las formulaciones originales y las fuentes directas, amén de estudiar los desarrollos posteriores. Por otro lado, alentar nuestro espíritu crítico: dudar de todo, incluso de las ideas transmitidas en nuestra etapa formativa por maestros —ni que decir si fueron transmitidas por meros profesores—. Todo conocimiento debe contrastarse y cuando lo haya sido podremos afirmar que nos apropiamos de éste. Ello no significa que sea infalible, pero, en tanto nuestro, estaremos más conscientes de sus méritos, potencialidades y limitaciones.

225. Epstein, Richard A., *op. cit.*, pp. 2104-2105.

226. Epstein, Richard A., *op. cit.*, pp. 2091, 2097, 2106 y 2110.

Replantando la responsabilidad social corporativa a partir de la ejecución de obras por impuestos



LUIS ALEXANDER AGUIRRE ALVÁN

Abogado por la Universidad de Lima.
Maestría en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. El régimen jurídico de las actividades mineras y energéticas.
 1. Reforma del modelo.
 2. El desarrollo sectorial.
 3. Obligaciones de los concesionarios.
- III. Responsabilidad social corporativa y mecanismo de obras por impuestos.
 1. La Responsabilidad Social Corporativa — RSC.
 2. Principios para fomentar la buena relación entre empresas y comunidades.
 3. Formas en que las empresas contribuyen al desarrollo de las comunidades bajo la responsabilidad social corporativa.
 4. Mecanismo de obras por impuestos.
 5. Procedimiento para los proyectos de inversión que pueden ser ejecutados bajo el mecanismo de Obras por Impuestos.
 6. Modalidades de ejecución de proyectos de inversión pública bajo el mecanismo de Obras por Impuestos.
- IV. Replanteamiento de la responsabilidad social corporativa a partir de la ejecución de obras por impuestos.
- V. Conclusión.



RESUMEN:

Por medio de este artículo el autor replantea el rol que deben desempeñar las empresas mineras, poniendo énfasis en la responsabilidad social corporativa, y en cómo estas pueden colaborar con el desarrollo de las comunidades aledañas a sus zonas de extracción mediante la ejecución de obras por impuestos que permitan la construcción de infraestructura, ello a través de un redireccionamiento de los impuestos que las mineras deben pagar al Estado, con el objeto de mejorar el acceso a servicios y la calidad de vida de la población.

Palabras clave: derecho minero, actividad minera, responsabilidad social corporativa, obras por impuestos, inversión público-privada.

ABSTRACT:

Through this article, the author reconsiders the role that mining companies should play, emphasizing corporate social responsibility, and how these companies can collaborate with the development of the communities neighboring their extraction areas through the execution of works by taxes that allow the construction of infrastructure, this via a redirection of the taxes that mining companies must pay to the State, in order to improve access to services and the quality of life of the population.

Keywords: mining law, mining activity, corporate social responsibility, works by taxes, public-private investment.

I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad social corporativa es un aspecto esencial en toda empresa, en tanto determina el compromiso que tiene una entidad con la zona donde ejerce sus actividades, de tal forma que persigue un impacto positivo en las prácticas que ejerce en los distintos ámbitos de su actividad. Ahora bien, para poder generar una propuesta que impacte de forma transversal en el desarrollo de las comunidades aledañas que integran el área de influencia de una unidad extractiva, considero que deberá de emplearse mecanismos que reorienten las contribuciones generadas por parte de las empresas, en proyectos que cubran y cierren brechas de necesidades identificadas por parte de la población.

En ese sentido, detallamos que esta responsabilidad puede verse orientada en la ejecución de proyectos mediante la modalidad de obras por impuestos, las cuales constituyen un mecanismo que permite que las empresas privadas coordinen con los gobiernos regionales y locales la ejecución de obras de alta prioridad; a cambio de esto, los gastos realizados por parte de estas empresas en el financiamiento o la ejecución de dichas obras serán descontadas hasta en el 50% de su Impuesto a la renta. Es decir, una vez que la empresa privada culmina la obra, solicita un

Certificado de Inversión Público Regional y Local — CIPRL, el cual tendrá que ser presentado al Ministerio de Economía y Finanzas como forma de pago de su Impuesto a la Renta.

Debe tomarse en cuenta que la regulación de este mecanismo encuentra una relación directa con el desarrollo de infraestructura pública y la reducción de tiempo y mejor eficiencia en las construcción y ejecución de obras públicas, lo que resulta beneficioso para los agentes que intervienen. En ese contexto, la relevancia del presente estudio radica en establecer un replanteamiento de la responsabilidad social corporativa a partir de la ejecución de obras por impuestos en las empresas mineras, con la intención de destacar los beneficios que se pueden llegar a generar.

II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ACTIVIDADES MINERAS Y ENERGÉTICAS

1. Reforma del modelo.

Actualmente la explotación de las actividades mineras y energéticas están a cargo de empresas privadas que contratan con el Estado; sin embargo, antes de la reforma de los años 1990, la explotación de estas actividades estaba a cargo del Estado mediante las empresas públicas. Debido a las consecuencias negativas y el

impacto desfavorable que tuvo el ejercicio de esta actividad por parte del Estado, se vio necesario reformar este aspecto, como una forma de liberalización de la economía, asentando las actividades empresariales en el sector privado y estableciendo todo un marco jurídico con la finalidad de incentivar y promover la inversión privada en conjunto con la preservación del bienestar social y ambiental.

Bajo esta premisa, se destaca lo acotado por Laub y Valderrama —2014):

“Los resultados positivos de la reforma son claros. Para muestra, en 1989 la capacidad instalada de generación eléctrica del Perú ascendía a 1703 MW, mientras que en el 2014 alcanzó 9055.7 MW, esto es, un crecimiento de más de 530% en 25 años. De forma similar, en 1993 el coeficiente de electrificación del país —viviendas que cuentan con servicio eléctrico— era de 54%, mientras que 20 años después, en 2013, alcanzó el 90.3%.”¹

Tal y como lo resaltan los autores, la reforma que determinó el cambio del ejercicio de las actividades mineras y energéticas tuvo resultados favorables. Estos resultados evidentemente determinan la idoneidad de esta reforma, de tal manera que, en la actualidad, la actividad empresarial a cargo del Estado es subsidiaria. La Constitución Política del Perú (1993) en su artículo 60 nos señala que: *“Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional”*.

De esta manera, las reformas realizadas con la Constitución de 1993 centraron los objetivos principalmente en desarrollar la economía nacional, dejando la actividad empresarial en la inversión privada en conjunto con el bienestar

de la sociedad y el medio ambiente en la explotación de los recursos naturales. De esta forma, se promueve la inversión a través de empresas privadas, el aprovechamiento de todos los recursos naturales y la cautela para el cumplimiento de las normas, aspectos que se complementan entre sí.

2. El desarrollo sectorial.

Con la finalidad de generar incentivo para la inversión privada en lo que concierne a la explotación de los recursos naturales, se vio necesario emitir normas sectoriales que se encargarían de regular ciertos aspectos importantes tanto para la explotación como protección del medio ambiente. De esta forma para los años 90 se emitió la Ley General de Minería, que hasta la actualidad contiene todo lo relativo al aprovechamiento de los minerales que se encuentran en el suelo y subsuelo del territorio nacional, ello a través de concesiones que el Estado tiene con determinadas empresas de gran nivel.

En esta línea de pensamiento, Baca (2015) nos señala que:

“El marco normativo fue reformado a inicios de los años 90’ con la expresa finalidad de alentar la llegada de inversión extranjera al sector. Entre las principales normas podemos citar: Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería aprobado por el Decreto Supremo N° 014- 92-EM; Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero, Decreto Legislativo 708; Ley 27343, Ley que regula los contratos de estabilidad jurídica con el Estado al amparo de las leyes sectoriales.”²

Cabe mencionar que, en el caso de la minería, existe un sistema de entrega de concesiones, que según la Ley de Minería para el inicio de las

1. Laub, Anthony, y Miguel Valderrama. "El mito de la licencia social." ADVOCATUS, (2014): 31. <https://doi.org/10.26439/advocatus2014.n030.4269>
2. Baca, Epifanio. "Estudio Sobre Marco Normativo Minero En Perú." Congreso de la República del Perú. Agosto de 2013. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/43e90a2f7463578405257e2a0077f9ae/\\$file/estudiosobremarconormativomineroenelper%C3%BA.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/43e90a2f7463578405257e2a0077f9ae/$file/estudiosobremarconormativomineroenelper%C3%BA.pdf)

actividades que constituyen un proyecto minero, es necesario un título de concesión, además de estudios ambientales sobre la zona que este aprobado por la Dirección General de Asuntos Ambientales del Ministerio de Energía y Minas. Este sistema determina la explotación de los recursos a través de la inversión privada.

Por otro lado, también se emitió la Ley Orgánica de Hidrocarburos, la cual tuvo como finalidad normar y regular todas las actividades de hidrocarburos dentro del territorio nacional. Así mismo, posteriormente se generaron normas que regulaban el impacto ambiental y su preservación en relación con la explotación de recursos, con la finalidad de salvaguardar el medio ambiente al mismo tiempo que se explotan los recursos naturales.

Es necesario mencionar que todo el marco regulatorio sectorial que se generó estuvo alineado con los intereses de los involucrados, esto es con los intereses del Estado y de los privados a quienes se pretendían incentivar para la explotación de recursos.

Ahora bien, es precisamente todo este marco regulatorio conjuntamente con normas complementarias, lo que conforma una política que enmarca la explotación de los recursos naturales en lo que refiere a actividades minero energética, el mismo que contiene todas las reglas que se deben seguir para la explotación de estas actividades. Esto engloba de forma indirecta, una manera de ejecutar mecanismos de responsabilidad social por parte de las empresas, quien, en seguimiento de estas normas, determinan su marco de actuación basándose en posibles impactos de la actividad realizada.

En ese sentido, ha sido este marco regulatorio el cual ha enfatizado en las obligaciones que los concesionarios deben cumplir en relación con la explotación de los recursos, además de que se mitigan todos los costos que involucra el cumplimiento con la regulación dada.

3. Obligaciones de los concesionarios.

Dentro de las obligaciones que tiene el titular

de la concesión, está el deber de garantizar el cuidado y protección del medio ambiente en relación con la actividad que realiza. De esta forma, una vez que se otorga la concesión, luego de haber seguido los requisitos necesarios y previa autorización Estatal, el concesionario no puede comenzar a explotar de forma inmediata los recursos naturales, es precisamente todo el marco regulatorio que determina la explotación de los recursos naturales que indica que las empresas deben adoptar una serie de acciones previas vistas como obligaciones previas a la explotación.

De esta forma, resultará necesario que se instauren mecanismos o medidas necesarias que tengan como finalidad el garantizar la protección del medio ambiente y al mismo tiempo que se exploten los recursos naturales, además de otras medidas que garanticen la seguridad de los trabajadores, el derecho de propiedad y la buena relación con los pobladores de la zona en donde se está explotando el recurso. Ya desde esta exigencia, se supedita la responsabilidad social de las empresas al ejercicio de sus actividades. En ese sentido, la actividad realizada será amigable con el medio ambiente y con los demás aspectos relativos a la garantía de derechos y buenas relaciones sociales.

La intención de estas obligaciones predeterminadas por la norma radica en el hecho del otorgamiento de una concesión, la cual no debe implicar la posibilidad de que el titular pueda realizar cualquier acción que desee, sin cierto límite en la explotación de los recursos naturales. Lógicamente que un supuesto de este caso tendría como consecuencias constantes vulneraciones a diferentes derechos fundamentales, además de la erradicación de la responsabilidad social por parte de las empresas.

De esta manera, el concesionario cumple con todo un marco regulatorio respecto a la actividad que realizan, en conjunto con la intervención de la Administración que se encarga de fiscalizar el desarrollo de la actividad, tratando de asegurarse de que exista un equilibrio entre los costos y beneficios, tanto privados como sociales, en relación con la explotación de los re-

cursos. Un claro ejemplo en el cumplimiento de estas obligaciones es lo acotado en el artículo 48 del TUO de la Ley General de Minería la cual estipula que:

“Artículo 48.- Todo titular de actividad minera está obligado a ejecutar las labores propias de la misma, de acuerdo con sistemas, métodos y técnicas que tiendan al mejor desarrollo de la actividad y con sujeción a las normas de seguridad e higiene y saneamiento ambiental aplicables a la industria minera.

En el desarrollo de tales actividades deberá evitarse en lo posible daños a terceros, quedando el titular obligado a indemnizarlos por cualquier perjuicio que les cause”.

El hecho de exigir la ejecución de las actividades bajo los sistemas y métodos que tienden al mejor desarrollo de la actividad, además con sujeción a normas de seguridad y saneamiento ambiental, se exige una relación amigable con el medio ambiente, además de garantizar el bienestar de los trabajadores y tercero susceptibles de daños.

Con el fin de garantizar el cumplimiento de esta obligación, destaca el artículo 49 de la ley en mención:

“Artículo 49.- Los titulares de la actividad minera están obligados a facilitar en cualquier tiempo, el libre acceso a la autoridad minera para la fiscalización de las obligaciones que les corresponda”.

Bajo esta línea de pensamiento, Tejada (2017) nos señala que:

“El Tribunal Constitucional Peruano ha establecido, con respecto a la dimensión social y de solidaridad de la explotación de los re-

*cursos naturales, que es deber del Estado establecer las condiciones para un aprovechamiento razonable y sostenible en beneficio de todos los peruanos. Este escenario obliga a los interesados o inversionistas, no solo realizar la explotación de recursos naturales desde un punto de vista económico, sino también desde un punto de vista social y, con especial sensibilidad y solidaridad respecto de las poblaciones que se encuentran en el entorno en donde se realiza el aprovechamiento de los recursos naturales”.*³

Tal y como se reconoce, la explotación de los recursos naturales conlleva dimensiones sociales y de solidaridad, de tal forma que preverse que estos recursos sean aprovechados de forma responsable teniendo como premisa fundamental el respeto por el medio ambiente, garantizando a su vez la seguridad jurídica del sistema legal establecido, es una tarea fundamental para garantizar la responsabilidad social corporativa de las empresas extractivas.

Ahora bien, es precisamente esta idea de seguridad jurídica lo que determina la cautela en el cumplimiento del marco regulatorio sobre la explotación de estas actividades. En ese sentido, el titular de la concesión cumple con todas las obligaciones impuestas a través de la norma, lo que permite que se garantice el derecho que tiene para ejecutar el proyecto de concesión con sujeción a determinados parámetros legales,

Para este aspecto de seguridad jurídica, debe tomarse en cuenta lo acotado por el Tribunal Constitucional del Perú (2015), quien sostiene que: *“el principio de seguridad jurídica, tal como lo entiende este Tribunal, busca asegurar a todas las personas una expectativa razonablemente fundada sobre cómo actuarán los poderes públicos y, en general, los individuos al desarrollarse e interactuar en la vida comunitaria”.*⁴ Bajo el fundamento

3. Jaime Tejada, “Regulación de los recursos naturales: Perspectiva constitucional del aprovechamiento de los recursos naturales en el Perú” en *Direito da Mineração: Questões Minerárias, ambientais e tributárias*, (Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017), 240.

4. 5,000 ciudadanos c. Congreso de la República del Perú, 25, Expediente N° 00010-2014-AI (2014)

del Tribunal, se entiende que este principio forma parte del Estado Constitucional de Derecho, toda vez que la exigencia de la predictibilidad de una conducta, tanto para el Estado como los privados, garantiza el cumplimiento de las normas que integran el ordenamiento jurídico y es esencial para un potencial desarrollo.

Ahora bien, este principio encuentra relación con las obligaciones de los concesionarios. Como se ha determinado, bajo la inversión privada, se desarrollan las actividades de explotación de los recursos naturales, escenario que está sujeto a una serie de normas que regulan estas actividades y que establecen los parámetros para su ejercicio en relación con las dimensiones ambientales, sociales y de solidaridad. Es precisamente por estos aspectos, que engloban el principio de seguridad jurídica, que resulta de suma importancia garantizar los derechos de los particulares.

Debe tomarse en cuenta que la explotación de los recursos naturales en relación con las obligaciones de los concesionarios y la seguridad jurídica, son aspectos interrelacionados de forma indirecta a la responsabilidad social que debe adquirir la empresa al momento de ejercer las actividades necesarias para el aprovechamiento de estos. De esta forma, resulta necesario precisar sobre la responsabilidad social corporativa, la cual debe estar presente en toda empresa con la finalidad de salvaguardar los bienes involucrados en la explotación de los recursos naturales y garantizar a su vez una buena relación con los particulares, lo que genera evidentemente un avance en el desarrollo, tanto económico como social.

III. RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA Y MECANISMO DE OBRAS POR IMPUESTOS

1. La responsabilidad social corporativa — RSC.

-
5. Gómez, Begoña, y Rocío Martínez. "Responsabilidad Social Corporativa: de concepto abstracto a elemento clave en la estrategia empresarial." *Poliantea* 12, no. 22 (2016): 1. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6160667>

Como se ha venido manifestando, las empresas que ejercen explotación de los recursos deben desarrollar necesariamente el aspecto de responsabilidad social corporativa, esto implica que las empresas extractivas deben tomar en cuenta el impacto causado al medio ambiente y a la sociedad a la que hace parte. Para ello, debe tomarse en cuenta que la responsabilidad social corporativa es un aspecto que ha surgido de ciertos cambios económicos sociales generados por la globalización y la actuación de los diversos agentes económicos en el mundo, principalmente de aquellos cuyas actividades detentan un posible impacto negativo tanto para la sociedad como el ambiente.

Debe tomarse en cuenta que las empresas no son entes individuales o aislados, por el contrario, forman parte de un entorno que conformado a su vez por diversos aspectos esenciales hacen posible el desarrollo de la sociedad. Es debido a ello, que la responsabilidad social corporativa es una práctica estrechamente vinculada con estas empresas, principalmente con aquellas que ejercen su actividad en el aprovechamiento de recursos naturales o de su entorno. En esta línea de pensamiento, destaca lo acotado por Gómez y Martínez (2016):

"Lejos de ser una moda, la Responsabilidad Social Corporativa — RSC en la actualidad se conforma como una práctica directamente vinculada con la actividad de las empresas y de las organizaciones que se valen del entorno, bien usando sus recursos —inputs— o abasteciéndolos —outputs—. Todo ello está impregnado de unas demandas sociales que han permanecido latentes durante 2 largos años. Esta realidad deriva en la necesidad de una concienciación social de todas las acciones empresariales que se desarrollan".⁵

En ese sentido, la responsabilidad social corporativa se configura como un conjunto de acciones que las empresas ejercen con la finalidad

de que las actividades llevadas a cabo bajo su dirección no tengan repercusiones negativas para la sociedad y el medio que los rodea. También se puede conceptualizar como una determinada forma de actuación de las empresas en el ejercicio de sus actividades cuya finalidad es garantizar el cuidado del medio donde se ejercer la misma, esto es aprovechar los recursos basándose en los posibles impactos que se pueden ocasionar tanto para su entorno cercano como el medio que los rodea.

Ahora bien, existen distintos conceptos que pueden atribuirse a la responsabilidad social corporativa, como es el caso de Server y Villalonga (2005), quienes sostienen que:

"Podemos por tanto afirmar que el concepto de Responsabilidad Social está relacionado con la parte de la actividad voluntaria de las empresas relativa a la mejora de la sociedad a la que pertenecen y a la preocupación por el medio ambiente en el que se encuentran".⁶

Por otro lado, destaca también lo acotado por Vives y Peinado-Vara (2011):

"El argumento debe ser que, si las prácticas responsables redundan directa o indirectamente, tangible o intangiblemente, en los beneficios presentes o futuros de las empresas, éstas son parte legítima de la estrategia de la empresa y de la responsabilidad social corporativa, entendida ésta -en una forma simplificada- como el conjunto de actividades que, aumentando la contribución de las empresas a la sociedad, mejoran su propia situación".⁷

Bajo estos conceptos, se pueden identificar cuáles son los principios de la responsabilidad

social corporativa, tales como el compromiso de las empresas, una conducta ética en las prácticas de los negocios, el desempeño y cuidado ambiental. Asimismo, es necesario acotar lo que señalan Server y Villalonga (2005) referente a las dos dimensiones que posee la responsabilidad social corporativa⁸:

a) Dimensión interna:

Esta dimensión posee los siguientes aspectos:

- i. Gestión de recursos humanos: a través de la gestión de los recursos naturales se ejercen prácticas como la contratación responsable de persona —por ejemplo, capacitado para un buen desempeño en su labor, que en el caso de la minería es esencial en tanto reduce los costos y los impactos negativos en el ambiente por malas prácticas—, prácticas no discriminatorias, contribuir a la formación de los trabajadores, entre otros aspectos relacionados.
- ii. Salud y seguridad en el lugar de trabajo: el proporcionamiento de seguridad y el cuidado de la salud en el trabajo es indispensable como parte de la responsabilidad social corporativa.
- iii. Adaptación al cambio: esto hace referencia a la reestructuración, la cual debe entenderse desde un punto de vista socialmente responsable, lo que significa equilibrar y tener en cuenta los intereses y preocupaciones de todos los afectados por los cambios y las decisiones
- iv. Gestión del impacto ambiental: este aspecto es esencial, en tanto determina la

6. Ricardo Server, e Inmaculada Villalonga. "La Responsabilidad Social Corporativa (RSC) y su gestión integrada." CIEREC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, no. 53 (2005):139. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=17405311>

7. Antonio Vives, y Estrella Peinado-Vara, "La responsabilidad como factor de competitividad de la empresa", en *La Responsabilidad Social de la empresa en América Latina*, ed. Antonio Vives, y Estrella Peinado-Vara (Washington DC: Fondo Multilateral de Inversiones, 2011), 222.

8. Server y Villalonga, "La Responsabilidad Social Corporativa (RSC) y su gestión integrada.", 6-7.

evaluación y análisis de las actividades realizadas por las empresas en el aprovechamiento de los recursos en relación con el cuidado del ambiente.

b) Dimensión externa:

Para el caso de la dimensión externa, esta se va a extender hacia las comunidades que se encuentran localizadas en el entorno donde se ejerce la actividad, como en el caso de la minería que generalmente se explota cerca de poblaciones o comunidades. De esta forma, las empresas contribuyen al desarrollo de las comunidades, a través de diversos métodos como por ejemplo puestos de trabajo o pequeños proyectos beneficiosos.

Finalmente es necesario precisar lo que manifiesta Ruiz (2015): *"Complementando lo anterior, se supone que una empresa, bajo el convencimiento de que es socialmente responsable, se dirige hacia un fin ético, es decir, va más allá de la ley, adoptando globalmente intereses económicos, sociales y ambientales (...)".*⁹ En ese sentido, la responsabilidad social corporativa implica todo ejercicio realizado por las empresas para prevenir impactos negativos a través de la ejecución de sus actividades, es decir, es una forma de gestión que integra las dimensiones económicas, social y ambiental, contribuyendo de forma eficiente al desarrollo sostenible.

Debe tomarse en cuenta que esta responsabilidad implica también aspectos como las relaciones con las comunidades situadas en los lugares donde se ejercer la actividad extractiva. Así, en las situaciones donde la actividad minera se lleve a cabo cerca de una comunidad, mediante la responsabilidad social corporativa se prevenirán aspectos relevantes para el desarrollo de la comunidad y la ausencia e impactos negativos.

2. Principios para fomentar la buena relación entre empresas y comunidades.

Entendiendo que la responsabilidad corporativa tiene como fin un equilibrio entre los objetivos económicos mediante la explotación de los recursos y objetivos sociales, es necesario que exista una buena relación entre la empresa y la comunidad. Para este aspecto es necesario tomar en cuenta que existe una conexión inevitable entre las empresas y estas comunidades, de tal forma que es necesario establecer ciertos criterios sobre los cuales es posible fomentar el desarrollo común garantizando el bienestar de todas las partes que se encuentran inmersas.

De esta forma, se toma en cuenta lo acotado por Laub y Valderrama (2014): *"Nuestra opinión es que estos criterios para fomentar el desarrollo deben provenir del ámbito del buen gobierno corporativo de las empresas, orientado hacia el desarrollo de proyectos sostenibles".*¹⁰ En ese sentido, es posible identificar los aspectos a tomar en cuenta para la buena relación entre las empresas y comunidades, bajo el enfoque de la responsabilidad social corporativa:

- a) El dialogo con la comunidad: el diálogo es fundamental para una buena relación, toda vez que determina la concertación de acuerdos que coadyuban a ejercer la explotación de recursos sin inconvenientes y el bienestar de la comunidad.
- b) El impulso del desarrollo de la comunidad: a través de este aspecto se beneficia a la comunidad a través de diversos aspectos como por ejemplo puestos de trabajo, obras sociales, y proyecto en favor de la comunidad, aspecto que se acerca a las obras por impuesto.

9. Ruiz, Úrsula. "Obras por Impuestos: alternativa de Responsabilidad Social Corporativa." *Tiempo de Opinión*, (2015): 39. https://www.esan.edu.pe/migration-files/publicaciones/2015/12/03/ruiz_obras_impuestos_alternativa_responsable.pdf

10. Laub, Anthony, y Miguel Valderrama, "El mito de la licencia social.", 40.

- c) Equilibrio entre el objetivo económico de la actividad y el cuidado con la comunidad: bajo este aspecto, se determina que la actividad realizada no genera mayor perjuicio a la comunidad, de tal forma que exista un grado de concertación entre los intereses de la empresa y de la comunidad.

Cabe manifestar que, para el fin de la buena relación entre estas empresas y la comunidad, a través de la responsabilidad social corporativa, se deben poner en marcha diversos proyectos destinados a las necesidades de la zona, logrando no solo esta buena relación, sino la esperada licencia social, la cual se configura como la aprobación de la comunidad y otros grupos de interés hacia las empresas para el ejercicio de la actividad extractiva dentro de la zona.

Debe tomarse en cuenta que la licencia social es un aspecto de suma importancia que determina el desarrollo de las actividades extractivas, como la minera, en el Perú. De esta forma, a través de las percepciones que tiene la comunidad respecto a la seguridad y sostenibilidad del impacto que causa la actividad llevada a cabo por la empresa, se otorga la licencia social permitiendo el desarrollo eficiente de la actividad extractiva.

Sobre este aspecto, del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (2014) en su artículo 6 nos señala que los gobiernos deberán: *"(...) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente"*. Por otro lado, también destaca la Ley del Derecho a la Consulta previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, Ley 29785 (2011) que en su artículo 2 señala que la licencia social: *"(...) es el derecho de los pueblos indígenas u originarios a ser consultados de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo"*.

De esta forma en el caso de la minería, la licencia

social se configura como la continua aceptación de las comunidades locales para el ejercicio de la actividad minera. Esta licencia constituye entonces un añadido al otorgamiento de un derecho por parte del Estado para la explotación de los recursos, en tanto existe una incidencia directa con la comunidad local, quien también gozan de los derechos fundamentales que reconoce nuestra Constitución. Este aspecto, no hace más que reafirmar la importancia de la responsabilidad social corporativa en relación con la licencia social y la eficacia en el aprovechamiento de los recursos naturales.

Bajo estas premisas, en virtud de una buena relación entre las empresas y la comunidad vinculada a la responsabilidad social corporativa, se identifican los siguientes aspectos positivos para la empresa:

- Se crean condiciones que resultan favorables para el desempeño financiero.
- Se contribuye a una mejor reputación de la empresa que realiza la actividad extractiva.
- No tiene impedimentos para ejercer de forma eficiente la explotación de los recursos de la zona.
- Existe una considerable disminución de riesgos en el ejercicio de la actividad.

Todos estos aspectos positivos para la empresa que devienen de la buena relación con la comunidad, determinan el desarrollo sostenible de la actividad en relación con las dimensiones económicas, sociales y solidarias anteriormente mencionadas. No obstante, es importante señalar que, la responsabilidad social corporativa también determina otro tipo de beneficios para la comunidad y las empresas, como es el caso de su relación con las obras por impuestos, las cuales se pueden ejercer como alternativa de este tipo de responsabilidad, siendo necesario un replanteamiento de la responsabilidad social corporativa a partir de la ejecución de obras por impuestos, aspecto tratado más adelante.

3. Formas en que las empresas contribuyen al desarrollo de las comunidades bajo la responsabilidad social corporativa.

Tomando en cuenta lo manifestado anteriormente, es factible determinar cuáles son las formas en que las empresas contribuyen al desarrollo de las comunidades bajo el enfoque de la RSC. En ese sentido, tomando en cuenta lo acotado por Bebbington (2013)¹¹, se muestran las siguientes formas:

- a) Mediante el ejercicio de la actividad extractiva, se presentan en beneficio de la comunidad la generación de empleos y demanda de servicios y bienes que se constituyen como un punto esencia en el desarrollo y crecimiento económico de la zona. La minería por ejemplo una de las actividades extractivas que genera puestos de trabajo tal y como lo ejemplifica Benavides (2012): *"Si consideramos la enorme cantidad de proyectos mineros que tienen Estudios de Impacto Ambiental — EIA aprobados, los cuales demandarán una inversión de US\$ 27,273 millones en los próximos cinco años, veremos más de un millón de nuevos puestos de trabajo que, por supuesto, son formales"*.¹²
- b) Se realizan proyecto de desarrollo comunitario y socioeconómico que tienen como finalidad atender ciertas necesidades de la comunidad. A través de estos proyectos se cubren las necesidades sociales de la población vinculada a la empresa, en temas importantes como salud, educación, etc.
- c) Se efectúa una transferencia de una parte de los impuestos y regalías que son pagados por las empresas a los gobiernos locales y regionales de la comunidad donde se efectúa la explotación del recurso. A través

de esta transferencia se genera un beneficio a la comunidad a través de las autoridades correspondientes para la viabilización de la inversión pública temas de suma relevancia.

Bajo estas formas se contribuyen de manera beneficiosa a la comunidad y la idea de poner en práctica las mismas determina una relación sostenible entre las partes. Es necesario tomar en cuenta que, en la explotación de recursos naturales, entendida en aspectos de responsabilidad social corporativa, licencia social y buenas relaciones con la comunidad genera importantes beneficios, se debe incentivar al mejoramiento de beneficios para la comunidad, tomando en cuenta que este tipo de actividades suelen ser de gran impacto al ambiente y zona donde se ejerce.

De esta forma, como se viene mencionando resultaría viable que la responsabilidad social de las empresas mineras, este orientada a la ejecución de obras por impuestos. Este aspecto no solo genera gran beneficio a la comunidad donde se explota el recurso, sino que viabiliza la labor del Estado para la construcción de obras públicas y de necesidad para diversos pueblos.

Se destaca la importancia de este aspecto en tanto constituye una forma viable e idónea para el beneficio de los ciudadanos, especialmente para las zonas donde se explotan los recursos naturales, sin que ello genere una afectación a la empresa o incida en su derecho de seguir ejerciendo la actividad.

4. Mecanismo de obras por impuestos.

A través de las obras por impuestos se permite que las empresas privadas tomen un parte de los impuestos que pagan por su actividad y las

11. Quiñones, Patricia. "Industrias Extractivas: conflicto social y dinámicas institucionales en la región andina." *Politai* 4, no. 6, ed. Anthony Bebbington (2012): 372-373. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/politai/article/view/14120>

12. Benavides, Roque. "La minería responsable y sus aportes al desarrollo del Perú." Buenaventura. https://www.buenaventura.com/assets/uploads/publicaciones/Libro_Mineria_Responsable_2da_Edici%C3%B3n2.pdf

redirijan a la construcción de obras en beneficio público. De esta forma, a través de una coordinación con el Estado, estas empresas ejecutan obras públicas, cuyos costos son descontados de los impuestos que deben pagar.

Sobre el particular, Chang —2015) nos señala que: *“El mecanismo de obras por impuestos permite a las empresas privadas seleccionar y ejecutar obras de infraestructura pública y descontar el monto invertido del impuesto a la renta que la empresa debe pagar en el futuro”*.¹³ Desde otra perspectiva, se puede establecer que es una forma de pago de impuestos a través de financiamientos de proyectos de inversión para la construcción de obras públicas.

La empresa en este caso financia el proyecto a realizar y se descuenta hasta por un valor máximo del 50% de lo pagado en el año fiscal anterior, lo que permite la construcción, rehabilitación y mantenimiento de diversos proyectos que resultan ser necesarios para la población en las que el Estado no es suficiente para llevar a cabo. Es debido a ello, que el objetivo de este mecanismo radica principalmente en ejecutar de forma eficiente y rápida las obras que mejores todos los servicios públicos y que son de necesidad para la población, acelerando de manera eficaz el desarrollo socioeconómico de las regiones.

En ese sentido se facilita la construcción de diversas obras en favor de comunidades y brinda oportunidades claras de desarrollo no solo económico, sino también social que muchas veces el Estado no brinda. Por otro lado, se tiene lo acotado por Sánchez (2016), quien establece que: *“Lo*

llamativo de este mecanismo es que, en lugar de efectuar un pago líquido o en moneda, la Entidad Pública cancela la inversión asumida por las empresas privadas en el proyecto con un título valor denominado “Certificado de Inversión Pública””.¹⁴

Debe tomarse en cuenta que los certificados de inversión pública son empleados por las empresas privadas solo con el objetivo de pagar a cuenta o de regularizar sus impuestos a la renta de tercera categoría. Ahora bien, Chang (2015) también nos señala que:

“Entre los casos de éxito de grandes obras de infraestructura realizadas mediante este mecanismo, se puede mencionar al puente Chilina, en Arequipa, para el cual el Gobierno regional destinó 243 millones de soles gracias a la participación y la financiación de Southern Perú, Interbank y Backus. Son varias las empresas —Southern Perú, BCP, Volcán, Backus, Cementos Pacasmayo, Telefónica, Interbank, entre otras—”.¹⁵

Bajo estos aspectos, se destaca la importancia del mecanismo de obra por impuestos, el cual facilita y viabiliza de forma más eficiente la construcción de obras públicas a favor de las comunidades, aspecto que el Estado a través del gobiernos regionales y locales en distintas ocasiones ha demostrado ser ineficiente.

5. Procedimiento para los proyectos de inversión que pueden ser ejecutados bajo el mecanismo de Obras por Impuestos.

Sánchez (2016)¹⁶ nos señala que un proyecto de

13. Chang, Harry. "Obras por Impuestos: poderosa herramienta para la ejecución de obras de infraestructura." *Tiempo de Opinión*, (2015): 28. https://www.esan.edu.pe/migration-files/publicaciones/2015/12/03/chang_obras_impuestos.pdf

14. Sánchez, Lucio. "La nueva relación público-privada en el ordenamiento jurídico-administrativo peruano a la luz del actual régimen de obras por impuestos." *Revista De Derecho Administrativo*, no. 16 (2016): 281. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16305>

15. Chang, Harry. "Obras por Impuestos: poderosa herramienta para la ejecución de obras de infraestructura.", 28.

16. Sánchez, Lucio. "La nueva relación público-privada en el ordenamiento jurídico-administrativo peruano a la luz del actual régimen de obras por impuestos.", 281-282.

inversión, en el marco de este sistema debe pasar por un procedimiento de diseño, formulación y ejecución, el cual se denomina “Ciclo del Proyecto”. Bajo esta premisa, ha determinado que se van a identificar fases a través de las cuales todo proyecto necesariamente atravesará:

- a) Fase de preinversión: a través de esta fase se evalúa si el proyecto a realizar es conveniente, verificando aspectos relevantes como por ejemplo la rentabilidad social y su sostenibilidad. Bajo esta premisa, se elabora un perfil, el cual es necesario para la viabilidad del proyecto, lo que determina a través de un certificado, tal y como lo señala el artículo 10 del reglamento.
- b) Fase de inversión: mediante esta fase se emiten los documentos necesarios para la ejecución del proyecto sobre el cual se invertirá. Esta fase tiene su fin en la ejecución del proyecto.
- c) Fase de postinversión: finalmente, a través de esta fase se opera y se mantiene el proyecto llevado a cabo.

Se menciona que, dentro de las fases mencionadas, en el caso del mecanismo de las obras por impuestos, es la fase de preinversión la que reviste de especial importancia, toda vez que, luego de haber obtenido el certificado de viabilidad del proyecto, corresponde al Estado mediante la entidad pública correspondiente priorizar el proyecto para que se proceda a la ejecución correspondiente. Para tal efecto existe una lista de proyectos que son priorizados, los cuales se ejecutan correspondientemente, denotando la facilidad y viabilidad de este mecanismo, además de ser eficiente y eficaz en su constitución.

En cuanto a las partes que intervienen que este mecanismo de obras por impuesto, tenemos a las siguientes:

- a) Las entidades públicas: las entidades públicas, como se denominan son todas aquellas pertenecientes al Estado y que para el caso concreto se ciñen al artículo 2

del Reglamento de la Ley de las Obras por Impuesto, la cual estipula que:

“2.1 El presente Reglamento es de aplicación a los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales, Juntas de Coordinación Interregional, Mancomunidades Regionales, Mancomunidades Municipales y Universidades Públicas en el marco de la Ley 29230.

2.2 Asimismo, es aplicable a las entidades públicas del Gobierno Nacional que ejecuten Proyectos en el marco de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 30264”.

La actual regulación de obras por impuesto comprende a las entidades públicas como el gobierno regional y los gobiernos locales, además de las universidades públicas, juntas de coordinación interregional y mancomunidades regionales. Es a través de todas estas entidades en las que se pueden ejecutar proyecto de inversión mediante este mecanismo, además de las entidades públicas del gobierno nacional. Por otro lado, se advierte que anteriormente no se comprendían todas estas entidades, limitándose solo a los gobiernos regionales y locales, lo que en la actualidad ha permitido una ampliación de fuentes de financiamiento en beneficio de la población.

- b) Los agentes privados: en el caso de los agentes privados, en este mecanismo opera más de uno, sin embargo, cada agente privado asume un rol y función diverso según le corresponda. De esta forma, los agentes que participan en las obras por impuestos son las empresas privadas y las empresas ejecutoras, además de las entidades supervisoras de carácter privado.

Sobre el particular, el artículo 8 del reglamento nos señala que: *“La relación entre la Empresa Privada y la Entidad Pública, generada en aplicación de la Ley 29230, Ley 30264 y este Reglamento, califica como un contrato de construcción cuando el Proyecto sea mayoritariamente de infraestructura, de corresponder”*, entendiendo como empresa pri-

vada a aquella que se encarga de financiar un proyecto bajo obras por impuesto. Por otro lado, la empresa ejecutora será aquella que elaboraran el expediente técnico y ejecutan el proyecto.

Finalmente, en cuanto a las entidades privadas de supervisión, son personas naturales o jurídicas que son contratadas con la finalidad de supervisar el proyecto que se lleva a cabo. En ese sentido, para la culminación del proyecto llevado a cabo en las que se evidencia la participación de estos tres agentes privados, se debe tomar en cuenta lo previsto en el artículo 73 del reglamento en mención.

6. Modalidades de ejecución de proyectos de inversión pública bajo el mecanismo de Obras por Impuestos.

Según Sánchez (2016)¹⁷ existen dos modalidades de partir de las cuales se evalúan los proyectos de obras por impuestos:

a) A iniciativa de la entidad pública:

A través de esta modalidad, es la entidad pública quien identifica las necesidades y evalúa los proyectos de inversión que resultan convenientes para el beneficio social. De esta forma se declara viable el proyecto, se prioriza y se convoca a procedimiento para otorgar esta ejecución a una empresa privada. En ese sentido, es la entidad quien solicita que una empresa ejecute el proyecto, declarando viable y convocando a un procedimiento para su adjudicación.

b) A iniciativa de la entidad privada:

En este caso, es la empresa privada la interesada en elaborar un proyecto de inversión, para lo cual elabora y diseña el proyecto y se lo otorga a la entidad pública con la finalidad de que el mismo sea evaluado y declarado viable procediendo a su ejecución.

Cabe manifestar que los proyectos elaborados por la empresa privada adoptan un carácter de petición de gracia, tal y como lo señala el artículo 121 del TUO de la Ley del procedimiento Administrativo General: *"Por la facultad de formular peticiones de gracia, el administrado puede solicitar al titular de la entidad competente la emisión de un acto sujeto a su discrecionalidad o a su libre apreciación, o prestación de un servicio cuando no cuenta con otro título legal específico (...)".*

Ahora bien, tal y como lo establece el autor, esta modalidad de ejecución de proyectos, se da inicio con la presentación de una "Carta de Intención", la cual es emitida por la empresa privada para la viabilidad del proyecto y debe acompañar la identificación de quien la emite, en conjunto con las representaciones y poderes correspondiente y luego de revisada y aceptada la petición, se procede a las fases para la ejecución del proyecto.

Cabe mencionar que la ejecución del proyecto, ya sea por iniciativa de la entidad pública o entidad privada, estará sujeta a un proceso de selección, el cual tiene como fin adjudicar el proyecto a quien está mejor calificado para ello. Para tal efecto, se destinará un comité especial que estará conformado por tres representantes de la entidad pública.

7. Redirección de la ejecución de obras por impuestos con impactos en las áreas de influencias de los proyectos mineros — exordio al replanteamiento de la RSC a partir de las obras por impuesto—.

Bajo todo lo acotado, es necesario señalar que el mecanismo de obras por impuestos al constituir un mecanismo eficiente que genera un desarrollo socioeconómico en la población y que potencia el desarrollo de las comunidades debe redireccionarse en las áreas de influencia de los proyectos mineros. En ese sentido, se deben impulsar las obras por impuesto para las empresas extractivas —mineras— porque

17. Sánchez, Lucio. "La nueva relación público-privada en el ordenamiento jurídico-administrativo peruano a la luz del actual régimen de obras por impuestos.", 285-286.

de esta forma no solo se garantizan la construcción de obras en beneficios de la comunidad que otorga la licencia social y que podrían verse afectadas por la explotación de los recursos de la zona, sino que se podrían realizar obras más grandes, es decir de mayor impacto —ya sea en salud o educación— pues estas obras tienen que pasar por un filtro técnico, a diferencia de las obras que normalmente realizan las mineras a favor de las comunidades que son pequeñas.

De esta manera, mediante la ejecución de obras por impuesto en los proyectos mineros, las empresas privadas involucradas podrán ejecutar obras que resultaran de gran beneficio para la comunidad, las cuales pasaran por las fases previamente acotadas, es decir por un proceso más minucioso y metódico en supervisión constante.

Es necesario precisar que la gestión social que realizan las empresas mineras en base a la responsabilidad social corporativa, no parten necesariamente en ejecución de obras o construcción de las mismas en beneficio de la comunidad o localidad donde se lleva cabo la explotación, lo que no permite que se reduzca la brecha de infraestructura e inclusive en algunos casos no se genera el planteamiento de forma transversal de programas a largo plazo o proyecto a corto plazo que detenten un gran impacto a la población; por lo que al redireccionar la ejecución de obras por impuesto como impacto en las áreas de influencia de los proyectos mineros se coadyubaría de forma importante y eficiente a generar propuestas técnicas ante las autoridades correspondientes para cubrir todas las necesidades derivadas de obra públicas en beneficio de la comunidad, reduciendo la brecha de infraestructura, como por ejemplo en los sectores que están vinculados a la educación, salud, saneamiento, etc.

Es debido a ello, que un replanteamiento y consecuentemente reconducción de la gestión social, derivada de la responsabilidad social corporativa, además de una viabilización mediante el mecanismo de obras por impuestos, determinara de forma efectiva un gran impacto po-

sitivo en las áreas de influencia de las industrias extractivas, en tanto como se ha mencionado, el desarrollo de estos proyectos recorrerían por un proceso que detenta filtros necesarios de carácter técnicos que están relacionados al levantamiento e identificación de necesidades para sustentar el planteamiento del proyecto en su etapa formativa.

En base a lo acotado, se precisa que la principal labor de una empresa es generar valor económico y social, a través del pago de sus impuestos, sin embargo, si estas empresas no cuentan con un entorno que resulte favorable, no solo imposibilita la ejecución de sus labores, sino que se perjudica el desarrollo de sus actividades a largo plazo, lo que no resulta beneficioso. Este aspecto adquiere mayor relevancia cuando se habla del sector minero, ya que esta actividad es ejercida en zonas alejadas donde usualmente existe un déficit de infraestructura. En ese contexto y en base a que el Estado tiene la obligación de desarrollar la infraestructura y servicios públicos de los ciudadanos haciendo plausible este objetivo mediante una redistribución de recursos de los impuestos, el contar con el mecanismo de obras por impuesto incrementa todas las posibilidades de desarrollo de los grupos y zonas alejadas que reciben el impacto directo de la influencia de los proyectos mineros, generando un beneficio para el Estado, los ciudadanos y el sector minero.

IV. REPLANTEAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA A PARTIR DE LA EJECUCIÓN DE OBRAS POR IMPUESTOS

En base a lo señalado anteriormente, corresponde analizar si se puede considerar obras por impuestos como una alternativa de responsabilidad social corporativa. En primer lugar, se recuerda y se comprende que el mecanismo de obras por impuesto es una alternativa que permite que las empresas privadas sean nacionales o internacionales, de forma voluntaria, efectúen proyectos de inversión pública con parte del pago de sus impuestos, los cuales son de beneficio para la comunidad.

Por otro lado, a través de la responsabilidad social corporativa se efectúa una gestión integral sobre la actividad que se lleva a cabo para evitar impacto negativo en la zona, a través de una dimensión ética y moral, desarrollando a su vez diversas acciones que coadyuban al desarrollo sostenible.

Bajo estas premisas, se identifica la conexión existente entre estos dos aspectos, en primer lugar, el carácter voluntario, en tanto la responsabilidad social corporativa es un aspecto que depende de la empresa para ir más allá de lo que exigen las normas, al igual que las obras por impuesto que son realizadas de forma voluntaria. En segundo lugar, ambos buscan un impacto positivo y no cubierto a favor de la comunidad, además de que generan valor compartido en la sociedad.

Ruiz (2015) complementa lo manifestado en base a lo siguiente:

*“La responsabilidad social corporativa tiene como finalidad realizar acciones un aspecto primordial para una gestión eficiente partiría de un diagnóstico de la zona por intervenir, en el que se determine claramente cuáles son sus necesidades, quiénes son sus líderes, cuáles son los proyectos prioritarios que se habrá de realizar, entre otros factores que generen impacto positivo y sean sostenibles para los diversos grupos de interés o stakeholders de la empresa; en el mismo sentido, el mecanismo de Obras por Impuestos permite ejecutar proyectos de inversión pública según los principales requerimientos de la población”.*¹⁸

Esta relación existente, permite identificar que esta responsabilidad puede verse orientada en la ejecución de proyectos mediante la modalidad de obras por impuestos. En ese sentido, el impulso de las obras por impuesto para las empresas extractivas —mineras— bajo el enfoque de la responsabilidad social corporativa determinaría grandes ventajas, porque de esta

forma se podrían realizar obras más grandes, es decir de mayor impacto —ya sea en salud o educación— pues estas obras tienen que pasar por un filtro técnico, a diferencia de las obras que normalmente realizan las mineras a favor de las comunidades que son pequeñas, ello bajo este mecanismo como alternativa de responsabilidad social corporativa.

Así mismo se pueden realizar proyectos que generan un gran impacto social que a su vez determinarían la mayor aceptación de la comunidad sobre la empresa que realiza la actividad extractiva. Esto conllevaría a la disminución de potenciales riesgos sociales y resultaría como un valor agregado a la sostenibilidad y el desarrollo de la económica y la sociedad.

Además, que generaría un desarrollo regional y local al dinamizar la economía de la zona, esto implica consecuencias positivas como: mayores puestos de trabajo a través de la contratación de mano de obra, creación de nuevos negocios, etc.

Debe tomarse en cuenta que la RSC de las empresas mineras a través de la gestión social que desarrollan generalmente no se materializa en proyectos y ejecución de obras en favor de la comunidad. Esta gestión social desarrollada por los impactos que causa la actividad minera en las áreas de influencia no acarrea necesariamente ejecutar obras en la comunidad o comunidades aledañas a la zona, lo que resultaría beneficioso para la reducción de la brecha de infraestructura.

La gestión social que se realiza debe estar direccionada a la ejecución de proyectos y programas de largo y corto plazo que signifique un gran impacto en la población, razón por la cual el compromiso asumido por la empresa minera como responsabilidad social debe contener la incorporación de las obras por impuestos para la ejecución de proyectos de alto impacto, lo que no solo incide positivamente en la población y causa mayor aceptación a favor de la mi-

18. Ruiz, Úrsula. "Obras por Impuestos: alternativa de Responsabilidad Social Corporativa.", 41.

nera, sino que también permite que se generen propuestas técnicas ante la autoridad distrital o provincial para cubrir las brechas de infraestructura.

De esta manera, el enfoque de la responsabilidad social corporativa se reconduce y se viabiliza a través del mecanismo de obras por impuesto, de tal manera que el compromiso social y voluntario para impacta positivamente en la zona donde se explotan los minerales se asume a través de la ejecución de obras con la reducción del pago de impuestos. Este aspecto determina un mayor impacto positivo en las áreas de influencia de las industrias extractivas, toda vez que para ejecutar este tipo de proyectos, es necesario transitar por un procedimiento más estricto.

En ese sentido, la responsabilidad social corporativa orientada a la ejecución de proyectos bajo el mecanismo de obras por impuestos se materializa en las acciones de gestión realizadas por las empresas mineras en consideración de las zonas donde se ejercen las actividades extractivas mediante la inversión de obras públicas en beneficio para la sociedad. De esta forma, el compromiso que asume la empresa minera para conseguir un impacto positivo en el área de influencia de la actividad puede verse reflejada en este mecanismo de obras por impuestos.

Debe tomarse en cuenta que este mecanismo no puede materializarse si las empresas no tienen el concepto de colaboración. La responsabilidad social corporativa interviene en la voluntad de la organización o empresa minería en adoptar dicho mecanismo.

En la misma línea de pensamiento, se precisa que a través de estos mecanismos bajo la orientación de la responsabilidad social corporativa se determinará una gran contribución de la empresa minera en las comunidades aledañas, materializándose esta contribución en proyectos que cubran las necesidades de la población y reduzcan las brechas de necesidades que mitigan el desarrollo social y económico. Es necesario precisar que estos proyectos al surgir de la

iniciativa de la empresa minera para generar un impacto positivo en los distintos ámbitos con los que su actividad tiene relación evidencian la interrelación con las obras por impuestos y la RSC.

Cabe manifestar que si lo que se pretende en la responsabilidad social corporativa es garantizar un impacto positivo en el medio donde se ejerce la actividad minera reduciendo las consecuencias negativas y potenciando los beneficios para las comunidades aledañas, el mecanismo de obras por impuesto resulta de gran efectividad y beneficio, tanto para las empresas mineras como los pobladores de la zona.

Ahora bien, es importante tomar en cuenta el concepto de responsabilidad social corporativa, la cual contiene un aspecto importante: la voluntad de la empresa para asumir una política de responsabilidad social, constituida fuera de las exigencias legales y el concepto de mecanismo de obras por impuestos, la cual contiene la voluntad de las empresas para gestionar obras públicas a favor de la comunidad a cambio de la reducción de sus impuestos.

En ese sentido y tomando en cuenta estos conceptos, la política de responsabilidad social se puede y debe manifestarse en la gestión de obras públicas por parte de las empresas mineras que como se viene reiterando, causa consecuencias positivas, lo que permite materializar un replanteamiento de la RSC a partir de la ejecución de este mecanismo. Cabe manifestar que con las obras por impuestos se hace más fácil hacer un convenio con el Estado pues se genera la reducción de la brecha social y crea un perfil responsable de la empresa privada frente a la sociedad.

Determinado el replanteamiento de la RSC a partir de las obras por impuesto, corresponde señalar los aspectos o consecuencias positivas que se generarían a partir de lo desarrollado:

- a) Se ejecutan proyectos a favor de la comunidad mediante un proceso que contiene filtros que determinaran no solo la necesidad del proyecto sino su viabilidad en la

zona. Ello de acuerdo con las necesidades de la comunidad. De esta forma se efectúan proyectos necesarios y viables reduciendo la brecha de infraestructura y generando un gran impacto.

- b) Se genera transparencia sobre el manejo de los recursos que provienen de los impuestos de las empresas mineras, además de la redistribución de los fondos del Estado.
- c) La población adquiere una mejor percepción respecto a las empresas mineras que desarrollan sus actividades dentro de la zona, en conjunto con los gobiernos locales y regionales, dotando de mayor aceptación a la explotación de los recursos de la zona.
- d) Se ejecutan obras públicas en menor tiempo y con mayor eficiencia que en supuestos casos el Estado no sería capaz de ejecutar. En ese sentido, se reducen costos y se generan beneficios en un menor tiempo posible de forma eficiente. Además de que los riesgos se redistribuyen, minimizando el impacto de posibles pérdidas.
- e) Se mejoran las relaciones entre los pobladores, la empresa privada y el Estado, de tal forma que existe una mejor viabilización de la ejecución de proyecto mineros a futuro y mejorará los estándares de vida de las zonas con influencia directa por la explotación minera.

Bajo estos aspectos, se destaca que el mecanismo de obras por impuestos resalta como una política de responsabilidad social corporativa para las empresas mineras, lo que genera grandes beneficios para la población, el Estado y el sector minero, quien a cambio obtiene mayor aceptación para el desarrollo de proyectos ex-

tractivos y mejores relaciones con las comunidades asentadas en las áreas de influencia de los proyectos.

Para este aspecto, se toma en cuenta lo acotado por Torres (2018) quien sostiene que: *"La articulación e identificación de proyectos por parte de una empresa minera, que permitan una mejor gestión de los gobiernos subnacionales, es un intangible que cuenta características de reporte en una política de RSE"*.¹⁹ De esta manera se puede indicar que las empresas mineras pueden sustentar que el reporte de responsabilidad social corporativa incluya el uso de obras por impuestos ya que ello genera grandes beneficios para los agentes intervinientes en estos mecanismos de ejecución de obras públicas.

V. CONCLUSIÓN

El mecanismo de obras por impuesto constituye un mecanismo eficiente y necesario para el desarrollo socioeconómico de la población, especialmente para las comunidades donde se ejercen actividades extractivas como la minería, razón por la cual un redireccionamiento a las áreas de influencia de los proyectos mineros resultaría beneficioso. Este redireccionamiento, bajo el enfoque de la responsabilidad social corporativa, generaría un impacto positivo para las partes involucradas en esta actividad.

En ese sentido, un replanteamiento de la responsabilidad social corporativa a partir de la ejecución de obras por impuestos por parte de las empresas mineras permitiría generar la determinación y correcta identificación de necesidades a efectos de priorizar la ejecución de obras y servicios públicos que permitan cubrir las brechas de las poblaciones de las áreas de influencia. Por tanto, el incremento de la ejecución de proyectos de infraestructura y servicios públicos a través del mecanismo de obras por

19. Carla Torres Osoreo, "La inversión pública ejecutada por el sector privado en el marco del mecanismo de obras por impuestos cuenta con características que permiten su reporte como parte de las políticas de responsabilidad social empresarial del sector minero" (Tesis para optar al grado académico de magíster en regulación, gestión y economía minera, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018), 40. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/10255>

impuestos, potencia y desarrolla el aspecto económico y social de la población, principalmente en las zonas donde se ejercen las actividades extractivas.

Se toma en cuenta que la gestión social de las empresas mineras no parte necesariamente de proponer mecanismos de impactos transversales para cubrir necesidades de la población, es por ello que promoviendo y dinamizando la ejecución de obras de infraestructura a través del mecanismo de obras por impuestos, a favor de las comunidades en las áreas de influencias de los proyectos mineros, lo que se generaría es una reducción significativa en la brecha de infraestructura, logrando materializar así impactos favorables respecto de la responsabilidad social corporativa de las empresas, así como el índice de percepción social y económico que genera viabilizar el cubrir necesidades concretas.

Por otro lado, bajo este enfoque se ejecutarán obras y construcciones de mayor impacto y de mayor beneficio para las comunidades que pertenecen al área de influencia, toda vez que pasan por un filtro técnico y un procedimiento más riguroso, a diferencia de las obras que se realizan normalmente, con un menor alcance temporal o en referencia a su real impacto.

Así mismo, dada la intención de las empresas mineras de generar un valor económico y social, el mecanismo de obras por impuestos constituye una forma de gestión adecuada para generar un mayor impacto, lo cual encuentra una

estrecha relación con la RSC y la finalidad de generar un valor compartido en la sociedad. Debido a ello, el compromiso que asume la empresa minera para causar un impacto positivo en las áreas de influencia y reducir los impactos negativos como resultado de la RSC debe ejercerse bajo el mecanismo de obras por impuestos, tomando en cuenta que esta responsabilidad se puede materializar en las acciones de gestión por las empresas mediante la inversión en obras públicas con reducción de los impuestos.

La intención de causar un impacto positivo y potenciar los beneficios para la comunidad en virtud de la RSC pueden ejercerse bajo este mecanismo, lo cual también determinaría una mayor aceptación por parte de las comunidades sobre la empresa que ejerce la actividad minera, lo que implica una reducción de riesgos y conflictos sociales y potenciando también la sostenibilidad y desarrollo económico y social. Por otro lado, el desarrollo regional y local bajo la dinamización de la economía de la zona también es una consecuencia de este mecanismo bajo el enfoque de la RSC.

Finalmente, considero importante y necesario el replantear la utilidad práctica del mecanismo de obras por impuestos como una política de responsabilidad social corporativa, reconociendo que la articulación y formulación de proyectos por parte de las empresas del sector minero contribuirían en una mejor gestión social y desarrollo de las comunidades, intangibles que cuenta con características bastante marcadas del enfoque de la RSC.

Análisis de la legislación de los patrimonios autónomos desde una perspectiva económica, a propósito de los últimos cambios a la normativa sobre titulización de activos

PAUL CASTRITIUS MENDOZA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster en Leyes por la Universidad de Chicago.

SUMARIO:

- I. Introducción.**
- II. La Modificación.**
 - 1. Antecedentes**
 - 2. Alcances de la Modificación.**
 - 2.1. Principales disposiciones.**
 - 2.1.1. Sobre los tipos de estructuras que pueden implementarse a partir de fideicomisos de titulización.**
 - 2.1.2. Sobre los fideicomisos de garantía.**
 - 2.1.3. Fideicomisos que también respalden obligaciones de entidades financieras u organismos multilaterales.**
 - 2.1.4. Otras disposiciones relevantes, respecto a operaciones con fideicomisos de titulización, aunque no directamente vinculadas con el propósito de este artículo.**
 - 3. La modificación, en síntesis.**
- III. La modificación, vista desde una perspectiva económica.**
- IV. Las implicancias de la modificación respecto al régimen de otros patrimonios autónomos.**
 - 1. Los otros patrimonios autónomos.**
 - 2. Comparación del fideicomiso de titulización con los otros patrimonios autónomos.**
- V. Conclusiones.**



RESUMEN:

El presente artículo, sobre la base del análisis de los efectos económicos de los principales aspectos de la Modificación, Reglamento de Titulización, provee una visión general del estado de la legislación de los patrimonios autónomos, revisando cómo el diseño inicial de dicha legislación, cuyo propósito era sentar las bases para el desarrollo de tales patrimonios, inexistentes en dicho momento, ha ido cambiando con el tiempo, y cuáles son los efectos generales de dichos cambios. Así mismo, formula algunas propuestas de modificación general del diseño actual de dicha legislación, con la finalidad de crear un sistema más eficiente en beneficio de los agentes de la economía.

Palabras clave: Reglamento, normativa, titulización de activos, análisis económico, patrimonios autónomos, economía, efectos.

ABSTRACT:

This article, based on the analysis of the economic effects of the main aspects of the Modification, Securitization Regulation, provides an overview of the status of the legislation of autonomous assets, reviewing how the initial design of such legislation, whose purpose was to lay the foundations for the development of such estates, nonexistent at that time, has been changing over time, and what are the general effects of such changes. Also, it formulates some proposals for a general modification of the current design of such legislation, with the purpose of creating a more efficient system for the benefit of the agents of the economy.

Keywords: Regulation, legislation, asset securitization, economic analysis, autonomous assets, economy, effects.

I. INTRODUCCIÓN

El 29 de abril de 2022 se publicó, en el Diario Oficial El Peruano, la Resolución SMV N° 007-2022-SMV/01 —en adelante, la “Resolución”—, por medio de la cual se modificó el Reglamento de los Procesos de Titulización de Activos, aprobado mediante Resolución CONASEV N° 001-97-EF/94, “Reglamento de Titulización” —en adelante, la “Modificación”—.

La Modificación tiene como una de sus finalidades principales consagrar a nivel de norma, lo aprobado mediante un precedente de observancia obligatoria que se dictó a través de la Resolución de Superintendente N° 040-2020-SMV/02 —en adelante, el “Precedente de Observancia Obligatoria”—, al resolver en última instancia administrativa un caso particular, y que en los hechos restringió las posibilidades de utilización de los patrimonios autónomos constituidos a partir de los fideicomisos de titulización.

Resulta interesante analizar la Modificación desde el punto de vista económico, y de paso hacer un diagnóstico de cómo quedan las opciones que nos da la legislación peruana para la constitución de patrimonios autónomos como mecanismo para el desarrollo de negocios.

Como sabemos, la creciente utilización de dichos patrimonios autónomos a partir de la reforma legislativa adoptada principalmente en la segunda mitad de los años 90 es resultado de las eficiencias que se alcanzan a través de dichos mecanismos, al permitir aislar activos en tales patrimonios, sin necesidad de constituir una persona jurídica, con la intención que sean utilizados para una finalidad específica. Como es de imaginar, y lo demuestran los hechos, los particulares difícilmente podrían llegar por la vía de los contratos a un resultado similar al que se logra vía la constitución de dichos patrimonios autónomos, en la medida que no se podría alcanzar un nivel óptimo de seguridad jurídica a un costo que lo haga viable.

II. LA MODIFICACIÓN

1. Antecedentes.

Como señalamos, la Modificación tiene como antecedente directo el Precedente de Observancia Obligatoria.

Los precedentes de observancia obligatoria se encuentran contemplados en el Artículo VI del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General —TUO LPAG—, aprobado por De-

creto Supremo N° 004-2019-JUS, e interpretan de manera general el sentido de ciertas disposiciones legales, haciendo dicha interpretación de aplicación obligatoria para los órganos de la entidad que lo aprobó, en la medida que no sean modificados posteriormente por aquella.

De manera más o menos notoria, la emisión de dicho Precedente de Observancia Obligatoria no resultaba suficiente para dar solidez legal a sus disposiciones, razón por la cual se optó por modificar las mismas normas que eran materia de interpretación por dicho precedente. Nosotros sostenemos que, en ciertos aspectos, la Modificación tampoco resultaría suficiente, pues algunas disposiciones que se pretenden interpretar en un sentido provienen de la misma Ley del Mercado de Valores, Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 093-2002-EF — LMV.

¿Qué dispuso el Precedente de Observancia Obligatoria?

El Precedente de Observancia Obligatoria llegó a las siguientes determinaciones:

- a) **Facultades de la Superintendencia del Mercado de Valores — SMV, respecto a los fideicomisos que respaldan valores de oferta privada.**— La SMV puede acceder a la información y documentación de las sociedades tituladoras y demás entidades autorizadas por aquella, relativa a fideicomisos de titulización cuyos valores sean objeto de oferta privada, para controlar que dichas entidades autorizadas cumplan con su objeto social autorizado por la SMV, determinar si los valores realmente se colocaron por oferta privada, y no una oferta pública, y para los demás fines que la legislación encargue a dicha institución.
- b) **Tipos de estructuras que pueden implementarse con los fideicomisos de titulización.**— Es legalmente posible que se constituyan fideicomisos de titulización con estructuras distintas a las de financiamiento o de un Fideicomiso de Titulización

para Inversión en Renta de Bienes Raíces —FIBRA—, siempre que lo autorice la SMV.

En el caso de fideicomisos que respaldan valores de oferta pública, tal autorización se otorga en el trámite de inscripción de los valores en el Registro Público del Mercado de Valores —RPMV— de la Superintendencia del Mercado de Valores. En el supuesto de fideicomisos que respaldan valores de oferta privada, debe remitirse la información que prevé el Reglamento de Titulización y la demás que requiera la SMV. Cabe mencionar que esa potestad para requerir tal autorización no está contemplada en la norma. El Primer Precedente de Observancia Obligatoria —POO—, de la Superintendencia del Mercado de Valores, incluso prevé un procedimiento de autorización en el caso de fideicomisos que respaldan valores de oferta privada.

- c) **Límites para los fideicomisos de garantía.**— Los fideicomisos de titulización no pueden ser únicamente fideicomisos de garantía o respaldo de valores emitidos por terceros, es decir, por personas distintas a la sociedad tituladora. En todo caso, dichos fideicomisos podían respaldar valores emitidos por terceros, pero siempre y cuando, contra el mismo fideicomiso, la sociedad tituladora también emita valores.
- d) **Otros aspectos que se derivan en forma directa de la norma.**— Otros aspectos que realmente se desprenden de manera medianamente directa de la norma, como que los patrimonios pueden estar respaldados en activos crediticios o no crediticios, generadores de flujo de efectivo o no, que el valor de los activos puede exceder el de los valores emitidos con cargo al patrimonio, entre otros.

De dichas determinaciones, consideramos relevantes para el interés de este artículo, las establecidas en los acápites b y c anteriores, por lo que la comparación en mención se centrará en ellas.

2. Alcances de la Modificación.

2.1. Principales disposiciones.

La Modificación aprueba lo siguiente:

2.1.1. Sobre los tipos de estructuras que pueden implementarse a partir de fideicomisos de titulización.

- a) Se señala que la protección que brinda lo establecido en los artículos 298 y 311 de la Ley del Mercado de Valores —LMV—, corresponde a los procesos de titulización que cumplan ciertas “características esenciales”, que son las contenidas en el primer párrafo del artículo 291 y el primer párrafo del artículo 301 de la LMV.

Al respecto, cabe señalar que el artículo 298 de la LMV, en protección de los inversionistas que adquieren valores emitidos con cargo a patrimonios de propósito exclusivo —e.g. los patrimonios fideicometidos—, impide que se declare la nulidad de la constitución de dichos patrimonios cuando pudiera derivar en un perjuicio para quienes hubieren suscrito o adquirido valores

emitidos con cargo a dicho patrimonio en el contexto de una oferta pública o que, en caso los hubieran suscrito o adquirido en virtud de una negociación privada, hubieren obrado de buena fe. Asimismo, dicho artículo establece que la persona obligada a la transferencia de los mencionados activos tampoco podrá accionar en contra de la indicada transferencia.¹

Por su parte, el artículo 311 de la LMV se refiere a que los activos que se encuentran dentro de un patrimonio fideicometido de titulización no podrán ser atacados por las obligaciones del fideicomitente, del fiduciario, de los fideicomisarios o del destinatario de los activos remanentes del fideicomiso.² Esta disposición, más que una “protección”, describe la esencia misma de un patrimonio autónomo, un centro de imputación de derechos y obligaciones distintos, a cargo de una entidad que ejerce un dominio distinto al de un propietario.

Pues bien, las “características esenciales” que establece el primer párrafo del artículo 291 son las siguientes: la constitución de

1. LMV, artículo 298:

“Artículo 298.- Protección a los Inversionistas.- No podrá declararse la nulidad, por simulación, la anulación, ni la ineficacia por fraude del acto por el cual una o más personas naturales o jurídicas constituyen un patrimonio de propósito exclusivo y se obligan a transferir activos para que se incorporen en dicho patrimonio, cuando pudiera derivar en un perjuicio para quienes hubieren suscrito o adquirido los valores por oferta pública, o que, habiéndolos suscrito o adquirido en virtud de una negociación privada, hubieren obrado de buena fe y pudieran sufrir un perjuicio.

Por tal motivo, no son de aplicación al acto a que se refiere el artículo anterior las disposiciones que establecen la nulidad de los actos celebrados por una persona en proceso de reestructuración, liquidación extrajudicial o declarada en quiebra, contenidas en las normas relativas a la reestructuración patrimonial de las empresas en los supuestos señalados en el párrafo anterior.

Del mismo modo, en relación al acto a que se refiere el primer párrafo del presente artículo, la persona o personas obligadas a transferir los activos no podrán, salvo pacto en contrario, solicitar la rescisión por lesión, la resolución o reducción de su prestación por excesiva onerosidad de esta, ni la resolución por incumplimiento del adquirente del pago de la prestación debida en los supuestos allí señalados.

Queda a salvo el derecho del transferente o de los terceros a ejercer las acciones civiles, administrativas o penales que correspondan.”

2. LMV, artículo 311:

“Artículo 311.- Intangibilidad del Patrimonio Fideicometido.- Los activos que integran el patrimonio fideicometido no se encuentran afectos al pago de las obligaciones y responsabilidades de las personas señaladas en el artículo anterior.

No obstante, los acreedores del destinatario de los activos remanentes pueden ejercer sus derechos sobre ellos una vez que, habiendo finalizado el fideicomiso, hubieren sido puestos a su disposición en el modo y plazo establecido en el acto constitutivo.”

un patrimonio autónomo; (ii) la emisión de valores con cargo a dicho patrimonio; y, (iii) la finalidad del patrimonio debe ser respaldar el pago de los valores, lo que significa, de acuerdo con la definición de “respaldo”, contenida en el artículo 292, inciso f de la LMV³, que dicha finalidad consiste en servir como fuente de recursos o garantía para el pago de tales valores.⁴

- b) Establece que cuando el patrimonio fideicometido respalde también otras obligaciones con entidades financieras u organismos multilaterales, de acuerdo con lo previsto en el segundo párrafo del artículo 291 de la LMV, o cuando sirva para respaldar valores emitidos por terceros —i.e. por persona distinta al fiduciario, de conformidad con lo señalado en el cuarto párrafo del artículo 314 de dicha ley—, estructuras a las que nos referiremos seguidamente, se debe observar las “características esenciales” señaladas en el acápite a) anterior.

A nuestro entender, ello significa que lo que se dispone es que debe constituirse un patrimonio autónomo fideicometido, emitirse valores con cargo a aquel, y dicho patrimonio debe tener como finalidad servir de respaldo a los valores mencionados. Ello sin perjuicio de que el patrimonio respalde también el pago de las obligaciones y valores de terceros a que se refieren las disposiciones legales antes mencionadas.

- c) La SMV cuenta con la potestad para constatar que los patrimonios fideicometidos que respalden el pago de valores oferta pública o de oferta privada, que las sociedades tituladoras tengan bajo su cargo, cumplan con las mencionadas “características esenciales” para contar con la protección antes señalada.

Se establece que los procesos de titulación, además de ser diseñados como estructuras de financiamiento, también pueden ser estructurados como vehículos de inversión, como el caso de los FIBRA.

En este aspecto, entendemos que la Modificación se aleja de lo dispuesto por el Precedente de Observancia Obligatoria, ya que no contempla que tales estructuras adicionales deban tener la autorización de la SMV en caso de los fideicomisos que respaldan valores de oferta pública o privada, y menos prevé un procedimiento para el otorgamiento de tal autorización.

2.1.2. Sobre los fideicomisos de garantía.

Con relación a los fideicomisos que respaldan valores emitidos por terceros, se establece lo siguiente:

- a) El patrimonio fideicometido, además de respaldar valores emitidos por terceros, también debe respaldar valores emitidos por la propia sociedad tituladora. La Mo-

3. LMV, artículo 292, inciso f):

“Artículo 292.- Términos.- Para efectos de las normas relativas a procesos de titulación contenidas en la presente ley, se entenderá por:

(...)

f) Respaldo: La garantía o fuente de recursos para el pago de los derechos que confieren los valores emitidos en procesos de titulación; (...)”

4. LMV, artículo 291:

“Artículo 291. Concepto.- Titulación es el proceso mediante el cual se constituye un patrimonio cuya finalidad es respaldar el pago de los derechos conferidos a los titulares de valores emitidos con cargo a dicho patrimonio. Comprende, asimismo, la transferencia de los activos al referido patrimonio y la emisión de los respectivos valores.

De manera adicional al cumplimiento de su finalidad, el patrimonio fideicometido puede respaldar otras obligaciones contraídas con entidades financieras u organismos multilaterales, de acuerdo con los límites y condiciones que determine Conasev mediante norma de carácter general.”

dificación resalta que no es posible que el fideicomiso respalde únicamente valores emitidos por terceros.

- b) El respaldo otorgado al pago de los valores emitidos por terceros debe ser “secundario” respecto al respaldo que se da a los valores emitidos por la sociedad titulizadora.

Se entiende que dicho respaldo es “secundario” cuando se cumple en todo momento con las siguientes condiciones:

- i. Menos del 50% del monto total de los valores mobiliarios respaldados por el patrimonio corresponden a los valores emitidos por terceros. Para la determinación de lo anterior se tomará en cuenta la información financiera auditada del ejercicio anterior, y en el caso de los patrimonios fideicometidos que únicamente respaldan valores de oferta privada, en los que no se cuente con estados financieros auditados, se tomará en cuenta la información financiera no auditada del ejercicio anterior; y,
- ii. El vencimiento de los valores emitidos por terceros, bajo respaldo, no sea posterior al de los valores emitidos por la sociedad titulizadora con respaldo en el patrimonio fideicometido.
- c) Los titulares de los valores emitidos por terceros que son respaldados por el patrimonio fideicometido, no tienen la calidad de fideicomisarios respecto al mismo. Este constituye un cambio, con relación a lo dispuesto en el ordenamiento legal, y en nuestra opinión colisiona con lo dispuesto en el artículo 314 de la LMV, que

establece que los titulares de valores respaldados con el patrimonio fideicometido, lo que incluye a los emitidos por terceras personas, tienen la condición de fideicomisarios.

Este factor es relevante, dado que la función del fiduciario, es decir, de la sociedad titulizadora, es velar por los intereses de los fideicomisarios o beneficiarios del fideicomiso. De quitarle el estatus de fideicomisarios a los titulares de valores emitidos por terceros con el respaldo del patrimonio fideicometido, tales titulares pasan a ser meros acreedores del patrimonio fideicometido, y el fiduciario no tiene el deber de velar por sus intereses.

- d) Si algún fideicomiso que respalda la emisión de valores emitidos por terceros dejara de cumplir alguna de las condiciones señaladas en los acápite a y b anteriores con posterioridad a su constitución, se debe subsanar tal situación o liquidar el patrimonio, según corresponda, en el plazo máximo de 9 meses de verificada dicha situación.

2.1.3. Fideicomisos que también respalden obligaciones de entidades financieras u organismos multilaterales.

Respecto a los fideicomisos que también respalden obligaciones de entidades financieras u organismos multilaterales, una alternativa que ya estaba prevista en el segundo párrafo del artículo 291 de la LMV.⁵

La Modificación contempla lo siguiente:

- a) El fideicomiso debe observar de manera permanente lo siguiente:

5. LMV, artículo 291:

"Artículo 291. Concepto.- Titulización es el proceso mediante el cual se constituye un patrimonio cuya finalidad es respaldar el pago de los derechos conferidos a los titulares de valores emitidos con cargo a dicho patrimonio. Comprende, asimismo, la transferencia de los activos al referido patrimonio y la emisión de los respectivos valores.

De manera adicional al cumplimiento de su finalidad, el patrimonio fideicometido puede respaldar otras obligaciones contraídas con entidades financieras u organismos multilaterales, de acuerdo con los límites y condiciones que determine Conasev mediante norma de carácter general."

- i. El plazo de vencimiento de las obligaciones contraídas con las entidades financieras u organismos multilaterales no podrá ser posterior al de los valores emitidos por la sociedad titulizadora con respaldo en el patrimonio fideicometido.
 - ii. Si algún fideicomiso de titulización deja de cumplir dicha condición con posterioridad a su constitución, se debe subsanar tal situación o liquidar el patrimonio, según corresponda, en el plazo máximo de 9 meses de verificada tal situación.
- b) Como novedad, se contempla que el fideicomiso bajo comentario puede respaldar deudas contraídas por el originador con entidades financieras u organismos multilaterales.

En este supuesto, la Modificación establece que se deben cumplir las mismas condiciones establecidas para los fideicomisos que respaldan valores emitidos por terceros, lo que implica que:

- i. Menos del 50% del monto total producto de la suma de las obligaciones y valores respaldados por el patrimonio corresponden a las obligaciones contraídas con las entidades financieras u organismos multilaterales respaldadas por el fideicomiso; y,
- ii. El vencimiento de las obligaciones contraídas con las entidades financieras u organismos multilaterales respaldadas por el fideicomiso no puede ser posterior al de los valores respaldados por el mismo.

La Modificación establece que, si el fideicomiso deja de cumplir tales condiciones, se deberá subsanar tal situación o liquidar el patrimonio, según corresponda, en el plazo máximo de 9 meses de verificada dicha situación.

La Modificación contempla, asimismo, que ta-

les condiciones no resultan aplicables a situaciones temporales, producidas entre la colocación y emisión de valores mobiliarios, en los que, por la estructura del fideicomiso, se puedan producir excesos de muy corto plazo a los límites antes señalados.

Se establece que las entidades financieras u organismos multilaterales, cuyas obligaciones estén respaldadas en el fideicomiso no tendrán la calidad de fideicomisarios en el fideicomiso de titulización.

2.1.4. Otras disposiciones relevantes, respecto a operaciones con fideicomisos de titulización, aunque no directamente vinculadas con el propósito de este artículo.

Se aprueban las siguientes:

- a) Con relación a lo anterior, en concordancia con el Precedente de Observancia Obligatoria, la Modificación señala también que la Superintendencia del Mercado de Valores —SMV—, cuenta con la facultad de requerir a las sociedades titulizadoras información y documentación respecto a los patrimonios fideicometidos bajo su cargo cuyos valores respaldados sean objeto de oferta privada, con el fin de:
 - i. Controlar que dichas sociedades titulizadoras cumplan con su objeto social autorizado por la SMV.
 - ii. Determinar si bajo la apariencia de una oferta privada, se realiza una oferta pública.
 - iii. Para los demás fines que la legislación encargue a la SMV y en el marco de sus atribuciones respecto de las sociedades titulizadoras.
- b) Se modifica la denominación que deben tener los patrimonios fideicometidos cuyos valores son objeto de oferta privada, la que deberá señalar que no se encuentra inscrito en el Registro Público del Mercado de Valores de la Superintendencia del Mercado de Valores —RPMV, y que se encuen-

tra dirigido a Inversionistas Institucionales —de acuerdo con la definición contenida en el Reglamento del Mercado de Inversionistas Institucionales, aprobado por Resolución SMV N° 021-2013-SMV/01—.

- c) Las sociedades titulizadoras que tengan bajo su cargo fideicomisos cuyos valores respaldados son objeto de oferta privada, deben, además de comunicar a la SMV la celebración de dichos fideicomisos:
 - i. Comunicar toda modificación del acto constitutivo del fideicomiso.
 - ii. Remitir toda la documentación remitida a Registros Públicos, en caso se solicite la inscripción del acto constitutivo respectivo en dichos registros o se inscriba la modificación del referido acto en tales registros.
- d) Se establece que las sociedades titulizadoras que tengan a su cargo patrimonios fideicometidos que respalden valores de oferta privada, no deben inducir a pensar que los mismos se encuentran supervisados por la SMV, y deben informar a los potenciales inversionistas, que la SMV no inscribe dichos patrimonios en el RPMV ni ejerce supervisión sobre aquellos.
- e) Se modifica el régimen del capital y patrimonio mínimos con que deben contar las sociedades titulizadoras, el cual debe ser incrementado a razón de 0.5% del valor total de los activos de todos los patrimonios fideicometidos sujetos a su dominio.

La Modificación establece que *la obligación* de incremento se puede cumplir, total o parcialmente, a través de:

- i. El aumento del capital social mínimo en 0.05% del valor total de los activos de todos los patrimonios fideicometidos sujetos a su dominio.
- ii. La constitución de garantías equivalentes a 0.5% del valor total de dichos activos.

La Modificación versa además sobre otros aspectos, no relevantes para efectos del presente.

3. La Modificación, en síntesis.

De acuerdo con lo señalado, la Modificación tiene los siguientes efectos:

- a) Bajo la figura de los fideicomisos de titulación pueden estructurarse operaciones que utilicen la figura del fideicomiso de titulación como un instrumento para la obtención de financiamiento, como sería el caso de aquél originador que pretende financiarse a partir de la titulación de una parte de sus activos; así como operaciones que utilicen el patrimonio fideicometido como un vehículo de inversión, como en el caso de los FIBRA, en el que primero se captan los recursos, con la finalidad que sea invertidos en activos que generen un flujo de efectivo. En este aspecto, la Modificación se encuentra en línea con lo señalado en el Precedente de Observancia Obligatoria.
- b) Para la estructuración de operaciones en las formas señaladas en el numeral anterior, en las que, además del caso de los FIBRA, el patrimonio fideicometido es utilizado como vehículo de inversión, no hará falta la obtención de una autorización por parte de la SMV, como establecía el Precedente de Observancia Obligatoria. Por ello, en este aspecto, la Modificación deja sin efecto dicho precedente. Este cambio es sin duda positivo, y está en línea con lo dispuesto en el ordenamiento legal del fideicomiso de titulación, que no otorgaba a la SMV tal facultad.
- c) Se deja de lado la utilización de un criterio eminentemente subjetivo, consistente en la “finalidad de financiamiento”, que debería subyacer a los fideicomisos de titulación para encontrarse acorde a lo dispuesto en el marco legal vigente, según se desprendía del Precedente de Observancia Obligatoria, y se acude ahora a la utilización de criterios más objetivos a modo de “características esenciales” del fideicomiso,

consistentes en la constitución de un patrimonio autónomo y la emisión de valores mobiliarios con cargo a aquél, cuyo pago será respaldado por dicho patrimonio. Este cambio es también positivo, al eliminar la incertidumbre legal que generaba el Precedente de Observancia Obligatoria.

- d) Se establece que la protección que brinda la legislación de titulización de activos, de modo que no se pueda atacar la legalidad de la constitución del patrimonio fideicometido, y de la *obligación* de transferencia de activos al mismo, cuando puedan perjudicar a los titulares de los valores emitidos con cargo a aquel, o el hecho que los acreedores del fideicomitente, fiduciario, fideicomisario y destinatario de los activos subyacentes, no puedan atacar los activos en fideicomiso, se encontrará disponible en la medida que el fideicomiso cuente con las “características esenciales” antes señaladas, y que la SMV puede constatar dicho cumplimiento. La Modificación, en este aspecto no debería generar mayor inconveniente, pero el hecho que la SMV pueda emitir una opinión al respecto, introduce un elemento de incertidumbre que resulta inconveniente.

Además, no se explica por qué se ha dispuesto que la SMV pueda realizar tal constatación en el caso de fideicomisos que emiten valores de oferta privada, dado que no se verifica un interés público en dicho tipo de operaciones. Creemos que tal facultad debió haberse limitado a tener efectos meramente administrativos, es decir, a determinar si la sociedad titulizadora excedió sus facultades, sin intentar regular o afectar la relación jurídica nacida del fideicomiso de titulización.

- e) Se restringe severamente la posibilidad que el fideicomiso de titulización pueda servir como fideicomiso de garantía del pago de valores emitidos por terceros, es decir, por personas distintas a la sociedad titulizadora, como se ha previsto en el artículo 314 de la LMV al:

- i. Exigir, como lo establecía el Precedente de Observancia Obligatoria, que, en tales casos, la sociedad titulizadora también debe emitir valores con cargo al mismo fideicomiso, lo que resulta por demás atípico.

- ii. Al establecer que el respaldo de los valores de terceros debe ser “secundario” a la emisión hipotética realizada por la sociedad titulizadora, lo que se traduce en que el monto de los valores de terceros deba ser siempre inferior al monto de los valores emitidos por la titulizadora y por vencimientos menores, lo que, además de resultar poco practicable, introduce el riesgo de liquidación anticipada del fideicomiso si no se logra mantener tales condiciones en el tiempo.

- iii. Al quitarle a los titulares de valores el estatus de fideicomisarios, por lo que pasan a ser meros acreedores respecto al patrimonio fideicometido, sin que el fiduciario deba velar por sus intereses y, en cambio, deba hacer prevalecer los de los que adquieran los valores emitidos por la sociedad titulizadora.

- f) En líneas generales, se mantiene la seria restricción de que los fideicomisos de titulización puedan también respaldar obligaciones distintas a las incorporadas en los valores emitidos con cargo al patrimonio fideicometido, pues únicamente podrá respaldar obligaciones que sean de titularidad de entidades financieras u organismos multilaterales. No obstante, siendo justos, tal restricción proviene de la LMV. Ahora bien, la Modificación introduce una nueva posibilidad de utilización del patrimonio fideicometido, la cual es respaldar obligaciones del originador con entidades financieras o con organismos multilaterales, lo que resulta positivo, en principio.

No obstante, la Modificación consagra limitaciones similares a las del caso de los fideicomisos de titulización que respaldan valores de terceros, en cuanto a requerir

que el vencimiento de tales obligaciones no exceda al de los mencionados valores y, en el caso del respaldo de las obligaciones del originador antes mencionadas, exigir además que el monto de las obligaciones respaldadas sea en todo momento menor al de los valores emitidos; el incumplimiento de lo cual puede llevar a la liquidación anticipada del patrimonio fideicometido.

Estas limitaciones, si bien se han venido aplicando en la práctica, no se encontraban previstas a nivel normativo, por lo que su aprobación constituye una limitación adicional a este tipo de operaciones.

III. LA MODIFICACIÓN, VISTA DESDE UNA PERSPECTIVA ECONÓMICA

Toca analizar la lógica de la Modificación desde una perspectiva económica, con la finalidad de opinar si los cambios que establece nos parecen positivos desde la misma. Para ello, debemos decir que consideramos que la legislación debería permitir, o no debería impedir, que las operaciones generen el máximo beneficio posible, socialmente considerado, es decir, teniendo en cuenta para ello todos los efectos positivos y negativos que generan para las partes que participan en tales operaciones, así como las externalidades positivas y negativas que dichas operaciones generan para terceros.

Bajo esa óptica, una operación será positiva, socialmente considerada, si los efectos positivos de la misma exceden a los efectos negativos.

Cabe señalar que dicho análisis asume que el costo de las externalidades negativas puede ser trasladado, a un costo no significativo, a aquellos que participan de la operación y se benefician con la misma. Tal asunción puede o no estar lejos de la realidad. No obstante, como veremos, este factor no parece tener un peso significativo en las situaciones materia de análisis debido a que las operaciones en mención no se caracterizan por generar externalidades negativas.

Hagamos el análisis antedicho respecto a cada

uno de los cambios puntuales que comentamos en la sección II anterior:

- a) Posibilidad de utilización del fideicomiso para estructurar operaciones de titulización, así como vehículo de inversión. Esta norma es positiva. Se refiere a que con cargo al patrimonio fideicometido uno o más fideicomitentes, pudiendo ser la propia sociedad titulizadora, tienen la posibilidad de utilizar un conjunto de activos para estructurar emisiones de valores basados en el flujo generado por dichos activos, lo que corresponde a una operación de titulización propiamente dicha; y que el patrimonio fideicometido puede ser utilizado como un vehículo de inversión colectiva, en el que diferentes inversionistas realizan aportes con la finalidad que los mismos sean invertidos, en búsqueda de una rentabilidad, como en el caso de un FIBRA o como ocurre con los fondos de inversión —que no usan la figura legal del fideicomiso, sino que tienen una figura legal *ad hoc*—.

El efecto de la medida es permitir a los agentes del mercado utilizar al fideicomiso de titulización como una alternativa adicional para desarrollar vehículos de inversión. Las otras alternativas con las que cuentan son: (i) el fondo mutuo administrado por una sociedad administradora de fondos supervisada por la SMV, altamente regulado; (ii) los fondos de inversión administrados por sociedades administradoras supervisadas por la SMV, cuyas cuotas se colocan de manera pública o privada; y, (iii) los fondos de inversión administrados por sociedades gestoras de fondos de inversión, no regulados por la SMV, cuyas cuotas se colocan únicamente de manera privada.

A más alternativas para la estructuración de vehículos de inversión, mayor oferta de servicios de administración de vehículos de inversión, lo cual incentiva la competencia en beneficio del consumidor de dichos servicios.

No vemos que existan externalidades ne-

gativas en tal disposición, aunque creemos que las otras administradoras de vehículos de inversión también deberían poder tener la capacidad de administrar fideicomisos con fines de titulización. Además, los mecanismos de protección previstos para los fideicomisos de titulización también deberían implementarse para otros patrimonios autónomos, como los fondos de inversión.

- b) No es necesario que, para que el patrimonio fideicometido pueda ser utilizado como vehículo de inversión, en situaciones distintas al FIBRA, se cuente con la autorización de la SMV. La norma es ciertamente positiva. Como mencionamos, en este aspecto la Modificación deja de lado el Precedente de Observancia Obligatoria, que establecía que dicha autorización sí era requerida, sin que medie base legal o detalle procedimental alguno.

El hecho que se hubiese requerido una autorización, que determine en qué casos el fideicomiso es utilizado como vehículo de inversión, y no con fines de financiamiento, como apuntaba dicho precedente hubiera sido sumamente difícil de administrar, de un costo muy alto, a ser solventado con los recursos del Estado, y en circunstancias que en modo alguno lo ameritaban, pues se trataba de una operación en las que las colocaciones de valores se realizaban de manera privada. En efecto, la SMV tendría que analizar cada operación privada y determinar si se trataba de una operación con fines de financiamiento o de inversión, con la dificultad que implica determinar los límites y alcances de cada uno de dichos conceptos. Además, hubiera resultado inadecuado y riesgoso para el regulador y para el mismo mercado, pues este último hubiera podido interpretar de dicha autorización una suerte de conformidad de la autoridad con la racionalidad económica de la operación que autorizase.

- c) Se deja de lado el requerimiento que una operación dada tenga una “finalidad de

financiamiento” como requisito para que sea considerada como una operación de titulización. En cambio, se hace referencia a la necesidad que el fideicomiso cuente con características específicas, de verificación objetiva que, como señalamos, consisten en la constitución de un patrimonio autónomo, la emisión de valores con cargo a aquél, y cuyo pago se encuentra respaldado por dicho patrimonio.

El cambio es favorable, en la medida que elimina los posibles cuestionamientos a la legalidad de los fideicomisos de titulización que se constituyan, sobre la base de un análisis basado en un factor eminentemente subjetivo como es que tenga una “finalidad de financiamiento”, y se sustituyen por el empleo de “características esenciales” que pueden ser verificadas de manera objetiva, reduciendo así la incertidumbre de que produzcan tales cuestionamientos y de que lleguen a buen puerto. No obstante, la norma no es realmente beneficiosa, como exponemos en el punto siguiente.

- d) Se establece que únicamente los fideicomisos que cuenten con las “características esenciales” señaladas cuentan con la protección que prevé la legislación de titulización de activos. Como señalamos, el cambio de criterio adoptado por la Modificación, al acudir a criterios objetivos para definir cuando estamos ante una operación que cumple con los requerimientos de la norma es positivo, pues se reduce en gran medida el factor de incertidumbre introducido por el Precedente de Observancia Obligatoria y por ende el riesgo para los titulares de los valores que se emitan con cargo al fideicomiso, que la operación sea luego cuestionada por la SMV, al considerar que no tiene una finalidad de “financiamiento”, y pierdan la protección de sus derechos respecto a los activos que conforman el patrimonio que respalda el pago de sus valores, o que el mismo organismo regulador exija la liquidación anticipada del indicado patrimonio, con los perjuicios que ello podría aparejar.

No obstante, creemos que la situación a la que nos lleva la norma no es conveniente, pues sustenta la capacidad del organismo regulador de involucrarse en una relación jurídica privada, y en la que no existe mayor interés público, e incluso forzar su terminación o la desprotección de los derechos de los titulares de los valores emitidos, sin que ello genere un beneficio para las partes o para terceros sino, por el contrario, un perjuicio. No es socialmente beneficiosa.

Además, crea un factor de incertidumbre y por ende de riesgo adicional para los titulares de los valores, que los llevará a exigir una mayor rentabilidad para llevar a cabo la inversión, encareciendo solo por este hecho el costo del financiamiento.

De otro lado, prevemos que el costo para el organismo regulador, de los litigios que se generarían en caso se produzcan tales cuestionamientos, sería muy alto, lo que no se justificaría al referirse a operaciones en las que no existe un interés público, todo lo cual nos lleva a considerar que el resultado de esta disposición es negativo.

Creemos que lo razonable hubiera sido, en todo caso, que las medidas que adopte la SMV en caso verifique que las operaciones que lleven a cabo las sociedades tituladoras no cumplan con los criterios establecidos, sea algún tipo de medida contra la sociedad tituladora —e.g. una sanción—, sin afectar los intereses de las partes involucradas, a las que indudablemente generaría un perjuicio, sin beneficio aparente.

- e) Se restringe severamente la posibilidad de que los fideicomisos de titulización puedan servir como garantía de valores emitidos por terceros, por las medidas antes señaladas.

Decimos que se restringe severamente dicha utilización del fideicomiso de titulización, pues los requisitos que deben cumplirse para que pueda garantizar una emisión de valores de terceros hacen que

ello sea prácticamente inviable. En efecto, la sociedad tituladora también tendría que emitir valores, no se deduce por qué motivo, la estructura está en riesgo de ser liquidada si no se cumplen los parámetros de monto y tiempo establecidos en la norma, y los titulares de los valores garantizados no se les considerará fideicomisarios del fideicomiso, lo que los ubica en un rango inferior de protección.

Este cambio es, a todas luces, negativo a nuestro entender, pues no se explica por qué si el organismo regulador ha flexibilizado la utilización del fideicomiso para que sirva también como un vehículo de inversión colectiva, además de constituirse en un vehículo para el aislamiento legal de activos con fines de titulización, se restrinja de tal modo, al punto de hacer prácticamente inviable, que el fideicomiso de titulización pueda también constituirse en un mecanismo para el otorgamiento de garantías para las emisiones de valores, máxime si el marco legal vigente apuntaba a ello como una posibilidad expresamente permitida.

Debemos recordar que en el momento en que se aprobó la LMV, introduciendo la figura del fideicomiso de titulización, la legislación bancaria —que luego se reformaría para adoptar las disposiciones legales contenidas en la LMV con relación a los fideicomisos— contaba aún con una legislación inconsistente y no apta para la constitución de la figura del fideicomiso, por lo que la misma no era utilizada. Entonces, al no ser viable la constitución de fideicomisos de garantía bajo la legislación bancaria, en tal oportunidad, lo que quiso la legislación del fideicomiso de titulización es permitir a los agentes del mercado constituir fideicomisos de garantía para las emisiones de valores, en beneficio del desarrollo del mercado de capitales. Es por ello que la definición de “respaldo”, contenida en el artículo, se refiere que dicho término debe entenderse como: (i) garantía, o (ii) fuente de recursos para el pago.

Entonces, con la Modificación, se consagra la prohibición —en la práctica— que se pueda utilizar el fideicomiso de titulización como mecanismo de garantía, como originalmente fue concebido. El efecto de ello es reducir la oferta de servicios de administración de garantías vía fideicomiso para las emisiones de valores, lo que resulta inconveniente para aquellas empresas que deseen utilizar dicho mecanismo con fines de financiamiento, encareciendo potencialmente los costos de tales operaciones, lo que finalmente redundaría en una reducción de la rentabilidad ofrecida a los inversionistas.

En tal sentido, consideramos negativo el efecto de esta medida.

- f) Limitaciones en la posibilidad que el fideicomiso de titulización respalde también obligaciones de entidades financieras u organismos multilaterales. Como indicamos, la Modificación regula los casos en que el fideicomiso de titulización puede también respaldar obligaciones no contenidas en valores mobiliarios, estableciendo, con matices, limitaciones similares a las establecidas respecto a los fideicomisos que sirven de garantía al pago de valores emitidos por terceros.

Tales limitaciones determinan que las obligaciones ante entidades financieras u organismos multilaterales no puedan ser posteriores en vencimiento, a las que corresponde a los valores respaldados en el fideicomiso. En el caso que se respalde obligaciones del originador, además, estas no pueden ser mayores en monto a las representadas por los valores mobiliarios respaldados por el fideicomiso.

En caso no se cumpla con tales condiciones, ello podría determinar la terminación anticipada del fideicomiso de titulización.

Nos preguntamos qué lógica económica tiene tal limitación, qué finalidad cumple, al limitar la libre contratación de los parti-

culares, y estableciendo mecanismos que incrementan el riesgo de la estructura en perjuicio de los titulares de los valores emitidos con cargo al fideicomiso y de los demás acreedores de este, al tener que ser liquidada anticipadamente si no se llegan a cumplir tales limitaciones.

¿Por qué el vencimiento de las obligaciones respaldadas en valores debe ser posterior al de las que corresponden a las obligaciones con entidades financieras u organismos multilaterales? O, ¿por qué las obligaciones respaldadas en valores deben ser mayores a las que corresponden a las entidades financieras u organismos multilaterales? La razón que hemos escuchado es porque se desnaturalizaría la figura del fideicomiso de titulización, dado que no estaríamos ante una titulización, pues las obligaciones relativas a los valores no son las que predominan, sino frente a algo distinto.

El comentario que podemos hacer al respecto es el siguiente: ¿Y por eso sería un problema? Sobre todo, ahora que se reconoce que el fideicomiso de titulización puede ser utilizado en operaciones que no tienen la característica de ser una titulización.

Por ende, queda claro que estaríamos mejor si los privados tuvieran la posibilidad de utilizar el fideicomiso de titulización en combinaciones de valores y deuda y otros derechos, según resulte conveniente para el desarrollo de operaciones que crean valor en la economía y que resultan por ende beneficiosas para la sociedad, sin estar sujetos a límites como los señalados.

En tal medida, la Modificación, en este aspecto, nos parece inadecuada, al limitar, sin que existan razones válidas para ello, la libertad de contratación de los particulares. El resultado es negativo, pues se reduce el número de operaciones que podrían realizarse en la economía y que resultarían mutuamente beneficiosas para las partes.

De otro lado, en sí misma, la posibilidad que se contempla respecto a que el patrimonio fideicometido puede también garantizar obligaciones del originador, nos parece adecuada.

No obstante, tal posibilidad, que el fideicomiso respalde obligaciones de terceros también debería quedar abierta, y no encontrarse limitada a entidades financieras u organismos multilaterales, y es que no existen razones para limitar la posibilidad de que el fideicomiso respalde obligaciones incorporadas en valores o no, de cualquier tercero, según establezcan las partes. Ello estaría más en línea con la finalidad original de la legislación del fideicomiso de titulización, que dicho mecanismo sea flexible, para que las partes puedan diseñar la estructura que más se ajuste a las necesidades del negocio y que maximice el beneficio para las partes.

Si lo que buscamos son justificaciones a las limitaciones señaladas, alguien podría decir que podría abusarse de esta figura en perjuicio de los acreedores de los originadores o fideicomitentes, debido a las protecciones que establece la legislación de titulización en beneficio de los titulares de los valores. No obstante, tales protecciones únicamente operan en caso se vaya a generar un perjuicio a los titulares de valores de oferta pública o a los de oferta privada que contaren con buena fe. Entonces, tal protección no alcanzaría a aquellos que no sean titulares de valores, por lo que la objeción no sería válida.

IV. IMPLICANCIAS DE LA MODIFICACIÓN RESPECTO AL RÉGIMEN DE OTROS PATRIMONIOS AUTÓNOMOS

1. Los otros patrimonios autónomos.

Entre los otros patrimonios autónomos que los particulares pueden utilizar para el desarrollo de operaciones se encuentran: (i) los fondos mutuos, regulados por la LMV; (ii) los fondos de inversión, regulados por la Ley de Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, aprobada por Decreto Legislativo 862; y, (iii) los fideicomisos regulados por la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley 26702 —LSF—.

Como hemos señalado, los fondos mutuos son vehículos de inversión colectiva, diversificada. Se trata de un producto estándar diseñado

para su colocación entre inversionistas retail, mediante oferta pública. De capital abierto y de alta liquidez. Dada su alta regulación, realmente no hay mucho más que se pueda estructurar sobre la base de un fondo mutuo, que no sea un patrimonio con tales características.

Los fondos de inversión son patrimonios autónomos de mayor flexibilidad que los fondos mutuos, pero que no pueden dejar de ser utilizados como vehículos de inversión, en los que se emiten participaciones para la obtención de recursos que luego serán invertidos en activos de distinto tipo. Es posible que con cargo a los fondos de inversión se emitan obligaciones o se asuma deuda. La emisión de obligaciones puede superar el patrimonio del fondo, pero siempre que se constituyan garantías específicas. Dichos patrimonios no son idóneos para el otorgamiento de garantías de obligaciones de terceros. Este tipo de vehículos no cuenta con la protección prevista para los fideicomisos de titulización en el artículo 298 de la LMV, a la que nos hemos referido con anterioridad.

Los fideicomisos de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros —LSF—, pueden servir, entre otros, como garantía o para la administración de activos, incluyendo flujos de dinero que sirvan finalmente para el pago de obligaciones, respaldadas o no en valores. Su estructura legal es la misma que la del fideicomiso de titulización, dado que proviene de la LMV, aunque no cuenta con la protección prevista en el artículo 298 de la LMV, salvo en lo que respecta a la imposibilidad de anular la transmisión en fideicomiso realizada en fraude de acreedores luego de seis meses de publicado en el diario oficial, por tres días consecutivos, un aviso que dé cuenta de la enajenación, o luego de dos meses de la fecha en que el acreedor haya sido notificado personalmente de la constitución del fideicomiso. Una limitación importante consiste en la imposibilidad que dicho fideicomiso respalde emisiones de valores mobiliarios.

En contraste con los otros patrimonios autónomos a los que nos hemos referido, los fideico-

misos de titulización, como hemos visto, pueden respaldar valores de diferentes tipos en el marco de procesos de titulización o como vehículos de inversión. No obstante, tiene como limitaciones la gran dificultad para garantizar emisiones de valores de terceros u otras obligaciones, y la de respaldar obligaciones de terceros, pudiendo tratarse únicamente de entidades financieras u organismos multilaterales, con las restricciones a las que nos hemos referido en este artículo.

2. Comparación del fideicomiso de titulización con los otros patrimonios autónomos.

Como hemos podido notar, la regulación actual de los patrimonios autónomos no parece guardar gran coherencia, pues el diseño inicial que tuvo la legislación de dichos patrimonios, basado en cuatro tipos de patrimonios: (i) fideicomisos en general, para cualquier operación, salvo emisión de valores; (ii) fideicomisos de titulización, para operaciones de titulización y garantía de valores; (iii) fondos mutuos, como vehículos colectivos de inversión diversificada, y con características de liquidez, por lo que son de capital abierto; y, (iv) fondos de inversión, como vehículos de inversión no necesariamente diversificada, no líquida, por ende de capital cerrado; cada uno administrado por una sociedad de objeto limitado, supervisada o por la Superintendencia de Banca y Seguros —SBS—, o por la SMV; fue modificándose en el tiempo.

Así, los fideicomisos en general fueron participando de manera directa o indirecta en el respaldo de emisiones de valores, ya sea como fuente de pago o garantía.

Los fideicomisos de titulización solo se les permitió colocar valores por oferta privada a Inversionistas Institucionales, solo podían respaldar obligaciones no incorporadas en valores de instituciones financieras y organismos multilaterales, y en forma limitada; y no se les permitió respaldar emisiones de valores de terceros. No obstante, se permitió que los fideicomisos de titulización puedan también ser utilizados como vehículos de inversión.

Los fondos de inversión privados pasaron a ser administrados, además de por sociedades administradoras de fondos de inversión supervisadas por la SMV, por sociedades gestoras no supervisadas; y aunque puede emitirse deuda con cargo al fondo de inversión, su estructura legal está diseñada para que el fondo sirva como un vehículo de inversión, y no para otro tipo de negocios.

A la luz de la situación presente de la legislación de los patrimonios autónomos, y partiendo de la base que el diseño inicial de la regulación de dichos patrimonios tuvo como finalidad establecer las bases para el desarrollo ordenado de los mismos, dado que en dicha época no existían aún en la práctica tales patrimonios, podemos decir que resulta conveniente la revisión integral de la legislación relativa a los mencionados patrimonios, con la finalidad de promover la competencia en el mercado del servicio de administración de activos, flexibilizando a la vez la legislación con la intención de ampliar las posibilidades de desarrollo de negocios a través de tales patrimonios.

Algunas ideas que podríamos plantear con relación a lo anterior, serían las siguientes: (i) permitir a todos los administradores de activos —fiduciarios de fideicomisos generales, sociedades titulizadoras, administradoras de fondos e incluso a los gestores de fondos de inversión— que administren tanto fondos mutuos como fondos de inversión y fideicomisos generales o de titulización, dado que en el fondo el servicio que prestan es muy similar; (ii) permitir que los fideicomisos bajo el régimen general también puedan respaldar, en el sentido de servir como fuente de pago o de garantía, emisiones de valores; (iii) permitir que los fideicomisos de titulización puedan garantizar libremente emisiones de valores de terceros; (iv) permitir que los fideicomisos de titulización respalden también obligaciones de terceros, sin que deba aplicarse alguna regla con relación al monto o plazo de la obligaciones; (v) uniformizar los requerimientos regulatorios de las diferentes entidades que brindan este servicio, de modo que se encuentren en igualdad de condiciones; (vi) que los mecanismos de protección con los que cuentan los fideicomisos de

titulización se hagan extensivos a los otros patrimonios autónomos comentados.

V. CONCLUSIONES

Una revisión de la Modificación desde una perspectiva económica arroja a nuestro parecer, en los temas comentados, un resultado negativo, al introducir elementos de incertidumbre respecto a la vida del fideicomiso y por restringir la utilización del fideicomiso de titulización en caso se quieran utilizar para garantizar valores emitidos por terceros, o cuando vayan a respaldar obligaciones de entidades financieras u organismos internacionales. Por el lado positivo, la Modificación consagra a los fideicomisos de titulización, como instrumentos de inversión, y no solo como vehículos para operaciones de titulización. Además, permite al fideicomiso de titulización respaldar también ciertas obligaciones del originador.

Tal Modificación pone en evidencia que la legis-

lación de los distintos patrimonios autónomos ha sufrido una evolución desde su diseño inicial, el mismo que fue concebido con la idea de sentar las bases para un desarrollo ordenado en la utilización de los referidos patrimonios que, al tiempo en que se emitió, aún no existían en la práctica. De otro lado, la evolución que ha sufrido la legislación en mención no se ha dado de manera orgánica, por lo que puede presentar ciertas inconsistencias y generar distorsiones que puedan afectar la posibilidad de que exista una competencia adecuada en el mercado de prestadores de servicios de administración de activos.

Tal situación hace aconsejable efectuar una revisión integral de la legislación bajo comentario, para incentivar la competencia y para asegurar que los agentes del mercado cuenten con flexibilidad para la utilización de tales patrimonios en la forma que necesiten y que mejor se ajuste a sus necesidades particulares, siempre dentro de un marco adecuado de transparencia.

Generando valor compartido público: La importancia del análisis económico del derecho en la función normativa regulatoria del Estado



CÉSAR LUIS CORREA ZÚÑIGA

Abogado por la Universidad San Martín de Porres.
Maestría en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Maestría en Derecho Administrativo Económico por la Universidad Continental.
Profesor de Derecho Administrativo, Contratación con el Estado y Derecho
Pesquero en la Universidad San Martín de Porres.
Presidente del Centro de Estudios de Derecho Administrativo en la Universidad
San Martín de Porres.

SUMARIO:

- I. La función normativa.
 - 1. Su vinculación entre potestad estatal y función administrativa.
- II. Generando valor compartido público.
- III. El rol promotor y orientador del estado: el diseño normativo regulatorio.
- IV. Hacia la incorporación del valor compartido en la regulación normativa.
- V. Reflexiones finales.



RESUMEN:

El presente artículo académico tiene por objeto analizar la importancia de crear valor compartido siguiendo los postulados de Michael E. Porter y Mark R. Kramer, y de esa forma resaltar la importancia del análisis económico del derecho en el ejercicio de la potestad normativa del Estado, específicamente en la formulación de leyes y disposiciones reglamentarias por parte del Poder Legislativo y Ejecutivo respectivamente, ello con el fin de generar impacto favorable y tangible en la sociedad, y de esa forma evitar la sobre y excesiva regulación, partiendo por comprender y respetar el rol del estado en la actualidad, el cual debe enfocarse en la orientación y promoción económica a través de la buena regulación.

Palabras clave: administración pública, deber de cumplimiento, estrategias regulatorias, falacia del nirvana, función administrativa, función normativa, regulación, valor compartido público.

ABSTRACT:

The purpose of this paper is to analyze the importance of creating shared value following the postulates of Michael E. Porter and Mark R. Kramer, and thus highlight the importance of the law and economics in the exercise of the regulatory power of the state, specifically in the formulation of laws and regulations by the Legislative and Executive Branch respectively, in order to generate a favorable and tangible impact on society and therefore, avoid an over and excessive regulation, starting by understanding and respecting the role of the state today, which should focus on guidance and economic promotion through good regulation.

Keywords: public administration, duty of fulfillment, regulatory strategies, nirvana fallacy, administrative function, normative function, regulation, public shared value.

I. LA FUNCIÓN NORMATIVA

1. Su vinculación entre potestad estatal y función administrativa.

El estado peruano se encuentra conformado no solo por entidades públicas y organismos dispersos en la gran cantidad de entes que conforman el aparato estatal y cuya tarea de compendio, importancia y sustento es todo un reto hasta para el más reputado administrativista, sino también por la población en su conjunto y por diversos actores cuya relevancia dota de dinamismo a la economía a través de las clásicas reglas de la oferta y la demanda, una veces bajo la regulación de agencias de competencia, como en nuestro país el INDECOPI, o de organismos reguladores como en energía, saneamiento, telecomunicaciones, etc.

En ese orden de ideas se postula muy a menudo, a modo de costumbre, que la culpa de los problemas la tiene el estado, como para achacar responsabilidad a un ente ajeno a quien hay

que responsabilizar de todo lo malo, lo cual, como se ha mencionado, es un concepto totalmente alejado de la realidad.

Es por ello que, si bien el estado cuenta con diversas potestades y prerrogativas que deben estar enfocadas en el bienestar común, resulta siendo determinante en economías modernas la correcta participación de los ciudadanos y de los grupos de poder conformados por organizaciones privadas que buscan en su gran mayoría maximizar sus beneficios, lo cual, desde el punto de vista de la toma de decisiones, es totalmente válido y adecuado.

Por otra parte, en la otra acera encontramos al Estado representado esta vez por las diversas entidades públicas, de las cuales podemos extraer incluso a los clásicos poderes del Estado en el clásico rol de *checks and balances*¹, concepto que de acuerdo con Chaux Donado surgen para evitar el desconocimiento o desborde del poder público, procurando encontrar un equilibrio para su funcionamiento.

1. Chaux, Francisco. 2013. "Ingeniería Constitucional la evolución del checks and balances en el Estado Social de Derecho". *Vniversitas* 62 (126). <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/6122>

Por todo ello, es necesario caracterizar la atribución de dar leyes, así como interpretar, modificar o derogar las existentes, conforme lo establece el artículo 102 de la Constitución Política del Perú a favor del Congreso de la República, siendo que la iniciativa de ley también puede ser ejercida, por ejemplo, por el Presidente de la República, entre otras entidades de la llamada función normativa, entre las que podemos destacar la potestad reglamentaria conforme lo señala el numeral 8 del artículo 118 de la citada Constitución, la cual es privativa del Poder Ejecutivo.

Partiendo de que la potestad normativa del Estado es una sola y cuya cuota de responsabilidad ha sido distribuida entre los diversos poderes del Estado, es preciso citar sobre este punto al profesor Juan Carlos Cassagne, quien señala lo siguiente:

“La génesis de la Administración Pública contemporánea encuentra su ubicación histórica en la época napoleónica, donde se opera una mutación fundamental de papel y de la gravitación que hasta entonces había tenido el poder administrado: se produce a partir de ese instante el fenómeno de ampliación progresiva de sus competencias, el cual ha continuado desarrollándose en forma incesante hasta nuestros días. Se opera de esta suerte el abandono, por parte de la Administración, de la función abstracta de sostener la Ley (Locke y Montesquieu) para convertirse en un complejo orgánico que cumple múltiples actividades. (...)”

En efecto, aunque no hay respecto de la función normativa o legislativa una total uniformidad doctrinaria, el concepto de la actividad de legislación definida como aquella que traduce el dictado de normas jurídicas, que tienen como característica propia su alcance general y su obligatoriedad, constitutiva de una situación impersonal y objetiva para los administrados a quienes las normas van destinadas, es el que cuenta con una explicación más lógica y rea-

lista. En este sentido, los diversos Reglamentos que se emiten en el ámbito del Poder Ejecutivo constituye el ejercicio de funciones, que, desde el punto de vista material, no se diferencian de las leyes generales que sanciona el Congreso aún cuando éstas poseen una jerarquía normativa superior. Pero no solamente el Poder Ejecutivo tiene reconocida la potestad reglamentaria, pues esta es también una potestad que, en menor medida, también ejerce el Poder Judicial.²

Siguiendo el postulado del profesor Cassagne, que desde el punto de vista material equipara la potestad legislativa con la de reglamentar las leyes, encontramos esfuerzos importantes para dotar de cierto nivel de especialidad en cuanto a forma y contenido por parte de ambos poderes del Estado a través del Manual de Técnica Legislativa del Congreso de la República, aprobado por Acuerdo de Mesa Directiva 106-2020-2021-MESA-CR y la Guía de Técnica Legislativa para la elaboración de proyectos normativos de las entidades del Poder Ejecutivo – Cuarta Edición, cuyo análisis volveremos en breve.

Habiendo quedado claro que la potestad legislativa en una mayor y menor medida son responsabilidad del Congreso de la República y del Poder Ejecutivo, para fines del presente análisis, es preciso incursionar en la importancia de incorporar el principio de valor compartido en el ámbito público con el fin de obtener mejoras sociales que puedan contrastarse en la realidad y que generen bienestar.

II. GENERANDO VALOR COMPARTIDO PÚBLICO

Michael E. Porter y Mark Kramer en *Harvard Business Review* hace algunos años incorporaron en su análisis académico el principio de valor compartido, el cual en resumidas cuentas y de acuerdo con lo planteado por los autores involucra la creación de valor económico para la sociedad al abordar sus necesidades y desafíos

2. Cassagne, Juan Carlos. *Derecho Administrativo Tomo I*. Lima: Palestra, 2017. 53-57

conforme citan, llamando la atención lo manifestado, ya que consideran que el gobierno debe aprender a regular de manera que permita el valor compartido en vez de impedirlo. Al respecto, para mejor comprensión, los autores efectúan el siguiente ejemplo:

“El comercio justo busca elevar la proporción de los ingresos que van a los granjeros pobres pagándoles precios más altos por los mismos productos. Si bien esto puede inspirarse en un sentimiento noble, el comercio justo es una forma de retribución más que de expansión del valor total creado. En cambio, una perspectiva de valor compartido se enfoca en mejorar las técnicas para el crecimiento y en fortalecer el clúster local de proveedores y de otras instituciones para mejorar la eficiencia, el rendimiento de los cultivos, la calidad del producto y la sustentabilidad de los granjeros. Esto permite que tanto los granjeros como las empresas que les compran obtengan una porción mayor de ingresos y utilidades. Los primeros estudios sobre los cultivadores de cacao en Costa de Marfil, por ejemplo, sugieren que mientras el comercio justo puede elevar los ingresos de los agricultores entre 10% y 20%, las inversiones de valor compartido pueden elevar sus ingresos en más de 300%. Puede que se requiera más inversión inicial y tiempo para implementar las nuevas prácticas de suministro y desarrollar el clúster de apoyo, pero el retorno será un mayor valor económico y beneficios estratégicos más amplios para todos los participantes”³.

Sobre el particular y de mi experiencia en la administración pública a través de los cargos ejercidos como especialista y asesor en elaboración normativa, tanto en el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República, se evidencia que para muchos la dación de una norma deviene en la solución a un problema generado por el estado, lo cual por supuesto carece de total sustento ya que previo a la emisión de una norma es necesario reflexionar y estudiar acerca de

diversos factores tales como su importancia, el problema público que propone solucionar la norma y, sobre todo, el estudio de los impactos de la misma y si alguna norma que se encuentra en vigor recoge todo o parte de lo que se pretende normar.

Sin embargo, considero que desde hace algún tiempo atrás los aspectos normativos en el Perú se atienden de manera discrecional, es decir se busca dotar de especialidad a la materia; sin embargo, en la realidad no existen parámetros objetivos que permitan priorizar algunos problemas públicos en particular.

Por citar un ejemplo el 23 de julio de 2021 se publicó el Decreto Supremo N° 017-2021-MIDA-GRI – Decreto Supremo que Aprueba la Política Nacional Agraria 2021-2030 la cual de forma textual hace énfasis a que la misma se encuentra dirigida a los productores agrarios contemplando que el problema público incluye al productor y su actividad económica productiva, priorizándose como problema el bajo nivel de desarrollo competitivo agrario.

Si bien la citada política es plausible y genera un avance en lo que respecta a identificar un problema público que permita las intervenciones estatales, encuentro dos grandes aspectos que podrían originar su eficacia, las cuales son: i) Falta de tratamiento y sinergias para el logro de objetivos en aspectos de competencia del sector vinculados al problema identificado tales como los aspectos ganaderos, hídricos, forestales y de fauna silvestre, ii) falta de aplicación de estrategias relacionadas al valor compartido.

Para este punto es preciso citar a Richard Posner, quien menciona lo siguiente:

Una cuestión importante en el análisis económico del derecho consiste en saber si un cambio involuntario podría incrementar la eficiencia, y bajo que circunstancias. A pesar de que la eficiencia no se define como algo que sólo una

3. Porter, Michael y Kramer, Mark. “La creación de Valor Compartido”. *Harvard Business Review América Latina* (2011), 3-5.

transacción voluntaria pueda crear, sabemos que la disposición a pagar solo puede determinarse con gran confianza observando efectivamente una transacción voluntaria. Cuando los recursos se desplazan a resultados de la transacción, podemos estar razonablemente seguros de que el cambio conlleva un aumento de la eficiencia. La transacción no habría ocurrido si ambas partes no hubiesen esperado mejorar. Esto significa que los recursos transferidos son más valiosos en manos de su nuevo propietario. Sin embargo, muchas de las transacciones afectadas o efectuadas por el sistema legal son involuntarias, como lo es una resolución legal para que se paguen daños o una multa. ¿Cómo sabemos cuándo tales transacciones incrementan la eficiencia y cuándo la reducen?⁴

Respecto a la creación de valor compartido podemos advertir que lo que se busca es potenciar la expansión del valor total creado en vez de generar formas de retribución o redistribución, para ello el valor compartido, el cual ha sido definido por los citados autores como las políticas y prácticas operacionales que mejoran la competitividad de una empresa y a la vez ayudan a mejorar las condiciones económicas y sociales donde operan, para lo cual extrayendo el mensaje de los autores es necesario identificar y expandir las conexiones entre los progresos económicos y sociales.

En ese sentido, ser competitivo va más allá de tener presencia en el mercado o que nuestros productos o servicios tengan alta demanda, involucra un quehacer constante que incide en la mejora continua y los mecanismos a través de los cuales las fuerzas de mercado se desenvuelven siempre bajo la atenta mirada del Estado como aquel árbitro que interviene cuando las reglas de mercado, las que apuntan a la libre iniciativa privada, puedan verse afectadas por prácticas, por ejemplo, que restrinjan la libre competencia o la limiten.

Del mismo modo, la sinergia expansiva involucra también al mejoramiento de las condicio-

nes económicas y sociales mediante mecanismos de seguimiento, desarrollo de incentivos y establecimiento de metas, es decir, es necesario para la creación de valor compartido no solo esperar y conocer a nuestro administrado, sino que este se vea identificado con la entidad normativa y que a través de este pueda sentirse convencido que es de su interés el desarrollo de sus actividades.

En ese sentido, si bien el valor compartido constituye una sinergia que beneficia a diversos actores económicos en beneficio de la sociedad, es importante que para que ello se suscite se debe propiciar la apertura y desarrollo de niveles de eficiencia sin devenir a mi criterio de la imposición de diversas reglas legales, la cual deberá destinarse como un último recurso cuando se tenga convencimiento que los agentes del mercado atentan o generan riesgo que puede poner en zozobra el bienestar general, el cual debe ser salvaguardado por el Estado. Suena fácil escribirlo pero el aplicar la mejora continua y la creación de valor compartido en la administración pública deviene en ser un reto cada vez más especializado que requiere la profesionalización de la función y la interacción de diversas disciplinarias sociales, naturales, matemáticas, entre otras, y quienes deben ser conocedores de cómo funciona el mercado, las reglas de competencia, prohibiciones, conocer los aspectos de simplificación administrativa y generación de niveles de eficiencia, para lo cual más que hacedores de técnicas ya empleadas en el pasado sin éxito o repetidores de experiencias extranjeras se requiere servidores civiles proactivos, con alto nivel de crítica y análisis reflexivo, ya que de lo contrario, arribar a lo que se postula a través del presente artículo solo será una quimera.

En suma, generar valor compartido público, a diferencia del valor compartido a secas, involucra diversos aspectos, a continuación resalto:

- a) Niveles de independencia administrativa de la entidad pública: Alto nivel de gobernanza e institucionalidad.

4. Posner, Richard. *El Análisis Económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. 22.

- b) Políticas públicas discutidas y fortalecidas con la participación social.
- c) Conocimiento de los servidores civiles de aspectos referidos a cómo funciona el mercado.
- d) Participación multidisciplinaria.
- e) Conocimiento y mapeo integral de los actores que desarrollan actividades en el mercado.
- f) Dictado o promoción de medidas que generen incentivos.
- g) Aplicación de la correcta estrategia reguladora.

Si bien he citado los aspectos que considero más relevantes, es preciso detenerse en el último de los puntos mapeados que hace referencia a la aplicación de la correcta estrategia regulatoria, la cual incluso puede permitirnos concluir que no es necesaria la intervención normativa. Sobre este punto debe quedar claro que el espíritu del presente artículo no es promover la regulación entre otras medidas normativas como la solución de todos los problemas, afirmar ello podría conducirnos a incurrir en la temida falacia del nirvana, término atribuible al economista de la escuela de Chicago H. Demsetz, que es cuando por ejemplo se cree que la intervención estatal es la solución a los problemas, por lo cual si bien la generación de valor compartido público es una alternativa interesante para dotar de mejora a la sociedad en su conjunto, esta es ineficiente si es que no se incorpora de modo reflexivo previo análisis de la realidad, ya que de ser el caso quizá una opción sea no hacer nada y dejar que las fuerzas de mercado actúen; por consiguiente, la aplicación de la medida antes citada debe ser empleada con suma responsabilidad previo análisis entre el grado de promoción, la probabilidad de aplicación pero sobre todo identi-

cando de forma adecuada las estrategias regulatorias.

III. EL ROL PROMOTOR Y ORIENTADOR DEL ESTADO: EL DISEÑO NORMATIVO REGULATORIO

Hace algunas semanas llego a mi poder la obra del profesor Laguna de Paz titulada como *Derecho Administrativo Económico*⁵, en esta se resalta la importancia de la economía de mercado, la que a su criterio, dicha opción se sustenta por su mayor capacidad de generación de riqueza y bienestar, y la vinculación con los principios del estado democrático de derecho.⁶

En efecto, la economía social de mercado a permitido a nuestro país mantenerse con un alto nivel de crecimiento económico en la región, lo cual ha repercutido sobremanera en la vida económica de muchos hogares, con ello no quiero decir que ha mejorado la calidad de vida de todas y todos los peruanos y es ahí donde entra a tallar el rol regulatorio del estado a través del diseño y ejecución, por ejemplo de políticas públicas que permitan conocer la realidad e implementar diseños con miras a atender problemas específicos en corto, mediano o largo plazo, dependiendo su complejidad. No obstante, es ahí donde radica la importancia de aplicar la creación de valor compartido público con el fin de generar bienestar en el público a intervenir.

Conforme ello, en el Perú podemos encontrar el dictado de una Ley que es anterior a la Constitución Política del Perú que sin embargo deja sentadas las bases del crecimiento acompañado de inversión privada, la cual es el Decreto Legislativo 757 – Dictan Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 13 de noviembre de

5. Laguna, Jorge. *Derecho Administrativo Económico*. 3ra edición. Madrid: CIVITAS, 2020. 110-111.

6. El citado autor señala que el mercado es un espacio de libertad, pero no funciona sin regulación. La ley establece el marco jurídico que hace posible el ejercicio mismo de la actividad económica, al crear las instituciones y reglas que dan seguridad al intercambio de bienes y servicios. La intervención pública es también necesaria para complementar, sustituir o corregir los fallos de mercado. El concepto de regulación alude precisamente al conjunto de potestades, normativas y ejecutivas, de que disponen los poderes públicos para ordenar, controlar e intervenir en el mercado.

1991. Sobre este punto, la citada ley contiene lo siguiente:

“Artículo 2.- El estado garantiza la libre iniciativa privada. La economía social de mercado se desarrolla sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica.”

Artículo 3.- Se entiende por libre iniciativa privada el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, que comprende la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, en concordancia con lo establecido por la Constitución, los tratados internacionales suscritos por el Perú y las Leyes.”

Desglosando ambos artículos puede observarse la preponderancia respecto a la libre iniciativa privada en el marco de la economía social de mercado y sujeto a lo establecido en la Constitución Política del Perú.

Es ahí que la propia Constitución ha consagrado la citada corriente económica y por consiguiente, nuestro país ha asumido una posición económica mixta tendiente a las libertades económicas sujetas al juego de la oferta y la demanda, y el rol orientador y promotor del Estado e interventor a través de sus potestades inspectoras fiscalizadoras y regulatorias por una parte, mientras que aún conserva la posibilidad de intervenir en actividad estatal, aunque de forma subsidiaria, en respeto del principio de subsidiariedad de la economía consagrado en la Constitución Política del Perú de 1993.

En ese sentido, en el marco del rol promotor y orientador del Estado podemos advertir la necesidad de que el mismo se constituya como un estado regulador, y por consiguiente, deviene en importante los alcances normativos estatales tanto a través de normas con rango de ley, así como normas reglamentarias.

Alfredo Bullard Gonzales tiene un célebre artículo de los muchos que he podido revisar en mi formación jurídica que se denomina como “Esquizofrenia Jurídica” y narra a modo de ilustración para luego efectuar algunas conjeturas el sueño de Ihering, no obstante, existe una muy clara definición de lo que debe entenderse por análisis económico del derecho, que a continuación se cita:

“De la misma manera como los esquizofrénicos crean leyendas sobre la realidad algunos “juristas” crean leyendas sobre el AED. Sin embargo, el AED es algo más sencillo de lo que parece. Se trata de una metodología o, más concretamente, de la aplicación del método para entender a las instituciones jurídicas. (...)”

Tradicionalmente, la economía ha sido definida como la ciencia encargada de evaluar la asignación de recursos escasos entre usos alternativos. Sin embargo, esa definición no es aceptada pacíficamente el día de hoy. Así en palabras de Gary Becker, “el enfoque económico tiene como núcleo central la combinación de tres supuestos: el comportamiento maximizado, el equilibrio de mercado y las preferencias estables”.⁷

Por consiguiente, es preciso que la función normativa del estado incorpore el análisis económico del derecho como una forma de, en principio, entender las instituciones jurídicas a normar para poder medir el impacto de la intervención normativa, y sobre todo, si es necesaria o no la dación de la norma a fin de evitar la sobre y excesiva regulación.

El primer punto de partida requiere de un segundo aspecto, una vez superado el mismo, el cual tiene que ver en caso se considere necesaria la producción normativa, en hacernos la pregunta siguiente ¿Por qué es necesario normar o regular? Partiendo de ello la elección de la adecuada estrategia regulatoria es fundamental para el éxito o fracaso de la norma o regulación en mención.

7. Bullard, Alfredo. “El Análisis Económico de las Instituciones Legales”. En *Derecho y Economía*, 74-76. Lima: Palestra, 2010.

Sobre este último punto Baldwin, Cave y Lodge, en su célebre trabajo traducido al español como: *Comprendiendo la Regulación*, concluyendo que la regulación constituye la actividad a través de la cual es posible establecer restricciones al comportamiento de los integrantes de la sociedad y prevenir la ocurrencia de actividades indeseables.

Por consiguiente, a modo personal considero que la regulación tiene una incidencia con mayor énfasis en las libertades económicas de los individuos, que como hemos visto se encuentran revestidas de un sinnúmero de libertades y garantías, mientras que la función normativa del Estado permite el desarrollo del orden social y el bienestar general; por consiguiente, la aplicación del valor compartido público tendrá mayor incidencia cuando sea empleado en el campo de la regulación económica; sin embargo, como señalan los citados autores, para ello es necesario la elección de una adecuada estrategia regulatoria, la que ha sido listada y establecida de la siguiente manera:

- a) Estrategia comando y control.
- b) Legalismo.
- c) Estandarización.
- d) Cumplimiento normativo.
- e) Regímenes basados en incentivos.
- f) Normas de competencia.
- g) Franquicia.
- h) Regulación vía contrato.
- i) Permisos negociables.
- j) Regulación de divulgación.
- k) Acción directa.
- l) Estrategias de empujón.
- m) Derechos y obligaciones.
- n) Compensación pública.⁸

La creación de valor compartido puede funcionar a mi criterio de manera bastante llamativa en la estrategia que se sustenta en regímenes basados en incentivos, a través del cual se busque, en

buenas cuentas, no solo el cumplimiento de algunos objetivos si no se enfoque en el desarrollo de la dignidad de la persona y su potencialidad en las actividades económicas a través de la buena regulación. Estos aspectos de impacto han sido célebremente identificados por el profesor Jaime Rodríguez Arana Muñoz, quien menciona que el interés general, desde una aproximación democrática, es el interés de las personas como miembros de la sociedad en que el funcionamiento de la Administración pública repercute en la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos fortaleciendo los valores superiores del estado social y democrático.⁹

Como menciona el citado profesor, el impacto normativo regulatorio debe incidir en el bienestar general que repercute de manera eficiente en la vida de los ciudadanos. No se trata de una intervención populista y subsidiaria como es el común denominador en las intervenciones legislativas e, inclusive, reglamentarias, sino que la implementación del valor compartido pueda ingresar en la discusión normativa a través de la aplicación de estrategias que incida en mediano o largo plazo en aspectos tangibles para de ahí extraer conclusiones.

Por citar un ejemplo interesante, pero con un enfoque subsidiario. El año 2010 a través de Decreto Supremo N° 008-2010-MINAM se creó el Programa Nacional de Conservación de Bosques para la Mitigación del Cambio Climático dependiente del Ministerio del Ambiente, con el objeto de la conservación de 54 millones de hectáreas de bosques tropicales, autorizándose a través de diversos mecanismos presupuestales el otorgamiento de subvenciones a los beneficiarios del programa, que estaban compuestos de Comunidades Nativas en su mayoría. Si bien la medida deviene en una práctica subsidiaria, la idea deviene en atractiva para poner en ejemplo la aplicación de valor compartido público a través de la sinergia público privada

8. Baldwin, Robert, Cave, Martin y Lodge, Martin. *Understanding Regulation*. 2da edición. Oxford: Oxford University Press, 2013. 106-133.

9. Rodríguez Arana, Jaime. *Interés General, Derecho Administrativo y Estado de Bienestar*. 1ra edición. Madrid: Syntagma, Centro de Estudios Estratégicos, 2012. 35

mediante la aplicación de diversos mecanismos como el propuesto por Raúl Aranda Córdova¹⁰ a través de su tesis denominada: “La empresa B y su inclusión para la conservación de bosques de la Amazonia Peruana”, quien resaltó la importancia de no solo dejar la conservación y el cumplimiento de los objetivos altamente prometedores a la administración estatal, sino que también a través de esquemas jurídicos como las llamadas empresas B que posteriormente fueron incorporadas en nuestra legislación a través de la Ley 31072. Con el citado autor en diversas conversaciones que mantuvimos durante la elaboración de su trabajo, coincidíamos en la importancia de la participación del sector privado en los retos que demanda las intervenciones que clásicamente han sido confiadas a los entes gubernamentales con los resultados que ya todos conocemos.

IV. HACIA LA INCORPORACIÓN DEL VALOR COMPARTIDO EN LA REGULACIÓN NORMATIVA

Como ya se expuso, tanto el manual como la guía de técnica legislativa han destinado un acápite especial a la construcción y reflexión normativa, por lo tanto, se tratan de dos instrumentos de suma importancia en el devenir constructivo de la regulación peruana; sin perjuicio de los instrumentos adoptados por los organismos reguladores que tienen un enfoque bastante más modernista e innovador en cuanto a su aplicación.

El Manual de Técnica Legislativa en su punto IX desglosa el punto de necesidad y viabilidad de la ley resaltando el análisis de impactos, el cual a modo de recomendación se insta a realizar para determinar el beneficio en favor de los ciudadanos, sin perjuicio de que ello se incorpore en el costo beneficio del dictamen a aprobar y en la exposición de motivos; mientras que por otra parte en la Guía de Técnica Legislativa se hace énfasis del análisis costo beneficio.

Sin embargo, ello no es suficiente para poder cuantificar los impactos de las propuestas regulatorias que incidan en el bienestar. Como muestra de ello, en el año 2016 la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos — OCDE, efectuó una serie de recomendaciones en materia regulatoria que se han venido construyendo desde el dictado del primer paquete de normas de simplificación administrativa, y llegando su punto más innovador a través del establecimiento del análisis de calidad regulatoria previsto en el Decreto Legislativo 1310 y sus modificatorias.

No obstante, considero que el reto se encuentra en la implementación del Análisis de Impacto Regulatorio *ex Ante* del que también se señala en el Decreto Legislativo 1310 y sobre todo en su modificatoria a través del Decreto Legislativo 1448, y que en la actualidad se encuentra recogido en el Decreto Supremo N° 063-2001-PCM – Decreto Supremo que aprueba el Reglamento que desarrolla el Marco Institucional que rige el Proceso de Mejora de la Calidad Regulatoria y establece los Lineamientos Generales para la aplicación del análisis de impacto regulatorio *Ex Ante*, el cual por definición contempla lo siguiente:

“Análisis de Impacto Regulatorio Ex Ante — AIR Ex Ante—: Es un proceso que permite el análisis previo, sistemático e integral para identificar, evaluar y medir los probables resultados, beneficios y costos de distintas alternativas de solución —regulatorias y no regulatorias— de un problema público, considerando la identificación y el análisis de riesgos, con el fin de adoptar la mejor alternativa de intervención en base a evidencia. Si la alternativa resultante de la evaluación correspondiente es una regulación, su desarrollo debe ser coherente y consistente con el ordenamiento jurídico vigente, así como establecer los mecanismos para su cumplimiento.”

10. Aranda Córdova, Raúl. “La empresa B y su inclusión para la conservación de bosques de la Amazonia Peruana”. Tesis para Magíster en Derecho de la Empresa, PUCP, 2018. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/13387>

Si bien es una iniciativa sumamente esperanzadora, queda claro que la no extensión en la práctica al cumplimiento de la misma por parte del Poder Legislativo, entre otros, conforme el numeral 10.5 del artículo 10 de la citada norma, debilita la mejora regulatoria de manera transversal, simétrica y con impacto en la eficiencia; sin embargo, la construcción de dicho espacio puede contribuir a la mejora del pensamiento regulatorio y a la consecución de impactos favorables, es por ello que la aplicación y desarrollo del principio de valor compartido, desde el enfoque de derecho público, se erige como una principal alternativa de impacto social en beneficio del interés general.

V. REFLEXIONES FINALES

El presente artículo resalta la importancia de dotar a la reflexión normativa regulatoria algunos insumos del análisis económico del derecho para comprender de mejor manera la instituciones jurídicas a regular y es ahí donde la aplicación del principio de valor compartido desde un enfoque publico trae consigo no solo el diseño y aprobación de la disposición, sino también la mejora continua de la administración pública hasta el perfeccionamiento que origine altos niveles de eficacia en las intervenciones públicas asignándole valor a las actividades a realizar, conociendo de manera práctica a

los actores sectoriales respectivos y reforzando la institucionalidad y gobernanza, para ello se requiere de un buen diseño de estrategia reguladora, pero también se requiere de la correcta identificación de los problemas públicos, y la mejor forma de intervenir en ellos, ya sea a través de la regulación normativa o a través de alguna otra acción en salvaguarda de las libertades económicas consagradas en el régimen constitucional peruano.

En ese sentido, el valor compartido público constituye una herramienta medible y cuantificable que permitirá, a través del diseño regulatorio a elegir, la obtención de resultados sinérgicos favorables que nos permitan pasar de ser, en materia regulatoria, un estado subsidiario y redistribuidor de medidas en uno orientador y promotor que genere incentivos que los privados puedan maximizar de forma eficiente y que, ya sea a mediano o largo plazo, pueda evidenciarse una mejora significativa en el bienestar general, esa debe ser la principal tarea que corresponde ser abordada por el estado regulador actual.

Por tanto, el siguiente análisis constituye uno de los muchos que podemos generar, solo se requiere de voluntad de cambio y de mejora continua, hacia ello es donde debemos de apuntar.

Los 5 pilares del Análisis Económico del Derecho en la era post COVID



JOSÉ MANUEL MARTÍN CORONADO

Abogado por la Universidad de Lima.
Magíster en Tributación, Fiscalidad Internacional y Práctica Jurídica por el Centro de Estudios Garrigues (España).
Profesor Ad-Honorem de Economía y Matemática para Economistas de ADOSI International Foundation.
Profesor de Econometría y Métodos Cuantitativos en el Instituto de Econometría de Lima — IEL.

SUMARIO:

- I. ¿AED sin análisis económico?
- II. ¿Han evolucionado las temáticas del AED?
- III. ¿Han evolucionado los economistas en el AED que aplican?
- IV. A modo de conclusión.



RESUMEN:

El presente artículo propone 5 pilares necesarios para hacer un real Análisis Económico del Derecho — AED: la narrativa jurídico-económica, los diagramas de causalidad, las ecuaciones matemáticas, los gráficos en planos cartesianos y el uso y/o análisis de datos. Mientras que muchos abogados se resisten en reconocer la importancia de estos 5 pilares, los economistas se separan entre quienes los usan total o parcialmente y quienes no. El enfoque cuantitativo es el corazón de todo análisis económico, y el AED no es la excepción.

Palabras clave: Análisis Económico del Derecho, análisis matemático, análisis económico, métodos cuantitativos, *Law and Economics*.

ABSTRACT:

This article proposes 5 necessary pillars to do a real Economic Analysis of Law — AED: the legal-economic narrative, the causality diagrams, the mathematical equations, the graphs in Cartesian planes and the use and/or analysis of data. While many lawyers are reluctant to acknowledge the importance of these 5 pillars, economists are divided between those who use them in whole or in part and those who do not. The quantitative approach is at the heart of all economic analysis, and the AED is no exception.

Keywords: Economic Analysis of Law — AED, mathematical analysis, economic analysis, quantitative methods, Law and Economics.

I. ¿AED SIN ANÁLISIS ECONÓMICO?

La pandemia mundial del Coronavirus ha generado que el Análisis Económico del Derecho deba evolucionar una vez más. La economía y los economistas han observado que no necesitan el Derecho desde su propia perspectiva para realizar un análisis ajeno a la economía pura. Esto no es nuevo. Los analistas económicos tratan de convertir la realidad compleja en modelos económicos de naturaleza matemática con más convicción que realismo. Muchos economistas se han adentrado en modelos bioestadísticos y/o epidemiológicos sin mayor pudor. Esto debe de impulsar a los abogados que les interese y que busquen adentrarse en el análisis económico del derecho, como lo conciben los economistas.

Los economistas comienzan desde sus inicios a aprender la economía a través de los llamados modelos económicos, estos son sus referentes para el análisis de las diversas realidades que buscan representar. Los modelos económicos se pueden expresar desde un punto de vista narrativo que es la manera en la cual el análisis económico del derecho desde sus inicios ha sido interpretado y extendido a lo largo del mundo. Esta narrativa no es la forma usual en la cual se hace análisis económico.

La forma usual entonces es crear una ecuación

matemática que sea el representativo exacto de la narrativa antes expuesta. Esta dualidad es muy importante. Dicho de otro modo, la principal habilidad que un analista económico del derecho integral puede adquirir es lograr transformar narrativas en ecuaciones, así como ecuaciones en narrativas. En ese sentido el AED peruano en particular y en muchos casos a lo largo de Latinoamérica ha sufrido bastante ya que a veces se ha considerado que la narrativa basta y sobra en la medida que incorpore dentro de la misma conceptos económicos.

Pero existe otro reto que los AEDistas deben superar: el uso de gráficos en planos cartesianos y diagramas de causalidad —de flujo—. Aunque en algunos casos, los AEDistas prefieren éstos al uso de ecuaciones matemáticas. Sea como fuere estos dos instrumentos adicionales permiten una adecuada representación, creación e interpretación de los fenómenos económicos que determinan situaciones jurídicas o son consecuencia de éstas. Finalmente, un instrumento dejado de lado es el uso de datos —reales o simulados— que alimentarán las ecuaciones matemáticas y diagramas.

Estos cinco pilares —narrativa, diagrama, ecuación, datos y gráfico— son esenciales para realmente acercarse a algo que pudiera siquiera denominarse análisis económico. La narrativa y argumentación no es suficiente, es necesario

tener un enfoque cuantitativo de la realidad, con las limitaciones que indudablemente existan, pero que los economistas ya lo tienen por superado. Los abogados peruanos aún deben cruzar esa delgada línea roja.

Ahora bien, un ejemplo muy sencillo para tratar de ejemplificar lo dicho podría ser lo siguiente: ¿Cuál es la probabilidad de que se haya animado a leer el presente artículo? ¿Y cuál es la probabilidad que haya leído el presente artículo hasta esta línea? ¿Cuál es la probabilidad de que termine de leer este artículo? Si bien eso podría ser irrelevante, en realidad es de interés para los jóvenes estudiantes motivados en la importancia de este tema en la presente edición.

Existe un nivel de satisfacción o felicidad de que el arduo trabajo realizado sea recompensado con la lectura, a través de la adquisición de este ejemplar. A esto los economistas le llaman "Utilidad", por favor no confundir con la renta neta en el ámbito tributario, la cual puede clasificarse ordinalmente de menor a mayor, aunque no tenga una unidad de medida precisa.

Por lo tanto, ya contamos con dos variables de interés, la probabilidad de lectura (PL) y la utilidad (U) del comité editorial. Podemos establecer un diagrama de causalidad sencillo:

$$\uparrow PL \rightarrow \uparrow U \quad (1)$$

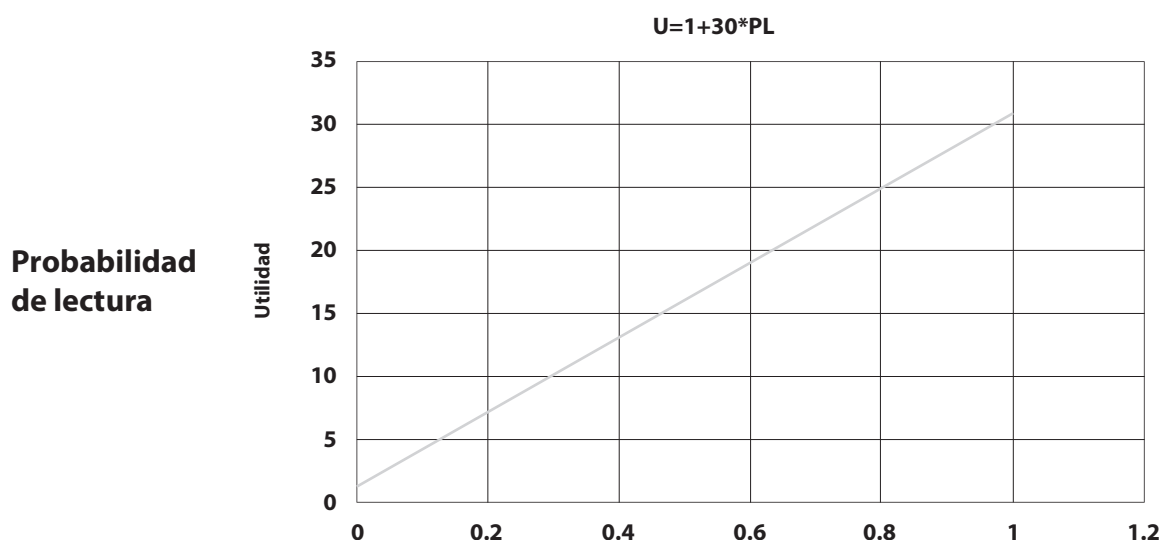
A mayor probabilidad de lectura, mayor utilidad. Así mismo, matemáticamente se puede observar de manera general y de manera específica respectivamente como:

$$U = f(PL) \quad (2)$$

$$U = a + b \cdot PL \quad (3)$$

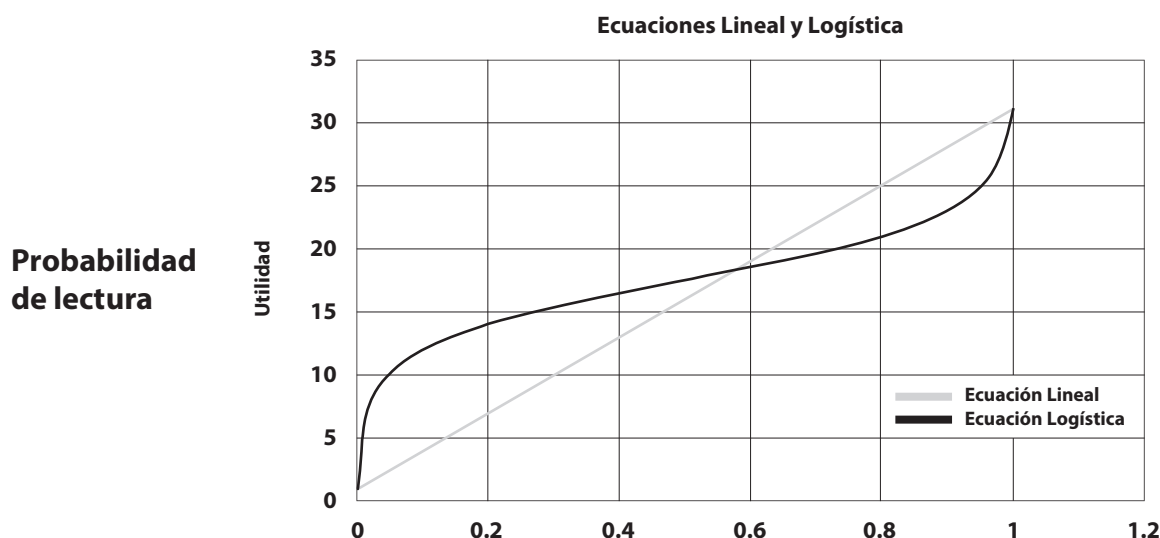
Listo, ya atravesamos la línea que distingue los AEDistas narrativos de los AEDistas cuantitativos. ¡Bienvenido/a al mundo de los economistas! Cabe precisar que es necesario que estas variables sean cuantificables de manera abstracta o concreta, es decir, se le pueda asignar números de menor a mayor. Por ejemplo, la Constitución Política o el Código Civil no son variables cuantitativas, pero sí podría ser el número de artículos que tiene una Constitución, o el número de veces que se indica la palabra "derecho".

Luego de ello, es necesario verificar si la ecuación matemática es efectivamente la adecuada. En este caso se optó con una línea recta — $Y = a + bX$ —, para un ejemplo sencillo puede ser suficiente. Posteriormente, corresponde la representación de la misma e interpretación. En el siguiente gráfico puede observarse que independientemente de la probabilidad de lectura, la utilidad de los alumnos tiene un nivel mínimo que irá aumentando conforme se espere una mayor difusión de esta edición.



No obstante, sabemos que la probabilidad de algo no puede ser mayor a 100%, dado que, si no sería una certeza, por lo tanto, existe una utilidad máxima posible. En estos casos de modelos de probabilidad se suele pensar en otro tipo de ecuaciones matemáticas más complejas tales como la ecuación logística — $PL = 1/(1+\exp(a+b*U))$ —, por favor no confundir con el derecho aduanero. Empe-

ro, es necesario utilizar las matemáticas para despejar¹ la Utilidad como una función de la Probabilidad, pues esta última es la variable “dependiente” —variable efecto—, mientras que PL es la variable causa —“independiente”—. El dilema entre la ecuación lineal y la ecuación logística se denomina Problema de Especificación. El resultado se observa en el siguiente gráfico.



En conclusión, cuando los jóvenes interesados en el AED y sus respectivos profesores acepten que los cinco pilares metodológicos del AED —Narrativa, Ecuación, Gráfico, Diagrama y Datos— son esenciales, comenzaremos a observar una mayor unión entre los abogados que hacen AED y los economistas que hacen AED. Los cursos de análisis económico del derecho —desde un enfoque de análisis matemático— de pregrado son esenciales, y si sirven. Es deber del docente expresar que la dicotomía “letras” y “números” es un paradigma del pasado, que ya debería estar superado.

II. ¿HAN EVOLUCIONADO LAS TEMÁTICAS DEL AED?

Lo indicado en la sección anterior nos permite

afirmar que los cinco pilares metodológicos se deben utilizar para aplicar los conceptos económicos al derecho como objeto de estudio. Los economistas no son ajenos a las leyes —a los cuales llaman regulación—, es decir a los supuestos de hecho y sus consecuencias desde una perspectiva interna —sólo económica— así como desde una perspectiva externa —influencia o relación con otras ramas del conocimiento—. En ese sentido, ¿han evolucionado las temáticas del AED?

Tomando en cuenta que una de las principales influencias del AED peruano ha sido la escuela estadounidense, particularmente las facultades de derecho de la llamada *Ivy league*, existe otra entidad llamada el *National Bureau of Economic Research*, de amplia reputación y respeto entre

1. ¡Muy bien! Si está aquí es porque le interesa saber cuál fue la ecuación despejada, la cual es: $U = (\ln(PL/(1-PL))) - a/b$. Los valores de a y b utilizados fueron -7 y 0.4 . Los valores de $PL=0$ y $PL=1$ no existen realmente (son infinitos), pero se hicieron coincidir con los de la función de utilidad definida en la ecuación lineal, a efectos comparativos.

los economistas. Así Jolls², nos confirma que siguen vigentes las problemáticas AED procesal, AED de la propiedad intelectual, AED Penal, AED contractual, AED responsabilidad civil, AED del consumidor financiero, AED laboral individual y AED corporativo.

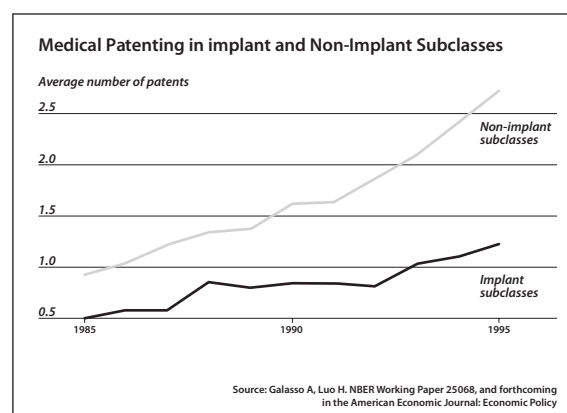
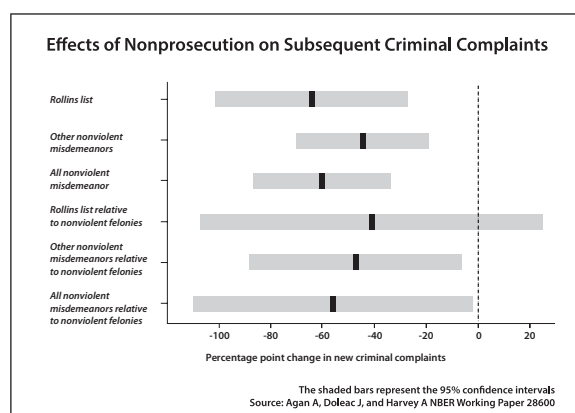
Si bien existen progresos en las ramas antes citadas, no ha habido mayores cambios al respecto, aunque tal vez puede deberse a la particular intensidad que tienen dichas ramas del derecho en la economía estadounidense. ¿Qué ocurre entonces con el derecho laboral colectivo o el derecho de la competencia? ¿Qué ocurre con el derecho tributario? ¿O se puede afirmar que se encuentran subsumidos en el derecho corporativo? ¿Y el Derecho Internacional? ¿Es distinto el AED Internacional del Derecho Internacional Económico? Existen diversas cuestiones aún no resueltas.

De otro lado, en cuanto a los avances observados por Jolls³, se encuentra algunos hallazgos relacionados con el efecto del archivamiento de denuncias por delitos “menores” o faltas, y/o la no formulación de acusación por parte del fiscal, sobre la tasa de denuncias a futuro. En otras palabras, el archivamiento genera un

efecto disuasorio en la población a fin de dejar de lado el sistema legal, debido a la real posibilidad de archivamiento y, tal vez, ¿optar por un sistema de extrajudicial? Los resultados empíricos —datos reales— sugieren que ello efectivamente la población reduce el número de denuncias al respecto, alrededor de un 50% menos. Aunque los autores —Agan, Doleac y Harvey⁴— sugieren que la alternatividad es en realidad el redireccionamiento hacia un sistema de responsabilidad civil y no penal, donde las reglas de la prueba y presunciones de culpabilidad pueden ser muy distintas.

De otro lado, Luo confirmó que un sistema muy inquisitivo de la responsabilidad empresarial puede generar un desincentivo u obstáculo a la obtención de patentes en los sectores de innovación médica. La innovación viene aparejada con el riesgo de no conocer en el corto plazo los efectos técnicos, económicos y legales de un nuevo producto, pero hay sectores con más riesgo que otros, es decir, menos susceptibles a un sistema de responsabilidad.

Los resultados de ambos estudios se pueden interpretar visualmente a través de los siguientes gráficos:



2. Christine Jolls, “Program Report: Law and Economics”, NBER — National Bureau of Economic Research. Acceso el 18 de abril de 2022, <https://www.nber.org/reporter/2022number1/law-and-economics-program-report>
3. Ibidem
4. Amanda Y. Agan, Jennifer L. Deleac y Anna Harvey, «Misdemeanor Prosecution», NBER WORKING PAPER 28600, (2022): 1-88.

Otros de los resultados de interés en el AED según Jolls⁵ son las normas de protección al consumidor financiero. En particular, restringiendo los supuestos para la solicitud de declaración de insolvencia, donde no sólo hubo un efecto directo de la norma —reducción de solicitudes— sino también uno indirecto a través de la reducción de tasas de interés que permitieron reducir la presión financiera a los tarjetahabientes⁶.

De modo similar, la reputada revista *The Economist*, que es un referente para los economistas, también hace referencia al *Law and Economics* —interpretándolo como AED, en realidad—, en colaboración con la renombrada *London School of Economics* —*LSE*, que es considerada la cuna más tradicional de la Economía moderna, actualmente cuenta con una cantidad significativa de cursos que relacionan la economía con el Derecho (nuevamente, llamándolo “Regulación”), aplicado por ejemplo a las Fusiones y Adquisiciones⁷, como un punto de intersección entre el Derecho Corporativo y el Derecho de la Competencia. O también, la rama de Políticas Públicas⁸ —*Public Policy Analysis*— que toma en consideración las dificultades administrativas y sociales de la implementación de medidas económicas que pueden resultar fáciles en los modelos, pero difíciles de ser implementadas en la realidad, incluso desde enfoque más cuantitativo, es decir, de análisis de datos⁹.

Puede observarse entonces la estrecha vinculación entre la Economía y del Derecho, y

en particular, la existencia de efectos directos —inmediatos— y efectos indirectos —medios—, siendo estos últimos menos predecibles e incluso contraproducentes. A esto se le suele llamar la teoría de los efectos no previstos —*Unintended consequences*—¹⁰.

De otro lado, en el Derecho peruano, parece que la moda hubiere pasado, y rara vez se encuentran artículos de rápido acceso sobre AED más allá de los principios básicos que tienen poco más de 70 años de existencia. En tanto el AED es más un área de práctica aplicable transversalmente a cualquier rama del Derecho —desde un enfoque muy Hayekiano por cierto—, pueden distinguirse claramente dos tipos de publicaciones, las de AED General y AED Especial.

Mientras que al AED general suele quedarse estancado en los conceptos e ideas primigenias o peor incluso la discusión existencial si el AED se opone al Derecho Especial o si la Economía está por encima —o no— del Derecho. Obviamente este es un falso dilema ya que la versatilidad *hayekiana* de la economía y del AED por extensión, permite aplicarlo a cualquier Derecho Especial. Por lo tanto, en el caso del Derecho Civil —uno de los bastiones más duros—, el verdadero dilema sería si el Análisis Jurídico del Derecho —Civil— es superior o inferior al Análisis Económico del Derecho —Civil—. De otro lado, la discusión existencia si la economía es considerada ciencia y/o merece respeto —algo que incluso los propios economistas dudan— es propia de la

5. Ibídem.

6. Gross, Raymond Kluender, Feng Liu, Matthew Notowidigdo, and Jialan Wang., “The Economic Consequences of Bankruptcy Reform”, *AMERICAN ECONOMIC REVIEW* 111(7), (2021): 2309-2341.

7. Economist Education, “Law and Economics of Mergers and Acquisitions”, *The Economist*. Acceso el 18 de abril de 2022, <https://execed.economist.com/lse-executive-education/law-and-economics-mergers-and-acquisitions-2022-02-02>

8. Economist Education, “Public Policy Analysis”, *The Economist*. Acceso el 18 de abril de 2022, <https://execed.economist.com/lse-executive-education/public-policy-analysis-2021-06-23>

9. Economist Education, “Data: Law, policy and regulation”, *The Economist*. Acceso el 18 de abril de 2022, <https://execed.economist.com/lse-executive-education/data-law-policy-and-regulation-2022-02-09>

10. Stefano Fiori. “Adam Smith and the Unintended consequences of history”, *HISTORY OF ECONOMIC IDEAS* 22(2), (2014), 55-74.

filosofía, pero no es impedimento para que los economistas sigan teniendo importancia en la elaboración de modelos económicos con consecuencias reales en la vida de las personas. Es lo que se llamaría una discusión ociosa.

Por otro lado, el AED Especial suele estar subsumido en la especialidad en la cual se está aplicando, basándose esencialmente en la utilización repetitiva de los términos beneficios, costo y eficiencia¹¹. El AED no merece dicha simplificación que muchos practicantes han repetido, sobre todo porque implica la negación del marginalismo que tanto les ha costado a los economistas implementar, y claro de los pilares antes descritos. Cabe agregar que el Marginalismo o análisis marginal se le atribuye a William Jevons y sobre todo a Alfred Marshall, uno de los padres de la Economía. Este análisis es mucho más preciso que el análisis contable del costo-beneficio el cual se ha presentado erróneamente como AED. La optimización tiene una naturaleza matemática —maximización o minimización— basada en las herramientas de cálculo matemático proporcionadas por Gottfried Leibniz e Isaac Newton.

III. ¿HAN EVOLUCIONADO LOS ECONOMISTAS EN EL AED QUE APLICAN?

Considerando que los economistas producen —sin saberlo— más artículos de AED que los abogados —aunque lo llaman *Law and Economics*—, en particular aquellos que incluyen fórmulas matemáticas y datos empíricos, conviene preguntarse si dicho enfoque ha mejorado en los últimos años. En tanto el Derecho es un regulador de la conducta humana, ya sea individual o empresarial, las obligaciones de hacer, no hacer o dar, son bastante sencillas de incluirse en los modelos económicos, máxime si

se trata de una regulación menor —reducción o aumento—, a través de técnicas llamadas “choques estructurales”. No obstante, la dificultad está en interpretar adecuadamente lo que quiere decir la norma. Si es una con una redacción confusa o ambigua es probable que el economista la interprete de una manera distinta a la que estaba prevista y de ello su inclusión en el modelo pueda ser errónea.

En la última edición del *Journal of Law and Economics* de la Universidad de Chicago¹², auspiciada por la Escuela de Leyes de dicha universidad, se observa que, de los 7 artículos escritos y los 13 autores, sólo 1 es de formación jurídica: Michael Faure¹³. Si bien sus artículos tratan de relacionar y aplicar el denominado *Law and Economics*, la mayoría son esencialmente narrativa, más no hace uso de los pilares antes indicados. Sin embargo, los economistas también tienen un problema con los pilares: Suelen no utilizar los gráficos ni los diagramas. Existe una relativamente reciente predilección por agregar mayor narrativa a los artículos, sin que ello implique que los artículos sean más sencillos desde un enfoque matemático, simplemente la matemática se envía a los apéndices —anexos—. Esto provoca que el contexto económico y la interpretación sea accesible a todo lector, pero la real comprensión de las técnicas utilizadas para la obtención de resultados se encuentre oculta. Dicho fenómeno se denomina una “Caja Negra” —*Black Box*— y es un problema muy grave aún no resuelto, además que tiene una estrecha vinculación con la propiedad intelectual.

En este punto, algunos economistas suelen acudir demasiado a las matemáticas. Cuando se dice “demasiado” se refiere a niveles muy cercanos a la ciencia matemática y a la ciencia física, dejando de lado la claridad. En otras palabras,

11. Mario Castillo Freyre y Ricardo Vasquez Kunze. Analizando el análisis: Autopsia del análisis económico del Derecho por el Derecho Civil. (Lima: Editorial Aranzadi, 2008), 17
12. Varios, “The Journal of Law and Economics”, *The University of Chicago Press Journals*. Acceso el 18 de abril de 2022, <https://www.journals.uchicago.edu/toc/jle/current>
13. Michael Faure, “Publicaciones”, *Maastricht University*. Acceso el 18 de abril de 2022, <https://cris.maastrichtuniversity.nl/en/persons/michael-faure/publications/>

se sacrifica claridad y transparencia por complejidad matemático, bajo la premisa que a mayor complejidad mayor realismo. En realidad, mayor complejidad implica mayor detalle o mejor dicho mayor granuralidad, pero ello conlleva mayor heterogeneidad entre los diversos elementos incluidos en los modelos económicos, perdiendo la generalidad de sus propuestas. Sin embargo, dado que mayor complejidad, sugiere presuntamente una mayor capacidad intelectual, ello incrementa la probabilidad de que la investigación sea publicada en alguna revista que se atribuya ser la más avanzada y líder en investigaciones complejas. Esto se denomina sesgo de publicación, sin perjuicio que haya economistas que enamorados más de la matemática que de la economía.

De otro lado, los economistas están más preocupados por confirmar sus resultados, independientemente de la existencia de un proceso de modelamiento consistente con la realidad o la rama del conocimiento, por ejemplo, el Derecho. Este sesgo de confirmación es un problema *in crescendo*, ya que no existe una regulación firme en este aspecto. Aún más, existen incentivos para la comisión de fraudes en los resultados estadísticos, dado que el premio es la publicación, lo cual genera a su vez reputación en la comunidad científica y mayores oportunidades de ascenso. Nuevamente el sesgo de publicación. Nótese que esto a su vez puede ser incentivado por los docentes universitarios, dado que puede implicar un aumento salarial, un presupuesto adicional o un nuevo empleo.

Por lo tanto, dado este contexto de imperfección económica, si existe un error en la interpretación de los efectos jurídicos, se generaría otro componente negativo en las investigaciones económicas de tipo empírico. Por ejemplo, desde los primeros ciclos de la carrera de Derecho, se nos enseña que existen las fuentes del Derecho. Para los economistas, la “única” fuente del Derecho es la norma escrita y publicada, sin embargo, existen otras regulaciones que no tienen el carácter coercitivo pero que generan un impacto en los agentes económicos, así como la jurisprudencia o los precedentes administrativos que también afectan las decisiones

futuras de dichos agentes. En otras palabras, el análisis “regulatorio” no suele incluir la regulación indirecta o suave, también conocido como *Soft Law* u otras fuentes del Derecho menos obvias para los economistas.

Otro aspecto importante que aún se ha desarrollado poco al momento de interpretar el impacto de un cambio jurídico es el relacionado al conflicto entre normas jurídicas. Un economista puede pensar que inmediatamente implementada una medida regulatoria, esta comenzará a regir sin mayor oposición jurídica, sin embargo, puede ocurrir que entre en conflicto con otra, para luego ser derogada, dejada sin efecto en general o sometida al control difuso, apartándose de algún precedente. Cabe precisar que los efectos de un cambio jurídico pueden ser interpretados por los economistas como algo inmediato o no tanto, al mismo tiempo puede pensarse que será aceptado de manera total, parcial o nula, lo cual no se encuentra garantizado por el derecho en términos prácticos.

Existe otro problema entre un sector de los economistas, no necesariamente los más experimentados: La fijación por la economía normativa, es decir, aquella que está en los libros y que en muchos casos las investigaciones empíricas tratan de imitar. A través de la narrativa —argumentación— tratan de convencer a terceros de diversos hechos presuntamente reales y generales, mediante el uso de datos estadísticos puntuales y no generales. Este análisis no es económico tampoco, sino histórico, sociológico o incluso psicológico, por no decir pobremente estadístico. De otro lado, la economía positiva, es decir aquella que se enfoca en la realidad de los hechos, requiere necesariamente del uso de datos y técnicas de análisis de los mismos, las cuales son pobremente enseñadas en las facultades de economía, y que sólo muy pocos persisten en su interés por las mismas. El análisis de datos, también llamado econometría, se está enseñando como si fuera estadística matemática, dejando de lado la valoración económica como componente esencial del análisis de datos económicos. El rechazo por esta materia —econometría— hace que sean pocos quienes realmente hagan estudios económicos de manera idónea, mien-

tras que otros recurren a las áreas de finanzas, proyectos o gestión en su lugar.

Finalmente, otro problema que mantienen los economistas es la preferencia por las expectativas, lo cual se complementa con los sesgos cognitivos que todo analista puede tener. Si bien el tema de los sesgos no es nuevo, ya se reconoció oficialmente con el premio Nobel de Economía Daniel Kahneman dentro de la especialidad de Economía del Comportamiento —*Behavioral Economics*—, ni siquiera él estuvo libre de los mismos, ya que cometió el sesgo de confirmación/publicación al avalar una hipótesis psicológica aparentemente confirmada, que luego fue masivamente rechazada por la comunidad científica¹⁴. No obstante, esto no ha afectado su reputación en general, a pesar de que claramente los datos fue uno de los pilares que no tomó en cuenta de manera idónea. ¿Qué más se puede decir de las expectativas respecto al AED? En general, la interpretación de una norma que va a ser emitida a futuro con un cierto grado de probabilidad ya genera efectos en la economía, debido a que los agentes económicos incorporan de manera anticipada dentro de sus modelos para “ganarle” a la norma. ¿Hecha la ley, hecha la trampa?

A mayor abundamiento, este fenómeno tiene mucha relación con la denominada “profecía autocumplida” —*self-fulfilling prophecy*— ya que, si se espera que una norma sea más inquisitiva con la inversión, probablemente la inversión se reduzca para protegerse, incluso antes de la publicación oficial. O a la inversa, si a partir de cierta fecha una actividad específica va a ser ilegal, entonces los agentes económicos de manera masiva realizarán dicha actividad mientras aún sea ilegal, con riesgos de colapsar el sistema económico y social. Un ejemplo de ello fue el uso de mascarillas durante la pandemia COVID-19 así como los descalces en abastecimiento que sufrió el sector alimentos o la polémica medida de libertad de circulación alternada entre hombre y mujeres. Con mayor razón entonces el “hacedor de política” o “hacedor de leyes” —*Policy Maker*,

Law Maker— debe tener claro que no importa lo que piense respecto al aspecto que desea regular, sino lo que los agentes económicos piensen. ¿Y quiénes son esos agentes? Son todas las demás personas, denominadas “familias” —*households*— o “empresas” —*firms*— así como el Poder Ejecutivo —*Government*— quienes son los principales protagonistas de los modelos económicos —econométricos— más modernos, los modelos Dinámicos Estocásticos de Equilibrio General —*DSGE*—, con el uso de técnicas *Bayesianas* de creencias actualizables.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

El AED más cercano a los 5 pilares está más presente entre los economistas que entre los abogados, ya que el paradigma de la dicotomía “letras” o “números” aún se encuentra vigente. Sin autodenominarse analistas económicos del Derecho —aunque sí economistas institucionales—, los economistas aplican sus modelos económicos teóricos y empíricos en problemas de “regulación”, genéricamente denominados *Law and Economics*. Los logros de Becker, Calabresi, Coase, Hayek o Posner han servido mucho para despertar del sueño de que el Derecho y la Economía se encuentran separados. ¡Nada más falso! Pero existen muchos retos aún. En esta era post-Covid es necesario que tanto economistas como abogados se acerquen a los 5 pilares del AED, a saber, narrativa —jurídico-económica—, diagrama de causalidad, ecuación matemática, gráfico y datos —recolección y análisis—. Y el poder de los abogados está en la aplicación, integración e interpretación —sistemática, sobre todo— de las fuentes del Derecho más allá de la Ley, un poder que los economistas no tienen, un poder que al ser incluido en modelos económico-matemáticos sería muy superior a sus predecesores. El AED cuantitativo puede ser ajeno a cualquier ideología, pues el modelador o la modeladora quien puede determinar que es cierto o no en entornos jurídico-económicos que sean capaces de crear y compararlos, para bien o para mal, con la realidad que le rodea.

14. The Economist, “Trouble at the lab”, *The Economist*. Acceso el 18 de abril de 2022, <https://www.economist.com/briefing/2013/10/18/trouble-at-the-lab>



www.revistaadvocatus.com



consejo@revistaadvocatus.com



ADVOCATUS



@revistaadvocatus



Revista ADVOCATUS

Blog jurídico AGNITIO



www.agnitio.pe



equipoagnitio@agnitio.pe



Agnitio



@agnitiope



AGNITIO



Blog Jurídico Agnitio



@agnitiope



Aspectos legales de la tecnología *Blockchain*



ALEJANDRO RAFAEL MORALES CÁCERES

Abogado por la Universidad de Lima.
Máster en Derecho de las TIC, Redes Sociales y Propiedad
Intelectual (IT+IP) por ESADE Business School.
Profesor de Derecho Comercial y de Derecho y Tecnología en la
Universidad de Lima.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Aproximación al concepto de *Blockchain*.
- III. *Blockchain* como especie de la tecnología del registro distribuido.
- IV. Cómo funciona *Blockchain*.
 1. Wallet.
 2. Nodos.
 3. Minería.
 4. Bloques.
- V. Características de una *Blockchain*.
- VI. Tipos de *Blockchain*.
 1. Blockchain públicas.
 2. Blockchain privadas.
 3. Blockchain híbridas.
- VII. Criptomonedas.
- VIII. *Smart contracts*.
 1. ¿Qué ocurre con aquellos contratos que necesitan de una formalidad específica?
 2. ¿Cómo se firma un *smart contract*?
 3. ¿Qué ocurre si el *smart contract* tiene ciertos vicios e irregularidades?
 4. ¿Qué cláusulas se deberían considerar a la hora de programar el *smart contract*?
- IX. Concepto de tokenización de activos.
- X. Decentralized Autonomous Organizations — DAOs.
- XI. Reflexiones finales.



RESUMEN:

La *Blockchain* ha irrumpido en años recientes como una tecnología que promete revolucionar la forma como llevan a cabo las transacciones a nivel global. En tal sentido, por medio del presente artículo el autor realiza una aproximación sobre lo que es la *Blockchain*, cómo esta es un medio que ha favorecido el auge de las criptomonedas —que no requieren de un banco intermediario para efectuar pagos a través de internet—, la aparición de los *smart contracts* que operan automáticamente para regular los negocios efectuados por medios virtuales, pasando por explicar en qué consiste la tokenización de activos —tangibles o intangibles— para su posterior comercialización empleando la *Blockchain*, así como reflexionando sobre la incorporación de estas innovaciones en el ordenamiento jurídico nacional.

Palabras clave: *Blockchain*, criptomonedas, tokenización de activos, *smart contracts*, *Decentralized Autonomous Organizations* — DAOs.

ABSTRACT:

The Blockchain has emerged in recent years as a technology that promises to revolutionize the way transactions are carried out globally, in this sense, through this article the author provides an approach about what the Blockchain is, how it is a means that has facilitated the rise of cryptocurrencies —which do not require an intermediary bank to make payments over the internet—, the advent of smart contracts that operate automatically to regulate business carried out through virtual means, going through explaining what is the tokenization of assets —tangible or intangible— for their subsequent commercialization using the Blockchain, as well as reflecting on the incorporation of these innovations into the national legal system..

Keywords: Blockchain, cryptocurrencies, asset tokenization, smart contracts, Decentralized Autonomous Organizations — DAOs.

"Blockchain es la tecnología. Bitcoin es simplemente la primera manifestación convencional de su potencial".

Marc Kenigsberg

I. INTRODUCCIÓN

La tecnología *blockchain* comienza a volverse famosa desde el año 2008, a partir de la publicación del *White Paper Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, publicado por una persona o un grupo de personas con el seudónimo Satoshi Nakamoto. Así, el origen de esta tecnología, sin duda, se encuentra vinculada a *Bitcoin*; sin embargo, el concepto de la tecnología *blockchain* puede remontarse a inicios de la década de 1990, cuando los científicos de

investigación Stuart Haber y W. Scott Stornetta introdujeron una solución computacionalmente práctica para "sellar temporalmente" —"timestamping"— documentos digitales a fin de que no pudieran ser alterados o manipulados.

El Foro Económico Mundial afirma que para el año 2027 el 10% del Producto Bruto Global estará almacenado en *blockchains*¹ y según GARTNER será un mercado de servicios de un valor aproximado de 3.1 billones de dólares en 2030². Para ponerlo en términos relativos, este monto equivale a 15 veces el PBI peruano. Es innegable que un desarrollo tecnológico tan importante no debe desarrollarse sin un marco jurídico apropiado que brinde seguridad jurídica a todos los agentes del mercado.

1. World Economic Forum, *Deep Shift: Technology Tipping Points and Social Impact*, (2015), acceso el 5 de mayo de 2020 en https://www3.weforum.org/docs/WEF_GAC15_Technological_Tipping_Points_report_2015.pdf y Thibault Schrepel, *Libra: a concentrate of "Blockchain Antitrust"*, publicado en *Michigan Law Review* (online), Abril de 2020, disponible para descarga el 16/04/2020 en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3574684, p. 160.
2. Confr. Gartner, Inc., *The real business of blockchain*, escrito por David Furlonger y Christophe Uzureau, y publicado en 2019 por Harvard Business Review Press, p. 3, Recuperado de: <https://www.gartner.com/en/publications/thereal-business-of-blockchain>.

El principal potencial revolucionario y transformador de la tecnología *blockchain* radica en la capacidad de transferir valor. Con la creación de la red Bitcoin se hizo posible por primera vez el intercambio de valor directamente entre partes desconocidas —*peer-to-peer*—, sin intermediarios y de forma estrictamente digital. Hasta entonces, internet había hecho posible el intercambio digital de datos.

Sin embargo, este protocolo TCP/IP resultaba insuficiente para la transferencia de valor, que siempre había necesitado de un complejo entramado de terceros de confianza para tener lugar. Pensemos por ejemplo que, hasta la creación de la red Bitcoin, los pagos solo habían sido posibles gracias a un sistema en el que participan distintos intervinientes con el objeto de dar seguridad al intercambio. El protocolo Bitcoin creó una unidad de cuenta —el bitcoin— o moneda digital que podía ser intercambiada de forma prácticamente automática por las partes intervinientes en el sistema sin necesidad de bancos, sistemas de compensación y liquidación y otros terceros que dieran seguridad a esas transacciones.

En esta línea, así como el internet significó un cambio fundamental en relación con la accesibilidad y la forma en la que compartimos, la tecnología *blockchain* permite revolucionar y cambiar trascendentalmente la forma en la que se realizan transacciones entre individuos, empresas o incluso máquinas. No debemos perder de vista que uno de los grandes beneficios que trae consigo la tecnología *blockchain* es que permite disponer de un sistema que garantice la absoluta transparencia³.

En este contexto, la tecnología *blockchain* aparece como una fuerza que empuja hacia la próxima generación de Internet, a la que algunos denominan “Web3”. La *blockchain*

reinventa la forma en la que los datos son almacenados y gestionados en Internet, proporcionando un único conjunto de datos —una capa de estado universal— que es colectivamente administrado por todos los nodos de la red. Esta capa de estado único, por primera vez, provee una capa nativa para intercambios de valor para la Internet que no requiere intermediarios. Permite genuinas transacciones entre pares —*peer-to-peer*—.

Teniendo en cuenta lo expuesto, el objetivo principal del artículo es aproximar al lector al concepto, funcionamiento y características de la tecnología *blockchain*, así como desarrollar los principales aspectos legales que los abogados debemos de considerar. Lamentablemente, es muy probable que aquí no se encontrarán todas las respuestas relacionadas a las dudas e inquietudes generadas por la disrupción de la tecnología *blockchain*. Es más, es altamente probable que se generen más preguntas en torno a este tema; sin embargo, es nuestra intención que este artículo pueda ser su “punto de partida” en esta aventura llamada *blockchain*.

II. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE BLOCKCHAIN

La “Blockchain” o “cadena de bloques” es una base de datos, o un libro de contabilidad público mundial distribuida en una red descentralizada, en el que se anotan todo tipo de operaciones utilizando la criptografía⁴. Una *blockchain* es una base de datos distribuida que registra bloques de información y los entrelaza para facilitar la recuperación de dicha información y la verificación de que esta no ha sufrido cambios. En otras palabras, la tecnología “Blockchain” funciona igual que un libro mayor de contabilidad, pero, en este caso, los apuntes son públicos y descentralizados. Asimismo, esta cadena

3. Alvarado, María del Carmen, y Daniela Supo. “Blockchain y propiedad intelectual: aplicando una tecnología innovadora en la gestión de derechos intangibles.” *Themis* 79, (2021): 346. <https://doi.org/10.18800/themis.202101.019>

4. Carrascosa, Cristina. “¿Qué es Blockchain y por qué va a cambiar (casi) todo?” ECIJA. ECIJA, 27 de septiembre de 2016. <https://ecija.com/blockchain-va-cambiar-todo/>

de bloques está diseñada exclusivamente para evitar su alteración una vez que los datos han sido publicados.

Don Tapscott, escritor del libro denominado "La Revolución del Blockchain" la define como:

"Un libro mayor o una gran base de datos distribuida globalmente, que opera en millones de dispositivos y se encuentra abierta a cualquier persona, donde no sólo la información es almacenada y gestionada de forma segura y privada, sino cualquier cosa de valor como el dinero, los títulos, los actos, las identidades, incluso los votos podrán ser administradas de esta manera. La confianza se establece a través de la colaboración masiva y criptografía inteligente en lugar de utilizar intermediarios poderosos como los gobiernos y los bancos⁵".

Ilustramos dicha operativa a través del símil que recoge Feliu Rey⁶:

"Imaginemos una mesa de reuniones alrededor de la cual se sienta un número significativo de personas. Cada una de estas personas —ordenadores o nodos conectados— tiene un libro de registro en blanco donde realiza anotaciones —sistema descentralizado—. La primera anotación, sigamos con el ejemplo, es que A tiene 50 acciones y se las quiere transmitir a B. Primero se verifica que A tiene 50 acciones que puede transmitir —bloque con información—, y se comprueba que todos los miembros de la mesa están de acuerdo con esta anotación inicial —sistema de verificación por consenso descentralizado—. Luego se transmite a B. Como todos tienen en su libro que A es el titular y las puede transmitir, proceden a anotar la transmisión a B. Si A quiere volver a transmitir esas acciones, no podría porque ya no consta en el registro

como titular y los miembros de la mesa al verificar tal información rechazarían la anotación, por lo que no permitirían esa transacción. En ese sentido, sólo B podría transmitir las acciones ulteriormente. Intentar una alteración de los registros, aunque no es imposible, exigiría un consenso de todos los miembros de la mesa y una modificación en todos los nodos de cadenas de bloques que recogen un tracto sucesivo, lo que resultaría, sin duda, altamente improbable."

La tecnología *blockchain* es el tipo de protocolo que hace posible mantener una base de datos única pero distribuida o simultáneamente copiada en los respectivos ordenadores de los participantes de una red —nodos— de manera fiable. Esto da a cada parte acceso directo a los registros de su interés, eliminando la necesidad de intermediarios. El mantenimiento o gestión de esa base de datos se desarrolla de forma descentralizada a través de mecanismos de consenso. Además, el uso de criptografía hace posible atribuir cada uno de los registros de esa base de datos a una de las partes intervinientes, ofreciendo, a la vez, garantía de integridad del contenido.

Blockchain es una tecnología que permite la transferencia de información de una forma completamente segura gracias a la criptografía asimétrica. Se suele comparar con un libro de contabilidad de una compañía en donde están registradas todas las entradas y salidas de dinero. En este caso, lo que se registran son todos los acontecimientos digitales. Lo revolucionario es que se reemplaza al intermediario, quien actúa como tercero de confianza, por una red distribuida de nodos independientes que registran y validan los datos de la transacción. Así, una vez que la información es introducida no podrá ser borrada, solo se podrán añadir nuevos registros. Además, no será legitimada a menos que

5. Tapscott, Alex, y Tapscott, Don. 2016. *Blockchain Revolution: How the Technology Behind Bitcoin Is Changing Money, Business and the World*. 1ra ed. Editorial Penguin Random House.
6. Feliu, Jorge. "Smart Contract: Concepto, Ecosistema Y Principales Cuestiones De Derecho Privado." *La Ley Mercantil* 47, (2018): 11, 12.

la mayoría de ellos se pongan de acuerdo para hacerlo. Básicamente, la tecnología *blockchain*, elimina a los intermediarios, descentralizando toda la gestión.

En buena cuenta se trata de una innovación en el diseño de bases de datos digitales que hace posible llevar a cabo una contabilidad fiable de activos digitales. Como bien señaló DE LA MATA MUÑOZ, en el programa de *Blockchain Compliance* de *Blockchain Intelligence* de Madrid, el elemento innovador se encuentra en la visión inteligente de combinar distintas tecnologías ya conocidas desde hacía incluso décadas: 1) registros digitales —*databases*—, 2) redes distribuidas y 3) criptografía. Es la alquimia de esos tres elementos tecnológicos la que hace posible la magia de *blockchain*.

De esta manera, se consigue de forma distribuida eliminar al tercero de confianza quien era el encargado de llevar a cabo el registro de todas las transacciones. En buena cuenta, lo que se busca es que, en vez de confiar en una persona, confiemos en todas. A modo de ejemplo, supongamos que una nave alienígena aterriza en plena Plaza de Armas de Lima y de allí salen dos extraterrestres que saludan al público terrestre para luego regresarse a su planeta de origen. Una vez sucedido este impresionante acontecimiento, se coloca un detector de mentira al 100% de personas que fueron testigos de dicho suceso y se registra aquello que han visto. Todos cuentan la misma historia, con los mismos detalles, despejando así las dudas y comprobando, sin margen de error, que este evento sucedió. La tecnología *blockchain* pretende ser este "detector de mentiras" que compruebe la autenticidad de los hechos a través de diferentes "nodos" que cumplen el rol de estos testigos. Esta tecnología es una forma de verificación y validación

de la información, amparándose en el principio de veracidad de la información, empleando la criptografía.

En ese sentido, la tecnología *blockchain* representa el siguiente paso en la economía *peer-to-peer*. Al combinar redes *peer-to-peer*, algoritmos criptográficos, almacenamiento de datos distribuidos y mecanismos de consenso descentralizados, proporciona una forma para que las personas se pongan de acuerdo sobre un determinado estado de cosas y registrar ese acuerdo de manera segura y verificable⁷.

III. BLOCKCHAIN COMO ESPECIE DE LA TECNOLOGÍA DEL REGISTRO DISTRIBUIDO

Desde hace mucho tiempo atrás, las empresas e instituciones han utilizado libros para crear y mantener, mediante asientos y anotaciones, registros de transacciones o movimientos. Los titulares de esos libros —Administraciones públicas, bancos, empresas, etc.— concentran, así, información relevante y están en posición de consultarla. En consecuencia, pueden actuar como intermediarios cuando otros agentes interesados precisan de tal información para realizar transacciones, pero, por no ser pública o por necesitar ser validada, no pueden de otra forma conocer o utilizar⁸.

Así las cosas, el titular o garante de la información se convierte en una *autoridad central*, en un intermediario en quien todos los usuarios confían, que tiene un control total sobre el sistema e interviene en todas las transacciones. No debemos equiparar esta *autoridad central* a una *autoridad pública* ni a una entidad de crédito u otro tipo de entidad regulada en particular. Se trata, simplemente, del término que se emplea en los trabajos sobre esta tecnología para identificar al poseedor de la información en el

7. Wright, Aaron y De Filippi, Primavera, *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*. Social Science Research Network, (2015): 4, 5. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2580664>

8. Boucher, Philip. "How Blockchain Technology Could Change Our Lives." European Parliament. European Parliament, 20 de febrero de 2017. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/581948/EPRS_IDA\(2017\)581948_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/581948/EPRS_IDA(2017)581948_EN.pdf)

sistema tradicional basado en la confianza, el sistema centralizado⁹.

Pues bien, tal como mencionamos anteriormente, la tecnología *blockchain* se presenta como una solución al problema de tener que depositar toda la confianza en una entidad central. Esta tecnología resuelve el problema mediante un protocolo informático de código abierto permite llevar el registro en una base de datos de forma descentralizada y distribuida, sin necesidad, así, de contar siempre y en todo caso con una autoridad central, que actúe como garante de su corrección y como intermediaria en las transacciones realizadas sobre su base.

Al respecto, debemos señalar que la tecnología *blockchain* es un tipo de *distributed ledger technology* o DLT —tecnología de red o registro distribuido—. Una DLT, en esencia, es una base de datos que gestionan varios participantes y no está centralizada. No existe una autoridad central que ejerza de árbitro y verificador. Lo que se busca con esta figura es que el registro, al ser distribuido, aumenta la transparencia, dificultando, así, cualquier tipo de fraude o manipulación. Por tanto, el sistema es más complicado de *hackear* o corromper.

La tecnología DLT permite a los usuarios grabar y almacenar permanente, simultánea y públicamente los datos introducidos en un programa que comparte un colectivo de personas en distintas máquinas telemáticas o servidores informáticos llamados nodos. Esa colectividad da nombre al sistema de almacenamiento, que se conoce como registro distribuido —*distributed ledger*— debido a la existencia y dispersión de los nodos, y, en ocasiones, como registro descentralizado en el sentido de que no existe una entidad registradora central¹⁰.

En ese sentido, la DLT es una tecnología digital “de registros”, porque, por una parte, quienes operan lo hacen en un espacio de internet que es registral en la medida en que en el se apuntan o anotan datos que, por el hecho de su constancia material, quedan grabados o registrados pudiéndose recuperar posteriormente; y, por otra parte, porque tales anotaciones podrían componer un registro en el sentido jurídico del término, es decir, un espacio donde las transacciones u operaciones que apuntan los sujetos se guardan con finalidades jurídicas de confrontación o cotejo, al tiempo que de archivo o custodia. Y, asimismo, de constitución o composición de relaciones jurídicas, y, adicionalmente, prueba posterior de tales relaciones o de los datos registrados con la eficacia legal que la Ley o las partes determinen, una vez los datos quedan anotados y se recuperan con dicha finalidad probatoria¹¹.

De otro lado, si bien la tecnología DLT proporciona un sistema de base de datos distribuida, ésta cuenta con una característica diferencial de las bases de datos distribuidas tradicionales: En una DLT no existe una relación de confianza entre los nodos. Para la introducción de nuevos datos en la base y su distribución entre los nodos, existe un mecanismo de verificación colectiva de las nuevas operaciones que se producen en el sistema, para lograr la validación de la transacción, se requiere el consenso de la mayoría de ellos.

En otras palabras, en una red DLT, pueden existir intereses absolutamente contrapuestos entre los nodos que conforman el sistema y para garantizar la coherencia del conjunto y evitar el fraude en las nuevas transacciones que se introducen al sistema y su distribución entre los nodos, necesariamente se implementa un mecanismo de verificación colectiva de cada nueva operación susceptible de registrarse en

9. Porxas, Nuria, y María Conejero. "Tecnología Blockchain: funcionamiento, aplicaciones y retos jurídicos relacionados." *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 48, (2018): 24-36. <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5799/documento/art02.pdf?id=7875>

10. Ibáñez, Javier. 2018. *Blockchain: primeras cuestiones en el ordenamiento español*. 1ra ed. Editorial Dykinson, 15.

11. Ibáñez, *Blockchain: primeras cuestiones en el ordenamiento español*, 16.

el sistema. Es decir, debe lograrse el consenso de la mayoría de los nodos que conforman el sistema, para que se introduzcan nuevos datos en la base de datos. Logrado este consenso sobre una nueva operación, el registro distribuido que comparten todos los nodos, se actualizará y guardará en cada uno de ellos, en cada uno de los ordenadores de estos nodos. Es decir, en cada nodo —computadora— de la red se guardará y se almacenará una copia idéntica del registro que conforma la base de datos.

En consecuencia, la tecnología DLT puede definirse como un conjunto de medios técnicos que posibilitan la implementación práctica de una base de datos digital, de naturaleza distribuida, fundamentada en el necesario mantenimiento de un consenso de los nodos del sistema sobre el estado y evolución de los datos compartidos. Asimismo, es importante señalar que la tecnología DLT emplea de forma combinada tres conocidas tecnologías:

- a) Redes *Peer-to-Peer* — p2p: En un sistema DLT, los datos se distribuyen a través de redes p2p, también conocida como redes entre iguales. La tecnología p2p, que se plasma en redes dinámicas de ordenadores interconectados y que posibilitan el intercambio directo de información entre los ordenadores conectados a través de la *Word Wide Web*, sin necesidad de un servidor centralizado que redistribuya los datos, ni clientes fijos. Para dicho intercambio de información, no es necesaria la existencia de un servidor centralizado que redistribuya los datos, ni es necesaria la existencia de clientes fijos, simplemente se transmite de usuarios a usuarios. En un sistema de tecnología de registros distribuidos, los datos se distribuyen a través de dichas redes p2p.
- b) Criptografía asimétrica: Es un método de criptografía que permite una conexión segura entre dos partes a través de la aplicación de un algoritmo de cifrado digital con el objetivo de autenticarse y cifrar y descifrar la información que quieren transmitirse de forma confidencial. Este sistema consiste en la utilización de una fórmula

matemática muy compleja para crear un par de claves. Esta primera clave es la clave privada. La clave privada es de uso exclusivo para el creador del par de claves, y sirve para cifrar y descifrar mensajes de forma completamente segura. La segunda clave es la llamada clave pública. Esta es una clave que el creador puede entregar a terceras personas. La clave pública se crea a partir de la clave privada, pero el proceso inverso es imposible. De esta forma, el creador de las claves puede compartir esta clave pública con terceras personas, y gracias a ella estas personas puedan enviarle información cifrada que solo será accesible usando la clave privada del creador.

- c) Algoritmos de consenso: El algoritmo de consenso, el cual consistente en un complejo algoritmo matemático, es el sistema de organización de una determinada red DLT para que sus nodos logren el consenso distribuido. Existen diferentes tipos de algoritmos de consenso, siendo el más popular el denominado *Proof of Work* — *PoW*. Cabe recordar que, la piedra angular de la tecnología de registros distribuidos es el consenso distribuido, que es la capacidad de una red de nodos de garantizar el estado común del registro, garantizando que dicho registro está integrado por transacciones válidas, que si bien se encuentran interconectados entre ellos no existe relación de confianza alguna.

Tal como se puede apreciar, la tecnología *blockchain* es un tipo de tecnología DLT. Puede señalarse entonces, que los registros en la *blockchain* se guardan en una consecución de bloques —por eso se llama “cadena de bloques”—. Las operaciones que suceden en la red se organizan en bloques de información vinculados entre sí mediante métodos criptográficos formando cadenas de dichos bloques, sin posibilidad de ser modificados con posterioridad —inalterables—. Un sistema DLT no necesariamente se estructurará en cadenas de bloques ni utilizará este tipo de estructura para garantizar un estado común fiable del registro y un consenso distribuido válido de los nodos.

IV. CÓMO FUNCIONA BLOCKCHAIN

La tecnología *blockchain* es una gran base de datos digital que se encuentra descentralizada en una red *peer-to-peer*. Desde un punto de vista funcional, el sistema permite que partes que no confían unas en otras puedan mantener consenso sobre la existencia, estado y evolución de una serie de factores compartidos. De otro lado, desde un punto de vista técnico, es una red global de ordenadores que gestionan una gigantesca base de datos abierta al público sin la necesidad de que haya ninguna entidad central.

A modo de ejemplo, podemos graficar el funcionamiento de una *blockchain* de la siguiente manera: Pensemos en una hoja Excel con dos columnas donde en una columna colocamos un identificador —ejemplo “abc”— y en la otra un número —ejemplo “22”—. Es decir “abc” le corresponden “22”. Ahora imaginemos que esa hoja Excel pudiera estar duplicado en miles de ordenadores, con la seguridad de que nadie lo puede alterar maliciosamente pero cuando legítimamente se deba modificar algo, en cuestión de segundos, todos se sincronizan para registrar el cambio. Aunque uno de los miles de ordenadores desapareciese de la red no pasaría nada. Esto es lo que consigue la tecnología *blockchain* y aunque su “magia” es mucho más compleja y compuesta de más piezas como la criptografía, en esencia eso es lo que busca: un registro distribuido resistente y seguro en donde los miles de usuarios que participan en la red reemplacen a una autoridad central, quien validaba las transacciones.

Gartner¹² define a la *blockchain* como un mecanismo digital para crear un libro de registros digital y distribuido, en el cual dos o más participantes integrantes de una red *peer-to-peer* pueden intercambiar información y activos de

manera directa, sin intermediarios. La *blockchain* autentica a los participantes, valida que éstos tengan los activos sobre los que quieren tranzar, y registra los intercambios en dicho libro de registros digital, del cual todos los participantes tienen una copia actualizada y cuyos asientos o registros, que no son modificables, son cronológicamente organizados y empaquetados en bloques, encriptados, y vinculados unos a otros.

Para efectos del presente artículo, resulta importante desarrollar en forma general algunos conceptos técnicos de la tecnología *blockchain* a efectos de entender su funcionamiento. Para ello es necesario entender cuáles son los pasos que se deben tomar para realizar una transacción en una *blockchain*. En general, la secuencia de pasos en la *blockchain* de Bitcoin es la siguiente¹³:

- a) Una persona desea realizar una transacción. Para ello requiere de una *wallet* y a su vez necesita conocer la clave pública de la otra persona con la que quiere realizar la operación en la *blockchain*.
- b) Esta transacción se envía a una red *peer-to-peer* compuesto por todas las computadoras que participan en la red de la *blockchain* específica. A estas computadoras son las que se conocen como nodos.
- c) La red de nodos verifica que la transacción esté firmada y a su vez el usuario disponga de recursos necesarios para poder realizarla. Dependiendo de los parámetros de la red, la transacción se verifica instantáneamente o se transcribe en un registro seguro y se ubica en una fila de transacciones pendientes. En este caso, los nodos determinan si la transacción es válida basándose en un conjunto de reglas que la red ha acordado.

12. Confr. Gartner, Inc., The real business of blockchain, escrito por David Furlonger y Christophe Uzureau, y publicado en 2019 por Harvard Business Review Press, p.10.

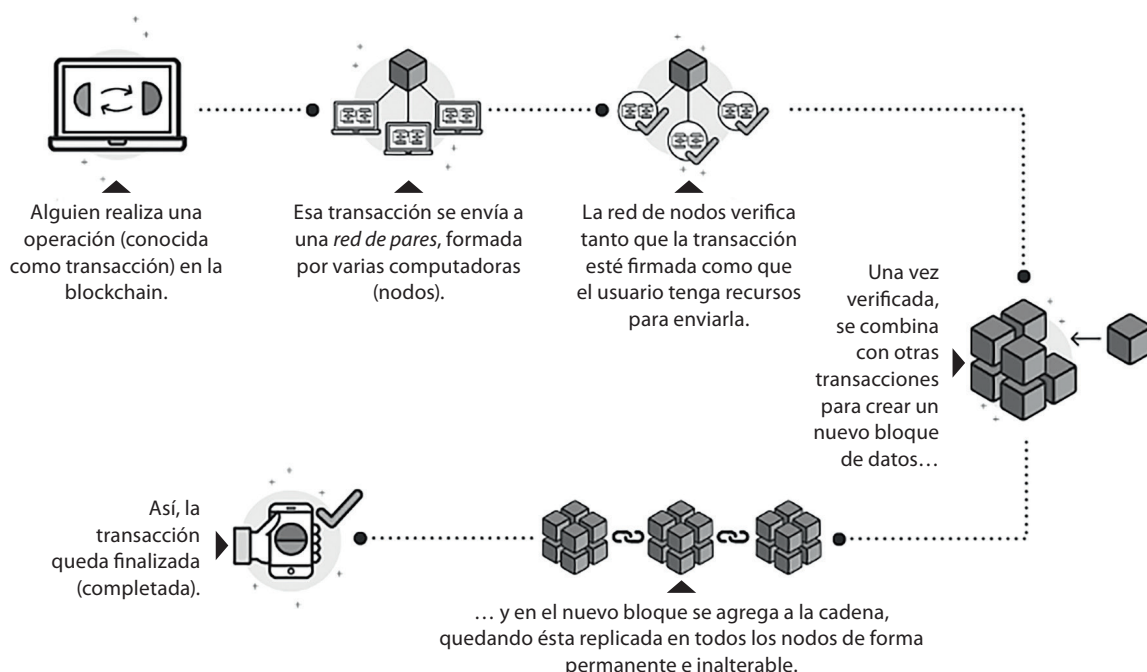
13. Es importante mencionar que la secuencia de pasos de una transacción va a cambiar dependiendo de la *blockchain*. Esta secuencia varía si es que hablamos de un token, ya que en ese caso no se requiere de la dirección del destinatario, sino la dirección del *smart contract*.

do. En otras palabras, los nodos verifican la transacción tomando en consideración algunas reglas de validación establecidas por los creadores de la *blockchain* específica.

- d) Las transacciones validadas se almacenan en un bloque y se sellan digitalmente con un hash. Cabe señalar que cada bloque está identificado por un *hash* creado mediante un algoritmo acordado por la red. Un bloque contiene un encabezado, una referencia al hash del bloque anterior y un grupo de transacciones. La secuencia de *hash* vinculados crea una cadena segura e interdependiente.
- e) Los bloques deben ser validados primero para ser añadidos a la cadena de bloques. La forma de validación más aceptada para

las cadenas de bloques de código abierto es a través de un protocolo de consenso denominado "*Proof of Work*", que, en términos simples, es dar solución a un rompecabezas matemático derivado del encabezado del bloque. Los mineros intentan "resolver" el bloque haciendo cambios que incrementan en una variable hasta que la solución satisface el objetivo de toda la red.

- f) Cuando un bloque es validado, los mineros que resolvieron el rompecabezas son recompensados y el bloque se distribuye a través de la red. Cada nodo añade a su registro el bloque a la cadena mayoritaria, volviéndose inmutable y auditable. Ahora la transacción forma parte de la cadena de bloques y no puede ser alterada de ninguna manera.



Fuente: Imagen recuperada del Sitio Web de Blockchain Federal Argentina

Para comprender esta secuencia en una transacción en *blockchain* es indispensable comprender los siguientes conceptos:

1. Wallet.

Las transacciones se realizan desde las *wallets*. Una *wallet* es una interfaz que permite conec-

tarte con tu "cuenta" en *blockchain*. En otras palabras, una *wallet* es una herramienta que uno utiliza para interactuar con una red *blockchain*, a través de las cuales los usuarios almacenan y gestionan sus criptomonedas. Una *wallet*, al igual que la billetera que tenemos en nuestros bolsillos, se utiliza principalmente para tener acceso a los criptoactivos. Sin embargo, a di-

ferencia de su homólogo tradicional, también permite realizar transacciones, como una aplicación de banca por internet. En ese sentido, se denomina *wallet* porque al igual que sucede con el dinero, la moneda es con lo que pagas y la cartera es donde las guardas.

A efectos de graficar mejor una *wallet*, realizaremos el símil con un banco y su aplicación. Cuando uno decide abrir una cuenta bancaria, si no cuenta con una aplicación no podrá visualizar su saldo en tiempo real. Es por ello que el usuario descarga la *app*, inicia sesión con su número de usuario, contraseña y demás credenciales a fin de ver con cuánto dinero dispone. En buena cuenta, la aplicación es una interfaz que permite visualizar el saldo que uno tiene en su cuenta bancaria. En la tecnología *blockchain*, ocurre algo similar. Si uno desea realizar transacciones necesita crearse una cuenta; sin embargo, para poder leer de forma simplificada lo que se encuentra en una *blockchain*, se requiere de una *wallet* en donde uno podrá consultar el saldo de sus criptoactivos, permitiendo que el usuario pueda consultar su saldo, realizar transacciones entre distintas redes y firmar sus propias transacciones, evitando así la participación de intermediarios, como ocurre en el sistema financiero tradicional.

Las *wallets* utilizan mecanismos criptográficos de seguridad para firmar, acceder y cifrar las transacciones, los bloques y su encadenado. Esto permite que se puedan efectuar movimientos de valor entre usuarios sin que intervengan terceros en el proceso. Es decir, descentraliza la gestión y ofrece a sus participantes un libro de registro que permanece en el tiempo de manera segura y fiable: la *blockchain*.

Contrario a lo que se cree, las *wallets* no almacenan realmente activos digitales. En cambio,

proporcionan las herramientas necesarias para interactuar con una *blockchain*, ya que están conformadas por una clave pública y una clave privada¹⁴. La clave pública está compuesta por una dirección de números y letras. Como su nombre indica es pública por lo cual puede ser compartida con otros usuarios. Asimismo, es de suma importancia la clave privada, la cual está integrada por una serie de números generados criptográficamente. Lo que permite confirmar las transacciones de salida y movilizar los fondos exclusivamente por el propietario. En conclusión, en la *wallet* ambas claves están relacionadas, ya que la pública se genera siempre a partir de la privada.

En buena cuenta, una clave pública será como entregar el número de cuenta de un banco, mientras que la clave privada es el pin y contraseña que el titular de la cuenta utiliza para acceder y gestionar su cuenta. Es en este punto donde radica la importancia del cuidado de las claves privadas, ya que quien tenga acceso a la *wallet* tendrá el control absoluto de la cuenta. Por lo tanto, si alguien obtiene acceso a las claves privadas, tendrá acceso a las criptomonedas que se encuentran en la *blockchain* y podrá disponer de ellas. Como bien señaló Andreas M. Antonopoulos, autor del libro *Mastering Bitcoin: Unlocking Digital Cryptocurrencies*:

“La clave privada debe permanecer secreta en todo momento porque revelarla a terceros equivale a darles control sobre los bitcoins asegurados por esa clave. También se debe hacer una copia de seguridad de la clave privada y protegerla de pérdidas accidentales, porque si se pierde no se puede recuperar y los fondos asegurados por ella también se pierden para siempre”.

En resumen, tal como lo comenta Heredia Querro, es importante entender que una *wallet* no

14. Para entender mejor el concepto de claves públicas y privadas, utilizaremos el siguiente ejemplo. Pensemos en un buzón de correo que se utiliza para recibir cartas físicas. Para que alguien pueda enviar una carta al buzón de correo, tiene que saber la dirección y número del dueño del buzón. Y el dueño, a su vez, debe de tener una llave para abrir el buzón y recoger sus pertenencias. Del mismo modo, al igual que cualquier persona puede saber cuál es la dirección de la casa al que le están enviando las cartas, cualquier persona puede conocer cuál es la clave pública para enviar criptoactivos. Y para acceder a esos criptoactivos, el titular de la cuenta necesitará su clave privada.

funciona como una billetera en el sentido tradicional y *off-chain*. En efecto, la *wallet* per se no contiene criptomonedas; sólo contiene la/s llave/s pública/s y privada/s de una persona. Cuando una persona envía a otra bitcoins o cualquier otra criptomoneda, lo que en realidad hace es (i) firmar una transferencia “dominial” de dichas monedas a favor de la dirección –llave pública– de una *wallet* de otra persona, y (ii) quien las recibe, para poder gastarlas –i.e., transferirlas nuevamente– debe a su turno ingresar –i.e. firmar– con su llave privada, que está criptográficamente asociada a su llave pública contenida en la *wallet*, la que también le permite ver el saldo de todas sus tenencias.

Por otro lado, es importante mencionar que existen distintos tipos de *wallets*:

- a) *Exchange Wallets*: Este tipo de *wallets* son bastante sencillas y fáciles de configurar, es por ello que son las más populares. Estas *wallets* se hospedan directamente en las plataformas como Binance, Kraken o Coinbase, en donde uno compra sus criptomonedas. En este tipo de *wallet*, son los *Exchanges* quienes suelen custodiar las claves privadas. Una de las ventajas de los *Exchanges* frente a las *cold wallets* es que, en estas últimas, si un usuario pierde la clave privada de su *wallet*, no podrá recuperar el dinero, dado que no existe la posibilidad de reestablecer la clave. En cambio, en un *Exchange*, sí existe la posibilidad de reestablecer la contraseña, sin ningún tipo de problema, y el dinero permanece intacto. Por otro lado, una de las desventajas es que, en un *Exchange*, el usuario no tiene posesión sobre las criptomonedas, ya que el *Exchange* retiene y administra los fondos en nuestro nombre.
- b) *Hot Wallets*: Una *hot wallet* o billetera caliente es cualquier *wallet* que está conectada a Internet. Generalmente, es un software de descarga gratuita para el ordenador o smartphone. En el caso de las *hot wallets* para teléfonos celulares, éstas resultan

muy cómodas, puesto que tienen la opción de recibir y enviar criptomonedas mediante el escaneo de códigos QR. Entre las *hot wallets* más populares encontramos a *Metamask* y a *Trust Wallet*.

- c) *Cold Wallets*: Una *cold wallet* o billetera fría es aquella que no cuenta con conexión a Internet. En su lugar, utilizan un medio físico parecido a un *pen drive* o memoria USB para almacenar las claves fuera del entorno digital, lo que las hace resistentes a los intentos de ciberataques. Este tipo de *wallet* ofrece una enorme ventaja sobre las demás, ya que hacen el rol de una cuenta bancaria de ahorros. Cabe señalar que son las más empleadas por los usuarios para depositar y resguardar grandes cantidades de criptomonedas y, ofrecen un nivel de seguridad insuperable. En ese sentido, es especialmente idóneo para inversores a largo plazo o “*Hodlers*”.

Finalmente, desde un punto de vista más antropológico y social, Gary Vaynerchuck sostiene que las *wallets* van a ser parte de nuestra identidad social. Así como actualmente subimos fotos a Instagram, videos a TikTok, opiniones en Twitter, el siguiente paso será coleccionar NFTs en nuestras *wallets*¹⁵.

2. Nodos.

Un nodo de red es un punto en el que se puede crear, recibir o transmitir un mensaje. Los nodos son la base fundamental de la tecnología *blockchain*. Gracias a estos podemos crear una enorme red de computadores interconectados que comparten información de forma segura, rápida y descentralizada, además de permitirnos disfrutar de todas las bondades que la tecnología *blockchain* puede ofrecernos.

En otras palabras, un nodo es, en general, un punto de conexión físico o virtual donde se puede crear, enviar y recibir toda clase de datos e información. Así, desde el punto de vista de

15. Recuperado de: <https://podclips.com/ct/zScaIR>

la tecnología *blockchain*, los nodos se constituyen por todos aquellos ordenadores que están interconectados a la red de un criptoactivo, ejecutando el software que se encarga de todo su funcionamiento. En tal sentido, un nodo es simplemente un ordenador o servidor que está conectado a una red. Cuando un nodo se conecta a la red por primera vez, descarga una copia completa de la base de datos *blockchain*. Es gracias a esta esencial pieza dentro de la red, que es posible crear transacciones, compartirlas, minarlas, crear y compartir los beneficios de la tecnología *blockchain* a quienes participen de una.

Al sumergirse en el mundo de la tecnología *blockchain*, que están diseñados como sistemas distribuidos, la red de nodos informáticos es lo que hace posible que Bitcoin, por ejemplo, se utilice como una moneda digital descentralizada de igual a igual —P2P— que es resistente a la censura por diseño, y no requiere que un intermediario sea tramitado de un usuario a otro —sin importar cuán distantes estén en el mundo—.

Si bien Bitcoin fue la primera criptomoneda en utilizar una red de nodos para operar de forma descentralizada y autónoma a través de la *blockchain*, ésta no fue la primera en crear o introducir el concepto de nodo de una red P2P, ya que Napster fue la empresa que popularizó este concepto de red distribuida de forma masiva entre los usuarios.

Cabe señalar que cualquier persona que desee unirse y contribuir con la red del sistema Bitcoin, puede hacerlo libremente con tan sólo descargar e instalar el software de Bitcoin Core en su computadora. En el momento en que varios equipos de cómputo comienzan a ejecutar el software de Bitcoin Core del sistema Bitcoin empieza a formarse la red P2P. Cuando un nodo se conecta a la red por primera vez, descarga una copia completa de la base de datos registrada en la *blockchain*. A medida que más nodos se conecten, la base de datos se sincroni-

zará entre ellos. Este proceso se repite con cada nuevo nodo agregado a la red, intercambiando información para que todos funcionen de forma coordinada. Así la *blockchain* de Bitcoin opera como un sistema descentralizado. Esto por lo que los nodos deben compartirse y distribuirse la responsabilidad de crear, almacenar y transmitir la información dentro de la red. No existen niveles ni jerarquías, en la *blockchain* de Bitcoin todos los nodos operan por igual. Una vez conectados, los nodos pueden realizar distintas funciones. Como por ejemplo la retransmisión o almacenamiento de dato o servicio de envío o recepción de operaciones¹⁶.

Al respecto, debemos manifestar que existen distintos tipos de nodos en la red Bitcoin:

- a) **Nodos Completos:** Son aquellos equipos de computación u ordenadores que implementa el cliente de Bitcoin, siendo el más común Bitcoin Core, y almacenan una copia exacta, completa y actualizada, de la *blockchain* de Bitcoin. Los nodos completos son los que hacen cumplir todas las reglas del protocolo Bitcoin y, por tanto, son los que verdaderamente le brindan robustez, seguridad y estabilidad a la red.
- b) **Supernodos:** Un supernodo es un nodo completo que es públicamente visible. Se comunica y proporciona información a cualquier otro nodo que decida establecer una conexión con él. Por lo tanto, un supernodo es básicamente un punto de redistribución que puede actuar como fuente de datos y como puente de comunicación. Un supernodo, generalmente, se ejecuta las 24 horas del día, los 7 días de la semana y tiene varias conexiones establecidas, transmitiendo el historial de la *blockchain* y los datos de las transacciones a múltiples nodos en todo el mundo. Por esa razón, un súper nodo probablemente requerirá más poder de cómputo y una mejor conexión a Internet en comparación con un nodo completo que está oculto.

16. Bit2me Academy. Recuperado de: <https://academy.bit2me.com/que-es-un-nodo/>

- c) **Nodos de minería:** Son aquellos nodos completos que, además de almacenar una copia completa de la *blockchain*, también ejecutan un software de minería.

3. Minería.

La minería es el proceso mediante el cual las transacciones de criptomonedas entre usuarios son verificadas y agregadas a la *blockchain*. Como mencionamos anteriormente, la minería básicamente es el proceso de resolución de un problema matemático mediante recursos computacionales intensivos. La minería de criptomonedas designa el proceso de verificación y validación de transacciones de una *blockchain*. Este es uno de los elementos clave que permite a la *blockchain* funcionar como un libro de registros distribuido, ya que son quienes realizan este trabajo los que verifican y validan las transacciones sin la necesidad de una autoridad central.

Por lo general, quienes diseñan una *blockchain* deben incentivar a aquellos usuarios que van a validar las transacciones a fin de reemplazar al tercero de confianza o autoridad central. Para ello se les otorga un incentivo económico. Como bien señala Javier Ibáñez Jiménez¹⁷:

“Cualquier miembro de la red puede enviar datos para registrarlos si se cumplen las reglas de introducción o validación prefijadas, y cualquier nodo que esté autorizado al efecto puede recuperar datos. Para introducir datos, como se ha avanzado, es ineludible que se sigan las reglas de un protocolo o procedimiento de “minado”, que en esencia consiste en la composición correcta de los pasos necesarios para obtener la encriptación o cifrado de los datos que se persigue introducir en la red. Tal seguimiento, necesariamente, exige un esfuerzo consistente en el uso de aquella capacidad computacional —con el consiguiente gasto eléctrico que comportan, y el coste humano del control de las operaciones, así como la

amortización del equipo informático empleado—, y, por esto, para hacer este uso racional y eficiente, se suele recibir un premio o incentivo económico, que igualmente es fijado y recibido por el “minero” conforme a reglas prefijadas —por ejemplo, recibiendo una moneda virtual a la que la red atribuya por convenio un valor económico—.

Además de incurrir en los costes que acarrea la computación necesaria para encriptar datos, quienes desean realizar transacciones han de resolver un problema matemático, igualmente según las reglas fijadas por los creadores del sistema. Especialmente en redes abiertas, públicas o sin restricciones de uso, es habitual que muchos nodos estén realizando un esfuerzo computacional simultáneo para resolverlo, pero solo algunos lo van consiguiendo. A mayor esfuerzo —y capacidad de computación—, mayor probabilidad hay de encontrar la solución y así cerrar una transacción, esto es, introducir datos en la blockchain”.

Un ejemplo que grafica cómo es que funciona la minería es el siguiente: Imaginemos que el acertijo *hash* establece que quien antes descubre el número del 0 al 1000, se lleva el premio. Los mineros irán lanzando números, hasta encontrar el número que coincida con el acertijo. Durante el proceso se irá preguntando si el número es correcto o no. Quien llegue antes al número correcto, gana el premio o lo que es lo mismo, se lleva la recompensa del bloque¹⁸. Cabe señalar que para resolver el *puzzle* se deben tomar en consideración los protocolos de consenso que detallaremos más adelante. Esto debido a que se necesita el acuerdo de las normas por todos los participantes. Actualmente, los protocolos de consenso más utilizados con el *Proof-of-Work* —POW— y el *Proof-of-Stake*.

Resulta preciso mencionar que la recompensa se genera cada vez que se agrega un nuevo bloque a la cadena. Esta recompensa se con-

17. Ibáñez, *Blockchain: primeras cuestiones en el ordenamiento español*, 16-17.

18. Bit2me Academy. Recuperado de: <https://academy.bit2me.com/que-es-minar-criptomonedas/>

forma de dos partes: Las comisiones que pagan los usuarios participantes de las transacciones que conforman el nuevo bloque añadido y las nuevas criptomonedas puestas en circulación. De allí que resulta tan atractivo para los mineros realizar grandes inversiones en sistemas computacionales con el fin de minar criptomonedas. Actualmente cada minero de Bitcoin recibe 6.25 bitcoins por cada bloque completado. En resumen, la minería hace posible que la blockchain “esté encendida” procesando datos sin tener que depender de un servidor central auspiciado por un intermediario.

4. Bloques.

En relación con ello, un elemento esencial en la *blockchain* son los propios bloques que conforman la cadena y permiten su funcionamiento. Al respecto debemos señalar que cada bloque tiene en su conformación lo siguiente:

- a) **Datos de las transacciones del bloque:** Las operaciones que se realizan para agregar información a una blockchain son denominadas transacciones. Una transacción se da cuando dos partes, “A” y “B” deciden intercambiar una unidad de valor —criptomonedas o token—. Cada transacción es enviada a la red a través de un nodo, y se combina con otras transacciones para conformar un bloque. Cuando ese bloque se agrega a la cadena, la transacción queda incorporada definitivamente y se considera como “completada”. En un concepto básico, una transacción es un envío o transferencia de un valor entre dos partes.

Tal como su nombre lo señala, una parte elemental de la *blockchain* son los propios bloques, los cuales son esenciales en la construcción de la cadena y permiten su funcionamiento. Cada bloque contiene información acerca de eventos que han ocurrido recientemente. Esta información

puede ser de la más variada índole, desde la compra de productos, transferencias de propiedad, registros de propiedad, o cobros de regalías por cualquier concepto.

En otros términos, en una *blockchain* todas y cada una de las transacciones se agrupan en bloques, que no son más que «paquetes» con la información sobre las últimas transacciones realizadas en un determinado periodo de tiempo. Estos bloques se van añadiendo de forma sucesiva al registro en la red a medida que se van formando. Cuando un bloque de información se incorpora a la blockchain, queda irreversiblemente vinculado al bloque aprobado anteriormente, de modo que se encadenan entre ellos, y de ahí que esta tecnología se denomine «cadena de bloques». Esta vinculación entre los bloques es posible gracias a un robusto sistema criptográfico, que convierte las redes blockchain en registros prácticamente inalterables.

- b) **Hash:** El “hashing” alude al proceso de generar un output de extensión fija, a partir de un input de extensión variable. Esto se logra mediante el uso de unas fórmulas matemáticas denominadas funciones *hash* —y que se implementan como algoritmos *hashing*—¹⁹. En ese sentido, un hash es la expresión alfanumérica del empleo digital de determinadas funciones criptográficas de enlace o engarce de datos, aplicadas conforme a las reglas concretas de minado o creación de transacciones propias o específicas de cada *blockchain*. Los hashes, por otra parte, se caracterizan por su necesaria y exclusiva generación automática, desde los nodos de la red, por parte los mineros o autorizadores —a veces llamados validadores— de transacciones²⁰.

Un *hash* es el resultado de una función *hash*, la cual es una operación criptográfica

19. Binance Academy. Recuperado de: <https://academy.binance.com/es/articles/what-is-hashing>

20. Ibáñez, *Blockchain: primeras cuestiones en el ordenamiento español*, 19.

fica que genera identificadores únicos e irrepetibles a partir de una información dada. Los *hashes* son una pieza clave en la tecnología *blockchain* y tiene una amplia utilidad. Estas funciones tienen como objetivo primordial codificar datos para formar una cadena de caracteres única. Todo ello sin importar la cantidad de datos introducidos inicialmente en la función. Estas funciones sirven para asegurar la autenticidad de datos, almacenar de forma segura contraseñas, y la firma de

documento electrónicos.

Un *hash*, en términos prácticos, es la huella digital del contenido que estamos empaquetando. Un *hash* es inalterable porque si cambiamos el contenido, el hash de forma automática cambia. Esto significa que un *input* con contenido distinto producirá un *output* diferente. Para graficarlo, procesaremos las palabras "Binance" y "binance" mediante el algoritmo *hashing* SHA-256 — que es el utilizado por Bitcoin—.

SHA-256	
Input	Output
Binance	f1624fcc63b615ac0e95daf9ab78434ec2e8ffe402144dc631b055f711225191
binance	59bba357145ca539dcd1ac957abc1ec5833319ddcae7f5e8b5da0c36624784b2

Tal como se puede apreciar, un cambio menor —la mayúscula de la primera letra— produce como resultado un valor de *hash* radicalmente distinto. Pero dado que estamos empleando el SHA-256, los *outputs* tendrán siempre una extensión fija de 256 bits —o 64 caracteres—, independientemente del tamaño del *input*. Asimismo, no importará la cantidad de veces que se procesen las dos palabras a través del algoritmo, los dos *outputs* se mantendrán inalterables.

En ese sentido, el *hashing* resulta útil cuando es necesario lidiar con cantidades enormes de información. Por ejemplo, es posible procesar un archivo grande o un conjunto de datos a través de una función hash, y a continuación utilizar su *output* para rápidamente verificar la exactitud e integridad de los datos. Esto es posible debido a la naturaleza determinística de las funciones hash: el *input* producirá siempre un *output* simplificado y condensado —hash—. Dicha técnica elimina la necesidad de almacenar y recordar grandes cantidades de datos. Asimismo, un hash se utiliza

para asegurar la integridad de la información, ya que las alteraciones de los valores son fácilmente detectables.

Por tanto, entre las principales características de las funciones hash, se pueden mencionar las siguientes²¹:

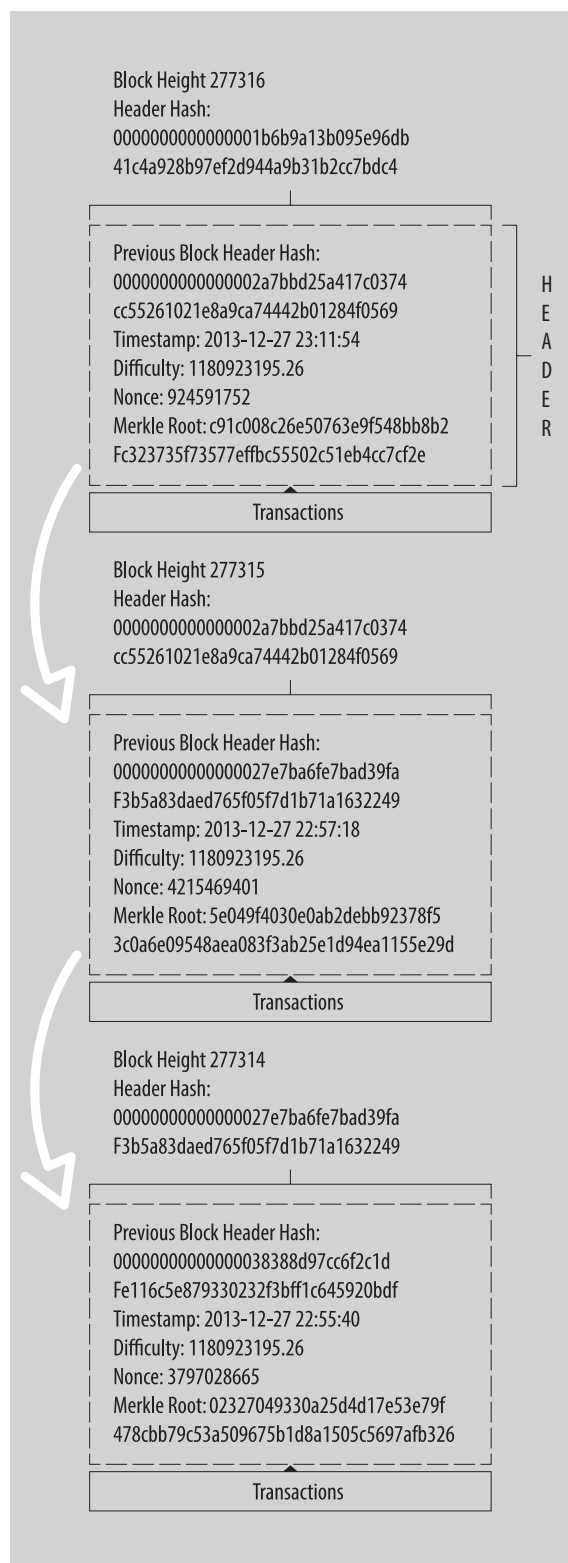
- Son fáciles de calcular. Los algoritmos de *hash* son muy eficientes y no requieren de grandes potencias de cálculo para ejecutarse.
- Es compresible. Esto quiere decir que, sin importar el tamaño de la entrada de datos, el resultado siempre será una cadena de longitud fija. En el caso de SHA-256, la cadena tendrá una longitud de 64 caracteres.
- Funcionamiento tipo avalancha. Cualquier mínimo cambio en la entrada de datos, origina un hash distinto a la entrada de datos original.
- Resistencia débil y fuerte a colisiones. Hace referencia a que es imposible calcular un *hash*, que permita encontrar otro hash igual. Mejores conocidos como preimagen y segunda preima-

21. Bit2me Academy. Recuperado de: <https://academy.bit2me.com/que-es-hash/>

- gen, es el concepto base de la seguridad de los hashes.
- v. Son irreversibles. Tomar un *hash* y obtener los datos que dieron origen al mismo, en la práctica no puede ser posible. Esto es uno de los principios que hacen a los hashes seguros.

En lo que respecta a la conformación de un bloque, debemos señalar que se contempla tanto el *hash* del bloque y el *hash* del bloque anterior. Cada bloque hace referencia a un bloque anterior, conocido como el bloque padre, a través del campo «*hash de bloque anterior*» en la cabecera del bloque. La secuencia de los *hashes* que unen cada bloque a su padre crea una cadena que se remonta hasta el primer bloque jamás creado, conocido como el «*bloque génesis*».

Al tener el *hash de bloque anterior* dentro de la cabecera del bloque, el *hash del bloque anterior* afecta al *hash del bloque actual*. La identidad propia del hijo cambia si la identidad de los padres cambia. Cuando el padre se modifica de alguna manera, los cambios de *hash* de los padres también cambian. Cuando el *hash* del padre cambia requiere un cambio en el puntero *hash de bloque anterior* del hijo. Esto a su vez hace que el *hash* del hijo cambie, lo que requiere un cambio en el puntero del nieto, que a su vez cambia el nieto, y así sucesivamente. Este “*efecto cascada*” asegura que, una vez que un bloque tiene muchas generaciones siguientes, no puede ser cambiado sin forzar un nuevo cálculo de todos los bloques siguientes. Debido a que un nuevo cálculo requeriría una computación enorme, la existencia de una larga cadena de bloques hace que la historia profunda de la cadena de bloques sea inmutable, que es una característica clave de la seguridad de la tecnología *blockchain*²².



22. Recuperado de: <https://aprendeblockchain.wordpress.com/fundamentos-tecnicos-de-blockchain/la-cadena-de-bloques/>

- c) **Timestamp:** El *timestamp* o marca de tiempo es un pequeño dato almacenado en cada bloque a modo de serial único y que tienen como principal función determinar el momento exacto en el que el bloque ha sido minado y validado por la red *blockchain*. Cabe señalar que, estos sellos de tiempo ayudan a la red a determinar cuánto tiempo se lleva en extraer los bloques de un determinado período y de allí se ajusta el parámetro de dificultad de la minería.
- d) **Nonce:** Significa "*number that can be only used once*" o "*número de un solo uso*". En tal sentido, es un número aleatorio único que identifica a cada bloque. La existencia de los números aleatorios o *nonce*, nos resulta de vital en criptografía. Esto se debe a que la generación y utilización de números aleatorios garantiza la seguridad de las funciones criptográficas. Por lo que dicha generación debe ser realmente aleatoria. Es decir, no debe seguir ningún patrón reconocible. Porque en caso contrario, resultaría muy sencillo romper los sistemas criptográficos que mantiene la seguridad de nuestras vidas digitales en la actualidad. En Bitcoin, el *nonce* es usado para generar un *Block ID* o *hash* de bloque en Bitcoin.

En resumen, podemos señalar que cada bloque de información está *hasheado*, lo que significa que está criptográficamente vinculado al anterior y encriptado. Asimismo, cada bloque contiene una referencia al bloque anterior, una lista de las transacciones incluidas en él, una estampa temporal, y una prueba criptográfica que garantiza la veracidad de la información.

V. CARACTERÍSTICAS DE UNA BLOCKCHAIN

A la vista de lo anteriormente expuesto, consideramos que existen seis características de la tecnología *blockchain* son especialmente rele-

vantes en el planteamiento de las cuestiones jurídicas que suscitan las aplicaciones de esta tecnología. Estas características son las siguientes:

a) Inmutabilidad

La inmutabilidad es una de las características clave de la tecnología *blockchain*. La inmutabilidad significa que algo no puede ser cambiado o alterado. Esta es una de las características de la *blockchain* que ayuda a garantizar que la tecnología se mantenga como está: en una red permanente e inalterable²³.

La inmutabilidad se refiere a la capacidad de las blockchains para prevenir la alteración de transacciones que hayan sido ya confirmadas. A pesar de que estas transacciones remiten a menudo a la transferencia de criptomonedas, pueden referirse también al registro de otros tipos de datos digitales no monetarios²⁴.

Como consecuencia del encadenamiento sucesivo de los bloques basado en la criptografía —*los hash*—, el contenido de la cadena de bloques es inmutable. Si un nodo decide cambiar el contenido de la cadena de bloques alterando una transacción ya realizada e incluida en un bloque, provocará que el contenido de su versión del libro registro varíe, un cambio que será fácilmente identificable por el resto de los nodos. Por lo tanto, a la hora de someter a aprobación una nueva transacción, estos no aceptarán su versión del registro, puesto que el contenido será distinto.

En ese sentido, resulta extremadamente difícil cambiar las transacciones en una *blockchain*, porque cada bloque está vinculado al bloque anterior al incluir el *hash* del bloque anterior. Por consiguiente, cualquier mero intento de alterar la información de un bloque, se detecta fácilmente. Los intentos de manipulación se detectan rápidamente por el resto de nodos y

23. Rodríguez, Nelson. 6 características clave de la tecnología *blockchain* que debes conocer. Recuperado de: <https://101blockchains.com/es/caracteristicas-tecnologia-blockchain/>

24. Binance Academy. Recuperado de: <https://academy.binance.com/es/articles/what-makes-a-blockchain-secure>

se rechaza la cadena o el bloque con la información alterada. De este punto se deriva que sea resistente a la censura.

b) Consenso

Para cada *blockchain* existen una serie de normas que todos los miembros de la red deben cumplir. Estas reglas establecen el funcionamiento de la red y el mecanismo de validación de las transacciones y el proceso de generación de los bloques. Los protocolos de consenso garantizan la consistencia entre las distintas copias de un registro que se guardan en cada uno de los nodos de la red. Se consigue consenso cuando el protocolo puede asegurar que todos los nodos añaden los mismos nuevos bloques —con el mismo contenido— en su versión local de la *blockchain*. El hecho de que todos los participantes respeten las normas definidas en el protocolo para decidir cómo actualizar la base de datos, es la fuente de confianza en el sistema²⁵.

En un esquema centralizado, una entidad única tiene poder sobre todo el sistema. En la mayoría de casos, podrá realizar los cambios que quiera —no existe ningún sistema de gobernanza complejo para alcanzar consenso entre muchos administradores. Pero en un esquema descentralizado, la historia cambia por completo. Digamos que estamos trabajando con una base de datos distribuida —“¿cómo nos ponemos de acuerdo respecto a qué entradas añadir?”—. Superar dicho desafío en un entorno en el que extraños no confían entre sí fue, quizás, el desarrollo más importante que allanó el camino a las *blockchains*²⁶.

En tal sentido, podemos afirmar que el consenso es parte fundamental del funcionamiento de la tecnología *blockchain* y las criptomonedas.

Ello se debe a que es el pilar que garantiza la seguridad de la cadena de bloques, ya que controla el hecho de que todos los que participen en la red acepten de forma unánime la información que dicha cadena contiene. El consenso busca responder la siguiente pregunta: “¿Cómo nos aseguramos de que estamos de acuerdo con la validación del bloque?” La respuesta es: mediante un acuerdo entre los nodos de la red. Esto permite una especie de “auditoría” que impide que alguien pueda mandar información manipulada a la *blockchain*. Para evitar que se añadan bloques erróneos en la cadena de bloques, cada uno de esos bloques necesita una revisión y una confirmación²⁷.

Cada *blockchain* define su mecanismo de consenso. En la actualidad existen múltiples protocolos, entre los que destacan los siguientes:

- i. **Proof of Work — PoW:** El PoW o Prueba de Trabajo es el protocolo de consenso pionero de la tecnología *blockchain*, el cual fue implementado por primera vez por la *blockchain* de Bitcoin. Usando el protocolo de *Proof of Work*, con cada nuevo bloque creado se deberá resolver un acertijo matemático que solo puede ser resuelto mediante prueba y error. Estos acertijos son resueltos por los mineros, haciendo millones de intentos. Resolver el acertijo dará como resultado la creación del bloque, la confirmación de las transacciones involucradas en ese bloque y la generación de nuevos bitcoins que recibirá el minero como recompensa junto a las comisiones implícitas en cada una de las transacciones.

El *Proof of Work* funciona de la siguiente manera²⁸:

25. Finck, Michele. 2018. Blockchain Regulation and Governance in Europe. Cambridge University Press, 20.

26. Binance Academy. Recuperado de: <https://academy.binance.com/es/articles/what-is-a-blockchain-consensus-algorithm>

27. Bit2me Academy. Recuperado de: <https://academy.bit2me.com/consenso-criptomonedas/>

28. Bit2me Academy. Recuperado de: <https://academy.bit2me.com/que-es-proof-of-work-pow/#:~:text=El%20protocolo%20de%20Prueba%20de,los%20recursos%20de%20dicha%20red>

"Etapa #1: El cliente o nodo establece una conexión con la red. En este punto, la red le asigna una tarea computacionalmente costosa. Esta tarea debe ser resuelta a los fines de recibir un incentivo económico.

Etapa #2: Comienza la resolución del acertijo. Esto conlleva el uso de mucha potencia de computación hasta resolver el enigma entregado. Este proceso es el que recibe el nombre de minería.

Etapa #3: Una vez resuelta la tarea computacional, el cliente comparte esta con la red para su verificación. En este punto, se verifica rápidamente que la tarea cumpla con los requisitos exigidos. Si lo hace, se brinda acceso a los recursos de la red. En caso contrario, se rechaza el acceso y la solución presentada del problema. Es en este punto, donde se realizan las verificaciones de protección contra el doble gasto. Una protección que evita, que se presente más de una vez, una tarea ya asignada y verificada por la red.

Etapa #4: Con la confirmación que la tarea ha sido cumplida, el cliente accede a los recursos de la red. Gracias a esto, recibe una ganancia por el trabajo computacional realizado".

La Prueba de Trabajo garantiza grandes niveles de seguridad, si la red está formada por miles de mineros. De hecho, mientras más mineros más segura es la red. Esto lo hace ideal para su uso en la formación de enormes redes distribuidas. Sin embargo, este método es cuestionado por su impacto en el medio ambiente, dado que el intensivo trabajo computacional de PoW necesita de grandes cantidades de energía eléctrica.

- ii. **Proof of Stake — PoS:** El *Proof of Stake* es un protocolo de consenso creado para reemplazar al conocido *Proof of Work*. El objetivo de este algoritmo, al igual que en *PoW*, es crear consenso entre todas las partes que integran la red. El protocolo *PoS* utiliza un proceso de elección pseudoaleatorio para seleccionar un nodo para

que sea el validador del siguiente bloque, basado en una combinación de factores que podrían incluir la edad de la moneda, la aleatorización y la riqueza del nodo. En *PoS*, no presentas un recurso externo como, por ejemplo, el consumo eléctrico o el hardware que inviertes para el proceso de minado; sino que se necesita de un recurso interno como la criptomoneda.

Los usuarios que quieran participar en el proceso de validación deben bloquear una cierta cantidad de sus criptomonedas en la red. Aquellos que tengan mayores reservas tendrán mayores posibilidades de ser seleccionado como el siguiente validador para forjar el siguiente bloque. Sin embargo, para que el proceso no favorezca solo a los nodos más ricos de la red, se agregan métodos más únicos al proceso de selección. Los dos métodos más utilizados son "*Selección aleatoria de bloques*" y "*Selección de la edad de la moneda*".

Cabe señalar que el *PoS* es una tecnología más respetuosa con el medio ambiente. Esto es gracias a que no necesita de potentes máquinas para actividades de minería. Lo que significa que su consumo energético es reducido.

c) Trazabilidad

La tecnología *blockchain* permite recorrer cada bloque y, por tanto, trazar todas las operaciones que se han realizado sobre una determinada dirección o retroceder en el tiempo y revisar las transacciones que se hicieron en una fecha determinada explorando todos los bloques generados en la fecha indicada. Esta característica permite que la cadena de bloques pueda ser auditada y permite visualizar cualquier transacción.

En ese sentido, para distintas industrias, la tecnología *blockchain* representa un nuevo horizonte de oportunidades para el monitoreo de actividades, movimiento de activos y productos, ya que permite rastrear las distintas operaciones de una cadena de suministro, logística y

administrativa de un producto o servicio, generando un historial detallado.

d) Transparencia

Una red *blockchain* no solo puede rastrear pedidos, pagos o procesos de producción, por ejemplo, sino que todas las personas que forman parte de ese proceso pueden conocer todos los detalles de la transacción de principio a fin, lo que aporta confianza en toda una cadena de valor.

Partiendo de la base de que todos los usuarios de las redes *blockchain* tienen acceso al libro registro, ello implica que todos tienen la información sobre las transacciones que se efectúan por el grupo. Es más, en determinadas redes —no en todas—, los usuarios que no forman parte de la red también pueden consultar el contenido de la cadena de bloques. Así ocurre, por ejemplo, en las redes Bitcoin o Ethereum. A esto se añade, además, que se trata de protocolos informáticos de código abierto, por lo que el acceso al diseño de la programación es también libre.

Esta transparencia, sin embargo, no significa que podamos conocer al autor de las transacciones en todo caso. En algunos tipos de redes los usuarios no necesitan identificarse de forma personal para acceder y operar en la correspondiente red *blockchain*. Las transacciones son visibles, pero vinculadas a un código. Esta característica ha ocasionado que se hayan vinculado algunas de estas redes a actividades ilícitas por el carácter anónimo en la actuación que permiten en ciertos casos²⁹.

e) Autenticación

Otro elemento importante en el uso de *blockchain* para el intercambio de valor es la posibilidad de vincular transacciones con usuarios.

De esa manera podremos saber quién ha transferido un activo digital a quién. La criptografía asimétrica hace posible esta función de autenticación. El sistema genera pares de claves vinculadas: una pública —puede ser conocida por todos— y otra privada —sólo conocida por una parte—. Lo que cifra una solo lo puede descifrar la otra. Si el dueño de una clave privada envía un mensaje, cualquier persona con la clave pública vinculada podrá descifrar el mensaje. Esta acción es lo que se considera la firma electrónica y permite comprobar el origen fidedigno de un mensaje o transacción. La efectividad de los algoritmos asimétricos depende de funciones matemáticas de un solo sentido, que requieren relativamente poca potencia de cálculo para ejecutarse, pero muchísima potencia para calcular la inversa.

Para enviar un mensaje seguro a una persona, éste se codifica con la clave pública del destinatario. El sistema garantiza que el mensaje resultante sólo puede ser descodificado con la clave privada del destinatario. Dado que se tiene la certeza de la identidad de dicho destinatario gracias a su clave pública, aseguramos que el mensaje llega al destinatario correcto. De este modo se consigue autenticación garantizando confidencialidad.

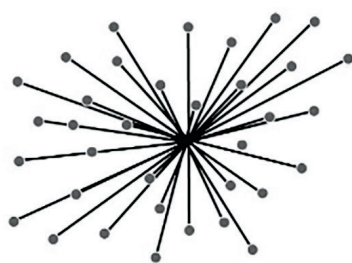
f) Confianza Distribuida y Descentralizada

Tal como se ha podido apreciar, la confianza se sustenta en las características desarrolladas anteriormente. A partir de lo afirmado por Vitalik Buterin, cofundador de Ethereum, podemos precisar³⁰:

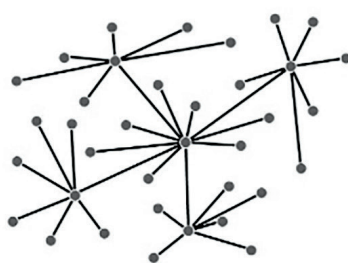
“Distribuido significa que no todo el procesamiento de las transacciones se hace en el mismo lugar”, mientras que descentralizado significa que no hay una única entidad que tenga control sobre todo el procesamiento”.

29. Porxas, Nuria, y Conejero, María, *Tecnología Blockchain: funcionamiento, aplicaciones y retos jurídicos relacionados*, 28.

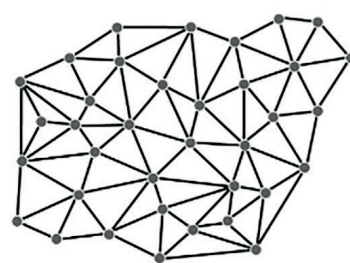
30. Buterin, Vitalik. The Meaning of Decentralization. Recuperado de: <https://medium.com/@VitalikButerin/the-meaning-of-decentralization-a0c92b76a274>



Centralizado



Descentralizado



Distribuido

Para hacer posible el intercambio de valor entre partes que no se conocen y/o no confían entre sí, la sociedad ha ido habilitando sistemas y procesos que otorgan a las partes la suficiente garantía de que la transacción se produce de forma segura en el tiempo definido, por el valor deseado y entre las partes intervinientes. Dichos sistemas se fundamentan en la existencia de intermediarios o terceros de confianza en los que depositamos la responsabilidad de ejecutar las transacciones con las características acordadas. A su vez, dichos intermediarios son “controlados” por estructuras jurídicas, regulación e instituciones de supervisión que garantizan su buen funcionamiento. Todo ello implica, por un lado, un elevado coste social acumulado y, por otro, la confianza de las partes en la estructura de gobierno de una sociedad. En ese sentido, el nodo central que es controlado por una persona natural o jurídica es quien controla la interacción con los servicios —propios o ajenos— distribuidos en distintas localizaciones y/o entidades. Este es el caso de servicios tradicionales como los bancos, aerolíneas, redes sociales, compañías de almacenamiento en nube, entre otras.

La gran revolución que supone *blockchain* es lograr la confianza en la autenticidad de las transacciones sin necesidad de esos intermediarios a través de protocolos informáticos. Las redes de registro distribuido serían “artefactos” tecnológicos que reemplazan la confianza or-

ganizativa. Es decir, se sustituye la confianza en estructuras humanas o instituciones por confianza en tecnología. Así, Satoshi Nakamoto en el *whitepaper* de *Bitcoin* alude a la naturaleza descentralizada de la confianza: “un sistema de pago electrónico basado en pruebas criptográficas en lugar de confianza, que permite a dos partes dispuestas realizar transacciones directamente entre sí sin la necesidad de un tercero de confianza”.

La firma auditora PWC resume tres razones por las que la tecnología *blockchain* genera confianza en los usuarios³¹:

- i. “Utiliza una función criptográfica que en esencia es un algoritmo matemático para almacenar los datos y metadatos de una transacción, que no solo resulta compleja, sino que además es única. Es decir, un conjunto de datos tendrá un único código criptográfico o “hash”, si un dato se altera se cambia ese código en consecuencia.
- ii. El concepto de cadena: cada nueva transacción añade un nuevo bloque que se une a la cadena y éste además de su propia información, contiene información del bloque anterior. Esto permite que, si un usuario altera la información de un bloque, altere todos los bloques siguientes, invalidando la cadena. Corregir algo así requeriría un gran poder de cómputo por lo que se vuelve costoso.

31. Recuperado de: <https://www.pwc.com/ia/es/publicaciones/perspectivas-pwc/Blockchain-brindando-confianza-y-transparencia.html#:~:text=Blockchain%20o%20Cadena%20de%20Bloques,Su%20funci%C3%B3n%20es%20crear%20confianza>

iii. Aunque parezca paradójico, el hecho de que sea un modelo sin un control central, lejos de ser un punto en contra, es lo que más fortalece la confianza, ya que esto permite dos cosas fundamentales:

- a. La Transparencia, la misma información se distribuye entre todos los usuarios y la autenticidad se logra por consenso, es decir, todos validan la cadena de bloques y
- b. La Disponibilidad, si un punto de la red se inhabilita la red sigue funcionando porque todos tienen la misma información, cosa que no sucede en una red centralizada".

VI. TIPOS DE BLOCKCHAIN

Existen varias formas de construir una red blockchain. Pueden ser públicas, privada o permissionadas.

1. Blockchains públicas:

Las *blockchains* públicas, como Bitcoin, son accesibles para cualquier usuario que cuente con un dispositivo con conexión a internet. Es decir, son aquellas cuya participación es abierta y libre. El protocolo está basado en código abierto y cualquier persona puede descargarlo en su ordenador y participar en la cadena. Este tipo de cadena de bloques únicamente requiere la descarga de la aplicación correspondiente y la conexión con un número determinado de participantes o nodos. El protocolo está basado en código abierto y cualquier persona puede descargarlo en su ordenador y participar en la cadena. Esta naturaleza hace necesario que los mecanismos de consenso incluyan incentivos económicos para que algunos participantes en la red se decidan a realizar el trabajo de validación, ya sea a través del PoW, PoS u otro protocolo de consenso. Es a través de estos protocolos que el sistema funciona sin controles y de forma descentralizada. Las cadenas de bloques

públicas se caracterizan por su descentralización, inmutabilidad y seguridad.

Como hemos visto, el funcionamiento de estas redes se basa en la combinación de criptografía e incentivos basados en teoría de juegos, dando lugar a lo que se ha dado en llamar "criptoeconomía"³² y permitiendo el desarrollo de sistemas descentralizados en los que el mantenimiento del registro se realiza entre los participantes, sin entidad central de control responsable y de forma pseudónima.

2. Blockchains privadas.

Las *blockchains* privadas son aquellas en las que la participación se define entre los miembros o los originadores de forma privada. Las partes intervinientes definirán los requisitos para formar parte de la red y la gobernanza de la misma. Entre otros elementos se deberán definir los mecanismos de adaptación del protocolo en caso de necesidad o conveniencia tecnológica, número mínimo de nodos, mecanismos de consenso, previsión en caso de desaparición de la red, responsabilidad de los intervinientes, nivel de identificación de los participantes, etc.

Las *blockchains* privados, a diferencia de las *blockchains* públicas, requieren de una invitación para acceder a ellos. Estas cadenas de bloques dependen de una entidad central que controla todas las acciones dentro de la misma. Las *blockchain* privadas, por lo general, se construyen para usos corporativos. En una *blockchain* privada, el acceso a la red está restringido y determinado a elementos que solo pueden ser autorizados por la unidad central de control.

3. Blockchains híbridas:

Este tipo de *blockchain* es una fusión entre las *blockchain* públicas y las privadas. Es un intento de aprovechar lo mejor de ambos mundos.

32. Vitalik Buterin define criptoeconomía como "any decentralised cryptographic protocol that uses economic incentives to ensure that it keeps going and doesn't go back in time or incur any glitch", V. Buterin, Visions, Part I, The value of blockchain technology, 50.

En estas *blockchain*, la participación en la red es privada. Es decir, el acceso a los recursos de la red es controlado por una o varias entidades. Sin embargo, el “*ledger*” es accesible de forma pública. Esto significa que cualquier persona puede explorar bloque a bloque todo lo que sucede en dicha *blockchain*.

VII. CRIPTOMONEDAS

Con carácter general, la utilización de la tecnología *blockchain* aporta valor añadido, teóricamente, a aquellas actividades que cumplan con las siguientes condiciones: (i) requieran almacenar datos; (ii) precisen que el acceso a estos datos sea compartido entre diferentes partes; y, (iii) estas partes no se conozcan entre ellas o no exista confianza mutua por otro motivo. Si bien son muchas las actividades que se desarrollan o pueden desarrollarse bajo los anteriores parámetros; son las criptomonedas las que se han servido de esta tecnología. Éstas surgen como una alternativa a las formas de pago convencionales, con el fin de hacer menos costosas las transacciones y de simplificar la transferencia de dinero de un usuario a otro, en cualquier momento y en cualquier lugar, sin depender de instituciones financieras ni bancos centrales.

La primera vez que el mundo escuchó hablar de criptomonedas fue con el *bitcoin* en el año 2008. El *bitcoin* surgió en respuesta a la crisis financiera y tenía por objeto ser un sistema de pagos electrónicos que permite que dos usuarios realicen de manera directa una transacción sin la intervención de un tercero. Casi una década después el *bitcoin* cada vez es más popular. A la fecha de la redacción del presente artículo un *bitcoin* vale US\$40,000.00, habiendo llegado US\$69,000 en noviembre del 2021.

No cabe duda de que estamos experimentando un auge y crecimiento exponencial en el mercado de criptomonedas, siendo el *bitcoin*, *ether*, *bnb*, *ada*, *xrp* y *sol* las más populares. A pesar de ello apenas existen términos regulatorios claros en la actualidad, provocando inseguridad jurídica y falta de confianza en la estabilidad del sector. Un primer reto consiste en determinar la naturaleza jurídica de las criptomonedas, dado que esto impacta en las normas de mercado de valores, financieras, tributarias, mercantiles y normas de lavado de activos y financiamiento al terrorismo.

Al respecto, cabe preguntarse qué es una criptomoneda. El diccionario de Oxford define el concepto de criptomoneda como “*una moneda digital en la que se utilizan técnicas de encriptación para regular la generación de unidades de moneda y verificar la transferencia de fondos, operando independientemente de un banco central*”³³. A su vez, el diccionario de la Universidad de Cambridge lo define como “*una moneda digital producida por una red pública, en lugar de cualquier gobierno, que utiliza criptografía para asegurarse de que los pagos se envíen y reciban de forma segura*”³⁴.

Por su parte, La Directiva —UE— 2015/849, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo define las monedas virtuales como “*representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central ni por una autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda establecida legalmente, que no posee el estatuto jurídico de moneda o dinero, pero aceptada por personas físicas o jurídicas como medio de cambio y que puede transferirse, almacenarse y negociarse por medios electrónicos*”³⁵.

33. Definición traducida de: <https://dictionary.cambridge.org/es-LA/dictionary/english/cryptocurrency>

34. Definición traducida de: <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/cryptocurrency>

35. Artículo 3 apartado 18) de la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) no 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión (DOUE de 5 de junio).

En el mismo sentido, el Parlamento Europeo, en su Resolución sobre monedas virtuales de 2016, afirma que *“si bien aún no se ha establecido una definición de aplicación universal, a veces se hace referencia a las monedas virtuales como efectivo digital, la Autoridad Bancaria Europea —ABE— entiende las monedas virtuales como una representación digital de valor no emitida por un banco central ni por una autoridad pública, ni necesariamente asociada a una moneda fiduciaria, pero aceptada por personas físicas o jurídicas como medio de pago y que puede transferirse, almacenarse o negociarse por medios electrónicos”*³⁶. Como vemos, la definición es casi idéntica a la aportada en la Directiva —UE— 2015/849, de 20 de mayo de 2015 comentada anteriormente.

De acuerdo con el Grupo de Acción Financiera —GAFI, una moneda virtual es una representación digital de valor que puede ser comercializada digitalmente, y, que, debido al consenso de la comunidad de usuarios, funciona como lo siguiente: (i) un medio de cambio, (ii) una unidad de cuenta, y (iii) un depósito de valor. Sin embargo, ninguna jurisdicción emite o garantiza a las monedas virtuales³⁷. A su vez, una criptomoneda es una moneda virtual fundamentada matemáticamente y que está protegida por criptografía —ciencia de escribir mensajes en forma cifrada o en código—. Las criptomonedas se basan en llaves públicas y privadas para transferir el valor de una persona —individuo o entidad— a otra, y debe ser criptográficamente firmado cada vez que se transfiere.

Cabe resaltar que el *White Paper* con las bases conceptuales de *bitcoin*, la más popular y extendida de las criptomonedas, sigue siendo un excelente punto de partida para definir todas las criptomonedas en el área de las ciencias sociales y económicas. Para Satoshi Nakamoto, el *Bitcoin* es un sistema de efectivo electrónico basado en prueba criptográfica que permite a

las partes transar directamente entre sí sin necesidad de un tercero, que es reemplazado por una red *p2p* descentralizada que guarda registro cronológico de las transacciones y evita el problema del doble pago.

En nuestra opinión, una criptomoneda es aquella moneda virtual, que se encuentra representada en archivos digitales – *bits* – y es aceptada en una sociedad como unidad de cuenta, medida de valor y medio de pago, utilizando técnicas de criptografía para asegurarse de que los pagos se envíen y reciban de forma segura a través de la tecnología *blockchain*.

Ahora bien, la segunda cuestión es determinar cuál es su naturaleza jurídica. Antes de iniciar con el análisis, quisiera señalar que no comparto la posición de algunos colegas que sostienen que las criptomonedas al ser tecnología no tienen naturaleza jurídica. El hecho que lo que debe ser regulado son las actividades que giran en torno a esta tecnología y no la tecnología *per se*, no significa que ésta como tal no tenga una trascendencia en el Derecho. Es de suma importancia establecer cuál es su naturaleza jurídica, es decir, poder determinar qué es jurídicamente aquello que es objeto de análisis a fin de ver cuáles son las reglas aplicables. En ese sentido, cabe preguntarse si una criptomoneda es dinero o un *commodity* o una divisa o un activo financiero o un valor mobiliario.

La naturaleza jurídica de las criptomonedas no ha sido expresamente determinada por la legislación peruana y tampoco existe alguna propuesta de definición. No obstante, a continuación, se analiza si es posible incluir a las criptomonedas bajo algún concepto jurídico previsto normativamente en el Perú:

- a) ¿Pueden las criptomonedas considerarse dinero? Etimológicamente, la palabra dinero proviene del latín *“denarius”* que sig-

36. Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de mayo de 2016, sobre monedas virtuales disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2016-0228+0+DOC+XML+V0//ES>

37. Grupo de Acción Financiera (GAFI), “Informe del GAFI. Monedas Virtuales: Definiciones claves y riesgos potenciales de LA/FT”, Recuperado de: <https://www.uaf.cl/asuntos/descargar.aspx?arid=961>

nifica moneda corriente. Inicialmente, el dinero se creó para reemplazar al trueque, dado que es un medio que facilita el intercambio. El dinero constituye un medio de pago que es aceptado por un determinado grupo de personas y existe una mejor asignación del valor de cada bien que se desea intercambiar. Por tanto, es un instrumento que permite reducir los costos de transacción. En la actualidad, el dinero comúnmente se compone de monedas y billetes, los cuales poseen las siguientes características³⁸:

- i. Portabilidad.- El dinero debe ser fácilmente transportable.
- ii. Durabilidad.- El dinero que no sea durable pierde su valor como moneda — los soldados romanos recibían su pago en sal, por ello se habla de salario.
- iii. Divisibilidad.- El dinero debe ser fácilmente divisible en partes iguales para permitir la compra de unidades más pequeñas.
- iv. Uniformidad.- Para ser útil, el dinero debe ser estandarizado. Sus unidades deben ser de igual calidad y sin que existan diferencias físicas entre sí.
- v. Reconocimiento.- El dinero debe ser fácilmente identificable.

Si bien la mayoría de las criptomonedas cumplen con estas características, esto no significa que puedan ser considerado como dinero, desde una perspectiva jurídica. Esto es debido a que el dinero debe tener curso legal, lo que significa que los billetes y monedas que el Banco Central de Reservas pone en circulación son de aceptación forzosa para el pago de toda obligación, pública o privada. En el Perú, el Sol —S/— es desde el 15 de diciembre de 2015, la unidad monetaria de curso legal y el artículo 42 de la Ley Orgánica del Banco

Central de Reserva —en adelante, “BCR” — establece que la emisión de billetes y monedas es facultad exclusiva del Estado, quien la ejerce por intermedio del BCR. Las criptomonedas, por su parte, no son de aceptación forzosa.

Asimismo, las criptomonedas, por su parte, se sustentan en un conjunto de protocolos tecnológicos descentralizados que garantizan la seguridad de las operaciones y mantenimiento de la plataforma, siendo la tecnología más relevante para su funcionamiento, el sistema de registro único de operaciones —*blockchain*—; a diferencia de una divisa común y corriente, su generación y administración no dependen de ningún gobierno o banco central, sino del propio software y de los usuarios que componen la cadena, por lo que podemos desde ya concluir que no constituye una moneda de curso legal —dinero *fiat*—, cuya característica principal es la de ser emitido por un banco central³⁹. En el Perú, la emisión de billetes y monedas, dentro del territorio peruano, es facultad exclusiva del Estado Peruano, de acuerdo con el artículo 83 de la Constitución Política de 1993. Esta facultad es ejercida por intermedio del Banco Central de Reserva del Perú —en adelante, “BCRP” —. Por consiguiente, las criptomonedas no califican como dinero.

- b) ¿Pueden las criptomonedas considerarse dinero electrónico? Las criptomonedas tampoco califican como dinero electrónico, dado que no cumplen con las características previstas en el artículo 2 de la Ley 29985 — Ley que regula las características básicas del dinero electrónico como instrumento de inclusión financiera en el Perú.

De acuerdo con el referido artículo, el dinero electrónico es un valor monetario

38. Barchi, Luciano, “Código Civil Comentado, Tomo VI”, Editorial Gaceta Jurídica, 1ra ed. Lima, Mayo 2004, 517.

39. Amprimo, Stefano. Algunas aproximaciones a la naturaleza jurídica del Bitcoin en el Perú. Recuperado de: <https://ius360.com/algunas-aproximaciones-a-la-naturaleza-juridica-del-bitcoin-en-el-peru-stefano-amprimo/>

representado por un crédito exigible a su emisor, el cual tiene las siguientes características:

- i. Es almacenado en un soporte electrónico.
- ii. Es aceptado como medio de pago por entidades o personas distintas al emisor y tiene efecto cancelatorio.
- iii. Es emitido por un valor igual a los fondos recibidos.
- iv. Es convertible a dinero en efectivo según el valor monetario del que disponga el titular, al valor nominal.
- v. No constituye depósito y no genera intereses.

Como bien sabemos, las criptomonedas no tienen un valor nominal *per se*, y dependen netamente de su valor de cotización de mercado, el cual es sumamente volátil. Además, las criptomonedas no representan créditos exigibles a ningún emisor, puesto que no son emitidos por una entidad sino en virtud del proceso de minado.

Asimismo, según el artículo 3 de esta ley, sólo pueden emitir dinero electrónico las empresas que operan bajo el ámbito de supervisión de la Superintendencia de Banco, Seguros y AFP —en adelante, “SBS”—. En cambio, las criptomonedas pueden ser creadas por cualquiera que tenga un software especializado en este proceso descentralizado llamado “minería”.

Coincidiendo con esta opinión, el GAFI señala que, en efecto, “la moneda virtual es diferente del dinero electrónico puesto que éste es una representación digital del dinero fiduciario —de curso legal— usado electrónicamente para transferir el valor denominado en dinero fiduciario”. Agrega que “el dinero electrónico funciona como el dinero fiduciario, es decir, se transfiere electrónicamente un valor que tiene la condición de moneda de curso legal⁴⁰”.

- c) ¿Pueden las criptomonedas considerarse como *commodities*? Existe una corriente que califica a las criptomonedas como *commodities* que pertenecen al mundo digital – de los átomos a los bits –, dadas las similitudes con metales como el oro y la plata debida a la alta volatilidad de su cotización. Mientras que en Estados Unidos la *Commodity Futures Trading Commission* —CFTC— ha determinado que el *bitcoin* encajaría bajo la definición de *commodity*⁴¹, la regulación peruana no goza de la generalidad del concepto americano, ni ha dado señales de inclinarse por esa línea interpretativa; por el contrario, contiene una definición bastante restrictiva del concepto de *commodity*.

En efecto, la Ley 26702 – Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros contempla a los *commodities* estrictamente como “mercancías primarias o

40. Grupo de Acción Financiera (GAFI). Op. Cit.

41. En el año 2018, la CFTC determinó que el Bitcoin y otros activos digitales califican como *commodities* bajo la definición del *Commodities Exchange Act* (7 U.S. Code § 1a): “The term “commodity” means wheat, cotton, rice, corn, oats, barley, rye, flaxseed, grain sorghums, mill feeds, butter, eggs, *Solanum tuberosum* (Irish potatoes), wool, wool tops, fats and oils (including lard, tallow, cottonseed oil, peanut oil, soybean oil, and all other fats and oils), cottonseed meal, cottonseed, peanuts, soybeans, soybean meal, livestock, livestock products, and frozen concentrated orange juice, and all other goods and articles, except onions (as provided by section 13–1 of this title) and motion picture box office receipts (or any index, measure, value, or data related to such receipts), and all services, rights, and interests (except motion picture box office receipts, or any index, measure, value or data related to such receipts) in which contracts for future delivery are presently or in the future dealt in.” (Énfasis nuestro). Asimismo, en setiembre de 2020, un grupo de congresistas de la Cámara de Diputados de E.E.U.U., liderado por el congresista K. Michael Conaway, han introducido un proyecto de ley denominado “*Digital Commodity Exchange Act of 2020*” destinado a llenar los vacíos regulatorios que existen entre las potestades de la CFTC y la *Securities Exchange Commission* (SEC) de cara a la regulación y supervisión del uso de activos digitales y monedas virtuales.

básicas consistentes en productos físicos, que pueden ser intercambiados en un mercado secundario, incluyendo metales preciosos pero excluyendo oro, que es tratado como una divisa —énfasis nuestro—, excluyendo así cualquier línea interpretativa que comprenda a los activos digitales o virtuales en la categoría de los *commodities*⁴².

En tal sentido, teniendo en cuenta que las monedas virtuales solo se encuentran representadas digitalmente, y no de manera física, no califican como *commodities*.

- d) ¿Pueden las criptomonedas considerarse como un instrumento de pago? De acuerdo con la Ley de los Sistemas de Pagos y de Liquidación de Valores, aprobada por la Ley 29440, los instrumentos de pago tienen por objeto efectuar un pago —como las transferencias de créditos— o requerirlo —como los cheques, débitos directos, letras de cambio, cuotas de crédito—.

Ahora bien, los instrumentos de pago indicados en la Ley 29440 son aquellos utilizados en el marco de un sistema de pagos o de liquidación de valores, los cuales se encuentran reconocidos de manera expresa por la referida ley o son declarados como tales por el BCRP o la Superintendencia del Mercado de Valores —SMV, respectivamente.

Teniendo en consideración que las criptomonedas a la fecha no han sido reconocidas por la legislación peruana o declarado por el BCRP, órgano rector de los sistemas de pagos, como un sistema de pagos, las criptomonedas tampoco constituyen instrumentos de pago bajo la Ley 29440.

Por otra parte, a través la Ley 28194 —Ley para la Lucha contra la Evasión y para la Formalización de la Economía, se estable-

cen los supuestos en los cuales obligatoriamente se utilizarán los medios de pago con la finalidad de evitar la evasión y promover la formalización de la economía en el Perú, con lo cual, se entiende por medios de pagos los utilizados a través de empresas del Sistema Financiero, tales como: depósitos en cuenta, giros, transferencias de fondos, órdenes de pago, tarjetas de débito y crédito expedidas en el país, cheques, remesas y cartas de crédito.

Sin perjuicio de lo anteriormente mencionado, las criptomonedas pueden ser utilizadas como medios de pago o mecanismos de pago de forma consuetudinaria en efecto, en los establecimientos que las aceptan, estas criptomonedas gozan de efecto cancelatorio respecto de los bienes y servicios prestados. Dicho efecto cancelatorio es concedido de manera voluntaria por las partes involucradas en cada transacción, lo cual se asemejaría a una permuta o dación en pago.

- e) ¿Pueden las criptomonedas considerarse como una divisa? De acuerdo con el glosario del BCRP, el término divisa se refiere a *“dinero de aceptación internacional, básicamente oro monetario y ciertas monedas extranjeras. En el caso peruano, la más aceptada es el dólar de los Estados Unidos de Norteamérica”*⁴³. Las divisas tienen además varias funciones: ser medio de pago, servir como instrumento de ahorro para ser recuperado en el futuro y servir como unidad de medida del valor de los precios de los bienes y servicios.

Al respecto, la NIC 21 define a la divisa como aquel concepto usado para referirse a toda moneda extranjera distinta de la moneda funcional. En ese sentido, para determinar a una moneda como divisa, en primer lugar, se le debe dar un reconoci-

42. Amprimo, Stefano. Op.Cit.

43. Recuperado de: <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Glosario/Glosario-BCRP.pdf>

miento como moneda funcional⁴⁴ de curso legal en su país de origen.

En lo que concierne a las criptomonedas, a excepción de *bitcoin*, ningún país las ha respaldado alguna abiertamente como una moneda funcional en curso legal, a pesar de ser reconocidas como un medio de pago alternativo. Sin embargo, ¿qué ocurre con *bitcoin*? ¿puede considerarse divisa al haber sido aceptada como moneda de curso legal en El Salvador y la República Centroafricana?

Al respecto, la Constitución Política del Perú establece que el Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera. Asimismo, el Decreto Legislativo 668, en su artículo quinto complementa lo dicho por la Constitución señalando que el Estado garantiza la libre tenencia, uso y disposición interna moneda extranjera, por las personas naturales y jurídicas residentes en el país; así como la libre convertibilidad de la moneda nacional a un tipo de cambio único. El tipo de cambio para las operaciones de moneda extranjera será fijado por la oferta y la demanda conforme a lo señalado en el artículo 2 del Decreto Supremo N° 068-91-EF y artículo 1 de la Resolución Cambiaria N° 007-91-EF-90.

Por su parte, la Ley Bitcoin de El Salvador tiene como objeto la regulación del *bitcoin* como moneda de curso legal, irrestricto con poder liberatorio, ilimitado en cualquier transacción y a cualquier título que las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas requieran realizar. Asimismo, todo precio podrá ser expresado en bit-

coin y todas las contribuciones tributarias podrán ser pagadas en bitcoin. Dicha norma establece que los intercambios en *bitcoin* no estarán sujetos a impuestos sobre las ganancias de capital al igual que cualquier moneda de curso legal. Finalmente, es una moneda de aceptación forzosa, ya que dispone que todo agente económico deberá aceptar *bitcoin*, como forma de pago cuando así le sea ofrecido por quien adquiere un bien o servicio.

¿El hecho que el *bitcoin* sea reconocido como una moneda de curso legal en un país lo convierte en moneda extranjera? Creemos que no. El *bitcoin* es una moneda nativa del internet y que un país la acoja no significa que sea su “moneda” ya que no es emitida ni controlada por un Banco Central. En el caso peruano, el BCRP ha señalado en el Oficio N° 0022-2022-BCRP que las criptomonedas no constituyen moneda de curso legal y no cumplen plenamente las funciones del dinero como medio de cambio, unidad de cuenta y reserva de valor. Asimismo, señala que pertenecen al ámbito privado de sus usuarios y no tienen un respaldo institucional del poder público. Por consiguiente, las criptomonedas no son consideradas divisas en nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, para el caso de las monedas digitales de bancos centrales —CBDC — *Central Bank Digital Currency* — por sus siglas en inglés—, estas sí serían consideradas divisas porque a diferencia del resto de criptomonedas, las CBDC no son emitidas por entidades privadas o por organizaciones descentralizadas, sino por los propios bancos centrales.

-
44. NIC 23: “El entorno económico principal en el que opera la entidad es, normalmente, aquél en el que ésta genera y emplea el efectivo. Para determinar su moneda funcional, la entidad considerará los siguientes factores:
(a) La moneda: (i) que influya fundamentalmente en los precios de venta de los bienes y servicios (con frecuencia será la moneda en la cual se denominen y liquiden los precios de venta de sus bienes y servicios); y (ii) del país cuyas fuerzas competitivas y regulaciones determinen fundamentalmente los precios de venta de sus bienes y servicios.
(b) La moneda que influya fundamentalmente en los costos de la mano de obra, de los materiales y de otros costos de producir los bienes o suministrar los servicios (con frecuencia será la moneda en la cual se denominen y liquiden tales costos)”.

- f) ¿Pueden las criptomonedas considerarse como títulos valores o valores mobiliarios? Tomando en consideración que los títulos valores deben estar expresamente reconocidos por la ley, y ello no ocurre con las criptomonedas, podemos llegar a la conclusión que no son títulos valores, de acuerdo con nuestra legislación actual. Por esta misma razón, las criptomonedas tampoco califican como valores mobiliarios.
- g) ¿Pueden las criptomonedas considerarse como un instrumento o activo financiero? De acuerdo con la NIC 32, un instrumento financiero es cualquier contrato que dé lugar a un activo financiero en una entidad y a un pasivo financiero o a un instrumento de patrimonio en otra entidad.

Por su parte, un activo financiero es cualquier activo que sea: (a) efectivo; (b) un instrumento de patrimonio de otra entidad; (c) un derecho contractual: (i) a recibir efectivo u otro activo financiero de otra entidad; o (ii) a intercambiar activos financieros o pasivos financieros con otra entidad, en condiciones que sean potencialmente favorables para la entidad; o (d) un contrato que será o podrá ser liquidado utilizando instrumentos de patrimonio propio de la entidad, y sea: (i) un instrumento no derivado, según el cual la entidad está o puede estar obligada a recibir una cantidad variable de sus instrumentos de patrimonio propios; o (ii) un instrumento derivado que será o podrá ser liquidado mediante una forma distinta al intercambio de un importe fijo de efectivo, o de otro activo financiero, por una cantidad fija de los instrumentos de patrimonio propio de la entidad.

Al respecto, en Estados Unidos existe lo que se denomina "Prueba de Howey", que es una prueba creada por la Corte Suprema para determinar si ciertas transacciones ca-

lifican como «contratos de inversión». Si es así, entonces bajo la Ley de Valores de 1933 y la Ley de Bolsa de Valores de 1934, esas transacciones se consideran instrumentos financieros y, por lo tanto, están sujetas a ciertos requisitos de divulgación y registro. Cabe señalar que, en junio del año 2019, Jay Clayton, entonces Presidente de la SEC, aclaró que el Bitcoin, como tal, no constituye un contrato de inversión bajo la Prueba de Howey y, en consecuencia, no califica como un instrumento financiero a criterio de la SEC, indicando que *"las criptomonedas [como el Bitcoin] son reemplazos de las monedas soberanas ... [ellas] reemplazan el yen, el dólar, el euro con bitcoin. Ese tipo de [cripto]moneda no es un valor"*⁴⁵.

De otro lado, en nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 2 de la Ley de Promoción del Mercado de Valores, Ley 30050, dispone que toda publicidad o aviso sobre activos financieros que se encuentre bajo competencia de la SMV o de la SBS, respectivamente, que se efectúe con el fin de obtener dinero del público a cambio de un retorno financiero, un derecho crediticio, patrimonial o de participación en el capital, o en las utilidades del receptor de los fondos, bajo cualquier modalidad, y que se realice en territorio nacional, empleando medios masivos de comunicación, como diarios, revistas, radio, televisión, correo, reuniones, redes sociales, servidores de internet ubicados en territorio nacional o en territorio extranjero u otros medios o plataformas, solo puede realizarse por sujetos autorizados o supervisados por la SMV o por la SBS. Para dicho fin, la norma autoriza a la SMV y la SBS a aplicar el principio de "primacía de la realidad", de manera que, con prescindencia de la denominación del activo financiero, pueden ejecutar las acciones que resulten aplicables frente al incumplimiento de lo dispuesto en el citado artículo 2.

45. Recuperado de: <https://www.investopedia.com/news/sec-chair-says-bitcoin-not-security/>

Al respecto, debemos señalar que una criptomoneda es un concepto distinto a un criptoactivo, que puede ser entendido como aquel activo que puede ser generado a través de la criptografía, como, por ejemplo, un token. La relación es de género a especie, siendo la criptomoneda un tipo de criptoactivo. Bajo esa lógica, somos de la opinión que algunos criptoactivos, como un *security token*, sí podría encajar en el principio de primacía de la realidad, mientras que, teóricamente, las criptomonedas no podrían ser consideradas instrumentos financieros, en tanto su adquisición no genera una obligación a cargo de alguien⁴⁶.

- h) ¿Pueden las criptomonedas considerarse como bienes muebles? El artículo 886 inciso décimo del Código Civil establece que son considerados bienes muebles todos aquellos bienes no comprendidos en el artículo que corresponde al listado de bienes inmuebles —artículo 885—. En otros términos, todos los bienes que no son inmuebles son muebles.

Al respecto, podemos definir al bien como la cosa que está dentro del patrimonio de una persona y que es susceptible de valoración económica. Bajo esa misma línea, un bien mueble es aquél que puede trasladarse de un lugar a otro y pueden ser materiales o inmateriales. En tal sentido, podemos señalar con certeza que las criptomonedas son bienes muebles dado que son susceptibles de ser parte del patrimonio de una

persona, son susceptibles de valoración económica y pueden ser trasladados por el ciberespacio de un lugar a otro.

Asimismo, las criptomonedas son bienes intangibles ya que no cuentan con una presencia física ni pueden ser percibidas por los sentidos; sin embargo, sí son susceptibles de valoración económica. Este bien intangible puede formar parte del activo de una empresa o puede ser empleado como un bien de cambio, dependiendo de la actividad a la que se dedica la empresa y la finalidad con la que se adquieren las criptomonedas. Cabe señalar que las criptomonedas sólo existen en el mundo digital.

Adicionalmente, es fungible⁴⁷ puesto que una criptomoneda puede ser recíprocamente sustituido por otro —a diferencia de los *NFTs*— y no consumible porque se puede usar sin que éste sea agotado.

En conclusión, en nuestro ordenamiento jurídico, las criptomonedas son bienes muebles, intangibles, fungibles y no consumibles.

De otro lado, cabe preguntarse cuál es la regulación de las criptomonedas en el Perú y la respuesta es que no existe normativa específica que regule este fenómeno. Por lo tanto, se enmarcan en la regla general de "*sujeción negativa al ordenamiento jurídico*" que aplica a los privados: se puede hacer todo aquello que la ley no prohíba. Sin embargo, como bien señala Castro⁴⁸, dicha regla general tiene como excepción

46. Cabe señalar que el BCRP, en el marco del trámite en el Congreso de la República del proyecto de "Ley Marco de Comercialización de Criptoactivos", ha emitido un Oficio[4] en el que menciona que las criptomonedas no constituyen activos financieros a través de los cuales se transmite la política monetaria y se da cumplimiento a las funciones del BCRP. Además, el BCRP menciona que las criptomonedas y los criptoactivos pertenecen al ámbito privado de los usuarios y no tienen respaldo institucional del poder público.

47. Hay quienes sostienen que el Bitcoin no es 100% fungible porque éstos pueden ser rastreados en la red y se encuentran determinados en la cadena de bloque. Sin embargo, para efectos del pago, los bitcoins tendrán el mismo valor en el mercado.

48. Álvaro, Castro, y Lucía Suárez. "Oferta de servicios de criptoactivos por parte de entidades del sistema financiero: análisis comparativo entre Perú y la Unión Europea." *Ita lus Esto* 16, (2022): 19. <https://www.itaIusesto.com/index.php/inicio/article/view/24>

el caso de privados cuya actividad está sujeta a una licencia y regulación especiales. Por ejemplo, empresas del sistema financiero —bancos, financieras, emisores de dinero electrónico— o de seguros autorizados a operar como tales por la SBS y cuyas actividades permitidas son definidas en la licencia correspondiente, en el marco de la Ley General de Bancos y sus normas reglamentarias.

Los autores⁴⁹ agregan que, el Perú, en la línea de muchos otros países del mundo, creó en 2021 un programa de “pruebas piloto” para servicios financieros —*sandbox* regulatorio—, que permite a las empresas testear modelos de negocio innovadores bajo la mirada del regulador y un esquema regulatorio ligero. Así, mediante Decreto de Urgencia 013-2020 —Decreto de Urgencia que promueve el financiamiento de la Mipyme, Emprendimientos y Startups, el Gobierno peruano facultó a la SMV y a la SBS a reglamentar e implementar *sandbox* regulatorios en el ámbito de sus funciones de supervisión.

En el caso específico de la SBS, la Quinta Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto de Urgencia 013-2020 incorpora a la Ley General de Bancos una disposición que le permite al regulador autorizar la realización temporal de cualquier operación o actividad a través de modelos novedosos, pudiendo otorgar excepciones a la regulación que les resulte aplicable a las personas naturales o jurídicas que realicen tales operaciones o actividades, así como respecto a las demás disposiciones necesarias para su desarrollo.

En agosto de 2021, mediante Resolución SBS N° 2429-2021 —el “Reglamento”—, la SBS reglamentó su *sandbox* regulatorio, estableciendo dos —2— regímenes:

- a) Régimen de flexibilización, en que las pruebas se enfocan en actividades asociadas a modelos contemplados en el marco

normativo actual, pero que requiere cierta flexibilización temporal; y,

- b) Régimen extraordinario, en que las pruebas de actividades están asociadas a modelos no regulados, pero bajo la competencia de la SBS. Cabe precisar que, a diferencia de otras jurisdicciones —e.g., México—, solo pueden formar parte del *sandbox* de la SBS empresas con licencia de organización o funcionamiento otorgada por aquella —e.g., bancos, financieros, empresas fiduciarias, empresas emisoras de dinero electrónico, etc.—.

En tal sentido, una empresa que quisiera aprovechar el *sandbox* de la SBS para testear la provisión de un servicio asociado a criptomonedas —custodia, intercambio, etc.—, tendría que acogerse al régimen extraordinario. Reforzando ese entendimiento, el artículo 8 del Reglamento establece que, en el caso del régimen extraordinario, la empresa que solicita autorización para el programa piloto debe justificar que el modelo novedoso no cuenta con un marco normativo aplicable y que, por su naturaleza, se encuentra relacionado a actividades bajo competencia de la SBS.

Ahora bien, conforme al numeral 44 del artículo 221 de la Ley General de Bancos, en tanto se tratarían de servicios no previstos expresamente en dicha norma, se requeriría previamente la opinión favorable del BCRP para que la SBS pueda regular y autorizar su prestación por parte de empresas del sistema financiero. En el caso de las criptomonedas, el involucramiento del BCRP parecería sensato dada la preocupación que muchos bancos centrales del mundo han expresado respecto del potencial impacto de dichos activos digitales en la estabilidad monetaria y de los sistemas financieros. Sin embargo, si el BCRP no emite una opinión favorable estaríamos frente a un resultado paradójico en materia regulatoria: empresas supervisadas —que cumplen obligaciones en materia de solvencia

49. Álvaro, Castro, y Lucía Suárez, *Oferta de servicios de criptoactivos por parte de entidades del sistema financiero: análisis comparativo entre Perú y la Unión Europea*, 21-22.

patrimonial, gestión de riesgos, ciberseguridad, *conduct of business*, etc.—, que no pueden brindar servicios relacionados a criptomonedas y; por otra parte, empresas no supervisadas que —a falta de una normativa expresa que lo restrinja o prohíba— están facultadas a brindar tales servicios. Es por ello que urge una regulación ligera y flexible que permita a las empresas del sistema financiero prestar servicios vinculados a las criptomonedas.

Finalmente, es importante mencionar que, a la fecha, existe el Proyecto de Ley N° 1042/2021-CR — Ley Marco de Comercialización de Criptoactivos. Esta iniciativa responde a la urgencia de establecer un marco normativo y regulatorio que defina los lineamientos para la operación y funcionamiento de las empresas de servicio de intercambio de criptoactivos a través de plataformas tecnológicas, basándose en los principios de libre mercado y de libre competencia. Este proyecto señala que las entidades bancarias y no bancarias que presten el servicio de venta e intercambio de criptoactivos deberán registrarse en el Registro Único de Plataformas de Intercambio de Criptomonedas — RUPIC. Asimismo, estas empresas deberán cumplir con una serie de obligaciones tales como: (i) Constituirse como persona jurídica domiciliada en el Perú o como una sucursal de una sociedad extranjera; (ii) Estar debidamente inscrito en la Superintendencia de Banca y Seguros; (iii) Incorporar en la minuta de constitución como objeto social exclusivo la realización de actividades calificadas como “Servicios de Intercambio de Criptoactivos”; (iv) Contar con sistemas de ciberseguridad que aseguren la confidencialidad, disponibilidad e integridad de la información; (v) Adoptar medidas preventivas contra el lavado de activos y la financiación al terrorismo; (vi) Reportar operaciones sospechosas a la Unidad de Inteligencia Financiera; (vii) Dar cumplimiento a la normativa de protección de datos personales; (viii) Informar al usuario, en idioma español, de todos los riesgos asociados con sus servicios y con los criptoactivos.

VIII. SMART CONTRACTS

El éxito de Bitcoin demostró al mundo que era posible crear y transferir una moneda virtual

utilizando la tecnología *blockchain* sin tener que depender de un banco u otra institución financiera. No obstante, no pasó mucho tiempo para que los expertos en la materia se comenzaran a cuestionar si es que esta tecnología podía ser utilizada para el desarrollo de otras aplicaciones.

Es en este contexto en donde aparece Vitalik Buterin, quien es el cofundador de la *blockchain Ethereum*. Su historia es bastante peculiar porque fue un cambio en los parámetros del juego *World of Warcraft* lo que lo inspiró a que se inmiscuya en la tecnología *blockchain* para luego crear *Ethereum*. El mismo Vitalik cuenta que debido a una actualización hecha por la compañía Blizzard —dueños del juego—, eliminaron el hechizo *Siphon Life* que afectaba a uno de sus personajes. Esta experiencia le sirvió para ver el lado más negativo de los sistemas de desarrollo de software centralizados, ya que no podía comprender cómo es que una empresa podía unilateralmente arrebatarle algo que le había costado tanto esfuerzo de conseguir.

A medida que conocía más sobre esta nueva tecnología, Vitalik Buterin comenzaba a darse cuenta de que una *blockchain* podía ser más que un libro contable descentralizado y que podía aportar más valor que solamente ser un sistema de transmisión de monedas virtuales sin intermediarios. En el *White Paper* de *Ethereum* se habla de nuevas funcionalidades y se proponía que la red *blockchain* no fuera solo una entidad para almacenar y validar transacciones, sino que también, de forma automática y consensuada, pudiera actuar de intermediario con ejecución de contratos. De ahí nació el concepto de “*smart contract*” en una *blockchain*, una forma de añadir cierta inteligencia y aprovechar el procesamiento en la ejecución de actividades sobre todas las transferencias o eventos que pudieran procesar dentro de la red. El *White Paper* de *Ethereum* comienza de la siguiente forma:

“La publicación de Bitcoin en 2009 por parte de Satoshi Nakamoto a menudo se ha aclamado como un avance radical en el ámbito del dinero y las divisas, siendo el primer ejem-

plo de un activo digital que a la vez no tiene respaldo o valor intrínseco ni un emisor o mando centralizado. Sin embargo, otra parte, quizás más importante, del experimento de Bitcoin es la tecnología subyacente de blockchain como una herramienta de consenso distribuido, aspecto del Bitcoin sobre el cual se está empezando rápidamente a centrar la atención. Las aplicaciones alternativas que se citan comúnmente de la tecnología de blockchain incluyen el uso de los activos digitales blockchain para representar divisas a medida e instrumentos financieros —monedas coloreadas—, la propiedad de un artefacto físico subyacente —propiedad inteligente—, activos no fungibles como nombres de dominio —Namecoin—, así como aplicaciones más complejas que involucran activos digitales controlados directamente por un fragmento de código que implementa reglas arbitrarias —contratos inteligentes— o incluso organizaciones autónomas descentralizadas basadas en blockchain —DAO—. Lo que Ethereum pretende es proporcionar una blockchain con un lenguaje integrado Turing completo y plenamente desarrollado que se puede usar para crear "contratos" que, a su vez, se pueden utilizar para codificar funciones arbitrarias de transición de estados, permitiendo a los usuarios crear cualquiera de los sistemas descritos anteriormente, así como otros que todavía no hemos imaginado, tan solo escribiendo la lógica en unas pocas líneas de código".

En tal sentido, una de las grandes diferencias entre la *blockchain* de Bitcoin y la de Ethereum radica en lo que se conoce como la "*Ethereum Virtual Machine*" o EVM. La EVM es una de las piezas claves en el funcionamiento de la *blockchain* de Ethereum. Su función es la de permitir la ejecución de programas o *smart contracts* con la finalidad de desplegar sobre dicha *blockchain* una serie de funcionalidades añadidas para que los usuarios puedan disfrutar de las mismas. La EVM permite el diseño y la ejecución de *smart contract* y se utiliza un lenguaje de programación denominado *solidity*.

Ahora bien, la idea de los contratos intelligen-

tes es más antigua de lo que podría pensarse. En la década de los 90, el jurista, informático y criptógrafo Nick Szabo trató ampliamente la tesis de los contratos inteligentes definiéndolos como un protocolo de transacción computarizado que ejecuta los términos de un contrato, que sirviera para dar lugar a unas relaciones contractuales donde el incumplimiento contractual fuera costoso para quien lo incumpliera. Se observa cómo la idea básica que reside detrás de esta tesis es la de aportar seguridad al cumplimiento de un contrato, evitando así conflictos y, consecuentemente, la necesidad de acudir a los tribunales; ello permite concluir que los *smart contracts* cumplen una especie de autoayuda —*self-help*—.

Cabe preguntarse por qué en los años 90s esta idea no tuvo tanta repercusión. La razón de ello es que, desde su concepción, existieron una serie de problemas que impedían llevar a la práctica su implementación, tales como la imposibilidad del código informático de poder controlar los activos a efectos de hacer cumplir los acuerdos, así como la dificultad de encontrar un código informático sobre el que recaiga la confianza de las partes contratantes, en tanto ejecute lo acordado por ellas y que no pueda ser manipulado. Si bien no es necesaria la tecnología *blockchain* para codificar y automatizar un contrato, lo cierto es que esta tecnología resuelve el primer problema en mención ya que permite controlar el activo a través de un código o clave escrita en lenguaje criptográfico asociado a ese activo. Asimismo, lo que permite esta tecnología es masificar y globalizar el uso de los *smart contracts* debido a sus características de inmutabilidad, trazabilidad, descentralización y seguridad.

En este orden de ideas, un *smart contract* o contrato inteligente es un programa informático que se almacena en la *blockchain*, cuyas líneas de código reemplazan los términos y condiciones que se encuentran en un contrato tradicional que sigue un "*script*" —secuencia de comando— a fin de ejecutarse de forma automática sin que medie un tercero entre las partes. Es decir, mediante el uso del código informático se verifica y ejecuta un acuerdo entre partes

sin intervención de estas. Esta tecnología permite la ejecución automática e independiente de aquellos términos de un contrato que sean objetivables mediante la siguiente fórmula matemática: “If + Then”, esto es, “Si ocurre esto... entonces sucederá lo siguiente...”. Esto permite que las cláusulas contractuales sean vinculantes y automáticas, dado que pueden autoejecutarse a través de la información que reciben. Además, permiten garantizar la ejecución de un contrato de forma neutral y ser más eficientes en la distribución de bienes y servicios. Por lo que para que el contrato pueda ser verificado y ejecutado de manera automática, necesitamos que dichas cláusulas o condiciones sean objetivas u objetivables, ya que los *smart contracts* utilizan la lógica booleana.

En efecto, como bien señala Abel Revoredo, los *smart contracts* son acuerdos, escritos en código de programación, que ejecutan automáticamente funciones programadas cuando se cumplen ciertas condiciones preestablecidas. En otras palabras, cuando la condición “A” se cumple, genera que la acción “B” se realice. Esta es la idea simplificada detrás de los *smart contracts*⁵⁰. El funcionamiento de los contratos inteligentes parte de un acuerdo entre las partes contractuales, las cuales deciden valerse de las características de un *smart contract* para ejecutar los términos del acuerdo una vez se verifiquen las condiciones preestablecidas en dicho acuerdo. Especial relevancia tiene el hecho de que el acuerdo, de forma total o parcial, se codifica y se almacena en una cadena de bloques, dotándole de inmutabilidad y seguridad.

En el Ted Talk denominado “How Smart Contracts Will Change the World”, Olga Mack señala que un *smart contract* es una suerte de “máquina expendedora —*vending machine*— con esteroides”. De hecho, Nick Szabo también hace el símil. Este *speaker* sostiene que los *smart contracts* cumplen tres funciones esenciales: (i) Guardan reglas; (ii) Verifican el cumplimiento de las reglas; (iii) Autoejecutan el comando una

vez verificado el cumplimiento de la regla. Esto también ocurre con una máquina expendedora de *snacks*. En primer lugar, la máquina tiene guardada la regla de que una vez insertadas las monedas equivalentes al precio del producto, el consumidor obtendrá el producto elegido. En segundo lugar, una vez insertada la moneda, verifica el valor de la misma y el producto de elección. Finalmente, luego de culminar el proceso de verificación, la máquina ejecuta la orden y el consumidor obtiene el snack que eligió. ¿Por qué se dice que es una *vending machine* con esteroides? Porque la complejidad en la automatización del contrato depende de la complejidad del contrato. Por ejemplo, en un contrato inteligente de compraventa de una acción, cuando el comprador le hace el pago del dinero al vendedor, el *smart contract* comunica inmediatamente a la sociedad, quien a su vez registra al nuevo titular de la acción y expide un certificado digital de acciones.

A lo largo del presente artículo, hemos podido apreciar cómo los *smart contracts* se sirven de la tecnología *blockchain* para ejecutar automáticamente un contrato al darse la verificación de las condiciones preestablecidas en el mismo; lo cual permite que sea un proceso especialmente rápido y eficiente. Por otro lado, el uso de los contratos inteligentes no necesita de terceras partes ni intermediarios, lo cual, además de permitir mayor rapidez, repercute positivamente en la reducción de costes y en que la confianza se traslada al código, difícilmente manipulable una vez almacenado en la cadena de bloques. Sin embargo, ¿cómo podemos beneficiarnos de los *smart contracts*?

Literalmente, existen cientos de ejemplos:

- a) En el sector de seguros, una persona podrá someterse a una operación y ni bien salga de ella podrá ver en su cuenta el reembolso del pago sin tener que estar peleándose con la aseguradora.
- b) En el sector de transportes, si un avión

50. Revoredo, Abel. Blockchain y Smart Contracts: ¿Hay futuro para los abogados? Recuperado de: <https://gestion.pe/blog/cyberlaw/2018/03/blockchain-y-smart-contracts-hay-futuro-para-los-abogados.html/?ref=gesr>

- o tren se demora, automáticamente se transferirá el precio del ticket más una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.
- c) En el sector de apuestas, quien gane la apuesta no tendrá que estar persiguiendo al perdedor para que le pague.
 - d) En el sector financiero, los bancos podrán ejecutar hipotecas o garantías cuando el deudor deje de pagar.

En tal sentido, los contratos inteligentes aportan transparencia, previsibilidad, control y facilidad de cumplimiento a las relaciones contractuales a la vez que mitigan los riesgos asociados con la participación humana, ya que buscan reducir los costos transaccionales, eliminar a los intermediarios y simplificar la ejecución de los contratos. Esto sin duda repercute en el ordenamiento jurídico, dado que la actividad comercial que se ejecuta vía un *smart contract* no puede separarse del Derecho Contractual. Entonces, ¿cuál es la naturaleza jurídica de los *smart contracts*? Al hilo de lo indicado anteriormente, los *smart contracts* pueden ser vistos desde dos perspectivas distintas: por un lado, desde una perspectiva informática que los concibe como un código informático, y, por otro lado, desde una perspectiva jurídica que concibe al código informático como una herramienta al servicio de un acuerdo que se redacta total o parcialmente en código para servirse de la autoejecución con la verificación de condiciones estipuladas en un acuerdo que posee relevancia jurídica⁵¹.

Con base a lo anterior, ¿un *smart contract* puede ser considerado como un contrato para el Derecho Civil peruano? Desde el punto de vista formal, el hecho de que los contratos legales inteligentes se redacten, en todo o en parte, en forma de código informático no supone ningún obstáculo para reconocerles la consideración de un contrato dado que el Código Civil peruano consagra en su artículo 143 el principio

de libertad de forma, esto es, que las personas pueden manifestar su voluntad de la forma que estimen conveniente, salvo que se exija una formalidad determinada para ciertos actos jurídicos. Es decir, ante el silencio de la ley, las partes son libres de escoger cualquiera modalidad de exteriorización del querer. Por tanto, observamos que la libertad de forma que prevé la legislación peruana significa que las partes pueden elegir plasmar un contrato en la forma de *smart contract*, sin perjuicio de requisitos formales que puedan establecerse.

Recordemos que nuestro Código Civil permite explícitamente la utilización de medios electrónicos para manifestar la voluntad al momento de celebrar un acto jurídico debido a una reforma llevada a cabo en junio del año 2000, a través de la promulgación de la Ley 27291, la cual modificaba los artículos 141 y 1374 del Código Civil, así como, agregaba el nuevo artículo 141-A a dicho cuerpo normativo. En ese sentido, los *smart contracts* se caracterizan por su naturaleza electrónica y no son más que una variante de los contratos electrónicos, entendidos como aquel acuerdo de dos o más personas que se obligan entre sí o respecto de otra u otras, para crear, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial —como puede ser dar alguna cosa o prestar algún servicio—, con la particularidad de que el consentimiento de las partes que se presta por medios electrónicos, es permitido en nuestro ordenamiento jurídico.

Los contratos electrónicos, al igual que cualquier otro tipo de contrato, deberán reunir los requisitos esenciales para la validez de todo contrato; esto es, que los agentes capaces hayan manifestado su consentimiento, el objeto contractual sea física y jurídicamente posible, que cuente con un fin lícito y que siga la formalidad exigida por ley. Los contratos electrónicos se perfeccionan cuando el remitente obtiene un acuse de recibo de conformidad con el artículo 1374 del Código Civil.

51. Fetsyak, Ihor. "Contratos Inteligentes: Análisis jurídico desde el marco legal español." Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR 18, (2019): 197-236. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7814692>

Como bien señala, Agustina Pérez, es importante entender que en el caso de los *smart contracts* no nos encontramos ante un nuevo tipo de contrato, sino ante una nueva herramienta para contratar con medios electrónicos que permite aplicar de manera profunda el famoso principio de *"pacta sunt servanda"* —la eficacia o cumplimiento no puede dejarse al arbitrio de una de las partes—, de forma que la naturaleza de los contratos "tradicionales" es aplicable, sin necesidad de tener una norma expresa, siempre que el mismo sea "programado" con el consentimiento de ambas partes⁵².

Al haber concluido que los contratos legales inteligentes pueden llegar a tener la consideración de contratos, resulta inevitable señalar que a la fecha existen más dudas que certezas en la aplicación de esta tecnología al mundo contractual.

1. ¿Qué ocurre con aquellos contratos que necesitan de una formalidad específica?

Tal como hemos mencionado anteriormente, en el ordenamiento jurídico peruano existe el principio de libertad de forma. Sin perjuicio de ello, una práctica recomendable es que igual se redacten los contratos de la forma "tradicional" y posteriormente los términos y condiciones del mismo se traduzcan a *solidity* u otro lenguaje de programación. De este modo, las partes tendrán el contrato por escrito e inclusive podrán cumplir con todas las formalidades exigidas por ley y a su vez tener un *smart contract* que sea una representación de dicho contrato. De esta forma, se puede conseguir cumplir con los requisitos de validez del acto jurídico y poder ejecutar automáticamente las prestaciones del contrato una vez que se cumplan determinadas condiciones. Esta buena práctica podría lograrse al exigir a las partes contratantes que acepten términos en lenguaje natural que con-

fieren un efecto contractual vinculante sobre la transacción realizada por el código. El contrato inteligente sería entonces "lanzado" y autoejecutado con efecto legal de acuerdo con los términos codificados. En consecuencia, con las medidas adoptadas para garantizar que se cumplan las formalidades legales y los elementos constitutivos de un contrato, es muy probable que un contrato inteligente y el resultado de su autoejecución puedan considerarse jurídicamente vinculantes⁵³. La versión en "word" o "pdf" del contrato podría ser *hasheada* para que quede registrada en la *blockchain*.

2. ¿Cómo se firma un smart contract?

En principio, quien tiene acceso a su *wallet* puede autenticarse y celebrar operaciones con otra *wallet*. Sin embargo, en el mundo "off-chain" quien celebra un contrato, en muchas ocasiones, debe tener poderes suficientes para poder llevar a cabo dicho acto jurídico. Es por ello que una forma para firmar electrónicamente un *smart contract* podría ser a través de una video-firma que cuente con varias formas de autenticación y luego esta firma electrónica se registre en la *blockchain* a través de un *hash*.

3. ¿Qué ocurre si el smart contract tiene ciertos vicios e irregularidades?

Con la perfección del contrato, éste deviene en obligatorio y vincula a las partes, las cuales deberán cumplir lo expresado en el mismo — artículo 1361 Código Civil— No obstante, el contrato puede tener ciertos vicios e irregularidades que impidan que el contrato sea válido y, por ende, vincule a las partes. Esta cuestión resulta de enorme calado a la hora de relacionarlo con los contratos inteligentes dado que la automatización característica de los mismos es ajena a la concurrencia de toda clase de vicisitudes porque el software seguirá ejecutando

52. Pérez, Agustina. Concepto y aspectos legales a considerar en la formación de un contrato inteligente. Recuperado de: <https://montevideolegalhac.wixsite.com/website/post/concepto-y-aspectos-legales-a-considerar-en-la-formaci%C3%B3n-de-un-contrato-inteligente>

53. Revoredo, Abel. *Blockchain y Smart Contracts: ¿Hay futuro para los abogados?*

los términos reflejados en el código, sean estos legales o no. Sin embargo, un *smart contract* debe respetar lo dicho por el ordenamiento jurídico. En ese sentido, a pesar de que las prestaciones se ejecuten de forma automática a pesar de tener algún vicio, esta ejecución genera una serie de efectos jurídicos que el Derecho no puede dejar al margen. Por tanto, en caso de que concurran causales de nulidad o de anulabilidad, las partes podrán solicitar la restitución de las prestaciones. En otras palabras, al igual que un contrato “tradicional” se anula, un *smart contract* también podrá ser anulado. Por consiguiente, es importante que las partes prevean este supuesto.

4. ¿Qué cláusulas se deberían considerar a la hora de programar el *smart contract*?

Como bien señala Agustina Perez, la etapa de preparación del contrato inteligente puede considerarse una de las etapas más importantes de todo su proceso, por eso es importante tener un asesoramiento adecuado y un armado de estructura metódico y conservador. Mas allá de que es claro que no pueden contemplarse todos los posibles desarrollos, es pertinente tener algunos aspectos contemplados de forma previa a su ejecución. En todo el procedimiento, siempre debemos tomar en cuenta la regulación prevista en nuestro derecho y respetarla de acuerdo al tipo de contrato que estemos programando.

Sin perjuicio de que se contrate a un programador para redactar el contrato inteligente o se utilice un modelo, las partes deben incluir cuando menos las siguientes cláusulas:

- a) Identificación de las partes: La posibilidad de que no sea posible o sea muy complicado identificar a las partes y que el *smart contract* se almacene en una red *blockchain* supone un serio obstáculo de cara a determinar la ley aplicable al contrato legal inteligente y la jurisdicción competente para conocer de las posibles disputas que puedan derivar del mismo. Es por ello que para que el contrato se cumpla, evidentemente se requiere conocer la identidad de las partes. Esta identidad debe estar vinculada a las claves públicas que utilizarán.
- b) Ley aplicable y jurisdicción competente: Uno de los principales retos de la tecnología *blockchain* y la aplicación de los contratos inteligentes es que son un fenómeno multijurisdiccional, es decir, las partes están situadas en distintos países y el activo sobre el que se está transaccionando puede ser algo virtual, sin una presencia física. Esto es muy importante porque la mayoría de las veces se aplica una norma u otra en función de dónde esté físicamente el activo o las partes. Es por ello que es imperativo que las partes fijen voluntaria y expresamente cuál es la ley que rige el contrato y cuál es la jurisdicción competente en caso exista alguna controversia.
- c) Cláusula de resolución de conflictos: Resulta importante que las partes prevean *ex ante* cómo es que se van a resolver los conflictos que pudieran darse en el futuro. Nada impide a las partes acudir alternativamente a un árbitro, que podría ser una opción más interesante que la de acudir al juez ordinario dada la especialización de los árbitros. Dicha cláusula podría recogerse tanto “*off-chain*” como en el propio *smart contract*, pudiendo articularse asimismo un mecanismo mediante el que se suspendiera la ejecución del *smart contract* hasta que el árbitro resolviera.
- d) Interpretación del contrato: Se debe establecer si la programación prevalece sobre el contrato escrito o viceversa.
- e) Utilización de oráculos: La verificación de las condiciones preestablecidas en el *smart contract* requerirá normalmente de la concurrencia de los denominados “oráculos”, encargados de conectar el código con el mundo exterior y comunicar al primero la concurrencia de las condiciones preestablecidas en el *smart contract*. Una limitación de los *smart contracts* es que se encuentran limitados a obtener información de la misma *blockchain* y para autoejecución.

tarse requiere de información “*off-chain*”. Un oráculo tiene como principal función, ser un servicio mediante el cual un *smart contract* se nutre de información externa a la *blockchain* sobre la que se ejecuta. Este “*input*” puede desencadenar una acción específica dentro de la misma según una determinada programación. Es por ello que resulta trascendental que el oráculo sea fiable y seguro al fin de evitar una auto ejecución equívoca.

- f) Auditoría técnica antes de la ejecución del *smart contract*: Una auditoría de seguridad técnica proporciona un análisis detallado de las vulnerabilidades de un *smart contract*. Por lo general, los auditores examinan el código de los contratos inteligentes, redactan un informe y lo proporcionan al proyecto para que este trabaje con él. Luego, se publica un informe final en el que se detallan los errores pendientes y el trabajo ya realizado para abordar problemas de rendimiento o seguridad.
- g) Cláusula de escape: ¿Un contrato inteligente es reversible? Si no lo es, ¿qué ocurre si se ejecuta automáticamente una operación incorrecta ya sea por un error humano en la codificación o por una situación “gris”? Es claro que la inalterabilidad del contenido del contrato inteligente debido a la característica propiciada por el uso de la tecnología *blockchain* tiene muchos beneficios como la seguridad y transparencia del acuerdo. Sin embargo, la inmutabilidad también genera un “riesgo de actuación” en la ejecución contractual, ya que las partes no están en la capacidad de prever con exactitud todos los supuestos de hecho a los que se enfrentarán. No existe contrato perfecto. Por tanto, esta característica de la *blockchain* haría que las partes se vean obligadas a trazar en detalle y con mucha minuciosidad cada una de las facetas y vías por las que el contrato debe desenvolverse. Esto sin duda genera enormes costos de transacción por lo que es importante tener un mecanismo de escape. Para ello debería

el contrato codificarse con un plan B alternativo si el plan A falla y no se puede llevar a cabo la operación inicialmente deseada por las partes. Por ejemplo, el código tiene una ruta alternativa ejecutable en caso de que concurran determinadas circunstancias.

- h) Remedios para errores de codificación, bugs, oráculos erróneos u otros fallos tecnológicos: En aquellos supuestos donde la inejecución contractual no es imputable a las partes, ya sea por un error de programación o un “*bug*” en el *smart contract* o porque el oráculo fue hackeado y dio información falsa, se daría un resultado no deseado por las partes. Si bien, una vez ejecutado el *smart contract*, se generaría una pretensión de restitución de lo pagado por la configuración de un enriquecimiento indebido, además de existir una pretensión de cumplir con la prestación debida, bien mediante un segundo *smart contract* correctamente redactado o bien por un contrato tradicional, esto en la práctica supondría que las partes incurran en altos costos de transacción. Por consiguiente, se deben pactar “*off-chain*” los remedios ante estas situaciones y asignar el riesgo ante el malfuncionamiento del *smart contract*.

Los *smart contracts* surgieron con la idea de aportar seguridad al cumplimiento de lo estipulado en una relación contractual haciendo que el incumplimiento contractual fuera costoso para el que lo incumpliera, evitando así la necesidad de acudir a los tribunales. En este sentido, la ejecución automática de los *smart contracts* no requiere de la intervención de las partes contractuales, lo cual restringe de forma importante el incumplimiento. Sólo el tiempo dirá si la sociedad se adecuará a esta realidad. También debemos de observar cómo es que esta tecnología se potenciará con el *machine learning* conllevando a que ese código sea capaz de hacer valoraciones subjetivas por sí mismo, como determinar si una sociedad está válidamente constituida para después ejecutar sobre ella esas órdenes.

IX. CONCEPTO DE TOKENIZACIÓN DE ACTIVOS

Recuerdo que cuando era niño iba a jugar *Street Fighter* o *Pacman* en estas máquinas de *arcade* en Daytona o en Larcomar. Para ello uno debía insertar una ficha que se canjeaba por dinero en un cajero. Una ficha equivalía a una determinada cantidad de soles de acuerdo con lo que el local establecía. Algo muy similar ocurre con las fichas que uno canjea en los casinos. En ambos ejemplos, se puede apreciar que existe un consenso entre todos los participantes en el que se le atribuye un determinado valor a estas fichas para emplearlos para un determinado fin. Y, en esencia, esto es lo que ocurre con la tokenización de activos, que no es otra cosa que la representación de un activo o un derecho en un activo digital.

El proceso de tokenización no es nada nuevo para el ser humano y ha existido desde mucho antes que aparecieran las redes de *Blockchain*. Los tokens representan cualquier forma de valor económico o derecho. Por ejemplo, las “*gift cards*”, los programas de lealtad como los “puntos bonus” o el programa de millas, las fichas que entregan en los guardarropas de las discotecas, las pulseras para entrar a conciertos, zonas vip u hoteles “*all inclusive*” son formas de representar algo. Son tokens en el mundo analógico. Inclusive, si uno analiza detenidamente, el número de DNI es un token que representa la identidad de una persona. Un asiento en una partida registral es un token que representa algún derecho o acto inscribible.

Ahora bien, cuando hablamos de la tokenización de activos nos referimos a la transformación y representación digital de activo(s) o de derecho(s) dentro de una *Blockchain*. Dicho proceso digital crea un bloque dentro de la *Blockchain* en donde se logran registrar las propiedades únicas del activo o del derecho que se está tokenizando. En otras palabras, en la *Blockchain* se almacena toda la información referen-

te al objeto o derecho que se está tokenizando. Una vez creado el token, este puede intercambiarse, almacenarse y compartirse libremente. La tokenización es, en definitiva, la conversión de los derechos de propiedad de un activo o la transformación de los derechos de un título en un ‘token’ comercializable dentro del espacio *Blockchain*.

Tokenizar es representar un derecho —personal o real, o sobre un bien tangible o intangible— en un registro distribuido —*Blockchain*— privado a efectos legales —en el sentido de que no está respaldado por la Administración, como ocurre con el Registro Mercantil o con el Registro de la Propiedad, por ejemplo— y público o semipúblico a efectos tecnológicos, materializándose dicha representación en anotaciones contables unitarias llamadas tokens. Además, dichos tokens irán ligados siempre a una cuenta concreta —denominado, en la jerga *Blockchain*: *wallet* o monedero— que permitirá poseer y transferir los tokens. Por tanto, los tokens son, en esencia, transmisibles y, generalmente, su legítimo propietario es el propietario de la *wallet* que los almacena y controla⁵⁴.

Si acabas de leer los dos párrafos anteriores y te suenan a “chino mandarín” no te preocupes que hasta hace poco estaba en la misma situación. Es por ello que considero que es de suma importancia aterrizar en ejemplos cómo es que se puede utilizar la tokenización de activos en nuestra vida cotidiana.

Si eres fanático del deporte, como yo, este ejemplo te puede servir para entender lo que son los tokens. Imaginemos que tu club favorito de fútbol emite mil “*fan tokens*”. Quien compra estos tokens tendrá derecho a descuentos en entradas y mercancía oficial del equipo. También da el derecho a reunirse de forma privada una vez cada 6 meses con los jugadores y adquirir pasajes en avión para acompañar al equipo en todos sus partidos de visitante, entre

54. Pascual, Javier. Tokenización de activos: Naturaleza jurídica del token y del activo. Recuperado de: <https://www.legaltoday.com/legaltech/novedades-legaltech/tokenizacion-de-activos-naturaleza-juridica-del-token-y-del-activo-2019-11-20/>

otras experiencias y recompensas. Seguramente te estás preguntando: *¿Para qué necesito un token si esto lo puedo hacer con una promoción común y corriente?*

La *Blockchain* permite garantizar la trazabilidad del token. Dicho de otro modo, esta tecnología permite crear una base de datos electrónica que refleje a tiempo real quiénes son los titulares de ese derecho en cada momento y en él se establecen las reglas para que dicha base de datos pueda modificarse cada vez que el derecho se transmita, determinando con ello quién es el nuevo titular. Esto nos lleva del *"Internet de la información"* al *"Internet de Valor"*. Si pensamos en un archivo pdf como activo digital, una vez enviado se pierde el control del bien, dado que cualquiera lo puede enviar, reutilizar o eliminar. En cambio, con la tokenización, siempre se puede trazar en la *Blockchain* la titularidad del token. Esto permitiría, en el ejemplo anterior, que cuando un hincha, titular del token, se aburra de los beneficios de este lo pueda vender a otro hincha. El token se puede programar de tal manera que, ante cada transacción, el club pueda percibir un ingreso por esa venta, lo cual cambia las reglas de juego completamente.

Pongamos otro ejemplo. Imaginemos que tienes una banda de música y en vez de firmar un contrato con una disquera decides emitir tokens que representen el 20% de los derechos de autor por perpetuidad sobre la música que compongan. Los fans que confiaron en el grupo desde un inicio van a poder ganar el 20% de las regalías y cada vez que ellos decidan vender sus tokens a otros fans, la banda también podrá percibir un ingreso por esa venta. Si los tokens se adquirieron a US\$2,000 cada uno y luego el grupo termina siendo el nuevo "Nirvana", los fanáticos podrían venderlos por cientos de miles de dólares. Sin duda alguna un *"game changer"*.

No cabe duda de que la capacidad disruptiva de la tecnología *Blockchain* la encontramos en la tokenización. Tal como se señala en el libro *"La Economía del Token"* de Shermin Voshmgir: *"La posibilidad de desplegar tokens a un bajo costo y relativamente con poco esfuerzo en una infraestructura p2p puede cambiar las*

reglas del juego, porque hace económicamente posible representar muchas clases de activos y de derechos de acceso de una manera digital que en el pasado no era posible". La tokenización de activos en *Blockchain* puede aplicarse prácticamente a cualquier cosa. La NBA puede tokenizar momentos legendarios y venderlos como coleccionables. Los desarrolladores de juegos van a crear videojuegos en donde sus jugadores puedan "jugar para ganar" —*"play to earn"*— los tokens del mismo juego para luego ser canjeados por dinero real o inclusive cambiarlo por otros tokens que sirvan para otros videojuegos. Las empresas podrán emitir deuda para financiarse a través de tokens. Asimismo, las acciones, los bonos y los inmuebles también podrán ser tokenizados. Incluso las identidades de las personas podrán ser tokenizadas. Esta capacidad de tokenización abre las puertas a una transformación digital sin precedentes.

Lo que diferencia esta tokenización con otros procesos de representación virtual —como las millas, por ejemplo— es que el token cuenta con una lógica interna, que se encuentra sujeto a ciertas condiciones. Es aquí en donde el fenómeno de tokenización se junta con el fenómeno de los contratos inteligentes, que son el código responsable no sólo de crear a los tokens sino también de gestionar las transacciones que se realizan con los tokens. En términos sencillos, el *smart contract* actúa como el cajero en la tienda de arcade cambiando el dinero por fichas. Esa es la relación que existe entre un token y un *smart contract*. En términos jurídicos, el token es el objeto digital —bien materia del acto jurídico— sobre el que incide el código informático del *smart contract*.

En definitiva, el proceso de tokenización se refiere a la emisión de tokens que se introducen como bloque dentro de una *Blockchain* y pueden ser almacenados y transferidos en el mundo digital. Estos tokens existen en la *Blockchain*, actúan como una reserva de valor y otorgan a sus titulares los derechos de los activos que representan, mientras que los activos del mundo real respaldados por estos tokens continúan existiendo *"off-chain"*. Desde un punto de vis-

ta jurídico, cuando hablamos de “tokenización” de activos estamos hablando de un negocio jurídico complejo, unilateral y recepticio integrado normalmente por el negocio jurídico de la emisión y el de representación digital propiamente dicho⁵⁵.

Después de entender que la *tokenización de activos* no es más que una forma extravagante de hablar de *titulización de activos y derechos a través de la Blockchain*, lo que corresponde cuestionarnos es cuál es la naturaleza jurídica de los tokens. Vale preguntarse si un token que represente un derecho a un descuento de un determinado producto o servicio tendrá la misma naturaleza que un token que represente un bien inmueble o un valor mobiliario.

Si se analiza al token de forma aislada podemos concluir que las características de un token son las siguientes:

- a) Es susceptible de valoración económica y formará parte del patrimonio de una persona por lo que es considerado como un bien;
- b) Al poder trasladarse de “*wallet*” a “*wallet*” y ser apropiado por la esfera jurídica de un sujeto, será considerado como bien mueble;
- c) Algunos tokens son fungibles y otros no. Por ejemplo, el *bitcoin* o el *ether* y, en general, los tokens que siguen el estándar ERC-20 son bienes fungibles; es decir, que puede ser recíprocamente sustituido por otro. Sin embargo, también pueden existir tokens no fungibles, que siguen el estándar ERC-721. Estos últimos son los famosos “*NFTs*”.
- d) Se encuentra dentro del tráfico mercantil —salvo que represente un activo prohibido—.
- e) Puede ser divisible o indivisible. Será divisible cuando se pueda dividir en fracciones más pequeñas como sucede con *bitcoin*

y sus *satoshis*. Será indivisible cuando los tokens estén vinculados a la identidad, como los certificados y los títulos. No tendría sentido tener una fracción de un título o de una licencia de conducir.

Sin embargo, enunciar las características de los tokens no responden realmente si el token es el derecho subjetivo que está representando o si es la ficha digital sobre la que recae un derecho de propiedad. En mi opinión, me inclinaría más por la primera postura, dado que la naturaleza jurídica del token es muy similar a un título valor, ya que es un activo digital que contiene un derecho. El token será el título representativo del derecho subyacente que se encuentra registrado en la Blockchain. Debido a que nuestra legislación no contempla la figura de la tokenización de activos, se deberá analizar caso por caso si es que los derechos que se pretenden tokenizar son susceptibles de tal proceso.

Un tema que es de bastante importancia cuando se pretenda determinar la naturaleza jurídica del token es ver si existen elementos particulares de los activos o derechos que se pretendan tokenizar y ver si esto puede alterar el marco regulatorio aplicable a los mismos. Generalmente, esto sucede cuando el token se desenvuelve en el ámbito de sectores regulados o con grandes formalidades o restricciones para celebrar determinadas transacciones. Si bien no existe un consenso regulatorio internacional sobre las clases de tokens y su naturaleza jurídica, considero que se pueden clasificar en los siguientes tipos:

- a) Tokens de pago o de intercambio: Son aquellos que son usados como un mecanismo de intercambio con la finalidad de adquirir bienes o servicios o utilizarlo como depósito de valor. En esta categoría entraría *bitcoin*, *ether*, *sol*, *doge*, así como los *stablecoins* o monedas estables como *tether*, que normalmente se encuentra res-

55. Ruiz-Gallardón y García de la Rasilla, Miguel. Tokenización de activos y blockchain. Aspectos Jurídicos. Recuperado de: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-91-92/10107-tokenizacion-de-activos-y-blockchain-aspectos-juridicos>

paldada por un activo a efectos de no verse afectado por la volatilidad del mercado.

- b) *Security Tokens* o Tokens de Inversión: Aquellos tokens cuyo derecho subyacente otorga derechos sobre el capital de una sociedad, sus dividendos o emisión de deuda. Es transmisible y existe una expectativa por parte del adquirente de obtener un beneficio económico, mientras que por el lado del emisor busca un financiamiento. Si bien en el Perú, este tipo de tokens no encajan dentro de la definición de “valores mobiliarios”, la Ley de Promoción del Mercado de valores autoriza a la Superintendencia de Mercado de valores a aplicar el principio de “primacía de la realidad” para definir cuándo estamos frente un activo financiero, cuya compra o suscripción es publicitada en forma masiva —por ejemplo, a través del internet o redes sociales— por personas o entidades no supervisadas. Es decir, bajo la legislación actual los reguladores podrían restringir la comercialización de este tipo de tokens si consideran que funcionan como activos financieros.
- c) *Utility Tokens* o Tokens utilitarios: Es aquel token cuyo derecho subyacente representa un uso específico, normalmente de un bien o un servicio. Se trata de promociones, descuentos, accesos. Tiene por fin fidelizar a los titulares de los tokens. No es un instrumento financiero, a pesar de que por sus características técnicas sea esencialmente transmisible. Se rige por el derecho civil y mercantil.

Un reto legal al que se enfrentan los tokens es que, en ocasiones, las propias características de los tokens permiten su uso para más de una finalidad e inclusive se puede desviar de lo originalmente planeado, ya que finalmente las leyes de oferta y demanda por un determinado token pueden elevar su valor y, finalmente,

ser comercializados en un mercado secundario. Los usuarios podrán, por tanto, especular con el precio de éste y ser tratados como activos financieros. Esto puede generar la interrogante si un *Utility Token* se puede convertir en un *Security Token*. Tomando como referencia la práctica española, resulta muy importante ver cuál es la intención inicial a efectos de determinar su naturaleza jurídica, sino todos los tokens podrían ser “destrozados” por la conducta de los usuarios y desviarse de su naturaleza original. Para ello, es importante que el emisor especifique en el *White Paper* cuál es la razón determinante de crear ese token. Asimismo, este documento deberá estar alineado con los términos y condiciones de uso, así como con todo el material publicitario. En buena cuenta, la coherencia en el deber de información determinará hasta cierto punto la naturaleza jurídica del token.

Otro aspecto legal que se debe tomar en consideración es el proceso de tokenización del activo o derecho. El mismo comienza con un estudio de factibilidad, en donde se realiza un análisis exhaustivo del activo o derecho que se pretende tokenizar. Es en este punto en donde se debe definir si es viable o no la tokenización. Un segundo paso es ver cuál es el tipo de token que vamos a emplear para el negocio o transacción que el cliente tiene en mente. Finalmente, se deben considerar determinadas cláusulas en el *Smart Contract* no sólo para la emisión del token, sino que también es importante definir con claridad las reglas para transferir los tokens y los derechos que éstos otorgan a sus titulares. Como bien menciona Agustina Pérez⁵⁶, es importante entender que no nos encontramos ante un nuevo tipo de contrato, sino ante una nueva herramienta para contratar con medios electrónicos que permite aplicar de manera profunda el famoso principio de “*pacta sunt servanda*” —la eficacia o cumplimiento no puede dejarse al arbitrio de una de las partes—.

Uno de los desafíos prácticos que actualmen-

56. Pérez, Agustina. Concepto y aspectos legales a considerar en la formación de un Contrato Inteligente. Recuperado de: <https://montevideolegalhac.wixsite.com/website/post/concepto-y-aspectos-legales-a-considerar-en-la-formaci%C3%B3n-de-un-contrato-inteligente>

te existe es el riesgo de doble tokenización. Es decir, resulta sumamente difícil saber si un activo tokenizado no ha sido tokenizado previa o posteriormente en otra red *Blockchain* de forma paralela. Si bien en el contrato se puede establecer una cláusula de resolución automática y una penalidad por los daños y perjuicios en caso se realice esto, lo cierto es que es un punto importante para considerar. Una posible solución es que para el caso de los activos que son registrables se podría inscribir en la partida registral un asiento en donde conste que dicho activo ha sido tokenizado a fin de saber cuándo y en qué red se tokenizó. Sin embargo, los bienes no registrables no podrían optar por esta solución. Para estos casos, la solución deberá ser propuesta por un privado, ya sea una empresa que certifique o registre de forma privada las tokenizaciones a efectos de brindar seguridad en el tráfico mercantil.

A modo de conclusión, la tokenización de los activos va a revolucionar el mundo, ya que se puede tokenizar prácticamente todo. Esto va a permitir que tanto los empresarios, consumidores e inversionistas vivan en un mundo más líquido, transparente y eficiente. De otro lado, nosotros, los abogados, nos enfrentamos a un sinnúmero de retos legales que probablemente aún no avizoramos. Actualmente existe un marco regulatorio que no ha sido diseñado o pensando en esta nueva realidad por lo que nuestra labor consistirá en navegar entre la implementación de nuevas tecnologías y un ordenamiento jurídico complejo. Por consiguiente, se debe analizar minuciosamente todos los elementos jurídicos relativos a toda clase de tokenización, la naturaleza jurídica del token y, sobre todo, el sector de actividad para que, tras dicho estudio, se pueda valorar si dicho proceso de tokenización aporta seguridad jurídica y, por tanto, supone una mejora real para todas las partes.

X. DECENTRALIZED AUTONOMOUS ORGANIZATIONS — DAOS

La aparición de las DAOs es una progresión natural del uso de la tecnología *blockchain* por parte de la sociedad. Pero ¿qué es una DAO?

Las siglas “DAO” provienen del inglés Decentralized Autonomous Organization, que quiere decir Organización Autónoma Descentralizada. Una DAO es una organización cuyos estatutos y normas se encuentran codificadas en un smart contract y las reglas programadas se registran en una *blockchain*, lo que brinda transparencia, inmutabilidad, autonomía y seguridad. Una DAO es una forma innovadora de organizar y hacer funcionar a las empresas porque se automatiza a través de un smart contract las funciones de los órganos de administración. En otras palabras, una DAO utiliza la tecnología *blockchain* para gestionar una sociedad a través de reglas o protocolos autoaplicables.

¿Cómo opera una DAO? Imaginemos que una cafetería ha optado por organizarse a través de una DAO. Todo el dinero que perciba por la venta de café será gestionado de forma automática. El stock del producto se reordena de acuerdo con las reglas consignadas en el contrato inteligente. Asimismo, también se programa la limpieza del local y el pago del alquiler. Además, a medida que el negocio evoluciona, los titulares de los tokens de gobernanza pueden ejercer su voz y voto para la toma de decisiones. Una vez tomada la decisión, el código lo ejecuta. En la DAO, no hay un órgano de administración, ya que todos estos procesos fueron prescritos y ejecutados por un código. Entre más complejo el negocio, más complejas serán las reglas que rijan el smart contract. Lo constante es que el código reemplaza a los administradores y son los titulares quienes deciden de forma democrática y participativa.

Como bien se puede apreciar del ejemplo anterior, a diferencia de las estructuras societarias tradicionales, una DAO no tiene un liderazgo o una gestión centralizada. La idea principal detrás de las DAO es que la gobernanza de una sociedad funcione plenamente sin una gestión jerárquica centralizada. Este modelo busca prescindir de los órganos de administración, ya que la DAO es gobernada y gestionada por contratos inteligentes en donde se automatizan las tomas de decisiones a través de procesos democráticos y participativos. En consecuencia, los miembros aceptan el uso de contratos inte-

ligentes para administrar, gobernar y, efectivamente, automatizar la organización.

Este tipo de organización pretende resolver el problema de agencia que existe entre los administradores y los accionistas. Los problemas de agencia se originan porque una persona u organización denominada “agente” tiene la capacidad de tomar decisiones y llevar a cabo acciones en nombre de otra denominada “principal”, pudiendo el agente desatender los intereses del principal por maximizar su propio interés. Esto se debe principalmente por las siguientes razones⁵⁷:

- a) La conducta maximizadora de las partes la cual produce conflictos de intereses. Si asumimos que tanto el principal como el agente son sujetos maximizadores de su propio beneficio —individual—, es posible que se produzcan situaciones donde los intereses y objetivos perseguidos por ambas partes, no necesariamente coincidan y que cada uno vele por sus propios intereses.
- b) La asimetría en la información que favorece al agente. Generalmente es el Agente quien tiene mayor conocimiento y expe-

riencia acerca de la actividad que realiza y el valor de las funciones y actividades que desempeña, mientras que el Principal posee un menor grado de información o le es más costoso informarse.

- c) El hecho que los agentes no asumen la totalidad de los costos y beneficios de sus acciones.

Las DAOs justamente buscan resolver el problema de agencia puesto que no permiten el abuso o los probables riesgos en la toma de decisiones, por parte de un individuo que actúe en su propio beneficio y olvide el interés general. El agente es reemplazado por el *smart contract*, que en buena cuenta ejecuta un conjunto de reglas preprogramadas y coordinadas a través de un protocolo de consenso distribuido. En esencia, las DAOs eliminan o minimizan los roles de los directores y gerentes en la organización, confiando, en cambio, en reglas transparentes que se aplican a todos los miembros y participantes.

La siguiente tabla demuestra las principales diferencias entre una DAO y las estructuras societarias tradicionales:

DAO	Organizaciones Tradicionales
Estructura plana y democratizada	Estructura jerárquica
Para implementar cualquier decisión en la organización los miembros deben votar	Dependiendo de la estructura societaria, las decisiones son tomadas por el directorio o la gerencia.
La toma de decisiones se encuentra tokenizada y depende del protocolo de consenso establecido.	Las decisiones son tomadas por el directorio o la gerencia.
La votación de los miembros es continua, digital y descentralizada —sin intermediarios—. La decisión de la mayoría se ejecuta automáticamente.	La votación se debe realizar en una junta general, que, por lo general está sometida a ciertas formalidades. La decisión es ejecutada por los órganos de administración.
Toda la actividad es transparente, accesible y totalmente pública al quedar registrada en la <i>blockchain</i> .	La actividad realizada por el directorio y la gerencia es privada y reservada.
Su gestión se basa en las reglas preestablecidas en los <i>smart contracts</i> o contratos inteligentes.	Su gestión se basa en la actividad realizada por el directorio y la gerencia.

57. Martínez, Juan José. "Apuntes Sobre El Rol Del Derecho Frente Al Problema De La Agencia En Las Organizaciones." Themis 46, (2003): 48. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9973>

Cabe señalar que las DAOs cuentan con una serie de mecanismos que son los que garantizan su funcionamiento en todo momento:

a) **Smart Contract:** Como mencionamos anteriormente, la columna vertebral de una DAO es el *smart contract*, ya que en este se codifican las reglas que rigen la vida y funcionamiento de la organización. En ese sentido, para que una DAO se encuentre operativa, en primer lugar, debe definir el conjunto de normas que regirán el funcionamiento de la organización. Este primer paso está relacionado con la capacidad de programar acciones y hacer que se ejecuten automáticamente de acuerdo a unos determinados parámetros. Para ello, los desarrolladores deben comprender completamente el problema de gobernanza que están tratando de codificar para crear un contrato inteligente exitoso que sirva como base de DAO.

b) **Protocolo de Consenso:** Una vez establecidas las reglas, se debe definir cuál es el protocolo de consenso que se va a utilizar. Este mecanismo busca garantizar que las decisiones a las que se lleguen dentro de la DAO sean adoptadas por el consenso de sus partes y que ningún factor externo afecte la toma de decisiones. A modo de ejemplo en “*The DAO*”⁵⁸ el proceso de toma de decisiones es el siguiente⁵⁹:

i. Mediante la creación de un smart contract, se realiza una propuesta o proyecto para que sea acometido por la DAO. La persona que realiza la propuesta, denominado *contractor*, debe ser titular de tokens de la DAO, además de realizar un depósito en Ether.

ii. Una vez diseñado el smart contract y

subido a la red de Ethereum, los *tokens holders*, actuando como nodos de la red, alcanzarán un consenso, decidiendo de ese modo qué propuestas son aprobadas y qué proyectos acomete la DAO.

iii. En caso de aprobarse la propuesta del *contractor*, se procede a cerrar el bloque y unirlo a la cadena, obteniéndose por el *contractor* una recompensa —ya sea en tokens de la DAO o en otra criptomoneda.

Es necesario destacar que todo este proceso se hace de forma totalmente automática y descentralizada. Es decir, mediante un smart contract alojado en la propia *blockchain*, se produce la votación, y se ejecutan todos los automatismos necesarios, desde la obtención de la recompensa por el *contractor* hasta la implementación del proyecto mismo, si esto fuera posible.

iv. Emisión y financiación a través de tokens de gobernanza: Es necesario que la DAO se financie a fin de que sea económicamente viable. Para ello, la DAO se financia a través de la emisión de tokens, los cuales permiten a sus titulares obtener derechos políticos y económicos dentro de la organización. Es decir, en una DAO los derechos de voto se obtienen mediante la adquisición del token de la DAO. Estos tokens son divisibles e intercambiables entre los distintos titulares. Por lo tanto, para la creación de una DAO es necesaria la formulación de un vehículo de inversión, ya sea en forma de *Initial Token Offering*, mediante el cual los inversores aporten un capital —normalmente mediante una criptomoneda como

58. Este proyecto creado en 2016 por Simon Jentzsch y Christoph Jentzsch fue lanzado con el objetivo de construir la DAO más importante de Ethereum.

59. Pastor, Pablo. La Tecnología Blockchain aplicada al Derecho de Sociedades. Universidad Internacional de Andalucía, 15.

ether— a cambio de los tokens creados por la DAO. Una vez financiada la DAO, ya existirían lo que serían los socios o accionistas de la organización, o más bien los denominados *tokens holders*.

Estos tokens también sirven como recompensa económica por establecer propuestas. Las DAOs emplean mecanismos económicos para alinear los intereses de la organización y los de sus miembros, normalmente, a través del uso de la teoría de juegos.

- v. *Blockchain*: Finalmente, cuentan con un cuarto mecanismo cuya finalidad es grabar todo lo que sucede en la DAO. Esta tarea recae en la *blockchain*, donde toda la información es almacenada para ser accedida de forma pública y garantizar su seguridad. La tecnología *blockchain* representa una cadena de bloques que se configura como una base de datos distribuida, compartida y segura. Funciona como un documento público de transacciones, donde quedan registrados todos los movimientos mediante códigos. Aquí se almacena toda la información y las transacciones que se producen dentro de la organización descentralizada.

Una vez finalizado el período de financiación y desplegado una DAO, esta se convierte en un organismo totalmente autónomo y completamente independiente de sus creadores, así como de cualquier otra persona. Son de código abierto, lo que significa que su código puede ser visto por cualquiera. Además, todas las normas y transacciones financieras se registran en la cadena de bloques. Esto hace que las DAOs sean totalmente transparentes, inmutables e incorruptibles.

Luego de haber analizado, de forma resumida, qué es una DAO y cuáles son los mecanismos de funcionamiento habituales de este tipo de organización, es necesario abordar si es que esta figura encaja con el Derecho de Sociedades peruano y cuáles serían los inconvenientes

y fricciones de incorporar esta figura a nuestro ordenamiento jurídico.

En primer lugar, las DAOs no encajan en ningún tipo de organización en nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 2 de la Ley General de Sociedades establece que toda sociedad debe adoptar alguna de las formas previstas en dicha ley. En tal sentido, si un grupo de emprendedores decidiera organizarse como una DAO para llevar a cabo su emprendimiento, existirá incertidumbre jurídica respecto a los derechos y obligaciones derivadas del establecimiento de una DAO. Cabe señalar que en el Estado de Wyoming se aprobó una norma en donde se le otorga a las DAOs la categoría de sociedades de responsabilidad limitada — LLC.

En segundo lugar, el sistema que propone implementarse mediante las DAO colisiona con las estructuras de gobierno corporativo tradicionales que se encuentran consolidadas en nuestro ordenamiento jurídico. Nuestro marco normativo busca atribuir responsabilidad tanto al directorio como a la gerencia por las decisiones tomadas y ejecutadas por los acuerdos o actos que sean contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo o aquellos que impliquen un abuso de sus facultades o por negligencia grave. En el caso de una DAO, al no tener administradores, cabe cuestionarse quiénes serían los responsables solidarios en caso la sociedad ocasione un daño a un tercero.

Otro aspecto que no encaja es que los acuerdos deben constar en actas, las cuales se encuentran sometidas a distintas formalidades. En cambio, en una DAO estas formalidades se obvian en post de la automatización que implica la elevación de propuestas a través de *smart contracts*, los cuales son autoejecutables una vez adoptado un determinado consenso.

Finalmente, no podemos olvidar que una DAO es tan buena como su *smart contract*. Cabe señalar que la autonomía completa de un *smart contract* puede ser una espada de doble filo y deben tomarse recaudos a nivel de arquitectura de software que permitan modificar los outputs de un contrato inteligente en función de

distintos inputs variables, o que permitan directamente eliminar el contrato de la *blockchain* mediante una función de “autodestrucción”. De lo contrario, la DAO no podría ser modificada y es posible imaginar casos donde tokens sean retenidos *ad infinitum* por un error de programación. Un contrato inteligente que retenga lo que, por alguna razón, debe ser liberado, debe poder ser eliminado.

A modo de conclusión, las denominadas DAO no tienen actualmente asidero en nuestro ordenamiento jurídico, siendo que no es posible una organización íntegramente alojada en *blockchain*, descentralizada y automatizada en su integridad. Sin embargo, es importante analizar estas nuevas formas de organización que surgen con las nuevas tecnologías porque cuestionan el fundamento de las instituciones tradicionales y su incorporación puede ser beneficioso para la sociedad. Además, es altamente probable que en esta década exista una “explosión” de DAOs porque muchas personas decidirán llevar a cabo sus proyectos de esta forma, siendo consideradas “asociaciones de hecho” o “sociedades irregulares”. Es por ello que es un asunto que amerita mucho estudio, así como mucho cuestionamiento sobre conceptos que creíamos que estaban escritos en piedra.

XI. REFLEXIONES FINALES

a) En el Perú no existe un marco jurídico específico que regule la tecnología *blockchain*. Las iniciativas y proyectos *blockchain* no esperan a nuevas regulaciones, simplemente avanzan y, por tanto, debemos aplicar nuestro ordenamiento jurídico actual a las materializaciones de esta tecnología. Este es uno de los desafíos más importantes porque no solo nos enfrentamos a la complejidad de los elementos tecnológicos de la *blockchain*, sino a la velocidad con la que surgen nuevos proyectos completamente innovadores, poniendo en tela de juicio instituciones jurídicas que llevamos años construyendo. Sin embargo, como abogados, debemos entender que este no es un fenómeno nuevo: El Derecho está diseñado para aplicarse a situaciones im-

previsibles que no han ocurrido pero que ocurrirán. En ese sentido, es nuestro deber aprender a interpretar la norma, aplicarla a los fenómenos tecnológicos para luego desarrollar marcos normativos que promuevan e incentiven aquellas conductas que saquen el mejor provecho de esta tecnología y beneficie en última instancia a la sociedad.

- b) La revolución de la tecnología *blockchain* es que permite intercambiar valor a todos sus usuarios sin la necesidad de contar con una entidad central o un intermediario de confianza. *Bitcoin* permite intercambiar criptomonedas sin la necesidad de una institución financiera. Un grupo musical podrá ser financiado directamente por sus propios fans a través de tokens, dejando de lado a las productoras y disqueras. Es en virtud de la descentralización, transparencia, inmutabilidad y confianza que los creadores de *tokens* puedan ser controlada por sus creadores y no se pierdan en el ciberespacio.
- c) No existe una norma que regule a las criptomonedas; sin embargo, podemos señalar que las criptomonedas en nuestro ordenamiento jurídico son bienes muebles, intangibles, fungibles y no consumibles.
- d) En relación a los *smart contracts*, es importante señalar que el hecho de que los contratos legales inteligentes se redacten, en todo o en parte, en forma de código informático no supone ningún obstáculo para reconocerles la consideración de un contrato dado que el Código Civil peruano consagra el principio de libertad de forma y son una expresión adicional del fenómeno de contratación electrónica. Por tanto, para su validez, al igual que cualquier otro tipo de contrato, deberán reunir los requisitos esenciales para la validez de todo contrato; esto es, que los agentes capaces hayan manifestado su consentimiento, el objeto contractual sea física y jurídicamente posible, que cuente con un fin lícito y que siga la formalidad exigida por ley.

- e) El concepto de tokenización de activos se refiere a la transformación y representación digital de activos o de derechos dentro de una red *blockchain*. Un tema que es de bastante importancia cuando se pretenda determinar la naturaleza jurídica del token es ver si existen elementos particulares de los activos o derechos que se pretendan tokenizar y ver si esto puede alterar el marco regulatorio aplicable a los mismos. Esto es de suma importancia dado que habrá tokens que serán regulados por la normativa mercantil mientras que otros podrán ser regulados por normas especiales del mercado de valor o regulación financiera.
- f) Las DAOs son incompatibles con la regulación de sociedades o de asociaciones

en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que lo que pretenden es prescindir de los órganos de administración cambiándolos por *smart contracts*. Resulta interesante que se busquen eliminar los problemas de agencia con esta figura; sin embargo, nuestro marco normativo está diseñado para que los administradores sean los responsables frente a la persona jurídica por las decisiones tomadas y ejecutadas por los acuerdos o actos que sean contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo o aquellos que impliquen un abuso de sus facultades o por negligencia grave. En el caso de una DAO, al no tener administradores, cabe cuestionarse quiénes serían los responsables solidarios en caso la sociedad ocasione un daño a un tercero.

Análisis Económico del Derecho Penal. Entre lo irreal y lo eficiente



JOHANN EFRAÍN OPORTO GAMERO

Abogado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
Máster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster en Prevención y Represión de Blanqueo de Dinero, Fraude Fiscal y *Compliance* por la Universidad de Santiago de Compostela (España).
Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa.
Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina).



SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Análisis Económico y Derecho.
- III. ¿Para qué existe el Derecho Penal?
- IV. ¿Por qué castigar al delincuente?
 - 1. En los ilícitos culposos.
 - 2. En los delitos intencionales.
- V. La decisión de cometer el delito.
- VI. Conclusiones.

RESUMEN:

En este artículo, el autor explica la importancia de incluir al Análisis Económico del Derecho en el Derecho Penal para que este cumpla sus propósitos de manera eficiente y disminuya el costo social. El precio del delito deriva del castigo y la detección.

Palabras clave: Análisis Económico del Derecho, Derecho Penal, ilícitos culposos, precio del delito, costo social.

ABSTRACT:

In this article, the author explains the importance of including the Economic Analysis of Law in Criminal Law, so it fulfills its purposes efficiently and reduce the social cost. The price of crime derives from punishment and detection.

Keywords: Economic Analysis of law, criminal law, illicit guilty, price of crime, social cost.

I. INTRODUCCIÓN

Todos los ordenamientos jurídicos siempre procuraron establecer un sistema ordenado capaz de responder ante la realidad; sin embargo, su método aislado generó que muchas teorías, propuestas y normas aquejen de irrealismo. Frente a ello, el Análisis Económico del Derecho planteó la necesidad de utilizar razonamientos económicos para dotar de eficacia a las normas jurídicas y, por tanto, hacer eficiente nuestro sistema jurídico.

En lo cotidiano se hace énfasis de que las leyes no solucionan los problemas del país, lo cual es cierto, si consideramos que las normas son elaboradas sin pensar en las consecuencias que éstas puedan generar. Consideramos que, un sistema de normas ordenado sí podría contribuir a ello, en la medida que éstas sean elaboradas bajo criterios de eficiencia. Tengamos en cuenta que, por el principio de legalidad, todas las decisiones del Estado se canalizan a través de Leyes, reglamentos, directivas, resoluciones, etc. En consecuencia, si su voluntad se exterioriza a través de las normas jurídicas, su voluntad será eficiente en la medida que las normas también lo sean.

Las acciones de prevención, detección, investigación, represión y sanción de los delitos se sustentan en normas jurídicas que, principalmente, enmarcan en el Derecho Penal. En consecuencia, el Derecho Penal será eficiente en la medida que las normas que lo integren así lo

sean. Para ello, el Análisis Económico del Derecho brinda un sistema de análisis que se aplica perfectamente al Derecho Penal, aunque normalmente se piense que éste se encuentra diseñado fundamentalmente para el Derecho Privado.

A través de este artículo pretendemos analizar algunos criterios de análisis del Derecho Penal desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, considerando la vinculación del Derecho y la Economía, la finalidad del Derecho Penal y las motivaciones que llevan al delincuente a cometer un delito.

II. ANÁLISIS ECONÓMICO Y DERECHO

Inicialmente, los análisis económicos se limitaron al estudio del comportamiento económico de las personas, familias y empresa — Microeconomía— y los indicadores globales de la economía, como el monto total de bienes y servicios producidos, el nivel de ingresos, etc. — Macroeconomía. Sin embargo, la economía ha procurado extender sus métodos a otros ámbitos de la ciencia social con el propósito de generar soluciones más eficientes, particularmente en el Derecho.

Fue Gary Becker, premio nobel de economía en 1992, quien demostró que el análisis económico sobrepasaba su ámbito, considerando que *“los individuos o los hogares toman decisiones intencionadas cuando intentan maximizar su utilidad y que estas decisiones dependen enormemente*

de incentivos”.¹ Es interesante, por ejemplo, su análisis sobre el matrimonio y el divorcio, según el cual las personas que se casan, normalmente, no buscan información exhaustiva sobre su pareja — antes de casarse—, haciendo que el matrimonio se vea más beneficioso por encima de los costos de obtener información previa; sin embargo, después de algunos meses o años, se obtiene mayor información sobre la personalidad, preferencias y atributos de la pareja, haciendo que, en algunos casos, esta nueva información lleve a ver al cónyuge desde una óptica menos favorable y da fin a la expectativa sobre el beneficio del matrimonio, siendo esta una causa de divorcio. A partir de este análisis podemos concluir que, la asimetría informativa influye en la toma de decisiones, por tanto, la falta de información nos haría creer, en algunos casos, que los beneficios de casarse son mayores a no hacerlo; decisión que podría cambiar si contáramos con mayor y mejor información.

Bajo la lógica propuesta, los sujetos toman decisiones procurando obtener el mayor beneficio posible dependiendo de los incentivos y los costos que involucre su decisión. Por ejemplo, cuando una persona necesita manzanas, buscará obtenerlas al menor precio posible en el supermercado que ofrece un precio bajo; sin embargo, si el costo de trasladarse a este lugar —combustible, pasajes, etc.— incrementa su presupuesto, optará por un mercado cercano que le oferte productos que en promedio le signifiquen un presupuesto menor que la primera elección. Esta es una conducta racional, y la economía asume que las personas optamos por la decisión más eficiente —que nos involucre menos costos y mayores beneficios— que maximice nuestros beneficios.

Si las personas adoptan decisiones procurando maximizar su beneficio a bajo costo ¿También adoptarán este criterio para cumplir o incumplir las Leyes? La pregunta parece ser ilógica y hasta inocente —habría dicho Javert o los posi-

tivistas que las consideran como resultado del ejercicio del *ius imperium* del Estado y, por tanto, el ciudadano debe cumplirlas obligatoriamente, sin ningún análisis previo-. Al respecto Rubio Correa indica que,

*“Un rasgo esencial de la norma jurídica —y en verdad del sistema jurídico en su conjunto—, es el del respaldo de la fuerza del Estado, entendiendo por ello que el Estado garantiza el cumplimiento de las normas jurídicas, en caso necesario, mediante el uso de las instituciones públicas y de la propia fuerza de su aparato”.*²

Siguiendo este criterio, las personas se encuentran obligadas a cumplir las leyes, sin importar el costo o el beneficio esperado de hacerlo, pues, de lo contrario, el Estado nos obligara a cumplirlas.

El carácter obligatorio de la norma no admite ningún supuesto de justificación frente a su incumplimiento, salvo algunas excepciones, como la legítima defensa o el estado de necesidad exculpante o justificante en el Derecho penal; sin embargo, la economía ha demostrado que el análisis costo beneficio no está ausente en las decisiones de cumplir o incumplir la norma.

Para la economía, las leyes incentivan o desincentivan conductas, por ejemplo, las normas tributarias gravan determinados productos —como el cigarro— buscando evitar su consumo, haciendo que sus costos se incrementen como consecuencia de la carga tributaria, de tal forma que, al incrementarse el precio se desincentiva la preferencia de adquirirlos, principalmente en las personas con pocos recursos o en quienes carecen de suficiente información sobre los efectos del tabaco. Por el contrario, las normas tributarias que exoneran del Impuesto a la Renta o inafectan del Impuesto General a las Ventas a la actividad educativa, generan que los precios de los servicios educativos se reduz-

1. Campbell R. MacConell, *Economía laboral contemporánea* (Madrid: Edit. McGraw-Hill, 1997), 06.

2. Marcia Rubio Correa, *El sistema jurídico. Introducción al derecho* (Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2009), 84.

can, garantizando que más personas accedan a estos servicios.

El análisis costo beneficio no solo es usado por los ciudadanos, como receptores de la norma, sino también por:

“Los legisladores que se preguntan a menudo: “¿Cómo afectará una sanción al comportamiento?” Por ejemplo, si se condena al fabricante de un producto defectuoso a pagar los daños ¿qué ocurrirá con la seguridad y el precio del producto en el futuro? O bien, ¿disminuirá la cantidad de delitos si se encarcela automáticamente a quienes delincan por tercera vez?”.³

Tradicionalmente, todas estas interrogantes son respondidas de manera inadecuada e ineficiente pues, de lo contrario, no se mantendrían vigentes algunas normas como, por ejemplo, el procedimiento de hallazgo de bienes perdidos —artículo 932⁴ del Código Civil— que nadie cumple, ni los ciudadanos ni las instituciones públicas.

A través del Análisis Económico del Derecho se “(...) busca explicar cómo hacemos el análisis costo – beneficio de nuestras decisiones y con ello entender cómo funciona la conducta en el mundo real”.⁵ Así, “la economía ofrece una teoría del comportamiento para pronosticar cómo responderán los individuos ante las leyes. Esta teoría rebasa la intuición, así como la ciencia rebasa

el sentido común. La respuesta de los individuos siempre es relevante para hacer, revisar, derogar o interpretar las Leyes”⁶, por lo que:

“El papel positivo del análisis económico del derecho el intento de explicar las reglas y los resultados legales tal como son, en lugar de cambiarlos para volverlos mejores (...) puesto que muchas áreas del derecho, sobre todo, pero no únicamente los grandes campos del derecho común de la propiedad, los cuasidelitos, los delitos y los contratos ostentan la marca del razonamiento económico”.⁷

Si el razonamiento económico está presente en las decisiones de los individuos frente a la Ley, también lo estará en el ámbito del Derecho penal. Si es así, ¿Un delincuente analizará el costo o el beneficio que le involucra matar a otro? o antes de practicarse un aborto ¿la madre evaluará la decisión que maximice su beneficio y reduzca los costos de hacerlo? o al momento de elevarse las penas ¿los legisladores analizarán si esta reduce el costo social del delito? A primera vista, nuestra intuición nos diría que no; sin embargo, el Análisis Económico nos demuestra lo contrario.

Para el Análisis Económico, “las conductas delictivas y los mecanismos empleados para su prevención se basa en una idea tan simple como poderosa: que los delincuentes son personas racionales como el que más, y no actúan sino tratando de maximizar sus beneficios individuales”.⁸ Esto nos

-
3. Robert D. Cooter y Tomas Ulen *Derecho y economía* (México: Edit. Fondo de Cultura Económica, 2016), 16.
 4. Artículo 932.- Quien halle un objeto perdido está obligado a entregarlo a la autoridad municipal, la cual comunicará el hallazgo mediante anuncio público. Si transcurren tres meses y nadie lo reclama, se venderá en pública subasta y el producto se distribuirá por mitades entre la Municipalidad y quien lo encontró, previa deducción de los gastos.
 5. Alfredo Bullard Gonzales *Análisis Económico del Derecho* (Lima: Edit. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Colección “Lo Esencial del Derecho” No. 35, 20.
 6. Robert D. Cooter y Tomas Ulen. Ob. Cit., 16.
 7. Richard A. Posner *El análisis económico del derecho* (México: Editorial Fondo de Cultura Económica. 2013), 57.
 8. Diego H. Goldman. *Análisis Económico del Derecho Penal y Derecho Penal liberal: confluencias y bifurcaciones*, Revista Derecho Penal y Criminología. Volumen XXXVIII, 104 (2017): 16.

conlleve a delimitar dos cuestiones ¿Cuánto debe destinar el Estado para prevenir el delito? ¿qué castigo es eficiente para disuadirlo? Si bien las respuestas a estas interrogantes colisionan con algunas cuestiones de la Teoría del Delito, no es propósito de éste sustituirlo, sino únicamente hacer un análisis económico del Derecho penal con el propósito de contribuir a un sistema legal eficiente.

III. ¿PARA QUÉ EXISTE EL DERECHO PENAL?

El Derecho penal es violencia institucionalizada. A través suyo el Estado ejerce su poder sobre la persona para investigarla e imponerle un castigo⁹, como la multa, la privación de la libertad, la prestación de servicios comunitarios y, en algunos países, la muerte. Esto nos lleva a una cuestión, ¿El Estado para qué usa el Derecho Penal? La respuesta está sujeta a una discusión compleja, según la escuela del Derecho penal a la que nos adscribamos; sin embargo, nuestra legislación optó por una finalidad preventiva, como lo establece la norma I del Título Preliminar del Código Penal.

En criterio del Tribunal Constitucional peruano, al pronunciarse sobre la finalidad de la legislación penal, refiere que:

“Esta disposición orienta al conjunto de las normas sustantivas y procesales, y deben ser interpretadas a la luz de las consideraciones hasta aquí anotadas. Sería un contrasentido si una sociedad democrática tolera la impu-

*nidad en nombre de disposiciones adjetivas que tienen otra finalidad”.*¹⁰

Por tanto, nuestro sistema jurídico concibe que el Derecho penal debe prevenir el delito y no tolerar la impunidad, pues resulta injusto castigar a un inocente y justo castigar al culpable — concepción moral.

Estos criterios se circunscriben en la teoría del “retributismo”, por el que:

*“el derecho penal y la política deberían de hacer lo que es moralmente correcto, sin importar si al hacerlo reducen los costos sociales. Lo correcto es castigar a quienes cometen delitos al dañar intencionalmente a otros, y lo incorrecto es castigar a quienes son inocentes. La extensión del castigo debería ser proporcional a la gravedad del delito. El grado de castigo debería ser proporcional a la severidad del delito, o a qué tan moralmente incorrecto es”.*¹¹

El problema de esta concepción es que direcciona la finalidad de la norma penal hacia cuestiones morales y muy poco reales o eficientes. Si la finalidad del Derecho penal es la disuasión del delito, ésta no se cumplirá si nos remitimos a estos criterios.

Para el Análisis Económico,

“los individuos que delinquen actúan racionalmente con base en incentivos y en la

9. Para efectos de este estudio, utilizaremos el término castigo como equivalente a pena. Si bien nuestro sistema jurídico se adscribe a la teoría de la prevención especial de la pena con funciones preventivas, protectoras y resocializadoras, como bien lo precisa la norma IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal y el Tribunal Constitucional en la STC 00803-2003-HC que precisa “(...) con respecto a los fines de la pena existe, conforme lo enunciado en reiterada jurisprudencia, este Colegiado considera que nuestro ordenamiento ha constitucionalizado la denominada teoría de la función de prevención especial positiva, al consagrar el principio según el cual, el “régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.”. Desde esta perspectiva, la pena no tiene una función retributiva y, por tanto, no podría ser considerado como un castigo, sin embargo, para efectos económicos éste si es considerada como tal, en la medida que representa un costo para el agente que asume al cometer un delito.

10. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No 2798-2004-HC/TC (Caso Vera Navarrete). Fundamento jurídico 20.

11. Robert D. Cooter y Thomas Ulen, *Ob Cit*, 617.

*expectativa de maximizar su beneficio personal: una persona llevará a cabo un hecho ilícito en la medida en que estime que sus beneficios potenciales resultarán superiores a los costos esperados. Así, por ejemplo, un potencial ladrón evaluará si el botín que espera obtener en un atraco es más valioso que el tiempo que eventualmente podría pasar en prisión si es descubierto por las autoridades. Si, subjetivamente, el valor de los bienes robados resulta mayor que la estimación de potenciales perjuicios, el delito se llevará a cabo. En caso contrario, el sujeto optará por dedicarse a otro tipo de actividad”.*¹²

Es claro que, el beneficio esperado de la actividad delictiva determina la decisión de cometer el delito.

Si las leyes incentivan o desincentivan una conducta, el Derecho penal cumplirá su propósito siempre que prevenga y/o disuada la decisión de cometer el delito. Éste será eficiente siempre que se oriente a: i) reducir los costos derivados del delito —costos sociales y costos privados— y su prevención o disuasión, y ii) reducir la criminalidad. Por ejemplo, el delito genera diversos costos a la sociedad: si un ladrón roba un celular valorizado en S/ 500.00, pero para ello golpea a la víctima en la cabeza causándole una lesión cuya recuperación cuesta S/ 800.00. El ladrón ganó S/ 500.00, pero la víctima perdió S/ 1300.00 —costo del celular más costos de recuperación —daño neto—. De otra parte, supongamos que, el Estado gasta en la prevención del delito —remuneración de policías, cámaras de seguridad, etc. — S/ 200.00 por cada ladrón, esto generará que el costo social más el costo privado ascienda a S/ 1500.00.

Así, la eficiencia se refleja en la reducción de los índices de criminalidad a un menor costo so-

cial y de prevención o disuasión; sin embargo, ¿Hasta qué límite? ¿existe una cantidad óptima de delitos en una sociedad? ¿cuántos delitos estamos dispuestos a tolerar como sociedad? Intuitivamente podríamos decir que ninguno; sin embargo, no existe sociedad libre de crímenes, todas las tienen en mayor o menor medida; aspirar a la desaparición del delito es ideal e imposible. Los gobiernos son conscientes de ello estableciendo políticas de Estado con el propósito de reducir la incidencia delictiva. Por ejemplo, el Plan Bicentenario¹³ estableció como política de Estado al año 2021, reducir al 50% la incidencia de delitos. Si esta es la cantidad óptima de delito al 2021, las normas penales debían orientarse a alcanzar estos objetivos a un bajo costo social.

IV. ¿POR QUÉ CASTIGAR AL DELINCUENTE?

Como indica Ulen y Cooter¹⁴, “cualquier teoría del delito debe responder a dos interrogantes ¿cuáles actos deberían ser castigados? Y ¿en qué medida?”. Nuestro Código Penal establece en el artículo 11 que son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por Ley, por tanto, será castigada toda conducta que se halle tipificada como tal en la norma penal. Asimismo, la norma IV del Título Preliminar del Código Penal delinea el principio de lesividad, según el cual toda persona será responsable siempre que su acción u omisión lesione o ponga en peligro bienes jurídicos. Si bien esta definición nos ofrece un marco teórico interesante y sujeto a múltiples discusiones, realizaremos un análisis desde una perspectiva diferente.

1. En los ilícitos culposos.

En toda sociedad se materializan acciones que, accidentalmente o intencionalmente, generan

12. Diego H. Goldman *Ob Cit*, 17.

13. Plan Estratégico de Desarrollo Nacional basado en el Acuerdo Nacional y en las 31 Políticas de Estado, 2002.

14. Robert D. Cooter y Thomas Ulen *Ob. Cit*, 615

15. Alfredo Bullard Gonzales *Ob. Cit*. 28.

daños a otros. En el caso de los primeros, el agente no se beneficia con el daño producido. Su situación no mejoró, pero empeoró el de la víctima, por tanto, esta acción no es eficiente para la sociedad. De acuerdo al criterio de Pareto, *“una situación es más eficiente que la anterior cuando una persona mejora sin empeorar la situación de ninguna otra. O, en otras palabras, el mundo está mejor si al menos uno mejoró y nadie empeoró”*.¹⁵ Si el daño empeoró la situación de la víctima, no nos encontramos ante una situación eficiente, por tanto, las leyes y las decisiones judiciales procuran restaurar las cosas a una situación anterior al daño.

Los ilícitos culposos se caracterizan por la preponderancia de la responsabilidad civil. A través del ilícito civil se daña a otra persona, sin que ello necesariamente sea considerado delito —como los accidentes de tránsito— o, aún siéndolo, no exista el interés del Estado por castigar al agente —como el caso del homicidio culposo—. En ambos casos, las leyes procuran que la regla de la compensación se cumpla, como bien lo establece el artículo 1969 del Código Civil —aquel que daña a otro por dolo o culpa, tiene *la obligación* de indemnizarlo— o la establecida en el artículo 93 del Código Penal, sobre la reparación civil.

La finalidad de la compensación es que quien provocó un daño internalice los costos derivados de éste, de tal forma que esta restituya económicamente a la víctima por el daño provocado, equiparándola hasta antes de haberlo sufrido. Por ejemplo, si una persona daña el vehículo de otro y este equivale a S/ 1 000.00, el agente deberá asumir este costo y compensarlo a la víctima, de tal forma que la víctima regresará a su situación antes de haber sido dañada, haciendo que ésta sea indiferente al daño producido; sin embargo, ésta regla de compensación no será eficiente cuando se materializan daños incompensables, como la muerte de un familiar, etc. Por lo que los jueces procuran

que la indemnización sea lo más cercana a una compensación eficiente.

En estos supuestos, la regla de compensación resulta eficiente para responder frente a los ilícitos culposos. En estos casos, la necesidad de disuasión a través de la pena es innecesaria, dado que la norma penal busca, principalmente, compensar a la víctima, antes que sancionar al agente. Esto se advierte, por ejemplo, en los delitos culposos tipificados en el Código Penal como el Homicidio Culposo —artículo 111—, las Lesiones Culposas —artículo 124—, en el que el Ministerio Público se abstiene de ejercitar la acción penal cuando el agente haya reparado a la víctima. En consecuencia, el interés del Derecho penal no recae sobre los ilícitos culposos, sino sobre los delitos intencionales.

2. En los delitos intencionales.

Los delitos intencionales se caracterizan por la voluntad del agente por cometer un delito. El resultado esperado es el beneficio que obtiene el agente; los medios, la posibilidad de detección y la pena son los costos que deberá asumir, como bien lo analizaremos más adelante. Al igual que los ilícitos culposos, estos delitos provocan daños a la víctima y a la sociedad, por tanto, surge *la obligación* de compensar al agraviado con la reparación civil, hasta volver al estado en el que anteriormente se encontraba o, por lo menos, equiparar la situación afectada; sin embargo, ¿Si el agente repara el daño provocado, por qué se le impone un castigo¹⁶? La respuesta radica en la finalidad esperada: la reparación civil compensa el daño, el castigo disuade la comisión de delitos.

Es claro que, a cambio de una compensación económica, la sociedad no puede tolerar conductas como la corrupción, el homicidio, el blanqueo de dinero o la trata de personas, por ello es que las prohíbe. Por ejemplo, si una persona mata a otra, la compensación económica

16. Sobre este supuesto nos estamos refiriendo a los delitos que, en cualquier caso, requieren de una pena. Sin embargo, el artículo 2 del Código Procesal Penal reconoce como eficiente la regla de compensación para delitos leves o culposos a través del principio de oportunidad y el Acuerdo Reparatorio.

no equiparará a las víctimas —sucesores del fallecido— a un estado anterior de la muerte o, es más, el daño provocado por el delito puede resultar significativo para la sociedad y, hasta cierto punto, irreparable. Supongamos que, la falsificación de monedas no constituye delito, por tanto, la cantidad de monedas en el mercado se incrementaría, generando un efecto inflacionario derivado de la existencia de monedas sin respaldo legal. O el robo, permitiría que los agentes no intercambien bienes, sino se apropien de ellos. Siendo estas conductas intolerables para la sociedad, *“el castigo penal trata de disuadir los daños intencionales, no de compensarlos”*¹⁷, por tanto, su interés principal son los delitos dolosos.

V. LA DECISIÓN DE COMETER EL DELITO

Nuestro sistema jurídico reconoce dos tipos de delitos: i) los delitos imprudentes, y ii) los delitos dolosos. En los primeros, el agente es responsable de su falta de cuidado —infracción al deber de cuidado— y, principalmente, por la ausencia de intencionalidad. En los delitos dolosos, el agente actúa con racionalidad -sin importar las cuestiones morales o legales-, para ello determina los medios que le permitan alcanzar sus fines ilegales.

El Derecho penal delimita las etapas de ejecución del delito doloso o *iter criminis* a partir de una fase interna que comprende la ideación, deliberación o resolución o decisión —que no son punibles- y una etapa externa delimitada por los actos preparatorios -no punibles-, los actos de ejecución y los actos de consumación. Si bien, la doctrina tradicional mantuvo esta posición, en los últimos años se percibe un fenómeno de adelanto de punibilidad en nuestra legislación, por el que se incorporan tipos penales destinados a condenar los actos preparatorios, como el delito de organización criminal previsto en el artículo 317 del Código Penal, o

los actos de Promoción o Favorecimiento al Tráfico de Drogas previsto en el artículo 296 de la misma norma.

Para el Derecho penal tradicional, la fase interna y los actos preparatorios del delito no son relevantes, por lo que las normas penales no centran su atención en las motivaciones del delincuente para cometer el delito, sino en las fases de ejecución. Esto provoca que las Leyes penales sean ineficientes, pues para cumplir con la función disuasiva del Derecho penal se requiere de medidas que incidan sobre la fase interna de ejecución del delito.

A diferencia del Derecho penal, para el análisis económico la fase interna si es relevante, pues en estas etapas el agente toma la decisión de cometer el delito valorando factores como el beneficio obtenido, la severidad de la pena, el riesgo de ser descubierto, etc. De acuerdo a la ley de la oferta, cuando el precio se incrementa, la demanda disminuye. Si consideramos que el precio del delito se halla delimitado por la sanción penal y la probabilidad de ser descubierto, a medida que éstos se incrementen el individuo disminuirá su predisposición a hacerlo; sin embargo, si un delincuente busca obtener un bien sustrayéndolo de su propietario, procurará que el beneficio sea mayor al costo que involucra cometerlo, para ello, realiza un análisis previo¹⁸ a la ejecución del delito.

Como indica García Amado,

“la amenaza del castigo penal obra como estímulo negativo, y lo que el sujeto compara es la utilidad positiva de la acción delictiva y la utilidad negativa de la pena. Pero la utilidad negativa que a la pena le calcula el sujeto resulta de la combinación de dos parámetros: la intensidad de la pena legalmente prevista para esa conducta y la probabilidad de la imposición de tal pena para tal conducta suya.

17. Robert D. Cooter y Thomas Ulen *Ob. Cit.*, 624.

18. La mayoría de estos análisis normalmente son realizados de manera voluntaria, considerando que las personas actúan de manera racional procurando mejorar su situación a través de la maximización de sus beneficios.

A su vez, la probabilidad de que la pena se le aplique depende de la combinación de varias probabilidades: la de que sea descubierto y detenido, la de que sea procesado y la de que sea condenado”.¹⁹

Si consideramos que el castigo es el precio que el delincuente tiene que pagar por un delito que le genera determinado beneficio, se entiende que, a mayor precio —castigo—, la demanda de delitos disminuirá. Si las penas altas empeoran la situación del delincuente, este se desalentaría de cometer el delito; sin embargo, el castigo únicamente podría producir este efecto si existiera la certeza de que será castigado; sin embargo, la pena es solo una probabilidad, dado que el agente puede evitar ser descubierto —detección, aprehensión o la condena.

Dada la gravedad del delito: i) el castigo —pena— será mayor, como en los delitos de Homicidio Calificado o Robo Agravado, con penas no menores de 15 y 20 años, respectivamente; ii) las posibilidades de detección son mayores, dado que los Estados destinan mayor presupuesto para detectar, investigar y condenar estos delitos. Una muestra de ello es la creación de las fiscalías especializadas en delitos de crimen organizado o corrupción de funcionarios.

En cualquier caso, si la probabilidad de detección es mayor, la ganancia del delincuente será menor al castigo esperado, por tanto, el delincuente optará por generar mejores mecanismos de evasión, por ejemplo, disminuir las proporciones de droga en el tráfico o utilizar mecanismos sofisticados para evitar su detección o asesinar a la víctima en el delito de violación sexual de menor o depositar los efectos económicos de un delito en un paraíso fiscal.

Si las probabilidades de detección son mayores

en los delitos graves, ¿Por qué el delincuente decide cometer el delito? La razón deriva de la reutilización que obtiene de éste, por lo que buscará mejorar las condiciones para evitar ser detectado.

VI. CONCLUSIONES

Es claro que el Derecho Penal requiere del Análisis Económico para establecer parámetros que le permitan predecir la conducta de los individuos frente al delito, habida cuenta que éstos actúan movidos sobre su beneficio personal. Si esto es así, se requiere valorar los incentivos de la persona, y los costos que afrontará —la sanción y la detección— frente al delito. Si la sanción resulta mayor al beneficio esperado, esto podría desmotivarlos y disminuir la incidencia delictiva o generar mecanismos de evasión más eficientes.

La decisión de cometer un delito deriva principalmente de la reutilización que le genera. Es claro que, delitos como el Lavado de Activos, la Corrupción de funcionarios o el Tráfico de Drogas son delitos que le generan mayor beneficio; sin embargo, su incidencia podría disminuirse si los costos asociados a la detección se incrementan. Advertimos que, el precio del delito deriva del castigo y la detección; sin embargo, el castigo per se no es un costo suficientemente disuasivo para el agente, por lo que el Estado debe destinar mayores recursos en los costos asociados a la prevención y detección.

Si la probabilidad de detección se incrementa, la posible sanción para el agente se incrementará, generando que el delincuente se disuada de cometer el delito. Con ello que el Derecho Penal alcanzará niveles óptimos de delito que representen un menor costo social, haciendo que éste sea más eficiente.

19. Abril Uscanga Barradas y Carlos Humberto Reyes Díaz, *Estudios contemporáneos de teoría y dogmática jurídica iberoamericana* (México: Editorial de la Universidad Autónoma de Madrid. 2020), 77.



Las normas como herramientas de combate



ROGER PAREDES MARTÍNEZ

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Magíster en Derecho con mención en Política Jurisdiccional por la Pontificia
Universidad Católica del Perú.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Transferencias del gobierno nacional vs. Propia captación tributaria.
- III. Programa del Vaso de Leche.



RESUMEN:

Tras la implementación de políticas para la liberalización de la economía peruana en la década de 1990, el país experimentaría un notable incremento en su recaudación fiscal. Esto permitió la realización de diversas obras públicas, especialmente por parte de los gobiernos locales, las cuales generaron réditos políticos hacia las figuras de diversos alcaldes que hallaron un creciente respaldo entre la población. No obstante, esto implicó el surgimiento de recelos en el seno del gobierno central, el cual se valdría de la promulgación de diversas normas tendentes a perjudicar la recaudación y financiación de los gobiernos locales, sin reparar en las repercusiones negativas que las mismas tendrían en la población, especialmente entre los más necesitados.

Palabras clave: Ley 30407, liberalización de la economía peruana, gobiernos locales, municipalidades provinciales y distritales, Impuesto de Promoción Municipal — IPM, pugnas políticas, programa del Vaso de Leche.

ABSTRACT:

After the implementation of policies for the liberalization of the Peruvian economy in the 1990s, the country experienced a notable increase in its tax collection. This allowed various public works to be carried out, especially by local governments, which generated political gains for various mayors who found growing support among the population. However, this implied the rise of misgivings within the central government, which took advantage of the promulgation of various regulations tending to undermine the collection and financing of local governments, without considering the negative repercussions that they would have on the population, especially among the neediest people.

Keywords: liberalization of the Peruvian economy, local governments, provincial and district municipalities, Municipal Promotion Tax — IPM, political struggles, *Vaso de Leche* program.

I. INTRODUCCIÓN

El Perú fue escenario de un radical cambio económico en la primera parte de la década de los 90s del siglo XX. Se trató de una acelerada evolución, desde un estatismo centralizado hacia una apertura liberal que obtuvo el manejo súbito de las finanzas públicas luego de varios lusteros de indebido e incommensurable crecimiento

del Estado. Luego del auge generado en la posguerra y la guerra en Corea¹, que brindó al país un crecimiento importante, advino la ola migratoria del campo hacia las urbes y los conflictos que ello supuso. Perú seguía las orientaciones cepalinas de sustitución de importaciones² y el docenio militar estatizó la economía al costo de una impagable deuda externa. La crisis estalló en 1973, aunque el drama había empe-

1. *"La coyuntura internacional favoreció a la economía peruana a inicios de los años cincuenta. En particular, la Guerra de Corea tuvo efectos positivos en las cotizaciones de los productos agrícolas y minerales en los mercados internacionales. Así, los precios de las exportaciones crecieron en 9% en 1950 y 33% en 1951. Los precios cayeron luego fuertemente en 1952 y 1953, pero volvieron a crecer en 1954, 1955 y 1956. La tendencia en este período no fue siempre positiva. De hecho, entre 1948 y 1956, los precios de las exportaciones solo crecieron en 0,5% por año. Sin embargo, pese a este comportamiento errático, los precios de las exportaciones peruanas en los años cincuenta se encontraban altos en relación con los niveles históricos. Así, en promedio, en el período 1950-1955, los precios de las exportaciones fueron 60% mayores que entre 1940 y 1949 y 150% mayores que entre 1930 y 1939".* Carlos Contreras, *Compendio de historia económica V: la economía peruana entre la gran depresión y el reformismo militar, 1930-1980*, (Lima: IEP Instituto de Estudios Peruanos, 2020), 58.
2. *"La sustitución de importaciones ha sido un elemento integrante de un patrón de industrialización caracterizado por un conjunto de elementos que se apoyan y refuerzan entre sí; aislar cualquiera de estos componentes y centrar en él la atención resulta más simple, pero improcedente cuando se trata de diseñar estrategias diferentes de industrialización. Sin embargo, cabe destacar que una región en que el costo horario del sector manufacturero fluctúa entre un séptimo y un veintavo del que prevalece en los países desarrollados, con una carga tributaria inferior, con niveles de productividad que no alcanzarían al 50% del vigente en los países desarrollados y con acceso a tecnologías similares,*

zado en 1967 con la brutal devaluación del sol de oro³ y se agudizó en los 80s en forma inédita⁴. El fenómeno de El Niño causó estragos muy serios y las lluvias en el norte y la sequía del sur produjeron muy malas temporadas. Como ya se ha escrito, entonces los principales actores de la escena lograron: *“restablecer la estabilidad de precios y el equilibrio fiscal en un contexto de hiperinflación, aislamiento internacional por la moratoria de la deuda, y desequilibrios fiscales”*⁵.

Todo esto sucedió en medio de una agresiva asonada terrorista que por más de dos décadas asoló al país como en muy pocas naciones se ha padecido. Lo que generó varias decenas de miles de muertos y desaparecidos, así como varios presupuestos nacionales en irre recuperables pérdidas.⁶

Fujimori había sido elegido en julio de 1990, prometiendo un gradualismo que no fue tal. Aplicó todas las medidas que su oponente Mario Vargas Llosa había ofertado a un electorado que decidió no aventurarse por la opción liberal⁷. En agosto se inició el llamado shock en la economía peruana, cuya finalidad era detener

la espiral hiperinflacionaria y empezar a reordenar las finanzas públicas, en medio de asonadas terroristas cada vez más intensas en Lima y principales ciudades del país.

Desde 1992 con su autogolpe, canceló al Congreso y cerró el Poder Judicial, el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Ministerio Público, sometiendo al país a la política que los economistas denominan el consenso de Washington. Se trataba de desmontar al Estado elefantiásico que nos legó un docenio militar al que nada hicieron las administraciones de Belaúnde II y García I, pero que incubaron una hiperinflación que tenía que ser revertida al igual que la simultánea subversión terrorista de los comunistas de Sendero Luminoso — SL, y, en menor grado, del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru — MRTA.

La administración 1990-1995 empezó a desarticular la intervención del Estado, que se diera desde los 70s a través de las empresas públicas, hecho que había traído desequilibrio e ineficiencia. Se privatizó una gran parte de dichas empresas —de minería, generación y distri-

difícilmente puede mantener pasivamente un proteccionismo elevado e indiscriminado. La experiencia internacional enseña que tampoco conviene una apertura radical y cándida, sino que habrá que definir sectorial y temporalmente un trayecto de aprendizaje tecnológico interno que lleve a una colocación segura en el mercado internacional. Fernando Fajnzylber, “Industrialización en América Latina: de la ‘Caja Negra’ al Casillero Vacío”, en *Cincuenta años del pensamiento de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL): textos seleccionados*, ed. CEPAL (Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica Chile S.A., 1998), 829.

4. “...los años de 1980 a 1985 fueron dramáticos para el Perú, cuando la actividad económica primero se estancó durante 1980-1982 y luego se contrajo en 16% durante los 15 meses siguientes. A su vez, la tasa de inflación se duplicó, llegando a 120% a principios de 1983, y volvió a duplicarse a 250% a principios de 1985. Durante esos años, las autoridades peruanas enfrentaron retos económicos y sociales nunca antes vistos en el Perú”. Carlos Contreras, *Compendio de historia económica V: la economía peruana entre la gran depresión y el reformismo militar, 1930-1980*, (Lima: IEP Instituto de Estudios Peruanos, 2020), 336.
5. Santa María, Hugo, José Carlos Saavedra, y Lucero Burga. “Historia de la política fiscal en el Perú 1980-2009.” Asociación Fiscal Internacional (IFA) Grupo Peruano, (2009): 125-194. https://ifaperu.org/wp-content/uploads/2020/07/274_08_ct29_hsm-jcs-lb.pdf
6. La Comisión de la Verdad y Reconciliación Nacional ha señalado que *“la cifra más probable de víctimas fatales de la violencia es de 69,280 personas. Estas cifras superan el número de pérdidas humanas sufridas por el Perú en todas las guerras externas y guerras civiles ocurridas en sus 182 años de vida independiente. ... el conflicto abarcó una proporción mayor del territorio nacional que cualquier otro conflicto, provocó enormes pérdidas económicas expresadas en destrucción de infraestructura y deterioro de la capacidad productiva de la población y llegó a involucrar al conjunto de la sociedad”* <https://www.cverdad.org.pe/ifinal/conclusiones.php>
7. Mario Vargas Llosa, *El Pez en el agua*, (Barcelona: Editorial Seix Barral, 1993).

bución eléctrica, industria del acero, cemento, banca y seguros, telefonía y cuantiosas actividades en las que el Estado era interventor de singular ineficiencia— aunque hoy en día algunos consideren que faltó tiempo para hacerlo con las distribuidoras de agua y saneamiento o de petróleo. Lo cierto es que esta política contribuyó a que el Ejecutivo se dedique a cosas de significativa importancia, tales como sanear las finanzas del Estado, cerrar brechas macroeconómicas que debían corregir para detener la espiral inflacionaria y el severo déficit fiscal. Uno de estos tópicos fue convertir a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria — SUNAT, en una entidad eficiente que eleve la presión tributaria — necesario indicador para atender los compromisos del Estado— y entre éstos una elevada deuda externa que agobiaba las finanzas públicas e impedía la apertura hacia los mercados del exterior. Siendo una institución estatal, la SUNAT fue remozada, empezando por ser dotada de servidores sujetos a la ley de los trabajadores privados —la entonces vigente Ley 4916⁸— es decir, con un tratamiento mucho más justo, adecuado y competitivo. Sólo el Banco Central de Reserva, la Superintendencia de Banca y Seguros y unas cuantas entidades más tuvieron esa suerte, alcanzando niveles de indiscutible eficiencia. Si se hubiera adoptado una política similar con las demás entidades del Estado sin duda los resultados hubieran sido similares para todos, pero ya se sabe que no ha sido así.

La reforma tributaria que lideró el Ministerio de Economía y Finanzas entre 1992 y 1993 — iniciada con el autogolpe y terminada con el Congreso Constituyente Democrático y la Carta Fundamental de 1993—, se enfocó en fortalecer a la SUNAT y elevar sus ingresos. Y es curioso como un hecho trivial, casi inadvertido en medio de estas gestas, sirvió de base para que des-

de la cúspide del Estado nacional se desatase una lucha política de la más baja estofa usando las normas legales y claro, las instituciones. Es el caso del Impuesto de Promoción Municipal, como principal componente del Fondo de Compensación Municipal — FONCOMUN.

EL IMPUESTO DE PROMOCIÓN MUNICIPAL

Todos suelen decir que la tasa del Impuesto General a las Ventas — IGV es de 18%. Pocos recuerdan que, en realidad, el Impuesto General a las Ventas tiene una tasa —alícuota— del 16%, sólo que a su lado existe un impuesto que posee la misma base imponible y se recauda también por la SUNAT y se denomina Impuesto de Promoción Municipal — IPM, que registra una alícuota del 2%. Sumados ambos guarismos se totaliza 18% —Dieciocho por ciento—. La SUNAT recauda ambos impuestos como si fuera uno solo, sólo que mientras el rendimiento del IGV lo destina al Tesoro Público, el del IPM lo destina a ser redistribuido entre las casi dos mil municipalidades provinciales y distritales que hay en toda la República⁹.

Durante los años 1993 y siguientes, la recaudación del IGV —y, por tanto, también la del IPM— creció vertiginosamente. Lo que favoreció fundamentalmente al Gobierno Nacional, pero también a las principales municipalidades provinciales a las que el FONCOMUN redistribuyó significativamente. Tenemos el caso especial de Lima Metropolitana y el Callao, que además de favorecerse con una suba importante en la captación del IPM, consiguió que tales recursos fueran asignados al Fondo de Inversiones Metropolitanas —se denomina INVERMET— lo que hizo posible las fortísimas inversiones en infraestructura vial de la ciudad capital —culminación de la avenida Universitaria, el trébol e intercambio vial de Javier Prado y otras de enorme significación tras varios lustros de in-

8. *La Ley 4916 fue promulgada por Augusto B. Leguía en 1924 y normaba a los empleados del sector privado. En 1995 fue derogada por la Ley 26513.*

9. *El artículo 86° del TUO de la Ley de Tributación Municipal enuncia que el Impuesto de Promoción Municipal se agrega al rendimiento del Impuesto al Rodaje y del Impuesto a las Embarcaciones de Recreo, lo que constituye el Fondo de Compensación Municipal – FONCOMUN-*

movilidad y carente inversión en un rubro tan largamente descuidado—.

Esta inversión, en uno de los aspectos menos atendidos en varias décadas en la ciudad capital, fortaleció la candidatura de Ricardo Belmont, quien no dudó en lanzarse y ganar la reelección —1993-1995—. Mientras que Alberto Fujimori alistaba las candidaturas de su Partido Cambio 90 en las Elecciones Municipales de 1992 —que por el terrorismo fueron realizadas en enero de 1993—. Y desde el Ejecutivo se impartieron medidas orientadas a frenar el súbito éxito del alcalde limeño y de otros líderes regionales del interior del país que, con fondos provenientes del IPM, hacían obras que otrora se habían dejado de realizar¹⁰ y que ciertamente suscitaban su popularidad entre los votantes. La principal de ellas, sino la más “eficiente”, fue una norma legal: el muy recordado Decreto Legislativo 776, emanado del Poder Ejecutivo el 31 de diciembre de 1993 y que entró en vigor el día siguiente, el 1 de enero de 1994.

Fue una clara muestra de cómo las normas, entre muchas otras funciones que la ciencia y doctrina del Derecho le confiere de adquirir “el rasgo de obligatoriedad propio del Derecho y, por lo tanto, la característica de ser impuestas legítimamente a las personas mediante los instrumentos de coacción del Estado”¹¹, sirven para el combate entre distintos focos de poder, con las víctimas que toda pugna logra herir y hasta matar.

Esta norma se propuso “racionalizar el sistema tributario municipal, a fin de simplificar la administración de los tributos que constituyan renta de los Gobiernos Locales y optimizar su recaudación”.

Si se evaluara la genuina calidad del dispositi-

vo, encontraríamos que nunca racionalizó —al menos no de forma adecuada y positiva para los sujetos activos y pasivos de los diferentes tributos municipales— el sistema tributario municipal, aun cuando la norma ha cumplido largos veintinueve años de vigencia. Y la mayor parte de los gobiernos locales —es sencillo afirmar que al menos un noventa por ciento de ellos— no ha visto simplificada la administración de sus tributos y todavía menos ha logrado ninguna óptima recaudación¹². Cuando ha existido la ocasión de modificar esta ley en beneficio de las municipalidades de la República, se han maquillado ciertos aspectos muy parciales y hasta mezquinos, sin reestructurar las taras y deficiencias manifiestas de un ordenamiento normativo en exceso imperfecto y hecho desde la punible distancia de un gabinete ajeno a la realidad de lo que se buscó legislar.

La exacta finalidad del Decreto Legislativo 776, publicado el último día del año 1993, fue mezquinar recursos para los gobiernos locales, en diversos aspectos y rentas, empezando por el Impuesto de Promoción Municipal, que se dispuso sea redistribuido de una forma muy distinta a la que se hacía antes de esta norma. Como se sabe, el rendimiento de este IPM junto a los impuestos al Rodaje y a las embarcaciones de recreo, en teoría el Ministerio de Economía y Finanzas lo redistribuye: “a) entre las Municipalidades Provinciales y Distritales, preferentemente de zonas rurales y urbano-marginales, teniendo en consideración criterios de población, pobreza, desarrollo urbano, violencia y recursos naturales. b) El porcentaje que se asigne a las Municipalidades Provinciales no será mayor del 20% del Fondo”¹³.

Este último factor —que el porcentaje para las co-

10. También en Callao (Woll), Huancayo (Morales), Huaraz (Romero), Chiclayo (Castillo), Trujillo (Murguía), Tacna (Chocano), entre otras provincias y distritos hubo reelección de alcaldes por el mismo fenómeno.

11. Marcial Rubio, *El sistema jurídico. Introducción al derecho*, (Lima: Fondo Editorial de la Universidad Católica del Perú, 2009), 111.

12. Antonio Morales, *Los impuestos locales en el Perú: Aspectos institucionales y desempeño fiscal del impuesto predial*, (Arequipa: Consorcio de Investigación Económica y Social, Universidad Nacional de San Agustín, 2009).

13. Es el texto original que rigió hasta el año 2005, ya que en ese año se lo modificó.

munas provinciales no supere apenas un quinto del fondo— es el que atentó contra los proyectos más ambiciosos y que exigen mayores recursos en las diversas circunscripciones distritales y provinciales del territorio nacional. Precisamente los que suelen ser de alcance multidistrital y dimensión conurbana, provincial y hasta departamental. Fueron muchos los proyectos que —en los 90s en que la economía se estaba reordenando— se debieron encargar a la espera de que los gobiernos regionales, creados en el 2005 y años siguientes, con los serios tropiezos que ello representó para casi todos ellos, los asumiesen no sin antes reactualizarlos y modernizarlos en medio de gestiones más bien timoratas.

A la par, fue el origen de que muchos municipios distritales del interior del país se hayan encontrado con ingentes recursos que, desde el inicio no supieron darles adecuado destino e imperó el dispendio y la malversación. Monumentos sin sentido, estadios deportivos o coliseos de toros con diez mil localidades para pueblos que no superaban cinco mil habitantes, puentes que no llevan a ninguna parte o que muy fácilmente se desploman, mientras se descuidan caminos esenciales, la electrificación y el saneamiento y el agua potable inexistentes en muchos pueblos del interior. Casos que se multiplicaron con el boom del canon minero, gasífero y otros que sería muy largo narrar en poblaciones de escasos habitantes, aunque de grandes e insatisfechas necesidades.

II. TRANSFERENCIAS DEL GOBIERNO NACIONAL VS. PROPIA CAPTACIÓN TRIBUTARIA

Destinar recursos desde el gobierno nacional

hacia las regiones, provincias y distritos de todo el territorio de la República es un rol sumamente complejo y, por sobre todo, muy politizado. De sus resultados casi nadie expresa su satisfacción y tenemos muchos lustros discutiendo sobre las injusticias y arbitrariedades de la capital de la República, especialmente encarnadas por los sucesivos titulares del MEF —que suelen contar con el sucesivo beneplácito acaso ignorante del Poder Legislativo— y los desaciertos de los gobernadores y alcaldes provinciales y distritales de las tres regiones del país.

Hasta ahora se suele destacar que los presupuestos aprobados desde diciembre del año precedente no se ejecutan en su integridad aun cuando se está en el mes de noviembre del año en curso y se moteja de incapaces a las administraciones regionales y ediles por esta causa, siendo muy frecuente que estos gobernadores y alcaldes —las más de las veces, sin faltarles razón— redarguyan que en el Ministerio de Economía y Finanzas¹⁴ se dilatan las transferencias y mezquina las partidas hasta la exasperación y no pocas veces al precio de alguna inmoralidad o la habitual inequidad.

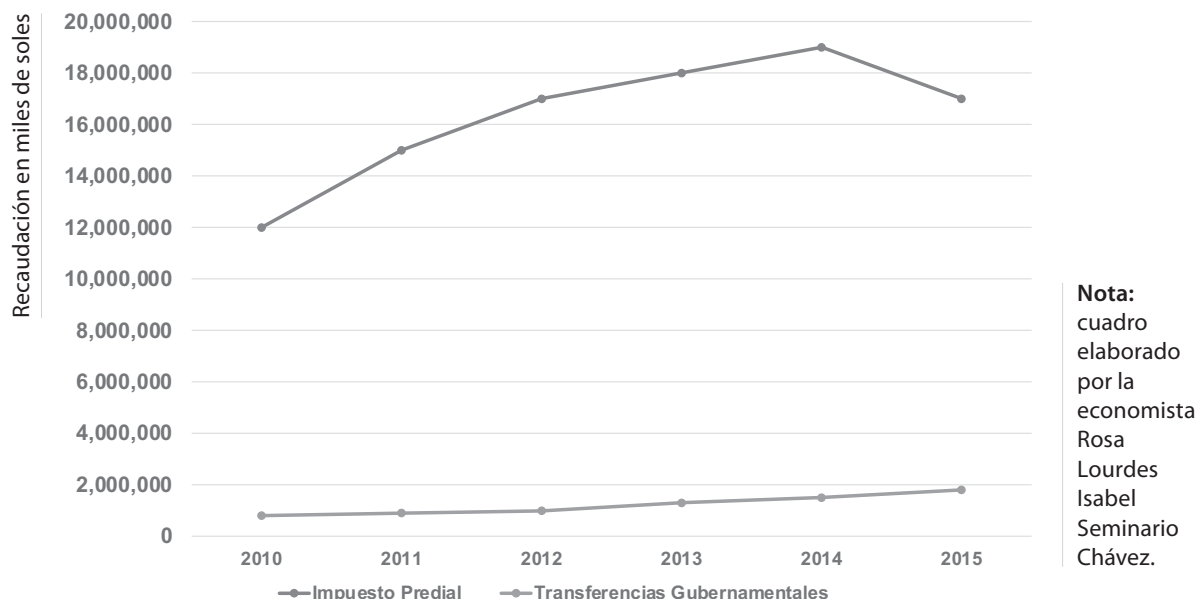
En un trabajo de la economista Rosa Seminario Chávez, se exhibe un comparendo entre el volumen de las transferencias provenientes del Gobierno Central —MEF— hacia las municipalidades de toda República y la captación que todas estas entidades realizan para recaudar el rendimiento del Impuesto Predial en el mismo lapso —años 2010 al 2015—¹⁵.

El siguiente es el cuadro que expresa por sí mismo la brecha:

14. *Hay una terrible conclusión en la Tesis TRANSFERENCIAS DEL GOBIERNO CENTRAL Y RECAUDACIÓN MUNICIPAL EN EL PERÚ: UN ANÁLISIS EMPÍRICO de la Eco. Rosa Seminario Chávez de la Universidad de Piura. Piura, octubre 2021* Pág. 46: “A partir, de los modelos estudiados, se concluye que un mayor nivel de transferencias de recursos por parte del Gobierno Central se relaciona de manera negativa con la recaudación de recursos propios del gobierno local. Esta asociación es mayor para el caso de impuestos locales que requieren un mayor esfuerzo de recaudación como el impuesto predial. Finalmente, se corrobora la existencia de una relación negativa entre la recaudación del impuesto predial, a la alcabala y otros impuestos, en términos per cápita, con las transferencias gubernamentales según determinadas características del alcalde”. Rosa Seminario, “Transferencias del gobierno central y recaudación municipal en el Perú: un análisis empírico” (Tesis para optar al título de economista, Universidad de Piura, Piura, 2021), https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/5293/ECO_2103.pdf?sequence=1&isAllowed=y

(Continúa en la siguiente página)

Transferencias gubernamentales y el impuesto predial



En el cuadro se observa que la recaudación del impuesto Predial está en el rango de 0 a 2 millones de soles, mientras que las transferencias oscilan entre los 12 millones de soles y los 20 millones de soles. La brecha es inmensa e inadmisibles.

Lo que equivale a afirmar que las 1,834 municipalidades con que cuenta nuestro país no logran captar el rendimiento de su principal impuesto en montos que no llegan a una fracción de lo que captarían de transferencias provenientes del Ministerio de Economía y Finanzas; solo que éstas son entregadas por arbitrarias decisiones del Poder Ejecutivo mientras que las primeras son generadas por su propia capacidad y eficiencia administradora de tan importante pero poco redituado tributo que se obtiene de las propiedades subvaloradas del territorio nacional.

Históricamente han existido dos maneras de postergar la economía de los gobiernos locales

de territorio nacional:

- No destinar los recursos debidos a voluntad, por razones ajenas a consideraciones técnicas y aun cuando la legislación así lo hubiera establecido.
- Reducir intrínsecamente dichos recursos de manera tal que un determinado tributo no genere el rendimiento debido

En el primer caso, cuando se ha encomendado al Ministerio de Economía y Finanzas o a alguna instancia del Poder Ejecutivo planear y materializar la redistribución de un fondo —tributario o de otra índole— a favor de las provincias y distritos de la República, pese a que los criterios aparentan lógica y razonabilidad, se ha impuesto con indudable insistencia la mayor arbitrariedad en el reparto y el olvido de algunas circunscripciones. De nada o muy poco sirve que las normas indiquen con la mayor claridad una serie de parámetros e indicadores que, a la pos-

15. Apéndice A. Transferencias gubernamentales y el impuesto predial. De la Tesis TRANSFERENCIAS DEL GOBIERNO CENTRAL Y RECAUDACIÓN MUNICIPAL EN EL PERÚ: UN ANÁLISIS EMPÍRICO - Eco. Rosa Seminario Chávez. Universidad de Piura. Piura, octubre 2021. Pág.64 Apéndice A. Transferencias gubernamentales y el impuesto predial. Rosa Seminario, Transferencias del gobierno central y recaudación municipal en el Perú: un análisis empírico.

tre, casi nunca son tenidos en consideración. No más que los *dictérios* de algún funcionario encumbrado por la coyuntura. Ya se nota tamaño brecha en el cuadro exhibido que hemos comentado, perteneciente al lapso 2010–2016, pero que, sin lugar a duda, se ha reiterado desde 1994 y aun en la actualidad en donde también es notorio el modesto volumen del rendimiento del Impuesto Predial para el grueso de gobiernos locales.

La redistribución del FONCOMUN es, pues, el más típico ejemplo de esta tara que afecta a la institucionalidad nacional y que se agudizó significativamente a partir de 1994 con la Ley de Tributación Municipal.

En la segunda manera, la forma de disminuir el tamaño de los recursos es como en el caso del Impuesto Predial y del Impuesto de Alcabala¹⁶, congelando el valor de los inmuebles —terrenos y construcción— lo que a su vez garantiza que las alícuotas del impuesto se mantengan inalteradas y frenadas hasta la irrealidad. El valor que sirve de base impositiva para fines del Impuesto Predial suele ser una suma muy simbólica, casi siempre de una sexta o décima parte del valor real o de mercado. En consecuencia, el impuesto, que de por sí no supera el 1% anual, no es de una suma significativa y ello sustrae los recursos en perjuicio de los sujetos activos del tributo, es decir, en perjuicio de las municipalidades provinciales y distritales del territorio nacional que pese a este impuesto no alcanzan a cubrir lo más elemental de sus reales requerimientos.

Sucede que corresponde al Ministerio de Vivienda y Construcción, perteneciente al Poder Ejecutivo, la determinación del valor de los terrenos —aranceles— y del de las construcciones —tablas de valorización en costa, sierra y selva—. Desde hace no menos de unos treinta años tales valores se encuentran sistemáticamente congelados, sin exhibir valores razonables que a la vez mezquinan los recursos que espera y merecen las municipalidades del país. Pues debe tenerse presente que los recursos del Impuesto Predial representan el rubro permanente de mayor volumen para todos los gobiernos locales y si se asegura que su rendimiento sea modesto, pues se condena a estas poblaciones a la mayor postergación y se les impide un desarrollo elemental.

En esta segunda manera de retacear recursos a los gobiernos locales, está la propia existencia de dos impuestos ligados a la propiedad inmobiliaria: el Impuesto Predial y el Impuesto de Alcabala¹⁷. En el caso del Impuesto de Alcabala sucede otro tanto, agravado por el hecho de que las transferencias de inmuebles no suceden con frecuencia y si bien la mezquindad perpetrada por el Ejecutivo en el Decreto Legislativo 776 en 1993 fue “corregida” por el Gobierno de Transición del 2001¹⁸, ello apenas si fue para favorecer a los gobiernos locales provinciales en desmedro de los gobiernos locales distritales.

Ambos surgieron en 1967, con la reforma tributaria del ministro Ulloa en el primer gobierno de Fernando Belaunde, denominado Impuesto al Valor del Patrimonio Predial y el llamado Al-

16. Es necesario señalar que el Impuesto de Alcabala no es de mucha significación ni rendimiento si lo comparamos al Impuesto Predial, que lo pagan todos los propietarios de inmuebles y en forma anual, lo que asegura su permanencia. Con todo, su base impositiva fue arbitrariamente reducida en 1993 con el famoso Decreto Legislativo 776, cuyo sentido era perjudicar a todas las administraciones ediles.

17. Es un impuesto proporcional que grava las transferencias a título oneroso del dominio, acciones o de derechos sobre inmuebles, naves, aportes y adjudicaciones de los mismos.

18. El Art. 24° de la norma, expresaba: La base imponible del impuesto es el valor de autoavalúo del predio correspondiente al ejercicio en que se produce la transferencia ajustada por el Índice de Precios al por Mayor (IPM) para Lima Metropolitana que determina el Instituto Nacional de Estadística e Informática.

Desde el 2001 se modificó y se regresó al valor de la transferencia y no al esmirriado autavalúo:

Artículo 24.- La base imponible del impuesto es el valor de transferencia, el cual no podrá ser menor al valor de autoavalúo del predio correspondiente al ejercicio en que se produce la transferencia ajustada por el Índice de Precios al por

(Continúa en la siguiente página)

cabala de Enajenaciones, que se proponían gravar las propiedades destinando su rendimiento a las municipalidades de toda la nación. Ha de recordarse que, en 1963, con la Ley 14669, Belaunde Terry convocó a elecciones municipales por primera vez en la historia y el proceso de elegir autoridades en todos los gobiernos locales, cuya antigüedad es mayor a la de la propia República¹⁹, se repitió en 1966.

Si bien el propósito real de estas variaciones normativas fue debilitar al alcalde de Lima, potencial contendor que disputaría con Alberto Fujimori la presidencia de la República, el logro se concretó empobreciendo a la ciudad de Lima, sustrayendo los recursos que le correspondía y que habrían contribuido a que supere una larga postergación en lo que atañe a contar con una infraestructura urbanística pública deficitaria.

“Ahora bien, es preciso indicar que la descentralización en el Perú es un proceso y se concretiza a partir de distribución gradual de la gestión de todas las materias que corresponden ser administradas por el Estado, a cada nivel de gobierno, considerando para dichos efectos qué órgano es el que se encuentra en mejor posición para gestionar determinada materia, tal como establece el criterio de subsidiaridad que dispone: el gobierno más cercano a la población es el más idóneo para ejercer la competencia o función, por consiguiente el gobierno nacional no debe asumir competencias que pueden ser cumplidas más eficientemente por los gobiernos regionales,

y estos a su vez, no deben hacer aquello que puede ser ejecutado por los gobiernos locales, evitándose la duplicidad y superposición de funciones”.

Desde todo punto de vista, la solución más eficiente en materia de gestión pública es desconcentrarla o descentralizarla hacia los órganos especializados en la materia o que se encuentren más cercanos a la problemática.

No existe la intención de enmendar esta postergación. Entre los congresistas de sucesivos lapsos legislativos en el siglo XXI no anida la menor preocupación por una enmienda de esta naturaleza y mucho menos por reestructurar una legislación tan deficiente como la que se decretó con el Decreto Legislativo 776 y que aseguró la más dura amnesia histórica con las poblaciones del interior del país.

III. PROGRAMA DEL VASO DE LECHE

Este programa, lanzado por el ex alcalde de Lima Alfonso Barrantes —1984/1986—, en medio de una crisis alimentaria de grandes proporciones, que en el verano de 1983 se agudizó por el fenómeno de El Niño, tuvo una respuesta del segundo Belaundismo que dictó la Ley 24059²⁰ el 2 de diciembre de 1984. Las municipalidades provinciales estaban encargadas de organizar la distribución de millones de vasos de leche cada día, a niños y madres gestantes y lactantes, lo que supuso una logística impresionante que dependió mucho de las madres que estaban organizadas en muchas zonas del país. Lo

Mayor (IPM) para Lima Metropolitana que determina el Instituto Nacional de Estadística e Informática.

El ajuste es aplicable a las transferencias que se realicen a partir del 1 de febrero de cada año y para su determinación, se tomará en cuenta el índice acumulado del ejercicio, hasta el mes precedente a la fecha que se produzca la transferencia”. Texto conforme al D. Leg. 952 del año 2004.

19. “En el Perú existen 1,828 municipalidades —194 provinciales y 1,634 distritales—. Solamente el 6% de los gobiernos locales —106—, tiene a su cargo distritos donde viven más de 50 mil personas; en ese 6% de distritos vive, aproximadamente, el 53% de la población”. María Isabel Remy, *Los gobiernos locales en el Perú: entre el entusiasmo democrático y el deterioro de la representación política* (Lima: IEP Instituto de Estudios Peruanos, 2005), 113.
20. *El Programa del Vaso de Leche en todos los municipios provinciales de la República, destinaba a la población materno - infantil en sus niveles de niños de 0 a 6 años de edad, de madres gestantes y en período de lactancia, el derecho a la provisión diaria por parte del Estado, a través de los municipios, sin costo alguno para ellas, de 250 cc. de leche o alimento equivalente.*

habían hecho más de una década antes, con las crisis alimentarias de los 70s en que los ingresos de muchos hogares no cubrían lo que se dio en denominar la canasta básica familiar.

En 1996, debido a la Ley 26637, que se promulgó el 24 de junio de este año, se “distritalizó” este importante programa social. Los recursos —siempre provenientes del Tesoro público— fluyeron hacia casi dos mil distritos en lugar de las casi doscientas provincias que debieron reducir al mínimo sus aparatos de distribución. Huelga decir que cada municipalidad distrital debía alistar sus propios aparatos logísticos a fin de poder distribuir los vasos de leche entre cada población distrital

En el caso de la provincia de Lima, con 43 distritos y casi 8 millones de habitantes, el caso fue patético. Un aparato metropolitano de distribución, que existía desde la época del alcalde Barrantes, tuvo que ser sustituido por 43 aparatos distritales de distribución, con el dispendio de recursos y duplicidad que ello conlleva. Pero “distritalizar” este Programa le restaba réditos políticos al señor Belmont Cassinelli, quien era visto por Alberto Fujimori como un potencial oponente para postular a la presidencia de la República en el año 2000. Lo mismo en lo que atañe a “distritalizar” los recursos del FONCOMUN, que ya no se destinaron a financiar las grandes obras de infraestructura metropolitana que mucha falta le hizo y hacen a Lima desde los años 70s y que inclusive en el siglo XXI aún representan un déficit que supera los 50 mil millones de dólares²¹ en el ámbito de la provincia capital²².

Lima y todas las provincias del país, han pagado la infamia de ese precio impuesto por la pugna política y que uso las normas para ponerlas al servicio de la mezquindad más incomprensible e innecesaria. Se desorganizó una estructura de distribución de raciones alimentarias orientada a inmensas capas de gentes menesterosas, del sector más vulnerable de la población como son los niños de 0 a 6 años de edad y a sus madres gestantes y lactantes, a fin de satisfacer un apetito de inquina y agresión política verdaderamente despreciable.

La existencia de programas sociales en el Perú surge como una respuesta solidaria ante la extrema pobreza de muy gruesos sectores poblacionales, especialmente de las urbes que inusitadamente crecieron desde la segunda mitad del siglo XX, debido a la ola migratoria del campo a la ciudad. Desde los años de la Alianza para el Progreso de los 60s hasta los programas financiados por el Tesoro y la cooperación externa de muy diverso origen, han servido para cooperar con importantes estratos postergados a los que se ha rescatado de la miseria extrema. En tal contexto, el Programa del Vaso de Leche, hay que remarcarlo, contribuyó y aún coadyuva al sector más vulnerable de todos los pobres: la infancia desvalida y sus madres.

Por eso no dejó de ser una ignominia que se haya “distritalizado” el Programa del Vaso de Leche solo y exclusivamente para usar esta medida como un ataque entre oponentes políticos en pos de infligir una derrota tan temporal

21. “En la capital del Perú, Lima, el déficit de infraestructura llegaría a los US\$ 50,000 millones, debido a las condiciones de las vías, deficiencias en el transporte, servicios básicos, entre otros, según el Plan Metropolitano de Desarrollo Urbano de Lima y Callao (PLAM) 2035”. “PLAM 2035: Déficit de infraestructura de Lima sería de US\$ 50,000 millones.” Nitro.pe. Nitro.pe, 4 de junio de 2014. <https://www.nitro.pe/el-urbano/plam-2035-deficit-de-infraestructura-de-lima-seria-de-us-50-000-millones.html>
22. “El principal elemento que diferencia a Lima de otras ciudades latinoamericanas es el gran desequilibrio existente entre la ciudad y el resto del país. Lima, con su alrededor de 8 millones de habitantes, concentra un tercio de la población y la mitad del PBI de Perú”, ha escrito Daniel Ramírez Corzo Nicolini (*Transformación metropolitana y exclusión urbana en Lima: del desborde popular a la ciudad fractal* – CLACSO 2009. Buenos Aires) Daniel Ramírez, “Transformación metropolitana y exclusión urbana en Lima: del desborde popular a la ciudad fractal”, *Debates en Sociología*, No. 31, (2006), <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/debatesensociologia/article/view/2705/2649>

como infame. Como del mismo modo la forma indebida y desleal en que se dañó y por varios decenios a las ciudades más pobladas del país, al negárseles el merecido progreso de una más adecuada infraestructura urbana que le propiciaban sus propios ingresos o una redistribución tributaria menos mezquina y arbitraria y mucho más propicia y propositiva.

Aunque en toda sociedad las normas cambian

para perfeccionar la realidad y los hábitos, siempre en búsqueda de sobreponer los fines superiores y mayoritarios a los egoístas y de escasa relevancia, encontramos que no pocas veces —como en el caso de una norma tributaria que pervive casi veintinueve años— se echa mano a alguna triquiñuela o leguleyada destinada a imponer realidades despreciables por encima del imperio de intereses, ideales y valores que a todos une y congrega.

Análisis Económico de Derecho: el derecho a ser oído



URSULA PATRONI VIZQUERRA

Abogada por la Universidad de Lima.
Magíster en Administración de empresas por la Universidad Peruana de Ciencias
Aplicadas.
Máster en Derecho de los Negocios por la Universidad Francisco de Vitoria (España).
Máster en Derecho y Administración Local por la Universidad de Burgos (España).
Profesora de Derecho Administrativo en la Universidad de Lima.



SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Materialización del derecho a ser oído en el Procedimiento Administrativo Sancionador.
- III. Consagración constitucional del derecho a ser oído.
- IV. El derecho a ser oído como derecho supranacional.
- V. Conceptualización del análisis económico del derecho en el contexto del ejercicio del del derecho a ser oído.
 1. Maximización del interés.
 2. Precios implícitos.
 3. Racionalidad limitada en un solo punto.
- VI. Incentivos al ejercicio del derecho a ser oído.
- VII. Conclusiones.

RESUMEN:

El presente artículo está dirigido a exponer cómo la forma discrecional en que el derecho a ser oído se encuentra regulado para los procesos administrativos sancionadores en la legislación nacional, no refleja las exigencias derivadas de la consagración en la Constitución y en los diversos instrumentos internacionales y cómo a su vez, genera una renuncia a la eficiencia de su ejercicio, desde la óptica del análisis económico del derecho.

Palabras clave: Análisis Económico del Derecho, Derecho a ser oído, Derecho a la Buena Administración, Debido procedimiento, Procedimiento Administrativo Sancionador, Derecho-garantía, Derecho Administrativo.

ABSTRACT:

The following article is aimed to expose how the discretionary manner in which the right to a hearing is regulated in the Peruvian national legislation regarding administrative penalty procedures does not reflect the requirements derived from its establishment in the Constitution and in several international treaties, and how, on the other hand, it generates a renounce to the efficiency brought by its exercise as a right, from the perspective of the economic analysis of law.

Keywords: Law and Economics, Economic analysis of law, the right to a hearing, the right to a good administration, Due process, Administrative sanctioning procedure, Right-Guarantee, Administrative Law.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho a ser oído constituye no solo un derecho que el administrado puede ejercer, sino una garantía con la que cuenta en un procedimiento administrativo sancionador.

El derecho a ser oído, en palabras de Pastor de Peirotti (2008), *"significa que el administrado pueda ejercer su derecho de defensa, en cada una de las etapas del procedimiento"*¹. Siendo esto así, resulta apropiado soportar lo dicho con una revisión de este derecho en nuestro ordenamiento jurídico.

La Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, recoge en su título preliminar, el principio del debido procedimiento, el cual pone de manifiesto que los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo; esto implica una doble categoría: la de derechos y la de garantías. Asimismo, establece, a modo enunciativo y no limitativo, una serie de derechos-garantías, como el de solicitar el uso de la

palabra. Sin embargo, llama la atención que, en la redacción de este principio, seguidamente se señala *"cuando corresponda"*, lo que sugiere que no se trataría de un derecho absoluto, sino que su ejercicio estaría condicionado a la oportunidad.

De la revisión de la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1272, decreto que modifica la Ley del Procedimiento Administrativo General, se advierte que, con relación al principio del debido procedimiento, se han efectuado precisiones a este para hacer referencia a tres aspectos. El primero, relacionado con el derecho a un procedimiento establecido de manera previa a la expedición de las diferentes decisiones administrativas a tomarse; el segundo, el derecho a que no se produzcan desviaciones a los fines del procedimiento; el tercero, el derecho de la garantía dentro del procedimiento administrativo, el cual considera, como un contenido mínimo, como es el derecho a ser oído, el derecho a ofrecer y producir pruebas, el derecho a obtener una decisión motivada, entre otros.

1. Irma Pastor de Peirotti y María Inés del C. Ortiz de Gallard, «El debido proceso adjetivo y el control de convencionalidad», ANUARIO DEL CIJS 11, (2008): 109.

Siendo esto así, el condicionamiento “*cuando corresponda*” que se puede advertir de la redacción del principio, con relación al derecho a ser oído, derecho que se materializa al solicitar el uso de la palabra en la audiencia de informes orales, solo puede estar supeditado a la oportunidad con relación al administrado, mas no con relación a la administración pública. Es decir, la determinación de cuándo corresponde o no debe pasar por una decisión del administrado a ejercer su derecho cuando considere que es necesario hacerlo. Por ejemplo, el administrado podría ejercer su derecho a ser oído luego de haber recibido el informe final de instrucción, dado que, en aquel, el órgano instructor ha establecido la responsabilidad del administrado por la comisión de una infracción. En ese momento, el administrado, más allá de presentar su posición con respecto al contenido del informe, ejercerá su derecho a ser oído para que sea el órgano resolutorio el que lo escuche y valore su posición, así como sus argumentos de defensa.

Se debe recordar que a través de la palabra hablada se ponen de manifiesto las funciones del lenguaje, como son la representativa, la emotiva y la apelativa. Esta última, en palabras de Portillo-Fernández (2021), “*hace referencia a la pretensión de influir en la conducta del receptor del mensaje*”.² Es así que la oralidad resulta imprescindible en situaciones en las que es el administrado quien toma la decisión de expresarse de manera oral para maximizar la posibilidad de que su posición sea no solo conocida por su interlocutor, que para el caso del procedimiento administrativo sancionador será el órgano resolutorio, sino para que además sea captada y genere una emoción, con lo que se busca la empatía entre el receptor y el emisor, para que el mensaje cale. Se produce en este proceso la participación necesaria de ambos: emisor y receptor.

Dada la importancia que representa tal oportunidad, esta no puede estar en manos de la administración pública, pues no le compete

determinar, de forma discrecional, cuándo el administrado puede ejercer o no su derecho. El órgano resolutorio, que inicia una nueva fase del procedimiento administrativo sancionador, va a conocer lo acontecido hasta el momento únicamente de la mano del informe final de instrucción y de lo que el administrado, mediante un escrito, haya podido expresar al respecto. No va a conocer los actuados en el expediente ni los hechos sucedidos ni nada fuera de lo que ambos documentos puedan señalar. ¿Cómo, entonces, podría el órgano resolutorio tomar una decisión para determinar si es pertinente o no escuchar al administrado? ¿Cómo podría decidir la administración pública si el administrado puede o no ejercer su derecho? ¿Cómo, pues, se podría hablar de la aplicación discrecional del ejercicio del derecho a ser oído?

En todo caso, a través del presente artículo, y con el apoyo del análisis económico del derecho, se intentará demostrar que no puede existir discrecionalidad para el ejercicio del derecho a ser oído y que se debería apostar por que la pertinencia en su ejercicio sea la regla, que siempre se busque la verdad material y se procure que el administrado cuente con todas las garantías durante la tramitación del procedimiento administrativo sancionador.

II. MATERIALIZACIÓN DEL DERECHO A SER OÍDO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Por definición, un procedimiento administrativo sancionador es la concretización del *ius puniendi* del Estado a través del ejercicio de la potestad sancionadora derivada de la función administrativa. El ejercicio de la potestad sancionadora está limitado, en primer lugar, a que la entidad de la administración pública que la pretende ejercer cuente con la atribución expresa de esta, concedida mediante una norma con rango de ley, para que se cumpla, así, con el principio de legalidad y, en segundo lugar, por

2. Jesús Portillo-Fernández, «La función apelativa en las paremias españolas: persuasión, consejo y advertencia. Estudio ostensivo-inferencial». *PAREMIA* 31, (2021): 207.

las garantías con las que cuentan los administrados como medios para asegurar el ejercicio de sus derechos.

Siendo sancionadora la naturaleza de este tipo de procedimientos —con los que se busca determinar la responsabilidad por la comisión de una infracción derivada del incumplimiento de las normas que la entidad tiene como función velar y, a partir de esa comprobación, establecer la sanción aplicable al incumplimiento probado—, no se debe perder de vista que, para llegar a determinar la responsabilidad, existen varios presupuestos a analizar. Por ejemplo, que la conducta —activa u omisiva— se encuentre tipificada como infracción de manera previa, que exista una relación de causalidad entre el sujeto imputado y la conducta constitutiva de infracción sancionable con base en el principio de causalidad, que, habiéndose superado estos dos puntos de análisis, no exista una situación donde se presenten condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones o que la potestad sancionadora no haya prescrito o que no haya caducado el procedimiento.

Esta verificación del cumplimiento de estos presupuestos antes descritos por parte de la administración pública permite que el administrado cuente con un debido procedimiento en la sede administrativa y que la responsabilidad que se le atribuya sea la que corresponde de acuerdo con la ley. Para arribar a esta conclusión, la autoridad administrativa debe agotar todos los elementos necesarios para llegar a la verdad material del expediente, la cual le va a permitir ejercer un razonamiento imparcial del que concluya la existencia o no de la responsabilidad por comisión de una infracción sancionable.

Para que esto sea así, el procedimiento administrativo requiere que exista una diferenciación entre las fases que en él se llevan a cabo. Existe una primera fase, que es la instructora, cuando el órgano instructor —autoridad distinta del órgano resolutivo— inicia el procedimiento san-

cionador imputando los cargos de los cuales se presume que el administrado es responsable y, con base en los descargos efectuados —incluso sin ellos, si el administrado decide no presentarlos—, realiza las actuaciones necesarias para el examen de los hechos, recabando los datos e informaciones que sean relevantes para determinar, en su caso, la existencia de responsabilidad susceptible de sanción.

Concluida, de ser el caso, la recolección de pruebas, la autoridad instructora del procedimiento finiquita esta fase determinando la existencia de una infracción y, por ende, la imposición de una sanción, o la no existencia de infracción. La autoridad instructora formula el informe final de instrucción, en el que se precisan, de manera motivada, las conductas que se consideren probadas constitutivas de infracción, la norma que prevé la imposición de la sanción y la sanción propuesta o la declaración de no existencia de infracción, según corresponda³.

En una segunda fase, a cargo del órgano resolutivo —autoridad distinta del órgano instructor—, se conoce el resultado de la fase instructora, a través del informe final de instrucción, y se conoce también la posición del administrado sobre este. Con esta información, el órgano resolutivo tiene que tomar la decisión de si el administrado es responsable o no, y, de serlo, qué sanción le impondrá. En este punto del procedimiento, resulta de vital importancia que el administrado pueda expresar su posición y ejerza su derecho de defensa ante el órgano que tomará la decisión sobre su caso. Si bien se ha señalado que el administrado puede presentar su posición sobre el informe final de instrucción, lo cierto es que el informe es un documento al que se arriba desde la particular óptica del órgano instructor, el cual, desde la imputación de cargos, ha elaborado su teoría del caso, como lo hace el fiscal en el ámbito penal, acomodando su actuación y la valoración de las pruebas que obran en el expediente para comprobar su teoría.

3. Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, artículo 255.

No podría ser de otra forma, pues el órgano instructor debe tener cierto grado de convicción en la comisión de la infracción que es materia de imputación al administrado, que lo hace iniciar un procedimiento sancionador. Si esto no fuera así, se estaría vulnerando de un lado el principio de licitud respecto de las actuaciones de los administrados, se estaría generando que los administrados soporten la carga de ser parte de un procedimiento sancionador que no tendría mérito y, finalmente, se estarían asignando de manera ineficiente los recursos del Estado. En ese sentido, el inicio del procedimiento sancionador por parte del órgano instructor ya viene cargado de parcialización natural sobre lo que considera que es la materialización de una infracción, que buscará probar durante la fase instructora.

Con base en lo antes dicho, que fundamenta esta necesidad de la separación de funciones —tema bastante extenso para hacer un desarrollo—, resulta indispensable que el administrado pueda ejercer su derecho a ser oído ante el órgano que va a resolver. En este punto, el ejercicio del derecho a ser oído constituye una garantía fundamental del administrado. Estamos frente al momento en que el órgano resolutorio va a tomar una decisión sobre el administrado, decisión que viene inclinada en su contra, pues ya existe el informe final de instrucción, que ha determinado que es responsable. Es aquí cuando el administrado necesita defenderse de manera distinta y generar convicción en el juzgador mediante el uso de la palabra; necesita que quien resuelva conozca la real dimensión de los hechos, lo que ha sucedido, la justificación que el administrado encuentra para haber actuado —u omitido actuar— de la manera que ahora se pretende sancionar. Necesita poner de manifiesto las circunstancias que ocurrieron y las explicaciones alternativas a la teoría del caso que el órgano instructor ha planteado. No es suficiente ponerlo por escrito, no es suficiente que el órgano resolutorio lo lea. Los textos no siempre transmiten las emociones necesarias que la palabra oral sí puede, para generar em-

patía, tan necesaria para involucrarse en conocer la verdad material del expediente y resolver desde la imparcialidad de quien conoce y está en capacidad de emitir una resolución justa.

El derecho a ser oído cobra una vital importancia en los procedimientos administrativos sancionadores, en los que su ejercicio no puede verse condicionado a la discrecionalidad de la autoridad administrativa. El derecho a ser oído es una garantía que da contenido y forma parte del debido procedimiento, pues encarna tal importancia que se encuentra consagrado no solo a nivel constitucional, sino también a nivel supranacional, como se procederá a revisar en los siguientes acápites.

III. CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A SER OÍDO

El derecho a ser oído, como ya ha sido mencionado, es una de las garantías que forman parte del debido procedimiento aplicable en sede administrativa. Es así que el derecho a ser oído encuentra reconocimiento a nivel constitucional, pues el artículo 139, en su inciso quinto, de la Constitución Política Perú señala como principios y derechos de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Al respecto, se podría pensar que el debido proceso y el debido procedimiento no necesariamente serían lo mismo y, por lo tanto, la construcción de la consagración constitucional del derecho a ser oído no tendría asidero legal.

Para resolver esta interrogante, se debe tener presente que el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, se ha pronunciado señalando que *“si bien el inciso 3) del artículo 139 de nuestra Constitución establece que son “principios y derechos de la función jurisdiccional” la “observancia del debido proceso” y la “tutela jurisdiccional”, la eficacia de esta disposición constitucional no solo alcanza a los procedimientos judiciales, sino que también a los procedimientos administrativos sancionatorios”* —FJ 3—. ⁴

4. «Resolución N.º 2659-2003-AA/TC», Tribunal Constitucional, acceso el 30 de mayo del 2022, <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02659-2003-AA.pdf>

A partir de lo señalado por el Tribunal Constitucional, se zanja el tema, pues se advierte que el debido proceso, llamado debido procedimiento en sede administrativa, se encuentra también recogido en el artículo 139 y, por lo tanto, los administrados cuentan con la protección derivada de esta disposición constitucional con la garantía del derecho a ser oído.

No obstante, es importante indicar que el desarrollo sobre este punto ha sido más extenso. El Tribunal Constitucional ha manifestado que:

“El debido proceso y los derechos que conforman su contenido esencial están garantizados no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. El debido procedimiento administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto —por parte de la administración pública o privada— de todos los principios y derechos normalmente protegidos en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139 de la Constitución” —FJ 4—. ⁵

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional ha sido enfático en señalar que:

“El debido procedimiento en sede administrativa supone una garantía genérica que resguarda los derechos del administrado durante la actuación del poder de sanción de la administración. Implica, por ello, el sometimiento de la actuación administrativa a reglas previamente establecidas, las cuales no pueden significar restricciones a las posibilidades de defensa del administrado y menos aún condicionamientos para que ta-

les prerrogativas puedan ser ejercidas en la práctica” —FJ 21—. ⁶

Queda claro, entonces, a la luz de los diversos pronunciamientos que ha tenido el Tribunal Constitucional sobre la materia, que la tutela jurisdiccional y el debido proceso se aplican en sede administrativa, como garantías ante el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración pública. Esto no podría ser de otro modo, dado que, como se verá en el siguiente punto de análisis, los derechos-garantías que dan contenido al debido proceso o debido procedimiento, como es el caso del derecho a ser oído, tienen también un reconocimiento supranacional, por la importancia que su ejercicio reviste.

IV. EL DERECHO A SER OÍDO COMO DERECHO SUPRANACIONAL

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos —suscrita el 10 de diciembre de 1948— se establece, en el artículo 10, el derecho de toda persona a ser oída, con las debidas garantías de igualdad y publicidad, por un tribunal independiente, de la manera que a continuación se lee: *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”*.⁷

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre —suscrita en Bogotá, en abril de 1948— tiene la peculiaridad de consagrar este derecho utilizando el vocablo *ocurrir*; esto, para describir la facultad de dirigirse a los órganos judiciales⁸. En este

5. «Resolución N.o 05085-2006-PA/TC», Tribunal Constitucional, acceso el 30 de mayo del 2022, <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/05085-2006-AA.pdf>
6. «Resolución N.o 03741-2004-AA/TC», Tribunal Constitucional, acceso el 30 de mayo del 2022, <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03741-2004-AA.pdf>
7. Asamblea General de las Naciones Unidas, «Declaración Universal de los Derechos Humanos», (París, 1948).
8. IX Conferencia Internacional Americana, «Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre», (Bogotá, 1948).

sentido, pero de manera más precisa, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como el Pacto de San José —suscrita el 22 de noviembre de 1969—, en el numeral primero de su artículo 8, dispone este derecho como aquel inherente a *“toda persona”* a *“ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente”*.⁹

De la misma manera, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —aprobado por la Organización de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966—, en el numeral primero del artículo 14, consagra el derecho de toda persona a ser oída, no sin antes hacer mención a las garantías de igualdad en el ejercicio de este derecho y, también, a las condiciones de publicidad en las que se materializa esta garantía: *“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley(…)”*.¹⁰

Por otro lado, en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, el derecho a ser oído tiene la particularidad de ser incluido dentro de aquellas garantías que se otorgan como parte del derecho fundamental a la buena administración pública. Concretamente, en el artículo 31 del mencionado instrumento internacional, se dispone este derecho a ser oído en el contexto de procedimientos administrativos, cuyos resultados puedan traducirse en la imposición de una medida que le resulte desfavorable al administrado: *“Derecho a ser oído siempre*

antes de que se adopten medidas que les puedan afectar desfavorablemente”.¹¹

El anterior enfoque se encuentra también reflejado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el numeral segundo del artículo 41, como parte de las garantías que se otorgan dentro del derecho a una buena administración. En la norma mencionada, la prerrogativa de ser oído se otorga a toda persona antes de ser sujeto de una medida desfavorable que como resultado de un procedimiento administrativo se expida, tal como se lee a continuación: *“El derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente”*.¹²

Con base en los instrumentos internacionales antes reseñados, resulta interesante traer a colación el desarrollo de este derecho en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante, “la Corte”—. Este órgano supranacional ha establecido que el derecho a ser oído tiene una dimensión formal, así como un ámbito material de protección, y que, como garantía, no se limita al ámbito judicial, sino que es de aplicación al procedimiento administrativo, al señalar lo siguiente:

“Si bien el artículo 8 de la Convención se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos. De este modo, cuando la Con-

9. Conferencia Interamericana Especializada sobre Derechos Humanos, «Convención Americana sobre Derechos Humanos», (San José en Costa Rica, 1969).
10. Asamblea General de las Naciones Unidas, «Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos», (Nueva York, 1966).
11. XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, «Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública», (Panamá, 2013).
12. Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, «Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», (Niza, 2000).

*vención alude al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, está refiriéndose a cualquier autoridad pública, ya sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por lo tanto, de lo señalado se desprende que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8.1 de la Convención Americana”.*¹³

Es así que, con relación al derecho a ser oído, la Corte, en cuanto al primer aspecto mencionado, el formal o meramente procesal, ha determinado que las exigencias derivadas de su consagración en el bloque de constitucionalidad de los países firmantes de la Convención se traducen en disponer de los medios de acceso al órgano cuya decisión reconocerá o denegará la existencia de un derecho. De ahí que sea fundamental la consagración en la normativa procesal de la oportunidad para dirigirse al fallador en las condiciones propias de aquellas garantías que hacen parte del debido proceso.

En cuanto al aspecto material, se ha dispuesto que dicha decisión debe ser el producto de un procedimiento dispuesto por el Estado que obedezca a los fines para los cuales fue concebido, es decir, el reconocimiento efectivo de un derecho o su denegación, si fuere el caso:

“Ese derecho implica, por un lado, un ámbito formal y procesal de asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales —tales como la

*presentación de alegatos y la aportación de prueba—. Por otra parte, ese derecho abarca un ámbito de protección material, que implica que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido. Esto último no significa que siempre deba ser acogido, sino que se debe garantizar su capacidad para producir el resultado para el que fue concebido”.*¹⁴

Por otro lado, la misma Corte, esta vez citando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha establecido cómo el derecho a ser oído se traduce necesariamente en la obligación, por parte del fallador, de evaluar y pronunciarse sobre las alegaciones y pruebas que las partes hayan aportado en el ejercicio de este derecho, aun si estas no fueran parte fundante de la decisión que eventualmente va a tomar, de la manera en que a continuación se lee:

*“Sobre el particular, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la exigencia de que una persona “sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial” es equiparable al derecho a un “juicio” o a “procedimientos judiciales” justos. Al respecto, el Tribunal Europeo ha desarrollado el criterio según el cual un procedimiento justo supone que el órgano encargado de administrar justicia efectúe “un examen apropiado de las alegaciones, argumentos y pruebas aducidas por las partes, sin perjuicio de sus valoraciones acerca de si son relevantes para su decisión”.*¹⁵

De acuerdo con lo expuesto en los instrumentos internacionales, el derecho a ser oído corresponde a una garantía que es ejercida por

13. Corte IDH. «Caso Petro Urrego vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas», sentencia del 8 de julio del 2020, serie C N.o 406: 119.
14. Corte IDH. «Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay. Fondo, reparaciones y costas», sentencia del 13 de octubre del 2011, serie C N.o 234: 122.
15. Corte IDH, «Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas», sentencia del 28 de agosto del 2013, serie C N.o 268: 182.

aquel que es sujeto de la potestad sancionadora, en cuanto a la eventual imposición de sanciones, cuando sea establecida su responsabilidad por la comisión de conductas tipificadas. Este derecho debe ser ejercido en un plazo razonable, en condiciones de igualdad y ante un tribunal competente. Su consagración en el bloque de constitucionalidad exige que los Estados adecúen su institucionalidad desde una perspectiva formal, esto es, disponiendo en su normativa procesal la oportunidad para su ejercicio —como lo es la solicitud de audiencia—, como también, desde la perspectiva material, asegurándose de que este haga parte de un medio —es decir, el proceso mismo—, para la consecución de los fines propuestos, la determinación de un derecho o su eventual denegación.

Por último, aquello que en virtud del ejercicio del derecho a ser oído sea puesto en conocimiento de quien es llamado a emitir un pronunciamiento debe ser objeto de una evaluación y posterior pronunciamiento, aun si estos no se encontraran en la parte fundante de la decisión, conforme con lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte.

V. CONCEPTUALIZACIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO EN EL CONTEXTO DEL EJERCICIO DEL DERECHO A SER OÍDO

Con relación al análisis económico del derecho —en adelante, “AED”—, si nos fijásemos en nociones bastante básicas, encontraríamos que este corresponde al estudio del derecho conforme a los conceptos y métodos de la economía, tal y como lo expone Lozano Rodríguez (2016).¹⁶ Sin embargo, la mencionada autora trae a colación otras definiciones, que, para los propósitos de este artículo, resultan ser más esclarecedoras. Menciona, así, cómo la Economía y sus métodos sirven al Derecho, en el sentido

de explicar y predecir la conducta humana que se desprende de una norma jurídica.

De acuerdo con lo anterior, se hace un énfasis en la forma en cómo la economía se presenta como aquello que nutre el derecho y le hace comprender la dimensión psicológica que crean las normas en sus destinatarios. Lo señalado tiene una enorme relevancia en los ámbitos del derecho en donde la comprensión, la explicación, la predictibilidad y, por tanto, la reprochabilidad de la conducta de una persona ante una norma jurídica son el objeto mismo del ejercicio de una potestad estatal, como es la de sancionar; de ahí que el AED no sea ajeno a aquellas herramientas de la economía que puedan contribuir en la solución de las inevitables fricciones entre el individuo y el Estado, como lo anota Andrés Roemer,¹⁷ en cuanto al estudio de situaciones que él define como de no mercado, como el Derecho Penal, en donde los planteamientos de Bentham y sus postulados acerca de la maximización racional del individuo en todas las esferas de la vida humana encuentran uno de sus ámbitos de aplicación.

Por otro lado, en la discusión actual del AED se encuentra superada la visión según la cual este es inherente a aquellos sistemas jurídicos que se enmarcan en la tradición del *common law*, en donde funge como una importante herramienta de predicción de aquellas decisiones en virtud de las cuales el derecho en sí mismo se encuentra en constante construcción. De otro lado, y gracias a la consagración del precedente vinculante en los sistemas continentales, que desdibuja una frontera infranqueable entre los dos sistemas, el AED no debe descartarse como posibilidad ajena a aquellas con voz autorizada, como lo es la dogmática jurídica o la teoría del derecho, toda vez que se debe considerar que hay elementos que surgen de análisis propios de la sociología o política jurídica que contri-

16. Eleonora Lozano Rodríguez, *Teoría y puesta en práctica del análisis económico del derecho colombiano*, (Bogotá: Universidad de los Andes, 2016).

17. Óp. cit. pág. 8.

buyen al derecho y que se asemejan a aquellos que el análisis económico aporta. Lo anterior hace concluir que el AED, en los sistemas continentales, no estaría relegado a una simple herramienta de predicción de las decisiones judiciales, porque es tomado, al igual que la sociología o la antropología, como una fuente de elementos de los cuales el derecho mismo puede informarse.

Regresando a lo anotado en párrafos anteriores, una de las corrientes por las cuales el AED se ha encauzado, producto de su evolución, es aquella que se define como neoinstitucional, la cual constituye un enfoque interdisciplinario en el que tienen cabida argumentos propios de la ciencia económica, desde luego, pero también de las ciencias neurológicas, la filosofía y la psicología, dirigidos a la comprensión del comportamiento humano, lo cual, como se ha señalado, resulta fundamental al momento de ejercer la facultad sancionadora a cargo de un órgano estatal. Sin embargo, en lo que respecta estrictamente a la ciencia económica, tratadistas como Lozano Rodríguez se han esforzado en establecer cuáles serían los contenidos propios de esta disciplina que los abogados deberían interiorizar o, que es lo determinante, hacer propios, para aproximarse a los fenómenos jurídicos. Para estos propósitos, se trae a colación lo que plantea la escuela de Chicago, cuando afirma que estos presupuestos principales corresponden a *"la racionalidad del comportamiento de los individuos, la eficiencia como finalidad de las decisiones racionales y las normas jurídicas como mecanismo de incentivos traducibles a precios que inciden en la conducta de los individuos"*.¹⁸

Desde luego, es el concepto de la eficiencia aquel del que se ocupa la ciencia económica con voz autorizada y, por lo tanto, corresponde, en lo que respecta al AED, a un enfoque tradicional. Sin embargo, aquello no ha sido óbice para que el comportamiento humano sea ajeno a estos análisis, en especial cuando se trata de conductas que penden de la existencia de una norma jurídica. Lozano Rodríguez toma lo expuesto por Cossio y Stigler, por ser precisamente estos autores los que abordan el concepto de eficiencia desde la perspectiva de la aplicación de las normas, lo cual se traduce en determinar, en un primer momento, los comportamientos que se originan en la existencia de una norma y, en un segundo momento, si aquellos comportamientos se proyectan en situaciones eficientes; todo lo anterior, tomando como herramienta a la microeconomía. Se reitera entonces que, incluso en los enfoques más tradicionales, la comprensión del comportamiento encuentra su espacio.

Después de lo señalado, y a pesar de que excede los propósitos de este artículo el exponer todas las herramientas que desde la ciencia económica se han precisado para realizar una aproximación al comportamiento humano, es de gran utilidad rescatar tres postulados que, a su vez, son abordados por Lozano Rodríguez en su obra, no sin antes mencionar a aquellos autores¹⁹ que los han formulado: la maximización del interés, como objetivo de la elección individual,²⁰ la forma en la que las sanciones se transforman en precios implícitos que determinan el comportamiento individual²¹ y, por último, la racionalidad limitada que informa las elecciones individuales.²²

18. Óp. cit. pág.13.

19. Como se evidencia en los párrafos posteriores, son constantes las referencias a autores como Bentham, Krugman y Wells, Herbert Simon, como también Cooter y Ulen.

20. Eleonora Lozano Rodríguez, *Teoría y puesta en práctica del análisis económico del derecho colombiano*, (Bogotá: Universidad de los Andes, 2016): 40.

21. Óp. cit. pág. 39.

22. Óp. cit. pág. 41.

1. Maximización del interés.

En desarrollo de lo anterior y abordando, en primer término, el concepto de la maximización, como el móvil de la elección individual, es útil recordar que, conforme a la economía, los individuos aprovechan las oportunidades que se les presentan para obtener mejoras, lo cual se traduce en la maximización de su interés individual. Estas mejoras están determinadas por el concepto de precio, esto es, aquellos costos en los que se incurre, pero también están determinadas por las preferencias, lo cual permite establecer un orden en las alternativas de acuerdo con cuál de ellas reporta una mayor satisfacción de sus necesidades, orden que recibe la denominación de utilidad. Adicionalmente, en este punto es necesario referirse al concepto de incentivos, como elementos que pueden influir en la conducta, toda vez que representan la eventualidad de una recompensa por elegir un curso de acción determinado.

2. Precios implícitos.

De regreso a lo escrito anteriormente, en particular, a lo referido al concepto de precio, es necesario establecer que, cuando un Estado considera que una conducta debe ser proscrita, y en virtud de tal decisión se establece una sanción en una norma jurídica, esta hace las veces de precio implícito, en tanto que su imposición y la inminencia percibida de las consecuencias de su imposición tienen la capacidad de influir en las elecciones individuales, de la misma forma en que lo hace el costo que representa el pago de un precio. Así, para exponer el punto anterior con un ejemplo, una refinería de petróleo, con conocimiento de aquellas conductas que se encuentran prohibidas con la finalidad de salvaguardar el medio ambiente y consciente del costo que representa la imposición de la sanción, comparará los costos de la sanción con los costos de hacer su operación más segura y menos tóxica, siempre que perciba como inminente la imposición de la sanción y las consecuencias que de esta se desprenden, cuestión que en última instancia, depende de la existencia de un Estado capaz de hacer cumplir las normas que promulga.

3. Racionalidad limitada en un solo punto.

Por último, Lozano Rodríguez se vale de los planteamientos de Krugman y Wells en materia de economía conductual para recordarnos que la búsqueda de una solución perfecta es inherentemente costosa para los individuos, al punto de que al momento de realizar elecciones pueden optar por alternativas buenas y no necesariamente perfectas, entonces aparece que la maximización del interés es relativa y la racionalidad es limitada por la disponibilidad de la información y el tiempo, elementos que se emplean al momento de tomar una decisión, al igual que las limitaciones cognitivas de cada sujeto económico, propias de las situaciones de incertidumbre.

Inclusive, desde la aplicación del criterio de Pareto, adoptar una alternativa buena y no perfecta permite la mejora sin que esto signifique que ningún otro individuo empeore, pese a las limitantes expuestas de la racionalidad.

Así las cosas, de las anteriores líneas es posible concluir que los fenómenos que ocurren en la esfera económica son tan ineludibles, apremiantes e influyentes como aquellos que se manifiestan en otros ámbitos de la vida humana y que encuentran una voz autorizada para su estudio en la sociología, en la antropología o en la ciencia política, disciplinas que tradicionalmente han sido aceptadas en el corazón en la hermenéutica jurídica, sin hacer parte ni de la dogmática ni de la teoría del derecho.

Como fue anotado al principio de este artículo, las herramientas y postulados que desde la economía se toman para construir el AED son fundamentales para una comprensión de la conducta humana. De ahí que, cuando se trata del ejercicio de la potestad sancionadora por parte del Estado, su utilización sea ineludible, debido a que es de la naturaleza de esta actuación un juicio de reprochabilidad, esto es, determinar si le era posible a un individuo actuar de manera distinta con ocasión de las circunstancias en las que se encontraba al momento de cometer la conducta proscrita. El máximo tribunal de lo contencioso administrativo en

Colombia, el Consejo de Estado, define el juicio de reprochabilidad de la siguiente manera: *“La posibilidad de declarar responsabilidad depende en todo momento de la necesaria realización de un juicio de reprochabilidad, que implica que solo actúa culpablemente aquella persona que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, podía proceder de otra manera”*.²³

Entonces, si el objetivo es lograr que el Derecho haga propios aquellos argumentos que le permitan establecer la naturaleza de una conducta particular al momento de imponer una sanción —y aquella decisión será, en últimas, una norma en sí misma—, es menester identificar cuál es el vehículo eficiente para alcanzar dicha finalidad, por lo que, en este punto, es pertinente analizar desde el AED el ejercicio del derecho a ser oído en un procedimiento administrativo sancionador.

VI. INCENTIVOS AL EJERCICIO DEL DERECHO A SER OÍDO

Tomando en cuenta lo señalado en el acápite anterior, y con el propósito de demostrar que el ejercicio del derecho a ser oído no puede constituir una potestad discrecional de la administración pública, con base en el análisis económico del derecho efectuaremos una valoración de este, fijando la atención en los incentivos que produce.

En el procedimiento administrativo sancionador, en la fase resolutive, el hecho que el administrado ejerza su derecho a ser oído maximiza los intereses tanto del administrado como del órgano resolutive. Se ha hecho referencia en extenso a la maximización de los intereses del administrado, al expresar su posición y su defensa de manera oral y lograr con ello la empatía con el receptor, en la búsqueda de convencerlo. En este punto, no cabe duda que contraargumentar y rebatir la teoría del caso planteada por el órgano instructor implica me-

jorar la posición del administrado sin que nadie empeore en la suya, más allá del resultado que se obtenga, que, en principio, ciertamente será más favorable, aunque no sea absolutorio.

Y se señala que será más favorable porque el órgano resolutive contará con todos los elementos necesarios para tomar la decisión, porque, desde el punto de vista de la maximización de los intereses de la administración pública, al escuchar al administrado, el órgano resolutive va a estar más cerca de la verdad material del procedimiento. Se encontrará en la mejor posición para tomar una decisión sobre el caso, pues no solo conoce la teoría del caso planteada por el órgano instructor en el informe final de instrucción, sino que conoce también de primera mano los hechos y circunstancias que han motivado la acción u omisión que ha sido materia de imputación, así como todos los elementos de defensa del administrado, incluyendo las nulidades que se pueden haber generado durante la tramitación del expediente.

Siendo esto así, la posibilidad de que la resolución emitida por el órgano resolutive contenga vicios de nulidad se minimiza notablemente, debido a que los vicios detectados por el administrado y no evidenciados por el órgano instructor serán puestos de manifiesto en ese momento, lo que le permite a este órgano subsanarlos, superarlos o, en su defecto, declarar las nulidades que correspondan por su existencia, sin tener que esperar que el administrado, vía la interposición de un recurso administrativo, solicite las nulidades por los vicios advertidos.

En este punto, aplicando la teoría de los precios implícitos, el órgano instructor ponderará los costos que significa el hacer o no un trabajo respetando los caracteres del procedimiento sancionador. Por un lado, tendrá el costo de realizar un trabajo a cabalidad, lo cual ordinariamente consume más tiempo y recursos, versus el costo de cumplir, pero generando vicios,

23. «Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, 22 de octubre de 2012, 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738)», Consejo de Estado del Gobierno de Colombia, acceso el 20 de marzo del 2022, [https://www.consejo-deestado.gov.co/documentos/boletines/117/S3/05001-23-24-000-1996-00680-01\(20738\).pdf](https://www.consejo-deestado.gov.co/documentos/boletines/117/S3/05001-23-24-000-1996-00680-01(20738).pdf)

que puede efectuarse, en principio, en menos tiempo, pero con la posibilidad de que los vicios en los que se incurran sean advertidos por el órgano resolutorio, con la consecuencia negativa en tiempo y en mala utilización de recursos, además de la sanción funcional que puede acarrear. Es así que, en aplicación de los precios implícitos, resultará más eficiente cumplir en la fase instructora con la tramitación del procedimiento administrativo de acuerdo con la ley que no hacerlo, y que esto sea conocido por el órgano resolutorio a través del administrado, en ejercicio de su derecho a ser oído.

De otro lado, dado que la resolución del procedimiento administrativo sancionador es más favorable para el administrado en cuestión de eficiencia, existen menos incentivos para que el administrado plantee un recurso administrativo contra la resolución misma, pues esta no contendrá agravios que deban ser conocidos por un superior jerárquico.

Siendo esto así, se logran pronunciamientos más justos, y el administrado no tendrá que invertir tiempo y dinero en conseguir que lo resuelto esté ajustado a derecho; además, como contracara de la misma moneda, no se tendrá a la administración pública invirtiendo tiempo y recursos en enmendar pronunciamientos viciados o que no han sido resueltos de una manera idónea por falta de conocimiento del caso, como suele ocurrir en la actualidad.

En este punto del análisis, las fórmulas utilizadas para negar el ejercicio de este derecho, basadas en que los argumentos expuestos por las partes y las pruebas ofrecidas serían suficientes para resolver la cuestión controvertida, desde un punto de vista económico, terminan generando mayores costos en la administración y en el administrado, pues el hecho de que estén materializados en el expediente dichos argumentos no blindará el pronunciamiento de errores en los hechos, desconocimiento de lo sucedido, parcialidad en lo resuelto, ni de vicios en la tramitación. Lo único que justifica esta motivación utilizada para defender la discrecionalidad y negar el ejercicio de este derecho es que no se vaya a resolver sobre algo que

no sea parte de la cuestión controvertida, pero de ninguna manera garantiza el conocimiento profundo y necesario de lo ocurrido, lo actuado y de los argumentos de defensa, presupuestos imprescindibles para emitir un fallo correcto en términos de eficiencia.

Incluso, desde el análisis simplista que refleja la frase *“es mejor ser rico que ser pobre”*, siempre será más beneficioso escuchar al administrado que no escucharlo, pues el tiempo que el órgano resolutorio emplea para dicho fin —tiempo, además, remunerado— implica una inversión en el sentido lato de la palabra, es decir, se emplea el tiempo de la mejor manera posible: para resolver no solo según el derecho, sino bajo la convicción de emitir un fallo justo.

Lo que puede parecer un uso innecesario de tiempo para escuchar al administrado cuando *“todo está dicho en el expediente”* resulta ser más beneficioso, tanto para el administrado como para el órgano instructor, pues estos beneficios se materializan en conocimiento, arriba a la verdad material y, por lo tanto, en menos tiempo invertido en la conclusión de un procedimiento sancionador.

En la medida que los administrados sienten que la administración pública respeta sus derechos, los costos asociados al cumplimiento de las resoluciones emitidas bajan, lo que genera un cumplimiento espontáneo de lo decidido y un desincentivo a acudir a una instancia superior, pues se tiene conciencia de que no se obtendrá un pronunciamiento más justo que el ya emitido.

VII. CONCLUSIONES

No en vano, Jairo Parra Quijano, para explicar la trascendencia e importancia del principio de oralidad, se remonta a los tiempos de Platón y en especial al mito de Naucratis de Egipto, que relata cómo el rey Thamuis contradice a Theuth, el inventor de los caracteres de la escritura, al momento en que este la defiende como aquello que haría más sabios a los egipcios y vigorizaría su memoria. Dice entonces el monarca a aquel ingenioso inventor: *“Esto, en efecto, producirá en el alma de los que aprenden el olvido*

por descuido de la memoria, ya que, fiándose a la escritura, recordarán de un modo externo, valiéndose de caracteres ajenos, no desde su propio interior y de por sí(...).²⁴

Lo anterior es comparado por el profesor Parra Quijano con lo que el tratadista Chiovenda refiere en cuanto al lugar que debe tener la escritura en el contexto de los procesos judiciales, para quien esta debe circunscribirse a un criterio de utilidad, como un elemento auxiliar: *"Pero precisamente exige que no tenga sino el lugar que le compete según las condiciones de la vida moderna y según la utilidad que pueda dar en los juicios"*.²⁵ Esto, en palabras de Parra Quijano, es exactamente lo que el relato de Platón nos trae a la conciencia, pues en los procedimientos jurídicos lo que se busca es que la decisión surja de un proceso de interiorización de los elementos expuestos en el debate entre las partes: *"(...) es lo mismo que nos dice Platón con el mito que nos ha quedado en parte narrado: recordar desde dentro del individuo y no valiéndose de algo externo, algo fuera del individuo. Las actas sirven para la memoria del juez —el juez debió estar en la audiencia de recepción de la prueba— y de documentación para instancias superiores"*.²⁶

Ahora, recordando lo que Platón en su tiempo consideraba acerca del uso de la dialéctica, como forma de la oralidad, y lo que Chiovenda sostenía de la intermediación del juez en el proceso, el mencionado autor concluye: *"(...) el debate, el empleo del diálogo dialéctico, tiene que ser oral, y de él surgirán los frutos, que se pueden recoger por escrito, pero no para aprender —primera vez—, sino para recordar —lo ya aprendido—"*.²⁷

Al comienzo de este artículo se expuso la manera en que la norma de procedimiento admi-

nistrativo consagra la oportunidad de solicitar una audiencia, esto es, conferir el derecho a ser oído, a la manera de una facultad discrecional por parte del órgano resolutorio, aún cuando lo hace en ejercicio de la potestad sancionadora, función que define la naturaleza del Estado mismo y justifica históricamente su existencia.

Por otro lado, se hizo un recorrido por la consagración constitucional del derecho a ser oído hasta la manera en la que se encuentra establecido en los diferentes instrumentos internacionales, para exhibir la forma en la que su núcleo fundamental de protección exige en los Estados una forma particular en la que deben estar dispuestas sus instituciones jurídicas, que sobrepasan, por mucho, la creación de una simple facultad discrecional.

Pero si de la potestad sancionadora se trata, todos estos contenidos adquieren una relevancia superior, pues esta exige que en todos los casos se deba hacer un juicio de reprochabilidad, para establecer si le era posible al sujeto sancionable actuar de manera diferente en el contexto de los hechos. Es ahí donde el ejercicio dialéctico que se suscita mediante el ejercicio del derecho a ser oído abre la puerta para que los elementos propios de la disciplina económica y que hacen parte del AED nutran la decisión que el fallador deberá tomar.

Así, aplicando el AED, podemos llegar a la conclusión de que permitir que el administrado ejerza su derecho a ser oído representa la maximización de los intereses del administrado y de la administración pública. Del administrado, porque le permite contraargumentar y rebatir la teoría del caso planteada por el órgano instructor y, con ello, mejorar su posición sin que

24. Jairo Parra Quijano, *Juicios orales en Colombia: divagaciones sobre el proceso oral. Juicios orales. La reforma judicial en Iberoamérica. Homenaje al maestro Cipriano Gómez Lara*, (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016): 110.

25. Óp. cit. pág. 122.

26. Óp. cit. pág. 122.

27. Óp. cit. pág. 123.

nadie empeore la propia, más allá del resultado que se obtenga, que en principio será más favorable, aunque no sea absolutorio.

Desde el punto de vista de la maximización de los intereses de la administración pública, al escuchar al administrado, el órgano resolutorio va a estar más cerca de la verdad material del procedimiento. Se encontrará en la mejor posición para tomar una decisión sobre la controversia, pues no solo conoce la teoría del caso planteada por el órgano instructor, sino que conocerá también de primera mano los hechos y circunstancias que han motivado la acción u omisión que ha sido materia de imputación, así como todos los elementos de defensa del administrado, incluyendo las nulidades que se pueden haber generado durante la tramitación del expediente.

Por lo tanto, siempre será más beneficioso escuchar al administrado que no escucharlo, pues

el tiempo que el órgano resolutorio emplea para dicho fin implica una inversión para resolver, no solo según el derecho, sino bajo la convicción de emitir un fallo justo, y en la medida de que los administrados sienten que la administración pública respeta sus derechos, los costos asociados al cumplimiento de las resoluciones emitidas bajarán, lo que generará un cumplimiento espontáneo de lo decidido y un desincentivo a acudir a una instancia superior, pues se tendrá conciencia de que no se obtendrá un pronunciamiento más justo que el ya emitido.

Así queda demostrado que la importancia de este derecho no se limita al hecho de que sea un derecho constitucionalmente reconocido ni que tenga carácter supranacional. La importancia de su ejercicio radica en los beneficios que genera, tanto para el administrado como para la administración pública, beneficios que se materializan en tiempo, conocimiento y arribo a la verdad material.

Protección igualitaria en un mundo de consumidores heterogéneos: el análisis económico del derecho del consumidor en acción

GUSTAVO RODRÍGUEZ GARCÍA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Magíster por la Universidad Austral de Argentina.
Profesor en la Maestría en Derecho de la Competencia y de la Propiedad
Intelectual de la PUCP.
Profesor de “Introducción a la economía y derecho” y “Psicología y derecho”
en la Universidad de Lima.
Presidente de la Segunda Comisión Permanente de Ética del Consejo de
Autorregulación y Ética Publicitaria — CONAR.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Hacia una comprensión cabal del principio de soberanía del consumidor.
- III. Protegiendo al consumidor sin precisar a cuál: la asunción de homogeneidad sobre consumidores heterogéneos.
- IV. Conclusiones.



RESUMEN:

Los consumidores tenemos diferentes preferencias, necesidades y limitaciones. No obstante ese dato incuestionable, los sistemas de protección al consumidor suelen apostar ciegamente por esquemas de tutela igualitarios. De manera incluso más grave, muchos esquemas igualitarios operan como esquemas mandatorios. En este trabajo, se plantea que tales esquemas lesionan severamente el principio de soberanía del consumidor y agravan al consumidor dado que se alejan del proceso espontáneo de mercado y lo reemplazan por diseños rígidos que afectan inevitablemente a aquellos consumidores cuyas preferencias o posibilidades se alejan de la regla trazada por la legislación.

Palabras clave: Consumidores, mercado, competencia, análisis económico del derecho.

ABSTRACT:

Consumers have different preferences, needs and limitations. Notwithstanding this unquestionable fact, consumer protection systems tend to bet blindly on equal protection schemes. Even more seriously, many egalitarian schemes operate as mandatory schemes. In this paper, it is argued that such schemes severely injure the principle of consumer sovereignty and injure the consumer since they move away from the spontaneous market process and replace it with rigid designs that inevitably affect those consumers whose preferences or possibilities move away from the rule laid down by legislation.

Keywords: consumers, market, competition, economic analysis of law.

I. INTRODUCCIÓN

Todos los individuos somos diferentes. Esta afirmación se ve respaldada por estudios que han puesto en evidencia que la existencia de diferencias individuales es un rasgo universal no existiendo, por tanto, características en las que exista plena homogeneidad entre todos los individuos. Buena porción de esa evidencia nos la ofrece la genética y es que, pese a tener en general la misma cantidad de cromosomas, la dotación genética de cada persona es única¹.

Más allá de dicha evidencia, todos podemos apreciar que cada uno de nosotros tiene sus propias necesidades, expectativas, deseos, frustraciones, virtudes, restricciones presu-

puestas, entre tantos otros rasgos que nos vuelven genuinamente únicos. Eso no significa, por cierto, que los individuos no podamos compartir necesidades y preferencias en alguna medida —lo cual explica, por ejemplo, la importancia de no desincentivar el empleo de contratos estandarizados²—, pero ello es una posibilidad que será verificada en mayor o menor medida de forma empírica y en función a la amplitud del agrupamiento ensayado.

El grupo de los amantes del vino puede estar compuesto por una cantidad relativamente amplia de sujetos mientras que el grupo de los amantes de los *blend* Cabernet Sauvignon-Merlot probablemente sea más acotado. Dada la heterogeneidad de las preferencias y restriccio-

1. Jan Strelau, "Psychology of individual differences with particular reference to temperament", Encyclopedia of Life Support Systems (EOLSS), Unesco.
2. El ejercicio del control de cláusulas abusivas es un claro ejemplo de cómo el sistema de protección al consumidor también se desorienta al perder de vista la importancia de permitir ofertas en masa dirigidas a la satisfacción de demandas más o menos homogéneas. Eso no contradice el hecho de que todos los individuos seamos diferentes. Precisamente porque somos diferentes, es deseable que los proveedores encuentren alternativas para atender demandas con posibilidad de agrupamiento dado que, de lo contrario, cada oferta tendría que atender una demanda específica. Cuando la autoridad de consumo establece que una determinada cláusula de un contrato de consumo estandarizado es abusiva, quiebra el vehículo que pretendía atender a múltiples consumidores de preferencias agrupadas eliminando las ventajas que tenía el agrupamiento (por ejemplo, reducción de costos de transacción).

nes presupuestarias de los individuos, diseñar un sistema de protección al consumidor compuesto por derechos igualitarios establecidos por reglas imperativas, es un emprendimiento condenado a introducir perjuicios a múltiples consumidores invisibilizados por el agrupamiento propuesto.

Los problemas asociados al tratamiento legal unitario en un mundo de individuos diferentes ciertamente no se circunscriben al derecho del consumidor³. Sin embargo, dado que las regulaciones de defensa del consumidor suelen apostar por técnicas de protección basadas en derechos irrenunciables⁴, sostenemos que las consecuencias de un diseño que no sea sensible a la heterogeneidad de los consumidores serán especialmente gravosas.

El famoso discurso de John F. Kennedy de 1962, reconocido como un hito para el desarrollo de la disciplina de la protección al consumidor, comienza con la frase: *"consumers, by definition, include us all"* que transmite precisamente la idea de que el término "consumidor" es comprensivo de todos los individuos. Que así sea, sin embargo, no significa que todos los consumidores debamos ser imperativamente protegidos por igual. El refuerzo de la tutela unitaria en el derecho del consumidor —bajo una lógica, explícita o implícitamente estatutaria— agravia lo que debiera ser el cimiento sobre el que se construye un derecho del consumidor sensato: el principio de soberanía del consumidor. El objetivo

del presente trabajo es plantear que cualquier reflexión sobre el derecho del consumidor, y el diseño de cualquier normativa sobre la materia, debe tener como ineludible punto de partida el reconocimiento de la heterogeneidad. No hacerlo allanará el camino para reglas tuitivas que impactarán negativamente en una buena porción de aquellos consumidores a los que se quiere precisamente proteger.

Los consumidores tienen diferentes restricciones presupuestarias y diferentes expectativas de lo cual se sigue, necesariamente, que sus intereses son también diferenciados en ambos frentes. Los consumidores no esperan ordinariamente el máximo nivel de tutela posible sin importar el precio que haya que pagar por dicha tutela. Al contrario, cada consumidor hace una calibración de sus intereses, de modo que trata de obtener lo mejor que se pueda al menor precio que sea posible. El resultado de esta calibración es único: cada consumidor identifica la mejor oferta que se le presenta tomando en consideración el frente económico —precio— y el frente tuitivo —seguridades—.

En esa misma línea, se ha señalado que debe distinguirse entre el interés económico del consumidor —en precios más bajos y compras más convenientes— y el interés en tutela -protección contra la inseguridad de los productos o servicios, por ejemplo⁵—. La elevación artificial de la tutela, es decir, la tutela establecida en un nivel arbitrario por el legislador o por la autoridad,

3. Saul Levmore, "From helmets to savings and inheritance taxes: regulatory intensity, information revelation and internalities", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 81, 2014. En dicho trabajo, Levmore reconoce que "(...) parece muy difícil agregar entre individuos heterogéneos con la finalidad de ofrecer el nivel adecuado de un bien público".

4. Por ejemplo, el artículo 60º del Código de Protección y Defensa del Consumidor prescribe el carácter irrenunciable del derecho a la restitución. En virtud de ese derecho, el consumidor puede requerir la restitución inmediata de las prestaciones materia del contrato de consumo cuando el proveedor haya desplegado un método considerado agresivo o engañoso. No existe, desde luego, razón alguna que nos permita aseverar que la valoración de tal derecho será la misma entre todos los consumidores. Más grave incluso, la técnica empleada por el Código elimina toda posibilidad de que el ofrecimiento de la restitución se convierta en un diferencial positivo de la oferta de un proveedor en un mercado competitivo.

5. Whitman, J. (2007). Consumerism versus Producerism: a study in comparative law. *The Yale Law Journal*, 117, (pp. 346-347). Recuperado de: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1643&context=fss_papers

tiene un impacto en el precio. Por ejemplo, si una autoridad administrativa o un juez consideran que una cláusula del contrato de consumo es abusiva y, por tanto, considera que la misma no es oponible al consumidor, elevará el riesgo para el proveedor —el riesgo que pretendía mitigarse con dicha cláusula—. El incremento del riesgo hará que los precios se elevan o que eventualmente, si el riesgo es muy elevado, se desincentive la oferta para perjuicio de los consumidores.

En nuestro ejemplo, la presunta abusividad de la hipotética cláusula del contrato de consumo es analizada sin consideración por la calibración individual a la que hemos aludido. La autoridad asume que la cláusula introduce una desproporción inaceptable para todos los consumidores y que, asimismo, todos estarían dispuestos a pagar un precio más elevado para no verse vinculados a dicha cláusula. La asunción es, desde luego, apresurada y como hemos de desarrollar, contraria al principio de soberanía del consumidor. Es más, al asumir que todos los consumidores igualitariamente desean no verse vinculados a dicha cláusula, genera en la práctica un impacto diferenciado pues los consumidores, como ya hemos dicho, tienen expectativas y restricciones presupuestarias diferenciadas.

En nuestro ejemplo, la presunta abusividad de la hipotética cláusula del contrato de consumo es analizada sin consideración por la calibración individual a la que hemos aludido. La autoridad asume que la cláusula introduce una desproporción inaceptable para todos los consumidores y que, asimismo, todos estarían dispuestos a pagar un precio más elevado para no verse vinculados a dicha cláusula. La asunción es, desde luego, apresurada y como hemos de desarrollar, contraria al principio de soberanía del consumidor. Es más, al asumir que todos los consumidores igualitariamente desean no

verse vinculados a dicha cláusula, genera en la práctica un impacto diferenciado pues los consumidores, como ya hemos dicho, tienen expectativas y restricciones presupuestarias diferenciadas.

La tendencia a asumir la homogeneidad de los consumidores —agrupándolos en un mismo conjunto sin mayor consideración a las diferencias— puede ser apreciada en una pluralidad de argumentos. Por ejemplo, la idea de que los consumidores no informados se ven beneficiados por la presencia de una masa crítica de consumidores informados, opera adecuadamente en un mundo en el que los consumidores tienen preferencias homogéneas⁶. Si, por el contrario, asumimos que cada consumidor aprecia piezas distintas de información de manera diversa, difícilmente podría sostenerse la idea de que la información que prefiere un consumidor es la que prefiere el otro.

Otro escenario en el que se aprecia la trascendencia de la heterogeneidad se refiere a la relación entre la atribución de responsabilidad en los proveedores y los incentivos de los consumidores para invertir en seguridad. Si un bien es durable y el consumidor tiene el control de tal bien, un régimen de responsabilidad muy estricto puede ser peligroso dada la influencia del uso en la probabilidad y severidad de un daño potencial⁷. No obstante, la propensión al oportunismo de cada consumidor es, como resulta evidente, un dato bastante personal y sobre el que difícilmente pueden hacerse generalizaciones sólidas.

II. HACIA UNA COMPRENSIÓN CABAL DEL PRINCIPIO DE SOBERANÍA DEL CONSUMIDOR

En una economía de mercado, el precio de los productos o servicios responde a la interacción

6. Marotta-Wurgler, F. (2017). Divulgación como mecanismo para prevenir la falla de mercado, RFJ, No. 2. (p. 413).

7. Helland, E. y Tabarrok, A. (2012). Product liability and moral hazard: evidence from general aviation, *Journal of Law and Economics*, Vol. 55, No. 3 (pp.593-630). Recuperado de: http://masonlec.org/site/rte_uploads/files/helland%20and%20tabarrok%20JLE%202012.pdf

entre la oferta y la demanda. La oferta, en particular, se delinea tomando en consideración las necesidades y expectativas de la demanda. En otras palabras, existe un proceso de descubrimiento por el cual determinados individuos descubren las necesidades y deseos de otros individuos y desarrollan una respuesta para estos a cambio de algo. El éxito de un proveedor viene dado por un mayor acercamiento a lo que los consumidores quieren. El proveedor que ofrece algo que los consumidores no valoran, sufrirá las consecuencias de ello. El consumidor determina con su decisión de consumo qué oferta merece una respuesta positiva y cuál no.

En efecto, si la demanda de un producto cae a un nivel muy reducido, las ganancias —si es que las hay— de producir o fabricar ese producto, no serán un incentivo suficiente para realizar tal actividad productiva. Muchas veces se asume que la salida de empresas del mercado es una realidad desafortunada pero lo cierto es que la salida del mercado, en primer término, de aquellos que tienen costos de producción más elevados, es absolutamente eficiente. Nótese que es el consumidor, con su preferencia, el que está señalizando cuándo la producción debe detenerse o en todo caso debe concentrarse en menos productores —los más eficientes—. Ese efecto, al mismo tiempo, permite liberar capital o mano de obra para la expansión de otra posible industria —aquella en la que la preferencia del consumidor señalice la necesidad de un incremento de la oferta—.

Expuesta esta idea en términos más simples, lo que dirige el uso de los recursos en una economía es el comportamiento de los consumidores al comprar o dejar de comprar en función a su

búsqueda personal de mayor satisfacción. Las interacciones de mercado coordinan la vida económica. En la medida que el establecimiento de configuraciones mandatorias igualitarias —para todos los productos— se establece, se distorsiona el sistema de precios y, con ello, su capacidad de guiar el proceso de descubrimiento y ajuste que se produce espontáneamente⁸.

Es la elección lo que hace a la esencia de la soberanía del consumidor. En sintonía con ello, se ha señalado que es mediante la elección de ciertas opciones sobre otras que los consumidores satisfacen sus deseos y envían señales a la economía siendo, por tanto, crítica la protección del ejercicio de la elección por parte del consumidor⁹. Los productos, obsérvese, son configurados en atención a este proceso de descubrimiento y son los consumidores los que con sus decisiones determinan el ajuste final. Así, qué tan seguro, por ejemplo, es un producto, depende de los consumidores y, en concreto, de la disposición al pago. Son los consumidores los que determinan cuál es el nivel de seguridad por el que vale la pena pagar y, con ello, el nivel de seguridad que vale la pena ofrecer.

Precisamente en esa línea, Ramseyer¹⁰ afirma que más allá del estándar de seguridad que defina la ley, los proveedores que sobreviven y prosperan son los que ofrecen el nivel de seguridad que los consumidores quieren comprar. Un producto puede ser más seguro que otro y previsiblemente su precio será mayor que el del producto menos seguro. Lo propio, volviendo a nuestro ejemplo anterior, puede decirse del contenido de prerrogativas y obligaciones establecidas en una propuesta de contrato. Un consumidor podría valorar más una reducción

-
8. Boettke, P. (2010). What happened to “efficient markets”? The Independent Review, 4, 3, (pp. 363-375). Recuperado de: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1696084
 9. Averitt, N. y Lande, R. (1997). Consumer sovereignty: a unified theory of antitrust and consumer protection law, Antitrust Law Journal, 65, (p.716). Recuperado de: https://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1366&context=all_fac
 10. Ramseyer, J.M. (2012). Products liability and product safety: Japan and the U.S., John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Discussion Paper No. 714, Harvard Law School, Recuperado de: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2084077

del precio a cambio de renunciar al derecho a plantear una acción legal posterior y otro consumidor podría estar dispuesto a pagar un precio mayor a cambio de mayores posibilidades de reclamo. Así, de ordinario, cuando el mercado funciona sin distorsiones innecesarias, las ofertas que suelen presentarse responden a las elecciones de los consumidores.

El principio de soberanía del consumidor implica que los consumidores deben estar en capacidad de hacer el ejercicio de calibración que se ajuste a sus necesidades, expectativas y restricciones presupuestarias. De manera simplificada, el consumidor tiene derecho a decidir si prefiere una combinación "*precio más bajo – producto más riesgoso*" o una combinación "*precio más elevado – producto menos riesgoso*". Cuando es el derecho del consumidor el que de forma imperativa establece un nivel de riesgo, sin darle opción al consumidor de elegir una combinación diferente, vacía de contenido el principio de soberanía del consumidor. En un contexto normativo de este tipo, es la legislación la que indirectamente determina el tipo de producto que se le ofrece al consumidor y el precio al que lo puede obtener.

Desde luego, no es secreto que muchos autores han venido enfatizando en los problemas informativos y cognitivos que pueden conspirar contra el derecho a elegir del consumidor. Este énfasis ha servido para justificar intervenciones de corte paternalista ante los problemas derivados del ejercicio de la elección bajo una asunción de racionalidad limitada. Al mismo tiempo, los hallazgos de ciertos experimentos difícilmente pueden servir como una base incuestionable a favor o en contra del ejercicio pleno de la soberanía del consumidor. En efec-

to, existen estudios que parecen confirmar que los consumidores adoptan mejores decisiones cuando éstas se toman en beneficio propio, lo que corrobora que los consumidores realizan ese proceso de calibración y que dicho proceso conduce efectivamente a elecciones que generan una mejor valoración del individuo¹¹.

No será este el lugar en el que discutiremos sobre los planteamientos del análisis conductual y sus complicaciones. De relevancia para nuestro desarrollo, basta señalar que, incluso tomándose por ciertas las extensas evidencias de sesgos y limitaciones, nada de ello da luces de cuál podría ser la preferencia oculta del consumidor al tomar una decisión. Dicho de otro modo, para bien o para mal, necesitamos tomar las preferencias reveladas de los consumidores como un indicador claro de lo que maximiza su bienestar ante la imposibilidad de especular sobre lo que habría sido la preferencia si no hubiesen actuado esos sesgos y limitaciones¹².

El llamado a la cautela debe ser elocuente. Nada en el reconocimiento de limitaciones genuinas en la capacidad de elegir del consumidor justifica el traslado del poder decisivo del consumidor al legislador o a grupos de interés orientados a defender la introducción de determinadas regulaciones bajo la apariencia de ser propuestas "pro-consumidor". La negación del principio de soberanía del consumidor se traduciría en alejar a los consumidores de aquellos productos que real o equívocamente quiera¹³ y afectaría fundamentalmente a los consumidores con mayor restricción presupuestaria al despojarlos de un abanico de opciones. En una frase, desentenderse del principio de soberanía del consumidor es expropiarlos del control sobre los recursos dis-

-
11. Waldfogel, J. (2005). Does consumer irrationality trump consumer sovereignty?, *The Review of Economics and Statistics*, MIT Press, 87, 4, Recuperado de: <https://www.jstor.org/stable/40042886?seq=1>
 12. Wright, J. y Ginsburg, D. (2012). Behavioral law and economics: its origins, fatal flaws, and implications for liberty, *Northwestern University Law Review*, 103, 3, (p. 1061). Recuperado de: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1100&context=nulr>
 13. Dam, K. (1970). Consumer protection: an overview, *Antitrust Law Journal*, 39, 4, (p. 919). Recuperado de: <https://www.jstor.org/stable/40841875?seq=1>

ponibles en el mercado¹⁴ y alejarnos decididamente de la salvaguarda de las libertades económicas¹⁵.

Cierto cuidado conceptual es, sin embargo, necesario. Si uno entiende la expresión “soberanía del consumidor” como circunscrita al hecho de que la producción se orienta a satisfacer el consumo, nos movemos en un terreno con el que podemos sentirnos más o menos cómodos. El problema derivado del mal uso del concepto de “soberanía del consumidor” es que podría ser interpretado desprolijamente como una referencia a la superioridad del interés del consumidor —en el sentido de que el consumidor puede ejercer poder sobre el proveedor conminándolo o forzándolo a adoptar alguna acción— sobre el del proveedor con la finalidad de construir, a partir de esa lectura equívoca, precisamente regulaciones orientadas al aseguramiento de la soberanía del consumidor mal entendida¹⁶.

Esta lectura equívoca sugiere una contraposición entre el consumidor y el proveedor y refuerza la creencia, también equívoca, de que el mercado libre se desenvuelve como un juego de suma cero. Enfatiza la idea popular —pero engañosa— de proceso competitivo como proceso de pugna en lugar de la idea —correcta pero desafortunadamente poco comprendida— de proceso competitivo como proceso cooperativo. En efecto, el sentido principal de que el proveedor A y el proveedor B compitan no es que uno le gane al otro, sino que se vea recompensado el proveedor que hace un mejor trabajo ofreciendo al consumidor lo que desea —expresión fiel del principio de soberanía del consumidor en el modo en que lo estamos definiendo—. La noción de competencia como

mera pugna se desentiende del consumidor y pierde de vista que el proceso se orienta a generar un resultado de suma positiva¹⁷.

Como veremos a continuación, el establecimiento de normas protectivas igualitarias y mandatorias en el derecho del consumo, necesariamente agravia el principio de soberanía del consumidor —en el sentido que estimamos adecuado— pues resta opciones a los consumidores. Empleamos el término “consumidores” para expresar que la afectación puede extenderse a cada individuo —aunque de forma diferenciada— y no como un ejemplo de aquello que estamos cuestionando: la asunción falsa de que todos los consumidores deseamos el mismo nivel de tutela.

III. PROTEGIENDO AL CONSUMIDOR SIN PRECISAR A CUÁL: LA ASUNCIÓN DE HOMOGENEIDAD SOBRE CONSUMIDORES HETEROGÉNEOS

El empleo del término “consumidor” muchas veces nos distrae del dato obvio de que cada individuo tiene preferencias distintas. Del mismo modo en que existen consumidores dispuestos a pagar un precio adicional por la garantía extendida de un electrodoméstico mientras que otros no, cada individuo enfrenta diversas disyuntivas que son respondidas según su preferencia, conforme a su libertad de elegir. Así, la decisión de adquirir de un proveedor A un determinado producto a un determinado precio con un tiempo de entrega de aproximadamente cinco días o la decisión de adquirir de un proveedor B ese producto a un precio más elevado con un tiempo de entrega de 24 horas, depende de la valoración subjetiva del individuo.

14. Hutt, W. (1940). The concept of consumers' sovereignty, *The Economic Journal*, 50, 197, (p. 66). Recuperado de: <https://academic.oup.com/ej/article-abstract/50/197/66/5269094>

15. Gómez, H. (2020). Diálogo sobre las libertades y el estado subsidiario, *RFJ*, No. 7 (p. 131-156).

16. Murphy, R. (2018). The Rothbardian critique of consumer sovereignty, *Mises Daily Articles*, Recuperado de: <https://mises.org/library/rothbardian-critique-consumer-sovereignty>

17. Rubin, P. (2019). *The capitalism paradox: how cooperation enables free market competition*, Post Hill Press, (p. 51), Nueva York - Nashville.

El razonamiento suele ser enturbiado por el hecho de que, aparentemente, en ambos casos el consumidor está adquiriendo el mismo producto. Sin embargo, la ilusión de estar frente al mismo producto debe ser despejada. Un determinado bien puede ser físicamente idéntico pero el producto no se circunscribe al bien, sino que comprende el conjunto de rasgos asociados a ese bien ofrecido —incluyendo los términos contractuales en los que se ofrece tal bien—. Por ejemplo, la mayor disponibilidad de stock en un establecimiento o la atención más esperada del personal o incluso una decoración más atractiva inciden en la valoración subjetiva del consumidor respecto del producto integralmente comprendido¹⁸. No es, entonces, lo mismo ordenar un plato de comida en un negocio modesto que ordenar ese mismo platillo en un galardonado restaurante de uno de los más prestigios *chefs* de la ciudad.

Una buena porción de los atributos del producto elegido por el consumidor no son aparentes¹⁹. No todos los teléfonos móviles tienen las mismas características, aunque de forma evidente todos permiten comunicarnos por teléfono. El consumidor puede no conocer la velocidad del microprocesador de la computadora personal que está empleando del mismo modo en que al adquirir un departamento en un edificio puede no conocer las especificaciones técnicas del ascensor que empleará mañana, tarde y noche. Todos esos atributos integran el producto y lo hacen diferente a otros productos, aunque en apariencia se nos presenten como bienes o prestaciones idénticas.

Cada consumidor, desde luego, de acuerdo a sus propios intereses y capacidades, indagará en menor o mayor medida sobre los atributos

del producto y valorará cada uno de ellos. No existe ni puede existir regla que obligue al consumidor a privilegiar la velocidad del microprocesador sobre la apariencia estética de su computadora personal, del mismo modo en que no puede existir una obligación de privilegiar la calidad del café sobre la comodidad del lugar en el que se sirve. Una regla imperativa orientada a proteger a los consumidores como grupo —como si se tratara de una tutela por clase— desconoce la heterogeneidad de los consumidores lesionando el principio de soberanía del consumidor.

La nota de heterogeneidad no se opone a que los consumidores puedan tener ciertas necesidades más o menos homogéneas —por ejemplo, la necesidad de alimentarse más allá de las preferencias que, desde luego, siempre serán individuales—. De hecho, el que exista ese posible agrupamiento de necesidades explica los beneficios de la contratación masiva dado que, del lado del proveedor, el agrupamiento reduce el costo de elaborar los productos y también reduce el nivel de inversiones que deben efectuarse en descubrir lo que el consumidor quiere; y, del lado del consumidor, se reduce el costo de adquisición de información de un determinado producto, así como el precio al que podrá accederse a este²⁰.

No obstante, el ofrecimiento de un producto o servicio estándar en respuesta a un agrupamiento de necesidades homogéneas no agravia el principio de soberanía del consumidor, pues preserva la posibilidad de elegir un producto o servicio puntual que satisface una necesidad concreta. Así, en el mercado confluirán ofertas estándares y ofertas orientadas a satisfacer necesidades más específicas y de-

-
18. Sowell, T. (2013). Economía básica: un manual de economía escrito desde el sentido común, Deusto, Edición en español, (pp. 610-611).
 19. Baird, D. (2006). The Boilerplate Puzzle, Michigan Law Review, 104, (p. 933). Recuperado de: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1532&context=mlr>
 20. Saavedra, R. (2019). El fenómeno moderno de la contratación masiva: bases para los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación, Ius 360, Recuperado de: <https://ius360.com/el-fenomeno-moderno-de-la-contratacion-masiva-bases-para-los-contratos-por-adhesion-y-las-clausulas-generales-de-contratacion/>

penderá del consumidor elegir la combinación de atributos —precio, calidad, seguridad, entre otros— que le convengan de acuerdo al ejercicio de calibración personal.

El consumidor que desea adquirir una torta de cumpleaños puede ir a un supermercado y comprar una torta estándar a cambio de un precio determinado o contratar a alguien para que prepare una torta especial que se ajustará a los requerimientos puntuales que se formulen a cambio de un precio indudablemente más elevado. Nada en el ejercicio de agrupamiento ha vaciado de contenido el principio de soberanía del consumidor, pues el ejercicio de su libertad de elección en el mercado está inalterado en tanto se preserve la competencia real o potencial.

El agrupamiento efectuado por proveedores a partir del descubrimiento de necesidades homogéneas no permite dar un salto hacia el agrupamiento por parte del Estado como justificativo para una “protección” unitaria y mandatoria. El primero, como se ha visto, es compatible con el principio de soberanía del consumidor porque preserva la libertad de elección mientras que el segundo tipo de agrupamiento asume falsamente que todos los individuos, comprendidos en una categoría genérica, preferimos necesariamente una calibración: la que el legislador o una autoridad ha trazado por todos nosotros.

Existen autores²¹ que llevan esta confusión a extremos cuando aluden a una categoría genérica de consumidores necesitados de tutela frente a la asimetría informativa. En primer término, porque la asimetría informativa es, como resulta obvio, variable dado que la cantidad de información que poseen los agentes de mercado no es homogénea. En segundo término,

porque la asimetría informativa se caracteriza por tener un opuesto —la simetría informativa— esquivo. Eso presupondría que todos tienen los recursos económicos para adquirir información, que todos tienen la preferencia por adquirirla y que todos tienen los conocimientos para comprenderla y ejecutarla a un nivel “simétrico”²².

Sostener que todos los consumidores desean conocer la información de un ingrediente del producto en la etiqueta, que todos los consumidores desean conocer un determinado plano al adquirir un inmueble y que todos los consumidores desean que se les permita efectuar el pago anticipado de un crédito, por mencionar tres ejemplos, asume que el legislador o la autoridad conoce las preferencias subjetivas de todos los consumidores, así como su disposición a pagar por tales prerrogativas o derechos.

No solo ello, al realizarse la asunción mencionada y no permitírsele al consumidor elegir alguna alternativa distinta a la calibración imaginaria del legislador o la autoridad, se vacía de contenido el principio de soberanía del consumidor. Como puede apreciarse, ya no existe libertad de elección bajo este modelo. Es la legislación o la actuación de la autoridad competente la que determina el nivel de tutela que el consumidor y, en ese orden de ideas, se erige en un sistema totalitario que niega el proceso de mercado.

Este nivel mandatorio de tutela se traduce en un precio que no responde a la interacción entre la oferta y la demanda, de modo que aquellos consumidores que no tienen los recursos económicos para acceder al producto o servicio se ven principalmente afectados. Dicho en otros términos, la definición de un estándar de tutela igualitario y forzado reduce las opciones

21. Durand, J. (2015). El código de protección y defensa del consumidor, retos y desafíos para la promoción de una cultura de consumo responsable en el Perú, *Revista de Actualidad Mercantil*, No. 4, (p. 100), Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/view/14958>

22. Ely, J. (2015). Let's hope not, *Cato Unbound: The end of asymmetric information?*, Recuperado de: <https://www.cato-unbound.org/2015/04/15/jeff-ely/lets-hope-not>

para los consumidores a dos: adquirir o contratar el producto o servicio al precio incrementado o quedarse sin acceso al producto o servicio debiendo buscar alguna opción que pueda, de algún modo, operar como sustituto.

De forma elocuente, se ha señalado que *“cuando los consumidores son heterogéneos, una solución imperativa igualitaria perjudica inevitablemente a ciertos subgrupos de consumidores”*²³. Del mismo modo en que un grupo de consumidores no accede a contratar una garantía extendida, muchos consumidores no estarían dispuestos a comprar un seguro que cubra el riesgo de aparición de cualquier fisura en su vivienda. Al establecerse protección mandatoria contra dicho riesgo, se genera el mismo efecto que el de la imposición de un seguro al consumidor.

La analogía con el seguro nos parece ilustrativa. En un mercado competitivo es la propia interacción de los consumidores con los proveedores la que revela la valoración que es asignada al producto o servicio por parte de los primeros. Establecer protección y, consecuentemente, responsabilidad en el proveedor, por encima del nivel definido por el mercado es equivalente al empaquetamiento de un seguro al producto que daría como resultado un precio por encima de lo que el consumidor voluntariamente pagaría²⁴. Eso hace que muchos productos o servicios pierdan rentabilidad por efecto de la tutela igualitaria mandatoria reduciendo los incentivos para ofertar productos o servicios lo cual afecta obviamente a los consumidores pues reduce la competencia.

En efecto, cuando el gobierno intenta forzar a los proveedores a darles a los consumidores un

mejor trato que aquél que emerge mediante la competencia y el intercambio voluntario, los resultados pueden fácilmente ser contraproducentes porque la opción impuesta no vale la pena²⁵. Si un proveedor no gana lo suficiente, dejará de ofrecer sus productos y eso perjudica a los consumidores. Si se fuerza al consumidor a pagar una determinada cantidad de dinero, quienes tienen menos recursos económicos se ven imposibilitados de acceder al producto debiendo recurrir, por ejemplo, al mercado negro. No es posible sustituir la coordinación que genera el mercado en interacción con las asunciones —por más bienintencionadas que sean— de un grupo de funcionarios públicos.

Imagine que obligamos a las empresas que ofrecen el servicio de parqueo a asumir responsabilidad por cualquier afectación que un vehículo sufra. Para aquellas personas que valoran ese “seguro”, la obligación generada no produce afectación. Sin embargo, para aquellas personas que tenían que elegir entre un seguro costoso y ubicar su vehículo en una insegura vía pública, las opciones “intermedias” pueden ser de suma trascendencia. Esas opciones “intermedias” se desvanecen cuando se obliga a quien pretendía limitarse a ofrecer un espacio para el vehículo, a empaquetar un seguro forzado. Ese empresario quería ofrecer un espacio, no seguridad. Y había consumidores que querían ese espacio y no una prima de seguros contra todo riesgo. Este es un aspecto que suele también olvidarse: un producto no es seguro o inseguro. Un atributo como la seguridad puede ser ofrecido en unidades marginales²⁶ siendo cada individuo el que determinará cuánta seguridad se ajusta a su preferencia personal.

-
23. Ben-Shahar, O. y Bar-Gill, O. (2014). La regulación de los contratos de consumo, En: Nuevas Tendencias del Moderno Derecho Económico, Thomson Reuters, Santiago de Chile, (p. 218).
 24. Priest, G. (1992). Can absolute manufacturer liability be defended?, The Yale Journal on Regulation, 9, (p. 240). Recuperado de: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1619&context=fss_papers
 25. Tacker, T. (2019). Rethinking consumer protection: escaping death by regulation, Lexington Books, Londres (p. 18).
 26. Hoppe, H.H. (2006). The economics and ethics of private property, Studies in Political Economy and Philosophy, Mises Institute, (p. 21).

La atribución de responsabilidad por no observar el nivel de seguridad —o de información, o idoneidad o cualquier otro estándar trazado por la legislación— en el proveedor genera un efecto igualmente diferenciado en los consumidores. Idealmente, la autoridad de protección al consumidor desearía que el precio de los productos refleje también la afectación esperada que el producto podría generar en el consumidor. De esta forma, un producto podría tener un hipotético precio X que considera el costo de producción de tal producto y el daño esperado que el producto generaría. El consumidor compraría el producto si lo valora en más que X . Sin embargo, si el litigio introduce un costo adicional Y al proveedor del producto y un costo adicional Z al propio consumidor por plantear el litigio, el precio mínimo tendría que ser de $X + Y$ —el precio que le permite al proveedor recuperar sus costos incluyendo el costo del litigio— y, para el consumidor, la valoración del producto tendría que ser de $X + Y + Z$ —tendría que valorar el producto más que el costo que asumiría por litigar por este—. En este escenario, consumidores que valoran el producto en más que $X + Y$ —pero en menos que $X + Y + Z$ — no comprarían el producto lo cual alejaría a ese consumidor de la posibilidad de obtener una ganancia²⁷.

Una consecuencia adicional asociada a la implementación de un régimen de tutela igualitario y mandatorio es que reduce la competencia y la innovación en los proveedores. Una empresa tiene incentivos para ofrecer un mejor servicio de atención al cliente porque es un elemento diferenciador. Un proveedor puede diferenciarse en el mercado ofreciendo la posibilidad de devolución del producto sin expresión de causa o permitiendo que el consumidor fragmente una deuda sin intereses, por mencionar

algunos ejemplos. Si la legislación establece un mandato orientado a que todo proveedor permita la devolución del producto sin expresión de causa, el elemento diferenciador se pierde porque el propósito de la legislación es precisamente estandarizar ciertos rasgos del producto o servicio.

Es curioso que las legislaciones de protección al consumidor apuesten por estándares de este tipo que tienen exactamente el mismo efecto que el de un acuerdo colusorio entre proveedores. Así, si varias empresas se ponen de acuerdo para ofertar su producto con una determinada condición, estamos frente a una conducta anti-competitiva. Sin embargo, si la legislación hace que esas mismas empresas ofrezcan el producto con una determinada condición, se trata de una intervención en nombre de la defensa del consumidor. En ambos casos, el propósito es el mismo —igualar algún determinado atributo de la oferta— pero el tratamiento normativo cambia en función a si lo promueve el Estado o lo pretenden los privados.

La situación es especialmente lamentable si tomamos en cuenta que los proveedores pequeños y medianos tienen incentivos especiales para ser creativos, precisamente, como elemento diferenciador. Estos proveedores tratan de establecer una comunicación especial con los consumidores y ajustar su oferta, en la medida de lo posible, a las necesidades que hayan sido identificadas. La tutela igualitaria forzada obliga a los pequeños proveedores a diseñar sus productos o servicios con los mismos atributos que la oferta de los grandes proveedores restándoles capacidad de desplegar su creatividad²⁸ y aleja a los consumidores, consecuentemente, de la posibilidad de obtener en el mercado una oferta más ajustada a sus preferencias individuales.

27. Polinsky, A. M. y Shavell, S. (2010). The uneasy case for products liability, *Harvard Law Review*, 123, (p. 1471). Recuperado de: https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/polinsky_shavell.pdf

28. Zywicki, T. (2005). The consumer financial protection bureau and the return of paternalistic command-and-control regulation, *Engage*, Vol. 16, No. 2, (p. 49). Recuperado de: <https://sls.gmu.edu/todd-zywicki/wp-content/uploads/sites/51/2019/09/Zywicki-CFPB-Paternalistic-FINAL.pdf>

Los pequeños proveedores desempeñan un papel importante en la economía desde el punto de vista del bienestar de los consumidores porque particularizan un poco más su oferta, esto es, la acercan más a la demanda de consumidores específicos²⁹. Los proveedores grandes ciertamente se benefician de economías de escala lo cual reduce costos, pero es la preferencia de cada consumidor la que determina si un precio reducido tiene más valor que una oferta más cercana a su necesidad. Cada consumidor prefería, si la disposición al pago no fuera relevante, que los productos o servicios se acercquen a su preferencia particular. De ordinario, sin embargo, los costos de producir para demandas específicas desincentivan a los proveedores grandes de realizar dicha tarea y los lleva a concentrarse en ofertas más generales —estandarizadas—. El consumidor con una demanda muy particular necesita que existan más opciones en el mercado y no menos.

Nótese que la introducción de costos regulatorios no impacta del mismo modo en todos los proveedores. Del mismo modo en que la tutela igualitaria no tiene un efecto igualitario en los consumidores, el costo regulatorio no impacta igualitariamente en todos los proveedores. Para un proveedor pequeño, el cumplimiento de la regulación es más costoso. Desde el momento en que los proveedores pequeños tienen más dificultades para realizar su actividad económica que los proveedores grandes, el costo regulatorio suele afectar especialmente a los consumidores con demandas específicas que son las que presumiblemente podrían haber sido satisfechas en mayor probabilidad por las ofertas de los proveedores pequeños.

Esto nos lleva a la última consecuencia derivada de un régimen de tutela igualitaria mandatoria:

la generación potencial de efectos regresivos dado que la protección conferida a los consumidores de más recursos económicos se produce a costa del bienestar de los consumidores de menos recursos. Imagine que se establece una regulación que ordena a los centros comerciales a no cobrar por el parqueo de los vehículos de los visitantes. En potencia, se trata de un acceso igualitario pues cualquier visitante podrá disfrutar del parqueo gratuito. En la realidad, en cambio, el resultado igualitario es un imposible desde que no todos los visitantes se dirigen al centro comercial en su vehículo propio —algunos, previsiblemente, no estarán en condiciones económicas de tener un vehículo—. Desde que asegurar el parqueo supuestamente gratuito es, indudablemente, costoso, y dado que ese costo se distribuye en todos los consumidores —tengan o no vehículo— con el propósito de asegurar el derecho de parqueo gratuito a quienes tienen vehículos propios, la medida desvía recursos económicos de los consumidores de menos recursos a favor de los consumidores de mayores recursos. En suma, el acceso igualitario ordenado por ley no puede asegurar un resultado igualitario³⁰.

En suma, el establecimiento de rasgos, atributos o caracteres obligatorios de la oferta, generan necesariamente un impacto diferenciado dada la heterogeneidad de los consumidores. Asumir que la tutela igualitaria nos protege a todos por igual es, probablemente, la primera gran asunción que debe ser descartada al aproximarse al estudio del derecho del consumidor. Desafortunadamente, tenemos la impresión de que la técnica legislativa en forma de derechos irrenunciables para todos los consumidores es la desafortunada regla y no una excepción lo cual, como se ha visto, agravia sensiblemente el principio de soberanía del consumidor.

-
29. Priest, G. (2003). Small business, economic growth and the Huffman Conjecture, *The Journal of Small & Emerging Business Law*, 7, (p. 7). Recuperado de: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1636&context=fss_papers
 30. Ben-Shahar, O. (2016). The paradox of access justice, and its application to mandatory arbitration, *The University of Chicago Law Review*, 83, 4, (p.1760). Recuperado de: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol83/iss4/10/>

IV. CONCLUSIONES

Incluso los defensores de la tesis de que los consumidores son especialmente débiles dados los sesgos y limitaciones cognitivas existentes, tendrán que reconocer que tal debilidad no es homogénea. En ese sentido, ninguna respuesta igualitaria mandatoria puede ser el camino para ayudar a cada consumidor en su situación particular. Así, incluso quienes aceptan un espacio para la existencia de reglas supletorias generales y reglas supletorias a medida, parecen admitir que la libre elección debe ser preferida si los arquitectos de decisiones —el legislador, en nuestro caso— carece de información relevante, cuando se trata de situaciones familiares para el consumidor, cuando el consumidor prefiere elegir, cuando el aprendizaje es relevante y, en general, cuando existe heterogeneidad relevante³¹.

La situación no es diferente en productos o servicios que uno podría considerar más complejos. Por ejemplo, el mercado de las tarjetas de crédito es uno dinámico en el que más opciones significa permitir que cada consumidor, de acuerdo a sus preferencias y posibilidades, elija la alternativa que considere adecuada. Imagine ahora que se ordena que las entidades financieras no cobren una suma de dinero anual por concepto de membresía. Previsiblemente, los costos operativos de emisión de este tipo de productos financieros tendrán que ser recuperados de otro modo, por ejemplo, elevando los

requisitos para acceder a una tarjeta de crédito. En este escenario, una medida orientada a beneficiar a todos los consumidores nuevamente perjudica especialmente a aquellos consumidores que tienen más dificultad para convertirse en sujetos de crédito. El legislador no puede establecer de manera igualitaria y mandatoria el nivel de simplicidad de un producto financiero —o cualquier producto— dado que dicha simplicidad debe ser valorada como un atributo del producto o servicio por cada consumidor³².

Los consumidores somos distintos en diversos factores —observados y no observados—. Afianzar la soberanía del consumidor, esto es, su capacidad de elegir es absolutamente incompatible con un sistema de protección al consumidor estructurado sobre la base de reglas protectivas mandatorias. En esa línea, creemos, como primera medida, que los sistemas legales deben abandonar cualquier esquema de tutela compuesto por derechos no renunciables para los consumidores. Luego, como siguiente punto en la agenda, se requiere una revisión integral de los sistemas de protección al consumidor de modo que nos alejemos de regulaciones orientadas a estandarizar o trazar atributos o características de los productos o servicios. Finalmente, resulta importante señalar que el progreso tecnológico está abriendo un interesante espacio para la discusión en torno a la viabilidad de reglas personalizadas,³³ que poco a poco puedan acercarnos a un sistema más sensible por la heterogeneidad.

-
31. Sunstein, C. (2012). Impersonal default rules vs. active choices vs. personalized default rules: a triptych, Digital Acces to Scholarship at Harvard, (p. 4). Recuperado de: <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:9876090>
 32. Zywicki, T. (2016). Market-reinforcing versus market-replacing consumer finance regulation, Reframing financial regulation: enhancing stability and protecting consumers (Peirce y Klutsey, editores), Mercatus Center at George Mason University, (p. 336). Recuperado de: https://www.mercatus.org/system/files/peirce_reframing_ch12.pdf
 33. Ben-Shahar, O. y Porat, A. (2019). Personalizing mandatory rules in contract law, The University of Chicago Law Review, 86, (pp. 255-282). Recuperado de: <https://lawreview.uchicago.edu/publication/personalizing-mandatory-rules-contract-law>

El nuevo lujo y el *Luxury Law*: una mirada al presente y futuro



ANNALUCÍA 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 Escuela de
Derecho de la Universidad de Fordham.
Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, en la Universidad
Peruana de Ciencias Aplicadas y en la Universidad ESAN.



SUMARIO:

- I. Algunas consideraciones sobre el lujo.
- II. *Luxury Law*.
- III. El Nuevo Lujo.
 - 1. Videojuegos —*Gaming*—, Blockchain, NFTs y Metaverso.
 - 2. Lujo Sostenible.
 - 3. Las colaboraciones.
- IV. Conclusiones.

RESUMEN:

El *luxury law* o derecho del lujo es una nueva especialización del derecho que consiste en asesorar a todas las empresas que se dedican, en sus diferentes categorías al sector económico del lujo. Asimismo, en este artículo explicaremos en qué consiste el nuevo lujo y cómo el derecho se encuentra contribuyendo en su desarrollo a través del uso de la tecnología y la sostenibilidad.

Palabras clave: Lujo, *Luxury Law*, sostenibilidad, Objetivos de Desarrollo Sostenible —ODS—, tecnología, *Non-Fungible Tokens* —NFTs—, metaverso.

ABSTRACT:

The luxury law is a new specialization of law that consists of advising all companies that are dedicated, in their different categories, to the luxury economic sector. Likewise, in this article we will explain what the new luxury consists of and how the law is contributing to its development through the use of technology and sustainability.

Keywords: Luxury, *Luxury Law*, sustainability, Sustainable Development Goals —SDG—, technology, *Non-Fungible Tokens* —NFTs—, metaverse.

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL LUJO

El lujo a la fecha es uno de los sectores económicos que mueve millones de dólares cada año y, aunque la pandemia en el 2020 afectó a algunas categorías de este sector, se espera que en el año 2023 se recupere totalmente.

¿Qué entendemos por lujo? Este es un concepto que siempre ha existido desde el principio de la humanidad, desde los aretes que se hacían en la Edad de Piedra, pasando por los egipcios, griegos y romanos; sin embargo, antes el lujo tenía una connotación negativa dado que estaba asociado a la diferencia de clases y al poder, en donde se vestían, comían y lucían joyas según su estrato social.

A la fecha el concepto del lujo ha cambiado, de hecho, existen varias definiciones como, por ejemplo, la de la autora del libro *La esencia del marketing del lujo*, Susana Camposano García señala que “el lujo es todo aquello consumible o no, que trasciende la existencia cotidiana y que posee un gran contenido de placer personal y reconocimiento social”¹.

Como se ve, el lujo no satisface necesidades funcionales, sino más bien se encuentra asociado a factores emocionales —lo que nos hace sentir— y expresivos —lo que quiere decir de nosotros—, que provoca felicidad y hasta placer —beneficios intangibles—, así como puede generar un reconocimiento personal y/o social

Asimismo, dentro de los atributos del lujo se encuentra comercializar un producto y/o servicio único y exclusivo, de calidad, que sea escaso ya sea por su precio o por su rareza, entre otros.

Tal es así que dentro del lujo se tiene varias categorías que abarca desde carros, yates y jets, pasando por joyas, relojes, prendas de vestir, carteras, lentes de sol, calzado, muebles, decoración, perfumes, cosméticos, arte, bebidas espirituosas, vinos, alimentos gourmet, restaurantes, hoteles, cruceros, entre otros.

Pero se preguntarán en qué se diferencia entonces el lujo de los productos *premium*, y es que estos también comercializan productos de buena calidad, pero a diferencia del lujo el precio que se paga es directamente proporcional a la calidad del producto, es decir, se encuen-

1. Marta Sánchez, “Marketing del lujo, qué es y cómo se aplica”, Campus Training. Acceso el 21 de mayo de 2022. <https://www.campustraining.es/noticias/marketing-de-lujo/>

tra relacionado por el producto en sí mismo, en cambio en el lujo no, además de la calidad, este cuenta con toda una experiencia, con la historia detrás de la marca, además de ser un producto o servicio único y escaso.

Otra diferencia importante es que las marcas *premium* hacen estudio de mercado y van siempre mirando lo que hace la competencia, en cambio los productos de lujo no. Pues no importa los estudios de mercado, más bien es al revés, el cliente los busca porque más allá de los valores, son creencias que hace el consumidor y que forman parte de una comunidad.

II. LUXURY LAW

El derecho a la fecha se encuentra asesorando a este sector del lujo, naciendo una nueva especialización denominada *Luxury Law*.

El sector del lujo maneja sus propios códigos y parámetros que lo diferencia del *retail* común y, para tales efectos, el derecho ha intervenido asesorándolos en los diferentes canales de distribución que utilizan, entre los que destacan los siguientes:

- a. **Flagship Store.** Son las tiendas insignia de las marcas, o también las más emblemáticas. Se encuentran ubicadas en zonas muy transitadas y céntricas de las grandes ciudades. Su diseño permite transmitir la esencia de la marca². En esta tienda se demuestra la majestuosidad de la marca y se incorpora elementos de decoración deslumbrantes. Por ejemplo, tenemos la tienda *flagship* de Louis Vuitton en Osaka, Japón³.

Para abrir una tienda *flagship* se necesita primero identificar una buena ubicación y de fácil acceso, así como comprar o arrendar inmuebles, en formato *stand alone*⁴, es decir, son tiendas independientes que no suelen estar conectadas a un centro comercial, sino que se ubican en sitios estratégicos de manera individual y cuentan con estacionamientos propios, destacando en una avenida conocida y transitada.

- b. **Tiendas insignia o monomarca.** Son tiendas de menos metros cuadrados que pueden estar en un formato *stand alone* o dentro de un centro comercial, pero se tiene la misma experiencia y atención personalizada que cualquier otra tienda de otros países del mundo de la misma marca.

Asimismo, algunas tiendas insignias pueden replicarlas con determinadas variaciones dependiendo del país por ejemplo en el Perú la tienda Louis Vuitton que se inauguró en julio del 2021 se inspiró para su inauguración en motivos de la cultura popular dando un sentido de pertenencia e identificación cultural. Aunque en el caso de Perú, el local comercial se encuentra en el centro comercial Jockey Plaza y no se venden todos los productos, sino solo algunas categorías.

En algunos casos estas tiendas no necesariamente venden el producto, sino que tienen como propósito difundir y promocionar la marca y hacerla más conocida entre el público.

2. Annalucia Fasson, "Los principales formatos de retail que destacarán en el 2019", Conexión ESAN. Acceso el 21 de mayo de 2022. <https://www.esan.edu.pe/conexion-esan/los-principales-formatos-de-retail-que-destacaran-en-el-2019#:~:text=%2D%20Stand%20alone%20stores,y%20cuentan%20con%20estacionamiento%20propios>.
3. Redacción Vishopmag, "La Nueva Flagship japonesa de Louis Vuitton", Vishopmag. Acceso el 21 de mayo de 2022. <https://vishopmag.com/diseno-de-tiendas/30/la-nueva-flagship-store-japonesa-de-louis-vuitton>.
4. Annalucia Fasson, "Los principales formatos de retail que destacarán en el 2019", Conexión ESAN. Acceso el 21 de mayo de 2022. <https://www.esan.edu.pe/conexion-esan/los-principales-formatos-de-retail-que-destacaran-en-el-2019#:~:text=%2D%20Stand%20alone%20stores,y%20cuentan%20con%20estacionamiento%20propios>.

Al encontrarse dentro de un centro comercial, normalmente se negocian contratos de arrendamiento en el que se incorporan cláusulas como la renta mínima, la renta variable, así como el pago del mantenimiento, el fondo de promoción, el pie de ingreso y la garantía, entre otras cláusulas, así como también se encuentran sujetos al cumplimiento de los Reglamentos de los centros comerciales⁵.

- c. **Concept Store.** Son aquellas tiendas que tienen un hilo conductor, en el que venden todas las categorías de la misma marca como por ejemplo Gucci en Florencia que no solo vende prendas de vestir, carteras y accesorios, sino que también tiene su línea de decoración y muebles inclusive tiene su propio restaurante.
- d. **Tiendas por Departamentos.** En este caso celebran contratos de arrendamiento o concesión con las departamentales. En el Perú la definición de tienda por departamento está dada por el Reglamento Nacional de Construcciones, pero no se utiliza este formato para comercializar productos de lujo como si en otros países, son famosas las tiendas por departamentos tales como El Corte Inglés en España, Saks en Nueva York, Galería Lafayette en Francia, entre otros.
- e. **Franquicias⁶.** En algunos casos las marcas de lujo no quieren invertir en el negocio de determinado país porque no conocen su mentalidad y el comportamiento de ese cliente, por ejemplo en China muchas marcas de lujo han desarrollado este concepto dado que el consumidor chino es el mayor
- f. **Shop in Shop.** Son tiendas monomarcas dentro de una tienda departamental que normalmente se caracterizan por no solo cumplir con lo indicado por el franquiciante en el contrato de franquicia, sino que además se debe celebrar un contrato de arrendamiento con la tienda departamental, debiendo cumplir con el pago de la renta correspondiente, así como con el Reglamento del propio centro comercial.
- g. **Showroom o Tiendas Multimarcas.** Son aquellas que tienen como propósito comercializar varias marcas dentro de una misma tienda. Por ejemplo, en Madrid si las hay en donde en una misma tienda se encontrarán marcas tales como Gucci y Dolce & Gabbana, entre otros. Todas las marcas

consumidor de lujo en el mundo, o en Sudamérica, para lo cual se celebra el contrato de franquicia en el que se transfiere el modelo de negocio o “*Know How*”, así como el uso de la marca bajo determinados estándares de calidad, en el que el *layout*⁷ será igual al de los productos que se comercializan a nivel mundial, exigiéndoles un mínimo de inversión, ya sea para acondicionamiento del local o para abrir nuevos locales en otros distritos o provincias del mismo país. Las cláusulas más comunes en este tipo de contratos de negocios son las de confidencialidad, temporalidad, territorialidad y exclusividad. Lo anterior va de la mano con el pago del pie de ingreso, así como de las regalías, ya sea un monto fijo mensual o trimestral, que se paga a favor del franquiciante, así como la regalía variable con base en las ventas netas que se realicen en dicho local.

5. Annalucia Fasson, “El contrato de arrendamiento con centros comerciales en el Perú”, Enrique Ortega Burgos, Fashion, Luxury & Retail. Acceso el 21 de mayo de 2022. <https://enriqueortegaburgos.com/el-contrato-de-arrendamiento-con-centros-comerciales-en-el-peru/>
6. Annalucia Fasson, “El contrato de franquicia: un matrimonio a largo plazo”, Lexlatin. Acceso el 21 de mayo de 2022. <https://lexlatin.com/opinion/el-contrato-de-franquicia-un-matrimonio-a-largo-plazo>
7. “¿Qué significa layout para un espacio comercial?”, Perú Retail. Acceso el 21 de mayo de 2022. <https://www.peru-retail.com/layout-espacio-comercial/#:~:text=Layout%20en%20buen%20castellano%20es,la%20tienda%2C%20entre%20otros%20puntos.>

son tratadas por igual, ninguna destaca más que la otra.

- h. **Pop Up Store.** Son aquellos espacios que se arriendan en un lugar estratégico de un centro comercial por un período corto de tiempo, como una temporada o campaña. Su finalidad es promocionar el producto en sí mismo, no necesariamente su comercialización. La idea es que estas tiendas llamen mucho la atención. También suelen ser itinerantes, es decir, que no siempre estarán en el mismo lugar⁸.

En la actualidad las marcas de lujo celebran contratos de arrendamiento para el lanzamiento de un nuevo producto o por campaña determinada. El contrato se caracteriza por su temporalidad, dado que son períodos cortos de dos o tres semanas aproximadamente.

- i. **Store en Hoteles.** Una nueva tendencia para las marcas de lujo es encontrarse ubicadas en hoteles cinco estrellas, dirigidas al turista que se encuentra de vacaciones y que no quiere salir a la calle, como un resort de descansos, o aquel consumidor de negocios que no dispone de tiempo porque tiene varias reuniones programadas y, por lo tanto, puede encontrar prendas de vestir o accesorios en dicho hotel. Por ejemplo, podemos indicar el Hotel Mamounia en Marruecos que cuenta con varias tiendas dentro de sus instalaciones⁹.
- j. **Travel Retail —Duty Free—.** Luego de la pandemia poco a poco se está reactivando el turismo y con estos nuevamente las

tiendas *duty free*, que son aquellas que venden desde chocolates gourmet, pasando por bebidas tales como vinos, whiskies y champagne, hasta carteras, lentes de sol, perfumes y cosméticos entre otros.

Muchos diseñadores de marcas de lujo como Dior, Givenchy o Chanel utilizan estos productos porque llegan a un mayor número de personas, complementando de esa manera su oferta y apelando al consumidor, es decir, éste no podrá comprar un vestido de Dior de 10,000 dólares, pero sí puede comprar un perfume de Dior por 200 dólares.

Cabe precisar que las marcas de lujo como no es su *expertise* comercializar lentes de sol o perfumes, normalmente lo hacen celebrando contratos de licencia de marca, en el que le otorgan a una empresa la exclusividad para que los pueda distribuir a cambio de una participación en las ganancias; empresas tales como Luxottica¹⁰ comercializan lentes de sol de marcas de lujo como Chanel o Dolce & Gabbana, o la empresa de perfumes Puig¹¹, que comercializa perfumes tales como CH Carolina Herrera o Nina Ricci.

Por otro lado, es importante destacar que las marcas de lujo han incursionado en el *e-commerce* y aunque fueron reacias al principio, dado que no querían democratizarse, no fue hasta que empezaron a darse cuenta de que la omnicanalidad, es decir, la venta utilizando todo tipo de canales, les daba la posibilidad de aumentar sus ingresos, por lo que de esa manera nace la digitalización del lujo, la cual evidentemente tiene sus propios parámetros y aunque algunos no la consideran propiamente lujo, dado que le falta ese toque de experiencia

8. Annalucia Fasson, "Los principales formatos de retail que destacarán en el 2019", Conexión ESAN. Acceso el 21 de mayo de 2022. <https://www.esan.edu.pe/conexion-esan/los-principales-formatos-de-retail-que-destacaran-en-el-2019#:~:text=%2D%20Stand%20alone%20stores,y%20cuentan%20con%20estacionamiento%20propios>.

9. La Mamounia. Acceso el 21 de mayo de 2022. https://mamounia.com/es/?gclid=Cj0KCQjwm6KUBhC3ARIsAClwxBhmoW6lhMVYFbT0A_tYVTAuiTdUzjHgBehWe-ljJLqtJhMEEC2r4tUaAuS0EALw_wcB

10. Luxottica. Acceso el 21 de mayo de 2022. <https://www.luxottica.com/en>

11. Puig. Acceso el 21 de mayo de 2022. <https://www.puig.com/es>

en la compra, la pandemia hizo que se acelerara su uso, utilizando los siguientes formatos:

- a. **E-boutique o e-store.** Son las páginas web oficiales de cada marca, tales como Gucci¹² en el que también encuentras el uso de la realidad aumentada que otorga una sensación como si uno estuviera dentro de la tienda.
- b. **E-Store de los grandes almacenes.** Son las plataformas de las tiendas departamentales tales como Corte Inglés o Saks en donde encuentras todas las marcas y que a través del *click and collect* se genera la compra vía página web y luego se envía el producto al domicilio del comprador.
- c. **Marketplace de lujo —Luxury Stores—.** Es el concepto de las multifamosas plataformas tales como Mytheresa¹³, Farfetch¹⁴ o Net-a porter¹⁵, que no tienen tiendas físicas, sino que conectan a la marca de lujo con el comprador, ganando una comisión por la interconexión y que en algunos casos tercerizan el transporte para que luego de la compra le llegue el producto al cliente.
- d. **Marketplace de lujo de segunda mano.** Como es una tendencia la sostenibilidad a la fecha han nacido *startups* que son plataformas que venden productos de marcas de lujo de segunda mano o vintage, conectando de esa manera con un público de una generación *millennial* o generación Z, que se preocupa por el medioambiente y que lucha contra la contaminación, por ejemplo, páginas como *therealreal*¹⁶ o

*Vestiairecollective*¹⁷ —esta última recientemente adquirida por el Grupo Kering—.

- e. **E-branding y el uso de las revistas digitales.** La publicidad como sabemos es utilizada por las marcas de lujo y en general por todas las marcas del mundo, y las revistas ahora tienen no solo su formato físico sino también digital.

Muchas marcas de lujo se encuentran apostando por contratar a estas revistas para que lleven a cabo publrreportajes, en el que periodistas realizan una nota de sus productos, servicios, del lanzamiento de sus nuevas colecciones o de la inauguración de un nuevo restaurante u hotel, a diferencia del pasado en que solo se publicaban avisos, lo que se conoce con el nombre de *e-advertising*. Es decir, mediante la celebración de contratos de locación de servicios a dichas revistas digitales, los periodistas crean una historia —*storytelling*— y de esa manera conecten con el público.

- f. **Redes Sociales.** Entre las principales tenemos Facebook, Instagram, TikTok, LinkedIn, entre otras. Cada una tiene un público diferente y por ende la comunicación de las marcas de lujo también es diferente, ya sea en Facebook como en Instagram. Al principio se cree que las marcas de lujo contratan a *influencers*, pero en el mundo de lujo, no es así, salvo contadas excepciones como Chiara Ferragni o Leonie Hanne, entre otras seleccionadas, en el mundo de lujo se prefiere celebrar contratos nombrando a Embajadores de Marca, que conectan con los valores y creencias de

12. Gucci. Acceso el 21 de mayo de 2022. <https://www.gucci.com/>

13. MyTherese. Acceso el 21 de mayo de 2022. https://www.mytheresa.com/int_es/

14. FarFetch. Acceso el 21 de mayo de 2022. <https://www.farfetch.com/pe/>,

15. Net a Porter. Acceso el 21 de mayo de 2022. <https://www.net-a-porter.com/en-pe/>

16. The Real Real. Acceso el 21 de mayo de 2022. <https://www.therealreal.com/>

17. Vestiaire Collective. Acceso el 21 de mayo de 2022. <https://us.vestiairecollective.com/>

la marca, contratando para tales efectos mediante la celebración de un contrato de locación de servicios a *celebrities*, modelos, deportistas, artistas y hasta personas de la realeza, como por ejemplo, Beatrice Borromeo¹⁸ nuera de la princesa Carolina de Mónaco, que es embajadora de la marca Dior, o de su cuñada Charlotte Casiraghi¹⁹ embajadora de marca Chanel.

Cabe precisar, que en estos contratos se tiene una cláusula no solo de exclusividad sino de conducta moral y de buenas costumbres, dado que estas personas justamente han sido escogidas por sus valores y por lo tanto si es que estuvieran involucradas en un escándalo se les resolvería el contrato de manera automática y de pleno derecho sin perjuicio de la penalidad e indemnización pactada en el referido documento.

- g. **Aplicaciones.** El celular ahora es unas de las herramientas más poderosas y las marcas de lujo lo saben, es por eso que la mayoría de ellas también tienen aplicaciones que se pueden bajar al teléfono, lo que hizo que se conecte también con los más jóvenes durante la época de pandemia. Gucci, por ejemplo, en vez de sus desfiles físicos, realizó videos como el Gucci Fest o empezaron a lanzar prendas virtuales, por ejemplo, se puede adquirir un par de zapatillas de forma virtual en Gucci.
- h. **Podcast.** Tuvo un crecimiento exponencial durante la pandemia, en donde no solo se

habla de moda, sino también de política y hasta de religión, además de que muchas revistas de moda de lujo tales como Conde Nast²⁰ —Vogue— entrevistaron a personalidades del sector, siendo el podcast una herramienta poderosa también para las marcas de lujo con el propósito de comunicar su historia, como en el caso de Hermès²¹.

- i. **Contratos de Canje o Auspicio en Eventos.** Se celebran con los artistas para que luzcan sus colecciones en los principales eventos del mundo, como por ejemplo el Oscar, Golden Globe, Grammys, Emmys, Billboard, el Met Gala —éste último organizado por Anna Wintour desde hace varios años—, el Festival de Cannes o de Venecia, solo por citar algunos ejemplos, en el que los principales artistas del entretenimiento y espectáculo lucen desde vestidos o smoking pasando por calzados, joyas, carteras, maquillaje y perfumes, dándole el toque de glamour, pero generando el deseo por adquirir marcas de lujo o también mostrándolas al mundo como es el caso de la marca Schiaparelli²², una marca francesa que si bien existe desde 1930 prácticamente había desaparecido del escenario de la moda hasta la contratación del diseñador Daniel Roseberry.

Asimismo, también tenemos los famosos eventos de chefs de los principales restaurantes de cinco tenedores del mundo, que no solo celebran degustaciones ex-

-
- 18. EFE, “Beatrice Borromeo es la nueva embajadora de Dior”, Fashion Network. Acceso el 21 de mayo de 2022. <https://mx.fashionnetwork.com/news/Beatrice-borromeo-es-la-nueva-embajadora-de-dior,1279002.html>
 - 19. Ruth Martín, “Carlo Casiraghi, nueva embajadora y portavoz de Chanel”, Grazia. <https://graziamagazine.com/es/articles/carlot-casiraghi-nueva-embajadora-y-portavoz-de-chanel/>
 - 20. “Condé Nast Entertainment launches a network of Brand studios beginning with The New Yorker, Vogue, Vanity Fair, Wired and GQ”, Condé Nast. Acceso el 21 de mayo de 2022. <https://www.condenast.com/tags/podcasts>
 - 21. “Podcasts from Le Monde d’Hermès: an air of lightness”, Hermès Paris. Acceso el 21 de mayo de 2022. <https://www.hermes.com/us/en/story/podcasts/>
 - 22. “Schiaparelli haute Couture Spring Summer 2023”, Schiaparelli. Acceso el 21 de mayo de 2022. <https://www.schiaparelli.com/en>

clusivas, sino que también participan en premios como los *World's 50 Best Restaurants Awards* que catalogan a los mejores restaurantes del mundo, siendo el restaurante peruano Central considerado como el mejor de Latinoamérica en el año 2021.

Y es que contrario a lo que uno piensa, un restaurante de 5 tenedores no solo lo es por el sabor de la comida, sino que se premia porque existen determinadas reglas y parámetros que cumplir desde el servicio, pasando por un mobiliario de primera categoría, los alimentos deben tener una calidad óptima, tal como ser preparados con base en una técnica especial, así como contar con comodidades tales como sala de espera, *central parking*, aire acondicionado o calefacción, entre otros²³.

III. EL NUEVO LUJO

Existe un antes y un después en relación con la pandemia y eso sucede en todos los sectores y el del lujo también, a ello le tenemos que sumar el hecho que si antes su principal público eran la generación de *baby boomers* —más de 55 años— y generación X —entre 40 y 55 años—, ahora se encuentra preocupado por conectar con los más jóvenes como son los *Millennials*, la Generación Z y hasta la generación futura Alfa.

Los *Millennials* ya consumen lujo, sin embargo, se encuentran fuertemente identificados con la sostenibilidad y la responsabilidad social, lo que no ocurría con las anteriores generaciones. Asimismo, los que pertenecen a la Generación Z son considerados como los nativos digitales porque crecieron con ella, valoran mucho el mundo tecnológico, así como el uso de las redes sociales.

En ese sentido, el lujo se está transformando y el derecho de lujo lo está asesorando en ese camino, como, por ejemplo:

1. Videojuegos —Gaming—, Blockchain, NFTs y Metaverso.

En el año 2016 Louis Vuitton lanzó su primera colección para Final Fantasy XIII y luego muchas otras marcas de lujo se les sumaron, tales como Balenciaga con Afterworld: The Age of Tomorrow. Posteriormente, y con la pandemia, tienen un crecimiento exponencial los videojuegos de Roblox y Fornite, este último vende las colecciones de diseñadores de marcas de lujo para vestir a los avatares a través de la criptomoneda V-Bucks.

El surgimiento del Blockchain, que son grandes cadenas de bloques que registran y almacenan operaciones de manera *online* y simultánea, cuya característica es la inmutabilidad, es decir, es como un gran libro contable conformado por asientos que no se pueden modificar una vez que se registra la información y que, con la ayuda de los mineros digitales, se validan las transacciones. En ese sentido, con la ayuda del Blockchain, el Grupo Richemont, Prada, LVMH y OBT han fundado la plataforma Aura Blockchain Consortium²⁴, que permite controlar toda la trazabilidad del producto en toda la cadena de valor, por lo que supervisan inclusive que se vendan sus productos en puntos de venta debidamente autorizados, lo que reduce el riesgo de las falsificaciones y generando mayores ingresos en sus ventas²⁵.

Asimismo, tenemos el nacimiento de los *tokens*, similares a fichas de casino que no tienen contenido por sí mismos, pero que la comunidad les da un valor, es así que tenemos *tokens* fungibles,

23. Karla Garza, "Restaurantes en México, clasificación y categorías", Cooking Depot.com. Acceso el 21 de mayo de 2022. <https://blog.cookingdepot.com/restaurantes-en-mexico-clasificacion-y-categorias>.
24. "A revolution in the luxury industry", Aura Luxury Blockchain. Acceso el 21 de mayo de 2022. <https://auraluxuryblockchain.com/>
25. Annalucia Fasson, "Los Tokens No Fungibles, la última moda es virtual", Conexión ESAN. Acceso el 21 de mayo de 2022. <https://www.esan.edu.pe/conexion-esan/tokens-no-fungibles-nft-la-ultima-moda-es-virtual>

que son las famosas monedas digitales o criptomonedas dentro de las que se encuentran el Bitcoin, Ethereum, entre otros, así como los *tokens* no fungibles —en adelante NFTs—, que son archivos únicos e irreproducibles que normalmente tienen un proyecto detrás que genera beneficios para aquellos que lo compran. Muchas marcas de lujo, ya sea de moda como también de real estate, hoteles o arte, ya empezaron a vender NFTs.

Por otro lado, tenemos que en octubre del año pasado Mark Zuckerberg anunció el cambio de denominación social de Facebook a Meta, revolucionado y trayendo a colación el concepto de metaverso, que en griego significa “más allá” y cuyo concepto, si bien se lanzó hace más de 30 años y que posteriormente fue popularmente conocido gracias a la película Avatar de James Cameron, resurgió proponiendo un universo paralelo en el que las personas interactuarán entre sí en 3D, utilizando la realidad virtual o aumentada²⁶.

Diversos metaversos han surgido a la fecha, entre los que destacan SandBox, que vende terrenos virtuales a través de la compra de NFTs; o Decentraland, que organizó a finales de marzo del 2022 el primer Metaverse Fashion Week²⁷, en el que a través de su centro comercial Thredium Plaza más de 60 marcas pudieron vender sus productos a través de NFT, participando marcas de lujo tales como Dolce & Gabbana, Estée Lauder, Elie Saab, entre otras, siendo Louis Vuitton la primera marca de lujo en comprar una parcela en el metaverso para construir una tienda, por lo que es probable que vistamos a nuestros avatares de esa marca.

2. Lujo Sostenible.

El nuevo lujo será más discreto y valorará mu-

cho más la responsabilidad social, la sostenibilidad, lo ecológico y el bienestar, identificándose con los 10 principios de Davos aprobados en el 2000, que luego continuarán en el 2015 con la aprobación de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible — ODS, que a su vez se encuentran representados por 169 metas, las cuales fueron publicadas el 25 de septiembre de 2015 por la ONU, y que serán evaluadas en la agenda 2030.

Desde el punto de vista del derecho se tienen tres pilares en la sostenibilidad: el respeto de los derechos laborales y derechos humanos, el cumplimiento de las normas ambientales, y el buen gobierno corporativo de las empresas. Algunas marcas de lujo tales como el grupo Louis Vuitton, Kering o Richemont desde años atrás se han puesto a trabajar para desarrollar reportes de sostenibilidad.

El consumidor de lujo ya pide a las marcas que desarrollen programas de responsabilidad social, de hecho, desde hoteles de lujo sostenibles que tienen un mayor contacto con el medio ambiente, pasando por la utilización de la comida de alimentos orgánicos, la construcción de casas de lujo *eco-friendly* —que utilizan como fuente de energía los paneles solares— y prendas de vestir de moda sostenible.

Asimismo, la artesanía será considerada como el nuevo lujo en el que lo hecho a mano será muy valorado, en cuanto a artesanía en la actualidad el Perú se encuentra representada en varias categorías tales como joyas, cerámica, cuadros, orfebrería de plata y oro, técnicas del repujado de cuero y, obviamente, en nuestros textiles²⁸.

De hecho, aquí se plantea la discusión sobre la apropiación cultural que consiste en la uti-

26. Annalucia Fasson, “El metaverso en el retail”, Conexión ESAN. <https://www.esan.edu.pe/conexion-esan/el-metaverso-del-retail-hacia-una-nueva-era-digital#:~:text=La%20pandemia%20ha%20impulsado%20que,fuerza%20en%20los%20pr%C3%B3ximos%20a%C3%B1os>

27. Annalucia Fasson, “Los NFTs y el Metaverse Fashion Week”, Dimensión Mercantil. Acceso el 21 de mayo de 2022. <https://dimensionmercantil.pe/los-nft-s-y-el-metaverse-fashion-week/>

28. Annalucia Fasson, “La artesanía: fuente de orgullo del Perú”, Fashion Law Latam. Acceso el 21 de mayo de 2022. <https://www.fashionlawlatam.com/post/la-artesan%C3%ADa-fuente-de-orgullo-del-per%C3%BA>

lización de elementos culturales de una cultura por parte de miembros de otra sin que se le otorgue el debido reconocimiento a la misma²⁹, como fue el caso en el Perú de la colección de la marca Juna sin consultarle a la comunidad shipibo o casos internacionales como el de Isabel Marant o Carolina Herrera y la cultura mexicana, pero lo cierto es que según todas las tendencias de lujo, lo hecho a mano será considerado como el nuevo lujo dado que cumple con ser un producto único y exclusivo.

En ese sentido, hay marcas de lujo como Stella McCartney que no solo están promocionando fuertemente ser *eco-friendly*, sino que también se orientan a colaborar con políticas de igualdad, inclusión y diversidad, en las que los abogados podemos participar realizando un *due diligence* a toda la cadena valor, para implementar propósitos sociales y ambientales mediante la elaboración de un mapa de riesgos y asesorándolos en cada etapa del proceso, desde la compra de la materia prima, pasando por la producción, suministro y comercialización, hasta que el producto se encuentre sobre la mesa de un restaurante o en el ropero del cliente, así como también asesorándolos en la obtención de certificados que avalen el respeto de los derechos laborales y ambientales hasta conseguir inversores verdes para la emisión de bonos verdes, conseguir financiamiento para desarrollar proyectos como plantas de tratamiento de aguas residuales a aguas limpias, o incluyendo cláusulas a los subcontratistas o proveedores que también contengan algunos ODS como, por ejemplo, la lucha contra la explotación infantil.

3. Las colaboraciones.

Son contratos que se realizan entre dos marcas para crear una colección cápsula, es decir, que lanzan por edición limitada un mínimo de 10 piezas para generar un contacto con el público urbano como, por ejemplo, Balenciaga con Gucci, LVMH con Supreme, en las que por un tiempo determinado se lanzan aproximadamente 10 piezas en edición limitada, por ejemplo, LVMH con Supreme, Nike, Louis Vuitton y Virgil Abloh³⁰, entre otras, para lo cual en este tipo de acuerdos no solo se debe incluir una cláusula de exclusividad sino de temporalidad, porque si bien la idea es llegar a un mayor público, esta oferta no puede ser masiva, puesto que de lo contrario dejaría de ser un producto de lujo.

IV. CONCLUSIONES

Como se ha podido apreciar en el presente artículo, el derecho se encuentran inmerso no solo en la cadena de distribución de las marcas de lujo, ya sea *offline* como *online*, así como en la promoción de los productos, sino que también se encuentra contribuyendo de manera activa en la transformación del nuevo lujo en el que la utilización de tecnologías tales como los proyectos de NFTs y el metaverso, por un lado, y la sostenibilidad, por el otro, cada vez tendrán más presencia en este mercado de lujo, así como estrategias para conectar con su futuro consumidor, para lo cual los abogados especializados en *luxury law*, como quien escribe, debemos entender cómo funciona dicho mercado para poder brindar una asesoría aterrizada y adecuada, contribuyendo de esa manera a su desarrollo y crecimiento en los próximos años.

29. Annalucía Fasson, "Régimen de protección de expresiones tradicionales de los pueblos indígenas y afroperuanos", Fashion Law Latam. Acceso el 21 de mayo de 2022. <https://www.fashionlawlatam.com/post/r%C3%A9gimen-de-protecci%C3%B3n-de-expresiones-tradicionales-de-los-pueblos-ind%C3%ADgenas-y-afroperuanos>

30. Carmen Díaz, "Louis Vuitton, Nike y Virgil Abloh: la exposición que festeja al diseñador y las que fueron sus últimas y exclusivas deportivas", El País. Acceso el 21 de mayo de 2022. <https://elpais.com/estilo/2022-05-21/louis-vuitton-nike-y-virgil-abloh-la-exposicion-que-festeja-al-disenador-y-las-que-fueron-sus-ultimas-y-exclusivas-deportivas.html>

La Ley de Protección y Bienestar Animal a 7 años de su vigencia ¿Realmente se contempla el bienestar animal?

BEATRIZ FRANCISKOVIC INGUNZA

Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Magíster en Derecho Civil por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad Científica del Sur.



SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. ¿Qué es el Bienestar Animal?
- III. La Ley 30407 — Ley de Protección y Bienestar Animal.
 - 1. Antecedentes.
 - 2. Estructura.
 - 3. Análisis.
- IV. Conclusiones.

RESUMEN:

Por medio de este artículo se reflexionará sobre lo que implica realmente el bienestar animal y el avance que se ha venido dando en nuestro país respecto a la aplicación de la tan mencionada y poco conocida Ley de Protección y Bienestar Animal. Antes de discutir o plantearse sobre la categoría jurídica o condición de los animales, debe profundizarse y reconocer lo que significa y comprende el Bienestar Animal para, a partir de ello, comprender mejor la situación y consideración de los animales.

Palabras clave: Ley 30407, bienestar animal, Organización Mundial de Sanidad Animal — OIE, principios de la ley, estructura, análisis de la Ley.

ABSTRACT:

This article reflects on what animal welfare really implies and the progress that has been made in our country regarding the application of the oft-mentioned and little-known Animal Protection and Welfare Law. Before discussing or considering the legal category or condition of animals, it must be deepened and recognized what Animal Welfare means and understands, in order to better understand the situation and consideration of animals.

Keywords: Law 30407, animal welfare, World Organisation for Animal Health — OIE, principles of the law, structure, analysis of the Law.

I. INTRODUCCIÓN

La preocupación y cuestionamiento sobre qué son los animales, qué les conduce a realizar determinados comportamientos ha sido y es una constante para filósofos, psicólogos, antropólogos, estudiosos, etólogos y para los juristas. Incluso, en el año de 1973, Konrad Lorenz y Karl von Frisch obtuvieron el primer Premio Nobel en el campo de la fisiología respecto al estudio de la conducta de los animales.¹

Por otro lado, también existen tendencias a favor y en contra de que los animales puedan ser considerados o no sujetos de derechos, objetos de protección especial o sujetos de protección legal. ¿Este reconocimiento involucraría a todos los animales o a qué animales en especial? Esto, teniendo en cuenta la variedad de especies de animales que existen en el planeta, lo que también implicaría un análisis desde lo filosófico, ético y jurídico para comprender si es que realmente resulta útil o no considerarlos de esa forma. Pues, más que diferencias de grado con la especie humana, se trata de diferencias reales que resultan necesarias ser analizadas para poder recién determinar si eso realmente con-

tribuiría para que tengan una real protección y bienestar o solo se trataría de un reconocimiento simplemente retórico, sin que realmente se proteja y se les brinde un verdadero bienestar animal.

Lo que se pretende por el presente artículo, antes de discutir la categoría jurídica de los animales es, reflexionar, reconocer y analizar sobre el problema real de los animales con su entorno y cómo la sociedad viene tratándolos o sigue tratándolos y utilizándolos.

En consecuencia, resulta necesario; primero, establecer una cultura real de bienestar animal y de debida protección para, posteriormente comprender si les corresponde una nueva o no categoría. Se considera que la temática o cuestión animal ha dado un salto excesivo en discutir la categoría jurídica de estos, sin que con ello se solucione efectivamente su reconocimiento, bienestar y protección. Segundo, en primer lugar, debe difundirse, entenderse y comprenderse que todos los animales merecen un trato de bienestar y de protección y, después que esto se alcance de manera efectiva y eficiente, recién se pueda señalar si les corresponde o no

1. M Tinbergen, Niko, *Conducta Animal*. (México: Time-Life Books, 1978) 7

una categoría intermedia entre sujeto u objeto de derecho.

Para comprender mejor lo expuesto se partirá por precisar los antecedentes de la ciencia del Bienestar Animal, qué se entiende por Bienestar Animal, los antecedentes de la Ley 30407 – Ley de Protección y Bienestar Animal, la estructura de dicha ley, un análisis de la misma y cómo viene siendo aplicada desde hace 7 años luego de su entrada en vigencia en el país.

II. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR BIENESTAR ANIMAL?

Es importante conocer que el 25 de enero del año 1924 a nivel mundial se creó la Oficina Internacional de Epizootias por la necesidad de combatir contra las enfermedades de los animales. En mayo del año 2003, esta oficina se convirtió en la Organización Mundial de Sanidad Animal, pero conserva su acrónimo histórico de OIE.²

La Oficina Internacional de Epizootias —OIE, es una organización intergubernamental con sede en Francia, la cual se encargan de publicar normas relativas a la salud animal y las zoonosis —enfermedades de los animales que pueden ser transferidas al ser humano—. Esta organización establece reglas en beneficio de la salud de los animales. Desde esa época hasta la fecha cuenta con 182 países integrantes, el Perú forma parte de esta organización.³

En mayo del año 2017 fue adoptada la estrategia mundial de bienestar animal por todos los países integrantes, la misma que se elaboró con el objetivo de lograr:

“un mundo en el que el bienestar de los animales se respete, promueva y avance, de

manera que, complementa la búsqueda de la sanidad animal, el bienestar humano, el desarrollo socioeconómico y la sostenibilidad del medio ambiente. La estrategia se basa en la continuidad del desarrollo de las normas internacionales en consulta con los Países Miembros y los principales actores internacionales, el desarrollo de las competencias de los servicios veterinarios, una buena comunicación con los gobiernos y una mejor sensibilización del tema, sin olvidar el apoyo a los Países Miembros en lo que toca la implementación de estas normas”.

Según las normas internacionales de la OIE, el bienestar animal busca:

“el estado físico y mental de un animal en relación con las condiciones en las que vive y muere. Las directrices que guían a la OIE en materia de bienestar de los animales terrestres incluyen también las «cinco libertades», enunciadas en 1965 y universalmente reconocidas, para describir los derechos que son responsabilidad del hombre, es decir, que los animales deben vivir: i) Libre de hambre, de sed y de desnutrición; ii) libre de temor y de angustia; iii) libre de molestias físicas y térmicas; iv) libres de dolor, de lesión y de enfermedades; v) libres de manifestar un comportamiento natural”.

Sin duda, estas libertades demuestran los deberes que tienen los seres humanos frente a los animales. Los animales son una responsabilidad únicamente del ser humano, de la sociedad en su conjunto, así como de las entidades del Estado.

Según el Código Sanitario para los Animales Terrestres de esta organización: “Un animal está en buenas condiciones de bienestar si está sano,

2. Organización Mundial de Sanidad Animal. Acceso 30 de mayo de 2022. <https://www.oie.int/es/quienes-somos/>

3. *Ibid.*

4. Organización Mundial de Sanidad Animal. Acceso 30 de mayo de 2022. <https://www.oie.int/es/que-hacemos/sanidad-y-bienestar-animal/bienestar-animal/>

*cómodo, bien alimentado, en seguridad, puede expresar formas innatas de comportamiento y si no padece sensaciones desagradables de dolor, miedo o desasosiego*⁵.

Se debe comprender, interiorizar y concientizar a la sociedad respecto a lo que significa que un animal se encuentre en una posición o situación de Bienestar Animal. Es decir, que el animal se encuentre sano, libre de alguna enfermedad o lesión alguna, debidamente alimentado, “confortable”⁶ y que pueda expresar su comportamiento de manera natural según su especie y características propias, sin sufrir dolor, miedo o estrés.⁷

Precisar qué es el Bienestar Animal, atendiendo a las características especiales y particularidades de cada animal, resulta ser una tarea complicada. No es lo mismo satisfacer las necesidades fisiológicas, o de comportamiento o pretender el bienestar animal, por ejemplo, de una vaca con las de un perro o de un pavo con un caballo. Sin embargo, el ser humano sí podría “brindar los recursos necesarios para que ellos puedan satisfacer sus necesidades y de esa manera alcancen así un nivel recomendable de bienestar”⁸. El Bienestar Animal “está siendo reemplazado por el concepto de necesidades de los animales, que es clave para entender el bienestar animal”⁹.

En consecuencia, las 5 libertades antes señala-

das deben interpretarse en actos concretos y específicos:

“denominándolas las 4 As del Bienestar Animal, estás son las siguientes:

- (i) *Alimentación: Aporte de nutrientes y conducta alimentaria,*
- (ii) *Alojamiento: Diseño, dimensiones, materiales, ubicación, etc.,*
- (iii) *Actividad física, mental y social: Enriquecimiento ambiental y entrenamiento animal,*
- (iv) *Atención veterinaria: Manejo, Medicina preventiva, etológica, clínica*¹⁰.

Lo que se pretende es garantizar una vida y muerte tranquila para los animales, quienes deben vivir en condiciones adecuadas. Se trata de una tarea y responsabilidad de toda la sociedad, independientemente si se los consume o no. Debemos comprender que no son simples objetos, que como seres con vida merecen un buen trato y consideración durante su existencia de vida, teniendo en cuenta sus necesidades y actuar de manera “congruente con lo que decimos, sentimos y hacemos en relación con el medio ambiente y los animales que nos rodean”¹¹.

Tanto la Organización Mundial de Sanidad Animal — OIE, la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura — FAO y el Banco Mundial tienen políticas de bienes-

-
5. “Definición del Código Sanitario para los Animales Terrestres de la OIE”, Gobierno de México. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/600271/codigo_sanitario_animales_terrestres.pdf
 6. “Centro de Educación sobre Bienestar de Animales de Granja”, FAWEC, Farm Animal Welfare Education Centre. Acceso el 23 de mayo del 2022. <https://www.fawec.org/es/>
 7. *Ibid.*
 8. “Consultoría veterinaria especializada en etología y bienestar de fauna salvaje”, Yolcati. Acceso el 28 de mayo del 2022. <https://yolcati.es/quienes-somos/>
 9. Donald M. Broom, “Bienestar animal: conceptos, métodos de estudio e indicadores”. Revista Colombiana de Ciencias Pecuarias, 24 (3), (2011) 306-321
 10. “Consultoría veterinaria especializada en etología y bienestar de fauna salvaje”, Yolcati. Acceso el 28 de mayo del 2022. <https://yolcati.es/quienes-somos/>
 11. *Ibid.*

tar animal que influyen en todos los países del mundo¹². El bienestar animal no proscribe el consumo de los animales, sería una exigencia excesiva aquello —por las opciones y necesidades particulares de cada ser humano— ese tema del consumo o no de los animales se trata de un problema ético y compromiso frente a los animales, pero que no es asunto del Bienestar Animal.

Según Broom:

“Los problemas morales del bienestar animal se relacionan con lo que ocurre antes de la muerte, incluyendo el trato que se les da a los individuos durante la última parte de su vida, seguido por el período previo al sacrificio, y finalmente el método de sacrificio. En Europa, la mayoría de los cursos universitarios de medicina veterinaria y zootecnia sobre cómo deben tratarse y manejarse los animales, tienen que ver con el bienestar animal”¹³.

Por medio del Bienestar Animal se busca que todos los seres humanos comprendan que para lograr una eficiente defensa y protección para los animales estos tengan buenas condiciones de vida, buenas condiciones de salud y sean bien tratados y, con el transcurrir de los años se logre una debida protección a los animales evitando toda forma de maltrato, actos de crueldad, actos de angustia y sufrimiento innecesario. Qué la sociedad comprenda que todos los animales merecen ser bien tratados, ya después, con una debida cultura animal, debida concientización de respeto, cuidado, protección y de una cultura sobre el bienestar animal se debata y exija una debida categoría jurídica.

Manteca, Mainau y Temple señalan que:

“El concepto de bienestar animal incluye tres elementos: el funcionamiento adecuado del organismo —lo que entre otras cosas supone que los animales estén sanos y bien alimentados—, el estado emocional del animal —incluyendo la ausencia de emociones negativas tales como el dolor y el miedo crónico— y la posibilidad de expresar algunas conductas normales propias de la especie. (...) Es importante tener en cuenta que no todas las conductas son igualmente importantes en lo que al bienestar del animal se refiere. Desde un punto de vista práctico, la indicación más clara de que una conducta es importante en sí misma es el hecho de que el animal muestra una respuesta de estrés o manifiesta conductas anormales cuando no puede expresar la conducta en cuestión. La conducta de nidificación de la cerda antes del parto o la conducta de hozar de los cerdos son ejemplos de estas conductas importantes. Estos tres principios no son necesariamente contradictorios, sino que en muchas ocasiones son complementarios”¹⁴.

III. SOBRE LA LEY DE PROTECCIÓN Y BIENESTAR ANIMAL

1. Antecedentes.

El 9 de enero del año 2016 entró en vigencia la Ley 30407 Ley de Protección y Bienestar Animal. Esta ley surgió del Dictamen de texto sustitutorio consensuado de las Comisiones de Agraria, Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología, Justicia y Derechos Humanos del resultado de la acumulación de 11 proyectos de ley¹⁵.

12. Donald M. Broom, “Bienestar animal: conceptos, métodos de estudio e indicadores”. Revista Colombiana de Ciencias Pecuarias, 24 (3), (2011) 306-321

13. *Ibid.*

14. “Centro de Educación sobre Bienestar de Animales de Granja”, FAWEC, Farm Animal Welfare Education Centre. Acceso el 23 de mayo del 2022. <https://www.fawec.org/es/>

15. “Ley de Protección y Bienestar Animal”, Congreso de la República del Perú. [https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc03_2011.nsf/df31fef3f6852be05257e22000b22a3/5f8483f950a5a3c805257f030011e3b7/\\$FILE/TS0145420151119.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc03_2011.nsf/df31fef3f6852be05257e22000b22a3/5f8483f950a5a3c805257f030011e3b7/$FILE/TS0145420151119.pdf)

Es importante precisar que la presente ley derogó a la anterior Ley 27265 — Ley de Protección a los Animales Domésticos y a los Animales Silvestres mantenidos en cautiverio. Promulgada en el año 2000, la misma que debía ser reglamentada y que nunca fue reglamentada.

La vigente ley solo se aplica para los animales vertebrados domésticos y silvestres mantenidos en cautiverio. Exceptuando de su aplicación a la corrida de toros, peleas de toros, peleas de gallos y demás espectáculos declarados de carácter cultural por la autoridad competente, las que se regulan por ley especial. Entonces, surge la siguiente inquietud: ¿De qué bienestar animal estamos hablando? Por un lado, se les pretende proteger y conceder bienestar animal o no, o solo a algunos animales teniendo en cuenta las costumbres y tradiciones de cada país.

Por otro lado, según el artículo 14 de la ley, para fines de su aplicación se reconoce a estos animales —vertebrados domésticos y silvestres mantenidos en cautiverio— con la condición de seres sensibles. Al respecto, a estas alturas de la vida, nadie puede dejar de reconocer que efectivamente se trata de seres con vida, de seres que sienten en todo su cuerpo, de seres que perciben dolor, alegría, angustia, transmiten emociones positivas y negativas, que el ser seres sensibles es una condición natural de su condición de ser seres dotados de vida.

En este estado, resulta oportuno identificar a qué animales se aplica la presente ley. Como ya se señaló en varias oportunidades, únicamente se aplica a los vertebrados domésticos y silvestres mantenidos en cautiverio.

Un animal vertebrado doméstico es aquel que se cría, reproduce y convive con el ser humano, depende del ser humano y le proporciona productos y servicios. Es decir, el ser humano lo aloja, mantiene y protege para obtener algún beneficio y/o utilidad económica. Son aquellos animales que han sido domesticados para rendir servicio al ser humano. Se encuentran al servicio, dominio y vigilancia de sus dueños y le generan utilidad económica y/o industrial a través de sus productos.

Resulta ser un contrasentido abogar por los animales domésticos, por la aplicación de la presente ley, y al mismo tiempo descuidar, no preocuparse, desinteresarse ni importarle su bienestar —y todo lo que ello involucra— así como aprovecharse indebidamente de ellos, no alimentarlos adecuadamente, no supervisar ni controlar su salud, todo con el único propósito de obtener de ellos algún beneficio o utilidad económica. Son animales domésticos, por ejemplo: el pollo, la gallina, el pavo, el cerdo, el caballo y la vaca.

Por el contrario, un animal de compañía es aquel que se cría y convive con el ser humano, generalmente en su hogar, destinados a la compañía, sin que el ánimo de lucro o beneficio económico sea el elemento esencial de su tenencia. Dentro de estos animales se incluyen a los animales que acompañan, conducen y ayudan a personas con discapacidad visual.

El ser humano lo cría, aloja, cuida y protege sin necesidad de obtener de ellos algún beneficio y/o utilidad económica. En principio, es el perro y el gato, o aquel animal que el ser humano le tenga un gran afecto y no obtiene o no debería obtener de ellos ningún beneficio económico, como, por ejemplo, hacerlos parir dos veces al año para que den crías y éstas sean vendidas o los tenga con hambre, frío y sin control médico alguno y a la vejez los abandonen a su suerte. Así pues, la Ley 30407 se aplica a todos estos animales, y de ellos se quiere por igual su protección y bienestar.

Teniendo en cuenta la sensibilidad con la que cuentan los animales, se les debe otorgar un bienestar animal. El bienestar animal consiste en asegurar a los animales un buen estado físico-biológico y mental. Ello implica que se encuentre en buenas condiciones de salud y también que no sufra estrés o ansiedad por encontrarse privado de espacio, de libertad, o por otras circunstancias. Sin embargo, a la fecha no conocemos de alguna persona que haya denunciado alguna infracción en favor de una vaca, caballo o gallina que es transportada en un camión o en jaulas apiñadas o por ser abandonados en plena carretera, dejándolas a su suerte.

2. Estructura de la Ley.

La ley contiene un título preliminar en la que se consignan cinco principios. Los principios para el derecho son aquellas “ideas directrices que justifican el carácter racional de todo el ordenamiento”¹⁶. Los principios generales del Derecho son aquellas pautas que sirven de base y guía en el ordenamiento jurídico para de alguna manera dirigir y conducir la conducta y comportamiento de todos los sujetos dentro de un determinado Estado, así como dentro de las relaciones jurídicas establecidas entre estos con otros sujetos de derecho. Sin duda, son esenciales, generales y plurales que preexisten y subsisten al derecho escrito o positivo y se amparan en cierta medida en el ius naturalismo que consagra el respeto, consideración y buen comportamiento de todo ser humano dentro de una sociedad determinada.

Los principios que contempla la ley son los siguientes:

- a. El de protección y bienestar animal. El estado debe establecer los requisitos necesarios para la protección de estos animales, los que deben gozar de un buen trato y vivir en armonía con su ambiente. Debiendo establecerse las condiciones para todo esto. Sin embargo, como señalaremos más adelante, ¿Realmente esto se aplica? ¿A qué requisitos se refiere la ley respecto al buen trato y bienestar de estos animales? ¿Realmente existe una cultura sobre el bienestar animal de los animales domésticos, teniendo en cuenta su ambiente y características particulares? Qué de esos animales que son trasladados en camiones al aire libre, apiñados o en jaulas. Qué de esos cerdos o caballos que viven en malas condiciones y son vendidos en los mercados o ferias.
- b. El de protección de la biodiversidad. En-

tiéndose por diversidad biológica o por la biodiversidad, a “la variedad de vida en la Tierra: sus genes, especies, poblaciones y ecosistemas (...) Una vez que un gen, una especie, una población o un ecosistema se pierde, se va para siempre”¹⁷.

- c. El de colaboración integral y de responsabilidades de la sociedad, es decir, todas las entidades como las personas naturales y jurídicas deben colaborar y actuar para garantizar y promover el bienestar y la protección animal. ¿De qué colaboración se puede hacer referencia, cuándo no existe políticas públicas al respecto de estos animales domésticos, cuándo los mismos propietarios o poseedores de dichos animales desconocen del comportamiento, salud o necesidades de estos animales?
- d. El de armonización con el derecho internacional, según este principio se debe tener en cuenta los instrumentos internacionales al respecto. Esto tampoco es tan cierto, ya que estamos muy desentonados o atrasados con los instrumentos internacionales que se vienen dictando respecto a estos animales a lo que a bienestar del animal se refiere. Pues, si efectivamente nuestro ordenamiento estuviese en armonía con los tratados, convenios o directrices de la OIE, de la Unión Europea, sí realmente existiese mayor compromiso respecto a los animales domésticos, la situación de nuestro país sería distinta, se fiscalizaría el uso adecuado de los mataderos, se restringiría el uso de animales en ferias populares o se acabarían con aquellas tradiciones denominadas de alguna manera culturales.
- e. El principio precautorio, que consiste en que el Estado está facultado para accionar y dictar normas jurídicas inmediatas frente a indicios de algún acto que pueda infringir dolor, lesión, daño grave o irreversible

16. *Op. Cit.* pág. 219

17. Chivian, E., Bernstein, A., *Preservar la vida. De cómo nuestra salud depende de la biodiversidad* (Ciudad de México: Fondo Cultural Económica, 2016) 701

a cualquier animal, para evitarlo o reducirlo, aunque no se haya demostrado científicamente que tal ser sea sensible o no a estímulos inducidos, siendo este principio de aplicación inmediata en el caso de uso de animales para investigación con fines científicos, que cumplan con los estándares mínimos de manejo e investigación en animales, así como para aquellos animales destinados al consumo humano que se rigen por las normas nacionales e internacionales que regulan el manejo durante toda la cadena de producción.

3. Análisis.

Como veremos a continuación, La ley de manera algo confusa y no articulada hace referencia de manera desordena al trato que se deben tener con los animales. Trata como iguales a todos los animales, sin respetar sus características individuales y comportamientos, sin respetar su espacio, conocer la alimentación, alojamiento, salud y etc., de estos animales. De manera general se refiere a los animales de granja —Artículo 16—. Dentro de esto animales se sobreentiende que existe: el ganado vacuno —vacas, toros y bueyes—. Los aviares: aves como gallinas, gansos, patos y pavos. El equino: mulas, burros y caballos. Porcino: cerdos de diversos tipos. El ovino: corderos y ovejas y el caprino: cabras y otros similares.

También hace referencia a los silvestres en cautiverio —artículo 17— sin distinguir a cada especie de estos animales, pues, no es igual una tortuga que un mono o un león, por ejemplo.

En el artículo 18 se hace mención a los vertebrados acuáticos en cautiverio, igualmente, sin tener en cuenta la variedad de estos o teniendo en cuenta lo que está en veda, o no. Y también se refiere a determinadas medidas de protección y bienestar de los animales de compañía o mascotas —Artículo 21—, sin conocer la realidad de nuestro país, ¿cómo se hace para que todo lo que propone la ley sea realmente efectivo y eficiente?

La ley prescribe que se encuentra prohibido:

“El maltrato, la crueldad, causados directa o indirectamente por el ser humano, que les ocasiona sufrimiento innecesario, lesión o muerte; así como fomentar el respeto a la vida y el bienestar de los animales a través de la educación. Además, de velar por su bienestar para prevenir accidentes a sus poblaciones y aquellas enfermedades transmisibles al ser humano. Así como promover la participación de las entidades públicas y privadas y de todos los actores sociales involucrados, con sujeción al ordenamiento constitucional y legal”.

De esta simple disposición se observa que la misma requiere de una explicación o reglamentación respecto a cómo o quién o qué entidad se encargará de educar, de promover la participación entre dichas entidades. Al ser una disposición demasiado amplia resulta imposible de ejecutarse y de poder ser aplicada. Así como estas falencias o defectos de la ley se observarán en todo el contenido de la ley.

Surge otra inquietud: ¿Cómo se aplicará la presente ley? Cuando no existe una política pública de él tan mencionado bienestar animal, cuando no existe una cultura adecuada de qué se entiende por bienestar animal, los mismos propietarios, dueños o encargados de los animales desconocen qué necesidad requiere cada animal dependiendo de su especie, condición y características propias de cada uno de ellos.

Por otro extremo, en la ley existen varios artículos en los que se hace referencia a que se dictarán medidas o disposiciones complementarias, las mismas que, hasta la fecha, no existen. Sin duda, esta ley requiere ser reglamentada o explicada para entender su implementación y debida aplicación, de lo contrario sucederá como con la anterior ley que fue derogada.

Respecto a los propietarios, encargados o responsables de un animal de compañía el artículo 5 señala que, debe atender con carácter obligatorio las siguientes necesidades fundamentales: adecuado ambiente, condiciones sanitarias, suficiente alimentación, proteger del dolor, sufrimiento, heridas y enfermedad, que especialistas veterinarios los atiendan.

Esta ley parece haberse aprobado y publicado para otro país. En el país existe una sobrepoblación canina y felina. Muchas personas, por motivos de ídoles distintos —e imperdonables, que no es motivo de la presente— abandonan a sus perros y gatos por no contar con dinero suficiente para comprarles comida, por no tener espacio o tiempo, y, encima de ello la ley señala que, de manera obligatoria, los propietarios de un animal de compañía recurran ante un especialista veterinario para que los atienda y, que tengan un ambiente adecuado. ¿Quién fiscaliza el cumplimiento de esta disposición?

Se desprende de la propia ley, que los ministerios respectivos, los gobiernos locales deben encargarse del cumplimiento de estas disposiciones. Surge otra inquietud: ¿Qué entidad de cada Ministerio debe encargarse? ¿Cómo fiscalizar este cumplimiento?

En el artículo 6 se precisa que cualquier persona puede denunciar por el no cumplimiento de la ley y que las Municipalidades, la Fiscalía y la Policía deben atenderlas e intervenir para asegurar el cumplimiento de la presente ley.

Han transcurrido siete años de la vigencia de la Ley, y cuando una persona quiere denunciar por algún incumplimiento de esta ley, por algún maltrato causado a un perro, por ejemplo, la comisaría respectiva menosprecia la situación, desconoce qué hacer y aún peor si una persona recurre a la Municipalidad.

Es decir, en la actualidad existen algunas comisarías que no aceptan denuncias por maltrato hacia los animales de compañía. Peor suerte correría alguna denuncia contra un animal doméstico, por ejemplo, una vaca, un caballo o un cerdo.

Respecto a los Gobiernos Locales. Estás entidades no saben cómo se debe actuar, no existe un protocolo o reglamentación al respecto. El ciudadano no sabe qué entidad específica de dicho gobierno local debe recurrir.

En el artículo 7 se establece qué deberes tiene el Estado a través de los sectores competentes.

Del contenido de la ley se puede comprender que existen varios sectores competentes teniendo en cuenta la especie de animal.

Así tenemos que, según el artículo 9 los entes rectores son los siguientes:

El Ministerio de Agricultura y Riego — MINAGRI en calidad de ente rector, regula mediante normas complementarias la protección y bienestar de los animales de granja y animales silvestres en cautiverio, así como cuando son utilizados en experimentación, investigación, docencia, conservación y comercialización; asimismo, es competente para reglamentar y definir lineamientos conjuntamente con el Ministerio del Ambiente en materia de fauna silvestre. Qué ha realizado este ente rector al respecto:

Mediante Resolución Ministerial N° 0269-2017 MINAGRI de fecha 05 de julio de 2017 se resolvió crear el Grupo de Trabajo Sectorial de Naturaleza Temporal, dependiente del Ministerio de Agricultura y Riego, debiendo elaborar el Reglamento y definir lineamientos de la Ley 30407, en materia de fauna silvestre. Elaborar normas complementarias sobre protección y bienestar de los animales de granja y animales silvestres en cautiverio, así como para los utilizados en experimentación, investigación, docencia, conservación y comercialización. La misma que debía instalarse en un plazo de 5 días hábiles de publicada la resolución en el diario oficial El Peruano y el periodo de vigencia es de 6 meses prorrogables debiendo presentar un informe final al Despacho Ministerial del Ministerio de Agricultura y Riego.

Posteriormente, mediante Resolución Ministerial N° 312-2018 MINAGRI se amplió el plazo por dos meses adicionales. Hasta la fecha no hay informa final al respecto. No se puede dejar de reconocer que si existen varias normas y avances respecto a los animales silvestres.

De la información recogida se advierte que este Ministerio ha realizado, en lo que animales se trata, lo siguiente:

El Estado peruano garantiza la protección de

los animales en producción de la fibra de alpaca¹⁸. El Ministerio de Agricultura y Riego impulsa el desarrollo de la ganadería familiar protegiendo a animales contra la rabia¹⁹. Asimismo instala estaciones meteorológicas para mejorar calidad de cultivos y crianza de animales²⁰. 2,265 cobertizos vienen siendo entregados por Agro Rural del MINAGRI para la protección del ganado ante heladas²¹. Más de 60 guarda islas se dedican a la protección y censo de aves guaneras en el litoral peruano²².

Así mismo dicho artículo establece que el Ministerio de Agricultura y Riego debe canalizar el aporte de los siguientes sectores, en materia de protección y bienestar animal: b.1. El Ministerio de la Producción, sobre vertebrados acuáticos mantenidos en cautiverio y cuando son utilizados en experimentación, investigación, docencia y comercialización, conjuntamente con el Ministerio del Ambiente. Ministerio de la Producción reafirma su compromiso de luchar contra la pesca ilegal²³ d. El Ministerio de Salud, cuando se ponga en riesgo la salud humana. e. El Ministerio del Ambiente, sobre biodiversidad en los aspectos de su competencia. f. El Ministerio de Educación, sobre la enseñanza del cuidado del ambiente, fomentando el respeto, la

protección y el bienestar animal, establece las medidas necesarias para la protección de los animales de compañía, de manera que se les garantice la vida, la salud y vivir en armonía con su ambiente. Sin embargo, la ley no señala qué sector es el competente para establecer estas medidas.

Por otro lado, el artículo 8 establece que las Municipalidades con el apoyo de asociaciones para la protección y el bienestar animal, fomentarán la creación y funcionamiento de albergues temporales para animales domésticos y silvestres en estado de abandono. Hasta la fecha, ninguna Municipalidad ha fomentado la creación de un albergue temporal. ¿Qué entidad respectiva debe encargarse de ello?

Cuando se hace referencia a asociaciones la misma ley establece que se trata de asociaciones que se encuentren legalmente constituidas —artículo 12—. Al parecer, el legislador desconoce la situación de nuestro país, existen muy pocas asociaciones legalmente constituidas. Las asociaciones que existen no están debidamente constituidas pues, eso genera un gasto y estas viven con el aporte, apoyo o venta de rifas.

-
18. "Estado peruano garantiza la protección de los animales en producción de la fibra de alpaca", Ministerio de Desarrollo Agrario y Riesgo - Gobierno de Perú. <https://www.gob.pe/institucion/midagri/noticias/187574-estado-peruano-garantiza-la-proteccion-de-los-animales-en-produccion-de-la-fibra-de-alpaca>
 19. "Minagri impulsa el desarrollo de la ganadería familiar protegiendo a animales contra la rabia", Ministerio de Desarrollo Agrario y Riesgo - Gobierno de Perú. <https://www.gob.pe/institucion/midagri/noticias/304854-minagri-impulsa-el-desarrollo-de-la-ganaderia-familiar-protegiendo-a-animales-contra-la-rabia>
 20. "Midagri instala estaciones meteorológicas para mejorar calidad de cultivos y crianza de animales", Ministerio de Desarrollo Agrario y Riesgo - Gobierno de Perú. <https://www.gob.pe/institucion/midagri/noticias/325971-midagri-instala-estaciones-meteorologicas-para-mejorar-calidad-de-cultivos-y-crianza-de-animales>
 21. "2265 cobertizos vienen siendo entregados por Agro Rural del Minagri para la protección del ganado ante heladas", Ministerio de Desarrollo Agrario y Riesgo - Gobierno de Perú. <https://www.gob.pe/institucion/midagri/noticias/50410-2265-cobertizos-vienen-siendo-entregados-por-agro-rural-del-minagri-para-la-proteccion-del-ganado-ante-heladas>
 22. "Minagri: Más de 60 guardaislas se dedican a la protección y censo de aves guaneras en el litoral peruano", Ministerio de Desarrollo Agrario y Riesgo - Gobierno de Perú. <https://www.gob.pe/institucion/midagri/noticias/108690-minagri-mas-de-60-guardaislas-se-dedican-a-la-proteccion-y-censo-de-aves-guaneras-en-el-litoral-peruano>
 23. "Ministerio de la Producción reafirma su compromiso de luchar contra la pesca ilegal", Ministerio de Desarrollo Agrario y Riesgo - Gobierno de Perú. <https://www.gob.pe/institucion/produce/noticias/4014-ministerio-de-la-produccion-reafirma-su-compromiso-de-luchar-contra-la-pesca-ilegal>

La ley se refiere a que el Colegio Médico Veterinario del Perú podrá apoyar esta labor delineando normas técnicas mínimas referidas al tema. ¿Qué entidad respectiva del Colegio Médico?

De todo lo expuesto, como se ha señalado en varios párrafos anteriores, se advierte que la Ley contiene disposiciones que nos remiten a otras normas complementarias, al establecimiento de políticas y/o a otras disposiciones que serán elaboradas por las entidades respectivas. La ley es muy general y no especifica de manera detallada a las entidades respectivas que deban realizar dichas normas complementarias o disposiciones.

Todo lo descrito ha imposibilitado, haciendo inviable e inejecutable una debida aplicación de la presente ley. Por otro lado, no existe un contenido efectivo de lo que realmente es el bienestar animal.

Esto sucede, cuando una ley se aprueba sin haber sido redacta teniendo en cuenta nuestra realidad o no ha sido elaborada con el apoyo de especialistas en la materia —veterinarios, zoólogos—. Sin duda, la ley debe ser explicada, debe ser reglamentada para que de esa forma se entienda lo que quiere demostrar, así como se debe determinar cuáles son las entidades encargadas para que se cumplan con los deberes ahí encomendados. Se debe fiscalizar el cumplimiento de todo lo normado, así como difundir y plasmar situaciones que contemplen lo que signifique el bienestar animal.

Lo bueno es que, a siete años de su entrada en vigor, como toda ley puede ser perfeccionada. Esto teniendo en cuenta todos los proyectos de ley presentados al Congreso, con la esperanza que surja en nuestro país una verdadera cultura de bienestar animal, una ley mejor redactada y sobre todo se tenga una ley adecuada a nuestra realidad, se más difundida y realizable.

IV. CONCLUSIONES

- a. Antes de profundizar y debatir sobre la categoría jurídica de los animales se debe establecer una cultura real de bienestar animal y de debida protección para los animales.
- b. Se debe entender que el Bienestar Animal no prohíbe el consumo de los animales, lo que se busca es que, durante su existencia de vida, ésta sea respetada teniendo en cuenta que el animal se encuentre sin enfermedades, lesiones, libre de dolor y angustia, bien alimentado, pueda comportarse de manera libre y se respete las condiciones particulares de cada especie de animal.
- c. Lo que se pretende es garantizar una vida y muerte tranquila para los animales quienes deben vivir en condiciones adecuadas. Se trata de una tarea y responsabilidad del Estado y de toda la sociedad.
- d. Tener muy en claro que la ley se aplica tanto para los animales vertebrados domésticos y silvestres mantenidos en cautiverio. Exceptuando de su aplicación a la corrida de toros, peleas de toros, peleas de gallos y demás espectáculos declarados de carácter cultural. Diferenciar a los animales domésticos de los animales de compañía.
- e. Lo bueno es, que, a siete años de su vigencia, como toda ley puede ser perfeccionada. Esto teniendo en cuenta todos los proyectos de ley presentados al Congreso, con la esperanza que surja en nuestro país una verdadera cultura de bienestar animal, una ley mejor redactada y sobre todo se tenga una ley adecuada a nuestra realidad, se más difundida y realizable.

Corporate digitalization in the European context: going one step further



MARÍA DEL PILAR GALEOTE MUÑOZ

Juris Doctor degree at Complutense University of Madrid (Spain).

Master's degree in Corporate Law from IE Law School (Spain).

Professor of Corporate Law at IE Law School (Spain).

Professor of Negotiation at IE Business School (Spain).



SUMARIO:

- I. Corporate digitalization in the European sphere.
- II. Online formation of a company: the challenge of digitalizing its lifecycle.
- III. Implementation of the digitalization directive: the German, Italian and Spanish cases.
- IV. Innovation, trust, and legal certainty: the next steps in corporate digitalization.
- V. Conclusions.

RESUMEN:

The digitalization of corporations is on the right path; however, the advantages sought by that process could be overshadowed by the disadvantages that come with any technological process. The aim of this work is to make a careful analysis of the framework set out by the lawmakers through Directive (EU) 2019/1151 of the European Parliament and of the Council, of 20 June 2019, amending Directive (EU) 2017/1132 as regards the use of digital tools and processes in company law, and, based on the principles governing corporate digitalization, take the analysis one step further, indicating where this issue should go in the future. Although technology helps corporations, its indiscriminate use in the corporate sphere could lead us to a European model of capital company that bears no resemblance to the one we have now. It is a process in which more advanced technology should be introduced progressively, in order to discover gradually how appropriate or not its adaptation is. This opens up a huge potential for modernizing corporate law that we should take advantage of – with caution and security – but to the fullest.

Palabras clave: Digitalization, blockchain, voting agreements, corporate law.

ABSTRACT:

La digitalización de las corporaciones supone el camino correcto; sin embargo, los beneficios que este proceso otorgaría se podrían ver eclipsados por las desventajas inherentes a cualquier proceso de reforma tecnológica. El propósito de este trabajo es el de analizar la Directiva (EU) 2019/1151, promulgada el 20 de Junio de 2019 por el Parlamento Europeo, en modificatoria de la Directiva (EU) 2017/1132, referente al uso de herramientas y procesos digitales en el Derecho Corporativo; basándose en los principios que rigen a la digitalización de la corporación, lleva el análisis un paso adelante e indica a donde debería apuntarse en un futuro. Aunque la tecnología pueda ayudar a las corporaciones, su uso indiscriminado puede llevarnos a una sociedad de capitales del modelo Europeo, que no guarda parecido alguno con nuestra regulación. Se trata de un proceso que se debe introducir de manera progresiva, con el fin de descubrir gradualmente si es lo apropiado el adaptar estos procesos. Esto sostiene un gran potencial para la modernización corporativa de la que deberíamos tomar ventaja, con la debida diligencia.

Keywords: Digitalización, blockchain, acuerdo de votación mancomunada, derecho corporativo.

I. CORPORATE DIGITALIZATION IN THE EUROPEAN SPHERE

The European Commission has long been aware of the importance of creating a unified and modern corporate law that is adapted to the digital world.¹ Although the Commission has been one of the forerunners, other European institutions have also made efforts to foment

the digitalization of corporate law. This is reflected in the communication which the European Commission presented to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, and the Committee of the Regions called “A Digital Single Market Strategy for Europe”.² Subsequently, in 2012, it created the Business Registers Interconnection System — BRIS.³

1. In 2012, the European Commission published the *Action Plan of 2012*, where it presented a communication to the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions entitled *European company law and corporate governance - a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies*. On that basis, in 2018, in execution of the Action Plan of 2012, the European Commission published the “*EU Company Law Package*”, with two important proposals: the initiative for the use of digital tools in the formation and registration of companies, and the proposed reform of consolidated company law – Directive (EU) (UE) 2017/1132 – as regards cross-border conversions, mergers and divisions.
2. In this regard, the definition of “Digital Single Market” is particularly relevant: it is one in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured and where individuals and businesses can seamlessly access and exercise online activities under conditions of fair competition, and with a high level of consumer and personal data protection, irrespective of their nationality or place of residence.
3. Directive (EU) 2012/17 of 13 June 2012 and Commission Implementing Regulation (EU) 2015/884, of 8 June 2015, regulating and executing it. See *The Roadmap of the European Commission, Inception impact assessment*—Ares 468, (2021).

However, it was Directive (EU) 2017/1132, of the European Parliament and of the Council, relating to certain aspects of company law (OJEU L169), that established the need for Member States to make information available online regarding limited liability companies registered in central, commercial and companies' registers. It also shone the light on the absence of national laws and the disparate situation in different Member States. All of this led to another Directive – Directive (EU) 2019/1151 (OJEU L186), amending the foregoing one.

Globalization and digitalization are the two main phenomena that have pushed the European *institutions* to become aware of the importance of having a framework for legal certainty suitable to the challenge being faced and which enables and promotes economic growth in all the Member States. However, it is an enormously complex challenge, since the national legislations of the Member States differ, as does the status of their technological development.

Directive 2019/1151 — the “Digitalization Directive” —, which we are analyzing here, starts off from the importance of digitalization as re-

gards the cost and time involved in setting up a company or opening a branch in another Member State. It also refers to the importance of providing comprehensive and accessible information for the correct functioning of companies and of the market.

Cost, time and accessible information appear as the core pillars for achieving the modernization of companies in general, and their digitalization in particular.⁴

In order to achieve all of the foregoing, the Member States have been asked to permit electronic identification by authenticated means⁵, in accordance with Regulation (EU) No 910/2014 of the European Parliament and of the Council, on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC.⁶ It also highlights the importance of the single digital gateway⁷ and the European e-Justice Portal.⁸

The Digitalization Directive is designed as a minimum directive, as it allows Member States to confine this online formation procedure to certain types of capital companies.⁹ The Directive also makes reference to the need for online

4. Regarding these principles, see Lina Mikalonienė, *Having Company Law Fit More for a Digital Age*, 19 EUROPEAN COMPANY LAW, 4-5, (2022).

5. Worth noting is the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 910/2014 as regards establishing a framework for a European Digital Identity.

6. Following the basic principles of company digitalization but in a more current scenario, see, among others, Carsten Schmidt & Robert Krimmer, *How to implement the European digital single market: identifying the catalyst for digital transformation*, 44 JOURNAL OF EUROPEAN INTEGRATION, 59-80, (2022).

7. Article 13f) is added to Directive (EU) 2017/1132, according to which, “Member States shall ensure that concise and user-friendly information, provided free of charge and at least in a language broadly understood by the largest possible number of cross-border users, is made available on registration portals or websites that are accessible by means of the Single Digital Gateway to assist in the formation of companies and the registration of branches.”

8. Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures.

9. Herein lies the complexity of this Digitalization Directive, given that the substantive and procedural requirements of each legal system must continue to be met.

templates which can be used to set up limited liability companies.¹⁰

The speed sought through digital progress is counteracted by the control systems¹¹ that must necessarily regulate all these processes involving digital tools.¹² For example, the need to verify the identity and legal capacity of the persons wishing to set up a company, register a branch or file certain documents or information. In this regard, the Member States can establish a national control system that includes other requirements, if justified for reasons of public interest, to prevent the inappropriate use or alteration of identity, or to ensure compliance with the laws on legal capacity and on the power of representation of the company. Such requirements could make it necessary, according to national law, for the applicant or any other authority or authorized person to perform certain formalities in person. Nonetheless, that is an exceptional circumstance where there are justified reasons in order to prevent the falsification of identity or the breach of the provisions on legal capacity or the power of representation, but the Member States must ensure that the rest of phases of the online formation process can continue to be carried out online.

Also worth noting is that the Directive establishes a very important delimitation: it does not

provide for mixed procedures, that is, procedures carried out partially in person and partially online; rather, if a citizen chooses to use the online procedure, the process must be completed entirely online, although this does not prevent the involvement of notaries and/or lawyers throughout the digital process.¹³

Herein lies the complexity of the Digitalization Directive: the substantive and procedural requirements of each legal system must continue to be met while enabling companies to choose the online formation, filing of documents regarding their lifecycle and opening of branches in any other Member State.

A key principle of this Directive is included in the form of a mandate: Member States must ensure that the entire online formation process is fast and, where that is not possible, that the applicant is informed of any delays.

Regarding the company formation process, the Directive says that Member States can refuse the appointment of any person as a director of a company not only on the basis of the person's previous conduct in their own territory but also, where so provided under national law, based on information provided by other Member States. We already see an effect of this provision on companies under the system of intercon-

-
10. Here, again, the European lawmaker alludes to the applicants' freedom of choice, as they can elect to use the templates or a traditional instrument of constitution, always from the perspective of flexibility that should govern the entire process, including the function of the notaries and lawyers involved in any phase of those online procedures.
 11. The national control system, which can be altered where justified by reasons of public interest, to prevent the inappropriate use or manipulation of the identity, or to ensure compliance with the laws on legal capacity and on the power of representation of the company; this alteration can require, according to national law, the physical presence of the applicant or any other authority or person authorized to handle any aspect of the matter.
 12. See Campuzano Laguillo, A. B., *La transposición de la directiva de digitalización y el otorgamiento de documentos notariales a distancia*, a paper that originated in the speech given on 28 October 2021 at the Conference organized by the Chair for Legal Certainty in the Digital Society, Fundación del Notariado-Universidad Pontificia Comillas ICADE. The speech and the paper were prepared in the context of the Research Project entitled *Estructuras societarias y financiación empresarial. Internacionalización y políticas de empresa*, RTI2018-099471-B-I00 (MCIU/AEI/FEDER, UE).
 13. *Id* note 3. Josefina Boquera, *La digitalización de las sociedades de capital españolas tras las Directivas europeas sobre la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades*, 320 REVISTA DE DERECHO MERCANTIL, 11-61 (2021).

nection of registers, which is the ultimate aim of this provision.

Although the Directive seems to focus solely on the three aspects mentioned – online formation of companies, online registration of branches and the exchange of certain information – it actually goes one step further, establishing that throughout a company's lifecycle, it should be allowed to file certain documents and information with the national registries entirely online. This last point can be linked to the corporate information disclosure systems whereby Member States are given the option to publish all or some corporate information in a national journal, while ensuring that the registrar provides the information to that national journal electronically.¹⁴ In this connection, the Directive follows the “once only” principle¹⁵, which prevents companies from having to submit certain information more than once.¹⁶

This, along with the possibility attributed to the Commission of establishing additional access points¹⁷ to the system of interconnection of registers (for which the Member States can already establish certain optional access points)¹⁸, is the basis for enhancing the legal certainty

that must govern all company digitalization systems.

In this regard, in order to achieve the desired transparency and increase trust between companies and the authorities, it is particularly important to facilitate access to corporate information and specifically to information on the status of a company and any branches it may have in other Member States. For that purpose, the Commission must be able to establish additional access points to the system of interconnection of registers, to which the Member States can already establish certain optional access points.

Lastly, Directive (EU) 2019/1151 reiterates that nothing established in it implies that the Member States cannot exercise their powers in case of fraud, abuse, etc. in relation to the formation of companies, the opening of branches and whatever else is regulated in it. Also, the Directive does not affect other obligations under national law in relation to personal data protection and anti-money laundering.

Due to the complexity involved in achieving all of the foregoing, the Member States were given the option of requesting an extension of

14. *Id* note 4. Álvarez Royo-Villanova, S., *Propuesta de adaptación de la Directiva de Digitalización 2019/1151 a la vista del Derecho comparado*, 18 REVISTA LEX MERCATORIA, 106-111, (2021) and Lucini Mateo, A., *El documento público notarial en la perspectiva del proyecto de digitalización del Derecho europeo de sociedades*, 58 ANALES DE LA ACADEMIA MATRITENSE DEL NOTARIADO, 193-237, (2018).

15. The “once-only” principle has been mentioned and used at other times in Regulation (EU) 2018/1724 and in the Commission's Action Plan on Electronic Administration, among others.

16. For an in-depth study of this “once-only principle”, see Wimmer, M.A., (2021). *Once-Only Principle Good Practices in Europe* in THE ONCE-ONLY PRINCIPLE. LECTURE NOTES IN COMPUTER SCIENCE, (Krimmer, R., Prentza, A., Mamrot, S., Springer eds, 2021 https://doi.org/10.1007/978-3-030-79851-2_4) and Cave, J., Botterman, M., Cavallini, S., Volpe, M.: *EU-wide digital Once-Only Principle for citizens and businesses. Study for the European Commission* (2017), https://ec.europa.eu/esf/transnationality/filedepot_download/1671/1692.

17. The Digitalization Directive itself establishes that the systems will be developed and managed by the Commission or other Union *institutions*, bodies, offices or agencies in order to perform their administrative functions or to comply with provisions of Union law.

18. The European authorities are aware of the importance of enabling companies to operate in the internal market, so they have provided the possibility for companies to open branches in any Member State. Due to that, the same system applies for online establishment or registration and also for online filing of their documentation.

the deadline for transposing and implementing this Directive¹⁹, and it is in that extension period where some Member States are at present, as we shall see.²⁰

II. ONLINE FORMATION OF A COMPANY: THE CHALLENGE OF DIGITALIZING ITS LIFECYCLE

Focusing specifically on the online formation of a company, the Digitalization Directive establishes that Member States must ensure some minimum requirements through their national laws²¹; it also states that they can establish requirements for the legality of the instrument of constitution.²² In this regard, Member States must also allow the online contribution of share capital, in the same online procedure, by means

of the payment into a bank account operating in the Union.²³ Therefore, companies whose shareholders subscribe the share capital through contributions in kind are excluded from this procedure.

With respect to the speed which the Directive attempts to infuse in the online procedure²⁴, it establishes that the process should be completed within five business days when the templates are used and the company is being formed by individuals, or ten business days in other cases.²⁵

It also emphasizes the idea that there should be templates for the online formation of companies on bespoke websites that can be accessed through the single gateway mentioned abo-

-
19. This extension has been requested by some Member States including Spain. However, the Member States must enact the laws, regulations and administrative provisions necessary to comply with point (5) of Article 1 of the Directive, as regards Article 13i and to Article 13j (2) of Directive (EU) 2017/1132, and point (6) of Article 1 of this Directive, as regards Article 16(6) of Directive (EU) 2017/1132, by no later than 1 August 2023. By way of derogation from the foregoing, Member States, which encounter particular difficulties in transposing this Directive, are entitled to benefit from an extension of the period provided for in paragraph 1, of up to one year, providing objective reasons for the need for such extension. Given that the first of the periods has elapsed, based on an analysis of the status of the different Member States, there are a number of them which requested that extension and are performing the necessary process to approve and amend national provisions that comply with the Digitalization Directive and, in short, that pave the way to authentic digitalization of corporate law.
 20. See *infra* at 3.
 21. Procedures to ensure that applicants have the necessary legal capacity and authority to represent the company; the means to verify the identity of applicants; the requirements for applicants to use the trust services referred to in Regulation (EU) No 910/2014 of the European Parliament and of the Council, on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC; procedures to verify the legality of the object and name of the company, insofar as such checks are provided for under national law; and procedures to verify the appointment of directors.
 22. As regards the templates to be used, the consequences of the disqualification of a director by the competent authority in any Member State; the role of a notary or any other person or body mandated under national law to deal with any aspect of the online formation of a company; and, very importantly, the exclusion of online formation in cases where the share capital of the company is paid by way of contributions in kind.
 23. Article 13e of the Digitalization Directive establishes the obligation for Member States to make online payment services available which permit cross-border payments, and which permit identifying the person who made the payment, and which are provided by a financial institution or payment service provider established in a Member State.
 24. See *supra* note 10.
 25. If these deadlines cannot be met, the applicant must be notified of the reasons for the delay.

ve.²⁶ Measures shall be established to ensure control online or digitally.²⁷

For the purposes of this work, what is most important is that the Digitalization Directive seeks the digitalization of any act of the company's lifecycle, i.e., the amendment of bylaws, the appointment and removal of directors, etc.²⁸, establishing that national laws must ensure that such documents can be filed online without the necessity for an applicant to appear in person before any authority or person or body mandated under national law. However, this does not prevent continuing to use any other forms of filing, such as by electronic or paper means.

Also, the Directive requires Member States to have rules on the disqualification of directors that take into account any disqualification that is in force in another Member State. Regarding the rules that each national law should have, the Directive establishes that information on disqualifications in the different Member States should be available free of charge and in an official language of the Union that is broadly understood by the largest possible number of users, and it should be accessible by any citizen by means of the Single Digital Gateway. What is most important in this respect is that Member States may refuse the appointment of a person

as a director of a company where that person is currently disqualified from acting as a director in another Member State.

Again, both legal certainty and speed are the drivers of the desired corporate digitalization, the key being the exchange of information between Member States, with the evident risks which that entails.²⁹ In our opinion, the fact that Community legislation has highlighted this issue as a priority in the area of digitalization makes sense. Moreover, we conclude from the Directive that, although Member States can obtain information from each other, they are not obliged to do so, nor are they obliged to recognize disqualifications of directors in force in other Member States, despite having that information at their disposal.³⁰ However, what *is* guaranteed by national laws is that if information is requested regarding the disqualification of directors, it can be obtained quickly through the exchange of information system. All the foregoing, while complying with national legislation for the prevention of fraud and abuse and safeguarding the protection of the personal data of the people involved.

If the exchange of information is the key to achieving corporate digitalization, it is logical that the coordination between the different national registries, the interconnection system³¹, the single

26. See *supra* note 7.

27. This is established in the Spanish case, as seen in the transposition of the Digitalization Directive, which has given rise to the Preliminary Draft of Law on Digital Efficiency Measures of the Public Administration of Justice, with respect to the use of tools and digital processes in the area of Corporate Law, https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APLEficienciaDigitalAudPubeinformes_actual.pdf.

28. See the reference made by article 13j of Directive (EU) 2019/1151 to article 14 of Directive (EU) 2017/1132.

29. See *note* 11.

30. *Id.*

31. Regarding the system of interconnection of registers, article 22, paragraph 4 of Directive (EU) 2017/1132 is amended, establishing that *"The Commission may also establish optional access points to the system of interconnection of registers. Such access points shall consist of systems developed and operated by the Commission or other Union institutions, bodies, offices or agencies in order to perform their administrative functions or to comply with provisions of Union law. The Commission shall notify the Member States without undue delay of the establishment of such access points and of any significant changes to their operation."* Along with the optional access points to be established by the Commission, it also states that the Member States may establish their own optional access points, with the aim of ensuring the disclosure and access to online information on certain aspects of corporate life.

digital gateway, and the disclosure of corporate acts, are essential elements. In this context, the first step is the assignment of a European unique identifier ("EUID")³², which identifies companies in the system of interconnection of registers and facilitates access to information relating to corporate acts. This system ensures that all documents are accessible in the register of each Member State, although it is left up to the States to require that such information be published in their national journals and to ensure that discrepancies between the two resources are prevented.

Inherent in the registry system is the access to information published by any interested party. For that purpose, Member States must ensure that copies can be obtained of all or any part of the documents and information.³³ Those copies, whether by paper or electronic means, shall always be certified, unless the interested party dispenses with the certification.³⁴

What we see is that, in matters of digitalization, the aim is not only to obtain digital support of data but also for there to be global and immediate access to such information. Due to that, the purpose of the system of interconnection

of registers is to ensure that all changes made in relation to companies are communicated to the Member State where the branch is located. Specifically, the information in question relates to the company's name, registered office, identification number in the register, legal form and the documents relating the appointment, identity, and removal of directors, as well as accounting documents.³⁵

III. IMPLEMENTATION OF THE DIGITALIZATION DIRECTIVE: THE GERMAN, ITALIAN, AND SPANISH CASES

The Digitalization Directive envisages certain deadlines for transposing it, as we have seen above³⁶, and some countries have made more progress than others. What is most important is the measures that the different Member States have established to contribute to competitiveness and to streamlining the processes of small and medium-sized enterprises, entrepreneurs, etc.³⁷ Reducing the cost and time involved in these company formation procedures seems to be the key to achieving the desired competitiveness and sustainability of the European business structure.

-
32. According to Commission Implementing Regulation (EU) 2015/884, of 8 June 2015, establishing technical specifications and procedures required for the system of interconnection of registers established by Directive 2009/101/EC of the European Parliament and of the Council (OJEU L 144 of 10 June 2015).
 33. The Directive also specifies a date, 31 December 2006, indicating that any paper documents filed prior to that date cannot be obtained by electronic means once ten years or more have elapsed between the filing date and the date of the application.
 34. Logically, and similar to what is established for companies, the Digitalization Directive also promotes the online opening of branches of a company in any Member State, the online communication of information about them and their potential closure.
 35. The accounting documents are those for each financial year which must be published according to Council Directives 86/635/EEC (1) (OJ L 372) and 91/674/EEC (2) (OJ L 374) and Directive 2013/34/EU of the European Parliament and of the Council (OJ L 182).
 36. See *supra* note 19.
 37. See, in this regard, Audretsch D.B., Belitski M., Chowdhury F., Desai, S., *Necessity or opportunity? Government size, tax policy, corruption, and implications for entrepreneurship*, SMALL BUSINESS ECONOMY, 2025-2042, (2022) and Corredor Jimenez, J., *Sustainability Orientation of German Digital Entrepreneurs: Is More Regulation Necessary?*, SSRN, <https://ssrn.com/abstract=4074698> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4074698>, (2022).

However, here we must distinguish between two types of legal systems.³⁸ One type is the kind found in Spain, Germany, Italy, Belgium, etc., where a company formation requires the physical presence of certain individuals such as a notary public³⁹, and where the appointment of the managing body, the amendment of bylaws, etc. must be formalized in a public deed. In such legal systems, in order to attain legal certainty, the process must be carried out in the presence of a notary.⁴⁰ The other type of legal system is one where that requirement does not apply. The challenge faced by countries with the first type of legal system is how to reconcile the legal certainty provided by the notary's intervention, with the competitiveness sought through the reduction of the cost and time attained through online procedures. The Directive integrates this, but we shall see to what extent the Member States that require a notary's intervention can achieve that competitiveness in cost and time. We will now look at the cases of Germany, Italy, and Spain, as examples of countries that are in the group where digitalization may be more complex.

Germany is one of the first Member States to

have taken steps to carry out the transposition.⁴¹ Video conferencing is established as the means to ensure the involvement of a notary, and this can only be done through the Federal Chamber of Notaries, thus ensuring legal certainty. This legal certainty is enhanced by the process of identification of the parties involved⁴²: by electronic means and by the notary's verification of all persons in appearance with a photograph by means of which the passport or identity card chip can be read. The result will not be a traditional public deed, but rather a public deed signed telematically with the electronic certificate of the Federal Chamber of Notaries. The companies that can be formed online in Germany are limited liability companies —GmbHG.⁴³

Regarding means of identification, Germany accepts the following: the German national identity card, the German electronic residency permit, the new electronic identity card for EU and EEA nationals with the online identification function activated and personal PIN integrated, or any other means of electronic identification that meets the requirements of high-level security, according to the European Electronic Iden-

38. For a comparative study of the adaptation of the Digitalization Directive, see Álvarez Royo-Villanova, S., note 14.

39. The Directive even speaks of the notary's presence in the online formation of companies in national systems that envisage that possibility, and also in other corporate acts in a company's lifecycle.

40. The notary's involvement is necessary to certify the identity of the appearing parties, their capacity and the giving of free and informed consent. In contrast to these countries, there are others where the absence of a notary is balanced out by careful research into the company, its shareholders, etc., for any corporate act formalized subsequently.

41. For an analysis of digitalization in German corporate law, see, among others, Spindler, G., *Digitalization and Corporate Law – A View from Germany*, 16 EUROPEAN COMPANY AND FINANCIAL LAW REVIEW, 106-148, (2019), <https://doi.org/10.1515/ecfr-2019-0009>.

42. The physical presence of the granters can only be required, where they are entitled to request the online procedure, if it is necessary to verify their identity, capacity, etc. for serious reasons. In short, exceptions must meet the conditions established in articles 13b.4 and 13g.8 of Directive 2019/1151.

43. In Germany, following the provisions of the Digitalization Directive, this procedure may not be used by companies created with contributions in kind. The procedure can also be used for other corporate acts and for the exchange of information on disqualified directors. The traditional procedure (i.e., not online) is still in force and may be used at the election of the interested parties.

tification Regulation.⁴⁴ The German legislation also establishes the maximum periods for the online formation of companies specified by the Directive, which are five days if the founders are natural persons using model documents, or no longer than ten days if they are legal entities or do not use the model documents. As we can see, Germany has implemented a system which has barely amended its national law, and which refers to the provisions regulating notaries and the Companies Register in order to comply with the Digitalization Directive.⁴⁵

Italy's transposition of the Digitalization Directive has been similar to Germany's.⁴⁶ Italy only allows the online formation for limited liability companies and those formed through cash contributions. It also provides the possibility of opening branches in other Member States through online procedures, and permits access to certain information and, in general, adopts the minimum requirements established in the Directive.

The novelty in the Italian case derives from the notaries' attempt⁴⁷ to have the online proce-

dures include other typical corporate acts, such as the holding of Shareholders' Meetings. Although it is only a recommendation by the notaries' council, it shows an increased awareness of the need to achieve total digitalization of corporate law.

As we shall see below⁴⁸, the Shareholders' Meeting is the key to promoting the digitalization of the lifecycle of capital companies. The case of Spain is similar. In Spain, it was already possible to set up a company online.⁴⁹ However, as established in the new legislation transposing the Directive⁵⁰, the online process needs to be modified to apply it to limited liability companies formed by means of cash contributions, the opening of branches in other Member States, and certain other aspects of the corporate lifecycle.⁵¹

In view of the provisions of the Digitalization Directive and the direction being taken in its adaptation by the Member States, we can affirm that, although the envisaged leap towards corporate digitalization is huge, the result is that it will mainly affect small and medium-sized en-

44. In this regard, we should highlight the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 910/2014 as regards establishing a framework for a European Digital Identity.

45. Lucini Mateo, A., *Transposición de la Directiva societaria digital: Alemania da el primer paso*, EL NOTARIO, (2022) <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10626-transposicion-de-la-directiva-societaria-digital-alemania-da-el-primer-paso>.

46. Legislative Decree No 83 of 2021, which took effect on 14 December 2021

47. Recommendation made by the Milan Notarial Council. Although its opinion is very important, other suggestions have been required in order to adopt definitive measures by December 2022.

48. See *infra* note 65.

49. Either from an Entrepreneur Attention Service (*Punto de Atención al Emprendedor*, PAE), through the online processing system of the Information Centre and Business Creation Network (*Centro de Información y Red de Creación de Empresa*, CIRCE) based on the Single Electronic Document (*Documento Único Electrónico*, DUE), or through physical presence before a notary.

50. See *Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia* [Preliminary Draft of Law on Digital Efficiency Measures of the Public Administration of Justice], as regards the use of digital tools and processes in the area of corporate law, https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documentos/APLEficienciaDigitalAudPubeinformes_actual.pdf

51. In the case of Spain, *supra* note 10.

terprises — SMEs—and microenterprises.⁵² Although that outcome seems limited, the bases are set for the digitalization of all kinds of companies, without having to confine ourselves to SMEs. Likewise, although the model documents help speed up the processes, they also impose greater restrictions, for example, as regards the way of organizing the company. Also, online procedures require all Member States to have electronic resources to ensure the identity of the parties involved, the transfer and disclosure of information and, in many of the systems, the required participation of a notary to certify the entire process.

IV. INNOVATION, TRUST AND LEGAL CERTAINTY: THE NEXT STEPS IN CORPORATE DIGITALIZATION

The question that we should ask ourselves, in light of the foregoing reflections, is whether great strides have been made in the digitalization of companies based on everything we have seen so far. The answer to that question is undoubtedly no.⁵³ Much more can be done, but what is important is that we are working on it. The challenge is huge, and the solutions and the regulations will take time. Nonetheless, we

can point to the direction that Europe should go in with this digitization process.⁵⁴

Although in the contractual and commercial context, innovation⁵⁵, trust and legal certainty are vital, so is speed in performing transactions and immediacy in the access to information, which permit any citizen to perform secure transactions from any location within the Union. This is the desired scenario. Reality is much less advanced, but the bases analyzed in the Digitalization Directive led us to go a step further and link the principles that have inspired the European lawmaker to the current corporate framework. For that purpose, a good approach is to consider the potential provided by blockchain technology⁵⁶ and the possibility of using the so-called “smart contracts”.⁵⁷ This technology could potentially enable the digitalization of other capital enterprises, those of medium and large size. Although they may not have been formed in an online procedure, we could still attain the digitalization of their lifecycle.

Blockchain technology is said to provide trust through a computer code; we do not wholly agree with that statement. Blockchain technology provides verification, but verification is not trust⁵⁸,

52. See *supra* note 34.

53. See *supra* note 34.

54. *Id.*

55. For applied research of the matter of innovation in the European scenario, see Marjosola H., *Shadow Rulemaking: Governing Regulatory Innovation in the EU Financial Markets*, GERMAN LAW JOURNAL 23, 186–203 (2022), <https://doi.org/10.1017/glj.2022.16>

56. In this regard, we should highlight the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 910/2014 as regards establishing a framework for a European Digital Identity. In the near future, it appears that the whole proposal that we are making here will be much simpler to implement, to facilitate the more widespread application of blockchain technology.

57. For a general study on this issue, see Laptev, V.A.; Feyzrakhmanova, D.R., *Digitalization of Institutions of Corporate Law: Current Trends and Future Prospects*, 10, LAWS, (2021), 93, <https://doi.org/10.3390/laws10040093>

58. The following approach is interesting and would apply to the legal sphere: Viriyasitavat, W., Da Xu, L., Sapsomboon, A., Dihman, G., Hoonsoopon, D., *Building trust of blockchain-based internet-of-thing services using public key infrastructure*, ENTERPRISE INFORMATION SYSTEMS, <https://doi.org/10.1080/17517575.2022.2037162>, (2022).

trust goes beyond that⁵⁹ and can only be provided by the legal system⁶⁰. Our aim here is not to explain blockchain technology⁶¹ but to try to use some of the applications or functionalities of this technology to make progress in corporate digitalization⁶²; those applications are smart contracts⁶³ which a priori could be used not only with respect to the company's foundation agreement⁶⁴ but also to the agreements governing many of the company's day-to-day operations.⁶⁵

Let us look at blockchain's potential use in the context of the Shareholders' Meeting where the means for adopting resolutions is by casting votes. With blockchain technology, digitalization would not be confined to the formation of limited liability companies through cash contributions, as is the case under the Digitalization Directive which, as we have seen, confines

its use to SMEs and microenterprises. The aim would be to transfer that digitalization potential to other kinds of capital companies.

The Shareholders' Meeting is an area where it makes the most sense to use that technology.⁶⁶ The Digitalization Directive states that its aim is also to promote the online procedure for bylaws amendments, which are typical in the corporate lifecycle. We know that bylaws amendments generally require a prior resolution by the shareholders who attend—in person or by proxy—the Shareholders' Meeting.⁶⁷

We could consider either a more comprehensive or radical use of blockchain in the Shareholders' Meeting, or a more ancillary or residual use⁶⁸. In the first case, we would be talking about a model that differs considerably from

59. A good approximation to this approach is found in Abdelsalam, O., Chantzias, A., Batten, J. A., Ahmet Faruk Aysan, A., *Major shareholders' trust and market risk: Substituting weak institutions with trust*, 66 JOURNAL OF CORPORATE FINANCE, (2021), <https://doi.org/10.1016/j.jcorpfin.2020.101784>.

60. Werbach, K. D., *Trust, But Verify: Why the blockchain needs the Law*, BERKELEY TECHNOLOGY LAW JOURNAL, (2017), DOI: <https://doi.org/10.15779/Z38H41JM9N>, (2017).

61. An interesting approach is provided in Sharma, D., Sharma, V., y Yadav, A., *Interface of competition Law & Blockchain technology: a global perspective*, 25 JOURNAL OF LEGAL, ETHICAL AND REGULATORY ISSUES, 1-7, (2022).

62. *Id.*

63. "Smart contracts" can be defined as algorithms that perform the terms of a contract; see Savelyev, (2016) and Navarro, M. S., *El poder de decisión societaria y blockchain*, in Muñoz Pérez, A. F., (Dir.), De la Orden C., y Martínez Laburta, C., (Coord.), REVOLUCIÓN DIGITAL, DERECHO MERCANTIL Y TOKEN ECONOMÍA, Tecnos, (2019), 289-

64. *Id.*

65. *Id.*

66. *Id.* at 321-335

67. In this regard, we can refer to the figure of the Decentralized Autonomous Organization (DAO), an organization which is included in blockchain whose bylaws are formalized and codified in that technology and which can only be altered by a certain number of shareholders of that organization, who receive the name of token holders and vote a certain way to carry out such change. See Buterin, V. *Engineering security through coordination problems*. Retrieved from coordination problems, <https://vitalik.ca/general/2017/05/08/>, (2017). A very interesting view is provided by Park, S. Y., Kim, M. S., Chun K., *Understanding Decentralized Autonomous Organizations (DAOs) as a Reaction to Corporate Governance Problem*, SMATOOS BUSINESS REVIEW, (2022).

68. *Id.* supra note 63 at 326-327.

what a Shareholders' Meeting is today.⁶⁹ Following the spirit of the Digitalization Directive and, in general, the European model of modernization of corporate law, we think that it would be best to implement these technologies little by little.⁷⁰ Therefore, we favor an ancillary or residual use that permits companies, regulators, lawmakers and the like to gradually assess the advantages and disadvantages of the technology. Focusing on this, we wonder what aspects of the functioning and use of blockchain technology could provide the greatest advantages to the Shareholders' Meeting.⁷¹

One of the most important uses could be for giving instructions prior to the vote⁷². The aim of Directive 2017/828 on encouraging long-term shareholder engagement is, among others, to put an end to the opaqueness entailed by chains of intermediaries which make it difficult to identify the shareholder.⁷³ In such scenarios, which are often cross-border, this or other technology could be of great help. We can link this issue to others such as absenteeism or shareholder fatigue. Oftentimes, the shareholder's lack of trust that his voting instructions will be

conveyed when there are multiple intermediaries could be reduced considerably by using blockchain.

Another use of blockchain could be for holding Shareholders' Meetings without physical attendance by the shareholders as well as in relation to matters of shareholder activism.⁷⁴ Votes could be cast using vote coins, or even through normal electronic voting systems, provided that the voting shareholder's identity is ensured. Although blockchain technology enables the possibility of holding Shareholders' Meetings without in-person attendance, that is, entirely virtually, this raises problems under national legal systems.⁷⁵ At this point, we could wonder whether the usefulness of the traditional Shareholders' Meeting as such might be coming to an end, in the sense of it becoming a body that makes decisions that have actually already been made.⁷⁶

Although we don't think that is the case, because certain decisions must be made by the Shareholders' Meeting as a sovereign body that represents the shareholders, we do question

69. Bellavitis, C., Fisch, CHR., and Momtaz, P., *The Rise of Decentralized Autonomous Organizations (DAOs): A First Empirical Glimpse*, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4074833>, 8 (2022).

70. There is already some experience using blockchain in the Shareholders' Meeting. One example is in Delaware, through the Delaware Blockchain Initiative, 2016; also, in Tallinn, where a pilot initiative was launched so that the shareholders of companies listed on the Tallinn stock exchange could vote remotely through blockchain, as well as some others.

71. For a comprehensive study of this issue, *Id supra* note 63, 326-335.

72. We should link this issue to that of the agency costs; see in relation to China – but applicable to what we are discussing – Su, K., Jiang, H., Does social trust restrict dual agency costs? Evidence from China, *THE EUROPEAN JOURNAL FOR FINANCE*, (2022), <https://www.doi.org/10.1080/1351847X.2022.2040042>

73. Directive (EU) 2017/828 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement.

74. Lafarre, A., y Van Der Elst, Ch., *Blockchain Technology for Corporate Governance and Shareholder Activism*, 390 ECGI Working Paper, (2018) and *Id supra* note 63, 329-331.

75. *Id supra* note 63, 329

76. *Id.*

the way in which those decisions are made, since technology is proving that things could be done differently.⁷⁷

In any case, although the usefulness of the Shareholders' Meeting could be questioned, what is more important is that its activity results in resolutions that can be contested, and that it is an essential disclosure and control body. In view of how Shareholders' Meetings have been held in the last years, it is worth noting that in the United States, since 2017, more and more Shareholders' Meetings are being held in person.⁷⁸ The view is that virtual-only Shareholders' Meetings, where permitted by national law, entail a regression in the role of this corporate decision-making body, because they mean that the shareholders do not have a physical venue where they can go to decide on certain matters and request information from the managing body, which is not physically present at a virtual meeting.⁷⁹

In any case, we consider that one area where the technology could have the greatest potential to provide security, control, transparency, and speed is in relation to syndicated voting.⁸⁰ The fact that it foments the efficiency of these

voting agreements is a huge step forward in the protection which those agreements provide to minority shareholders.

There are two main concerns in this area where blockchain technology could be advantageous: (i) whether the syndicated shareholders' instructions are actually conveyed to the voting proxy; and (ii) the efficiency of the voting system⁸¹ as regards whether the syndicated shareholders can easily breach their agreement, and the consequences of that. Although, depending on the national law, there has been a great deal of progress made in this area, no solution is as efficient as blockchain technology. The idea would be to set up a voting syndicate as a "smart contract", that is, a contract that uses blockchain technology which, by its very nature, removes the first problem mentioned and, a priori, removes the second problem as well. If, moreover, the company in question has the capacity to cast the vote through blockchain technology, the legal certainty that is sought with this system seems to be achieved, or at least considerably improved.

The procedure could be as follows: the representative of the syndicated shareholders⁸²,

77. New technologies have shown that Shareholders' Meetings can be held in real time with virtual attendance and the vote can be cast through electronic systems in real time, rather than prior to the meeting. However, although blockchain technology enables holding virtual Shareholders' Meetings, it is difficult to determine how this fits in national legal systems. In this regard, reforms would have to be far-reaching and would tend towards a model of Shareholders' Meeting that has little to do with what we have at present. At this respect, a distinction could be made between listed companies, where the aforementioned would apply, and small, unlisted companies, where the use of blockchain technology could favor the use of different kinds of decision-making mechanisms.

78. See *supra* note 63, 334

79. Also, fully virtual Shareholders' Meetings can have an enormous impact on minority shareholders. See, among others, Schwartz-Ziv, M., *How Shifting from In-Person to Virtual Shareholder Meetings Affects Shareholders' Voice*, WORKING PAPER, https://new.huji.ac.il/sites/default/files/mainsite/files/virtual_shareholder_meetings_schwartz-ziv_24-02-2020.pdf, 2021.

80. "Voting syndicate" means an agreement whereby some or all the shareholders of a Company agree not to vote or to vote in a certain way agreed upon by the syndicated shareholders. See, among others, Oppo, G., *Contratti parasociali*, (1942); GALEOTE, P., *Sindicatos de voto. El control en una sociedad conjunta*, (Tirant lo Blanch, ed., 2008); Zweigert, K., Von Hoffmann, B., *Zur internationalen Joint Venture*, FESTSCHRIFT FÜR MARTIN LUTHER, 203, (1976).

81. GALEOTE, P., at 202-204.

82. *Id* at 211-218.

through a voting syndicate structured through smart contracts, calls a meeting of all of the syndicated shareholders because, in turn, a Shareholders' Meeting would have been called for those shareholders to vote on a matter in which they must express an opinion that complies with the terms of the syndicate agreement.

As already stated herein⁸³, blockchain technology makes perfect sense since, given that a voting syndicate is not a company⁸⁴ in itself, that meeting of syndicated shareholders can be held entirely virtually, taking advantage of all the benefits of technology without any disadvantages whatsoever.⁸⁵ The result of that meeting would be the instructions for the proxy on how to vote at the Shareholders' Meeting.

Having arrived at this point, we recommend that this Shareholders' Meeting – i.e., that of the capital company whose shareholders are bound by the voting agreement – should not be virtual only, due to the problems that could arise under the different national laws of the Member States⁸⁶; however, the voting system could benefit from the technology, so we advise using an online platform for the deliberations that may take place, whether in real time or remotely. We think that blockchain technology would be extremely useful for overcoming problems of efficiency of voting syndicates and thus, largely, of shareholder activism.⁸⁷

V. CONCLUSIONS

In this article, we have analyzed the status of digitalization of capital companies in Europe. Based on an in-depth analysis of the Digitalization Directive, we observe that the European lawmaker's intentions are appropriate and promising, but the progress achieved through it is minimal⁸⁸: to enable the online formation of limited liability companies, i.e., small capital companies (small and medium-sized enterprises and microenterprises), to promote the digitalization of other corporate acts, and to allow the online opening of branches of capital companies in any Member State.

On that basis, it is necessary to face the challenge of digitalizing the rest of capital companies and of corporate acts that go beyond those of the company's instrument of constitution. To do so, we should use technology that creates an advantageous environment of innovation⁸⁹, security⁹⁰, transparency and speed, which is none other than blockchain.⁹¹

Due to the blockchain's uniqueness, we support the initiatives for applying it in the context of Shareholders' Meetings and in those where voting is required. Most of the acts of a company's lifecycle must be approved by the Shareholders' Meeting. In this regard, we see how the instructions issued prior to the Shareholders'

83. See *supra* note 57.

84. See *supra* note 80, Galeote, P., 309-318

85. See *supra* note 77.

86. *Id.*

87. See *supra* note 74.

88. See *supra* note 34.

89. See *supra* note 55.

90. See *supra* note 11.

91. See *supra* notes 56 and 57.

Meeting or the holding of virtual meetings can benefit from it.

However, the aim is to go a step further and be able to apply all these advantages to other more sophisticated processes, such as the voting syndicate. We propose a technological

and innovative configuration of those processes. If we manage to offer this possibility and bearing in mind that this concept reflects shareholders' freedom of choice, we will have managed to pave the way for the full integration of digitalization in the sphere of capital companies.

El enriquecimiento injustificado como mecanismo de tutela frente de los derechos de la personalidad



RICARDO GELDRES CAMPOS

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Asistente de cátedra de Derecho Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.



SUMARIO:

- I. Breve panorama actual del enriquecimiento injustificado en nuestro medio.
- II. La revolución copernicana del enriquecimiento injustificado en el derecho comparado: la adopción del modelo tipológico.
- III. Propuesta de una construcción tipológica del enriquecimiento injustificado en el marco del Código Civil peruano.
- IV. Hacia un reconocimiento del enriquecimiento injustificado como mecanismos de protección de los derechos de la personalidad en el Código Civil peruano.

RESUMEN:

Por medio del presente artículo, el autor desarrolla la figura del enriquecimiento ilícito, dónde surgió, cómo es tratado en la doctrina comparada y por qué su uso es limitado en el medio nacional; al respecto, postula una construcción tipológica de los tipos de enriquecimiento en el marco del Código Civil nacional que atiende a las diferencias existentes en los problemas restitutorios, haciendo especial énfasis en la protección de los derechos de la personalidad.

Palabras clave: enriquecimiento injustificado, mecanismos de tutela, derechos de la personalidad, problemas restitutorios.

ABSTRACT:

Through this article, the author develops the figure of illicit enrichment, where it arose, how it is treated in doctrine and why its use is limited in the national environment; in this regard, he postulates a typological construction of the types of enrichment within the framework of the Peruvian Civil Code focused on the existing differences in restitutive problems, placing special emphasis on the protection of personality rights.

Keywords: unjustified enrichment, protection mechanisms, personality right, restitutive issues.

"Un día, mi hija y una compañera de clase estaban montando en sus ponis cuando un hombre se acercó a las dos niñas y les preguntó si podía tomarles unas fotos. Las niñas aceptaron gustosamente. Al cabo de un tiempo, alguien le mostró a mi hija una revista para adolescentes, que contenía una historia salvaje sobre dos chicas en poni, pérdidas en un pantano, y que habían sido rescatadas por el reportero de dicha revista. En cuatro páginas de fotografías aparecía mi hija. Era una historia simpática, nada difamatoria, y las fotos también eran simpáticas, pero se publicaron sin autorización, para ser precisos: sin mi consentimiento como padre. Mi hija no se sintió muy entusiasmada cuando le comenté que tenía la intención de tomar cartas en el asunto, pero se mostró más comprensiva cuando le mencioné que podía ganar algo de dinero. Indagué con alguien que conocía el mercado de los medios de comunicación y le pregunté por las tarifas sobre la compra de este tipo de fotografías.

Me informaron de que dependían de las fotografías, de su tamaño y, sobre todo, de la difusión del periódico en cuestión. Mi fuente estimó que una suma en torno a los 1.000 euros sería el precio de mercado en el caso de esta revista para adolescentes que por cierto tenía una tirada bastante limita-

da. Llamé al director, me presenté como abogado, y le pedí explicaciones. Me dijo que investigaría el asunto, hablaría con sus abogados y se pondría en contacto conmigo de nuevo. Tres días después volvió a llamar, se disculpó y me explicó que todo era culpa del periodista. Acepté sus disculpas y le pedí más. Me dijo: "¿Cuánto tienes pensado?" Me atreví como un jugador de póquer y pedí audazmente 3.000 euros. Me contestó: "¿Aceptaría un cheque?" Dije "Sí", y me sentí como un tonto por no haber pedido más. En todo caso, el dinero se gastó en ropa".

La historia que acabamos de relatar está basada en hechos reales que le ocurrieron a un reconocido jurista alemán¹. Para el operador jurídico peruano puede parecer sorprendente, pero el susodicho padre acaba de hacer uso de un mecanismo bastante desconocido en nuestro medio —el enriquecimiento injustificado—, y en las siguientes líneas explicaré por qué:

I. BREVE PANORAMA ACTUAL DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO EN NUESTRO MEDIO

En nuestro medio el enriquecimiento injustificado ha venido siendo aplicado muy limitada-

1. Schlechtriem, Peter. "Privacy, Publicity and Restitution of Wrongful Gains: Another New Economy?" Oxford University Comparative Law Forum. University of Oxford, 2001. <https://ouclf.law.ox.ac.uk/privacy-publicity-and-restitution-of-wrongful-gains-another-new-economy/>

mente, para resolver problemas relacionados con el enriquecimiento que se produce en la contratación pública —cuando dicho contrato se anula—, en la unión de hecho impropia, en los títulos valores, entre otros. Esta aplicación limitada se sustenta en una concepción bastante arraigada en nuestro medio consistente en que el enriquecimiento injustificado constituye un mecanismo que sirve exclusivamente para tapar las “grietas” o “huecos” presentes en el derecho privado, que no pueden ser resueltas por éste. Dicho de otra manera, el enriquecimiento injustificado solo es de aplicación cuando el problema restitutorio planteado no pueda resolverse a través de instituciones jurídicas privada tales como la responsabilidad civil, los derechos reales, el contrato, el pago de frutos, etc.²

En la medida que el enriquecimiento injustificado es un mecanismo ajeno al derecho positivo, tendría por fundamento la equidad o la justicia —fundamentos extrapositivos—. Además, el enriquecimiento injustificado, según esta concepción, es visto como un mecanismo unitario o genérico dispuesto para resolver cualquier

problema restitutorio, bajo la exigencia de los siguientes requisitos: enriquecimiento, empobrecimiento, relación de causalidad entre dichos elementos, ausencia de causa, y que no exista otra acción disponible —subsidiariedad—.

Esta concepción hunde sus raíces en el *Code* francés de 1804 que no reguló el enriquecimiento injustificado, sino solo el pago indebido y la gestión de negocios ajenos, agrupándolos bajo la denominación de “cuasicontratos”. No obstante, por obra de la jurisprudencia a partir del caso Boudier³ se comenzó a aplicar el enriquecimiento injustificado bajo la exigencia de unos requisitos bastante flexibles. Posteriormente, y debido al temor de que esta figura se comience a aplicar ampliamente en perjuicio de otras instituciones jurídicas, la misma jurisprudencia —en las sentencias Clayette y Briauhant— decidió limitar su campo de aplicación, exigiendo el requisito de la subsidiariedad.

Nuestros legisladores, muy influenciados por esta concepción, reconocieron la regla de la subsidiariedad en el artículo 1955 del Código

2. Gastón Fernández, “Tutela y remedios: la indemnización entre la tutela resarcitoria y el enriquecimiento sin causa”, en *Reflexiones en torno al Derecho Civil. A los treinta años del Código*, ed. Rafael Molina (Lima: Ius et Veritas, 2017), 65 y ss. En ese mismo sentido: Felipe Osterling y Mario Castillo Freyre, “El pago indebido y el enriquecimiento sin causa”, en *Actualidad Jurídica*, tomo 99, (Lima: 2002), 11 y ss.; Mario Castillo Freyre y Giannina Molina, “Tienes más, tengo menos. Reflexiones acerca de dos de los elementos esenciales del enriquecimiento sin causa”, en: *Jus Doctrina & Práctica*, N° 2, Grijley, (Lima: 2009), 197 y ss.; Héctor Martínez, “El enriquecimiento injustificado: ¿indemnización o restitución?”, disponible en la web: <https://www.derechocambiosocial.com/revista011/enriquecimiento%20injustificado.htm>; Luciano Barchi, “El enriquecimiento sin causa en el contexto del contrato: a propósito del pago en exceso”, en *Advocatus*, N° 38, (Lima: 2019), 27 y ss.
3. El caso Boudier es como sigue: El arrendador de un predio rural (Patureau), resolvió el contrato de arrendamiento debido al incumplimiento de las obligaciones de su arrendatario (Garnier-Godard). Previo a la resolución de este contrato, el arrendatario había contratado con Boudier (un tercero ajeno al contrato) para el suministro de abonos en el predio. Como Boudier había ejecutado el suministro, y debido a la insolvencia de su parte contractual (Garnier-Godard), formuló una demanda contra el propietario (Patureau) solicitando el pago del valor de los abonos, sobre la base de que el propietario se había enriquecido al haber recuperado el predio, y no haber pagado alguna suma por los abonos recibidos. La Corte de Casación estimó la acción de Boudier (suministrador de abonos) contra el propietario (Patureau), en base a la *action de in rem verso*, considerada por la Corte como una acción que a pesar de no estar regulada por el Derecho positivo debe admitirse, en virtud del principio de equidad, el cual prohíbe que alguien se enriquezca en detrimento de otro (*principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui*); y cuyo único presupuesto de aplicación consiste en que el demandante acredite «l'existence d'un avantage qu'il aurait, par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à celui contre lequel il agit». La sentencia puede leerse en: H. y L. Mazeaud - J. Mazeaud - F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations: théorie générale*, 9ª ed., (Paris 1998), 836 y ss. Un resumen de este *arrêt* puede verse en: A. Rouast, “L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile”, en: *Revue trimestrielle de droit civil*, 1922, 39 y ss.; Luís de Menezes Leitão, *O enriquecimento sem causa no direito civil, Estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contra-posição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa*, Almedina, (Coimbra: 2005), 293 y ss.

Civil, disponiendo que el enriquecimiento indebido no será procedente cuando exista otra acción disponible a favor del demandante.

II. LA REVOLUCIÓN COPERNICANA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO EN EL DERECHO COMPARADO: LA ADOPCIÓN DEL MODELO TIPOLOGICO

La concepción que se acaba de resumir en el acápite anterior curiosamente no es la predominante en el derecho comparado. De hecho, desde hace buen tiempo, y debido a los aportes de Walter Wilburg y Ernst Von Caemmerer, el enriquecimiento injustificado ha dado un giro copernicano: ya no es concebido como un mecanismo genérico o unitario que sirve para tapar las grietas o huecos presentes en el derecho privado, sino como un mecanismo perteneciente al mismo derecho privado, y que desde allí sirve para resolver todo problema restitutorio presente en la realidad.

Debido a la complejidad de los problemas, los citados autores plantearon la necesidad de que el enriquecimiento injustificado ya no sea visto como un mecanismo unitario, sino como uno diferenciado o tipológico, para lo cual será necesario construir grupos o tipos de enriquecimiento, siendo que cada tipo ejercerá una función distinta, y presentará unos requisitos propios. Dicho de otra manera, para la procedencia de la acción restitutoria ya no será necesario la exigencia de requisitos como lo sostenía la doctrina tradicional, sino que ello dependerá del tipo de enriquecimiento que se invoque.

Wilburg distinguió dos tipos de enriquecimiento: el enriquecimiento por prestación —*Leistungskondiktion*—, y el enriquecimiento de otro modo, que comprende al enriquecimiento por intromisión —*Eingriffskondiktion*—⁴. Por su

parte, Von Caemmerer distinguió hasta cuatro tipos de enriquecimiento: el enriquecimiento por prestación —*Leistungskondiktion*—, el enriquecimiento por intromisión —*Eingriffskondiktion*—, el enriquecimiento por liberación de una deuda pagada por un tercero —*Rückgriffskondiktion*— y el enriquecimiento que resulta de los gastos efectuados en una cosa ajena —*Verwendungskondiktion*—. Cada tipo de enriquecimiento tendrá una función y requisitos propios, de ahí la relevancia de esta construcción teórica⁵.

Para llevar a cabo esta labor tipológica, será necesario que el jurista especialista en la materia identifique, en el derecho positivo, las normas que regulan el enriquecimiento injustificado, y a partir de los conflictos restitutorios similares que detecte, construya “tipos” de enriquecimiento, es decir, un conjunto de casos que por compartir un mismo conflicto de intereses merezca coherentemente una misma solución. Esta labor diferenciadora o tipológica, será de crucial relevancia, puesto que cada “tipo” de enriquecimiento tendrá una función y requisitos propios o comunes. En otras palabras, ya no será necesario acreditar el cumplimiento de los cinco requisitos que exige la concepción tradicional —empobrecimiento, enriquecimiento, relación de causalidad entre estos, ausencia de justa causa, y subsidiariedad— para la procedencia de cualquier pretensión restitutoria, sino que bastará con acreditar los requisitos propios de cada “tipo” de enriquecimiento. La concepción que se acaba de resumir ha sido acogida en muchos ordenamientos jurídicos.

En Italia, Trimarchi⁶, en base a los postulados de Wilburg y Von Caemmerer, ha propuesto, para el *Codice* italiano, distinguir los siguientes tipos de enriquecimiento: i) El enriquecimiento que resulta de haber obtenido utilidades que son

-
4. Walter Wilburg, *Die Lehre Von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht. Kritik und Aufbau*, (Graz: Leuschner & Lubensky, 1934).
 5. Ernst Von Caemmerer, “Bereicherung und unerlaubte Handlung”, en Dölle, H. / Rheinstein, M. / Zweigert, K. (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Rabel*, I, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1954, pp. 333-401.
 6. Pietro Trimarchi, *L'arricchimento senza causa*, Giuffrè, (Milán: 1962), 22 y 23

objeto de un derecho ajeno, tales como son los supuestos de enajenación, uso y consumo de cosa ajena —enriquecimiento por intromisión—, ii) El enriquecimiento que resulta de haber obtenido utilidades que constituyen el propósito de una actividad ajena —pago indebido y mejoras—⁷.

En ese mismo sentido, Paolo Gallo ha propuesto distinguir los siguientes tipos de enriquecimiento: i) el enriquecimiento por hecho injusto⁸, el cual se presenta cuando el enriquecimiento es consecuencia de la conducta del enriquecido —enriquecimiento por intromisión—, y ii) el enriquecimiento que no es consecuencia de la conducta del enriquecido, sino del empobrecido. Esta última categoría es amplia, y comprende hasta tres hipótesis: a) el enriquecimiento que depende de la conducta de otro, y que no constituye una prestación —por ejemplo, gastos, mejoras, etc.—; b) el enriquecimiento que resulta de una prestación ajena; y, por último, c) el enriquecimiento que resulta de la conducta altruista en una situación de emergencia⁹.

En Portugal, Cordeiro¹⁰, aunque se muestra algo reacio a aceptar el modelo alemán en el derecho portugués, distingue sin embargo en su obra los siguientes tipos de enriquecimiento: i) la repetición del pago indebido, y ii) el enri-

quecimiento en sentido estricto. Dentro de esta categoría se encuentran los supuestos de enriquecimiento por prestación, el enriquecimiento por intervención y por pago de gastos, así como el enriquecimiento trilateral.

Por su parte, Leitão ha sido el más claro defensor del modelo alemán en el Código Civil de Portugal distinguiendo, a tal efecto, los siguientes tipos de enriquecimiento:

- a) El enriquecimiento por prestación que se produce cuando alguien adquiere un enriquecimiento mediante la prestación de otro sin una causa que lo justifique¹¹;
- b) El enriquecimiento por intervención que se presenta cuando alguien, sin autorización del titular, usa, consume o dispone de derechos o posiciones jurídicas de carácter absoluto, es decir, de aquellas situaciones jurídicas que atribuyen a su titular un monopolio exclusivo de disfrute;
- c) El enriquecimiento por gastos realizados en beneficio de otro —enriquecimiento por incremento del valor de las cosas ajenas, y el enriquecimiento por pago de deudas ajenas—¹²; y,
- d) El enriquecimiento por intermediación del patrimonio del enajenante en los casos de transmisión de bienes a favor de terceros.

7. La propuesta italiana resulta relevante, en la medida que el *Codice* contiene dos disposiciones normativas muy similares a las nuestras en materia de enriquecimiento injustificado. En primer lugar, el artículo 2041, el cual dispone “*Quien, sin una justa causa se ha enriquecido en daño de otra persona está obligado, dentro de los límites del enriquecimiento, a indemnizar a esta última de la correlativa disminución patrimonial. Cuando el enriquecimiento tenga por objeto una cosa determinada, aquel que la ha recibido está obligado a restituirla en especie, si existe en el momento de la demanda*”. En segundo lugar, el artículo 2042 que prevé la regla de la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento sin causa: “*La acción de enriquecimiento no es proponible cuando el perjudicado puede ejercitar otra acción para hacerse indemnizar por el perjuicio sufrido*”.

8. Paolo Gallo, *Trattato di diritto civile*, VII, *L'arricchimento senza causa, la responsabilità civile*, (Turín: 2018), 69 y ss.

9. Gallo, *Trattato di diritto civile*, VII, cit., 95 y ss.

10. Cordeiro, *Tratado de direito civil*, vol. VIII, 257 y ss.

11. Leitão, *O enriquecimento sem causa no direito civil...*, 608 y ss. En ese mismo sentido, siguen la teoría tipológica a diferenciadora: FARIA, Jorge Riveiro de, *Direito das obrigações*, vol. I, 2ª. ed. Almedina, (Coimbra: 2020), 370 y ss.; D. C. Gonçalves, *Comentário sub art. 473-482*, en A. M. Cordeiro (coordinador), *Código Civil comentado*, vol. II, *Das obrigações em geral*, Almedina, (Coimbra: 2021), 390 y ss.

12. Leitão, *O enriquecimento sem causa no direito civil...*, 803 y ss.

Este tipo de enriquecimiento se presenta cuando un tercero se enriquece por virtud de un patrimonio interpuesto entre él y el empobrecido¹³.

En España¹⁴, Díez Picazo¹⁵ fue el primer jurista que destacó la necesidad de abandonar la concepción unitaria del enriquecimiento injustificado porque no permite resolver correctamente todos los problemas restitutivos, y adoptar la concepción tipológica del enriquecimiento injustificado. Al respecto, el citado jurista español es rotundo: *"La imposibilidad de construir explicaciones unitarias impone la conclusión de que todo lo que sea moverse en el plano de la abstracción no permite nunca salir de la abstracción (...) Solo construyendo una tipología es posible comprender el instituto que nos ocupa"*¹⁶. En ese sentido, el citado autor, siguiendo a Wilburg y Von Caemmerer, distingue los siguientes tipos de enriquecimiento: i) El enriquecimiento por prestación¹⁷, ii) El enriquecimiento por intromisión que se presenta todas las veces en que alguien usa, consume o dispone de bienes ajenos¹⁸, iii) El enriquecimiento por inversión o desembolso que se produce cuando una persona transfiere a otra dinero o bienes que se encontraban en su posesión o realiza en su favor una prestación de trabajo o servicios¹⁹.

En ese mismo sentido, Xabiel Basozabal, siguiendo a la doctrina alemana, critica la concepción unitaria del enriquecimiento injustificado, al considerar que ella impone la necesidad de adoptar un grado de abstracción muy alto que no responde a las necesidades de resolver todos los problemas restitutivos presentes en la realidad. En los términos del mismo autor:

*"Pero una concepción del derecho de enriquecimiento que pretenda abarcar por igual supuestos de prestación, uso, consumo y disposición de cosa ajena, mejora, y regreso por pago de deuda ajena, necesariamente debe remontarse a un grado de abstracción muy alto, y esta falta de concreción promueve la tentación de usar el derecho de enriquecimiento como derecho general de equidad. Más concretamente, con la crítica de Wilburg a este esquema unitario de datio-conditio se pone de relieve que esta concepción del enriquecimiento sin causa es incapaz de explicar y dar una respuesta satisfactoria a los supuestos de enriquecimientos no derivados de prestación, sobre todo a aquellos derivados de uso, disfrute de cosa ajena"*²⁰.

Por su parte, Vendrell²¹ recientemente ha señalado que *"modernizar el Derecho del enriquecimiento"*

13. Leitão, *O enriquecimento sem causa no direito civil...*, 815 y ss.

14. El Código Civil español, inspirado en su homólogo francés, no consagra alguna norma sobre enriquecimiento injustificado, solo el pago indebido (arts. 1895 al 1901) y la gestión de negocios ajenos (arts. 1888 al 1894) agrupándolos bajo la categoría de los cuasi contratos. No obstante, pese esta regulación, la doctrina de aquel país no ha dudado en seguir el modelo alemán, proponiendo una tipología de enriquecimiento

15. L. Díez-Picazo, "La doctrina del enriquecimiento injustificado", en De la Cámara, M. / Díez-Picazo, L., *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, (Madrid: 1988), 94-132; *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción, Teoría del Contrato*, vol. I, 6.ª ed., editorial Thomson-Civitas, (Madrid: 2007), 105.

16. Díez-Picazo, "La doctrina del enriquecimiento injustificado", 97 y 98

17. Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción, Teoría del Contrato*, vol. I, cit., 106

18. Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción, Teoría del Contrato*, vol. I, cit., 107 y ss.

19. Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción, Teoría del Contrato*, vol. I, cit., 109 y ss; "La doctrina del enriquecimiento injustificado", 128

20. X. Basozabal Arrue, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas. (Madrid: 1998), 35-51.

21. C. Vendrell Cervantes, "El enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo", en:

(Continúa en la siguiente página)

to equivale a adoptar una aproximación tipológica o diferenciadora, que permita desprenderse de la concepción unitaria, tradicional y, en ocasiones, vulgar o meramente fundada en la equidad”.

De los tipos de enriquecimientos mencionados, solo nos interesa destacar el enriquecimiento por intromisión, en la medida que se encarga de la protección, entre otros, de los derechos de la personalidad, que es el tema que estamos abordando en el presente artículo. El enriquecimiento por intromisión se presenta cuando alguien realiza una invasión o intromisión no autorizada sobre un derecho o posición jurídica de carácter absoluto —es decir, de aquel derecho que atribuye a su titular un monopolio exclusivo de uso o disfrute—. Para hacer frente a este tipo de actos, el ordenamiento jurídico articula a favor del titular del derecho afectado el remedio del enriquecimiento por intromisión para solicitar, contra el usurpador, el valor que habría percibido de haber autorizado la intromisión sobre su derecho.

III. PROPUESTA DE UNA CONSTRUCCIÓN TIPOLOGICA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO EN EL MARCO DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Conforme a lo desarrollado en el acápite ante-

rior, la pregunta que surge es la siguiente: ¿es posible adoptar el modelo tipológico del enriquecimiento injustificado en el Código Civil peruano?

Bajo el Código Civil de 1936, el maestro José León Barandiarán²², a propósito de la relación entre perjuicio y provecho, ya proponía una clasificación del enriquecimiento injustificado de acuerdo a lo siguiente:

- a) El enriquecimiento que depende del hecho del empobrecido. En esta categoría, señala el maestro, se encuentran los supuestos de pago indebido propiamente dicho²³, la *condictio turpem vel iniustam causa* —referente a una prestación pactada en vista de una causa ilícita o inmoral—, la *condictio sine causa* en sentido estricto —que comprende todo caso de falta de causa, sea desde el principio, sea que haya venido a faltar después—, la *condictio causa data causa non secuta* —que respecta a una prestación hecha en vista de una causa futura que no se realiza—, y la *condictio causa finita*.²⁴
- b) El enriquecimiento que proviene del enriquecido²⁵ y que puede proceder en los ca-

Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización, coord. por Angel Juárez Torrejón; Pedro del Olmo García (dir.), Xabier Basozabal Arrue (dir.), Thomson Reuters, (Navarra: 2017), 307 y ss.

22. José León Barandiarán, *Comentarios al Código Civil (Derecho de obligaciones)*, tomo I: *Acto jurídico*, Librería e Imprenta Gil, (Lima: 1938), 291. En ese mismo sentido, Delia Revoredo propone una clasificación (aunque tímida) del enriquecimiento: “El enriquecimiento puede producirse por hecho del empobrecido (generalmente por error de éste); o por hecho del enriquecido (pero en este caso, de mediar dolo o culpa se preferirá utilizar la acción de responsabilidad que corresponda por la integridad del resarcimiento), o puede producirse el enriquecimiento por obra de tercero o por un acontecimiento de la naturaleza”: D. Revoredo de Debaquey, “Enriquecimiento sin causa”, en: *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios*, tomo VI, Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil. Delia Revoredo de Debaquey (compiladora), Okura Editores, (Lima: 1985), 777

23. “El pago indebido no es sino una de las manifestaciones del enriquecimiento injusto, aunque la más importante y común. Así pues, lo acertado es ocuparse del enriquecimiento sin causa como instituto general, dentro del cual se comprenda el pago indebido, con las indicaciones que particularmente a éste competen”: J. León Barandiarán, “El pago indebido en nuestro Código Civil”, en: *Tratado de Derecho civil peruano. Las obligaciones*, tomo III, vol. II, Walter Gutiérrez C. editor, (Lima: 1992), 669

24. León Barandiarán, *Comentarios al Código Civil (Derecho de obligaciones)*, 291 y ss.

25. León Barandiarán, cit., 291

sos en que el enriquecido comete un ilícito o no. En ambos casos el perjudicado tendrá a su favor la acción de enriquecimiento. El mismo maestro apunta que, en caso la acción delictual o de responsabilidad civil haya prescrito, el perjudicado podrá recurrir a la acción de enriquecimiento sin causa.

- c) El enriquecimiento del tercero. Aquí se encuentran los casos de accesión, especificación o confusión entre dos cosas de diferentes dueños, realizada por un tercero. Piénsese en el supuesto del administrador de un fundo agrícola que emplea los abonos correspondientes a un tercero para el fundo de su principal. El constructor que emplea los materiales de un tercero para una construcción de otro²⁶.
- d) El enriquecimiento que proviene de un acontecimiento de la naturaleza o de los animales, encontrándose dentro de la primera a la avulsio, y de la segunda el supuesto en que los animales de Primus se comen los pastos pertenecientes a Secundus²⁷.

Si bien es cierto, no podemos afirmar de forma contundente que el maestro Barandiarán haya adoptado el modelo tipológico de Wilburg y Von Caemmerer, no obstante, la clasificación propuesta resulta importante, puesto que permite demostrar que los problemas restitutorios no son similares, por lo que surge la necesidad de que estos no sean vistos bajo un prisma unitario, sino bajo la construcción de tipos. Por ejemplo, y siguiendo la clasificación mencionada, no es posible que el enriquecimiento por pago indebido sea tratado de igual manera que el enriquecimiento que proviene del enriquecido. O que el enriquecimiento por pago indebido sea tratado de la misma manera que el enriquecimiento del tercero. En ese sentido, es inconcebible que a estos supuestos se le exijan los mismos requisitos —empobrecimiento,

enriquecimiento, relación de causalidad entre estos, ausencia de justa causa, y subsidiariedad—, de ahí la necesidad de llevar a cabo una construcción tipológica en el marco del Código Civil peruano.

En ese sentido, nuestra posición consiste en distinguir los siguientes tipos de enriquecimiento: i) el enriquecimiento que depende del hecho del empobrecido. Aquí se encuentra el supuesto del pago indebido, ii) el enriquecimiento que proviene del hecho del enriquecido. Aquí se encuentra el enriquecimiento por intromisión en el derecho ajeno. Este tipo de enriquecimiento se encuentra reconocido en las siguientes normas:

- a) El que edifica o siembra con materiales, plantas o semillas ajenas, y adquiere lo construido o lo sembrado, deberá pagar el valor de dichos bienes a sus respectivos titulares a fin de evitar el enriquecimiento injustificado —artículo 945 del Código Civil—.
- b) El artífice de buena fe que se convierte en propietario del objeto que se hace con materia ajena deberá pagar el valor de dicha materia a su titular, a fin de evitar el enriquecimiento injustificado —artículo 937 del Código Civil—.
- c) El poseedor de buena fe que enajena bienes hereditarios deberá pagar el precio obtenido al heredero —titular del bien—, —artículo 666 del Código Civil—.
- d) El tercero que explota económicamente un derecho protegido por la Ley del Derecho de Autor deberá pagar un monto equivalente a la remuneración devengada, esto es, el *“valor que hubiera percibido el titular del derecho o la sociedad que lo represente, de haber autorizado su explotación”*, artículos 193 y 194 de la Ley sobre el Derecho de Autor.

26. León Barandiarán, cit., 291 y ss.

27. León Barandiarán, cit., 443

- e) El tercero que explota una marca o patente deberá pagar *“el precio que el infractor habría pagado por concepto de una licencia contractual, teniendo en cuenta el valor comercial del derecho infringido y las licencias contractuales que ya se hubieran concedido”* —literal c) del Artículo 243 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones—.

Dado que el Código Civil y distintas leyes especiales han recogido la figura del enriquecimiento por intromisión, sostenemos que es posible extraer de ellas una regla general conforme al cual, el que usa, consume o dispone de un derecho o bien ajeno sin autorización del titular deberá restituir el costo de licencia o precio de consentimiento. Para la procedencia de esta acción restitutoria no será necesario acreditar los requisitos exigibles por la doctrina tradicional, sino simplemente que el derecho usurpado tiene un contenido de atribución, y que el demandado usurpó el derecho del demandante sin su autorización.

IV. HACIA UN RECONOCIMIENTO DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO COMO MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

Como habíamos señalado en acápites anteriores, a efectos de la aplicación del enriquecimiento por intromisión resulta relevante determinar si el derecho que se pretende tutelar con este remedio tiene un contenido de atribución, entendido como asignación exclusiva de todos rendimientos derivados del ejercicio del derecho. Con relación al derecho a la imagen, una atenta doctrina nacional se ha pronunciado afirmativamente: *“La imagen es un patrimonio moral que solo el titular puede disponer y que los demás deben abstenerse de usarla. Es más, al poder comercializarse la imagen se presenta como un bien disponible del cual su titular puede obtener un provecho económico”*²⁸.

Lo anterior es relevante ya que, al menos en relación con el derecho a la imagen, se reconoce que el titular del derecho sólo puede disponer de él, así como obtener un beneficio económico derivado de su explotación.

En ese mismo sentido, es importante traer a colación la Sentencia del 04 de mayo de 2011 emitida por la Segunda Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima que, en el proceso seguido por Corporación Gráfica Navarrete S.A. en contra de Indecopi y los Futbolistas Agremiados de Bolivia — FABOL, sobre nulidad de resolución administrativa, sostuvo lo siguiente:

“El derecho a la imagen, es la facultad que tiene toda persona de impedir que se reproduzca su propia imagen, por cualquier medio, sin autorización, expresa o tácita, así como la facultad para obtener beneficios económicos por la explotación comercial de la misma, por lo que, resulta exigible y obligatorio que el individuo o persona jurídica empleada acredite que cuenta con las autorizaciones respectivas para poder explotar comercialmente la imagen de cualquier persona”.

Por lo demás, esta conclusión también se desprende del primer párrafo del artículo 15 del Código Civil que dispone lo siguiente: *“La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden”.*

Por lo anterior, dado que se ha reconocido que los derechos de la personalidad conceden a su titular un monopolio exclusivo de disfrute, en el sentido que solo el titular puede obtener los provechos derivados de su explotación, de ello se desprende que los titulares afectados podrán recurrir al remedio del enriquecimiento

28. Varsi Rospigliosi, *Tratado de derecho de las personas*, cit., 571

injustificado para hacer frente a cualquier intromisión ilegítima²⁹.

Si bien la citada norma limita su campo de aplicación a los derechos de la imagen y la voz, no hay motivo válido para que la misma no se aplique a otros derechos de la personalidad, como el derecho al nombre, la intimidad y el honor.

Ahora bien, el criterio para cuantificar la pretensión restitutoria no sería otra cosa que el de la licencia hipotética —denominado también “precio del consentimiento”, “costo de autorización” o “valor objetivo del bien o derecho”—, que viene a ser el costo de lo que hubiese percibido el titular del derecho de la personalidad en caso hubiese autorizado la explotación de su derecho.

En doctrina se debate si el precio del consentimiento se fundamenta en la responsabilidad civil o el enriquecimiento injustificado. Si se tiene en cuenta la primera concepción el hecho ilícito se debería configurar cuando alguien usa la imagen de otra persona sin su autorización, no obstante, el precio del consentimiento no podría fundamentarse en aquella, pues ello importaría legitimar o validar un hecho ilícito³⁰, es decir, convertir en lícito un hecho repudiado por el derecho, lo cual resulta contrario a toda lógica. Por lo demás, la doctrina desde hace tiempo ha advertido las dificultades de enmarcar la licencia hipotética dentro del ámbito de la responsabilidad civil:

“Por otra parte, la determinación del “precio del consentimiento” presupone la prueba de que el demandado, de no haber existido el acto ilícito, hubiese permitido el uso de los

signos evocativos de su imagen a cambio del pago de un precio; pues sin dicha prueba no se podría acreditar el nexo de causalidad entre el daño y el acto ilícito, requisito exigible conforme a lo establecido en el artículo 1223 del Codice. No obstante, esta prueba resulta muy compleja, sobre todo si, en el pasado, el demandante no autorizó, a título oneroso, el aprovechamiento de su imagen: circunstancia frecuente —también aquí— en los casos en que el efigiado no pertenezca al círculo de los famosos; razón por la que la jurisprudencia suele negar, en estos casos, la existencia de un perjuicio económico de carácter indemnizable. La “valoración equitativa” en el sentido del artículo 1226 del Codice, tampoco constituye una herramienta eficaz, que compense la imposibilidad de acreditar la cuantía exacta del daño —quantum debeatur—, así como de su existencia —an debeatur—.

Si bien se pueden utilizar otros indicadores para determinar el daño patrimonial sufrido por la persona cuya imagen ha sido difundida ilícitamente - entre ellos, el de las oportunidades de trabajo perdidas - las técnicas de indemnización, destinadas a compensar la diferencia negativa determinada en el patrimonio del perjudicado como consecuencia de la acción ilícita según los criterios dictados por el artículo 1223 del Codice, no son suficientes para proporcionar una protección adecuada”.

En ese sentido, corresponde que el precio del consentimiento tenga por fundamento el enriquecimiento injustificado³¹. Asimismo, es importante tener en cuenta que la responsabilidad civil es un instrumento de restauración, mas no de enriquecimiento del titular del derecho

29. “En ese sentido, los derechos sobre bienes inmateriales son similares a otros derechos; al igual que el sistema jurídico atribuye el valor de uso de los derechos sobre bienes materiales a su propietario, también lo atribuye a los derechos sobre bienes inmateriales”: Gallo, *Trattato di diritto civile*, VII, cit., 61

30. Un sector de la doctrina señala que ello significaría contractualizar un hecho ilícito: P. G. Monateri, *La responsabilità civile*, cit., 433; A. Albanese, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, (Padova: 2005), cit., 439; Carapezza Figlia, “Diritto all’immagine e «giusto rimedio» civile. Tre esperienze di civil law a confronto: Italia, Spagna e Francia”, cit., 885 y ss.

31. Proto, “Tutele per abuso d’immagine”, cit., 392.

usurpado³². Por lo demás, considerar que el enriquecimiento obtenido por la parte perjudicada constituye una presunción del potencial enriquecimiento es claramente una exageración³³.

Por último, si se afirma que la licencia hipotética se fundamenta en la responsabilidad civil entonces se tendría que llegar a la conclusión de que aquella solo debería aplicarse a las personas famosas —actores o futbolistas, por ejemplo—, puesto que son estas quienes ostentan un derecho de personalidad comercializable, y las que potencialmente podrían acreditar que han dejado de percibir una ganancia como consecuencia del uso no autorizado de su imagen, lo que importaría dejar sin tutela a las personas que no ostentan la calidad de tales —personas no famosos—³⁴.

En doctrina se critica que la licencia hipotética pueda ser objeto de la pretensión restitutoria, en tanto que ella no podría ejercer una función desincentivadora contra conductas usurpadoras intencionales. En efecto, si al usurpador le es indiferente entre usar o disfrutar un derecho ajeno sin autorización y pagar después, o pedir autorización pagando antes, entonces el usurpador no tiene incentivo alguno para negociar en forma previa y seguir el cauce jurídico adecuado. Al respecto, se debe señalar lo siguiente:

“[Q]ue la función primaria del Derecho del enriquecimiento, en especial, la de la con-

dictio por intromisión en derecho ajeno no reside en la necesidad de corregir injusticias, ni evitar que una persona con una conducta reprochable se enriquezca por ello, sino, simplemente en garantizar que la asignación de bienes previamente predeterminada por un ordenamiento jurídico, mediante la concesión de posiciones jurídicas exclusivas protegidas por un derecho subjetivo absoluto o por una situación jurídica-subjetiva de contenido análogo no se vea alterada por la intromisión de terceros³⁵”.

En resumidas cuentas, el objeto de la pretensión restitutoria debe limitarse al valor de mercado de los derechos o posiciones jurídicas usurpados —también llamado precio de autorización o consentimiento—, puesto que, por disposición del ordenamiento jurídico, dichos valores pertenecen en exclusiva al titular del derecho.

En ese mismo sentido, las ganancias obtenidas por el usurpador no podrían formar parte del objeto de la pretensión restitutoria en la medida que en muchas ocasiones las mismas se han generado a partir de las cualidades o capacidades del usurpador, y no del titular del derecho usurpado. Este último solo es titular del derecho usurpado, uno de los factores para la generación de las ganancias, por lo solo le podría corresponder el valor objetivo del referido derecho —o licencia hipotética—³⁶.

32. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 638 y ss.; Nicolussi, “Proprietà intellettuale e arricchimento ingiustificato”, cit., 1018; Thiene, “L’immagine fra tutela risarcitoria e restitutoria”, cit., 350.

33. A. Plaia, “Il risarcimento del danno e la restituzione degli utili nel nuovo sistema italiano ed europeo di tutela della proprietà intellettuale”, en: *L’enforcement dei diritti di proprietà industriale – Profili sostanziali e processuali*, al cuidado de L. Nivarra (Atti del Convegno tenuto a Palermo, 25 e 26 giugno 2004), (Milán: 2005), 28 y ss.; A. Plaia, “La violazione della proprietà intellettuale tra risarcimento e restituzione”, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, (2003), 1026; A. Plaia, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, Giappichelli, (2005).

34. A. Barengi, “Il prezzo del consenso (mancato): il danno da sfruttamento dell’immagine e la sua liquidazione”, en *Dir. inf.*, (1992), 577; Marchegiani, “Il diritto sulla propria notorietà”, en *Riv. dir. civ.*, vol. I, (2001), 236 y ss.

35. Vendrell, “La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, cit., 1175.

36. Leitão, *O enriquecimento sem causa no direito civil...*, cit., 722 y ss.

Debe precisarse que la licencia hipotética no constituye una cesión de derechos con efectos retroactivos, ni una ratificación. Dicho de otra manera, la licencia concedida a favor del titular del derecho infringido no legítima retroactivamente la explotación fraudulenta, no constituye en el infractor un derecho de explotación, ni mucho menos legítima intromisiones futuras. Por esta razón, el titular del derecho infringido, al ejercitar la acción restitutoria por el precio de la licencia hipotética, no renuncia a otras pretensiones que pueden derivarse de la intromisión ilegítima a su derecho —inhibitoria, de remoción o de indemnización por el daño moral o por el daño patrimonial—.

Por otro lado, se debe señalar que el criterio de la licencia hipotética no es desconocido en el ordenamiento jurídico peruano. De hecho, este criterio de cuantificación ya encuentra reconocimiento expreso en materia de derechos de autor, así como de marcas y patentes.

En efecto, los artículos 193 y 194 de la Ley sobre el Derecho de Autor prescriben que, en los casos de infracción al derecho de autor, Indecopi podrá imponer al infractor *“el pago de las remuneraciones devengadas a favor del titular del respectivo derecho o de la sociedad que lo represente”*. Asimismo, se establece que *“el monto de las remuneraciones devengadas será establecido conforme al valor que hubiera percibido el titular del derecho o la sociedad que lo represente, de haber autorizado su explotación. El pago de los derechos de dichas remuneraciones en ningún caso supondrá la adquisición del derecho de autor por parte del infractor”*.

De las normas citadas se advierte que, en los

casos de intromisión o infracción al derecho de autor, el titular del mismo podrá solicitar al infractor el pago de un monto equivalente al que hubiese percibido de haber autorizado la explotación de su derecho —remuneración devengada—. Se trata de un supuesto típico de licencia hipotética.

Por su parte, el literal c) del artículo 243 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones establece que, en los casos de infracción a las marcas y patentes, la indemnización de daños y perjuicios podrá cuantificarse en función al *“precio que el infractor habría pagado por concepto de una licencia contractual, teniendo en cuenta el valor comercial del derecho infringido”*.

En otras palabras, en los supuestos de infracción o intromisión a las marcas y patentes, el titular del derecho infringido podrá solicitar al infractor el pago de un precio equivalente al que hubiese percibido por concepto de licencia contractual. Si bien la norma dispone que la licencia hipotética es un criterio para cuantificar los daños y perjuicios, por lo que pareciera sugerir que su naturaleza es indemnizatoria, no obstante, en rigor no se trata de un remedio que se fundamenta en la responsabilidad civil, sino en el enriquecimiento injustificado.

De lo anterior, se advierte que el remedio de la licencia hipotética encuentra reconocimiento expreso en el ordenamiento jurídico peruano, específicamente, en los supuestos de infracción a los derechos de autor, así como de las marcas y patentes. En ese sentido, somos de la opinión de que dicho remedio resulta de aplicación al campo de los derechos de la personalidad.

La equidad de género como parte de la responsabilidad social de las empresas



BÁRBARA PITA DUEÑAS

Abogada por la Universidad Pontificia Católica del Perú.
Máster en Prevención de Riesgos Laborales por la
Universidad Iberoamericana de México.



SUMARIO:

- I. Contexto.
- II. Responsabilidad Social.
- III. Acciones que realizan las empresas.
- IV. Algunas otras acciones.
- V. Conclusiones.

RESUMEN:

Nuestra sociedad en la búsqueda de un mundo con grandes objetivos ha logrado efectuar considerables avances para el reconocimiento y respeto de la dignidad humana. Así como, el desarrollo integral de las mismas. En ese sentido, se ha encontrado en las empresas un aliado para el logro de este objetivo. Las empresas constituyen un fuerte instrumento de desarrollo económico y social de los países, así como para el fomento de la equidad de género, y ello se conoce como responsabilidad social que es el tema que abordaremos en el presente trabajo.

Palabras clave: Declaración Universal de los Derechos Humanos, Empresas, equidad, participación, machismo.

ABSTRACT:

Our society in the search for a better world has made great strides towards recognition, respect for human dignity and the comprehensive development of people and has found an ally in companies to achieve this goal. Companies constitute a strong instrument for the economic and social development of countries, as well as for the promotion of gender equity, and this is known as social responsibility, which is the subject that we will address in this paper.

Keywords: Universal Declaration of Human Rights, Businesses, equity, participation, sexism.

I. CONTEXTO

La sociedad ha logrado grandes avances en la búsqueda de un mundo mejor, generando estabilidad y bienestar para su población. Claro que tuvo que pasar por la Revolución Francesa, después de la cual se proclamó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y luego pasar por una Segunda Guerra Mundial, que dejó en ruinas ciudades de toda Europa y Asia, donde millones de personas perdieron la vida, para que, en 1945, delegados de cincuenta naciones, llenos de optimismo y esperanza, crearan la Organización de las Naciones Unidas —ONU—, para promover la paz y evitar guerras futuras. Para 1948, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas redactó el documento que se convirtió en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Carta Magna internacional para toda la humanidad, es así que se sientan las bases para el reconocimiento de la dignidad humana, cuyo objetivo es que todo ser humano debe tener derechos y libertades sin distinción, reconoce el valor y respeto que deben tener todos los seres humanos por el hecho de serlos, reconocimiento indispensable para el desarrollo integral de la persona.

En efecto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce que todas las personas somos libres e iguales y tenemos todos los dere-

chos y libertades sin que importen la raza, sexo, color, nacionalidad o cualquiera otra particularidad que nos hace diferentes a los seres humanos, y también incluye a las mujeres.

Sin embargo, nuestra sociedad aún no termina de asimilar estas declaraciones y persiste en mantener esas asimetrías y diferencias entre seres humanos, donde unos tienen privilegios sobre otros, y en el caso de la desigualdad por género esta se basó en el patriarcado, una forma antigua de organización social para asegurar la supervivencia. En base a ella nuestra sociedad ha construido una manera de relacionarse entre hombres y mujeres generando desigualdades, bajo la creencia de la superioridad del hombre.

El pertenecer a una sociedad no sólo implica obtener ingresos y abastecer a nuestras familias, es también acceder a un estatus social y político. Supone democracia, ciudadanía, acceso a derechos, y la convicción y la apuesta por un mundo más justo y humano. Sin embargo, las relaciones de poder generan grupos que dominan, usualmente hombres, y grupos subordinados, usualmente mujeres o población LGTBQ+.

En particular, Latinoamérica es una región que por años se ha centrado en el privilegio, esa carga histórica está referida a la creencia de qué es el verdadero hombre, y sobre estas creencias se

generan los estereotipos de género que son los que determinan nuestros comportamientos.

Aunque los detractores indiquen que ya son luchas rancias, que las desigualdades ya terminaron, que la ideología de género intenta borrar lo que ellos denominan “características naturales y biológicas” de los seres humanos, lo cierto es que las mujeres siguen siendo víctimas de discriminación, tratadas como seres inferiores, excluyendo o restringiendo el goce o ejercicio de sus derechos humanos y libertades, como los derechos laborales por el sólo hecho de ser mujeres. De la misma manera, la violencia contra la mujer continúa basada en acciones o conductas de pertenencia del sexo femenino y que tiene como resultado su muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación de libertad.

Y de la misma manera el machismo no ha disminuido en sus manifestaciones, el hombre sigue haciendo uso de sus privilegios y utiliza su sexualidad y la agresión —dos instintos fundamentales del ser humano— para justificar el machismo. La manera como nos acercamos a este asunto despierta inevitablemente emociones muy fuertes, pero lo cierto es que el machismo es un importante indicador de nuestro desarrollo cultural, como individuos y como sociedad.

Young —2000—¹, una feminista reconocida, realiza un amplio debate sobre la justicia social, muestra su preocupación por la situación de la mujer a nivel global, expresando que la opresión de la mujer como injusticia social está determinada por cinco elementos: la explotación, marginación, carencia de poder, imperialismo cultural androcéntrico, y la violencia.

La explotación está relacionada directamente con el trabajo, sea este remunerado o no, donde la mujer transfiere energía y poder a otro grupo, entendiéndose como otro grupo, a los

hombres; hace referencia a que las mujeres por lo general se relacionan con trabajos que suministran placer, bienestar, prestación de cuidados a otras personas, entre otras actividades, sin que el trabajo sea remunerado adecuadamente; resaltando de esta manera la existencia institucionalizada en la sociedad de trabajos considerados aptos para mujeres y otros aptos para hombres.

La marginación está relacionada con aquellos grupos que se encuentran al margen de una sociedad hegemónica, consintiendo privaciones, discriminaciones y dependencias, precisamente uno de estos grupos lo constituyen las mujeres. La carencia del poder está relacionada directamente con la explotación y menciona que este elemento se percibe en aquellas personas sin formación o trabajadoras sin profesionalización que no poseen autonomía para tomar sus propias decisiones.

El imperialismo cultural androcéntrico, según la autora, está dado cuando los rasgos de la cultura dominante impiden visualizar la perspectiva particular de las mujeres. Finalmente, la violencia está enlazada directamente con la violencia de género, que, dependiendo de la cultura, puede ser tolerada y legítima.

Es por ello, que hacia el camino de la construcción de una sociedad más justa es necesario considerar la equidad de género, promover la defensa de los derechos sociales, políticos, económicos de las mujeres y cambiar paradigmas, a través de una reorientación estratégica de las relaciones de género que integre necesidades tanto de hombres como de mujeres en el contexto laboral, familiar, doméstico, político, etc. Se debe generar igualdad de oportunidades de las mujeres en el ámbito laboral y político y donde los hombres accedan a compartir tareas familiares y participen activamente en el proceso de la reorganización democrática de las relaciones entre hombres y mujeres en todos los niveles.

1. Young, I. (2000). *La Justicia y la Política de la diferencia*. Madrid - España: Ediciones Cátedra (Grupo Anaya S.A).

II. RESPONSABILIDAD SOCIAL

En este contexto, las empresas no son ajenas a esta búsqueda de un mundo mejor, se considera que la participación de las empresas en el desarrollo humano puede acelerar el cambio, con su accionar influyen en las vidas de sus colaboradores, sus familias y de la sociedad donde realizan sus actividades, y son fuente de desarrollo económico y social.

De esta manera, las empresas que se comprometen de manera activa y voluntaria, asumiendo obligaciones para la educación, desarrollo económico y muchas más causas sociales en beneficio de su entorno y de la comunidad en su conjunto están realizando responsabilidad social. La responsabilidad social integra los objetivos de la empresa con los objetivos de la sociedad, desarrolla su negocio teniendo como base valores éticos, principios, respeto por las personas y cuidado del medio ambiente y sustentabilidad en general.

Y en esta participación de las empresas a través de la responsabilidad social, cumplen un rol importante para lograr la igualdad entre hombres y mujeres y eliminar varias prácticas cotidianas específicamente relacionadas a la distribución del trabajo, la transferencia del poder y toma de decisiones, prácticas que atentan contra la autonomía y el desarrollo pleno de las capacidades de las mujeres.

La desigualdad en el trabajo se presenta mediante: discriminación laboral, brecha salarial, techo de cristal, discriminación estadística, penalización de la maternidad, hostilidad laboral sexual o sexista, entre otras, siguen muy presente en las empresas, y es allí donde las estas pueden intervenir para lograr la equidad. Debe tenerse en cuenta que, en los tiempos actuales, se ha intensificado el trabajo y la precarización, esto genera condiciones que elevan las tensiones en las relaciones de trabajo produciendo mayor violencia laboral, podemos observar como la falta de respeto, atropello, y humillación son frecuentes en las relaciones de trabajo. Además, por efecto de la división sexual del trabajo encontramos más

mujeres en empleos precarios y en formas de trabajo flexible donde la intensificación del mismo es normal sumado al impacto negativo para las mujeres de relaciones de género desequilibradas, entendemos una potenciación de la violencia laboral de género contra las trabajadoras.

Sin embargo, en el ámbito laboral es más notoria la negativa a reconocer que existen estas inequidades, ya que se tiende a una normalización, tolerancia y banalización de tales manifestaciones.

La Norma ISO 26000 – 2010 Guía de Responsabilidad Social, considera dentro de sus principios el respeto a los derechos humanos y la promoción de la igualdad de género y empoderamiento de la mujer. Asimismo, en el ámbito de Naciones Unidas este elemento es considerado también como uno de los objetivos del milenio, siendo un compromiso asumido por la ONU en su agenda 2030 para el desarrollo sostenible —Naciones Unidas, 2015—, y también se viene trabajando para que los Estados y las empresas presten especial atención a la discriminación estructural que enfrentan las mujeres. Por ello, en el aprobado Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos —PNA— 2021-2025 se desarrolló un diagnóstico y una línea de base sobre los derechos de las mujeres basados en los tres pilares de los principios rectores, a saber: el deber de proteger del Estado, la responsabilidad de respetar por parte de las empresas y el acceso a remedios adecuados y efectivos para las personas que resulten afectadas.

De esta manera las organizaciones y empresas deberían crear herramientas que les permita tener un enfoque de desarrollo humano sostenible y un enfoque de género que vayan de la mano con la agenda internacional del desarrollo.

III. ACCIONES QUE REALIZAN LAS EMPRESAS

Vemos en nuestro mercado local que cada vez más empresas incorporan la cuestión del género como parte de su responsabilidad social, pero todavía es de forma escasa y no desarro-

llan con amplitud acciones específicas. Está comprobado que las empresas que dan prioridad de igualdad de género en cada estrategia, mejoran sus niveles de productividad y satisfacción del empleado.

Entre las herramientas que contribuyen a generar oportunidades laborales a la mujer son sin duda el empoderamiento, de la mano de la sensibilización de la organización en estos temas. El empoderamiento permite a la mujer percibirse como capaz y merecedora de ocupar un espacio en la toma de decisiones, y por otro lado la sensibilización permite que se pueda desarrollar en un ambiente armonioso y seguro.

De la misma manera, las empresas pueden reducir patrones socioculturales discriminatorios en la población, sobre todo en aquellos sectores tradicionalmente masculinos. En mi caso, trabajo en una empresa de comercialización de maquinaria pesada cuya actividad es normalizada con una actividad para hombres; sin embargo, a través de las acciones que ha tomado la empresa —como convenios con institutos brindando becas de estudios para mujeres, pasantías, o solicitar que en todo proceso de selección haya participación de mujeres— ha logrado incorporar al sector un grupo importante de mujeres como técnicas mecánicas, con lo cual es un claro mensaje a la sociedad al reconocer que mujeres y hombres podemos desarrollarnos en todas las áreas de la actividad económica.

Otro aspecto importante en el cual puede contribuir la empresa es en la eliminación de sesgos de género que están presentes en nuestra sociedad. Las empresas pueden influir en sus colaboradores a través de diversas herramientas de capacitación y sensibilización difundiendo conceptos inclusivos, y tanto a la diversidad como a la equidad de género.

Asimismo, las empresas pueden comprometerse en la reducción de la violencia hacia las mujeres, especialmente en la erradicación de prácticas como las del hostigamiento sexual que se da en las mismas, y para ello es importante cumplir con todas las obligaciones establecidas por el

Decreto Supremo N° 014-2019-MIMP, norma que reglamenta a la Ley 27942 — Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual.

Reducir la desigualdad, ampliar la participación y erradicar la violencia de género en el mundo empresarial resulta una agenda urgente que no se debe postergar. El marco político está dado, instrumentos y buenas prácticas han sido desarrolladas e identificadas; necesitamos sumar la voluntad de sus líderes para producir los cambios a fin de que construyamos un país sin discriminación y libre de violencia.

IV. ALGUNAS OTRAS ACCIONES

- a) Desarrollar una cultura del trabajo centrada en los aspectos humanos, basada en la seguridad y en la dignidad, en la no discriminación, en la tolerancia, en la igualdad de oportunidades y en la cooperación.
- b) Promover activamente la participación en la organización, que el personal comparta una visión y metas comunes.
- c) Compromiso de la organización a combatir la violencia en el lugar de trabajo, y que la organización fomente que los problemas se compartan y solucionen en grupo.
- d) Que la organización facilite un entorno en el que se reconozcan las iniciativas del personal, se formulen comentarios y se creen oportunidades para el desarrollo personal y profesional a través de un entorno social muy fuerte y positivo.
- e) Publicar una declaración explícita de política en la que se reconozca la importancia de la equidad de género, y la lucha contra la violencia laboral.
- f) Aumentar a través de iniciativas encaminadas a hacer tanto a los gerentes, jefaturas como el resto del personal conscientes de los efectos destructores de la inequidad de género y violencia laboral, y de las ventajas de emprender acciones para eliminarla o reducirla.
- g) Cuota de género para posiciones de liderazgo.
- h) Extensión de licencia de paternidad y de maternidad.
- i) Flexibilidad de horario para hombres y mu-

jes fomentando la corresponsabilidad en las labores de la casa.

V. CONCLUSIONES

- a) Las empresas incorporan la cuestión del género como parte de su responsabilidad social, pero de forma escasa y no desarrollan con amplitud acciones específicas.
- b) Pese a los avances en materia de derechos humanos sobre equidad de género se observa que en el ámbito laboral hay discriminación laboral, brecha salarial, techo de cristal, discriminación estadística, penalización de la maternidad, hostilidad laboral sexual o sexista, etc., siguen muy presentes en las empresas, y es allí donde estas pueden intervenir para lograr la equidad
- c) Es necesario que como sociedad tomemos conciencia de la real situación y contribuyamos a erradicar todo tipo de inequidad y violencia de género, empezando por practicar hábitos que fomenten la igualdad y destierren situaciones de micromachismo, que incuban la violencia cuyo punto más álgido es el feminicidio.

Adaptación de las empresas peruanas a los estándares internacionales en materia de *compliance* corporativo: análisis comparativo e implicancias legales

SERGIO SALINAS RIVAS

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster en *Law and Economics*, Regulación de Infraestructuras, Finanzas Corporativas
por la Universidad de Yale.

DORA PALOMINO CARRIÓN

Abogada por la Universidad San Martín de Porres.
Máster en Gobierno y Gestión Pública por la Universidad San Martín de Porres.

SUMARIO:

- I. Introducción.
 1. Evolución de las regulaciones sobre *compliance* corporativo.
 2. Objetivo del estudio.
- II. Un vistazo a las legislaciones de los Estados Unidos de Norteamérica, Reino Unido, Unión Europea, OCDE y Perú en materia de cumplimiento corporativo.
 1. *Foreign Corrupt Practices Act of 1977* —FCPA— de los Estados Unidos de Norteamérica.
 2. *Bribery Act of 2010* del Reino Unido —UK BA 2010—.
 3. UE – Convenidos de la Unión Europea sobre corrupción.
 4. OCDE, Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE de 1997
 5. Ley 30424 de Perú
- III. Comparación entre las legislaciones de Estados Unidos, Reino Unido, Unión Europea, OCDE y Perú sobre cumplimiento corporativo.
 1. Delitos sancionados por cada legislación.
 2. Ámbito de aplicación territorial.
 3. Ámbito de aplicación subjetiva.
 4. Sanciones.
 5. Programas de cumplimiento corporativo.
 6. Implementación y medios de defensa corporativa.
 7. Elementos del programa de cumplimiento corporativo.
- IV. Implicancia para las empresas peruanas.



RESUMEN:

Este artículo pretende, desde una mirada panorámica, identificar las principales semejanzas y diferencias de las legislaciones comparadas a efectos de medir con mayor certeza las implicancias legales y organizacionales que implica para las empresas peruanas adaptar sus programas de cumplimiento corporativo a las mejores prácticas y estándares internacionales en materia de *compliance* corporativo.

Palabras clave: *compliance*, corporativo, ley 30424, cumplimiento corporativo, derecho comparado.

ABSTRACT:

This article aims, from a panoramic viewpoint, to identify the main similarities and differences in the compared legislations in order to measure with greater certainty the legal and organizational implications for Peruvian companies to adapt their corporate compliance programs to the best practices and international standards in corporate compliance.

Keywords: *compliance*, corporate, law 30424, corporate compliance, comparative law.

I. INTRODUCCIÓN

1. Evolución de las regulaciones sobre Compliance Corporativo.

La vinculación de las empresas privadas a la lucha contra la corrupción es una tendencia global relativamente nueva. Si bien ya, desde 1977, los Estados Unidos de América aprobó la *Foreign Corrupt Practices Act*, ley federal mediante la cual se sancionó a las empresas que paguen sobornos a autoridades de países extranjeros con el objeto de ganar contratos, y se estableció la adopción de programas de cumplimiento corporativo, adecuado a la naturaleza, riesgos, necesidades y características propias de cada empresa, como un medio de defensa válido en el eventual proceso judicial que sea iniciado en contra de dicha empresa por la comisión del delito antes indicado; recién a fines de los años 90 diversos Estados empezaron adoptar el estándar antes indicado mediante la promulgación de disposiciones similares.

Así, tenemos la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de la OCDE de 1997; la *Bribery Act 2010*, del Reino Unido; además, de los distintos convenios del Consejo de la Unión Europea sobre actos de corrupción nacional y/o internacional, en el sector público y/o privado: el Convenio 195 del 25 de junio de 1997, convenio contra actos de corrupción a funcionarios de las comunidades

o Estados miembros de la Unión Europea; Decisión Marco 2003/568/JAI decisión marco relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado; *Treaty 173*, convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa; *Treaty 191*, Protocolo Adicional al Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa; *Treaty 174*, Convenio Civil sobre la Corrupción del Consejo de Europa; y, Recomendación Rec (2003) 4 del Consejo de Europa, reglas comunes contra corrupción en la financiación de partidos políticos y campañas electorales.

América Latina no ha sido ajena a esta corriente. En línea, con estas legislaciones, se promulgaron, entre otras, la Ley 20.393 —2001— que regula responsabilidad penal de la persona jurídica por actos de corrupción en Chile; el Código Orgánico Integral Penal que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Ecuador —2014—; la Ley 1778 —2016—, que regula la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional en Colombia; y, la Ley 30424 —2016—, que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional en Perú.

2. Objetivo del estudio.

Las empresas peruanas, particularmente aquellas que prestan servicios locales a empresas extranjeras, o aquellas que venden sus productos o prestan servicios directamente en los merca-

dos internacionales, no solo deben implementar sus programas de cumplimiento corporativo, conforme a la legislación peruana, sino que, además, deben adaptarlos para recoger las mejores prácticas internacionales recogidas en las principales leyes extranjeras aplicables a sus clientes o mercados de destino, a fin de competir —o incluso acceder— en tales mercados sin restricciones o limitaciones.

Este estudio no pretende realizar un análisis exhaustivo de cada una de las legislaciones comparadas, sino, únicamente, desde una mirada panorámica, identificar sus principales semejanzas y diferencias, a efectos de medir con mayor certeza las implicancias legales y organizacionales que implica para las empresas peruanas adaptar sus programas de cumplimiento corporativo a las mejores prácticas y estándares internacionales en materia de *compliance* corporativo.

Para fines de claridad expositiva, hemos dividido este análisis comparativo en tres secciones. En la primera sección, se presentan brevemente los alcances de las legislaciones en materia de *compliance* corporativo de los Estados Unidos de Norteamérica, Reino Unido, Unión Europea, OCDE y Perú. En la segunda sección, se efectúa una comparación de las legislaciones antes indicadas respecto de sus principales elementos: delitos cubiertos, ámbito de aplicación territorial y subjetiva, sanciones y reglas aplicables a los programas de cumplimiento corporativo. Finalmente, en la tercera sección, se resumen las principales implicancias legales y organizacionales para las empresas peruanas de la adecuación de los programas de cumplimiento corporativo a los estándares internacionales recogidos en las legislaciones antes indicadas.

II. UN VISTAZO A LAS LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA, REINO UNIDO, UNIÓN EUROPEA, OCDE Y PERÚ EN MATERIA DE CUMPLIMIENTO CORPORATIVO

En la presente sección, presentamos una breve descripción de las legislaciones sobre cumplimiento corporativo de los Estados Unidos de

Norteamérica, Reino Unido, Unión Europea, OCDE y Perú, principalmente, sobre los siguientes aspectos: i) delitos cubiertos; ii) ámbito de aplicación territorial o subjetiva; iii) sanciones por la comisión de los delitos cubiertos; y, iv) reglas aplicables a los programas de cumplimiento corporativo.

1. *Foreign Corrupt Practices Act of 1977* — FCPA— de los Estados Unidos de Norteamérica.

La USA FCPA 1977 es una Ley Federal de los Estados Unidos aprobada en 1977. Sus principales características son las siguientes:

- a) **Delitos sancionados:** La USA FCPA 1977 sanciona los actos de corrupción a funcionarios extranjeros —funcionario público extranjero, partido político extranjero y/o funcionario de dicho partido político—. Por otro lado, precisa que no serán considerados delitos: i) el pago realizado para promover una acción gubernamental de rutina, que no implique actos discrecionales por parte del funcionario público extranjero, ii) el pago considerado legal según las leyes escritas del país extranjero; y, iii) el pago realizado como parte de la demostración de un producto o el cumplimiento de una obligación contractual.
- b) **Ámbito de aplicación territorial:** La USA FCPA 1977 se aplica a los delitos cometidos dentro del territorio de los Estados Unidos, y también los cometidos fuera del territorio de los Estados Unidos, en los siguientes supuestos.
 - i. Actos de corrupción cometidos por Empresas Emisoras o por cualquier ciudadano-residente de los Estados Unidos, que sea funcionario, director, empleado o agente de dicha Empresa, realizados fuera del territorio de los Estados Unidos, en apoyo de una oferta, pago o promesa a favor de la Empresa Emisora; y,
 - ii. Actos de corrupción cometidos por ciudadanos-residentes de los Estados Unidos, realizado fuera del territorio de

los Estados Unidos, en apoyo de una oferta, pago o promesa a favor de un *Domestic Concern*.

c) **Ámbito de aplicación subjetiva:** La USA FCPA 1977 es de aplicación subjetiva a:

- i. Empresas emisoras de los Estados Unidos de Norteamérica —empresas que tengan una clase de títulos registrada o tengan la obligación de presentar informes a la Comisión del Mercado de Valores de los Estados Unidos—, y sus funcionarios, directores, y empleados.
- ii. *Domestic concern* —ciudadano-residente de los Estados Unidos; Persona Jurídica constituida bajo leyes de USA o con sede principal en los Estados Unidos; o, que tengan su sede principal en los Estados Unidos—, y sus funcionarios, directores, empleados, agentes y accionistas.
- iii. Personas extranjeras —persona natural y persona jurídica— que se encuentren en el territorio de los Estados Unidos.

d) **Sanciones:** La USA FCPA 1977 contempla sanciones penales —prisión efectiva— y monetarias —multa y/o reparación civil.

- i. Programa de Cumplimiento Corporativo: La USA FCPA 1977 establece que la implementación de Programas de Cumplimiento Corporativo es de carácter voluntario, y que estos Programas podrán ser utilizados por la empresa como un medio de defensa válido en un eventual proceso judicial que se inicie en su contra por la comisión de los delitos que sanciona la referida Ley. Adicionalmente, la USA FCPA 1977 establece disposiciones contables específicas que deben ser aplicadas obligatoriamente por las empresas emisoras.

2. **Bribery Act of 2010 del Reino Unido —UK BA 2010—.**

La UK BA 2010 es la norma principal del Reino

Unido en materia anticorrupción. Sus principales características son las siguientes:

a) **Delitos sancionados:** La UK BA 2010 sanciona los actos de corrupción realizados tanto en el sector público como privado, incluyendo sobornar, ser sobornado y soborno a funcionario público extranjero.

b) **Ámbito de aplicación territorial:** La UK BA 2010 se aplica a los delitos cometidos dentro del territorio del Reino Unido, y también los cometidos fuera del territorio del Reino Unido, en los siguientes supuestos:

- i. Actos de corrupción cometidos fuera del territorio del Reino Unido por personas con estrecha relación con el Reino Unido.
- ii. Actos de corrupción cometidos fuera del territorio del Reino Unido, en nombre de una organización comercial relevante, sin requerir estrecha relación con el Reino Unido para la persona que cometa el delito.

c) **Ámbito de aplicación subjetivo:** La UK BA 2010 es de aplicación subjetiva a:

- i. Personas con estrecha relación con el Reino Unido —ciudadano británico; residente del Reino Unido; y, organismo constituido bajo leyes del Reino Unido o Sociedad Escocesa—;
- ii. Organización Comercial Relevante —Persona jurídica constituida o creada en el Reino Unido o que realiza actividades en dicho territorio—; y,
- iii. Personas Jurídicas o sociedades escocesas.

d) **Sanciones:** La UK BA 2010 contempla sanciones penales —prisión efectiva aproximadamente 12 meses - 10 años— y multas.

e) **Programa de cumplimiento corporativo:** La UK BA 2010 establece el carácter voluntario de la adopción de los programas de cumplimiento corporativo. La adopción de dicho programa constituye medio de de-

fensa válido para la empresa en un eventual proceso judicial que se inicie en su contra.

3. UE - Convenios de la Unión Europea sobre Corrupción.

Son los siguientes convenios y/o normas emitidas por el Consejo de la Unión Europea para disuadir, prevenir y/o penalizar los actos de corrupción, tales como: Convenio 195 del 25 de junio de 1997, convenio contra actos de corrupción a funcionarios de las comunidades o estados miembros de la Unión Europea; Decisión Marco 2003/568/JAI, decisión marco relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado; *Treaty* 173, convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa; *Treaty* 191, Protocolo Adicional al Convenio Penal sobre la corrupción del Consejo de Europa; *Treaty* 174, convenio civil sobre la corrupción del Consejo de Europa; y, Recomendación Rec (2003) 4, reglas comunes contra corrupción en la financiación de partidos políticos y campañas electorales —en adelante, en conjunto, convenios UE sobre corrupción—. Sus principales características son las siguientes:

a) **Delitos sancionados:** Los Convenios UE sobre Corrupción sancionan los siguientes delitos:

- i. Convenio 195 del 25 de junio de 1997, convenio contra actos de corrupción contra funcionarios de las comunidades o estados miembros de la Unión Europea. Sanciona los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios públicos de las Comunidades o Estados Miembros de la Unión Europea.
- ii. Decisión Marco 2003/568/JAI, decisión marco relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.
- iii. *Treaty* 174, convenio civil sobre la corrupción del Consejo de Europa.
- iv. *Treaty* 173, convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa. Sanciona la corrupción en el sector privado.

v. *Treaty* 173, convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa, sanciona el soborno activo y pasivo a funcionarios públicos nacionales y extranjeros, miembros de asambleas públicas, organización pública internacional o supranacional, jueces y agentes de tribunales internacionales, así como, los delitos contables, tráfico de influencias y lavado de activo.

vi. *Treaty* 191, Protocolo Adicional al Convenio Penal sobre la Corrupción Del Consejo De Europa, sanciona el soborno activo y pasivo a árbitros nacionales, y el soborno a árbitros extranjeros. Asimismo, sanciona el soborno a jurados nacionales y/o extranjeros.

vii. Recomendación Rec (2003) 4, reglas comunes contra corrupción en la financiación de partidos políticos, establece reglas comunes contra la corrupción en el financiamiento a partidos políticos y campañas electorales.

b) **Ámbito de aplicación subjetiva y territorial:** Los Convenios UE sobre Corrupción son aplicables cuando:

- i. La infracción se cometa, total o parcialmente, en el territorio del Estado adherido al Convenio UE sobre Corrupción específico —ámbito territorial—.
- ii. El autor de la infracción sea nacional del Estado adherido al Convenio UE sobre Corrupción específico, para los delitos cometidos fuera de su territorio —ámbito subjetivo—.

c) **Sanciones:** Los Convenios UE sobre Corrupción contemplan sanciones penales, monetarias —multa— u otros que defina el Estado adherido al Convenio UE sobre Corrupción específico.

d) **Programas de cumplimiento corporativo:** Ninguno de los Convenios UE sobre Corrupción hace referencia de forma expresa a la implementación de programas de cumplimiento corporativo. Sin embargo, cabe tener presente que en el artícu-

lo 18 del *Treaty* 173¹ y en el artículo 5 de la Decisión Marco 2003/568/JAI² se establece de forma expresa que las personas jurídicas serán responsables cuando los delitos cubiertos se cometieron por su falta de vigilancia o control. *A contrario sensu*, puede entenderse que, es factible que las personas jurídicas limiten su responsabilidad si adoptan medidas de mitigación de riesgos como las usualmente previstas en los programas de cumplimiento corporativo.

4. OCDE, Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE de 1997 —Convención OCDE 1997—.

Es un acuerdo internacional suscrito en París en 1997 por los países miembros de la OCDE, incluyendo Alemania, Chile, Estados Unidos, Brasil, Italia, Bulgaria, Reino Unido, Francia, entre otros, con el objeto de disuadir, prevenir y penalizar los sobornos a funcionarios públicos extranjeros por parte de las personas naturales y/o jurídicas de los Estados miembros de la OCDE y/o de los Estados que voluntariamente se adhirieron a la referida Convención.

Cabe precisar que, el Perú solicitó formalmente a la OCDE su adhesión a esta Convención en el año 2009, lo que se materializó finalmente en el 2018. La implementación de esta Convención en el Perú se realizó mediante la inclusión del delito de Cohecho Transnacional en el Código Penal —Art. 397-A— en enero del 2009 y la pro-

mulgación de la Ley 30424, actualmente vigente, en marzo del 2016.

Sus principales características son las siguientes:

- a) **Delitos sancionados:** La Convención OCDE 1997 sanciona los actos de corrupción a funcionarios públicos extranjeros y el lavado de activos producto de actos de corrupción.
- b) **Ámbito de aplicación territorial:** La Convención OCDE 1997 establece que cada Estado determinará su competencia cuando la infracción haya sido cometida:
 - i. En su territorio, total o parcialmente; o,
 - ii. Por sus nacionales para delitos cometidos en el extranjero.
- c) **Ámbito de aplicación subjetivo:** La Convención OCDE 1997 es de aplicación subjetiva a:
 - i. Nacionales de los Estados miembros de la OCDE y/o Estados adheridos voluntariamente a la Convención OCDE 1997.
 - ii. Personas morales —equivalente a personas jurídicas— de los Estados miembros de la OCDE y/o Estados adheridos voluntariamente a la Convención OCDE 1997.
- d) **Sanciones:** La Convención OCDE 1997 establece que los Estados miembros de la OCDE y/o Estados adheridos a dicha Con-

1. Artículo 18. Responsabilidad de las personas jurídicas:

"2. Aparte de los casos ya previstos en el apartado 1, cada Parte adoptará las medidas necesarias para garantizar que se pueda hacer responsable a una persona jurídica cuando la falta de vigilancia o de control por parte de una de las personas físicas a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible la comisión, por parte de una persona física sometida a su autoridad, de los delitos mencionados en el apartado 1 en beneficio de dicha persona jurídica."

2. Artículo 5 Responsabilidad de las personas jurídicas:

"2. Además de los casos a que se refiere el apartado 1, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que pueda considerarse responsable a una persona jurídica cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas mencionadas en el apartado 1 haya hecho posible que una persona sometida a la autoridad de la persona jurídica cometa en provecho de ésta una infracción del tipo descrito en los artículos 2 y 3."

vención establecerán las sanciones pertinentes para asegurar la responsabilidad de la persona natural y/o persona jurídica. Las sanciones podrán ser: penales —pena privativa de la libertad—; monetarias —multas—; o, de otra índole —inhabilitación temporal o permanente para desempeñar actividades comerciales, entre otros—.

- e) **Programas de Cumplimiento Corporativo:** La Convención OCDE 1997 contempla que los Estados miembros de la OCDE y los Estados adheridos a dicha Convención alienten a sus empresas a adoptar controles para la prevención y detección de los delitos sancionados por dicha Convención. De igual manera, recomiendan utilizar como referencia los lineamientos establecidos en la Guía OCDE de Buenas Prácticas sobre Controles, Ética y Cumplimiento.

5. Ley 30424 de Perú.

La Ley 30424 de Perú fue emitida para implementar las disposiciones de la Convención OCDE 1997 en la legislación nacional, a efectos de regular la responsabilidad administrativa de las empresas por la comisión de actos de corrupción. Sus principales características son las siguientes:

- a) **Delitos sancionados:** La Ley 30424 Perú sanciona diversas modalidades de corrupción a funcionarios públicos nacionales: cohecho activo genérico, colusión simple y agravada, cohecho activo específico, tráfico de influencias, así como la corrupción a funcionarios públicos extranjeros —cohecho transnacional—, el lavado de activos y el financiamiento al terrorismo.
- b) **Ámbito de aplicación territorial:** La Ley 30424 de Perú no contempla expresamente su ámbito de aplicación territorial. En concordancia con las reglas generales previstas en el artículo 2 del Código Penal peruano, sus disposiciones se aplican a delitos cometidos en el Perú, y a los delitos cometidos fuera del Perú, cuando se en-

cuentren dentro de alguno de los siguientes supuestos:

- i. El agente sea funcionario o servidor público en desempeño de su cargo.
 - ii. Atenta contra la seguridad pública, siempre que produzcan sus efectos en el Perú.
 - iii. Agravie al Estado, Poderes del Estado y el orden constitucional o al orden monetario.
 - iv. Sea cometido por un peruano y sea susceptible de extradición según la Ley peruana.
 - v. El Perú está obligado a reprimir conforme a tratados internacionales.
- c) **Ámbito de aplicación subjetiva:** La Ley 30424 de Perú es de aplicación subjetiva a:
- i. Entidades de Derecho privado y sociedades irregulares constituidas bajo la Ley General de Sociedades peruana.
 - ii. Asociaciones, Fundaciones, Comités no inscritos regulados por el Código Civil peruano.
 - iii. Organizaciones no Gubernamentales.
 - iv. Entidades que administran patrimonios autónomos autorizados por la SBS.
 - v. Empresas del Estado Peruano o Sociedades de Economía Mixta.
- d) **Sanciones:** La Ley 30424 de Perú solo contempla sanciones monetarias —multa— y administrativas —inhabilitación, decomiso o disolución— para las empresas. La sanción penal aplicable a la persona natural que comete el delito se encuentra establecida en el Código Penal peruano.
- e) **Programas de cumplimiento corporativo:** La Ley 30424 de Perú establece que la adopción de programas de cumplimiento corporativo es de carácter voluntario y que la empresa quedará exonerada de la aplicación de la sanción administrativa, si demuestra que, con anterioridad a la comisión de los delitos cubiertos por dicha ley, adoptó un programa de cumplimiento corporativo adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características.

III. COMPARACIÓN LEGISLACIONES ESTADOS UNIDOS, REINO O, UNIÓN EUROPEA, OCDE Y PERÚ SOBRE CUMPLIMIENTO CORPORATIVO

En la presente sección, presentamos un análisis comparativo de la USA FCPA 1977, UK BA 2010, Convención OCDE 1997, Convenios UE

sobre Corrupción y Ley 30424-Perú, a efectos de identificar sus principales semejanzas y diferencias.

1. Delitos sancionados por cada legislación.

El siguiente cuadro resume los delitos sancionados en cada legislación:

CUADRO COMPARATIVO DELITOS SANCIONADOS POR CADA LEGISLACIÓN								
Legislación	Delitos							
	Soborno a Funcionario Público Extranjero	Soborno a Funcionario Público Nacional	Soborno a Partidos Políticos y sus Candidatos	Soborno Sector Privado	Soborno a Arbitros y Jurados (nacionales y extranjeros)	Financiamiento al Terrorismo	Lavado de Activos	Delitos Contables
<i>Foreign Corrupt Practices Act of 1997</i> (Estados Unidos)	X		X					X
<i>Bribery Act of 2010</i> (Reino Unido)	X			X				
Convención OCDE sobre Cohecho de Transacciones Internacionales de 1997	X						X	
Convenio de 195 de 25/06/1997 (Convención contra Actos de Corrupción de la Unión Europea)		X						
Decisión Marco 2003/568/JAI (Decisión Marco contra Corrupción Sector Privado de la Unión Europea)				X				
<i>Treaty No. 173</i> (Convenio Penal de la Unión Europea)	X	X		X			X	X
<i>Treaty No. 191</i> (Protocolo Adicional al Convenio sobre la corrupción del Consejo de Europa)					X			
<i>Treaty No. 174</i> (Convenio Civil de la Unión Europea)				X				
Recomendación Rec(2003)4 (Reglas Comunes sobre la corrupción en el financiamiento de partidos políticos en la Unión Europea)			X					
Ley 30424 (Ley de Responsabilidad Administrativa de Personas Jurídicas - Perú)	X	X				X	X	

Del cuadro presentado se puede concluir lo siguiente:

- La Ley 30424 Perú, USA FCPA 1977, UK BA 2010, *Treaty* 173 —Convenio Penal de la Unión Europea— y la Convención OCDE 1997 coinciden en cubrir el delito de corrupción a funcionarios públicos extranjeros;
- La Ley 30424 Perú, Convenio de 195 de 25/06/1997 —Convención contra Actos de Corrupción de la Unión Europea— y

- Treaty* 173 —Convenio Penal de la Unión Europea— coinciden en cubrir el delito de corrupción a funcionarios públicos nacionales.
- La Ley 30424 Perú, la Convención OCDE 1997 y el *Treaty* 173 —Convenio Penal de la Unión Europea— coinciden en cubrir los delitos lavado de activos.
- La Ley 30424 Perú no cubre los siguientes delitos, cubiertos por las otras legislaciones:

- i. Corrupción en el ámbito privado —Art. 2 del *Treaty* 174- Convenio Civil de la Unión Europea; Art. 7 y Art. 8 del *Treaty* 173 - Convenio Penal de la Unión Europea; Art. 2 de la Decisión Marco 2003/568/JAI- Decisión Marco contra Corrupción Sector Privado de la Unión Europea; y, Art. 1, 2 y 14 del UK BA 2010—.
- ii. Corrupción en la financiación a partidos políticos y campañas electorales —numerales 78dd-1, 78dd-2 y 78dd-3 del USA FCPA 1977 y Recomendación Rec (2003) 4 de la Unión Europea—.
- iii. Delitos contables —Art. 14 del *Treaty* 173 - Convenio Penal de la Unión Europea y USA FCPA 1977—.
- iv. Soborno activo y pasivo a árbitros nacionales, y soborno a árbitros extranjeros —Art. 2, Art. 3 y Art. 4 del *Treaty* 191 - Protocolo Adicional al Convenio Penal sobre la corrupción del Consejo de Europea—.
- v. Soborno a jurados nacionales y/o extranjeros —Art. 5 y Art. 6 del *Treaty* 191 - Protocolo Adicional al Convenio Penal sobre la corrupción del Consejo de Europea—.
- e) Ninguna de las legislaciones extranjeras cubre el delito de financiamiento al terrorismo, que sí se encuentra contemplado en la Ley 30424 Perú.

2. Ámbito de aplicación territorial.

El siguiente cuadro resume el ámbito de aplicación territorial en cada legislación:

CUADRO COMPARATIVO ÁMBITO DE APLICACIÓN TERRITORIAL POR CADA LEGISLACIÓN					
Legislación	Criterios				
	En su territorio, total o parcialmente	Fuera del Territorio			
		Ciudadano - Residente	Empresas Locales	En beneficio de una Organización Comercial Relevante	Otros
<i>Foreign Corrupt Practices of 1997</i> (Estados Unidos)	X	X	X		
<i>Bribery Act of 2010</i> (Reino Unido)	X	X	X	X	
Convención OCDE sobre Cohecho de Transacciones Internacionales de 1997	X	X			
Convenio de 195 de 25/06/1997 (Convención contra Actos de Corrupción de la Unión Europea)	X	X			
Decisión Marco 2003/568/JAI (Decisión Marco contra Corrupción Sector Privado de la Unión Europea)	X	X			
<i>Treaty No. 173</i> (Convenio Penal de la Unión Europea)	X	X			
<i>Treaty No. 191</i> (Protocolo Adicional al Convenio sobre la corrupción del Consejo de Europa)	X				
<i>Treaty No. 174</i> (Convenio Civil de la Unión Europea)	X				
Recomendación Rec(2003)4 (Reglas Comunes sobre la corrupción en el financiamiento de partidos políticos en la Unión Europea)	X				
Ley 30424 (Ley de Responsabilidad Administrativa de Personas Jurídicas - Perú)	X				X

Del cuadro presentado se puede concluir lo siguiente:

- a) La Ley 30424-Perú, USA FCPA 1977, UK BA 2010, Convención OCDE 1997 y los Convenios UE sobre corrupción, coinciden en señalar que sus disposiciones son aplicables a las infracciones que se cometan, total o parcialmente, dentro del territorio del respectivo país o países miembros. Si bien el *Treaty* 174 —Convenio Civil de la Unión Europea— y el *Treaty* 191 —Protocolo Adicional al Convenio Penal de la Unión Europea— no establecen expresamente su ámbito de aplicación territorial, estos solo son exigibles en el territorio de los Estados adheridos a los referidos Convenios, en aplicación de las reglas generales de jurisdicción.
- b) La USA FCPA de 1977, UK BA 2010, Convención OCDE 1997, Convenio de 195 de 25/06/1997 —Convención contra Actos de Corrupción de la Unión Europea—, Decisión Marco 2003/568/JAI —Decisión Marco contra Corrupción Sector Privado de la Unión Europea— y el *Treaty* 173 —Convenio Penal de la Unión Europea— coinciden en establecer que sus disposiciones se aplican a las infracciones que se cometan fuera de su respectivo territorio cuando el autor de la infracción sea nacional de los Estados Unidos, Reino Unido y/o del Estado adherido al Convenio UE sobre Corrupción específico o Convención OCDE 1997, según corresponda. En el Perú, de acuerdo con el Código Penal, sus disposiciones se aplican a delitos cometidos fuera del Perú cuando el autor sea un peruano y sea susceptible de extradición según la Ley peruana.
- c) La USA FCPA 1977 y UK BA 2010 coinciden en establecer que también aplican a las infracciones que se cometan fuera de su respectivo territorio cuando el autor de la infracción sea una empresa local de los Estados Unidos y/o Reino Unido, según corresponda. Adicionalmente, la UK BA 2010 aplica a las infracciones cometidas fuera del Reino Unido en nombre de una organización comercial relevante, sin requerir estrecha relación con el Reino Unido para la persona que cometa el delito. No existe regla similar en el Perú.
- d) La Ley 30424 Perú no contempla expresamente su ámbito de aplicación territorial, pero conforme a las reglas generales previstas en el artículo 2 del Código Penal peruano, sus disposiciones se aplican a delitos cometidos en el Perú, y a los delitos cometidos fuera del Perú, cuando se encuentren dentro de alguno de los supuestos indicados en el inciso b) del numeral 5. del apartado II del presente artículo.

3. Ámbito de aplicación subjetiva.

El siguiente cuadro resume el ámbito de aplicación subjetiva en cada legislación:

CUADRO COMPARATIVO ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVA POR CADA LEGISLACIÓN					
Legislación	Criterios				
	Funcionario Comunitario y/o Funcionario Nacional del Estado Miembro	Ciudadano - Residente	Empresas Locales	Personas Extranjeras (naturales o jurídicas) que se encuentren en USA	Partidos Políticos y sus Representantes
<i>Foreign Corrupt Practices Act of 1997</i> (Estados Unidos)		X	X		
<i>Bribery Act of 2010</i> (Reino Unido)		X	X		
Convención OCDE sobre Cohecho de Transacciones Internacionales de 1997		X	X		
Convenio de 195 de 25/06/1997 (Convención contra Actos de Corrupción de la Unión Europea)	X	X	X		
Decisión Marco 2003/568/JAI (Decisión Marco contra Corrupción Sector Privado de la Unión Europea)		X	X		
<i>Treaty No. 173</i> (Convenio Penal de la Unión Europea)	X	X	X		
<i>Treaty No. 191</i> (Protocolo Adicional al Convenio sobre la corrupción del Consejo de Europa)		X	X		
<i>Treaty No. 174</i> (Convenio Civil de la Unión Europea)		X	X		
Recomendación Rec(2003)4 (Reglas Comunes sobre la corrupción en el financiamiento de partidos políticos en la Unión Europea)			X		X
Ley 30424 (Ley de Responsabilidad Administrativa de Personas Jurídicas - Perú)			X		

Del cuadro presentado se puede concluir lo siguiente:

- La USA FCPA 1977, UK BA 2010, Convención OCDE 1997 y los Convenios UE sobre Corrupción, a excepción de la Recomendación Rec (2003) 4 de la Unión Europea — Recomendación Rec (2003) 4 de la Unión
- Las normas indicadas en inciso a) y la Ley 30424-Perú establecen que son de aplicación subjetiva a sus empresas locales.

Europea—, serán aplicables cuando el autor de la infracción sea un ciudadano-residente de la respectiva jurisdicción. No existe regla similar en el Perú.

4. Sanciones.

El siguiente cuadro resume las sanciones contempladas en cada legislación:

CUADRO COMPARATIVO SANCIONES POR CADA LEGISLACIÓN					
Legislación	Criterios				
	Sanciones Monetarias (Multas)	Reparación Civil	Pena Privativa de la Libertad	Sanciones Administrativas (inhabilitación, disolución, decomiso)	Otros que defina el Estado
<i>Foreign Corrupt Practices of 1997</i> (Estados Unidos)	X	X	X		
<i>Bribery Act of 2010</i> (Reino Unido)	X		X		
Convención OCDE sobre Cohecho de Transacciones Internacionales de 1997	X		X	X	X
Convenio de 195 de 25/06/1997 (Convención contra Actos de Corrupción de la Unión Europea)					X
Decisión Marco 2003/568/JAI (Decisión Marco contra Corrupción Sector Privado de la Unión Europea)	X		X	X	X
<i>Treaty No. 191</i> (Protocolo Adicional al Convenio sobre la corrupción del Consejo de Europa)	X		X		X
<i>Treaty No. 174</i> (Convenio Civil de la Unión Europea)		X			
Recomendación Rec(2003)4 (Reglas Comunes sobre la corrupción en el financiamiento de partidos políticos en la Unión Europea)					X
Ley 30424 (Ley de Responsabilidad Administrativa de Personas Jurídicas - Perú)	X			X	

Del cuadro presentado se puede concluir lo siguiente:

- La Ley 30424-Perú, Convención OCDE 1997 y la Decisión Marco 2003/568/JAI — Decisión Marco contra Corrupción Sector Privado de la Unión Europea— coinciden en establecer sanciones administrativas, tales como: inhabilitación, decomiso o disolución.
- La Ley 30424 Perú, USA FCPA 1977, UK BA 2010, Convención OCDE 1997, Decisión Marco 2003/568/JAI —Decisión Marco contra Corrupción Sector Privado de la Unión Europea—, *Treaty* 173 —Convenio Penal de la Unión Europea— y *Treaty* 191 —Protocolo Adicional al Convenio Penal de la Unión Europea— coinciden en establecer sanciones monetarias —multa—.
- La Ley 30424-Perú no contempla las siguientes sanciones, que sí se encuentran contempladas en las otras legislaciones, tales como:
 - Prisión efectiva —USA FCPA 1977, UK BA 2010, Convención OCDE 1997, Decisión Marco 2003/568/JAI, Decisión Marco contra Corrupción Sector Pri-

vado de la Unión Europea, *Treaty* 173, Convenio Penal de la Unión Europea, y *Treaty* 191, Protocolo Adicional al Convenio Penal de la Unión Europea—. En el Perú, la sanción penal aplicable a la persona natural que comete el delito se encuentra establecida en el Código Penal Peruano.

- ii. Reparación Civil —USA FCPA 1977 y *Treaty* 174, Convenio Civil de la Unión Europea—.

5. Programas de cumplimiento corporativo

A continuación, presentamos la comparación de las disposiciones contempladas para los programas de cumplimiento corporativa, divididas en dos secciones: a) implementación y medios de defensa corporativa; y, b) elementos de los programas de cumplimiento corporativo.

6. Implementación y medios de defensa corporativa

El siguiente cuadro resume las reglas aplicables en cada legislación a la implementación de programas de cumplimiento corporativo:

CUADRO COMPARATIVO SANCIONES POR CADA LEGISLACIÓN				
Legislación	Criterios			
	Implementación		Medio Defensa Corporativa	
	Obligatoria	Voluntaria	Medio de Defensa Válido	Eximente de Responsabilidad
<i>Foreign Corrupt Practices of 1997</i> (Estados Unidos)		X	X	
<i>Bribery Act of 2010</i> (Reino Unido)		X	X	
Convenios UE sobre Corrupción	No precisa	No precisa	No precisa	No precisa
Convención OCDE sobre Cohecho de Transacciones Internacionales de 1997	No precisa	No precisa	No precisa	No precisa
Ley 30424 (Ley de Responsabilidad Administrativa de Personas Jurídicas - Perú)		X		X

Del cuadro presentado se puede concluir lo siguiente:

- a) La UK BA 2010, la USA FCPA 1977 y la Ley 30424-Perú establecen el carácter voluntario de la adopción de los Programas de Cumplimiento Corporativo.
- b) La UK BA 2010 y la USA FCPA 1977 coinciden en señalar que la implementación del Programa de Cumplimiento Corporativo constituye un medio de defensa válido

para la empresa en el eventual proceso judicial que se le siga en su contra.

- c) La Ley 30424 Perú establece expresamente que la empresa queda exonerada de la sanción administrativa, si demuestra que, con anterioridad a la comisión de los delitos cubiertos por dicha Ley, adoptó un Programa de Cumplimiento Corporativo efectivo.
- d) Los Convenios UE sobre Corrupción y la Convención OCDE 1997 no establecen dis-

posiciones sobre los criterios evaluados en el Cuadro 5. Sin embargo, la Decisión Marco 2003/568/JAI —la Decisión Marco contra Corrupción Sector Privado de la Unión Europea— y el *Treaty* 173 —Convenio Penal sobre Corrupción de la Unión Europea— establecen de forma expresa que las personas jurídicas serán responsables cuando los delitos cubiertos se cometan por su falta de vigilancia o control. Asimismo, la convención OCDE de 1997 establece de manera general que los Estados deben alentar a sus empresas a adoptar los controles internos para prevenir la comisión de los delitos cubiertos por dicha Convención.

7. Elementos del programa de cumplimiento corporativo

El siguiente cuadro resume las reglas aplicables en cada legislación referidas a los elementos de los Programas de Cumplimiento Corporativo:

CUADRO COMPARATIVO PROCEDIMIENTOS PROGRAMAS CUMPLIMIENTO CORPORATIVO POR CADA LEGISLACIÓN				
Convenios UE sobre Corrupción	USA FCPA 1977	UK BA 2010	Convención OCDE 1997	Ley 30424 Perú
1) No hay disposición sobre este criterio	1) Se puede utilizar como referencia los procedimientos contenidos en las Guías del BA 2010, los cuales son los siguientes: a) Procedimiento de evaluación de riesgos b) Compromiso de Alta Gerencia c) Debida diligencia de las personas asociadas existentes o potenciales d) Entrega u otorgamiento de regalos, gastos de representación y donaciones e) Términos y condiciones para la contratación directa e indirecta f) Controles financieros y comerciales g) Transparencia de las transacciones y divulgación de la información h) Toma de decisiones (separación de funciones y prevención de conflictos de interés) i) Información detallada de procedimientos disciplinarios y sanciones por incumplimiento del Protocolo j) Procedimiento de Denuncia Interna k) Procedimiento de Difusión del Protocolo l) Seguimiento, Revisión y Evaluación de los procedimientos de prevención de soborno	1) Se puede utilizar como referencia los procedimientos contenidos en las Guías del BA 2010, los cuales son los siguientes: a) Procedimiento de evaluación de riesgos b) Compromiso de Alta Gerencia c) Debida diligencia de las personas asociadas existentes o potenciales d) Entrega u otorgamiento de regalos, gastos de representación y donaciones e) Términos y condiciones para la contratación directa e indirecta f) Controles financieros y comerciales g) Transparencia de las transacciones y divulgación de la información h) Toma de decisiones (separación de funciones y prevención de conflictos de interés) i) Información detallada de procedimientos disciplinarios y sanciones por incumplimiento del Protocolo j) Procedimiento de Denuncia Interna k) Procedimiento de Difusión del Protocolo l) Seguimiento, Revisión y Evaluación de los procedimientos de prevención de soborno	1) Se puede utilizar como referencia los lineamientos contenidos en la Guía OCDE de Buenas Prácticas Sobre Controles, Ética y Cumplimiento, los cuales son: a) Política empresarial articulada y transparente que prohíba el cohecho internacional b) Compromiso de Alta Gerencia c) Vigilar los programas de ética y cumplimiento concernientes al cohecho d) Políticas para áreas específicas de riesgos (regalos, hospitalidad, agasajos al cliente y gastos de representación, viajes de clientes, contribuciones políticas, donaciones para fines benéficos y patrocinios, e instigación y extorsión) e) Tener un sistema de procedimientos financieros y contables f) Tener un Procedimiento de Denuncia Interna g) Capacitar al personal de la empresa h) Procedimientos disciplinarios adecuados para abordar en todos los niveles de la compañía	1) Debe contener los requisitos mínimos previstos en el Art. 34 Reglamento Ley 30424: a) Identificación, evaluación y mitigación de riesgos b) Supervisión a cargo de un Oficial de Cumplimiento c) Implementación de procedimientos de denuncia d) Difusión y capacitación periódica del Modelo de Prevención (MP) e) Evaluación y monitoreo continuo del MP f) Políticas para áreas específicas de riesgos (pagos facilitación, regalos, donaciones, contribuciones a campañas políticas) g) Registro de actividades y controles internos h) Integración del MP en los procesos comerciales de la persona jurídica i) Mejora continua del MP

CUADRO COMPARATIVO OTRAS REGLAS ESPECÍFICAS APLICABLES A LOS PROGRAMAS CUMPLIMIENTO CORPORATIVO POR CADA LEGISLACIÓN				
	Convenio UE sobre corrupción	USA FCPA 1977	UK BA 2010	Convención OCDE sobre Cohecho
I) Disposiciones Contables	1) Los Estados deberán solicitar la comprobación por parte de los auditores que las cuentas anuales de las empresas sean una imagen fiel de su situación financiera. <i>Treaty No. 174</i> (Convenio Civil sobre la Corrupción de la Unión Europea)	1) Las Empresas Emisoras deben implementar las siguientes medidas contables: a) Tener libros y registros con el detalle de las transacciones y activos; b) Adoptar un sistema de control contable que garantice que: i) Las transacciones se ejecutan de acuerdo con la autorización general o específica de la Dirección ii) La comparación de los activos registrados contablemente con los existentes iii) La preparación de los estados financieros de conformidad con los principios contables aceptados c) Influir en las Empresas Locales y/o Extranjeras en las que 50% del poder de voto a adoptar las medidas contables antes indicadas	1) No hay disposiciones sobre este criterio	1) Cada Estado deberá tomar las medidas necesarias para prohibir: a) La creación de cuentas no asentadas en libros contables; llevar una doble contabilidad o transacciones identificadas de manera inadecuada b) El registro de gastos inexistentes y/o de pasivos con identificación incorrecta c) Uso de documentos falsos por parte de las empresas
	2) Cada Estado dispondrá en su derecho interno de lo siguiente: a) Las donaciones de las personas morales a los partidos políticos sean asentadas en su información contable b) Los accionarios o todo miembro individual de la persona moral estén al tanto de la donación c) Limitar, prohibir o reglamentar las donaciones de personas morales que suministran bienes o servicios a las administraciones públicas d) Prohibir que las personas jurídicas controladas por el Estado u otros poderes públicos den donaciones a partidos políticos e) Introducir reglas que fijen límites al valor de las donaciones a partidos políticos f) Asegurar la transparencia de las donaciones y evitar donaciones secretas Recomendación Rec(2003)4 (Reglas Comunes sobre la corrupción en la financiación de partidos políticos de la Unión Europea)	2) No hay disposiciones sobre este criterio	2) No hay disposiciones sobre este criterio	2) La empresa debe establecer reglas fijas de autorregulación si realiza contribuciones políticas (Art. 37 Reglamento Ley 30424)
II) Donaciones a Partidos Políticos				
III) Validez Contratos	3) Los Estados deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar la nulidad de todo contrato o de toda cláusula contractual que tenga por objeto un acto de corrupción. <i>Treaty No. 174</i> (Convenio Civil sobre la Corrupción de la Unión Europea)	3) No hay disposiciones sobre este criterio	3) No hay disposiciones sobre este criterio	3) Este mecanismo no se encuentra contemplado en la Ley 30424 de Perú
IV) Otros Procedimientos Específicos		4) Establecer reglas sobre Viajes a Funcionarios Extranjeros; Contribuciones Benéficas; y, Contrataciones con Terceros	4) Establecer reglas sobre Gastos de Representación; Supervisión y Revisión (Auditoría Externa); y, Donaciones Benéficas	4) Establecer reglas sobre capacitación a socios comerciales; Traducción de la Política Corporativa; Medidas sobre Viajes, Contribuciones Políticas y Donaciones; Medidas Contables; y, Fusiones y Adquisiciones

De los cuadros antes indicados se puede concluir lo siguiente:

- a) Ley 30424 Perú, USA FCPA 1977, UK BA 2010 y la Convención OCDE 1997 coinciden en que los Programas de Cumplimiento Corporativo deben contemplar lo siguiente:
 - i. Procedimientos de prevención acorde al tamaño, naturaleza y riesgos asociados a la empresa
 - ii. Compromiso de la Alta Dirección
 - iii. Procedimientos de detección y denuncia
 - iv. Procedimientos de supervisión y evaluación de las medidas contenidas en el Programas de Cumplimiento Corporativo.
 - v. Procedimientos de difusión del Programas de Cumplimiento Corporativo.
 - vi. Procedimientos disciplinarios y sancionadores por incumplimiento del Programas de Cumplimiento Corporativo.
 - vii. Capacitación al personal de la empresa.
- b) Sin embargo, existen procedimientos específicos que no se encuentran previstos en la Ley 30424 Perú:
 - i. Controles contables y financieros: La USA FCPA 1977, Convención OCDE 1997 y *Treaty 174* —Convenio Civil sobre Corrupción de la Unión Europea— establecen disposiciones contables específicas que deben ser aplicadas obligatoriamente por las Empresas Emisoras de los Estados Unidos o los Estados adscritos a dicha Convención, según corresponda. Por ejemplo: asegurar la independencia de los auditores externos; prohibir el establecimiento de cuentas *off-the-books*, operaciones *off-the-books* o inadecuadamente identificadas; entre otros. La Ley 30424 Perú solo establece una obligación general a cargo de las empresas de implementar controles financieros y comerciales adecuados;
 - ii. Financiamiento a Partidos Políticos: La *Recommendation Rec* (2003) —Reglas

Comunes sobre la corrupción en la financiación de partidos políticos de la Unión Europea— contempla medidas específicas para la financiación de partidos políticos. La Ley 30424 Perú solo contempla la obligación general de implementar reglas específicas de autorregulación en caso las empresas realicen contribuciones políticas;

- iii. Validez de Contratos: El *Treaty 174* —Convenio Civil de la Unión Europea— contempla que los Estados deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar la nulidad de todo contrato o de toda cláusula contractual que tenga por objeto un acto de corrupción. Este mecanismo no se encuentra contemplado en la Ley 30424 Perú.
- iv. Otros procedimientos específicos: La USA FCPA 1977, UK BA 2010 y Convención OCDE 1997 establecen procedimientos específicos que no se encuentran previstos en la Ley 30424, tales como: Traducción de la Política Corporativa; Medidas sobre sobre Viajes, Contribuciones Políticas y Donaciones; Medidas sobre viajes a Funcionarios Extranjeros; Contribuciones Benéficas, Gastos de Representación; otros.

IV. IMPLICANCIAS PARA LAS EMPRESAS PRIVADAS PERUANAS

La adecuación de las empresas peruanas a las principales legislaciones extranjeras supone tomar en cuenta los siguientes pasos y consideraciones:

- a) Adaptar el programa de cumplimiento corporativo de la respectiva empresa local a las legislaciones extranjeras, en lo que resulte pertinente a sus actividades, con el objeto de recoger las mejores prácticas internacionales en materia de *compliance* corporativo.
- b) Los alcances de la adaptación dependen de la legislación extranjera a la cual se pre-

tenda adaptarse. Usualmente, los clientes extranjeros requieren a sus contrapartes o proveedores peruanos adoptar los estándares en materia *compliance* corporativo aplicables bajo la ley de su domicilio o del mercado de destino.

c) La adaptación a las principales normas extranjeras en materia de *compliance* corporativo supone ampliar los alcances del Programa de Cumplimiento Corporativo para, en esencia, cubrir los siguientes aspectos:

- i. Incorporar los delitos no previstos en la Ley 30424-Perú, tales como: corrupción en el ámbito privado —convenio civil sobre corrupción de la Unión Europea; Convenio Penal sobre Corrupción de la Unión Europea; la Decisión contra Corrupción Sector Privado de la Unión Europea; y, *Bribery Act* 2010 del Reino Unido; Corrupción a Partidos Políticos Extranjero, sus funcionarios y candidatos —Reglas Comunes contra Corrupción de la Unión Europea; y, la *Foreign Corrupt Practices of 1977* de los Estados Unidos—; Delitos Contables —Art. 14 Convenio Penal sobre Corrupción de la Unión Europea—; soborno activo y pasivo a Árbitros Extranjeros —Protocolo Adicional Convenio Penal sobre Corrupción de la Unión Europea—; y, Soborno a Jurados nacionales y/o extranjeros —Protocolo Adicional Conve-

nio Penal sobre Corrupción de la Unión Europea—.

- ii. Incorporar nuevas medidas de mitigación preventivas, detectivas, correctivas y de supervisión para prevenir, detectar o eliminar la ocurrencia o materialización de los riesgos de comisión de los delitos indican en i, tomando como referencia los lineamientos de las normas extranjeras.
- iii. Efectuar los ajustes organizacionales en la empresa que sean requeridos, particularmente en el área de prevención y cumplimiento normativo, para la adecuada implementación y control de las nuevas medidas de mitigación preventivas, correctivas y/o detectivas del Programa de Cumplimiento Corporativo.

Cabe precisar que la adaptación a las normas extranjeras de materia *compliance* es voluntaria por parte de las empresas peruanas, usualmente a consecuencia de compromisos de naturaleza contractual asumidos por la empresa local frente a sus clientes, pues no se encuentran dentro de su ámbito de aplicación territorial ni subjetiva, salvo cuando las empresas locales operen directamente en mercados extranjeros. Es apropiado evaluar/revisar caso por caso para determinar alcance de las actividades realizadas por las empresas peruanas y las contingencias asociadas al *compliance* corporativo.

Pasando el sombrero: una revisión del *double-hatting* desde la experiencia internacional y su influencia en la concentración de funciones dentro del circuito arbitral peruano

GIORGIO SCHIAPPA-PIETRA FUENTES

Abogado por la Universidad de Lima.
Maestría en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima.
Posgrado en Habilidades de Negociación y Resolución de Conflictos por Centrum Business School.
Posgrado en Arbitraje Comercial Internacional y de Inversiones por The Washington College of Law de American University

JACKELINE MEJÍA DOLORES

Egresada de la facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.



SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Conceptos básicos.
- III. *Double-hatting* y *soft law*.
- IV. Casuística relacionada al *double-hatting*: observando la experiencia internacional.
 1. Suez versus Argentina.
 2. W Limited versus M SDN BHD.
 3. Exeteco International Company versus Perú.
 4. Telekom Malaysia versus Ghana.
 5. V. Vito G. Gallo versus Canadá.
- V. Estadísticas con respecto al fenómeno del *double-hatting*.
- VI. El arbitraje comercial nacional y de contrataciones en el Estado: ¿Recurrencia de personalidades?
- VII. Conclusiones.

RESUMEN:

El *Double-hatting* en el “ejercicio abierto de la función arbitral”, se entiende como la premisa de un reflejo de la libertad de designación y la misma libertad de aceptación del encargo para arbitrar que ha tenido una gran influencia a nivel internacional y que se ha ido extendiendo alrededor del mundo. En ese sentido, el presente artículo brindará una perspectiva respecto de la influencia que ha obtenido en la concentración de funciones del circuito arbitral peruano.

Palabras clave: International Bar Association — IBA, arbitraje, arbitraje internacional, *double-hatting*, *soft law*.

ABSTRACT:

The *Double-hatting* in the “open exercise of the arbitration function” is understood as the premise of a reflection of the freedom of appointment and the same freedom of acceptance of the assignment to arbitrate that has had a great influence internationally and has been spreading around the world. In this sense, this article will provide a perspective on the influence it has had on the concentration of functions in the Peruvian arbitration circuit.

Keywords: International Bar Association — IBA, arbitration, international arbitration, *double-hatting*, *soft law*.

I. INTRODUCCIÓN

Los fenómenos e incidencias en el arbitraje son manifestaciones producto de un sistema en constante adaptación a los nuevos tiempos. La práctica cotidiana en épocas de pandemia ha puesto en relieve situaciones dentro del panorama del arbitraje que incluso pueden ser estimadas como patologías.

El *double-hatting*, como no, se ha vuelto un tema de menudo análisis durante los tiempos de encierro; y es que esta noción que comenzó a ser observada en el seno de los debates anglosajones puede definirse de manera artesanal como el ejercicio simultáneo de funciones sobre cuestiones similares que pueden —o no— afectar la imparcialidad de los actores del arbitraje en el ejercicio de sus funciones.

Al respecto, esta recurrente “puerta giratoria”, como es conocida popularmente en los terrenos de debate profesional en la materia, conlleva a una serie de reflexiones necesarias como aporte al debate para establecer un parámetro sobre esta figura en el marco de la práctica nacional, puesto que Perú no está exento de esta manifestación, siendo que, en la propia naturaleza del arbitraje doméstico —particularmente en lo que se refiere al arbitraje comercial y al de contrataciones del Estado—, vemos una recurrencia de papeles ejercidos por profesionales conocidos.

En el presente trabajo, se pone bajo la lupa la actuación reiterativa de los profesionales del arbitraje en territorio peruano, teniendo en cuenta la idea de un “ejercicio abierto de la función arbitral”, entendiéndose esta premisa como un reflejo de la libertad de designación y la misma libertad de aceptación del encargo para arbitrar. No obstante, la recurrencia de nombres en la labor de arbitro, la de abogado e incluso la de perito legal, nos lleva a pensar que dicho concepto es más bien una ficción y que, la concentración de casos de importante envergadura y complejidad, recaen usualmente en los mismos profesionales, estudios de abogados y especialistas, asunto que es sin duda legal, pero que termina haciendo que un circuito que es, en la teoría, abierto; resulte ser, en la práctica, cerrado y que incluso comienza a generar un peligroso panorama en la creación de precedentes y jurisprudencia arbitral por un reducido grupo de abogados involucrados en el enfrentamiento o en la decisión de dichas controversias.

En atención a lo antes señalado, es que se ha procurado hacer un análisis trasversal por dicha figura, iniciando con algunas ideas con relación al impacto de la necesaria implementación del uso de la tecnología, producto de la pandemia mundial que se vive, como herramienta para la supervivencia y legitimación de varios de los más importante principios del arbitraje

mundial, pasando luego por una exploración en el uso del *soft law* y una revisión de doctrina, jurisprudencia y estadística de la figura del *double-hatting* a nivel comparado y finalizando con reflexiones, así como aportes que hemos procurado los autores, para una correcta moderación de este fenómeno en el arbitraje nacional, con proyección a una real y sincera apertura del circuito peruano, en la búsqueda de descongestionar los papeles en el arbitraje, que recaen en un reducido grupo de expertos en este campo.

II. CONCEPTOS BÁSICOS

Recientemente se viene hablando de la figura del *double-hatting* o, como se conoce en castellano, “el doble sombrero”, el mismo que recoge dos perspectivas: la primera se enfoca en el árbitro, cuando este se convierte en abogado de una de las partes en un proceso distinto, y la segunda atiende al abogado, cuando es designado como árbitro en un proceso distinto¹. En otras palabras, existe una dualidad de roles, ambos designados por una de las partes involucradas en distintos procesos arbitrales y en papeles distintos.

Las consecuencias de este fenómeno se reflejan cuando numerosos arbitrajes se concentran en un pequeño grupo de profesionales, ya sea como abogados o como árbitros. Sumado a ello, el *double-hatting* podría ser considerado un ejemplo de conflicto de intereses, incidiendo particularmente en los principios de impar-

cialidad e independencia que rigen el arbitraje, teniendo en cuenta que el primero nace desde un punto de vista objetivo basado en la conexión entre el árbitro y las partes, a diferencia del segundo que tiene un carácter subjetivo frente a la controversia materia del arbitraje², siendo la imparcialidad la más evidente, puesto que el conflicto de intereses entre la parte y el árbitro es fácilmente corroborable.

Por otro lado, el *double-hatting* como la representación más factible de un posible conflicto de intereses, conllevaría a generar dudas razonables y significativas debido a la trascendencia de la imparcialidad e independencia como elementos inherentes al desempeño del árbitro como agente que imparte justicia, derivando ello en una posible recusación que, en numerosas ocasiones, es utilizada por la parte menos interesada en seguir con el caso como herramienta para dilatar el arbitraje, afectando así al principio de celeridad y defraudando, de cierta manera, las expectativas de agilidad procesal de la contraparte interesada.

Frente a ello, la regulación más específica que limita el *double-hatting* está estructurada en el código de arbitraje deportivo del Tribunal Arbitral del Deporte³ — TAS, donde se ubica el literal C acerca de “El Tribunal Arbitral del Deporte”, específicamente en el apartado S18, que en el año 2021 fue modificado⁴ *in fine*, ampliando así la regulación sobre “Árbitros y Mediadores” en donde se menciona que: “*Los árbitros y mediadores/as del TAS no podrán actuar como aboga-*

1. Langford, Malcolm, Behn, Daniel y Lie, Runar, "The Ethics and Empirics of Double Hatting". *ESIL Reflections Vol. 6 No. 7* (2017): <https://doi.org/10.2139/ssrn.3008643>
2. Alonso Puig, José. 2007. “Los árbitros: Selección, Recusación Y Reemplazo”. *THEMIS Revista de Derecho* 53 (2007): 161 <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8855>
3. Conforme al Código de arbitraje deportivo, el Tribunal Arbitral del Deporte (TAS de acuerdo con sus siglas en francés) es uno de los órganos creados con la finalidad de resolver conflictos en materia deportiva a través del arbitraje y/o mediación, al cual las entidades deportivas podrán someterse, en cumplimiento con sus reglamentos, estatutos o acuerdos específicos.
Además, el TAS está conformado por la Cámara de arbitraje ordinario, la Cámara antidopaje y la Cámara de arbitraje de apelación y es la Secretaría del TAS quien deriva los procedimientos arbitrajes a la cámara que corresponda.
4. Modificación del Código de arbitraje deportivo:
https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Article_S18_CAS_Code__2021_.pdf

*dos o expertos de una parte ante el TAS*⁵. Lo que demuestra que la regulación no acarrea consecuencias contra la especialidad del arbitraje, es decir, ejecutar la restricción de esta dualidad de roles es independiente de la correcta y equitativa designación de árbitros de acuerdo con su especialidad.

Asimismo, existen normas que, si bien no determinan literalmente una postura sobre *double-hatting*, sí hacen hincapié en el deber que tienen los árbitros para comunicar cualquier situación que pueda poner en juego su imparcialidad e independencia, siendo este un primer paso a lo mencionado líneas arriba.

Un claro ejemplo en la normativa internacional es la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional — CNUDMI, la cual establece en su artículo 11 en cuanto al nombramiento de árbitros que: *“(...) Al nombrar un árbitro, el tribunal u otra autoridad tendrá debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro por el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. (...)”*⁶.

En esa misma línea, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional — CCI, en su artículo 11 detalla lo siguiente: *“La persona propuesta como árbitro debe dar a conocer por escrito a la Secretaría cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vis-*

*ta de las partes, de poner en duda su independencia, así como cualquier circunstancia que pudiere dar lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad”*⁷.

Ante ello, se presenta un escenario interesante en el cual se puede apreciar que en la práctica nacional, en donde la designación de un árbitro puede recaer en cualquier abogado —si nos encontramos dentro de la esfera del arbitraje de derecho, como son buena parte de los casos dentro del circuito arbitral peruano—, podríamos entender entonces que estamos frente a un circuito abierto para la constitución de tribunales arbitrales; lo cierto es que en el ejercicio cotidiano, estos procedimientos no son del todo reales, y ello debido a que por distintas variables relacionadas a reputación, experiencia y conocimiento, las designaciones arbitrales recaen usualmente en los mismos profesionales del derecho, siendo posible encontrar a los mismos abogados como árbitros en la mayoría de casos importantes en el marco de procesos institucionales y ad hoc. Esto nos lleva a pensar que, si bien la libertad de designación y la autonomía de la voluntad de las partes enmarcan al arbitraje doméstico como abierto, este en realidad no sería tanto así. Esta información es completamente verificable acudiendo al faro de transparencia de la Cámara de Comercio de Lima⁸, o incluso a los reportes de árbitros realizados por la iniciativa internacional conocida como *Arbitrator Intelligence*, que permiten apreciar la cantidad de casos que recaen sobre cier-

5. Código de arbitraje deportivo actualizado: https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Codigo_del_TAS_2021__ESP_.pdf
6. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con enmiendas adoptadas en 2006, Nombramiento de Árbitros, aprobado el 7 de julio de 2006, Artículo 11, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf
7. Cámara de Comercio Internacional, *Reglamento de Arbitraje de la CCI*, Disposiciones generales, aprobado el 1 de enero de 2021, Artículo 11, <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/05/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-spanish-version.pdf>
8. El faro de transparencia de la Cámara de Comercio de Lima es la plataforma mediante la cual se brinda acceso a información sobre casos administrados por la CCI, tales como la lista de árbitros nacionales e internacionales que son parte de la institución, Laudos anulados, Reseñas de laudos en materia comercial, entre otros. Información completa en el siguiente enlace: <https://www.arbitrajeccl.com.pe/tipo-de-consultas>.

tos profesionales, que no son pocos, sin perjuicio de que actúan también como abogados en casos donde estas mismas partes son recurrentes como litigantes.

En ese orden de ideas, nos preguntamos, ¿estas prácticas atentan necesariamente contra la imparcialidad e independencia? La respuesta, desde nuestro análisis, es un contundente “depende”, ello debido a que no está restringido que el abogado actúe como decisor privado en el marco del arbitraje, siempre y cuando no se presente una relación de subordinación de interés entre el árbitro y la parte que lo designa para efectos de resolver la controversia.

Sobre este enfoque, un remedio que se viene aplicando para ampliar el espectro de designación de árbitros es la recurrencia a profesionales extranjeros que cuentan con sendas credenciales de ética y experiencia para garantizar arbitrajes resueltos adecuadamente, evitando así la concentración de designaciones en los mismos abogados que pueden llegar a tener un caudal de casos en giro que puede resultar “humanamente inmanejable”.

En relación con lo anteriormente señalado, debemos precisar que la crisis sanitaria causada por la pandemia del COVID-19 nos ha permitido a todos los usuarios del arbitraje utilizar la tecnología como un instrumento eficiente en el manejo de casos, y ello beneficia a las partes con la posibilidad de designar profesionales de cualquier parte del mundo que cumplan con los requisitos indispensables para su nombramiento con una significativa reducción de costos de traslado, así como un mejor manejo de presupuesto en la presentación de escritos y audiencias, para lo cual se publicaron importantes

guías como el Protocolo de Seúl⁹, Información tecnológica en Arbitraje Internacional¹⁰, entre otros. La virtualidad en el arbitraje llegó para quedarse; los actores de todos los escenarios relacionados con disputas deben asegurar la protección necesaria contra peligros informáticos como el *phishing*, *ransomware*, *malware*, entre otros. Frente a estas amenazas, se podrán aplicar estas novedosas herramientas del *soft law* para poder continuar con las buenas prácticas y facilitar así la instrumentalidad de la tecnología, aún cuando vamos retornando paulatinamente a la celebración de actuaciones presenciales.

Dicho esto, podemos deducir, entonces, que el *double-hatting* es una situación del día a día que puede incentivar la concentración de procesos arbitrales a un escaso grupo de árbitros, que en algunos casos también son abogados de parte en procesos distintos con partes recurrentes, lo que podría conllevar a que su imparcialidad no resulte totalmente confiable, y aunque se pretende propiciar la transparencia de información, las estadísticas que expondremos en los párrafos siguientes, permiten cuestionar dicha concepción.

III. *DOUBLE-HATTING* Y *SOFT LAW*

Continuando con el desarrollo de las ideas plasmadas, no es bizantino hacer nuevamente referencia al *soft law*, para ello debemos definirlas, ante todo, como conjunto de disposiciones con carácter orientador y con aplicación optativa a decisión de las partes.

Entendido lo anterior, resulta recomendable desde nuestra perspectiva —atendiendo a la complejidad del caso y a las necesidades de las partes que éstas opten por incluir derecho

9. El Protocolo de Seúl fue promovido por el Korean Commercial Arbitration Board (KCAB) mediante el cual se presentan directrices sobre el desarrollo del proceso arbitral a través de videoconferencias, incluyendo las especificaciones técnicas que estas conllevan. Información completa en el siguiente enlace: <https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2020/04/Seoul-Protocol-on-Video-Conference-in-International-Arbitration.pdf>.

10. La Información tecnológica en Arbitraje Internacional fue creada por la International Chamber of Commerce (ICC), en la cual se desarrollan temas como la incorporación de la IT, problemas durante los procesos arbitrales y demás temas relevantes. Información completa en el siguiente enlace: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/icc-information-technology-in-international-arbitration-icc-arbitration-adr-commission.pdf>

blando en las reglas para la resolución de sus controversias en el fuero arbitral, para así garantizar una óptima conducción por parte de los tribunales y mejores prácticas dentro de la consecución de actuaciones.

Además, el fenómeno del *soft law* ha cobrado notable relevancia en el seno de la práctica profesional, no sólo de distintas disciplinas del campo jurídico —como son el derecho internacional, las normas de la Unión Europea, el derecho laboral o el administrativo—, sino también en la moderna ciencia política e, incluso, en la propia filosofía política¹¹.

Sumado a ello, se les considera como una fuente del derecho internacional, pese a no representar carácter obligatorio, aunque, si simbolizan indirectamente un modelo para los parlamentos nacionales en la creación de legislación y —más específicamente en la práctica del arbitraje— tiene incidencia directa en cada laudo en el que se aplique¹².

Es así que, como ejemplo de la importancia del derecho blando en la práctica doméstica e internacional, las directrices de la International Bar Association —IBA recogen los mejores procedimientos respecto de los siguientes asuntos medulares en la labor arbitral:

- a) Obtención de pruebas en Arbitraje Internacional —1999: Incorpora disposiciones acerca de lo que involucra los medios probatorios en arbitraje, a saber, declaraciones de peritos, testigos, exhibición de documentos, entre otros.
- b) Conflicto de intereses en Arbitraje Internacional —2004: Goza de una amplia aceptación para su uso como guías en la evaluación de los criterios de imparcialidad e independencia en el arbitraje internacional y doméstico de los países en los que se ha aceptado su uso.

- c) Redacción de cláusulas en Arbitraje Internacional —2010: Enfocadas a lograr cláusulas efectivas en el arbitraje, explicando qué elementos tienen carácter obligatorio u opcional, de tal manera que se pueda prevenir alteraciones durante el proceso.
- d) Pautas sobre representación de partes en Arbitraje Internacional —2013: Desarrolla las posibilidades en las que una norma internacional pueda influir negativamente en la representación de las partes dentro del procedimiento arbitral, haciendo hincapié en los fundamentos de equidad e integridad, pudiendo ser aplicado por árbitros, abogados y las partes.

Para una mejor comprensión de la adecuada aplicación de estas directrices, nos permitimos hacer mención del denominado “semáforo de la International Bar Association —IBA”, en cuyos listados de colores —renunciabiles e irrenunciabiles —, se enmarcan las principales causales de renuncia o recusación de un árbitro, respecto a su relación con el resto de los operadores en el arbitraje y la práctica profesional:

- a) Listado rojo irrenunciable: enumeración no exhaustiva, cuyos supuestos pueden generar conflicto de intereses, donde la aceptación de partes sobre la situación en cuestión no será ejecutable.
- b) Listado rojo renunciabiles: enumeración no exhaustiva, cuyos supuestos pueden generar conflicto de intereses, y su aplicación depende de las partes, quienes conociendo la situación deberán llegar a un consenso.
- c) Listado naranja: enumeración no exhaustiva, sí es susceptible de crear conflictos de interés, dependiendo de la parte que lo aluda.
- d) Listado verde: enumeración menos exhaustiva objetivamente, no susceptible de crear conflicto de intereses.

11. Kaufmann-Kohler, G., Basedow, J., Fernández, A. D., & Moreno, R. J. La codificación y la normatividad del *soft law* en el arbitraje internacional. (2010): 107-127.

12. Alarcón García Gloria, El *soft law* en nuestro sistema de fuentes, en J. Arrieta Martínez De Pisón, M.A. Collado Yurrita, J.J. Zornoza Perez, Tratado sobre la Ley General Tributaria. Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo. (2010): 271-298.

Con relación a estas listas, procedemos a mencionar las premisas que establecen supuestos relacionados al *double-hatting*:

a) Listado rojo irrenunciable

- i. Existe identidad entre una de las partes y el árbitro, o el árbitro es representante legal o empleado de una persona jurídica parte en el arbitraje.

El árbitro o su bufete de abogados asesora con regularidad a una parte, o a una entidad afiliada con ésta, y el árbitro o su bufete de abogados perciben por esta actividad ingresos significativos.

b) Listado rojo renunciabile

- i. El árbitro actualmente representa o asesora a una de las partes o a una entidad afiliada de una de las partes.
- ii. El árbitro actualmente representa o asesora al abogado o al bufete de abogados que representa a una de las partes.
- iii. El árbitro asesora de manera regular a una de las partes, o a una afiliada de una de las partes, pero ni el árbitro ni su bufete de abogados obtienen ingresos significativos por ello.

c) Listado naranja

- i. Dentro de los tres años anteriores, el árbitro fue abogado de una de las partes o de una afiliada de éstas, o anteriormente fue consultado o asesoró en un asunto, independiente del de la causa, a la parte que lo designó como árbitro o a una afiliada de ésta, pero no hay relación continuada entre el árbitro y la parte o su afiliada.
- ii. Dentro de los tres años anteriores, el árbitro fue abogado contra una de las partes o contra una afiliada de éstas en un asunto independiente del de la causa.

Se colige de lo presentado que, la aplicación de directrices puede formar parte de la argumentación de las partes involucradas en el arbitraje, de tal manera que acordar la inclusión de estas al proceso, no implica una desigualdad en la defensa.

IV. CASUÍSTICA RELACIONADA AL *DOUBLE-HATTING*: OBSERVANDO LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL

Para un mejor entendimiento del uso real de las reglas del derecho blando en el arbitraje, nos hemos permitido citar unos casos emblemáticos que demuestran que la manifestación del “doble sombrero” no es un asunto baladí en las decisiones de los tribunales privados de justicia, razón por la cual la ponderación de las directrices antes citadas se encuentra reconocida en sendos laudos como, por ejemplo, las decisiones que referimos a continuación:

1. Suez versus Argentina.¹³

En este caso, la resolución del conflicto estuvo a cargo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones — CIADI, fuero en donde Argentina solicitó la anulación del Laudo del 09 de abril de 2015, respecto a la Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad del Tribunal.

La decisión final en cuanto a la actividad de la Prof. Kaufmann-Kohler —directora independiente de una sociedad propietaria de acciones de UBS— se basó en examinar si la situación pudiese catalogarse dentro del Listado Naranja de las Directrices IBA, explicado líneas arriba. La conclusión del Comité fue que una recusación se basará en criterios o estándares objetivos, mediante los cuales analizaron si existe o no una falta de imparcialidad e independencia, supuesto que no ocurrió en el presente caso, debido a que la renuncia de la profesora ocurrió 9 años antes de la emisión del Laudo inicial, reduciendo así todo riesgo de conflicto de intereses.

13. Información completa se encuentra en el siguiente enlace:
http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsidblobs/OnlineAwards/C19/DC693_Sp.pdf

2. W Limited versus M SDN BHD.¹⁴

En esta disputa, la decisión estuvo a cargo de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres — LCIA, por sus siglas en inglés, la cual denominó a David Haing QC como árbitro único.

Posterior a la emisión del laudo final, la demandante W LTD tuvo conocimiento de que la firma de abogados del árbitro prestaba servicios jurídicos a la filial de la empresa demandada M SDN BHD; en consecuencia, la demandante impugnó el laudo basándose en el listado rojo irrenunciable de las Directrices IBA.

A pesar de la evidente configuración de la lista, se rechazó la impugnación justificando la decisión en que es necesario un juicio específico de cada caso, en este se menciona que como el árbitro no asesoró directamente al demandado, no sería un supuesto de listado rojo irrenunciable, sumado a ello, mencionaron que las directrices en mención no son vinculantes para el Tribunal.

3. Exeteco International Company versus Perú.¹⁵

Nuestro país tampoco ha sido ajeno de ser citado como jurisprudencia en la experiencia de esta figura. En contienda citada, la decisión respecto a la recusación del árbitro Mario Castillo Freyre se rigió bajo el Reglamento CNUDMI por la autoridad nominadora Jernej Sekolec.

Una característica particular del presente caso es que, la parte que presentó la recusación fue la República del Perú, cuando el único beneficiario de la supuesta parcialidad sería el mismo, basándose principalmente en lo siguiente:

- a) El artículo N°12 del Reglamento CNUDMI no limita la presentación del recurso, solo a la parte posiblemente perjudicada, además que la mera duda es suficiente para aceptar la recusación.
- b) El listado rojo renunciante del Semáforo de la IBA incluye como causal la actual representación o asesoramiento del árbitro en conflicto frente a una de las partes. Frente a ello, la autoridad nominadora decidió aceptar la recusación, debido al elevado número de procesos arbitrales donde Castillo Freyre participaba como representante y/o asesor de Perú, ello corroborable en el listado de asuntos de Perupetro presentado por la parte demandada.

4. Telekom Malaysia versus Ghana.¹⁶

En este caso, la decisión estuvo a cargo del Tribunal de Distrito de la Haya, quienes examinaron la recusación contra el profesor E. Gaillard en su calidad de árbitro, debido a sus actividades como abogado en la acción de anulación en el caso RFCC y Marruecos, puesto que supuestamente se puso en juego la certeza de su imparcialidad.

Esta motivación resultó insuficiente para el Juez, toda vez que las causas de la anulación son limitadas. Sumado a ello, la apariencia para los arbitrajes internacionales juega un rol importante para la efectividad de la jurisdicción arbitral, y generalmente, un árbitro debe decidir sobre una cuestión previa respecto a un tema relativo, el cual haya defendido previamente desde otro punto de vista.

En consecuencia, se mencionó que no se logró concretar una aparente parcialidad del árbitro.

14. El laudo arbitral se encuentra en el siguiente enlace:
<https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2016/422.html>

15. El laudo arbitral se encuentra en el siguiente enlace:
https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10534_0.pdf

16. El laudo arbitral se encuentra en el siguiente enlace:
<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0922.pdf>

5. Vito G. Gallo versus Canadá.¹⁷

En esta disputa, la resolución de la controversia fue dirigida por Tribunal Permanente de Arbitraje, sobre la recusación recaída en Mr. J. Christopher Thomas, bajo las normas arbitrales UNCITRAL.

El demandante aludió una duda justificada sobre la imparcialidad e independencia del árbitro, debido a que fue contratado por el gobierno mexicano para brindar servicios legales. Ello en base al apartado 2C del semáforo IBA, enfocado a un tercero informado.

A diferencia de los casos anteriores, la decisión final recayó indirectamente en el árbitro en cuestión, debido a que fue él quien eligió si mantenía su posición como abogado de los Estados Unidos Mexicanos o en su defecto, si conservaría su posición como árbitro del presente proceso. Ello a consecuencia de que el tribunal confirmó la existencia del conflicto de interés, a pesar de que México no intervenía en el proceso, la puerta aún estuvo abierta. También se mencionó que para el árbitro Thomas resultó complicado distanciarse completamente de su trabajo como árbitro y de los intereses de México.

En suma, podemos deducir que los procesos aludidos en los casos que hemos expuesto re-

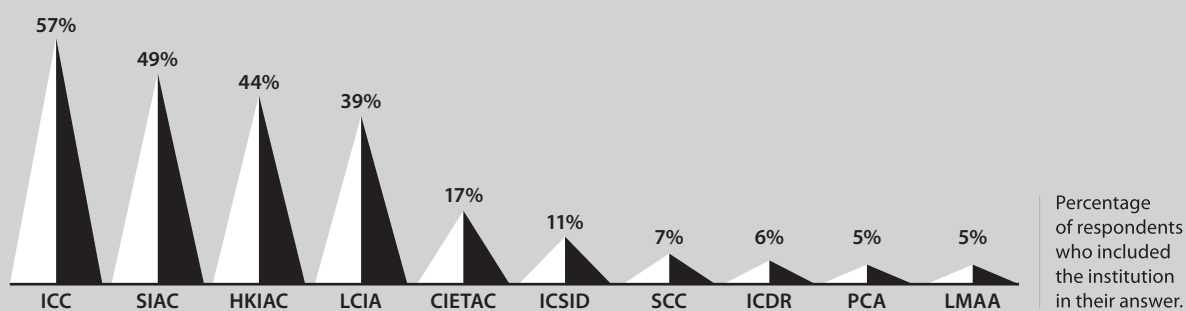
presentan —en términos generales— claros ejemplos de la adecuada aplicación de las Directrices IBA, toda vez que estas proponen un examen objetivo de cada situación en conflicto, la cual puede o no encajar en los supuestos citados; además, cabe recalcar que ninguna de las opciones afecta el debido proceso ni algún derecho de las partes.

V. ESTADÍSTICAS CON RESPECTO AL FENÓMENO DEL *DOUBLE-HATTING*

Los casos detallados anteriormente son una muestra de la situación actual respecto al *double-hatting*; sin embargo, a continuación, presentaremos la información con el fin de corroborar la importancia del tema y la extensión de la situación conforme a las estadísticas publicadas por los principales centros de arbitraje a nivel mundial.

En ese orden, priorizaremos las estadísticas de la Cámara de Comercio Internacional —CCI, en atención a que es la institución preferida por el 57% de los encuestados, cuyos motivos se centran en la reputación y experiencia previa de la institución, tal como se indica en la encuesta sobre Arbitraje Internacional del año 2021 organizada por la Universidad Queen Mary y la Escuela de Arbitraje Internacional¹⁸.

Chart 6: What are your or your organisation's most preferred arbitral institutions?



17. El laudo arbitral se encuentra en el siguiente enlace: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0352.pdf>

18. Información completa en el siguiente enlace: https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2010_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf

De acuerdo con las estadísticas de CCI Resolución de Disputas del año 2020, el 60% de tribunales arbitrales son constituidos mediante el procedimiento de designación de árbitros por las partes —salvo el tercer arbitro— y 30% de ellos presentaron declaraciones antes de ser confirmados y/o nombrados. Sin embargo, no se puede inferir que las declaraciones confirmen un conflicto de intereses; posteriormente al nombramiento, las partes podrán solicitar una recusación, las cuales ascienden a 92 —siendo 41 casos en total— pero solo fueron aceptados 5.¹⁹

En resumen, el *double-hatting* aún se encuentra presente en la práctica, aunque el porcentaje es ínfimo respecto a otros problemas del procedimiento, este no deberá ser subestimado, puesto que estamos frente a un gran número de involucrados, quienes de alguna manera advirtieron anomalías en la independencia e imparcialidad del árbitro designado.

VI. EL ARBITRAJE COMERCIAL NACIONAL Y DE CONTRATACIONES EN EL ESTADO: ¿RECURRENCIA DE PERSONALIDADES?

Durante el desarrollo de estas breves ideas, hemos procurado evocar los ejemplos de la práctica internacional y el uso de los recursos más modernos para analizar el fenómeno del *double-hatting*, haciendo algunas respetuosas críticas al ejercicio doméstico, sin embargo, la motivación real en la creación de este trabajo es mirar con mucho cuidado el panorama de Perú, como un importante centro de controversias arbitrales a nivel Iberoamérica.

En nuestro país, como es bien sabido, hay dos grandes terrenos del desarrollo profesional y académico en el arbitraje: el primero, respecto de la solución de controversias comerciales na-

cionales, y el segundo, con relación a los procesos que devienen en conflicto producto de las contrataciones públicas. Estos últimos son forzosamente resueltos en arbitraje por mandato de la ley.

Con relación a lo primero, la experiencia profesional nos ha permitido apreciar que en el arbitraje comercial nacional es muy usual ver los mismos nombres, tanto en el ejercicio de la defensa, como en la participación de tribunales arbitrales o como árbitros únicos, muy particularmente, en lo relacionado a controversias de gran escala, asunto que, como señalamos en la introducción del presente artículo, preocupa en la generación de precedentes y jurisprudencia arbitral por los mismos expertos, situación que obligaría a recurrir a consultar decisiones realizadas probablemente con criterios uniformes en una sola dirección y tendencia de profesionales reiteradamente designados, lo que dificultaría seriamente la búsqueda de casuística aplicable a supuestos determinados para sacar adelante una defensa, o sustentar la decisión en un laudo.

En lo que respecta a los arbitrajes en contrataciones del Estado, además de algunas particularidades propias de lo ya señalado respecto del arbitraje comercial nacional, el tema del *double-hatting* y la designación recurrente se ha vuelto un asunto muy serio motivado por el propio Estado, encontrándose, por un lado, con actores repetidos en lo que respecta a la labor de árbitro designado por las entidades, o de manera residual por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado — OSCE y, de otro lado, por las designaciones hechas por los privados —los contratistas suelen acudir a los mismos profesionales, que al no estar inscritos en el Registro Nacional de Árbitros – RNA, actúan como abogados o como árbitros designados por estos —.

19. Información completa en el siguiente enlace:

<https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics2020/#:~:text=In%202020%2C%20the%20ICC%20Court,marked%20increase%20in%20the%20statistics>

Cabe precisar que, las estadísticas correspondientes al año 2021 estarán disponibles al finalizar del año 2022, tal como se menciona en el siguiente enlace:

<https://www.iccwbo.be/icc-unveils-preliminary-dispute-resolution-figures-for-2021/#:~:text=Paris%2C%2026%2F01%2F2022&text=In%202021%2C%20the%20Secretariat%20of,of%20ICC%20as%20Appointing%20Authority>

Atendiendo a ello es que, el propio Estado — que si bien ha elevado los estándares de calidad e idoneidad de los árbitros que conforman su registro—, deberá idear mecanismos para que las designaciones no recaigan siempre en los mismos profesionales y procurar así, que no se afecte ni la imparcialidad, ni la independencia del árbitro, respecto de la relación de designaciones realizadas por una misma entidad.

Sobre lo antes referido, el portal del OSCE denominado “Ficha Única del Árbitro”²⁰ arroja —a la fecha de elaborado el presente escrito— un total de 146 profesionales registrados. Tomando en consideración la abundancia de arbitrajes que se suscitan producto de las contrataciones con el Estado y su genuino interés público nos preguntamos: ¿Es posible que este número de expertos sean suficientes para evitar vulnerar los principios más esenciales del arbitraje?, y, al mismo tiempo, ¿se puede regular el *double-hatting* respecto de árbitros inscritos en la nómina estatal, a la vez que actúan como abogados o especialistas legales en controversias que pueden versar sobre asuntos similares?

Respecto de estas interrogantes, nuestro análisis concluye que los profesionales inscritos en el RNA aún no son suficientes para satisfacer la demanda de árbitros en lo que respecta a designaciones en litigios sobre contratación pública, no obstante, ello no menoscaba el esfuerzo que ha realizado el OSCE por elevar los estándares de su nómina, de manera que quienes quieran servir como decisores en controversias donde el Estado sea parte, tendrán que adecuarse a los requerimientos que actualmente se solicitan, los cuales consideramos, son idóneos en la búsqueda de profesionales altamente calificados y revestidos de solidez ética y moral.

Del mismo modo, y procurando absolver la segunda pregunta aquí formulada, el *double-hatting* puede ser adecuadamente regulado en la práctica del arbitraje en contrataciones del Estado e incluso dentro del arbitraje comercial

doméstico, si miramos y aplicamos de acuerdo a la realidad y necesidades nacionales los ejemplos de la experiencia internacional, especialmente, la del Tribunal Arbitral del Deporte — TAS, que como ya hemos mencionado en líneas precedentes, restringe el ejercicio exclusivo de los profesionales del arbitraje a ser únicamente árbitros —y mediadores— de los tribunales deportivos de dicha jurisdicción, no pudiendo actuar como abogados o expertos de una parte ante el TAS.

En atención a lo señalado, esta propuesta de regulación al circuito arbitral nacional debe entenderse como una alternativa que considere de manera no excluyente — y que más bien consagre— el compromiso de revelación que tienen los árbitros respecto de los casos en los que actúan propiamente como decisores, o en los que cumplen con el rol de defensores de intereses —más allá de la dispensa que pudiesen realizar las partes sobre la revelación de hechos que pudieran poner en cuestionamiento o duda su imparcialidad e independencia—, sino que a su vez, la declaración jurada de revelación remitida por las instituciones arbitrales a los tribunales, establezca parámetros respecto del ejercicio de árbitros y abogados que pretendan actuar en casos en donde la o las partes son la o las mismas. De esta manera, se podría combatir la actuación reiterativa de agentes del arbitraje frente a partes recurrentes, mitigando de cierta forma el riesgo de la defensa de intereses encubierta en los litigios, y la dependencia respecto de las actuaciones de los abogados y árbitros frente a partes procesales recurrentes.

Con relación a todo este debate, se presenta también un paradigma interesante a analizar, y es que, si bien el universo de árbitros inscritos en la nómina del OSCE pareciera muy reducido con relación a la existencia de procesos en contratación pública, lo cierto es —y no es ningún secreto—, que las Procuradurías del Estado suelen designar a los mismos profesionales como árbitros aun teniendo una lista con casi

20. La información sobre el número de árbitros registrados se puede consultar en el siguiente enlace: <https://apps.osce.gob.pe/arbitros-rna/buscar>

150 profesionales distintos y habilitados a disposición.

Sobre esta situación, una oportunidad de mejora sería, como no, que las propias entidades exploren dentro de su libertad de designación, la posibilidad de nombrar alguna vez a cada uno de dichos miembros del RNA, con la finalidad de no incurrir en designación recurrente y, con algo de suerte, identificar a posibles malos elementos que pudieran estar actuando contrariamente a los pilares que sustentan al arbitraje.

Desde nuestra tribuna, consideramos que la alta calificación que demanda formar parte del RNA es —desde luego— un acierto del Estado a la luz de los escándalos de corrupción públicamente conocidos que golpearon a la institución arbitral nacional, sin embargo, nos resulta muy difícil conciliar esto con el entrampamiento de designaciones reiteradas producto del nombramiento recurrente o de la supuesta escasez de nombres a disposición de las procuradurías de las entidades del gobierno peruano, y he ahí un reto para las autoridades y la doctrina nacional en proponer soluciones satisfactorias en el corto o mediano plazo. El debate queda abierto.

VII. CONCLUSIONES

Tras el análisis realizado, podemos confirmar que el *double-hatting* es una figura persistente en diversos ámbitos del arbitraje, puesto que no solo involucra a los árbitros y abogados, sino también a las partes, quienes podrían verse perjudicadas si esta situación llega a poner en juego a la independencia e imparcialidad de los árbitros.

Frente a ello, consideramos que las alternativas propuestas en el marco de la experiencia internacional y la aplicación del *soft law* marcan un claro punto de partida para la saludable regulación del *double-hatting* en la práctica peruana, mediante restricciones moderadas como prevención de la concentración de funciones en determinados profesionales.

Así pues, la aplicación de las propuestas aquí desarrolladas, mediante un recorrido horizontal por la casuística, la doctrina y la data consultada, no pretenden esconder algún espíritu de desigualdad en el derecho de defensa de las partes, así como en su libertad de designación y de contratación de asesores legales —ni mucho menos—, restringir la capacidad de aceptación de árbitros y abogados de las designaciones y encargos que recaigan sobre dichos profesionales del derecho; todo lo contrario, las presentes líneas plantean un punto de partida en la búsqueda de una fórmula —perfeccionable, abierta al debate y a la crítica—, para una adecuada regulación del fenómeno del *double-hatting*, y que esta no se desvirtúe hacia una patología de concentración de funciones, mediante la examinación minuciosa de las diversas situaciones que puedan involucrar conflictos de intereses.

Finalmente, se hace necesario reflexionar sobre los aspectos positivos que, desde una perspectiva del ejercicio profesional, ha traído la pandemia con relación a las prácticas procesales, de las cuales el arbitraje no está exento. La ruptura de fronteras y limitaciones físicas nos presenta un abanico de posibilidades para implementar mejores prácticas en el arbitraje doméstico, por intermedio del uso de la tecnología y la integración virtual entre los circuitos nacionales e internacionales, mediante el uso de novedosos recursos y la presencia de mayores profesionales en el litigio y conducción dentro de los arbitrajes comerciales. Así también, corresponderá al Estado peruano impulsar iniciativas para integrar las controversias en materia de contrataciones públicas a la vanguardia de nuestros tiempos, fomentando la incorporación de profesionales nacionales e internacionales que cumplan con los criterios de aptitud, conocimiento técnico, ética y moral que viene exigiendo el Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado — OSCE como muestra de compromiso con la calidad, pero, sobre todo, de aprendizaje producto de hechos y circunstancias públicamente conocidas.

Vulneración del principio de celeridad procesal en los procesos de autorización de viaje de menor

VANESSA ELIZABETH SHINNO PEREYRA

Abogada por la Universidad de Lima.
Maestría en Derecho Civil con mención en Derecho de Familia por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.
Egresada de Doctorado en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Continental.
Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.
Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.



SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Autorización de viajes: concepto y tipos.
 1. Vía notarial.
 2. Vía judicial.
- III. Procesos no contenciosos.
- IV. Oposición de viaje.
- V. Principio de celeridad procesal.
- VI. Vulneración del principio de celeridad procesal.
- VII. Interés superior del niño.
- VIII. Conclusiones.

RESUMEN:

El presente trabajo centra sus objetivos en realizar un análisis sobre los procesos de autorización de viaje de menor del periodo 2019 para verificar si efectivamente existe vulneración al principio de celeridad procesal en los procesos no contenciosos donde se tramita la autorización en caso de disenso de uno de los padres, tal y como advierte el artículo 112 del Código de los Niños y Adolescentes.

Palabras clave: autorización de viaje de menor, procesos no contenciosos, principio de celeridad procesal, oposición de viaje, interés superior del niño.

ABSTRACT:

The present work focuses its objectives on carrying out an analysis of the minor travel authorization procedures for the 2019 period to verify if there is indeed a violation of the principle of procedural speed in non-litigious procedures where the authorization is processed in case of dissent from one of the parents, as stated in article 112 of the Children and Adolescents Code.

Keywords: minor travel authorization, non-litigious procedures, principle of procedural speed, travel opposition, best interests of the child.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación presenta una problemática compleja en la vía procesal cuando se refiere a la autorización de viaje de menor, pues el legislador no ha profundizado en su contenido y tramitación oportuna, específicamente cuando el trámite se realiza en la vía judicial al comprobar disenso y oposición de uno de los progenitores para que el juez de familia sea el competente en resolver la incertidumbre jurídica dentro del proceso no contencioso al no existir conflicto de intereses; sin embargo, como abordaremos más adelante, se evidenciará con datos actuales la presencia de ciertas deficiencias en el ámbito procesal civil comprobándose el incumplimiento de los plazos legales; por lo que, dichos procesos se resuelven en el tiempo superior del plazo legal previsto; ocasionando la vulneración del principio de celeridad procesal. Para el desarrollo de esta investigación, se partirá por conocer el contenido de la autorización de viaje, seguidamente, los plazos legales que indica el Código Procesal Civil, finalizando por determinar la vulneración del principio de celeridad procesal.

II. AUTORIZACIÓN DE VIAJE: CONCEPTO Y TIPOS

El término autorización, refiere al permiso que

faculta a alguien para que realice una determinada acción. De conformidad con Rojas¹, indica que la autorización es la facultad o consentimiento que le damos a una persona que no puede obrar a su nombre, sin nuestra participación, para que haga alguna cosa que no podía hacer sin este requisito.

Entonces, la autorización de viaje es un permiso que faculta un padre o una madre a un niño, niña, adolescente para que pueda salir del país; sin embargo, existen algunas autorizaciones que requieren de la intervención de la justicia y otras solamente de alguna autoridad competente, como es el caso de los notarios públicos.

Por otro lado, en nuestro ordenamiento jurídico, existen dos vías para solicitar el permiso de viaje de menor:

1. Vía notarial.

Se encuentra regulada en el artículo 111 del Código de los Niños y Adolescentes cuando existe consentimiento de ambos padres para que los menores de edad puedan viajar fuera del país; adicionalmente, se permite el consentimiento de uno de los padres en caso de fallecimiento o cuando el hijo fue reconocido por uno de ellos; pero, si el viaje se realiza dentro del país bastará la autorización de uno de ellos.

1. Walter Rojas Sarapura, *Comentarios al Código Niños y Adolescentes y Derecho de Familia* (Lima: Fecat, 2009), 126.

El legislador ha optado por el trámite en vía notarial para los casos en que no exista disenso entre los padres, es por ello que se excluye la intervención del Juez de Familia; por consiguiente, los padres o tutores otorgan su consentimiento para que el niño, niña o adolescente bajo su custodia pueda viajar ya sea al interior o exterior del país; y, empleando las palabras de Rojas², se debe observar que el tránsito será al exterior del país ya sea solo o acompañado por uno de sus padres; por lo que, deberán manifestar el consentimiento ante notario público.

En conclusión, el notario público interviene para certificar el hecho, legalizando las firmas de los padres, previa identificación de los mismos y contando con la acreditación del vínculo familiar.

2. Vía judicial.

Consiste en el permiso que se le otorga al niño, niña o adolescente para poder viajar al exterior del país; no obstante, interviene el juez competente para autorizar el viaje por la existencia del disenso de uno de los padres o en caso de ausencia de uno de ellos, acorde con el artículo 112 del Código de los Niños y Adolescentes.

Se realiza ante el Poder Judicial y quien es competente para resolver estos casos es el juez especializado en familia, tal y como lo establece el artículo 53 inciso f) de la Ley Orgánica del Poder Judicial donde indica que los juzgados de familia conocen las autorizaciones de competencia judicial para el viaje con niños y adolescentes porque, al ser menores de edad, no pueden ejercer sus derechos por sí mismos; por lo que, el juez tiene *la obligación* de velar por sus intereses.

Ahora bien, el artículo 112 del Código de los Niños y Adolescentes hace énfasis que, en caso de oposición, se aperturará incidente de prue-

ba donde es indispensable que el responsable presente los documentos justificatorios de la petición, es decir, deberá acompañar al proceso todos los elementos de prueba que sean necesarios para fundamentar y acreditar su pretensión. Cuando la norma refiere al incidente de prueba, significa que, si los padres no están de acuerdo, uno de ellos formulará oposición donde el juez resolverá el conflicto de interés a través del incidente procesal, para poder aperturar la prueba; vale decir, presentar medios probatorios con la finalidad de ser analizados y evaluados por el juzgador y así emitir una decisión judicial donde otorgará o no el permiso de viaje.

Desde el punto de vista de Mejía³, el disenso es la falta de consentimiento, esto es cuando están los dos padres presentes, no existe concordancia respecto a la autorización de viaje del menor. En este caso interviene el juez para cautelar el mejor interés del niño, niña y adolescente que podría ser realizar el viaje que uno de los padres quiere impedirlo sin razones fundadas, así como también impedirlo para evitar un perjuicio para el niño, niña y adolescente que no es advertido por uno de los padres. Asimismo, es el juez quien reemplazará la voluntad de los padres determinando si autoriza o no el viaje.

En cuanto al procedimiento, se realiza en procesos no contenciosos tal y como lo señala el artículo 162, inciso d) del Código de los Niños y Adolescentes. Se tramita en ese proceso porque no existe litis, es decir no hay conflicto de intereses, lo que se va a resolver es una incertidumbre con relevancia jurídica, garantizando su certeza y justicia. En suma, no hay intereses contrapuestos y la finalidad es garantizar la protección del menor de edad, así como también proteger los bienes del niño, niña o adolescente.

Sin embargo, como apreciaremos más adelante, consideramos que la autorización de viaje por vía judicial presenta dificultades en el ámbi-

2. Ibidem, p. 126.

3. Rosalía Mejía de Elías, *Permiso de viaje de menores* (Lima: Notarius, 1999), 41.

to procesal civil; por lo que, el legislador no ha previsto situaciones que, desafortunadamente, ocasionan dilaciones a tal punto de afectar el principio de celeridad procesal. Es pues, una realidad compleja y dramática porque no se cumple los plazos legales al advertir la presencia de la oposición que sí genera conflicto de intereses, desvirtuando la naturaleza del proceso no contencioso. Por su parte Mejía⁴, resalta que la realidad presenta un sin número de posibilidades fuera de las reglas por el legislador, que al no haber sido contempladas de manera expresa en este dispositivo legal, ha traído como consecuencia diversas interpretaciones.

III. PROCESOS NO CONTENCIOSOS

Para comenzar, citando a Ledesma⁵ exhorta que el proceso asume diferentes clasificaciones. En atención a la función represiva o preventiva de este podemos ubicar al proceso contencioso y al proceso no contencioso. Ambos se diferencian en que el primero encierra un conflicto actual y el segundo un conflicto potencial de intereses.

Por consiguiente, el juez no solo resuelve el conflicto de intereses que surgen entre las partes sino también resuelve la incertidumbre jurídica, que implica ausencia de conflicto, garantizando la paz social en justicia.

Desde la posición de Monroy⁶ existe otra denominación al proceso no contencioso: jurisdicción voluntaria donde la califica como actividad judicial realizada con el propósito de integrar, constituir o dar eficacia a ciertos actos jurídicos privados. En estricto, el juez interviene para acreditar el cumplimiento de ciertos requisitos que pretenden la constitución o protocoliza-

ción de un nuevo estado jurídico. Un rasgo típico de esta actividad judicial es que está desprovista de la autoridad de la cosa juzgada.

Siguiendo la misma línea, la casación N° 1464-99-Tumbes⁷ señala que, aunque se considere que la función del juez en un procedimiento no contencioso no deja de ser jurisdiccional, como así lo es, es forzoso concluir que las resoluciones que dan término a un procedimiento de este tipo no constituyen cosa juzgada pues no obligan o vinculan a determinada persona o personas.

Por su parte Cernelutti —1960— citado por Ledesma⁸ indica que existen dos principios en antítesis, determinantes de la estructura del proceso contencioso y del proceso voluntario: el principio del contradictorio o principio de bilateralidad, propio del proceso contencioso; y el principio de la unilateralidad, característico del proceso no contencioso, sirviendo este último solo para la prevención y no para la composición de la litis. Señala que el carácter estructural más saliente, que deriva de este principio —principio de unilateralidad—, es la falta de la discusión el juez, antes de proveer, debe escuchar a otras personas, ya sea a titulares de intereses divergentes respecto de aquel al que el negocio se refiere, a fin de que le procuren la información conveniente para proveer bien.

De lo expuesto, dentro de estos procesos no existe partes en sentido estricto; vale decir, no hay demandantes ni demandados, pues se los cataloga como solicitantes o peticionarios porque el solicitante no busca generar conflictos de intereses, sino que el juez esclarezca una incertidumbre jurídica o que ciertos actos privados tengan eficacia; por lo que, la presencia del

4. Ibidem, p. 39.

5. Marianella Ledesma Narváez, *Comentarios al Código Procesal Civil. Tomo III* (Lima: Gaceta Jurídica, 2008), 654.

6. Juan Monroy Gálvez, *Introducción al proceso civil. Tomo I* (Lima: Temis, 1996), 231.

7. Casación N° 1464-99-Tumbes, publicado en El Peruano (06/04/2000), p. 4064.

8. Marianella Ledesma Narváez. *Comentarios al Código Procesal Civil. Tomo III*. (Lima: Gaceta Jurídica, 2008), 655.

juez es indispensable para constatar el cumplimiento de ciertos requisitos a dichos actos; por lo tanto, la función del juez es verificar si la solicitud del peticionante es cierto o no; vale decir, si es verdadero o falso.

A continuación, se apreciará las diferencias que existen entre procesos contenciosos y no contenciosos para poder entender mejor esta figura:

Tabla 1

Diferencias

Procesos contenciosos	Procesos no contenciosos
Conflicto de intereses	Incertidumbre jurídica
Sentencias declarativas, de condena y constitutivas	Sentencias declarativas, no generan nuevos derechos.
Función es jurisdiccional	Función administrativa
Juez decide entre los litigantes	Juez se pronuncia respecto del solicitante.
Existen demandantes y demandados	Existen solicitantes o peticionarios
Hay cosa juzgada	No hay cosa juzgada

Fuente: Elaboración propia

De lo expuesto en la tabla, se advierte que la finalidad de los procesos no contenciosos es evitar la incertidumbre jurídica generada ya sea por la falta de alguna documentación o dar efectividad a ciertos actos privados; entonces, no pretende evitar un peligro en la demora como sí se da en los procesos contenciosos. Ahora bien, acorde con Ledesma⁹ los procedimientos de jurisdicción voluntaria tienen naturaleza administrativa. No se dictan normalmente de oficio sino a petición de un interesado. Procuran la aplicación de la ley a un caso particular, accediendo a una petición legítima. Proponen a la efectividad de esa misma ley en su gradual desenvolvimiento jerárquico; y al no pasar en autoridad de cosa juzgada, permiten siempre su revisión en sede jurisdiccional. Por último, en los procesos no contenciosos se persigue dar legalidad un acto sin generar al juez ninguna controversia para que emita sentencia dando solución a un conflicto.

Trasladándonos a los procesos de autorización de viaje de menor, el trámite se realiza en los procesos no contenciosos porque el legislador pensó que es una simple solicitud que busca

declarar un hecho sin generar conflicto de intereses; sin embargo, existe un contraste con la realidad por la presencia de la oposición de viaje generando conflicto de intereses, ocasionando la vulneración del principio de celeridad procesal.

IV. OPOSICIÓN DE VIAJE

En los procesos no contenciosos, específicamente en los procesos de autorización de viaje se puede ejercer el derecho de contradicción, a través de un documento denominado: oposición de viaje, que se encuentra en el artículo 753 del Código Procesal Civil, donde la persona que ha sido emplazada con la solicitud puede formular contradicción en un plazo de 5 días de notificado anexando los medios probatorios pertinentes; por consiguiente, uno de los progenitores puede presentar el escrito de oposición acreditando el por qué no autoriza el viaje de menor.

Aunque en estos procesos rige el principio de unilateralidad para evitar la existencia de litis, no significa que el juez no deba escuchar a las

9. Ibidem, p. 656.

personas que son los titulares de la causa para que posteriormente el juez pueda emitir una decisión final mediante la obtención de información conveniente.

Citando a Ledesma¹⁰, refiere que el derecho de contradicción es el derecho de la persona demandada o requerida en un proceso, a solicitar también tutela jurídica. Es decir, esta persona tiene derecho a participar en el proceso, a ser escuchado por el juez, tener la oportunidad de probar los hechos que se le imputan en su contra y de impugnar las decisiones si es que le causan agravio. De existir contradicción, el juez ordenará la actuación de los medios probatorios que la sustentan. Asimismo, si se solicita concederá al oponente o a su apoderado cinco minutos para que la sustenten oralmente. Luego de dichas circunstancias, procederá a resolverla.

De lo esbozado, y, trasladándonos a los proce-

sos de autorización de viaje, advertimos que, la oposición que el padre o madre formula es considerada como una manifestación al derecho de contradicción, porque está haciendo uso de la tutela jurisdiccional efectiva al objetar los hechos en su contra y que la solicitante ha expuesto en la solicitud. Para ello, no basta con simplemente formular la oposición sino, debe introducir medios probatorios idóneos y fehacientes para sustentar los hechos que el opositor alega. En ese orden de ideas, consideramos que los medios probatorios son todos aquellos elementos o instrumentos que, siendo admitidos por la ley, permiten colaborar en la demostración ya sea de la veracidad o de la falsedad de los hechos que son materia de discusión en los procesos.

A continuación, se evidenciará la cantidad de oposiciones que se han interpuesto durante el año 2019:

Tabla 2

Oposiciones de viaje

Expediente	Juzgado	Fallo
28449-2019	1er Juzgado de Familia	Infundada la oposición
23225-2019	10mo Juzgado de Familia	Infundada la oposición
02581-2019	17avo Juzgado de Familia	Infundada la oposición
09035-2019	17avo Juzgado de Familia	Infundada la oposición
20508-2019	17avo Juzgado de Familia	Infundada la oposición
09115-2019	18avo Juzgado de Familia	Infundada la oposición
19842-2019	19avo Juzgado de Familia	Infundada la oposición
24061-2019	2do Juzgado de Familia	Infundada la oposición
03948-2019	4to Juzgado de Familia	Infundada la oposición
06703-2019	6to Juzgado de Familia	Fundada la oposición
25845-2019	17avo Juzgado de Familia	Infundada la oposición

Fuente: Elaboración propia

En definitiva, con la interposición de la oposición de viaje de menor, se puede evidenciar la existencia del conflicto de intereses de los emplazados, a tal punto de generar la dilación de

los procesos de autorización de viaje, vulnerando así el principio de celeridad procesal porque dichos procesos culminan en tiempo superior al plazo legal previsto.

10. Ibidem, p. 667.

V. PRINCIPIO DE CELERIDAD PROCESAL

Para comenzar, analizaremos lo que abarca el principio de celeridad procesal y trasladarla a los procesos de autorización de viaje de menor. Desde la posición de Díaz¹¹, señala que el principio propende por una justicia expedita, puesto que lo ideal es que en un proceso judicial no existan dilaciones indebidas, dado que se encuentra en juego el derecho fundamental a la justicia de las partes que acuden a la jurisdicción. Este principio no solo implica un deber para el juez, sino también para las partes en el sentido de que estas también deben colaborar en aspectos como el impulso del litigio, el seguimiento de los términos y, en especial, a no acudir a dilaciones injustificadas.

En consecuencia, todo proceso judicial debe respetar los plazos que indica la ley; además, evitar que los procesos culminen en tiempo superior al plazo legal previsto; por lo que, es obligación de todos los justiciables, no solamente del juez, actuar diligentemente, presentando actos procesales que sirvan para impulsar el proceso, no para entorpecerlo y generando dilaciones indebidas; además, el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas implica un equilibrio razonable entre el principio de celeridad y el derecho de defensa. Entonces, nuestro ordenamiento jurídico debe armonizar el principio de celeridad, que consiste en que el proceso culmine en el menor tiempo posible, respetando las normas del debido proceso; y el derecho de defensa que, implica que la ley debe prever un tiempo mínimo para que la parte pueda comparecer al juicio y pueda preparar su defensa.

Siguiendo la misma línea, Monroy¹² indica que el principio de celeridad procesal se expresa a través de diversas instituciones del proceso como, por ejemplo, la perentoriedad o impro-

rrogabilidad de los plazos o en principios como el de impulso oficioso del proceso. Este principio se presenta en forma diseminada a lo largo del proceso, por medio de normas impeditivas y sancionadoras a la dilación innecesaria, así como a través de mecanismos que permiten el avance del proceso con prescindencia de la actividad de las partes

En ese sentido, los plazos procesales precluyen para poder llegar a un fallo definitivo; y, en caso de dilaciones innecesarias que el juez pueda advertir dentro del proceso, ejecutará las facultades coercitivas a quienes entorpezcan el proceso como por ejemplo la aplicación de multas por la mala fe en la conducta procesal de las partes.

Por su parte Ledesma¹³ expresa que la celeridad procesal constituye uno de los principios rectores del proceso civil que mayor resquebrajamiento sufre en estos últimos tiempos. Si bien el contexto en el que se desarrolla el proceso civil ha variado sustancialmente, al contar con ambientes modernos, con informática. Y duplicado el número de juzgados civiles existentes, ello parece no ser suficiente para abastecer de manera idónea la gran demanda de justicia que viene desarrollándose. En suma, lo que se persigue es la obtención de una justicia oportuna, sin dilaciones, eliminando los términos excesivos para la realización de determinado acto procesal o la actuación de determinadas pruebas o las diferentes instancias a que están sometidos los procesos.

De otro lado, el principio de celeridad procesal se encuentra regulado en el artículo V del título preliminar del Código Procesal Civil donde el proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales; debido a que, el juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de dichos actos; entonces, se

11. Juan Carlos Díaz Restrepo, *Reflexiones sobre los principios de celeridad, imparcialidad y eficiencia en el Código General del Proceso* (Colombia: *Revista Jurídicas CUC*, 1, (16)), 420. Recuperado de: <https://revistascientificas.cuc.edu.co/juridicascuc/article/view/2660/2876>

12. Juan Monroy Gálvez, *Introducción al proceso civil. Tomo I* (Lima: Temis, 1996), 93.

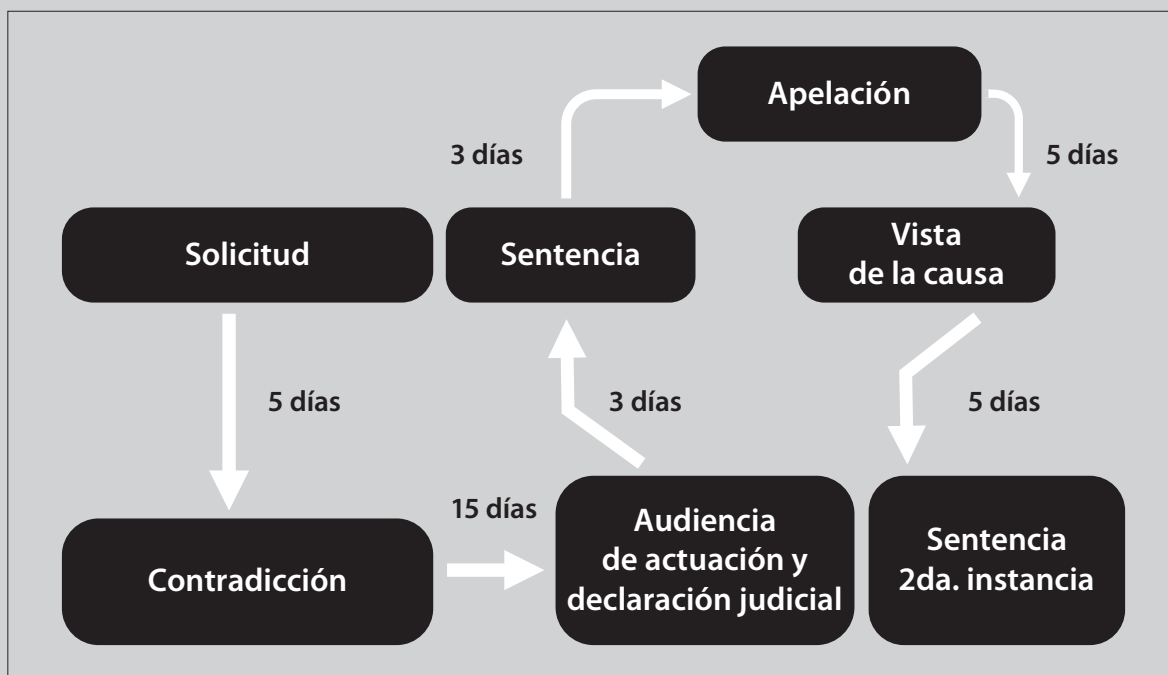
13. Marianella Ledesma Narváez, *Comentarios al Código Procesal Civil. Tomo I* (Lima: Gaceta Jurídica, 2008), 21.

relaciona con el principio de economía procesal que busca el ahorro del tiempo, esfuerzo y gasto; vale decir, que los actos procesales se realicen con prudencia, que el proceso no sea costoso para las partes; y, que el proceso culmine de manera efectiva para obtener justicia.

Ahora bien, una vez esbozado el contenido de este principio, trasladándonos a los procesos de autorización de viaje, el artículo 754 del Código Procesal Civil, señala el trámite que se debe cumplir; y, que se aprecia en la siguiente figura:

Figura 1

Trámite de los procesos no contenciosos



Fuente: Elaboración propia

Como se puede visualizar, una vez admitida la solicitud, se corre traslado al solicitado para que en un plazo de cinco días presente su escrito de oposición de viaje de menor anexando los medios probatorios pertinentes, idóneos y fehacientes para comprobar el por qué no autoriza el viaje de menor; luego, el juez fijará fecha para la audiencia dentro del plazo de quince días siguientes, donde se admitirán y actuarán los medios probatorios presentados con la finalidad de que el juez pueda emitir sentencia o sino reservar su decisión para pronunciarse en un plazo no menor de tres días contados desde la conclusión de la audiencia; por otro lado, según el artículo 755 del Código adjetivo, refiere que se puede apelar la decisión final con efecto

suspensivo siguiendo los requisitos que indica el artículo 376 del mismo Código; posteriormente, se tiene cinco días para proceder con la vista de causa y después de ello, en un plazo de cinco días se emitirá sentencia de segunda instancia; entonces, como no existe conflicto de intereses, los procesos de autorización de viaje tramitados dentro del proceso no contencioso, culminan en un periodo breve cumpliéndose el principio de celeridad procesal; sin embargo, como se analizará más adelante, dichos procesos culminan en tiempo superior al plazo legal previsto ocasionando la vulneración del principio procesal, por la dilación de actos procesales así como también por la existencia de la oposición de viaje de menor causando conflicto de intereses.

VI. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE CELERIDAD PROCESAL

En los procesos de autorización de viaje en vía judicial se puede apreciar que el principio de celeridad procesal no se cumple por la presencia de la oposición de viaje que provoca la demora de los jueces al emitir sentencias que se analizará a continuación.

Para comenzar, toda persona tiene derecho a acceder a la tutela jurisdiccional efectiva donde se ejerce los mecanismos de defensa de fondo y de forma; sin embargo, al ser procesos de autorización de viaje de menor que se tramitan en procesos no contenciosos, el juez no resuelve un conflicto de intereses sino aclara una incertidumbre jurídica; por lo que, la interposición de actos procesales debe ser mínima para evitar entorpecer el debido proceso; no obstante, de lo expuesto, contrasta con la realidad, como se puede apreciar en el expediente N° 23225-2019 que se tramitó en el primer juzgado de familia, donde la solicitante acude a la vía judicial en setiembre 2019 para que el juez conceda el permiso de viaje de su menor hijo fuera del país; sin embargo, el solicitado formula oposición de viaje porque su menor hija no hace el esfuerzo necesario para realizar sus tareas escolares o por lo menos aprobar con la nota mínima todos los cursos escolares; adicionalmente, alega que, no entiende cómo la madre de su hija puede premiar con un viaje por sus quince años cuando no se esfuerza para cumplir con lo que es su obligación estudiar y sacar buenas notas; y, luego de su negativa a darle permiso para su viaje pese a haberle explicado los motivos, la menor con el

apoyo de su madre y sin ningún aviso, decidieron que el emplazado ya no llevaría a la misma a su domicilio y que usaría la movilidad particular, que no le contesta el teléfono hace casi un mes, ni le envía mensajes, no le habla porque según refiere esta y su madre el malo de la historia es él; posteriormente, se convocó a audiencia el 7 octubre del 2019; no obstante, se reprogramó para el día 21 de dicho mes; luego, el fiscal de familia emitió dictamen el 12 de noviembre; y el 30 de agosto del 2020 el juez resolvió declarando fundada la solicitud e infundada la oposición al advertir que la menor sí obtuvo notas aprobatorias demostrando interés en superarse; no obstante, se interpuso recurso de apelación en febrero del 2021, la misma que se declaró inadmisibile dando culminado el proceso.

De lo expuesto, se puede constatar que el solicitado hizo ejercicio abusivo de los medios de defensa porque al formular oposición no acreditó con medios probatorios suficientes para que el juez ampare su pretensión; después, interpuso recurso de apelación con el propósito de dilatar el proceso; puesto, que el juez superior declaró inadmisibile el recurso; en ese sentido, este proceso demoró 1 año y 10 meses en resolverse, ocasionando la demora de emitir sentencias por parte de los jueces, vulnerando el principio de celeridad procesal porque se culminó en tiempo superior al plazo legal previsto.

En concreto, también existen otros procesos que han culminado en tiempo superior al plazo previsto, evidenciándose la vulneración del principio de celeridad procesal, como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Tabla 3

Vulneración al principio de celeridad procesal

Expediente	Juzgado	Duración	Juez
23225-2019	1er Juzgado de Familia	1 año y 10 meses	VERAMENDI FLORES ERICK
02581-2019	17avo Juzgado de Familia	1 año y 6 meses	MENDOZA CABALLERO, SUSANA MATILDE
09115-2019	18avo Juzgado de Familia	1 año y 6 meses	GUEVARA ACUÑA, MARIA CECILIA
22042-2019	9no Juzgado de Familia	1 año y 7 meses	PALACIOS YACTAYO, ROXANA ISABEL

Fuente: Elaboración propia

VII. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Parte de esta investigación es analizar el interés superior del niño en los procesos de autorización de viaje porque el juez de familia lo aplica al permitir la salida del país o en su defecto restringir el derecho de libre tránsito, pues considera que se trasgrede los derechos de los niños, niñas y adolescentes, acorde a los medios probatorios que presentan los progenitores; por consiguiente, es menester verificar si se afecta o no este principio por la vulneración del principio de celeridad procesal.

Advertimos que constituye como un principio vinculante para todos aquéllos que pretendan tomar decisiones respecto a circunstancias en la que deban resolverse conflictos que afecten a niños, niñas o adolescentes. En ese sentido, se consagra como un principio inspirador, que sirve para la solución de conflictos de interés entre un niño y otra persona, donde priman los intereses del niño; lo que implica que, este principio favorece la protección de los derechos del niño y, el lugar central que ocupa en la Convención constituye un valioso aporte a la ideología de los derechos del niño.

Empleando las palabras de Borrás —1994— citado por Ravetllat¹⁴ exhorta que el interés del menor es considerado como un principio general que abarca todos los derechos fundamentales, garantizando la efectiva protección del menor, con miras a posibilitar el libre desarrollo de su personalidad. Dicho autor sostiene que partir del interés superior del menor conlleva englobar dentro de esta categoría general todas aquellas instituciones que, tras cualquier forma o apariencia, pretendan dar respuesta a su efectiva protección, con total independencia de cuál sea la situación personal o familiar que se presente.

De esta forma, constituye como un principio vinculante para todos aquéllos que pretendan

tomar decisiones respecto a circunstancias en la que deban resolverse conflictos que afecten a niños, niñas o adolescentes. En ese sentido, se consagra como un principio inspirador, que sirve para la solución de conflictos de interés entre un niño y otra persona, donde priman los intereses del niño; lo que implica que, este principio favorece la protección de los derechos del niño y, el lugar central que ocupa en la Convención constituye un valioso aporte a la ideología de los derechos del niño.

Por lo tanto, corresponderá a los Estados velar en cualquier medida adoptada por instituciones públicas o privadas relativas a los niños, así como en cualquier conflicto en la que se vea involucrado, y también tener la atención prioritaria al interés superior del niño para que sea una consideración primordial.

Siguiendo la misma línea, el expediente N° 02079-2009¹⁵, refiere que el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no sólo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente.

En ese orden de ideas, establece que ante algún menoscabo frente al supuesto interés de un adulto sobre el del niño, prevalece el de este

14. Isaac Ravetllat Ballesté, *El interés superior del niño: concepto y delimitación del término* (Barcelona: Educatio Siglo XXI, vol. 30, N° 2, 2012), 93.

15. Exp. N° 02079-2009. Sala Primera del Tribunal Constitucional. Distrito Judicial de Lima. Fundamento jurídico 13.

último; esto se da por la necesidad de defender los derechos de quien no puede ejercerlos personalmente por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante alguna lesión a sus derechos; de esa forma, el análisis de una controversia constitucional de los derechos del niño debe realizarse a raíz del interés superior del niño, niña y del adolescente, principio asignado de fuerza normativa, que, en la presente unidad de análisis debe ser concebido como punto de interpretación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Por otro lado, el objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo integral del niño, es decir, implica el desarrollo físico, moral, espiritual, psicológico, mental y social del niño. De acuerdo con la Observación General N° 14¹⁶ aprobada por el Comité, subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

- a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. Es de aplicación directa —aplicabilidad inmediata— y puede invocarse ante los tribunales.
- b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.
- c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones

deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones —positivas o negativas— de la decisión en el niño o los niños interesados. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados parte deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concreto.

En conclusión, el Estado peruano tiene el deber de apoyar a los padres en este rol, específicamente cuando nos encontramos en los casos de tenencia y custodia; pero, a su vez, se tiene el deber de garantizar a los niños que su crianza y educación se traslade hacia el logro efectivo del ejercicio de sus derechos.

Por todo lo expuesto, trasladándonos a los procesos de autorización de viaje de menor; y, al evidenciarse la vulneración del principio de celeridad procesal, afecta el principio del interés superior del niño porque los procesos judiciales culminan en tiempo superior al plazo legal previsto, a pesar de que dichos procesos se tramitan en procesos no contenciosos donde no existe conflicto de intereses, tal y como se tiene en el expediente N° 02581-2019 cuyo tiempo de duración fue de 1 año y 6 meses, dado que la solicitante inicia el proceso judicial en enero del 2019 para que el juez de familia autorice el viaje; luego, el emplazado formuló oposición puesto que desconoce el motivo por el cual desean salir del país; después, se convocó a audiencia para el mes de mayo; sin embargo, se reprogrameó para junio que se volvió a reprogramar para agosto. Una vez concluida la audiencia, se emitió dictamen en enero 2020; y, en dicho mes, el juez declaró infundada la oposición por haber acreditado con medios probatorios su negati-

16. Observación General N° 14. *Sobre el derecho del niño a que su interés superior del niño sea una consideración primordial*, 2013. Página 4.

va, autorizando el viaje de menor, concluyendo el proceso en junio del 2020.

Por consiguiente, mientras más se alarga la conclusión del proceso, los niños, niñas y adolescentes no pueden salir del país hasta que se emita la decisión final que puede durar, como se pudo apreciar, más de 1 año, perjudicando el derecho al libre tránsito, así como también el derecho al descanso, esparcimiento, juego, recreación, vida cultural y las artes.

VIII. CONCLUSIONES

a) La autorización de viaje en vía judicial presenta deficiencias en el ámbito procesal civil.

b) Existe vulneración al principio de celeridad procesal en los procesos judiciales de autorización de viaje de menor porque culminan en tiempo superior al plazo legal previsto.

c) La oposición de viaje genera conflicto de intereses en los emplazados por lo que genera que los procesos se dilaten y ocasione la vulneración del principio de celeridad procesal.

d) Se afecta el interés superior del niño por la vulneración del principio de celeridad procesal en los procesos de autorización de viaje de menor restringiendo derechos como libertad de tránsito y recreación.

AGRADECIMIENTOS

ADVOCATUS brinda un especial agradecimiento a quienes hicieron posible la presente edición:

Fabio Núñez del Prado	Luis Eduardo Chamochumbi Calderón
Alfredo José Bullard González	Estudio Miranda & Amado
Guillermo Fernando Cabieses Crovetto	Estudio Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera
Freddy Oscar Escobar Rozas	José Alfredo Agreda Pastor
Enrique Alberto Gherzi Silva	Rodrigo Emilio Hesse Martínez
Luis Aguirre Alván	Jeong Min Kim
Paul Castritius Mendoza	Alejandro Izquierdo Laca
César Luis Correa Zúñiga	María José García Seminario
José Manuel Martín Coronado	Alfredo Martin Benavides Castro Mendívil
Alejandro Rafael Morales Cáceres	Alberto Ernesto Coya Rojas
Johann Efraín Oporto Gamero	Carlos Andrés Fernández Guevara
Roger Paredes Martínez	Giovana Carolina Gazzo Capocci
Ursula Patroni Vizquerra	Jorge Francisco Lazo Lema
Gustavo Rodríguez García	Luis Karim Escobar Cachay
Renzo Esteban Saavedra Velazco	Judith Antonella Paredes Isaak
Annalucia Fasson Llosa	Marcela Soto Chocano
Beatriz Franciskovic Ingunza	Lucero de Belén Veliz Soto
María del Pilar Galeote Muñoz	Astrid Eliane Polo Castillo
Ricardo Geldres Campos	Alejandro Alvarado Padilla
Bárbara Pita Dueñas	Nicolás Sáenz Vergara
Sergio Salinas Rivas	Emilio Pino Bustamante
Dora Palomino Carrión	Aaron Pérez Urbina
Giorgio Schippa-Pietra Fuentes	Fares Calderón Huaycochea
Jackeline Mejía Dolores	Antonino Casas Ramírez
Vanessa Elizabeth Shinno Pereyra	Renzo Valladolid Godoy
Rubén Carlos Braulio Méndez Reategui	



ADVOCATUS

agradece especialmente a María Fernanda Soto Bazán, José Alfredo Agreda Pastor, Luis Alonso Jaymez Valdivia, Joel Alberto de Jesús Santillán Dulanto, Ariana Henríquez Sánchez, Valeria Dorita Arias Suárez, Isabella Navia Atoche, Renzo Mauricio Batti Kikta, Fabrizio Solari Barco, Alfredo Martin Benavides Castro Mendivil, Alberto Ernesto Coya Rojas, Carlos Andrés Fernández Guevara, Ignacio González Caipo, Tarek Gabriel Mohanna Uccelli y Luciana María Fernanda Quintana Medina por su valiosa contribución y por el constante esfuerzo brindado durante el tiempo que permanecieron como Miembros Activos en nuestra Asociación.



43