

IUS^{ET} PRAXIS





IUS_{ET} PRAXIS

Ius et Praxis

Revista oficial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

N.º 58, julio, 2024

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2024.n058>

DIRECTOR GENERAL

Ronald Cárdenas Krenz

EDITOR

Erick Urbina Lovon

COORDINADORA DE EDICIÓN

Dayana Sofía Luján Sánchez

© Universidad de Lima

Fondo Editorial

Av. Javier Prado Este 4600

Urb. Fundo Monterrico Chico

Santiago de Surco, Lima, Perú

Código postal 15023

Teléfono (511) 437-6767, anexo 30131

fondoeditorial@ulima.edu.pe

www.ulima.edu.pe

Edición, diseño y carátula: Fondo Editorial de la Universidad de Lima

Impreso en el Perú

Tiraje: 200 ejemplares

Periodicidad: semestral

Los trabajos firmados son de responsabilidad de los autores. El contenido de *Ius et Praxis* se encuentra bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0).

ISSN 1027-8168

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 99-0956

COMITÉ EDITORIAL

Raúl Canelo Rabanal (Universidad de Lima, Perú)
Joaquín Missiego del Solar (Universidad de Lima, Perú)
Enrique Varsi Rospigliosi (Universidad de Lima, Perú)
Adolfo Alvarado Velloso (Universidad Nacional de Rosario, Argentina)
Aida Kemelmajer de Carlucci (Universidad de Mendoza, Argentina)
Rémy Cabrillac (Université de Montpellier, Francia)
Francisco Ramos Méndez (Universitat Pompeu Fabra, España)
Flavio Tartuce (Universidade de São Paulo, Brasil)

EVALUADORES

Mag. Luis Chamochumbi Calderón (Universidad de Lima, Perú)
Mag. Miguel Ángel Torres Morales (Universidad de Lima, Perú)
Mag. Carlos Torres Morales (Universidad de Lima, Perú)
Abg. Miguel Bueno Olazábal (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú)
Abg. Joaquin Missiego Del Solar (Universidad de Lima, Perú)
Abg. Sergio Salas Villalobos (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)
Mag. Jairo Cieza Mora (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)
Mag. Paola Atoche Fernández (Universidad de Lima, Perú)
Dra. Milushka Rojas Ulloa (Universidad de Lima, Perú)
Dr. Julio Durand Carrión (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú)
Mag. Pablo Sánchez Nassif (Universidad Católica Andrés Bello, Universidad San Martín de Porres)

SERVICIOS DE INFORMACIÓN E INDEXACIÓN

La revista *Ius et Praxis* se encuentra indexada y registrada en:

Bases de datos

LatinRev (Red Latinoamericana de Revistas Académicas en Ciencias Sociales y Humanidades)
ROAD (Directory of Open Access Scholarly Resources)
Dialnet

Buscadores

Google Académico

Repositorio

Portal de revistas de la Universidad de Lima

<https://revistas.ulima.edu.pe/>

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	9
ENTREVISTA	11
Independencia e imparcialidad: el dilema del juez prejuicioso y la respuesta ético-procesal	
<i>Armando Andruet (h)</i>	
ARTÍCULOS	21
La tipificación del contrato de franquicia como alternativa para impulsar el desarrollo de las empresas peruanas en el mercado local	23
<i>Cristhina Giselle Speicher Mendiola</i>	
El régimen de responsabilidad civil por hechos del mayor de edad sin discernimiento	41
<i>Carlos Roberto Salazar Romero</i>	
La justicia restaurativa como solución de la violencia en los centros educativos	51
<i>Jannet Jackelyne Garcia Leon</i>	
La acción directa frente al incumplimiento en los casos de conexidad contractual	69
<i>Luis Aníbal Olazábal Tamayo</i>	
La ejecución de las sentencias de condena por parte del Estado peruano: propuesta para la implementación de un nuevo procedimiento	89
<i>Melanie Alessandra Fox Velarde</i>	
El <i>DJ set</i> : obra artística protegible por el derecho de autor peruano	109
<i>Piero Sebastián Casanova Gastelumendi</i>	

Reflexiones sobre la manifestación de la voluntad electrónica en el Código Civil peruano	137
<i>Raúl Junior Sotelo Dal Pont</i>	
¿Más sanciones, menos corrupción? Alcances de la responsabilidad administrativa disciplinaria en Perú	151
<i>Silvia Flor Guevara Pérez</i>	
Hablemos seriamente sobre los riesgos de desarrollo	171
<i>Julieta Melendi</i>	
Inteligencia artificial en la fiscalización tributaria: desafíos al debido proceso administrativo chileno	189
<i>Mauricio Álvarez Vega</i>	
Negocios en plataformas de <i>crowdfunding</i>, evaluación legal y perspectivas en Colombia: caso Patreon	209
<i>Tatiana Dulima Zabala Leal, Jesús Yasmani Portilla Garay, José Yeison Rodríguez Segura y Deisy Lizeth García Martínez</i>	
INFORMACIÓN ADICIONAL	237
Código de ética	239
Política editorial y normas para colaboradores	243

PRESENTACIÓN

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2024.n058.7356>

No hay universidad sin investigación, de allí que sea fundamental promoverla, sobre todo en los estudiantes. Pero poco sirven los esfuerzos de los alumnos que optan por titularse con tesis si sus aportes no se difunden de manera amplia. Por ello, la presente edición incluye una selección de las mejores tesis sustentadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima en los últimos años, resumidas en formato de artículo.

Los textos abarcan todo un universo de temas: la tipificación del contrato de franquicia, la responsabilidad civil del mayor de edad sin discernimiento, la justicia restaurativa como solución de la violencia en el ámbito escolar, la acción directa frente al incumplimiento en los casos de conexidad contractual, la ejecución del Estado peruano de las sentencias de condena, el *DJ set* como obra protegible por el derecho de autor, la manifestación de la voluntad mediante medios electrónicos en el Código Civil y los alcances de la responsabilidad administrativa disciplinaria.

Valga la oportunidad para felicitar no solo a los autores de dichas tesis, aprobadas con excelentes notas, sino también a los asesores de cada una de ellas, cuyo trabajo, por lo general silente y poco reconocido, debe meritarse y aplaudirse.

Completan la presente edición una entrevista al profesor argentino Armando Andruet (h), presidente de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, sobre el dilema del juez prejuicioso y la respuesta ético-procesal, entre otros aportes internacionales.

Asimismo, vaya el reconocimiento al Fondo Editorial de la Universidad por su profesionalismo y por hacer posible la presente edición, así como a cada uno de los alumnos que conforman el grupo de apoyo de *Ius et Praxis*.

Dice el físico español Senén Barro que la única misión de la universidad es la mejora permanente de la sociedad a través del conocimiento. En realidad —podemos agregar— puede ser que sí o que haya algunas más, pero, sin duda, aquella es la que le da sentido.

Monterrico, 14 de septiembre de 2024

Ronald Cárdenas Krenz

Director

ENTREVISTA

INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD: EL DILEMA DEL JUEZ PREJUCIOSO Y LA RESPUESTA ÉTICO-PROCESAL

ARMANDO ANDRUET (H)*

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2024.n058.7357>

Sabemos que, en el ámbito judicial, la independencia y la imparcialidad son principios que a toda costa se tienen que observar cuando un juez emite una sentencia. Quisiera comenzar preguntándole: ¿cuál considera que es la importancia de la independencia y la imparcialidad de un juez en el desarrollo de un proceso?

A ver, si un proceso no está a cargo de un juez que tenga la fortaleza de ser independiente frente a los poderes institucionales y fácticos, estamos indudablemente frente a una persona que no tiene la condición de poder ser juez. Ser juez supone mantener una firmeza aun cuando tenga en contra a los poderes institucionales —el ejecutivo o el legislativo— o a los poderes fácticos —una masa de gente en pie de protesta, un periódico, una televisión o una radio, que lo atacan a uno—. Si el juez no tiene independencia, cederá frente a este tipo de poderes; y, si un juez cede frente a ellos, habrá un justiciable que habrá perdido antes de ser resuelto por cualquier instancia. Por eso, no hay poder judicial sin independencia.

El tema de la imparcialidad es todavía más complejo que el de la independencia. Yo puedo advertir la dependencia desde un punto de vista objetivo. Por ejemplo, a mí no me consta que un juez —porque no lo he presenciado— llame y hable por teléfono con el ministro, pero me puedo dar cuenta, por el resultado fáctico, de que muy probablemente ha hablado con él. Es decir, cuando hay falta de independencia, tengo elementos que puedo percibir fácticamente. Pero cuando el problema es la falta de imparcialidad es más complicado, porque la manera en que esta se materializa es mucho menos perceptible. La imparcialidad es, fundamentalmente, la condición prejuiciosa que las personas

* Doctor en Derecho. Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina). Profesor emérito de la Universidad Católica de Córdoba. Profesor titular de Historia de la Medicina en la Universidad Nacional de Villa María. Presidente del Tribunal de Ética Judicial del Poder Judicial de Córdoba. La entrevista fue elaborada por la revista *Ius et Praxis* y realizada por Alejandra Becerra, Sharon Flórez y Ariana Vilca, integrantes de la revista *Ius et Praxis* y estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

tenemos —todas— respecto de muchísimas cosas; y los jueces, en tanto personas, tienen tantos prejuicios como cualquiera. Se supone que el juez tiene que hacer un esfuerzo para retirar esos prejuicios y poder ser imparcial. Si lo logra o no, no siempre lo sabemos.

Tal vez falta, diría yo, el tercer elemento de la tríada ética primaria de los jueces: la integridad. Cuando uno tiene estos tres elementos —independencia, imparcialidad e integridad, “las tres íes”—, uno puede decir que estamos frente a un juez con completitud.

Bueno, imaginemos una situación en la que un juez está a cargo de un caso de discriminación laboral en el que un empleado alega haber sido despedido injustamente debido a su identidad de género. El caso atrae la atención de grupos de derechos civiles y activistas, así como de sectores conservadores que tienen opiniones enérgicas sobre el tema. ¿Cómo puede el juez mantener su independencia judicial y garantizar imparcialidad en un caso que involucra, a nivel social, prejuicios arraigados y condicionamientos culturales y políticos?

En ese tipo de asuntos difícilmente puede el juez brindar una satisfacción a todo el colectivo social. Es decir, hay que entender que hay temas que son controversiales y que no son solubles, como un tema, para todos. Yo le puedo pedir al juez que sea imparcial, pero no le puedo pedir a la sociedad que también lo sea. La respuesta imparcial que el juez tendrá no va a ser reconocida por toda la sociedad. Para una parte de ella la decisión del juez no parecerá imparcial, porque en el fondo esa parte de la sociedad convive con ese conjunto de pareceres. Entonces, los jueces tienen siempre que pensar no desde los otros, sino desde sí mismos. Pensar desde sí mismos es, en realidad, lo único que los puede mantener como seres imparciales e independientes.

Ahora bien, viene la pregunta de si los jueces deben hacer una estimación del control de daños o del impacto que sus resoluciones puedan tener en la sociedad; esto es, si el juez puede decir lo que cree que tiene que decir, independientemente de si después de esa resolución se quema el mundo. Aquí entran a tallar los dos modelos éticos claramente explicados por Max Weber, la ética de la responsabilidad y la ética de la convicción. La ética de la convicción implica esto: yo soy fiel a mis tesis y, si después se incendia el mundo, no me importa. Esta es la ética a la que razonablemente —podría decir uno— debería aspirar un juez. Sin embargo, las resoluciones del juez tienen un impacto en la sociedad, en la moral pública, y, entonces, parecería que el juez debería también pensar en la ética de la responsabilidad: evaluar su impacto y, de acuerdo a ese impacto, construir una sentencia. Pero, con esto último, el juez estaría diciendo “Yo mido el impacto y, de acuerdo a eso, regulo qué voy a hacer”, lo cual sería una afectación a la noción de independencia.

La síntesis debería consistir en pensar, como modelo judicial, en una ética convictiva con responsabilidad. O sea, convicción con responsabilidad. De hecho, esto es a lo que

habitualmente se alude cuando se habla de la *función contramayoritaria* de los poderes judiciales. Los jueces son primariamente contramayoritarios. Ser contramayoritario significa, por ejemplo, que el juez pueda defender los derechos de un solo ciudadano, aunque ese juez sea la última instancia y el único espacio dentro del Estado de derecho que haga valer esos derechos. Este es un tema muy complicado, sobre todo cuando se vive —como vivimos hoy— en sociedades con diversidades culturales, religiosas y morales tan divergentes. En ese sentido, el rol de los jueces como agentes de la estabilización social es muy importante.

Es un poco difícil cuando se trata este tipo de conflictos morales.

Claro. Sin embargo, no se puede decir que uno será juez, pero que no se ocupará de estas cosas. La sociedad tiene que reposar en alguien que se ocupe de estos problemas. Además, no hay que olvidar que los jueces tienen la función no solo de resolver los casos que se les presentan, sino también la de expresar, mediante la resolución de esos casos, un cierto modelo de vida social; un modelo que, a la vez, representa el imaginario que cada juez tiene del propio mundo. Desde una dimensión algo más holística, uno debería creer que los jueces resuelven problemas morales de los ciudadanos con instrumentos jurídicos y que, en ese papel, transfieren un modelo de sociedad. Los jueces son algo así como ingenieros sociales: diagraman un modelo de sociedad y ayudan a delinear comportamientos morales en las personas. Por eso es tan importante, para la orientación de una sociedad determinada, decir cuál es el perfil del juez; si el juez es no solo quien sabe de derecho —porque eso se supone que lo sabe—, sino también si se trata, en definitiva, de una buena persona —en el sentido ético de lo que significa ser una buena persona—. Si no es una buena persona, su modelo de sociedad será otro, uno distinto al esperado —y todos sabemos que hay jueces que modelan la sociedad de una manera bastante improvisada y desordenada—.

... lo cual termina siendo más perjudicial para la misma sociedad, en vez de brindar una solución.

Por supuesto. Si yo digo que quien cometió un delito no debe ser enviado a la cárcel —como está previsto en la práctica procesal—, sino que debe ser socializado y enviado a que pase veinte días en Punta Cana, para que conozca el mundo y haga un proceso de reflexión, entonces tendremos más delincuentes dispuestos a ir a Punta Cana.

Esta concepción acerca de qué modelo de juez quiero ser es, en el fondo, una idea ética: de ese modelo de juez dependerá el impacto que tenga en la sociedad y la forma que asuma esa orientación. Platón decía que hay un mundo de las ideas y que en él están las esencias de las cosas. Ahora, si el mundo de las ideas es donde están realmente las esencias de las cosas, ¿qué es este mundo? Platón afirmaba que este es un mundo de representaciones, de imágenes. ¿Y de dónde salió el mundo de las representaciones? Salió de una extraña criatura llamada *demiurgo*, una criatura capaz de estar en el mundo

celeste, ilustrarse con el mundo de las ideas y, luego, refractar esas ideas en el mundo de lo real y sensible. Los jueces son demiurgos sociales. Piensan e imaginan un bien social y lo proyectan a partir de estos instrumentos jurídicos con los cuales regulan los comportamientos morales.

Resulta difícil evaluar qué tan ético es un juez. ¿Cómo evaluar su ética desde un inicio, cuando no se ha generado ni materializado todavía ningún daño? ¿Cómo podemos prever la situación?

Para abordar esta cuestión, hay que ver cómo está conformada la matriz institucional para la selección de jueces. En muchos países, el proceso de selección de un juez es crucial debido a la magnitud de su cargo. Aunque no puedo hablar específicamente del Perú en este momento, es importante considerar cómo se elige un juez.

Llegar a ser juez constituye una instancia de trascendencia fundamental para el Estado. Con su designación, se le confiere a la persona el poder de garantizar derechos en favor del ciudadano y se le otorga un cargo vitalicio, muchas veces asociado con una remuneración adecuada para vivir bien. Además, el cargo le otorga poder para influir y diagramar la sociedad. Es decir, aunque no sea un dios, el juez está, en algunas capacidades, muy cerca de serlo. Dado el poder y la estabilidad que se le otorgan, es crucial asegurarse de que se elija a la mejor persona para el cargo. Los consejos de la magistratura y las estructuras que evalúan a los candidatos deben contar con criterios que permitan una evaluación adecuada. Aunque estos criterios no sean puramente científicos, sí deben asegurar la suficiente predictibilidad para anticipar cómo tomarán los jueces decisiones en casos complicados.

Desde hace sesenta años se usan pruebas, como el test de Rorschach, para evaluar las condiciones psicológicas de las personas. Estos test y toda una batería diversa de pruebas pueden prever cómo una persona, en calidad de juez y con todos los atributos del cargo, debería reaccionar dada una situación moral compleja. Estas evaluaciones ayudan a determinar el grado de sensibilidad moral y de responsabilidad ética del candidato. Sin embargo, lo que suele suceder es que resulta más sencillo limitarse a evaluar el conocimiento jurídico del candidato —qué sabe de derecho penal, de derecho civil, etcétera— y hacer constar la apariencia de normalidad que cada uno presenta. La realidad es que todos somos normales en público; todos nos mostramos así, pero nadie es lo que parece, ni ustedes ni yo. Sin embargo, sabemos quiénes somos —sabemos realmente lo que somos— cuando nos miramos al espejo. Es esa introspección y esa evaluación profunda la que debería guiar la selección de jueces, dada la importancia de su rol.

Si no le damos la debida importancia a este proceso, quizá podríamos considerar como alternativa preferible recurrir a una buena inteligencia artificial que cuente con la menor cantidad de sesgos posibles para resolver nuestros problemas. Sin embargo, aunque la opción de que una máquina inteligente tome nuestras decisiones es tentadora, esta no es una solución viable.

Vivimos en un mundo fuertemente influenciado por la opinión pública. Y no solo eso: las redes sociales hacen que los propios sesgos de opinión y los prejuicios personales sean ampliamente conocidos. En un contexto como ese, ¿cómo mantiene el sistema judicial la independencia e imparcialidad de los jueces?

Bueno, vuelvo a subrayar que hay orientaciones importantes respecto a cómo los jueces se deben comportar en determinados ámbitos. La ética judicial sigue siendo percibida por muchos como una cuestión más bien glamurosa, indebidamente emotiva, como algo sentimental, cuando en realidad tiene una aplicación empírica muy efectiva.

Naturalmente, no se puede prohibir a un juez que participe en redes sociales; porque hoy, incluso para cosas cotidianas como pedir una pizza, uno tiene que tener un Instagram o un WhatsApp; de lo contrario, no te traen la pizza. Lo que es esencial es brindar a los jueces las suficientes herramientas para que comprendan que su participación en redes puede generar efectos que están fuera de su control. Lo único que pueden controlar es ser moderados y cautos respecto de hasta qué punto y en qué temas conviene que participen. Deben presentar una imagen de probidad auténtica para que el ciudadano confíe en su verdadera imparcialidad. Un juez, por ejemplo, debe abstenerse de emitir juicios morales o comentarios admonitorios respecto de ciertas personas o situaciones.

Si un juez expresa en redes comentarios negativos sobre los tatuajes corporales y, de esa forma, manifiesta su propia idiosincrasia de aversión hacia las personas tatuadas, esos comentarios pueden tener luego repercusiones serias. Aunque sea personal, un comentario así podría influir en la percepción de los abogados y en la forma en que preparan sus casos. Por ejemplo, si un abogado sabe que un juez tiene aversión a los tatuajes, podría aconsejar a un testigo que se cubra los tatuajes para evitar influir en la percepción del juez. Entonces, es crucial enseñar a los jueces que deben ser imparciales, no solo en sus decisiones sino también en su apariencia de imparcialidad. Los jueces tienen mucho conocimiento; pero hay también otras áreas que ignoran y en las que necesitan más formación para poder discernir adecuadamente en todos los contextos.

Esto nos lleva a preguntarnos: ¿cuáles son las medidas procesales o éticas más eficientes para mantener la independencia del juez frente a sus propios prejuicios sin socavar la confianza en el sistema judicial?

Es una muy buena pregunta, porque resalta la necesidad de un seguimiento ético continuo para los jueces. No se puede pretender que quien no conoce ciertas cosas actúe como si las conociera. Es decir, no se puede esperar que alguien actúe de manera ética si no ha sido debidamente formado en la ética. Es como pedirle a alguien que cuide un jardín sin haberle enseñado antes a ser jardinero.

La formación ética debe ser una parte integral del desarrollo profesional del juez. Si un juez no actúa de manera ética, no solo se trata de un fallo individual, sino de una falla

en el sistema de formación ética. En muchos países, especialmente en América Latina, se pone énfasis en la formación técnica y se descuida la formación ética. Sin embargo, en Estados Unidos, por ejemplo, se lleva a cabo una revisión anual de casos éticos entre jueces federales para discutir y analizar cómo se orientaron y resolvieron, con el fin de explicitar criterios y educar a otros jueces sobre estos temas.

En América Latina, a menudo se confunde lo ético con lo disciplinario. Lo disciplinario se refiere a las sanciones administrativas, a las multas o los llamados de atención, que no aborda la raíz del problema ético. En cambio, la ética debería ser abordada desde la prevención, no desde la sanción: debe ser trabajada *ex ante*, no *ex post*. Es necesario proporcionar a los jueces las herramientas y los recursos para discernir éticamente desde el principio. En el Perú y en otros países iberoamericanos, por ejemplo, existen códigos de ética judicial; es preocupante que muchos jueces no estén ni siquiera familiarizados con estos códigos. ¿Cuántos los conocen? Muy pocos. La falta de conocimiento sobre estos recursos éticos refleja una deficiencia en la formación continua y en el apoyo proporcionado a los jueces.

El problema es doble. Por un lado, no se ha formado adecuadamente a los jueces desde el inicio, y, por el otro, tampoco se les ha brindado una formación continua adecuada. La responsabilidad recae tanto en quienes dirigen el poder judicial como en los jueces mismos.

Ahora bien, en su perspectiva a largo plazo, ¿cómo puede evolucionar el sistema judicial para brindar una respuesta ético-procesal más efectiva frente al problema de los prejuicios?

Lo que he dicho hasta acá ofrece una respuesta parcial a su pregunta. La tarea puede parecer desafiante, muy difícil, pero no porque parezca difícil es imposible.

He sido juez durante casi cuarenta años, comenzando como empleado de tribunales y ascendiendo en mi carrera. La experiencia profesional, al igual que cualquier otra, deja huellas en la psicología de las personas. Así como un deportista puede sufrir lesiones que dejan marcas físicas, el ejercicio profesional de un juez deja huellas en su mente. En mi época de estudiante, mi trabajo como alumno era estudiar. Me levantaba, leía mis libros, iba a clases, hablaba con los profesores; hacía mi trabajo de alumno y ese trabajo dejó huellas. Grandes profesores dejaron huellas importantes en mí y, también, ciertos profesores y ciertas materias —derecho tributario, por ejemplo— dejaron huellas terribles y frustrantes para mi vida estudiantil. Estas experiencias, tanto buenas como malas, influyen en nuestra perspectiva y comportamiento. Del mismo modo, las huellas dejadas por la experiencia judicial pueden afectar la imparcialidad y la toma de decisiones de un juez.

Hoy la gente se analiza porque tienen ciertas huellas que creen que, conversando con alguien, se pueden superar, aligerar u olvidar. Para mitigar el impacto de estas huellas, considero que un acompañamiento psicológico para los jueces sería beneficioso.

La ayuda profesional podría facilitar la superación de experiencias perjudiciales y reducir el riesgo de que estos prejuicios influyan en su trabajo. Si un juez lleva consigo huellas negativas, puede inconscientemente dejarse influenciar por ellas, afectando así la imparcialidad de sus decisiones. Además, es fundamental establecer un modelo de cooperación ética y de prevención. Esto implica crear un entorno que apoye y coopere con la formación profesional de los jueces, minimizando sus prejuicios y aligerando sus huellas negativas. Desde mi perspectiva, visualizo tres grandes momentos en la vida judicial: ser juez, ser un buen juez y ser un “buen mejor juez”. El concepto de un buen mejor juez se asemeja a lo que en la gramática inglesa se denomina el *presente continuo*, es decir, una acción que siempre se está realizando. El buen mejor juez es aquel que siempre está aspirando y trabajando para ser mejor de lo que ha sido hasta ese mismo momento.

De acuerdo con lo que menciona, el juez tiene un historial de trabajo —las huellas a las que alude— que influye en su perfil y que, en cierta forma, lo puede llevar a renunciar a aspectos de su esencia personal. ¿Cómo cree que se pueden equilibrar los derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la privacidad con el desempeño de la función judicial?

Es fundamental hacer ver al juez, a través de la formación en ética judicial, que, en ciertos ámbitos profesionales, como el del juez, la libertad de expresión no es un derecho absoluto, sino un derecho restringido. Los italianos dicen: “Los jueces tienen una libertad de expresión, sí, pero como un derecho debilitado”. En términos sencillos, la libertad de expresión del juez no es completa y plena, sino debilitada. Esta restricción se aplica también a otros ámbitos profesionales. Un ejemplo es el de los médicos, en el que, con toda razón, un médico no puede revelar información confidencial sobre su paciente.

La libertad de expresión del juez está limitada justamente porque, en todo momento, debe demostrar independencia e imparcialidad. Esto significa que el juez, incluso si tiene opiniones personales sobre temas políticos o sociales, no debe expresarlas públicamente. Aunque el juez piense que el presidente de la República es una pésima persona y vote contra él en cuanta elección haya, no puede decirlo públicamente. Decir algo así comprometería la percepción que tienen los ciudadanos de él porque, dado que su rol público debería estar regido por ciertos principios, no le corresponde emitir ese tipo de juicios. En resumen, la libertad de expresión existe para los jueces, pero está restringida por la necesidad de mantener la imparcialidad, la independencia y la integridad. Estas limitaciones aseguran que la función judicial se realice de manera justa y equitativa.

Por la repercusión que sus afirmaciones tienen, el juez no puede andar diciendo que tal es tal...

Por supuesto. Los jueces deben ser conscientes de la repercusión que sus palabras pueden tener en la sociedad. Y, además, esta conciencia debería ser un asunto tácito:

es una responsabilidad que debería ser parte de su formación. Desafortunadamente, no siempre se realiza un trabajo cuidado en la preparación de los futuros jueces.

Tomemos, por ejemplo, el modelo español. En España, el camino para convertirse en juez incluye un riguroso proceso de oposiciones y entrevistas técnicas. Los aspirantes deben completar un año de estudios intensivos en derecho y, posteriormente, un segundo año en el que se enfrentan a experiencias prácticas en diversos entornos, como cárceles, hospitales y empresas. Completado esto, el aspirante es adscrito a un tribunal, en el que será asistente en la oficina de un juez, cuyos casos verá y escuchará y de cuya experiencia aprenderá en un proceso de transferencia diaria e intensiva. Esta formación integral busca proporcionar una comprensión profunda y práctica del entorno judicial.

Un modelo similar ha sido adoptado en República Dominicana, el único país en América Latina y el Caribe que sigue un modelo europeo en la formación de jueces. En otros países de la región, la formación suele ser menos estructurada y más azarosa. En muchos casos, los aspirantes solo demuestran sus conocimientos jurídicos sin recibir la preparación práctica necesaria para enfrentar los desafíos reales de la función. No hay un proceso de inducción formal que aborde la tarea diaria de ser juez. Es cierto, nadie obliga a alguien a convertirse en juez. Sin embargo, la falta de una formación exhaustiva puede llevar a una comprensión incompleta de las privaciones y limitaciones que conlleva el cargo. Muchos aspirantes se sienten atraídos por la importancia del rol sin estar completamente informados sobre los desafíos que implica.

En relación con el derecho a la privacidad, ¿cómo equilibrar la privacidad personal del juez con su función pública, especialmente cuando un caso es muy mediático y esto puede afectar la percepción de imparcialidad?

No es fácil; especialmente, en una sociedad en la que la información personal está ampliamente disponible y existen plataformas en las que no hay “olvido”, como Google. Es esencial, como yo siempre digo, que los jueces construyan desde muy jóvenes el futuro que quieran tener. Es difícil prever todos los desafíos que surgirán en el futuro, pero uno puede ser consciente de cuáles son las variables importantes.

Hoy en día, las redes sociales pueden capturar y difundir aspectos de la vida personal de uno que, aunque inofensivos en su contexto original, pueden luego ser utilizados de manera perjudicial. Un comentario inapropiado o una exhibición imprudente de un chico o una chica de veintitantos años, en una despedida de soltero, con algunas copas de más, pueden ser injustamente malinterpretados o exagerados en el ámbito público de las redes, muchos años después. Todos podemos tener momentos de indiscreción, pero es importante que los jueces —y en general todos los profesionales— sean cautos y gestionen con cuidado su imagen pública.

Y no solo publicaciones, sino también videos...

Las redes brindan suficientes ejemplos. Dentro de veinte años puede aparecer que el juez, quien está a punto de juzgar un caso terrible, esté igualmente vinculado con algo análogo en su pasado. Como si el hecho de que apareciera desnudo en un video, veinte años atrás, fuera relevante para su función pública, lo cual es falso. Todos creemos que la gente puede evolucionar, pensar y mejorar. Antes decíamos que uno es prisionero de las palabras que dice y de las palabras que calla. Hoy en día, en realidad, somos prisioneros de lo que Google tiene sobre nosotros —aunque eso sea lo que nosotros mismos hemos puesto allí—.

En ese sentido, hay casos graves en los que la gente ha tenido que pagar por cosas muy antiguas, situaciones dramáticas que Google no olvida. Por ejemplo, hay personas que han mostrado una cruz esvástica por ignorancia. Alguien entra en una casa de bisutería, compra un objeto porque le gustó la forma, se la pone para una fiesta y alguien luego le saca una foto: el objeto era una cruz esvástica y la persona ignoraba completamente qué significaba. Quien toma la foto y quienes luego la ven la acusan: “usa una cruz esvástica, es pro nazi”. Es un hecho desafortunado y es un trato injusto, pero también, obviamente, son explicaciones muy difíciles de dar.

Por eso, hay que ser muy cuidadoso. La pulsión humana es fuerte, pero si uno quiere construir un proyecto de vida debe tener claro que solo hay una marca a respetar: la marca que uno es. Así como Coca-Cola cuida su reputación corporativa, así debe cuidar uno su propia marca. Yo, Armando Andruet, soy mi marca. Tengo Twitter desde hace quince años —nunca he tenido Facebook—. En esos quince años, mi cuenta @eticajudicial no llega a mil seguidores. Bajo ciertos estándares quizá debería desanimarme, o pegarme un tiro, pero me siento muy reconfortado. Hablo de lo que me interesa, publico solo cosas sobre ética judicial y, como no tengo tiempo para escribir todo lo que me gustaría, lo hago muy esporádicamente. Seguramente si publicase cosas más divertidas tendría más seguidores, y eso quizá podría satisfacer mi ego. Pero, en realidad, ¿para quién hago las cosas, para los demás o para mí? Prefiero cuidar mi marca.

Viajo mucho, pero no publico dónde estoy. Me interesa estar presente en el momento. Y me interesa también cuidar mi marca. Los jóvenes deben aprender a hacerlo: cuidar cómo se presentan, cómo se relacionan, cómo se visten. Yo no tengo un asesor de imagen, pero aprendí que hay que ser muy cuidadoso con todos estos detalles, especialmente en ciertos escenarios.

Aunque ya no soy juez, cuando lo era y me invitaban a conferencias en lugares con casinos, nunca iba al casino, aunque este estuviera en el mismo hotel. No me importaba quién me conociera; solo pensaba en el potencial de que alguien me viera y cómo eso podía afectarme. Construir una marca es un proceso delicado. La confianza en los jueces se construye día a día, pero es frágil. Un error puede destruirla, como construir un muro

A. Andruet (h)

con ladrillos de cristal. Cuanto más alta es la confianza, más riesgo implica. Como decía Epícteto, mientras más alto está uno en la montaña, más cerca está del rayo.

Muchas gracias por sus consejos y su tiempo. La revista está muy agradecida por la información y la sabia perspectiva que nos ha brindado sobre la ética del juez, tema que, sin duda, interesa a *Ius et Praxis* y a quienes estudian y practican el derecho hoy.

ARTÍCULOS

LA TIPIFICACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA COMO ALTERNATIVA PARA IMPULSAR EL DESARROLLO DE LAS EMPRESAS PERUANAS EN EL MERCADO LOCAL

CRISTHINA GISELLE SPEICHER MENDIOLA*
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 11 de enero del 2024 / Aceptado: 7 de marzo del 2024

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2024.n058.6876>

RESUMEN. La franquicia es considerada un modelo de negocio que permite que el franquiciante pueda expandir su negocio a otras áreas geográficas gracias al aporte de capital del franquiciado, a cambio de otorgarle el derecho de utilizar la marca y recibir el *know how* y una asistencia técnica durante el tiempo que se ha otorgado la franquicia. Esto a fin de que el franquiciado pueda hacer uso del derecho de explotar un negocio con un impacto en el mercado que redundará en un mayor retorno de su inversión. Además, las franquicias peruanas han tenido un constante crecimiento en nuestro mercado nacional, lo que aporta al PBI del país y a la producción de empleos. No obstante, consideramos que este crecimiento podría ser mayor si se contara con una regulación legislativa del contrato de franquicia, a fin de que se puedan reducir las brechas de incertidumbre y conflictos que suelen aparecer en las etapas de negociación y ejecución del contrato entre el franquiciante y el franquiciado. Por ello, en el presente artículo se busca mostrar cuál es el impacto positivo que puede traer al Perú una tipificación del contrato de franquicia.

PALABRAS CLAVE: franquicias / contrato de franquicia / *know how* / marcas / franquiciante / franquiciado

* Titulada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima (julio del 2019). Actualmente, es abogada especializada del área corporativa y financiera del estudio Arbe Abogados. Contacto: 20123136@aloe.ulima.edu.pe

THE LEGAL REGULATION OF THE FRANCHISE CONTRACT AS AN ALTERNATIVE TO PROMOTE THE DEVELOPMENT OF PERUVIAN COMPANIES IN THE LOCAL MARKET

ABSTRACT. The franchise is regarded as a business model that enables the franchisor to expand its operations into other geographic areas through the capital contribution of the franchisee. In exchange for this financial input, the franchisor grants the franchisee the right to use the brand, receive specialized knowledge (know-how), and receive technical assistance during the franchise's designated term. This enables the franchisee to exploit a business opportunity with a market impact that results in a higher return on investment. Peruvian franchises have consistently experienced growth in the national market, contributing to the country's Gross Domestic Product (GDP) and job creation. However, it is posited that this growth could be further augmented with the implementation of legislative regulation pertaining to franchise contracts. Such regulation aims to diminish uncertainties and conflicts between franchisors and franchisees that typically arise during the negotiation and execution stages. Therefore, this article seeks to elucidate the positive impact of the legal regulation of franchise contracts could bring to Peru.

KEYWORDS: franchises / franchise agreement / know how / brands / franchisor / franchisee

1. INTRODUCCIÓN

Cuando se quiere expandir un negocio, se pueden encontrar múltiples alternativas. Entre ellas, acceder a un financiamiento con una entidad bancaria o financiera, buscar inversionistas que asuman el riesgo del negocio a cambio de darles una participación en él (con lo cual se tendría que sacrificar parte de los derechos políticos y económicos del negocio) o, incluso, solicitar un préstamo a un familiar. No obstante, otra forma de expandir un negocio es a través de la franquicia, que es un modelo de negocio que permite su expansión a otras zonas geográficas con un costo menor de inversión para el franquiciante, ya que, principalmente, el aporte de capital vendrá por parte del franquiciado a cambio de obtener, este último, por un tiempo determinado, el derecho a explotar un negocio, usar la marca, conocer y aplicar el *know how*, así como contar con una asistencia técnica. Todo ello con la finalidad de obtener rentabilidad en un tiempo menor al que requeriría si lo hiciera empezando un negocio desde cero.

Cabe indicar que la franquicia ha ido creciendo con mayor fuerza a mediados del siglo XX con las cadenas *fast food*, también llamadas de comida rápida. Estados Unidos es uno de los países pioneros de este modelo de negocio y de regular legislativamente el contrato de franquicia, modelo que aporta millones de dólares anuales a su economía y que contribuye a la generación de puestos de trabajo. A diferencia de los Estados Unidos de América, nosotros no contamos con una tipificación del contrato de franquicia, siendo, por ende, un contrato atípico en nuestra legislación. Además, la alternativa de celebrar un contrato de franquicia para expandir un negocio no es frecuentemente usada en el Perú para obtener capital o como primera opción para expandir un negocio, ya sea por la falta de conocimiento de este sector o porque los inversionistas no encuentran mucha seguridad jurídica al momento de optar por invertir en una franquicia, entre otros factores.

El objetivo del presente artículo es dar una aproximación sobre el impacto positivo de contar con una regulación normativa del contrato de franquicia que permita incentivar su promoción en el territorio nacional, a fin de que se convierta en un mecanismo de desarrollo para las empresas peruanas.

2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE FRANQUICIA

Para empezar, podemos definir a la franquicia como un modelo de negocio en donde el franquiciante otorgará el derecho de utilizar la marca y su *know how*, así como de brindar una asistencia técnica al franquiciado, a fin de que este pueda replicar —de la misma forma que lo realiza el franquiciante— los productos o servicios en un área geográfica determinada. A cambio, el franquiciado expandirá el negocio a favor del franquiciante y le pagará una contraprestación a través de regalías.

Como elementos que conforman a la franquicia, tenemos a los siguientes:

- i) *El franquiciante*. Considerado como aquella persona propietaria de la idea del negocio que se busca expandir en el mercado, a través del otorgamiento temporal de los derechos de su marca, así como del *know how*, al franquiciado. Cabe indicar que también podemos encontrarnos con subfranquiciantes, que no son titulares de la marca, pero tienen el derecho de subfranquiciarla a un tercero.
- ii) *El franquiciado*. Es aquella persona que busca invertir en un negocio; usualmente tiene trayectoria y éxito reconocido o un potencial de éxito en el mercado, en el que podrá valerse de la imagen y reputación de la marca, con el fin de generar rentabilidad a corto o mediano plazo.
- iii) *La marca*. La definición la podemos encontrar en el artículo 134 de la Decisión 486 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (Comunidad Andina de Naciones, 2000), que dispone que la marca es cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. De acuerdo con Maraví (2014), “las marcas tienen como finalidad distinguir, es decir, identificar, productos o servicios ... para que los consumidores puedan elegir de manera libre y correcta según sus intereses” (p. 59).
- iv) *El know how*. Es el grupo de conocimientos, técnicas y experiencias que el franquiciante transfiere temporalmente al franquiciado a fin de que este último cumpla con prestar el servicio o brindar el producto de manera uniforme, respetando las especificaciones y lineamientos brindados en los manuales respectivos. Asimismo, tenemos que el *know how* puede caracterizarse por ser: secreto (es decir, el conjunto de conocimientos y técnicas que lo conforman solo se encuentran a disposición de las partes contratantes); sustancial, pues “implica que la transmisión de dichos conocimientos incluya una información importante con valor patrimonial en sí misma para la venta de los productos o para la prestación de los servicios” (Gallo, 2014, pp. 48-49); e identificado, porque el *know how* debe transmitirse de una manera tal que el franquiciado sepa cómo emplearlo en la fabricación, producción o comercialización del producto o servicio.
- v) *El canon de entrada (fee de ingreso)*. Se puede definir como el pago inicial que recibe el franquiciante por el derecho de que el franquiciado use la marca del negocio. Terán (2019) define al canon de entrada como

el *Up Front Fee* que se abona, por lo general, para cubrir los costos de inducción, adopción, y formación del franquiciado ... el pago del canon de entrada proviene de una serie de indicadores como puede ser la notoriedad y posicionamiento de la marca en el mercado, la propuesta de valor, la originalidad del producto o servicio. (p. 8)

- vi) *La regalía*. Es la contraprestación a cargo del franquiciado; es decir, aquellos pagos que se realizan de forma periódica o continua por la explotación de la marca que ha sido fruto del esfuerzo del franquiciante para encontrarse reconocida en el mercado. Gallo (2014) menciona los beneficios económicos accesorios que pueden conformar la regalía:

En algunas ocasiones, el beneficio económico del franquiciante no nace del pago de la regalía, sino del cobro de alguna suma de dinero que cobra el franquiciante por realizar alguna obligación accesorio al franquiciado, no consiste en la venta misma del producto, sino, por ejemplo, en la venta de insumos, en la capacitación en temas diferentes al *know how*, el alquilar el inmueble, etcétera. (p. 50)

- vii) *La exclusividad territorial*. La territorialidad es otro elemento que se negocia en el contrato de franquicia, ya que dicha exclusividad beneficia al franquiciado (para que pueda explotar el negocio sin tener competencia de otro franquiciado de la misma red de franquicias) y le permite obtener mayores posibilidades de recuperar su inversión y generar rentabilidad. Ahora bien, ello no significa que las partes siempre acuerden exclusividad en un área determinada, ya que, dependiendo de la distancia y del tipo de modalidad de venta, puede haber otras franquicias dentro de la misma zona geográfica.

- viii) *La asistencia técnica*. Se puede definir como la asistencia que obtiene el franquiciado de forma continua, a través de las capacitaciones y programas que el franquiciante le brindará durante el desarrollo de la franquicia, a fin de que el franquiciado lleve de forma correcta los procesos comerciales, de gestión, operatividad, entre otros, en la franquicia. Terán (2019) expone lo siguiente sobre el referido concepto:

La asistencia técnica viene a ser el otorgamiento de todo tipo de conocimientos e información para la aplicación adecuada del modelo de negocio por parte del franquiciado ... significa asesoramiento y prestar el auxilio y atención al franquiciado sobre el *know how* entregado; este asesoramiento se entrega de forma continua, durante toda la vigencia del contrato, siendo un deber del franquiciante la capacitación, periódica y especializada del negocio al franquiciado. (pp. 7-8)

3. PRINCIPALES DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FRANQUICIANTE Y DEL FRANQUICIADO

Los principales derechos y obligaciones que surgen para el franquiciante y franquiciado en un contrato de franquicia son los siguientes:

3.1 Derechos del franquiciante

- Cobrar por los conceptos pactados en el contrato de franquicia (entre ellos, regalías, canon de entrada y publicidad).
- Solicitar información sobre los estados financieros y contables al franquiciado del negocio.
- Exigir que se respete la confidencialidad de la información, como la transferencia del *know how* y toda aquella que se haya considerado como tal.
- Cambiar o actualizar, de ser necesario, los manuales operativos y lo que se requiera para que el franquiciante pueda continuar desarrollando el *know how*.
- Que el franquiciado reciba aquellos materiales e insumos que se necesitan para que los productos cuenten con la misma uniformidad.
- Crear y aprobar la publicidad de los productos y servicios.

3.2 Derechos del franquiciado

- Recibir la capacitación y asistencia permanente del franquiciante durante el desarrollo del negocio.
- Recibir el manual operativo y demás documentos que sean necesarios para operar correctamente la franquicia.
- Recibir el *know how* de manera completa y clara.
- Recibir el derecho de uso sobre los derechos de propiedad industrial del negocio franquiciado.
- Contar con un derecho exclusivo sobre el territorio asignado para la explotación de la franquicia, siempre que se haya pactado en el contrato.
- Tener la posibilidad de adecuar los productos a la cultura del consumidor en donde se encuentre la franquicia (tropicalización).

3.3 Obligaciones del franquiciante

Entre las principales obligaciones del franquiciante podemos encontrar las siguientes:

- Brindar al franquiciado la asistencia y capacitaciones necesarias para el correcto funcionamiento de la franquicia.
- Otorgar oportunamente el *know how* así como el manual de franquicia.
- Respetar la exclusividad de la zona geográfica establecida para el desarrollo de la unidad franquiciada.

- Según lo señalado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2019), también es una obligación del franquiciante la indemnización o asistencia de otra índole al franquiciado en caso de que deba litigar a raíz de una denuncia por infracción de la propiedad intelectual (p. 35).

3.3 Obligaciones del franquiciado

En cuanto a las obligaciones del franquiciado, podemos encontrar las siguientes:

- Mantener la confidencialidad de la información proporcionada por el franquiciante, sobre todo del *know how* transferido.
- Comunicar inmediatamente al franquiciante sobre cualquier situación que pueda afectar o afecte negativamente a la franquicia.
- Cumplir con lo dispuesto en el manual operativo y los demás manuales correspondientes.
- Pagar oportunamente las regalías, el canon de entrada, y los demás conceptos que se hayan pactado en el contrato.
- Permitir las auditorías, en las fechas y horarios acordados, que realice el franquiciante en las instalaciones de la franquicia, así como de los libros contables.
- No celebrar otro contrato de franquicia o participar de un negocio que tenga el mismo objeto de la franquicia adquirida.

4. PRINCIPALES DOCUMENTOS QUE SE PUEDEN ENCONTRAR PARA LA CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO DE FRANQUICIA

Existe cierta documentación que se suele encontrar al momento de la negociación y celebración del contrato de franquicia y que permite reducir contingencias. A continuación, exponemos las siguientes:

- *La circular de oferta de franquicia (COF)*. Es el documento que se entrega en la etapa de negociación del contrato de franquicia y que contiene la información principal sobre la franquicia y, a veces, también del franquiciante, a fin de que el franquiciado conozca cuáles son los términos a los que se obligará. De acuerdo con Aguirre (2014), la COF debe contener la siguiente información:

La COF usualmente contiene los datos del franquiciante, descripción de la franquicia, los derechos de propiedad intelectual, las contraprestaciones económicas, los tipos de asistencia técnica, especificación del territorio otorgado al franquiciante, obligaciones de confidencialidad, y, en general, todas las obligaciones y derechos que tendrá el franquiciado. (p. 19)

- *El manual de operaciones.* A través de este manual, “el franquiciante le transmite al franquiciado los conocimientos y experiencias del negocio, que permitirá a este último llevar a cabo el negocio de forma estandarizada” (Comisión de Promoción del Perú para la Exportación y Turismo, s. f., p. 47). En el referido manual también se contemplan todos los aspectos esenciales para llevar día a día el negocio; por ejemplo, se podrán encontrar disposiciones sobre la atención al cliente, gestión del inventario, política de precios, y detalle del producto y servicio.
- *El manual de preapertura.* “Se establecen todos los aspectos que deben cubrirse, desde la firma del contrato hasta la apertura de la unidad franquiciada” (Kiser, 2009, p. 32). Este manual suele incluir, entre otros, los procedimientos de la adecuación del local, especificaciones de decoración y el inventario necesario para iniciar la operación.
- *El precontrato.* En el marco jurídico podemos encontrar los contratos preliminares que fijan las condiciones del contrato definitivo. Así, se puede definir como el “contrato preliminar donde el futuro franquiciado entrega como adelanto un monto equivalente a una parte proporcional del derecho de entrada” (Kiser, 2009, p. 34).
- *Contratos complementarios.* Serán todos los contratos necesarios que servirán de complemento para el correcto funcionamiento del negocio que se está franquiciando. Por ejemplo, si el negocio franquiciante es un restaurante, también habrá de por medio un contrato de suministro, un contrato de arrendamiento, entre otros.

5. LAS FRANQUICIAS EN EL PERÚ

Remitiéndonos un poco a la evolución de las franquicias en el Perú, Aguirre (2014), señala que

el sistema de franquicia llegaría al Perú, aproximadamente en los años ochenta, con la franquicia Kentucky Fried Chicken (KFC) y Pizza Hut de la mano del Grupo DELOSI ... en los siguientes años, se inició una etapa de crecimiento considerable en el mercado nacional con el ingreso de otras franquicias extranjeras como Burger King en 1992, Domino's en 1995 y McDonald's en 1996. (p. 15)

No obstante, lo anterior, con el transcurso del tiempo, empezaron a aumentar la cantidad de franquicias nacionales. Así, Kiser (2019) comenta que

en los últimos años se ha tenido que ver las franquicias extranjeras con la creciente competencia de cadenas de franquicias locales, que nacieron con la

inspiración del modelo de franquicias utilizado por estas cadenas norteamericanas, pero con sabor y toque nacional. Así, han venido naciendo importantes cadenas como Pardos Chicken, Mediterráneo, Bombos, D'nnos Pizza, China Wok, etcétera. (p. 62)

De conformidad con Jesús Ochoa, el entonces presidente del sector franquicias del gremio de servicios de la Cámara de Comercio de Lima (CCL), “el sector franquicias en el país venía creciendo a un ritmo anual del 20 % hasta el 2019 con más de 2800 locales comerciales y generando más de 30 000 puestos de trabajo” (Jesús Ochoa: “Facturación de franquicias en Perú alcanzaría nivel prepandemia en 2024”, 2022, párr. 2). Asimismo, señaló que “el sector franquicias podría facturar US\$ 1100 millones en el Perú ... Además, en el 2019 el número de franquicias peruanas superó al número de franquicias extranjeras operando en territorio peruano, con un 50,5 % y 49,5 %, respectivamente”. Cabe indicar, sin embargo, que no ha habido un cambio sustancial desde el último informe del Censo Nacional de Franquicias emitido en el 2017, en el que se mostró que las franquicias nacionales contaban con 783 locales franquiciados (689 se encontrarían en el Perú y el resto en el extranjero), y las franquicias extranjeras tenían 1081 locales franquiciados en el Perú (Ministerio de Comercio Exterior y Turismo [Mincetur], pp. 10-15).

En relación con los principales sectores económicos en los que se encuentran las marcas franquiciadas, tenemos que la mayoría se sigue concentrando en el sector gastronómico. Así, conforme con parte del informe de la Cámara Peruana de Franquicias elaborado durante el 2018 y 2019, el sector económico más empleado por las franquicias nacionales fue el de gastronomía, con un 55 % del total del mercado peruano (Cámara Peruana de Franquicias, 2019). Ello no es sorpresa, ya que nuestro país sigue siendo considerado como el mejor destino culinario del mundo por los *World Travel Awards 2023* (South America's leading culinary destination 2023, s. f.). Juan Lazarte, actual presidente del sector de franquicias del gremio de servicios de la CCL indicó que el sector gastronómico es uno de los sectores que se mantiene y viene creciendo por la percepción del mundo acerca de la gastronomía peruana, por lo que se sigue apostando por nuevos locales y nuevos emprendimientos gastronómicos que jalen el interés de los inversionistas para ingresar a dicho sector (Lazarte, 2023). Además de la gastronomía, podemos encontrar a los sectores de servicios de belleza, turísticos, moda y salud, entre otros.

6. LAS VENTAJAS DE CELEBRAR UN CONTRATO DE FRANQUICIA

Existen ciertas ventajas que hacen atractivas a las franquicias sobre otros tipos de alternativas, al momento de buscar la expansión de un negocio. Cabe indicar que los incentivos por los cuales un franquiciante querrá celebrar un contrato de franquicia no serán necesariamente los mismos para el franquiciado. En ese sentido, se verán,

a continuación, cuáles son los principales beneficios —para cada parte— de optar por celebrar el contrato de franquicia.

Algunas de las ventajas que puede obtener el franquiciante son, en primer lugar, el fortalecimiento y preservación de su marca, ya que el franquiciante podrá expandirla hacia los consumidores con mayor rapidez a través de otorgarle al franquiciado el derecho de usarla y explotarla en el mercado. En segundo lugar, la reducción del costo de expansión de la marca, ya que el franquiciante contará con mayor capital gracias a los pagos realizados por el franquiciado, los que le permitirán continuar desarrollando y mejorando el concepto del negocio. Así, “el crecimiento se puede conseguir con inversiones reducidas trasladando la mayor parte de las inversiones a los franquiciados” (Diéz de Castro & Rondán, 2004, p. 76). En ese sentido, el franquiciado será, usualmente, quien asuma el costo de las instalaciones, mobiliario, personal, así como aquello que sea necesario para el correcto funcionamiento de la franquicia. En tercer lugar, otra ventaja es la reducción de riesgos con respecto al conocimiento del mercado, siendo que el franquiciante puede expandir su negocio en territorios donde el franquiciado sí cuenta con mayor experiencia y conocimientos acerca del funcionamiento del mercado para así poder explotar mejor la marca.

De otro lado, algunas de las ventajas que puede obtener el franquiciado al celebrar un contrato de franquicia son las siguientes: en primer lugar, la asistencia técnica durante el desarrollo de la franquicia; con ella, el franquiciado tendrá mejores facilidades para seguir los lineamientos y procesos brindados por el franquiciante para el desarrollo de la franquicia (por ejemplo, el franquiciado obtendrá una capacitación para su personal, del proceso de ventas, la decoración del local, entre otros, que le permitirá llevar adecuadamente la uniformidad en el producto o servicio al consumidor). En segundo lugar, hay un menor riesgo de fracaso, ya que adquirir una franquicia con estabilidad y reconocimiento en el mercado generará mayor confianza para invertir en ella, ya que tiene la aceptación de los consumidores; además, el franquiciado se ahorrará el tiempo en el que incurriría si decidiera comenzar un negocio propio desde cero, con todas las dificultades que ello conlleva. Finalmente, la inscripción de la marca: si bien, y de conformidad con el Decreto Legislativo 1075, no es obligatorio contar con una marca registrada para realizar actividades comerciales, de acuerdo con el artículo 154 de la Decisión 486 antes aludida (Comunidad Andina de Naciones, 2000), el franquiciante tiene “el derecho al uso exclusivo de una marca”, con lo que, el franquiciado tendrá mayor seguridad jurídica de que está adquiriendo una marca que se encuentra protegida jurídicamente.

7. LA IMPORTANCIA DE LA TIPIFICACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA EN EL PERÚ

Existen diversas posturas —en favor y en contra— de la posibilidad de tipificar el contrato de franquicia en el Perú. En ese sentido, se han consolidado algunas posturas de diversos

autores que exponemos a continuación. Almeyda (como se cita en Velásquez, 2018, p. 7) menciona la importancia de la seguridad jurídica que se requiere en el contrato de franquicia:

La estabilidad jurídica es algo que requiere la atención del legislador, más aún cuando esta situación jurídica está siendo discutida por doctrinarios, franquiciantes y demás entendidos; así tenemos países como México que han iniciado el proceso de regulación y actualmente necesitan de una ley propiamente de franquicias, caso similar que ocurre en Argentina que al igual que en el Perú no tiene normatividad alguna y el sistema se apoya en un sin número de normativas legales lo cual genera un clima de inseguridad jurídica en las partes y todo un problema empresarial por un vacío legal.

Por su parte, Silva-Santisteban (2014) recalca el potencial de la franquicia como

uno de los contratos que ha alcanzado gran importancia en el mundo empresarial peruano ... ha dinamizado la economía y ha sido fuente generadora de empleo. Es uno de los modelos de expansión de negocios más utilizados y al empresario le permite fortalecer su marca, incrementar las ventas e incursionar en nuevos mercados nacionales e internacionales. (pp. 89-90)

No obstante, en su investigación sobre el mecanismo de seguridad jurídica en el contrato de franquicia, Figueroa (2019) señala cuál podría ser el común denominador por el que ciertos autores se oponen a la regulación del contrato:

En su mayoría, los autores que se contraponen a una regulación manifiestan que podría restringir en gran medida el crecimiento de las franquicias nacionales y extranjeras. Además de ello, se estaría cayendo en una regulación de todos los contratos ... es suficiente, de forma supletoria, regular los contratos de franquicia mediante el Código Civil, Código de Comercio, normas de Indecopi y demás normas afines. (párr. 18)

A diferencia de Figueroa, consideramos que sí sería importante contar con una tipificación del contrato de franquicia en el Perú. No obstante, antes de entrar a dicho punto (que ahondaremos en la sección 8 del presente artículo), cabe hacernos la siguiente pregunta: ¿por qué se regulan los contratos? Si bien los contratantes pueden esforzarse en prever todas las medidas para prevenir la mayor cantidad de riesgos asociados, habrá aspectos que escapan del contrato, ya sea por la interpretación de los términos o por eventos o situaciones no previstos, por lo que es imposible llegar a contar con un contrato perfecto. Sobre este último término, de acuerdo con Gutiérrez Camacho (1999): "estamos ante un contrato perfecto cuando los contratantes, al tiempo de concluir el contrato, se han puesto de acuerdo sobre la imputación de todos los riesgos asociados a su ejecución" (p. 121).

Compartimos la opinión de Gutiérrez Camacho (1999) cuando afirma: "el contrato perfecto no existe. Negociar un contrato perfecto no solo es imposible sino antieconómico.

Los costos de transacción, en especial los de información, nos obligan a resignarnos a contratos cuyos riesgos están incompletamente especificados” (p. 121).

En consecuencia, entre los contratantes surgen necesidades para suplir la falencia de la parte del contrato sin regular, utilizando las normas supletorias que se podrán aplicar en determinadas situaciones. Ahora bien, desde el punto de vista del análisis económico del derecho, de acuerdo con el Dr. Alfredo Bullard, hay dos funciones principales al momento de tipificar un contrato: la primera tiene que ver con que exista un acuerdo legal, porque como indica Bullard “si no hubiera alguna regla o norma, habría más incumplimientos de la segunda parte del contrato en los casos de contratos con ejecución simultánea” (Santillán, 2014). En ese caso, la segunda parte no estaría obligada frente a la primera de cumplir con su prestación, ya que no habría una exigencia legal de por medio; la segunda función está orientada a los costos de transacción que serán asumidos por las partes. El término “costos de transacción” se define en base a que todo tiene un costo: por ejemplo, el tiempo que toma llevar a cabo las negociaciones, los costos de abogados, la emisión de los documentos que se requieran (como minutas), entre otros.

8. CONSIDERACIONES SOBRE CONTAR CON UNA REGULACIÓN ESPECIAL DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

Una ley especial del contrato de franquicia puede ser un incentivo para que más empresarios peruanos se animen a optar por este modelo de negocio, a fin de expandirse en el mercado local. Dicha norma impactaría en la reducción de la *asimetría de información*¹ en la que se puede decir que una de las partes tiene mayor información que la otra y, por tanto, también un mayor dominio para tomar mejores decisiones. Al trasladar dicho concepto a la relación entre el franquiciante y franquiciado frente a los consumidores, lo usual es que el franquiciante tenga mayores conocimientos del producto o servicio que ofrece en el mercado, pues es el titular del negocio. No obstante, no siempre se podrá afirmar que el franquiciante cuenta con mayor información que el franquiciado, puesto que, en el supuesto de los negocios locales que no tienen un capital suficiente para expandirse en el mercado, puede darse el caso que se recurra a un inversionista que cuente con más recursos y experiencia para adquirir la franquicia, lo cual lo convertiría en la parte más fuerte en la negociación y ejecución del contrato.

Ahora bien, la normativa de los países que cuentan con una regulación del contrato de franquicia usualmente exige la entrega (antes de que se pague cualquier concepto

1 Encontramos dicho término en la Ley 29571, que establece las normas de protección y defensa del consumidor, del 2 de septiembre del 2010, que lo define como “la característica de la transacción comercial por la cual uno de los agentes, el proveedor, suele tener mayor y mejor información sobre los productos y servicios que ofrece en el mercado a los consumidores”.

relacionado al contrato) de la Circular de Oferta de Franquicia, que, como se ha visto, es un documento previo a la celebración del contrato de franquicia y que debe contener la información relevante sobre el negocio. Adicionalmente, también será de relevancia que el franquiciante conozca a quién le dará el uso de explotar su marca, por lo que la norma debería también proponer la divulgación de información por parte del futuro franquiciado. En ese sentido, consideramos que, para una buena toma de decisiones, la información que brinden ambas partes deberá ser: clara, es decir, que no tenga ambigüedades ni genere confusiones al momento de su lectura; oportuna, pues la norma debería establecer un plazo para la entrega de la información; y, suficiente, ya que se debería exigir, entre otros, un mínimo de información que contenga los puntos más relevantes del negocio.

Sobre los beneficios de contar con una tipificación, los autores Lanchimba y Medina (2018) exponen lo siguiente:

Las leyes de franquicias tienen un impacto significativo en el desarrollo de estas. En este contexto, la variable *ley de franquicias* resulta ser significativa y positiva, lo que concuerda con el mundo actual, pues las leyes de franquicias se hicieron para proteger tanto al franquiciante como al franquiciado; esto se traduce en una mejor relación y, finalmente, en mejores resultados para la franquicia, pues cada parte está al tanto de sus deberes y derechos. (p. 112)

Conforme con lo hasta aquí expuesto, la no tipificación del contrato de franquicia puede generar que alguna de las partes tome ventaja del vacío legislativo para llevar a la otra parte a términos o cláusulas confusas, a fin de aprovecharse de la falta de información o recursos de la otra parte. Una regulación normativa del contrato de franquicia que establezca disposiciones claras, en cambio, generará una mayor transparencia y seguridad jurídica para los empresarios locales.

De otro lado, una tipificación del contrato de franquicia también repercutiría en la reducción de la incertidumbre en la celebración del contrato, ya que, si dicha norma establece términos claros y los derechos y obligaciones para eventos específicos propios de la franquicia (como la entrega de cierta información antes de la firma del contrato, derechos de indemnización, entre otros), se generarían mayores incentivos para los empresarios locales de optar por expandir sus negocios a través de una franquicia. Por ejemplo, se podría facilitar el control del franquiciante sobre el franquiciado si se estableciera que el primero tiene el derecho de solicitar al segundo la entrega de información relativa a los procesos que se vienen utilizando en la producción, elaboración y comercialización de los productos, con el fin de tener un mayor control sobre el manejo de la franquicia y generar así una mayor protección de la marca.

Finalmente, de conformidad con lo hasta aquí expuesto, consideramos que el legislador podría tener en cuenta los siguientes criterios para una regulación del contrato de franquicia:

- i) Contar con una definición clara del término franquicia, a fin de que los inversionistas tengan los mismos parámetros al momento de contratar.
- ii) Establecer la exclusividad sobre el territorio asignado al negocio franquiciado, salvo pacto en contrario.
- iii) Establecer la obligación del franquiciante de entregar un documento preliminar con la información más relevante de la franquicia al futuro franquiciado con un plazo mínimo de antelación a la firma del contrato o del pago de cualquier concepto, a fin de que se maximice la transparencia en las negociaciones y, en consecuencia, el franquiciado pueda evaluar sus alternativas de inversión.
- iv) Establecer la obligación del franquiciado de entregar, antes de la firma del contrato, información al franquiciante sobre su actividad como empresario, años de experiencia en el mercado, si se encuentra dentro de una red de franquicias, entre otros, pudiendo establecerse que el franquiciante tenga la posibilidad de solicitar mayor información. Todo ello con el fin de que el franquiciante tenga la seguridad de que el franquiciado cuenta con las herramientas necesarias para operar la franquicia de forma correcta.
- v) Incluir la posibilidad de que el franquiciante pueda establecer un rango de precios sobre los productos o servicios, ya que ello evitaría una competencia de precios entre los mismos negocios franquiciados, que puede derivar en una mala reputación de la marca frente a los consumidores.
- vi) Establecer que, en caso de que se demande al franquiciado por un supuesto de infracción de propiedad industrial (por ejemplo, en caso el franquiciante esté infringiendo el derecho de un tercero), se puede pactar la obligación del franquiciante de apoyar al franquiciado en la demanda, así como asumir los costos del proceso.

9. CONCLUSIONES

Consideramos que sería beneficioso en nuestro país contar con una regulación del contrato de franquicia, en el que se establezcan, por un lado, ciertas disposiciones imperativas como aquellas relacionadas con la entrega de información a fin de que el futuro franquiciante y franquiciado cuenten con una mayor transparencia en la negociación y, de otro lado, principales disposiciones supletorias que sirvan como lineamientos para las partes y que les permitan tener mayores herramientas para el buen desarrollo del negocio franquiciado.

De conformidad con lo anterior, el contar con una regulación que contenga una definición clara de qué se entiende por franquicia, el establecimiento de los principales

derechos y obligaciones para las partes, así como posibles salidas del contrato en caso de eventos específicos de incumplimiento, permitiría que exista un mismo estándar de contratación. Consideramos que ello brindaría una mayor seguridad y estabilidad jurídica a los empresarios locales, además de que impactaría de manera positiva en la reducción del tiempo y el costo de buscar información, ya que, al generarse un ambiente de transparencia, se fortalece la seguridad y confianza entre las partes.

REFERENCIAS

- Aguirre, W. (2014). El contrato de franquicia: multiplicador de negocios exitosos. *Revista de actualidad mercantil*, (3), 12-21. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/view/13573/14197>
- Bullard, A. (2019). *Análisis económico del derecho*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Cámara Peruana de Franquicias. (2019). *El mercado peruano de franquicias*. <https://cpfranquicias.com/estadisticas/>
- Código de Protección y Defensa del Consumidor. Ley 29571 del 2010. Art. 4. 1 de septiembre del 2010 (Perú). https://www.consumidor.gob.pe/documents/51084/126949/Codigo_Consumo_2023/ce4180bb-90ee-63c1-2d37-510981d82e81
- Comisión de Promoción del Perú para la Exportación y Turismo. (s. f.). *Guía para la elaboración de manuales de franquicias*. <https://boletines.exportemos.pe/recursos/boletin/Gu%C3%ADa%20para%20la%20Elaboraci%C3%B3n%20de%20Manuales%20de%20Franquicias.pdf>
- Comunidad Andina de Naciones. (2000, 14 de septiembre). *Decisión 486. Régimen Común de la Propiedad Industrial*. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can012es.pdf>
- Decreto Legislativo 1075 del 2010. Disposiciones Complementarias a la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que establece el Régimen Común sobre Propiedad Industrial. 10 de febrero del 2021. Diario Oficial El Peruano. <https://www.gob.pe/institucion/pcm/normas-legales/1660155-1075>
- Díez de Castro, E., & Rondán, F. (2004). La investigación sobre franquicia. *Investigaciones Europeas de Dirección y Economías de la Empresa*, 10(3), 71-96. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1096670>
- Figuroa, H. (2019, 25 de noviembre). Mecanismo de seguridad jurídica en el contrato de franquicia. *IusLatin. Revista Latinoamericana de Derecho*. <https://iuslatin.pe/mecanismo-de-seguridad-juridica-en-el-contrato-de-franquicia/>
- Gallo, J. (2014). El contrato de franquicia en la doctrina y jurisprudencia. *Foro Jurídico* (13), 44-50. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13772>

- Gutiérrez Camacho, W. (1999). Los contratos atípicos. *Ius et Praxis*, 30(30), 115-134. <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis1999.n030.3610>
- Jesús Ochoa: "Facturación de franquicias en Perú alcanzaría nivel prepandemia en 2024". (2022, 20 de junio). *La Cámara. Revista digital de la Cámara de Comercio de Lima*. <https://lacamara.pe/jesus-ochoa-facturacion-de-franquicias-en-peru-alcanzaria-nivel-prepandemia-en-2024/>
- Kiser, L. (2009). *Franquicias. La elaboración de una idea de negocio, en base a la oportunidad detectada*. Usaid / Perú / Mype competitiva. <http://www.crecemype.pe/portal/images/stories/files/Franquicias.pdf>
- Lanchimba, C., & Medina, D. (2018). Impacto del franquiciamiento en el desarrollo. *Problemas del desarrollo. Revista Latinoamericana de Economía*, 49(193). <https://doi.org/10.22201/iiec.20078951e.2018.193.61283>
- Lazarte, J. (2023, 26 de octubre). ¿Cómo le irá a las franquicias el próximo año y cuáles serán las más rentables? *Gestión*. <https://gestion.pe/gestion-tv/consultorio-negocios/como-le-ira-a-la-franquicias-el-proximo-ano-y-cuales-seran-las-mas-rentables-franquicias-ccl-noticia/?ref=gesr>
- Ley 29571 del 2010. Por el cual se establece las normas de protección y defensa de los consumidores. 2 de septiembre del 2010. Diario Oficial El Peruano. <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/normas-legales/1244218-29571>
- Maraví, A. (2014). Introducción al derecho de las marcas y otros signos distintivos. *Foro Jurídico*, (13), 58-68. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13774/14398>
- Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. (2017). *Censo Nacional de Franquicias 2017*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/295987/Censo_Nacional_Franquicias.pdf
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2019). *En buena compañía. La gestión de los aspectos de propiedad intelectual de los contratos de franquicia*. <https://www.wipo.int/publications/es/details.jsp?id=271&plang=ZH>
- Santillán, S. (2014). *Análisis económico del derecho de contratos. Alfredo Bullard* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=1CwpgiZ85F8>
- Silva-Santisteban, A. (2014). Reflexiones sobre el contrato de franquicia: contrato de colaboración empresarial y diferencias con figuras jurídicas similares. *Revista de Economía y Derecho*, 11(41), 89-99. <https://revistas.upc.edu.pe/index.php/economia/article/view/307>
- South America's leading culinary destination 2023. (s. f.). *World travel awards*. <https://www.worldtravelawards.com/award-south-americas-leading-culinary-destination-2023>

Terán, C. (2019). El contrato de franquicia y su expansión en el derecho empresarial y en el mundo de los negocios. *Actualidad jurídica*, (304), 132-150.

Velásquez, C. (2018). *La franquicia en el Perú desde el punto de vista económico, jurídico y social, y la necesidad de una regulación jurídica ante su desarrollo en la economía peruana en el periodo 2009-2016* [Tesis de licenciatura, Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa]. Repositorio Institucional de la UNSA. <http://repositorio.unsa.edu.pe/handle/UNSA/6111>

EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR HECHOS DEL MAYOR DE EDAD SIN DISCERNIMIENTO

CARLOS ROBERTO SALAZAR ROMERO*

Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 29 de febrero del 2024 / Aceptado: 19 de marzo del 2024

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2024.n058.6994>

RESUMEN. La reforma del Decreto Legislativo 1384 conllevó la admisión de la posibilidad de que una persona sin discernimiento responda civilmente por el daño que podría ocasionar, sin que ello implique un análisis subjetivo del juez sobre la base del nivel de falta de discernimiento de la persona y el impacto de dicha conducta en su vida diaria. El presente artículo se enfoca en analizar los daños causados por los mayores de edad sin discernimiento, así como en la eventual necesidad de establecer la obligatoriedad de la designación de apoyos en favor de ellos para evitar la generación de daños a terceros. Al respecto, teniendo en cuenta la necesidad de respetar la voluntad y preferencias del mayor de edad sin discernimiento y el respeto a su plena capacidad de ejercicio, se concluye que no es necesario establecer la obligatoriedad del apoyo en favor del mayor de edad sin discernimiento.

PALABRAS CLAVE: apoyo / discernimiento / capacidad de ejercicio / daño / factor de atribución / mayor de edad / imputabilidad

Abogado por la Universidad de Lima con calificación *cum laude*. Ha sido partícipe de la edición 2023 del *Código Civil peruano comentado* (comentario al artículo 1756). Actualmente, se encuentra cursando la maestría en Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Se desempeña como abogado en la empresa Crawford Perú S. A. Ajustadores y Peritos de Seguros en el Departamento de Responsabilidad Civil.

THE REGIME OF CIVIL LIABILITY FOR ACTS OF AN ADULT WITHOUT DISCERNMENT

ABSTRACT. The reform of Legislative Decree 1384 led to the admission of the possibility that the person without discernment may respond civilly for the damage he causes, without implying a subjective analysis by the judge based on the level of lack of discernment of the person and the impact of this situation on your daily life. This article focuses on the damage caused by adults without discernment, as well as on the analysis of the eventual need to establish the mandatory nature of support in their favor, in order to avoid the generation of damage to third parties. In this regard, taking into account the need to respect the will and the preferences of the adult without discernment, and respect for their full capacity to exercise, we conclude that it is not necessary to establish the obligation of Support, in favor of the adult without discernment.

KEYWORDS: support / discernment / exercise capacity / damage / attribution factor / legal age / imputability

1. INTRODUCCIÓN

La adhesión de nuestro país a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CPDP) (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2008) supone la obligación del Estado peruano de garantizar una mayor participación e inclusión de las personas con discapacidad en nuestra sociedad. Como consecuencia de ello, entró en vigor el Decreto Legislativo 1384 el 4 de septiembre del 2018, que reconoce la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad mayores de dieciocho años, tengan o no discernimiento. No obstante, esta situación implica otorgarles imputabilidad, es decir, la aptitud de responder civilmente por el daño que podrían ocasionar. Al respecto, considero que esto constituye una posición desfavorable respecto de las personas sin discernimiento, debido a que no se les puede exigir el mismo nivel de diligencia que el de aquellas que se encuentren en pleno uso de sus facultades mentales.

En relación con lo anterior, tal decreto legislativo ha conllevado a la incorporación en nuestro país de la figura del apoyo, la cual constituye una forma de asistencia complementaria facultativa, destinada a facilitar el ejercicio de los derechos de la persona con discapacidad mayor de edad. Respecto del referido carácter facultativo, la persona mayor de edad sin discernimiento se encuentra proclive a dañar a otra y quedar obligada a resarcirla si decidiera no contar con un apoyo.

Ante esta situación, una razón que justifica el establecimiento de la obligatoriedad de un apoyo en personas mayores de edad sin discernimiento no solo es salvaguardar no sus intereses, sino también de quienes se encuentren expuestos a sufrir algún daño por parte de quien se encuentra privado de discernimiento. Otras razones importantes son, en primer lugar, el hecho de que el apoyo no soslaya de modo alguno el reconocimiento de la plena capacidad de ejercicio de la persona mayor de edad sin discernimiento y, en segundo lugar, la agilidad con la que puede designarse dicha forma de asistencia, mediante la vía notarial.

2. MATERIALES Y MÉTODOS

Los métodos que se han empleado en la presente investigación sirvieron para analizar la legislación extranjera sobre el derecho de la responsabilidad civil. El primero de ellos fue el método comparativo, a efectos de descubrir semejanzas y diferencias entre las distintas legislaciones sobre la materia. En segundo fue el método descriptivo, mediante el cual se analizaron artículos académicos de difusión y opinión que versan sobre la responsabilidad civil de la persona mayor de edad sin discernimiento. Finalmente, el tercero fue el método deductivo, con el cual se confirmaron las hipótesis formuladas; para ello, se recopiló información de la doctrina extranjera con la finalidad de determinar si la hipótesis tiene aplicación en la realidad.

3. RESULTADOS

En lo que corresponde al tratamiento legal de la responsabilidad civil de la persona mayor de edad sin discernimiento, encontramos, en primer lugar, el Codice Civile, aprobado por el Regio Decreto 262 el 16 de marzo de 1942 y modificado por el Decreto 291 el 7 de diciembre del 2016, señala en su artículo 2046a que no responde de las consecuencias de un hecho dañoso quien no tenía la capacidad de entender o de querer en el momento en que lo cometió, a menos que el estado de incapacidad derive de su culpa. Entonces, se ha evidenciado la inimputabilidad de la persona que no tiene capacidad de entender y de querer (situación homologable a la falta de discernimiento), por lo que se encuentra exonerada del deber resarcitorio. En esa línea, De Cupis (1975) respalda el criterio de exoneración de responsabilidad de las personas incapaces de entender y de querer al afirmar que

el precepto requiere para que el sujeto responda de las consecuencias del hecho dañoso, que tenga la capacidad de entender o de querer en el momento en que lo ha cometido, o bien tenga la *aptitud* para ser *culpable* [énfasis añadido]. ... La culpa es un estado de ánimo reprobablemente disforme del que suele producirse en los individuos dispuestos a evitar los daños. *Los incapaces de entender o querer son, naturalmente, ineptos para discernir y valorar las consecuencias de las propias acciones, y, como tales, son incapaces de incurrir en culpa* [énfasis añadido]. (como se cita en San Martín Neira, 2018, p. 567)

Por otro lado, en el artículo 2043 del mismo código civil, encontramos que cualquier acto doloso o culposo que cause un daño injusto a otro obliga a quien lo cometió a resarcir el daño. Entonces, entendemos que, a nivel de responsabilidad civil extracontractual, el factor de atribución es subjetivo y, por tanto, basado en el análisis de dolo o culpa. No obstante, el artículo 2046 del código italiano es claro al afirmar que no es viable responsabilizar a las personas incapaces de entender y querer por el daño que ocasionan. Por el contrario, ellas tienen el carácter de inimputables. Como señala León Hilarío (2017):

Y si el dolo y la culpa son, justamente, elementos de la *fattispecie* de la responsabilidad civil, aquí vista como hipótesis normativamente planteada, a la cual se enlazan efectos jurídicos, fácil es deducir que *faltaría a la coherencia quien afirmara que alguien sin discernimiento, un incapaz "d' intendere e di volere" ("de entender y de querer"), puede ser considerado "responsable"* [énfasis añadido].

No sería admisible, desde ningún punto de vista, atribuir una "culpa" a los sujetos incapaces de discernimiento. Además, en el propio Código Civil italiano se ha negado que ello sea viable, al establecerse, en el artículo 2046, subtítulo *"Imputabilidad del hecho dañoso"*, que "no responde del hecho dañoso quien no haya tenido capacidad de entender y de querer al momento de cometerlo, a menos que el estado de incapacidad haya derivado de su propia culpa". (p. 614).

Por otro lado, al amparo del derecho alemán, en su código civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*), promulgado el 18 de agosto de 1896 y modificado por última vez el 16 de julio del 2024, se adopta la misma postura que la del código italiano, es decir, exonerar del deber resarcitorio a la persona carente de discernimiento. Al respecto, en el artículo 827 del código alemán, se establece que la persona que, en estado de inconsciencia o en estado de trastorno mental patológico que impida el libre ejercicio de la voluntad, inflija daño a otra persona no es responsable de dicho daño.

De igual manera, si la persona se ha inducido temporalmente a tal estado con bebidas alcohólicas o medios similares, entonces es responsable del daño que cause ilegalmente como si fuera responsable por negligencia. En cambio, la responsabilidad no sobreviene si entró en este estado sin culpa, ya que tal estado de inconsciencia o de trastorno mental patológico conlleva necesariamente a una situación de discapacidad y, por tanto, es una causal de exoneración de responsabilidad por el daño que se ha ocasionado. En atención a ello, se afirma lo siguiente:

En Alemania, la regla general es la de la exclusión de responsabilidad de quien en estado de inconsciencia o de alteración de la actividad intelectual que excluyan la libre determinación de la voluntad, cause un daño a otro. (Yáñez Vivero, 2009, p. 101)

Por tanto, al igual que el Código Civil alemán, concluimos que no es posible atribuirle dolo o culpa a una persona carente de discernimiento, en razón de dicha situación. Por lo que se establece una especie de cláusula general amplia respecto del universo de personas que se encuentran dentro de aquellas que no pueden comprender el alcance de sus actos y, mucho menos, sus consecuencias.

Distinta situación es la que encontramos en el *Code Civil des Français*, promulgado el 21 de marzo de 1804 y cuya versión consolidada data del 15 de diciembre del 2019. En este, se establece que la persona que padece un trastorno mental responde civilmente por el daño que ocasiona. En efecto, el artículo 414-3 de dicho código señala que el hecho de dañar a otra persona bajo los efectos de un trastorno mental no implica una menor obligación a reparar el daño respecto de una persona que no lo padece.

En nuestra opinión, tal artículo evidencia que, para el código francés, las personas sin discernimiento son imputables y, por tanto, pueden encontrarse obligadas a reparar el daño de manera personal y sin que se tenga en cuenta el nivel de falta de discernimiento y la correspondiente afectación en sus facultades cognitivas. Además, como señala Yáñez Vivero (2009), dicho artículo consagra la “plena obligación de las personas que sufren un trastorno psíquico a reparar los daños originados a terceros” (p. 64). Por ello, el legislador francés ha decidido darle un mismo trato a una persona que cuenta con discernimiento y a otra que carece de él (criterio que, dicho sea de paso, ha sido el adoptado por el Código Civil peruano, luego de la promulgación del Decreto Legislativo 1384).

A su vez, en lo correspondiente a la legislación argentina, encontramos el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, promulgado por el Decreto 1795/2014 el 1 de agosto del 2015, cuyo artículo 1750, en su primer párrafo, establece lo siguiente: “El autor de un daño causado por un acto involuntario responde por razones de equidad. Se aplica lo dispuesto en el artículo 1742”. Al respecto, por acto involuntario podemos entender que es aquel que es realizado por aquella persona que no tiene desarrollada sus facultades mentales en condiciones óptimas, situación que podemos homologar a la falta de discernimiento. Por tanto, aquella persona que se encuentre en dicha situación no responde de la misma forma que una persona que se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales. Asimismo, cabe advertir que el artículo 1750 del código argentino nos remite al artículo 1742, pues este establece que “el juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable”.

Así, en lo que respecta a la adecuación en función del patrimonio del deudor, consideramos que dicho criterio es justo, en vista de que no consideramos posible que el responsable del daño carente de discernimiento se vea privado de los recursos necesarios para su subsistencia, debido a un hecho generado por su actuar, pero que carecía de voluntariedad al momento de su realización. En atención a ello, según Picasso y Saénz (2016), el referido artículo 1750 es

una aplicación del principio tradicional según el cual el dolo impide al responsable prevalerse de topes o limitaciones a la reparación, convencionales o legales. ... el dolo no únicamente consiste, en el Código, en la intención de ocasionar el daño, sino también en la manifiesta indiferencia por los intereses ajenos ... Es claro que la atenuación debe apreciarse con criterio restrictivo, pues rige, en principio, la reparación plena, y *la atenuación es una excepción a dicha regla general* [énfasis añadido]. (p. 456)

De esta manera, podemos concluir que la falta de discernimiento, según el código argentino, es causal de atenuación de la responsabilidad del autor del daño y, además, dicha situación es de carácter excepcional.

4. DISCUSIÓN

La principal controversia materia del presente trabajo radica en si es necesario o no designar apoyos en favor de las personas mayores de edad carentes de discernimiento. Ante ello, consideramos pertinente señalar que los apoyos tienen como función facilitar la manifestación de la voluntad de la persona con discapacidad, cuya función se encuentra descrita en el artículo 659-B del Código Civil peruano, promulgado por el Decreto Legislativo 295 el 24 de julio de 1984, el cual señala lo siguiente:

Artículo 659-B.-

Los apoyos son formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo.

El apoyo no tiene facultades de representación salvo en los casos en que ello se establezca expresamente por decisión de la persona con necesidad de apoyo o el juez en el caso del artículo 659-E.

Cuando el apoyo requiera interpretar la voluntad de la persona a quien asiste aplica el criterio de la mejor interpretación de la voluntad, considerando la trayectoria de vida de la persona, las previas manifestaciones de voluntad en similares contextos, la información con la que cuenten las personas de confianza de la persona asistida, la consideración de sus preferencias y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto.

En relación con lo anterior, consideramos que un apoyo tiene una función debidamente delimitada en la vida de la persona a quien asiste: no la puede reemplazar en la toma de decisiones ni influir en los actos de su vida diaria. Por tanto, partimos del respeto de la voluntad y preferencias de la persona que cuenta con dicha forma de asistencia. Además, consideramos que el apoyo no tendría margen alguno de actuación en la vida de la persona que lo asiste, a menos que esta quisiera darle facultades en las que pueda decidir y sustituir la voluntad de dicha persona. En ese sentido, no consideramos idóneo establecer un solo supuesto respecto del deber del apoyo en el cuidado y asistencia de la persona a quien asiste, puesto que en la realidad pueden generarse varios supuestos.

En lo correspondiente a la persona que cuenta con apoyo, corresponde analizar la actual regulación que ha sido adoptada al amparo de nuestro código civil. En ese sentido, encontramos que el artículo 1976-A establece lo siguiente:

La persona que cuenta con apoyos es responsable por sus decisiones, incluso de aquellas realizadas con dicho apoyo, teniendo derecho a repetir contra él. Las personas comprendidas en el artículo 44 numeral 9 no son responsables por las decisiones tomadas con apoyos designados judicialmente que hayan actuado con dolo o culpa. (Código Civil, 24 de julio de 1984/4 de septiembre del 2018)

Como se ha expuesto a lo largo del presente trabajo, brindarle imputabilidad a una persona carente de discernimiento puede resultarle desfavorable, debido a que se encuentra proclive a causar daños a terceros y, en consecuencia, quedar obligada a la reparación del daño. Sin perjuicio de ello, atendiendo a la función resarcitoria de la responsabilidad civil, también es cierto que la víctima del daño causado por la persona sin discernimiento no debe encontrarse imposibilitada de acceder a un resarcimiento,

por lo que es idóneo que la persona sin discernimiento responda con su patrimonio por el daño que ocasione.

No obstante, el hecho de encontrarse en tal situación debería ser considerado como una atenuante por parte del juez, al momento de fijar el monto resarcitorio. Como señala Bardales Sigwas (2018):

Podemos afirmar que hay casos de discapacidad en los que existe grados de discernimiento que posibilitan el ejercicio directo con asistencia, y en tal sentido la reforma puede ser útil y reivindicativa, pero en los supuestos de personas que carecen de discernimiento en una medida tal que no puedan formar una voluntad propia o comunicarla mediante ningún auxilio material o personal, puede llegar a ser solo retórica y contraproducente. *De esta manera dotar de capacidad de ejercicio a una persona que no tiene absoluto discernimiento y que, por tanto, siempre necesitará de un representante que gestione su cuidado personal y su patrimonio parece tratarse de un error, aunque este haya sido de buena voluntad [énfasis añadido].* (p. 121)

Por lo tanto, es necesario considerar las características psicofísicas de la persona mayor de edad sin discernimiento y una valoración de su capacidad volitiva al momento de establecer su responsabilidad.

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, somos de la opinión de que el criterio seguido por el Decreto Legislativo 1384, que consiste en otorgarle una plena capacidad de ejercicio a las personas con discapacidad, dentro de ellas, las personas mayores de edad sin discernimiento, resultó acertado, toda vez que les reconoce una capacidad de ejercicio sin corresponder la designación de un representante legal. En efecto, las personas mayores de edad sin discernimiento cuentan con autonomía en la toma de decisiones, por lo que no pueden ser sustituidas en dicha potestad. Correspondería, en todo caso, la designación voluntaria de un apoyo, cuya responsabilidad debe circunscribirse a aquellos actos realizados por la persona mayor de edad sin discernimiento ante su presencia y con su ayuda. Se entiende, entonces, que esta situación es la principal causa de atribución de responsabilidad respecto de la referida forma de asistencia.

5. CONCLUSIONES

No es necesario el establecimiento de la obligatoriedad de la designación de un apoyo en nuestro código civil, toda vez que debe primar el respeto por la voluntad y las preferencias de la persona mayor de edad sin discernimiento, en atención al modelo social de discapacidad.

El factor de atribución respecto de la persona mayor de edad sin discernimiento puede ser tanto subjetivo como objetivo, según cada caso, en vista de que se encuentra en la aptitud de responder civilmente por el daño que ocasione.

Aunque la persona mayor de edad sin discernimiento cuente con apoyos, siempre va a existir la posibilidad de que cause daños a terceras personas. Por ende, al establecer una responsabilidad solidaria respecto del apoyo y la persona asistida, solo le da a la víctima una doble posibilidad resarcitoria.

REFERENCIAS

- Bardales Sigwas, L. R. (2018). La derogación del régimen de responsabilidad civil del incapaz y los limitados alcances del nuevo artículo 1976-A. Una lectura asistida desde la experiencia jurídico francesa e italiana. *Actualidad Civil*, (52), 101-131.
- Bürgerliches Gesetzbuch. Reichsgesetzblatt 219 de 1896. Art. 827. 18 de agosto de 1896 (Alemania).
- Code Civil des Français. Decreto 30 de 1804. Art. 414-3. 21 de marzo de 1804 (Francia).
- Codice Civile. Regio Decreto 262 de 1942. Art. 2046. 16 de marzo de 1942 (Italia).
- Código Civil y Comercial de la Nación. Decreto 1795/2014. Art. 1750. 1 de agosto del 2015 (Argentina).
- Código Civil. Decreto Legislativo 295. Art. 659-B. 24 de julio de 1984 (Perú).
- Código Civil. Decreto Legislativo 295. Art. 1976-A (incorporado el 4 de septiembre del 2018). 24 de julio de 1984 (Perú).
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 3 de mayo del 2008. <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>
- Decreto Legislativo 1384 del 2018. Ley General de Inspección del Trabajo (modificación). 4 de septiembre del 2018. Diario oficial El Peruano. <https://www.gob.pe/es/l/190877>
- León Hilario, L. (2017). *Responsabilidad civil extracontractual* (3.ª ed.). Instituto Pacífico.
- Picasso, S., & Sáenz, L. (2016). Otras fuentes de las obligaciones. Responsabilidad civil. Secciones 1-6. En M. Herrera, G. Caramelo & Picasso, S. (Eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (2.ª ed., t. iv, pp. 407-511). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Fondo Editorial.
- San Martín Neira, L. C. (2018). La imputabilidad o capacidad como elemento de la responsabilidad civil extracontractual. Un debate pendiente en la doctrina chilena. *Ius et Praxis*, 24(1), 553-592. <https://www.iusetpraxis.utalca.cl/wp-content/uploads/2023/06/15.-La-imputabilidad-o-capacidad-como-elemento-de-la-responsabilidad-civil-extracontractual.-Lilian-C.-San-Martin-Neira.-pdf.pdf>
- Yáñez Vivero, F. (2009). *Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz. Un análisis en el marco del derecho europeo de daños*. Thomson Reuters.

LA JUSTICIA RESTAURATIVA COMO SOLUCIÓN DE LA VIOLENCIA EN LOS CENTROS EDUCATIVOS

JANNET JACKELYNE GARCIA LEÓN*
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 4 de febrero del 2024 / Aceptado: 20 de febrero del 2024

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2024.n058.6919>

RESUMEN. En el contexto actual, en el que la autonomía progresiva y la protección integral son valores fundamentales en la normativa interna relacionada con los derechos de los niños y adolescentes, es esencial reconocer la necesidad de una convivencia pacífica, en la que la justicia restaurativa se presenta como una alternativa ante acciones de violencia. En ese sentido, este artículo propone examinar cómo la implementación de enfoques restaurativos puede contribuir a revertir los efectos negativos del aislamiento prolongado y fomentar una cultura de respeto, diálogo y responsabilidad en las instituciones educativas. Además, se abordarán posibles desafíos y beneficios asociados con la aplicación de la justicia restaurativa en el ámbito educativo, con el objetivo de enriquecer el debate y ofrecer perspectivas innovadoras para mejorar la convivencia escolar.

PALABRAS CLAVES: justicia restaurativa / transformación educativa / convivencia pacífica / derechos de la infancia / sistema educativo

* Abogada por la Universidad de Lima (Perú). Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional de Piura. Conciliadora extrajudicial.

RESTORATIVE JUSTICE AS A SOLUTION TO VIOLENCE IN SCHOOLS

ABSTRACT. In the current context, where progressive autonomy and integral protection are fundamental values in internal regulations related to the rights of children and adolescents, it is essential to recognize the need for peaceful coexistence. Restorative justice emerges as an alternative to actions such as bullying. In this sense, this article aims to examine how the implementation of restorative approaches can contribute to reversing the negative effects of prolonged isolation, fostering a culture of respect, dialogue, and responsibility in educational institutions. Additionally, possible challenges and benefits associated with the application of restorative justice in the educational field will be addressed, with the goal of enriching the debate and offering innovative perspectives to improve school coexistence.

KEYWORDS: restorative justice / educational transformation / peaceful coexistence / children's rights / educational system

1. INTRODUCCIÓN

En el dinámico panorama educativo contemporáneo, caracterizado por una evolución constante y un creciente reconocimiento de la importancia de fomentar una convivencia pacífica dentro de las instituciones educativas, se percibe una urgente necesidad de adoptar enfoques innovadores para abordar los desafíos presentados por el acoso y la violencia escolar. Por ello, en este artículo se realizará un análisis de las implicancias de la aplicación de la justicia restaurativa, que se extiende más allá de su uso tradicional en el sistema penal. Como un pilar esencial, su finalidad es contrarrestar los impactos negativos del conflicto y cultivar un entorno educativo fundamentado en el respeto mutuo, el diálogo constructivo y la responsabilidad compartida.

Para Zurita et al. (2018, p. 2), la violencia y su erradicación se destacan en el ámbito educativo, especialmente ante la creciente incidencia del acoso escolar desde edades tempranas. Este enfoque se magnifica ante la realidad de que los estudiantes anhelan en sus centros de aprendizaje un mecanismo de resolución de conflictos que no solo resuelva las disputas, sino que también impulse la creación de una comunidad equitativa, incentive la reparación del daño causado, facilite la reconciliación entre las partes involucradas y fortalezca una sensación colectiva de seguridad. La pandemia ha exacerbado estos desafíos, pues ha aplicado presión adicional sobre el bienestar físico y emocional de la comunidad educativa, y ha resaltado la importancia crítica de desarrollar estrategias que atiendan el impacto emocional y promuevan un enfoque socioemocional en el aprendizaje, adaptado a las necesidades y singularidades de cada estudiante.

Por tanto, este estudio propone una exploración crítica de cómo los principios restaurativos pueden influir positivamente en la mejora de la convivencia escolar desde las perspectivas de todos los actores educativos involucrados. Para ello, se identifican los desafíos potenciales en su implementación y se delimitan los beneficios tangibles que pueden surgir. El objetivo es demostrar que la justicia restaurativa se configura como una herramienta valiosa para la creación de entornos educativos más inclusivos y armónicos, esenciales para el desarrollo integral y el bienestar de estudiantes, profesores y la comunidad educativa en su conjunto.

1.1 La justicia restaurativa y las prácticas restaurativas

Para entender a cabalidad el concepto de justicia restaurativa, se debe considerar que esta emerge como una respuesta revolucionaria y eficaz para afrontar los desafíos relacionados con controversias, conflictos, daños y delitos, que se aleja de las soluciones tradicionales.

La justicia restaurativa, con raíces en prácticas ancestrales de comunidades indígenas de Australia y del Norte de América, representa un legado de sabiduría

transmitido a través de generaciones (Zehr & Gohar, 2002, p. 25). De este modo, aquella involucraba la resolución de conflictos interreligiosos y se fundamentaba en la comprensión de la interconexión comunitaria, en la que cada acción repercutía no solo en el perpetrador y la víctima directa, sino en toda la red social.

Estas prácticas, profundamente enraizadas en la cultura y filosofía de estas comunidades, han evolucionado más allá de sus orígenes para ser incorporadas en los sistemas modernos de justicia juvenil. Su aplicación se extiende más allá de los límites del ámbito penal, puesto que alcanza entornos educativos y comunitarios, donde su potencial para transformar conflictos y gestionar diversas formas de violencia se hace evidente. Este enfoque de justicia no solo busca abordar las consecuencias de las acciones delictivas de los adolescentes, sino que también promueve un proceso de sanación y reconciliación, que implica a todas las partes afectadas en la búsqueda de soluciones constructivas y significativas (Gimnasio Sabio Caldas, 2018, p. 1).

En la justicia restaurativa yace la esencia de movilizar tanto la responsabilidad personal como la social del infractor, orientadas a la reparación del daño hacia la víctima y la reintegración efectiva de todas las partes afectadas dentro de la comunidad. Este enfoque promueve la participación activa de todos los actores implicados para determinar de manera colaborativa los daños, necesidades y obligaciones resultantes, con el objetivo último de remediar el perjuicio ocasionado. Desde una perspectiva aplicada, las Naciones Unidas conceptualizan la justicia restaurativa como un enfoque holístico que involucra a la víctima, al infractor, a las comunidades y redes sociales, así como a las instituciones judiciales, en un esfuerzo por transformar la manera en que se percibe y gestiona la delincuencia. Se pone un especial énfasis en la reparación y la responsabilidad colectiva, que busca no solo restaurar el tejido social deteriorado, sino también impulsar una coexistencia pacífica y armónica.

Este paradigma abarca desde procesos formales que requieren una capacitación y dedicación específica hasta prácticas informales, accesibles y funcionales para integrarse en la cotidianidad de la comunidad. De este modo, se establece que cualquier individuo posee el potencial de desarrollar las competencias necesarias para implementar prácticas restaurativas, lo que reafirma la universalidad y la accesibilidad de este enfoque en la promoción de la justicia y la armonía social.

Lodi et al. (2022, p. 1) fueron quienes abordaron el creciente interés en la aplicación de la justicia restaurativa (JR) y las prácticas restaurativas (PR) en el ámbito escolar. Evaluaron cómo pueden influir en la mejora del clima escolar, la disciplina y el manejo de conflictos, así como incluyeron la reducción del acoso escolar. Mediante una revisión sistemática de investigaciones cualitativas y cuantitativas realizadas entre 2010 y 2021, se examinaron 34 artículos que cumplieran con criterios específicos de inclusión. Las prácticas más comunes identificadas incluyen círculos, conferencias restaurativas,

mediación entre pares y conversaciones restaurativas. Estas actividades se destacaron por su capacidad para fomentar relaciones positivas entre estudiantes y también entre estudiantes y profesores, y promover comportamientos prosociales a través del desarrollo de habilidades sociales y emocionales. A pesar de los beneficios observados, el estudio subraya la necesidad de más investigaciones para establecer correlaciones directas entre la implementación de la justicia restaurativa y las prácticas restaurativas, y sus impactos en el entorno educativo (Lodi et al., 2022, p. 1).

Dicho ello, dentro del marco de la justicia restaurativa, es factible concebir diversos programas que se ajusten a la perspectiva adoptada, a los actores involucrados y al contexto social, económico y cultural, así como a la disposición para aceptar fórmulas alternativas de manejo de conflictos. Estos programas pueden abarcar conferencias de grupos familiares, conferencias restaurativas, círculos de paz, mediación víctima/infractor y círculos de construcción de comunidades. Es esencial reconocer que los posibles programas de justicia restaurativa deben ser diseñados considerando que los tres actores involucrados, con sus respectivas áreas de necesidades, deben contar con la oportunidad de encontrarse e interactuar en base a principios compartidos, incluso cuando el programa específico no abarque todas las partes.

Ahora bien, el proceso restaurativo, como proceso más formal y estructurado, requiere una cuidadosa planificación y se reserva para incidentes más significativos. Este enfoque está diseñado para ser liderado por un facilitador debidamente capacitado. Sin embargo, se recomienda que, en un contexto escolar, las prácticas informales sean las utilizadas.

Entre las más conocidas destaca la reunión restaurativa, donde los involucrados se congregan para explorar en detalle lo que ocurrió, identificar a quienes se vieron afectados y determinar las acciones necesarias para reparar la situación. La disposición de los participantes en un círculo fomenta la comunicación abierta y equitativa, que establece un entorno donde cada individuo puede expresar sus pensamientos. En algunas ocasiones, se implementa un "objeto de diálogo" para regular el intercambio verbal, lo que permite que solo la persona que tiene dicho objeto pueda hablar en ese momento.

Entonces, durante la reunión, el facilitador guía el proceso utilizando un guion preestablecido que contiene preguntas diseñadas para orientar a los participantes hacia una reflexión profunda sobre el incidente. Se abordan aspectos cruciales, como la naturaleza del suceso, quiénes resultaron afectados y de qué manera, así como las posibles acciones para remediar la situación. Este enfoque estructurado busca fomentar la responsabilidad, la empatía y la colaboración entre los involucrados, lo cual promueve la reparación efectiva de las relaciones afectadas.

Consideremos una situación en la que un estudiante muestra comportamientos disruptivos en clase. En lugar de optar por medidas disciplinarias convencionales, como el envío a la dirección o la suspensión —acciones que podrían generar resentimiento y predisponer al estudiante a reincidir en la conducta—, la profesora adopta un enfoque más reflexivo. Ella invita al estudiante a considerar el impacto de sus acciones, preguntándole si se ha detenido a pensar en quién resulta afectado cuando se interrumpe la clase. Esta estrategia educativa no solo aborda el problema inmediato, sino que también promueve el desarrollo de habilidades de empatía y responsabilidad en el estudiante, que lo prepara para enfrentar de manera constructiva situaciones futuras. Este enfoque transformador representa un cambio paradigmático en la gestión de la disciplina escolar, orientado a la construcción de una comunidad de aprendizaje más consciente y solidaria (Mediación y Violencia, 2012, p. 3).

En ese mismo sentido, las declaraciones afectivas se basan en la expresión de sentimientos, en lugar de recurrir a respuestas autoritarias, se presenta como una estrategia eficaz para gestionar situaciones conflictivas en el ámbito educativo. Este tipo de comunicación, lejos de ser considerada una “respuesta blanda”, demanda que los estudiantes reflexionen sobre las consecuencias de sus acciones al comprender el impacto emocional que generan en los demás. Es decir, la adopción de declaraciones afectivas en lugar de respuestas autoritarias se revela como una estrategia valiosa para mejorar la comunicación, construir relaciones significativas y transformar el comportamiento de los estudiantes. Este enfoque contribuye a un ambiente educativo donde la empatía y la comprensión son fundamentales para abordar conflictos y fomentar un cambio positivo. Otra práctica restaurativa es el círculo restaurativo, que adopta diversas formas, pues se centra en la construcción del concepto de vivir en comunidad al proporcionar oportunidades para que los estudiantes compartan sus emociones, pensamientos y vivencias, y promuevan así la confianza y el entendimiento mutuo. En este formato, al igual que en una reunión restaurativa, cada participante tiene la oportunidad de expresarse de manera ordenada y respetuosa. Los círculos también permiten a los docentes obtener retroalimentación sobre temas como el nivel de seguridad que sienten los estudiantes ante un próximo examen o simplemente conocer sus experiencias durante el fin de semana.

1.2 La transformación educativa como solución de conflictos en las escuelas

El hostigamiento directo o a través de las redes, conocido como *bullying* y *cyberbullying*, se ha convertido en un fenómeno generalizado entre los jóvenes de todo el mundo. Las alarmantes cifras de suicidios relacionados con estas formas de acoso destacan la urgente necesidad de abordar las problemáticas escolares de manera efectiva y otorgarles la importancia que merecen.

Espelage et al. (2022, p. 4) mencionaron que el acoso entre adolescentes sigue siendo un importante foco de estudio a nivel mundial. Se enfocan particularmente en estudios longitudinales sobre la ruta del acoso-violencia sexual (*bully-sexual violence pathway*), donde el acoso es un precursor de la violencia sexual (por ejemplo, acoso sexual, coerción sexual y asalto sexual) y la violencia en el noviazgo adolescente a través de mediadores individuales y sociocontextuales. Asimismo, Supriyanto et al. (2018, p. 23) indicaron que el comportamiento de acoso escolar es perjudicial tanto para el agresor como para la víctima, dado que este puede ser verbal, físico, relacional y cibernético. De esta forma, el papel de los consejeros escolares es fundamental para la prevención y erradicación a través de programas de orientación y consejería.

En el mismo sentido, Elbedour et al. (2020, p. 1) recalcan que los psicólogos y consejeros escolares pueden actuar como agentes de justicia social en las escuelas para prevenir el ciberacoso, especialmente entre las poblaciones más vulnerables. Es fundamental la abogacía por la prevención, intervención y políticas más efectivas por parte de psicólogos, pues el ciberacoso en las escuelas es un problema de justicia social.

Forsberg (2022, p. 1) discutió la importancia de explorar el acoso escolar desde perspectivas que consideren los aspectos contextuales, las normas grupales y las estructuras sociales. Se enfatiza el uso de la teoría fundamentada constructivista (*constructivist grounded theory*) y el interaccionismo simbólico como marcos efectivos para acercarse a las experiencias de los participantes y entender los procesos sociales detrás del acoso.

Bajo el respaldo científico antes mencionado, se debe afirmar que la implementación de prácticas basadas en la cultura restaurativa es la clave para mejorar la convivencia y fomentar una responsabilidad compartida dentro de la comunidad educativa. Por lo tanto, este enfoque propone una gestión de conflictos centrada en el diálogo y la reparación, en contraposición a las sanciones punitivas, lo cual transforma así el entorno escolar en un espacio seguro y acogedor, y ofrece alternativas a jóvenes que podrían considerar el suicidio como única salida a sus problemas. Este cambio hacia una cultura restaurativa en las escuelas se presenta como una solución integral para crear entornos educativos que apoyen el bienestar y el desarrollo positivo de los estudiantes, y prioritaria para promover un ambiente en el que los adolescentes se sientan apoyados y comprendidos. Sobre todo, se busca cultivar un entorno que fomente la comunicación abierta, la empatía y la responsabilidad compartida. Finalmente, se enfocan en la prevención de situaciones extremas, como el suicidio, y la creación de un contexto en el que los jóvenes puedan desarrollarse de manera saludable y positiva en su jornada educativa.

A modo de ejemplo, se ha visto pertinente analizar que, en 2010, la opinión generalizada entre los jóvenes entrevistados era disconforme con los métodos disciplinarios tradicionales implementados en los colegios, los cuales se centraron

principalmente en castigos y sanciones. Ello resaltó una percepción de insuficiencia y, en determinadas instancias, hasta de irrelevancia, en cuanto a la efectividad de estas medidas para abordar infracciones a la disciplina, la falta de respeto hacia los integrantes de la comunidad educativa o el incumplimiento de las responsabilidades académicas. Cabe mencionar que los jóvenes expresaron una clara preferencia por enfoques más constructivos y formativos que fomenten la reflexión y el aprendizaje a partir de los errores, en lugar de limitarse a penalizaciones que parecen no contribuir sustancialmente a su desarrollo ético y personal (Medina & Arbeláez, 2010, p. 113).

A pesar del estudio antes mencionado, la Ley 29719, promulgada el 25 de junio del 2011, enfocada en promover una convivencia libre de violencia en las instituciones educativas, no incorpora específicamente la necesidad de adoptar un enfoque restaurativo como solución a conflictos. Aunque su objetivo es prevenir el aumento de violencia y regular las acciones contra el acoso entre estudiantes, su eficacia se ve limitada por la carencia de directrices claras para la prevención y denuncia, sumado a un manejo deficiente de casos de acoso, lo que indica un fallo en el cumplimiento de responsabilidades por parte de las autoridades. Este desafío se agrava por la desconexión existente entre profesores y el mundo juvenil, que dificulta la comunicación esencial para entender y atender las necesidades de los adolescentes.

En Colombia, la adopción del enfoque restaurativo frente a actos de violencia ha sido reflejada en decisiones judiciales, como lo demuestra la sentencia de la Corte Constitucional en la tutela T-917 del 2006. Esta sentencia fue resultado de una acción interpuesta por padres de familia, cuyos hijos habían sido involucrados en la grabación de un acto de agresión contra un compañero durante una actividad escolar. En su fallo, la Corte reconoció las deficiencias inherentes al proceso disciplinario convencional y señaló que este podría no ser suficiente para asegurar la protección completa de los derechos de la víctima. Además, enfatizó la necesidad de adoptar un enfoque restaurativo que busque la reparación integral no solo a nivel material, sino también simbólico y educativo, que resalte el impacto del incidente tanto en la víctima como en la comunidad (Corte Constitucional de Colombia, 2006).

La decisión judicial enfatiza la trascendencia de que tanto víctimas como agresores participen voluntariamente en diálogos diseñados para comprender los eventos y sus consecuencias de modo que eviten focalizarse en la asignación de culpas. Este método subraya la meta de rehabilitar la dignidad de la víctima, fomentar un deseo de cambio positivo entre los participantes y evitar la recurrencia de comportamientos perjudiciales. Asimismo, se orienta hacia la restauración de las relaciones entre las partes implicadas y con la comunidad en su conjunto, ya que promueven la reconciliación y un compromiso con conductas respetuosas. Esta perspectiva resalta la significativa contribución de la justicia restaurativa en la resolución de conflictos y evidencia su capacidad para modificar de forma constructiva y pacífica las dinámicas interpersonales y comunitarias.

En el ámbito académico y judicial, la presentación titulada "La formación en derechos humanos y la justicia restaurativa como alternativa al manejo de la intimidación escolar" impartida por la Dra. Clara Elena Reales, quien se desempeñaba como magistrada auxiliar de la Corte Constitucional, marcó un punto de referencia importante en el diálogo sobre el acoso escolar. Su argumento central giró en torno a la idea de que, para combatir efectivamente la intimidación escolar, es esencial no solo sancionar el comportamiento negativo, sino también promover un entendimiento profundo de los derechos humanos entre los estudiantes y aplicar estrategias de justicia restaurativa que busquen la reparación y reconciliación entre las partes involucradas. Este enfoque, según la magistrada, tiene el potencial no solo de resolver conflictos de manera más efectiva, sino también de transformar la cultura escolar, fomentando un ambiente de respeto mutuo y comprensión. (Medina & Arbeláez, 2010, p. 115)

La investigadora Amaya (2016, p. 1) tuvo como objetivo fomentar competencias ciudadanas entre estudiantes de 11 a 14 años para respetar la diversidad y prevenir el acoso. Resaltó la efectividad de estrategias no violentas para modificar las percepciones sociales que normalizan el acoso y evidenció una conexión entre la participación en actividades físicas y una disminución en la victimización. En consecuencia, destacó la relevancia de implementar programas educativos que promuevan un ambiente escolar más inclusivo y respetuoso.

Adicionalmente, la metodología educativa de Paulo Freire destaca por su enfoque crítico que rompe con la tradicional verticalidad en las relaciones pedagógicas y fomenta en su lugar una interacción horizontal caracterizada por el intercambio de conocimientos y la construcción colectiva del saber. Este encapsula la idea de que enseñar y aprender son procesos recíprocos que enriquecen a ambos, al maestro y al estudiante, lo cual subraya la importancia de la interacción dialógica como fundamento de un ambiente educativo participativo y colaborativo. Por otro lado, la educación para la paz, inspirada en las ideas de Xesús Jares, se entiende como un compromiso constante con la problematización de las desigualdades y el empoderamiento de los estudiantes para actuar críticamente sobre su realidad, que promueve valores y prácticas centradas en el respeto a los derechos humanos (Terre des hommes Lausanne, 2015, p. 22).

La disciplina restaurativa emerge como una estrategia clave en la prevención de violencia dentro de los entornos educativos. Lejos de limitarse a la imposición de castigos, esta se enfoca en la comprensión profunda de los conflictos, la promoción de la empatía, y el desarrollo de habilidades comunicativas y de escucha activa, con el fin último de reparar el daño causado y fomentar la responsabilidad tanto personal como colectiva. Estos enfoques pedagógicos representan un cambio paradigmático hacia prácticas educativas más inclusivas, dialógicas y transformadoras, las cuales buscan no solo la transmisión de conocimientos, sino también el cultivo de ciudadanos

conscientes, críticos y comprometidos con la creación de sociedades más pacíficas y justas (Terre des hommes Lausanne, 2015, p. 24).

En conjunto, estos enfoques educativos reflejan un cambio de paradigma en la educación, porque priorizan la participación activa, la reflexión crítica y la construcción colectiva del conocimiento. Asimismo, abogan por la formación de ciudadanos capaces de comprender, cuestionar y transformar su entorno, de modo que contribuyan a la construcción de sociedades más justas y pacíficas. Ante ello, debemos afirmar que, en el ámbito escolar, la promoción y experimentación con métodos disciplinarios alternativos, especialmente enfoques y prácticas restaurativas, se revelan como una necesidad imperante. La transición de políticas de tolerancia cero y prácticas punitivas hacia un enfoque restaurativo se posiciona como un paso crucial en la construcción de entornos educativos más saludables y equitativos. La esencia de esta transformación no solo radica en la reparación del daño cuando surgen conflictos o conductas nocivas, como el *bullying*, sino también en la construcción y cultivo activo de relaciones saludable, el fomento de habilidades de gestión de conflictos, la promoción de la comunicación no violenta, la garantía de la sensación de seguridad, el cultivo del respeto y la mejora del bienestar general de la comunidad escolar.

Los programas de justicia restaurativa, al adoptar una perspectiva promocional, buscan actuar proactivamente en la resolución de conflictos desencadenados por conductas dañinas o ilegales. Esta visión no se limita únicamente a abordar las consecuencias inmediatas de un comportamiento perjudicial, sino que se orienta hacia el desarrollo futuro de las personas y sus relaciones. La prevención promocional se convierte así en una estrategia integral que abarca desde la identificación de comportamientos dañinos hasta la implementación de respuestas restaurativas que satisfacen necesidades y reparan el daño.

En el ámbito escolar internacional, se observa un creciente interés en la implementación de iniciativas y proyectos que respaldan y promueven enfoques y prácticas restaurativas. Esto se materializa tanto a nivel de políticas culturales y disciplinarias en toda la escuela, que brindan formación determinada a estudiantes, profesores y personal no docente, como en la activación de prácticas específicas para gestionar episodios de acoso, conflictos y comportamientos inapropiados.

En resumen, la adopción de enfoques y prácticas restaurativas en las escuelas no solo se trata de reparar el daño causado por conflictos y conductas incorrectas, sino también de construir y fortalecer relaciones, promover habilidades sociales y emocionales, y cultivar entornos educativos basados en la paz, el respeto y el bienestar. La transición hacia la justicia restaurativa en el ámbito escolar representa un cambio significativo hacia un modelo más inclusivo, equitativo y centrado en el desarrollo integral de los estudiantes y la comunidad escolar en su conjunto.

1.3 Impactos de los enfoques restaurativos

Recientemente, la justicia restaurativa ha generado un impacto significativo al extender sus principios más allá del ámbito jurídico y abarcar diversos campos de acción que van desde la resolución de conflictos hasta la prevención de la violencia y el delito en comunidades y entornos educativos. Esta expansión se ha traducido en la implementación exitosa de metodologías centradas en la restauración de vínculos sociales en instituciones educativas a nivel mundial y se ha consolidado como instrumento fundamental para el cuidado, la responsabilización y la construcción de ciudadanía. Su aplicación se evidencia tanto en situaciones de conflicto entre estudiantes como en conductas que han causado daño específico.

En lo que respecta a la mediación entre pares, la literatura destaca la relevancia de brindar capacitación a los estudiantes en esta práctica, ya que constituye un procedimiento provechoso para toda la institución educativa. A través de la mediación entre pares, los estudiantes tienen la oportunidad de poner en práctica sus habilidades de resolución de conflictos, desarrollar la capacidad de abordar problemas y desacuerdos de manera autónoma, manejar diferencias, restaurar y construir relaciones. Además, se fomenta que se conviertan en participantes activos en el proceso de toma de decisiones al contribuir a la creación de soluciones compartidas, de modo que se evita que la escuela asuma la responsabilidad exclusiva de resolver los problemas.

Por ello, es importante mencionar que los círculos y conferencias restaurativas se presentan como enfoques alternativos valiosos para abordar los problemas de conducta entre los estudiantes, pues ofrecen un espacio dedicado a la reflexión y la discusión. Estos métodos buscan proporcionar respuestas disciplinarias distintas a las tradicionales suspensiones y exclusiones. Por lo general, las conferencias restaurativas se emplean como respuesta a conflictos más graves, mientras que los círculos restaurativos se utilizan para abordar situaciones de menor gravedad. Ambas prácticas, a menudo facilitadas por personal externo, ofrecen oportunidades para construir momentos de escucha y espacios donde se coconstruyen asunciones de responsabilidad, acciones y respuestas constructivas.

Los círculos restaurativos se centran principalmente en la resolución de problemas específicos, como el racismo y el acoso en el aula. Por otro lado, las conferencias restaurativas abordan incidentes más serios, como delitos escolares o actos de violencia. En ambas prácticas, los participantes, que incluyen a la víctima, al perpetrador y al facilitador, pueden ampliarse para involucrar a otros miembros de la comunidad escolar, como estudiantes, familias e incluso agencias externas cuando sea necesario.

Adicionalmente, se implementan círculos de daño y apoyo para gestionar y responder a diversos conflictos o problemas, como el ausentismo. Estos círculos implican a las

partes interesadas y a los actores clave de apoyo, y suelen ser dirigidos por personal capacitado, generalmente a través de un facilitador. En conjunto, estas prácticas restaurativas buscan fortalecer la comunidad escolar, fomentar la responsabilidad compartida y construir respuestas constructivas ante los desafíos disciplinarios y las situaciones conflictivas.

En su obra *Justicia restaurativa*, Britto (2010, p. 2) articula cómo la adopción de esta modalidad en los entornos escolares se basa en principios y prácticas que buscan transformar la gestión de conflictos en una oportunidad educativa enriquecedora para la comunidad educativa completa. Este enfoque contrasta marcadamente con las estrategias disciplinarias punitivas tradicionales, que se centran en castigos y sanciones, al reconocer y abordar la dimensión humana inherente a los conflictos. Al promover un ambiente donde los conflictos se ven como momentos para el aprendizaje, la justicia restaurativa fomenta el desarrollo de valores y habilidades cruciales para afrontar desafíos futuros. La disciplina, bajo esta óptica, se redefine no como un fin punitivo, sino como un principio educativo esencial que previene la violencia y cultiva un ambiente escolar pacífico y solidario, lo que destaca la importancia del manejo asertivo de conflictos, el diálogo constructivo y el respeto mutuo. Este cambio en la percepción de la disciplina implica un desplazamiento de los métodos punitivos tradicionales hacia enfoques que consideran la dimensión humana de los conflictos.

La justicia restaurativa en el ámbito educativo se plantea como una oportunidad para convertir las situaciones desafiantes en lecciones valiosas y fomentar el crecimiento personal y colectivo. La aplicación de principios restaurativos en la disciplina escolar no solo busca corregir comportamientos, sino también construir ciudadanos responsables y comprometidos con la convivencia pacífica y la resolución constructiva de disputas.

La justicia restaurativa juvenil emerge como una herramienta clave en la prevención del acoso escolar entre adolescentes, ofreciendo un enfoque comunitario y dialogante como alternativa a las sanciones tradicionales. Este modelo destaca por su objetivo de resocialización, enfocándose en reparar el daño infligido tanto a las víctimas como a la sociedad en su conjunto. Al proponer sanciones que se orientan hacia una humanización del proceso disciplinario, la justicia restaurativa abre camino hacia un enfoque más empático y reparador, que busca no solo castigar, sino también restaurar las relaciones dañadas y promover una solución constructiva al conflicto. Este paradigma se posiciona como una solución innovadora que recalca la importancia de la reparación y la reintegración, en lugar de centrarse únicamente en el castigo, marcando así un paso adelante hacia un tratamiento más humano y efectivo de las infracciones cometidas por adolescentes. (Nima & Vasquez, 2023, p. 6)

La solidez de este enfoque radica en su capacidad para crear un cambio cultural en las instituciones educativas, puesto que promueve una cultura de paz en la que se valora el diálogo, la empatía y la responsabilidad compartida. Al considerar la disciplina como una herramienta para enseñar, aprender y crecer, la justicia restaurativa en el ámbito escolar contribuye a la formación integral de los estudiantes y los prepara para enfrentar los desafíos de la vida de manera constructiva y resiliente.

Por consiguiente, la aplicación de la justicia restaurativa en entornos educativos es una evolución significativa en la gestión de conflictos y la disciplina escolar, pues aborda las consecuencias superficiales de las acciones y trabaja en la raíz de los problemas, que transforma los desafíos en oportunidades de crecimiento y desarrollo.

2. MATERIALES Y MÉTODOS

2.1 Descripción de los criterios de selección

Para la selección de material relevante en la investigación, se establecieron criterios específicos enfocados en asegurar la actualidad y relevancia académica de las fuentes consultadas. Primordialmente, se priorizaron artículos científicos que guardaran una relación directa con el tema de estudio, lo que garantizó así una estrecha alineación con el objeto de investigación. Además, se impuso una restricción temporal, que limitó la búsqueda a investigaciones publicadas en los últimos diez años con el objetivo de incluir hallazgos y discusiones contemporáneas que reflejen el estado actual del conocimiento en el campo. Por último, se dio preferencia a las fuentes disponibles en la base de datos de Scopus, reconocida por su rigor académico y amplia cobertura de literatura científica, lo que asegura el acceso a estudios de alta calidad y relevancia para el desarrollo de la investigación.

2.2 Búsqueda y selección de fuentes

La selección de trabajos para la investigación se centrará en aquellos publicados en la base de datos de Scopus, donde se utilizó un conjunto específico de palabras clave para garantizar la relevancia temática y la precisión en el alcance del estudio. Las palabras clave elegidas incluyen *bullying*, *justicia restaurativa* y *escuelas*. Este enfoque metodológico permite filtrar y acceder a estudios que abordan directamente las dinámicas del acoso escolar, las aplicaciones y efectividad de la justicia restaurativa en el contexto educativo, y el ambiente general dentro de las instituciones escolares. La inclusión de estas palabras clave asegura que la investigación recopile información crítica y actualizada sobre cómo la justicia restaurativa puede servir como una estrategia efectiva para abordar y mitigar los casos de *bullying* en las escuelas, y proporciona una base sólida para el análisis y las conclusiones del estudio.

2.3 Análisis de la información

Tras identificar y descargar los artículos relevantes de la base de datos, se procedió a una revisión exhaustiva de cada uno, donde se enfocó en aspectos clave para el análisis de la investigación. Esta revisión meticulosa incluyó la evaluación de la problemática abordada por cada estudio, los objetivos planteados, los instrumentos metodológicos utilizados para la recolección y análisis de datos, los principales resultados obtenidos y, finalmente, las conclusiones más relevantes derivadas de cada investigación. Este proceso permitió no solo comprender a fondo el alcance y las limitaciones de los estudios existentes sobre el tema, sino también identificar patrones, tendencias y lagunas en la literatura actual, que establece así una base sólida para el desarrollo posterior del proyecto de investigación.

2.4 Consideraciones éticas

El estudio se basó en citar opiniones e información, las consideraciones éticas abordan el respeto a los derechos de autor mediante citas y referencias apropiadas según el formato APA para evitar el plagio y garantizar la integridad del pensamiento original a través de citas y parafraseo cuidadoso. Se discute la importancia de la objetividad y la minimización de sesgos en la selección y análisis de las fuentes, así como la protección de la privacidad y el consentimiento cuando se incluyen datos primarios. También se reflexiona sobre el impacto social de la investigación, que enfatiza la responsabilidad de presentar análisis equilibrados y justos, y la confidencialidad de la información sensible. Este enfoque subraya el compromiso con la integridad académica y la ética en la investigación, esencial para la credibilidad del estudio y la importancia de los principios éticos en la labor investigativa académica.

3. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En naciones latinoamericanas como Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, El Salvador y Perú, se ha incorporado la justicia restaurativa en sus sistemas de justicia a nivel nacional, sobre todo en materia de justicia juvenil. Sin embargo, hasta el momento, ninguna de estas naciones ha implementado esta modalidad de resolución de conflictos en el ámbito de las instituciones educativas. Dada la naturaleza del entorno educativo y la formación de niños y jóvenes en el espacio escolar, se presenta como una oportunidad idónea para la aplicación de la justicia restaurativa.

En el mismo sentido, en ningún reglamento de convivencia evaluado, perteneciente a instituciones educativas de Perú, se encuentran disposiciones restaurativas o procedimientos para reparar los actos cometidos contra los compañeros, por lo mismo que no existen políticas gubernamentales sobre la materia.

La transformación auténtica de la escuela es un proceso complejo que implica la participación activa y coordinada de todos los niveles del sistema educativo: desde el Gobierno hasta las Autoridades, directores, Especialistas, Docentes y Alumnos. Este cambio significativo no se adhiere a una jerarquía rígida o un orden preestablecido; más bien, requiere de un esfuerzo colaborativo y multifacético donde cada grupo de interés contribuye desde su respectiva esfera de influencia. La sinergia entre estos distintos niveles es crucial para impulsar una verdadera evolución en el entorno educativo, asegurando que la reforma educativa no solo sea inclusiva y exhaustiva, sino también sostenible y resonante con las necesidades de la comunidad escolar. Este enfoque holístico subraya la importancia de abordar la educación como un ecosistema interconectado, donde el cambio genuino emerge de la cooperación y el compromiso colectivo hacia objetivos comunes de mejora y excelencia educativa. (British Council Peru, 2018, p. 4)

La implementación de la pedagogía restaurativa en el ámbito educativo, según Albertí y Pedrol (2017, p. 47), ha tenido un impacto positivo significativo, pues ha reducido las tasas de expulsión y ha creado ambientes escolares más tranquilos. Esta aproximación promueve la gestión positiva de las relaciones dentro de la comunidad educativa y favorece el diálogo y la mediación para una resolución constructiva de conflictos, lo cual resalta su eficacia en mejorar la convivencia escolar. La capacitación de estudiantes en prácticas restaurativas es clave, puesto que los transforma en participantes activos de la vida escolar y promueve un cambio en las políticas escolares hacia enfoques más empáticos y reparadores. Sin embargo, la falta de capacitación específica en escuelas puede generar dificultades en la implementación de este enfoque, lo que subraya la importancia de proporcionar formación adecuada y soporte continuo para su efectividad. La experiencia indica que el cambio hacia políticas disciplinarias restaurativas enfrenta desafíos, los cuales incluyen la resistencia institucional y la subestimación de la complejidad de su implementación, que requiere una evaluación cuidadosa de las necesidades y el contexto escolar para su exitosa aplicación.

Si bien, a través del artículo 16 del Decreto Supremo 010-2012-ED del 3 de junio del 2012, que regula la Ley 29719, se establece que las disposiciones correctivas tienen como objetivo llevar a los estudiantes a la reflexión y a asumir un compromiso de mejora, esto no ha sido suficiente. El motivo es la existencia de la necesidad de reconocer y establecer modelos cualitativos y sistemas de evaluación con respecto a la aplicación de estas prácticas, que se agrava cuando estas pueden ser no siempre factibles, ya que no existe un modelo estándar y claro que se pueda aplicar de manera universal.

La implementación de la justicia restaurativa en el ámbito escolar como estrategia disciplinaria alternativa enfrenta desafíos si no se considera la personalización de los programas y procedimientos según el contexto específico de cada institución. Es fundamental iniciar con cambios graduales y avanzar hacia una aplicación más

amplia dentro de la comunidad educativa mediante un plan de acción conjunto. Los hallazgos sugieren la relevancia de incorporar enfoques pedagógicos restaurativos para crear entornos educativos inclusivos y propicios para el aprendizaje y el desarrollo estudiantil. La adopción de estas estrategias contribuye a la formación de comunidades escolares más saludables y unidas, que destacan la importancia de seguir explorando y promoviendo prácticas que fomenten la justicia restaurativa.

4. CONCLUSIONES

En conclusión, la justicia restaurativa ofrece una alternativa innovadora y efectiva para la resolución de conflictos y la gestión de delitos, pues aborda no solo las consecuencias de las acciones delictivas, sino también promueve la sanación y la reconciliación. Este enfoque involucra activamente a víctimas, infractores y comunidades en la búsqueda de soluciones constructivas. Es decir, no solo rectifica el daño causado, sino que previene futuros comportamientos perjudiciales y brinda a todos los miembros de la comunidad educativa la oportunidad de reintegrarse positivamente en la sociedad.

En el ámbito escolar, las prácticas restaurativas, como los círculos y las conferencias restaurativas, han demostrado mejorar significativamente el clima escolar, la disciplina y la gestión de conflictos, que incluye la reducción del acoso escolar, pues fomentan relaciones positivas y comportamientos adecuados, y desarrollan habilidades sociales y emocionales entre los estudiantes. Entonces, para implementar con éxito los programas restaurativos en las escuelas, es fundamental diseñarlos considerando las necesidades y contextos específicos de todas las partes involucradas.

Abordar el *bullying* y el *ciberbullying* mediante enfoques restaurativos es crucial para promover una cultura escolar basada en el diálogo, la empatía y la reparación. Así, la convivencia libre de violencia en las instituciones educativas requiere un marco específico para implementar prácticas restaurativas efectivas, yendo más allá de simples campañas de concientización y cumplimiento legal. Sin perjuicio a lo antes mencionado, la implementación de la Justicia Restaurativa en las escuelas enfrenta desafíos como la resistencia institucional y la falta de capacitación adecuada, a pesar de su relevancia al fomentar una "democracia familiar".

Por ello, es fundamental avanzar gradualmente, comenzar con cambios pequeños y específicos, y proporcionar formación continua para asegurar la efectividad de estas prácticas. Al ser una evolución significativa en la gestión de conflictos y la disciplina escolar, contribuye a la formación de comunidades escolares más inclusivas y unidas, mejora el bienestar general y fomenta el desarrollo integral de los estudiantes.

Finalmente, es imperativo seguir promoviendo y explorando estas prácticas para construir un entorno educativo más justo y pacífico. Solo mediante la implementación

comprometida y consciente de la justicia restaurativa lograremos transformar nuestras escuelas en espacios de convivencia armoniosa, respeto mutuo y crecimiento personal para todos los involucrados.

REFERENCIAS

- Albertí, M., & Pedrol, M. (2017). El enfoque restaurativo en el ámbito educativo. Cuando innovar la escuela es humanizarla. *Educació Social. Revista d'Intervenció Socioeducativa*, 67, 47-72. <https://doi.org/10.34810/EducacioSocialn67id328397>
- Amaya, C. (2016). Los imaginarios sociales, el pensamiento crítico y la noviolencia, una forma para enfrentar el acoso escolar. *Estudios Pedagógicos*, 42(3), 27-48. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-07052016000400002>
- British Council Peru. (2018). *La transformación de la escuela en el Perú*. <https://www.britishcouncil.pe/sites/default/files/transformingschoolsv3.pdf>
- Britto, D. (2010). *Justicia restaurativa. Reflexiones sobre la experiencia en Colombia*. Universidad Técnica Particular de Loja. https://www.icbf.gov.co/system/files/justicia_restaurativa._reflexiones_sobre_la_experiencia_de_colombia.pdf
- Corte Constitucional de Colombia. Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional. Sentencia T-917/06 del 2006 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa: 30 de noviembre del 2006). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-917-06.htm>
- Decreto Supremo 010-2012-ED. Aprueba el Reglamento de la Ley 29719, Ley que promueve la convivencia sin violencia en las instituciones educativas. 3 de junio del 2012. Diario oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1056601>
- Elbedour, S., Alqahtani, S., El Sheikh, I., Bawalsah, J., Booker-Ammah, B., & Turner, F. (2020). Cyberbullying: Roles of school psychologists and school counselors in addressing a pervasive social justice issue. *Children and Youth Services Review*, 109. <https://doi.org/10.1016/j.childyouth.2019.104720>
- Espelage, D., Ingram, K., Sung, J., & Merrin, G. (2022). Bullying as a developmental precursor to sexual and dating violence across adolescence: Decade in review. *Trauma, Violence & Abuse*, 23(4), 1358-1370. <https://doi.org/10.1177/15248380211043811>
- Forsberg, C. (2022). The importance of being attentive to social processes in school bullying research: Adopting a constructivist grounded theory approach. *International Journal of Bullying Prevention*, 4, 180-189. <https://doi.org/10.1007/s42380-022-00132-y>

- Gimnasio Sabio Caldas. (2018). *La justicia restaurativa en entornos educativos*. <https://tdh-latam.org/wp-content/uploads/2018/07/La-Justicia.pdf>
- Ley 29719 del 2011. Ley que promueve la convivencia sin violencia en las instituciones educativas. 25 de junio del 2011. Diario oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1034168>
- Lodi, E., Perrella, L., Lepri, G., Scarpa, M., & Patrizi, P. (2022). Use of restorative justice and restorative practices at school: A systematic literature review. *Int. J. Environ. Res. Public Health*, 19(96), 1-34. <https://doi.org/10.3390/ijerph19010096>
- Mediación y Violencia. (9 de julio de 2012). *Justicia restaurativa y bullying en las escuelas*. <http://mediacionyviolencia.com.ar/practicas-restaurativas-en-las-escuelas/>
- Medina, N., & Arbeláez, M. (2010). La institución educativa en casos de intentos de suicidio en adolescentes de Rionegro (Antioquia) y la necesidad de justicia restaurativa. *Revista Universidad Católica de Oriente*, 23(30), 111-117.
- Nima, E., & Vasquez, L. (2023). *La justicia restaurativa como mecanismo de prevención del Bullying para adolescentes infractores de la provincia de Piura* [Tesis de licenciatura, Universidad Cesar Vallejo]. Repositorio Institucional de la Universidad César Vallejo. <https://hdl.handle.net/20.500.12692/115230>
- Supriyanto, A., Prasetiawan, H., & Wahyudi, A. (2018). Identifikasi Perilaku Bullying di Tingkat Sekolah Menengah. *Jurnal Fokus Konseling*, 4(2), 192-197. <https://ejournal.umpri.ac.id/index.php/fokus/article/view/627>
- Terre des hommes Lausanne - Brasil. (2015). *Modelo de acción para prevención de violencia y prácticas restaurativas en contextos escolares*. Fortaleza.
- Zehr, H., & Gohar, A. (2002). *The little book of restorative justice*. Intercourse
- Zurita, F., Castro, M., & Chacón, R. (2018). Análisis de la influencia de la modalidad deportiva sobre la victimización en escolares de Primaria. *ESHPA. Education, Sport, Health and Physical Activity*, 2(1), 2-15. <http://dx.doi.org/10.30827/Digibug.49832>

LA ACCIÓN DIRECTA FRENTE AL INCUMPLIMIENTO EN LOS CASOS DE CONEXIDAD CONTRACTUAL

LUIS ANÍBAL OLAZÁBAL TAMAYO*
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 29 de febrero del 2024 / Aceptado: 15 de marzo del 2024

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2024.n058.6993>

RESUMEN. El presente trabajo tiene como finalidad responder a la siguiente pregunta: ¿Es posible admitir el uso de la acción directa por conexidad contractual en el Perú? En tal sentido, esta investigación se centrará en analizar si un acreedor —parte de un grupo de contratos conexos— puede ejercer frente a un deudor —parte del mismo grupo de contratos— los remedios contractuales derivados del incumplimiento de este último, aunque no medie entre ellos contrato alguno. Además, con el fin de responder a esa pregunta, primero se abordará la definición de conexidad contractual, sus elementos y el concepto de acción directa, como uno de los efectos más importantes de la conexidad contractual. Posteriormente, se examinará el desarrollo de esta figura en el Perú para, finalmente, determinar si es posible admitir el uso de la acción directa en nuestro medio sobre la base de la regulación actual.

PALABRAS CLAVE: contratos conexos / contratos coligados / grupos de contratos / acción directa / relatividad contractual

* Abogado por la Universidad de Lima, con diploma en Derecho Corporativo.

DIRECT ACTION FOR NON-PERFORMANCE IN A GROUP OF RELATED CONTRACTS

ABSTRACT. The purpose of this study is to answer the following question: Is it possible to admit the use of direct action by contractual connection in Peru? This research will focus on analyzing whether a creditor —part of a group of related contracts— can exercise contractual remedies against a debtor —also part of the same group of contracts— for the latter’s breach, even if no contract exists between them. To answer that question, I will first delve into the definition of group of contracts, its elements, and the concept of direct action, which is one of the most important effects within a group of contracts. Then, I will examine the development of this figure in Peru, and finally determine whether it is possible to use direct action in our environment based on current regulations.

KEYWORDS: related contracts / associated contracts / groups of contracts / direct action / contractual relativity

1. INTRODUCCIÓN

Por excelencia, los contratos son el instrumento que tiene el ser humano para generar el flujo de bienes y servicios. Originalmente, estos se concibieron como mecanismos de intercambio; sin embargo, actualmente, forman parte de complejas operaciones económicas en las que coexisten una pluralidad de relaciones obligacionales. Esta situación, propia de las economías modernas, ha generado que los contratos se interrelacionen de manera tal que, en determinados casos, las incidencias de uno de los contratos repercutan en el resto de los componentes de la red contractual. A este fenómeno se lo ha denominado conexidad contractual y se presenta cuando existe un grupo de contratos que se celebran como parte de la misma operación económica y que están vinculados por un nexo funcional. En estos casos, la celebración de los contratos tiene la finalidad de satisfacer un interés superior al que se persigue con cada contrato individual; de ahí que se requiera la celebración conjunta de varios contratos.

En este contexto, la doctrina y jurisprudencia han reconocido determinados supuestos en los que los incumplimientos de un deudor pueden afectar a los acreedores que forman parte del grupo de contratos, aun cuando no se haya celebrado contrato con ellos. En estos casos, se reconoce la posibilidad de que el acreedor ejerza los remedios contractuales pertinentes contra el deudor que ha incumplido, como si ambos fueran partes del mismo contrato. A este derecho del acreedor afectado se lo ha denominado acción directa.

De esta manera, el objetivo del presente trabajo es determinar la factibilidad de que, en el Perú, un acreedor —parte de un grupo de contratos conexos— ejerza la acción directa frente al incumplimiento de un deudor —parte del mismo grupo de contratos— aunque no medie entre ellos contrato alguno.

2. LOS CONTRATOS CONEXOS: DEFINICIÓN Y ELEMENTOS

Sin duda alguna, los contratos entre particulares forman parte esencial de este desarrollo y son la base de las transacciones propias de las economías modernas. Si bien se originaron como simples instrumentos de intercambio, actualmente los contratos forman parte de complejas operaciones económicas en las que estos se interrelacionan y dependen unos de otros.

En este contexto, en la doctrina, la jurisprudencia y la normativa, se ha desarrollado el concepto de contratos conexos, también denominados contratos coligados o grupos de contratos. Al respecto, Morales Hervias (2002) señala que

los contratos conexos constituyen un conjunto de contratos con causa concreta autónoma que cumplen una operación económica unitaria o un resultado económico único. Varios contratos pueden estar vinculados entre sí por haber

sido celebrados en cumplimiento del programa de una operación económica global; en tal situación hay una cadena de contratos que confluyen en un mismo objeto. (p. 119)

En doctrina comparada, López Frías (1994) señala que la conexidad contractual radica en la “celebración de varios contratos —típicos o atípicos— formalmente independientes, pero que, desde un punto de vista funcional, se relacionan entre sí en sentido unilateral o recíproco” (p. 22). Por su parte, Frustagli (1997) considera que esta figura se presenta en las situaciones en las que, “para realizar una operación económica de estructura unitaria se implementan una pluralidad de convenios formalmente independientes” (p. 46), pero que atienden a un propósito común perseguido por las partes.

En esta línea, podemos hablar de contratos conexos cuando estamos frente a dos o más contratos que son independientes unos de otros, pero que se encuentran vinculados por formar parte de una misma operación económica. Estos contratos podrán ser típicos o atípicos y celebrados entre dos o más partes.

Ahora bien, de las definiciones antes formuladas, se desprende que el concepto de contratos conexos contiene elementos que ameritan ser desarrollados a profundidad. Pese a que la concepción formulada por un autor puede presentar matices que la diferencie¹ de la de otros, en mi opinión los elementos de la conexidad contractual son la pluralidad de contratos, en primer lugar, y el nexo funcional, en segundo; este último se divide, a su vez, en un elemento externo (la operación económica común) y en un elemento interno (la causa supracontractual).

2.1. Pluralidad de contratos

El primer elemento para considerar la presencia de conexidad contractual es que existan dos o más contratos. No existiría interrelación alguna, evidentemente, sin pluralidad de contratos. Sobre este punto, es conveniente resaltar que la pluralidad de contratos no significa —necesariamente— pluralidad de partes. Por ejemplo, puede ocurrir que A y B celebren dos contratos relacionados, o que uno de los contratos haya sido celebrado por A y B, y el otro por B y C. En ambos casos, siempre que se verifique el otro elemento de la conexidad contractual, estaríamos frente a contratos conexos.

Asimismo, es importante aclarar que estos contratos pueden ser tanto típicos como atípicos y que no es necesario que tengan el mismo objeto. De hecho, por lo general,

1 Para algunos autores los elementos de la conexidad son la pluralidad de contratos, de un lado, y la operación económica en común, del otro. No obstante, aunque parecería que el segundo elemento es distinto para este grupo, esta discrepancia es solo aparente, pues sus definiciones suelen incluir el tratamiento del nexo funcional como parte de la operación económica común. Por lo tanto, si bien la doctrina está dividida en cuanto al término que se debe emplear para denominar al segundo elemento de la conexidad contractual, es pacífica en cuanto a su contenido.

cada contrato tiene un objeto independiente, de manera tal que se complementa con el resto en la búsqueda de la finalidad común que todos persiguen. Asimismo, no es necesario que los contratos se celebren de manera simultánea o dentro de un rango temporal específico.

2.2. Nexo funcional

El segundo elemento de la conexidad contractual es el nexo funcional, entendido como la relación de funcionalidad que se genera entre los contratos y que permite su vinculación. En este sentido, aunque los contratos siguen siendo autónomos, existe una interdependencia entre ellos que es tanto funcional como voluntaria y que surge con la finalidad de alcanzar determinados resultados económicos. Así, las partes de la red contractual celebran dos o más contratos que no pierden su individualidad, pero que coordinadamente sirven para la consecución de un determinado fin, que es superior a la causa concreta que cada contrato tiene.

Ahora bien, como señalé anteriormente, y siguiendo la línea de Vázquez Rebaza (2012), este elemento está compuesto por un elemento externo (la operación económica común) y un elemento interno (la causa supracontractual) (p. 170). El elemento externo radica en que, aunque se trate de contratos independientes, todos forman parte de una operación económica común para cuyo éxito se requiere de la concurrencia de dos o más contratos. En tal sentido, la operación económica común es el marco que engloba a este conjunto de contratos dentro de un mismo programa económico.

En lo que concierne al elemento interno del nexo funcional, Vázquez Rebaza (2012) señala que este se encuentra en “la asunción, en el elemento de la causa concreta, de un interés —jurídicamente relevante— en la coordinación con los otros contratos conexos, frente a la actuación de la operación económica global” (p. 14). Es decir que, para que haya conexidad, debe existir un interés de las partes en el éxito de la operación económica conjunta. No basta con que los contratos estén enmarcados en una misma operación económica (elemento externo), sino que las partes tengan además un interés en coordinar los contratos para materializar dicha operación. Al respecto, Frustagli (1997) señala que este elemento no hace “alusión a los móviles determinantes de la celebración de cada acuerdo particular, sino a la finalidad integral que solo en conjunto lograrán satisfacer” (p. 46). Por ello, algunos sectores de la doctrina se refieren a este punto como la causa supracontractual, en tanto se trata del interés respecto de la operación económica global y no de cada contrato (Jiménez, 2020, p. 18).

En esta línea, Morales Hervias (2002) señala que el criterio para determinar los efectos de la conexidad contractual es la causa concreta, entendida como el interés que la operación contractual está dirigida a satisfacer (p. 119). De esta manera, se extiende el concepto de causa autónoma (propio del negocio jurídico) al ámbito de la conexidad

contractual, para entender que la causa supracontractual es la finalidad económica que requiere la existencia de dos o más contratos coordinados para su materialización. Por ende, en estos casos, la causa individual de cada contrato es simplemente instrumental frente a la causa supracontractual identificada como “las razones que han inducido a las partes a hacer dos (o más) contratos entre sí conexos” (Morales Hervias, 2002, p. 134).

En este punto, es importante señalar que esta finalidad común puede o no encontrarse de manera expresa en dichos acuerdos. En la práctica contractual, lo usual es que la conexidad no esté pactada expresamente, sino que sea inferida a partir del contenido de los contratos conexos; es decir, que se desprenda de la naturaleza de las obligaciones.

3. LOS EFECTOS DE LA CONEXIDAD CONTRACTUAL: LA ACCIÓN DIRECTA

La importancia de la conexidad contractual como figura jurídica radica en la vinculación existente entre contratos y en los efectos que derivan de tal vinculación. En consecuencia, los efectos de la conexidad contractual consisten en que lo que ocurre con uno de los contratos del grupo o cadena repercutirá —en mayor o menor medida— en el resto. En este contexto, la doctrina y la jurisprudencia comparadas han reconocido esencialmente dos efectos de la conexidad contractual.

En primer lugar, se encuentran las situaciones que afectan la validez o la eficacia de los contratos, las cuales pueden acarrear la ineficacia del resto de contratos de la red. A este efecto se lo denomina ineficacia en cadena o ineficacia arrastrada y, para fines del presente trabajo, no nos centraremos en él². En segundo lugar, se encuentran las situaciones de incumplimiento que afectan a alguno de los acreedores mediatos del grupo de contratos. En estos casos, se genera la posibilidad de ejercer la acción directa, la cual permite al acreedor afectado —entre otras cosas— solicitar el cumplimiento de la prestación o una indemnización por daños y perjuicios. Esta figura es el objeto del presente trabajo y en el cual nos centraremos en los siguientes párrafos.

3.1. Definición

La acción directa ha sido reconocida, por la doctrina y jurisprudencia, como uno de los efectos más importantes de la conexidad contractual. En mi opinión, algunas de las definiciones que presentan una mejor aproximación de lo que representa esta figura son las siguientes:

- Según López Frías (1994), la acción directa vincula “a dos partes que no han contratado directamente entre sí, siendo lo más frecuente que ambas estén vinculadas en virtud de dos contratos distintos” (p. 45).

2 Para mayor detalle sobre este efecto, se recomienda revisar Barboza y Miranda (2012).

- De acuerdo con Armella (2015), en virtud a la conexidad contractual, el acreedor queda legitimado para “accionar por la prestación debida o por el resarcimiento frente al incumplimiento, aun con relación a un sujeto contractual no vinculado inicialmente con él, el que se verá obligado a cumplir o resarcir por integrar el sistema o red” (sección VII).
- Asimismo, la acción directa es “aquella que permite a un acreedor, a la inversa de la acción oblicua, perseguir en su nombre y en su propio derecho, a los terceros deudores de su deudor” (como se cita en Arnau, 2002, p. 23).
- Según López Santa María (1998), “las acciones directas ... permiten demandar en sede contractual a una persona con la cual nunca celebró el actor un contrato” (p. 160).

De lo anterior, queda claro que la acción directa representa una vía para que el acreedor pueda dirigirse directamente a un deudor con el que no tiene contrato alguno, vale decir, para que el acreedor afectado se dirija al deudor de su deudor. En este sentido, podemos señalar que la acción directa es el derecho que tiene el acreedor afectado para ejercer los remedios contractuales frente al incumplimiento de su deudor mediato, a fin de obtener el cumplimiento de la prestación, de obtener la indemnización correspondiente por los daños causados, o de resolver el contrato.

Respecto a su naturaleza, es importante precisar que la acción directa es un derecho material de titularidad del acreedor afectado y que surge con motivo de la vinculación entre contratos. Si bien el uso del término *acción* podría llevar a pensar que se trata del poder que tiene un sujeto de derecho para dirigirse al Estado y solicitarle que ejerza su función jurisdiccional, la doctrina señala que se trata en realidad de un derecho de crédito (derecho material) propio del acreedor afectado y que escapa del ámbito meramente procesal. Así pues, como señala Arnau (2002), el término *acción directa* no es preciso debido a su origen histórico en la escuela francesa de la exégesis del siglo XIX, ámbito en el que se confundían los términos *derecho* y *acción*. Por lo tanto, hoy en día, el uso de la expresión no implica necesariamente un contenido jurídico procesal específico (Arnau, 2002, p. 19). De esta manera, en los últimos años se ha refinado la noción de acción directa, de manera tal que actualmente algunos autores hacen referencia al “derecho de acción directa” o al “derecho directo del acreedor”. En consecuencia, se debe considerar que, en tanto derecho sustantivo, la acción directa puede ser ejercida incluso de manera extrajudicial, de la misma manera en la que el acreedor ejercería los derechos emanados de cualquier otro contrato. Por ende, sería errado entender que este derecho se limita a un ámbito meramente procesal.

Ahora bien, en lo que corresponde a su aplicación, el esquema de la acción directa se puede formular de la siguiente manera: A celebra un contrato con B y B celebra

a su vez un contrato con C. Para fines del presente ejemplo se asumirá que ambos contratos forman parte de la misma operación económica y que entre ambos existe un nexo funcional. Por lo tanto, ambos contratos son considerados contratos conexos. En consecuencia, A es el acreedor; B, el deudor inmediato; y C, el deudor mediato o extremo³. En este escenario, el incumplimiento de las prestaciones de C puede afectar directamente a A, en la medida en que su conducta conlleva al incumplimiento de las obligaciones de B frente a A. Por lo tanto, se le reconoce a A (en calidad de acreedor) el derecho de ejercer frente a C (deudor mediato o extremo) los remedios contractuales derivados de su incumplimiento; tal y como podría hacerlo si fueran partes del mismo contrato. De esta manera, la acción directa permite al acreedor ejercer a título y nombre propio los remedios contractuales que surgen como consecuencia del incumplimiento del deudor mediato, en tanto que el acreedor y deudor de su deudor son considerados partes, en el marco de la conexidad contractual.

3.2. La acción directa y el principio de relatividad contractual

Para algunos, lo señalado en los párrafos anteriores podría implicar una vulneración al principio de relatividad contractual, ya que se permite que un tercero, ajeno al contrato, actúe frente a una de las partes de este, como si formara parte del mismo contrato. En consecuencia, se estaría afectando el principio de relatividad contractual, que establece que los contratos solo surten efectos entre las partes y no pueden afectar la esfera de terceros. No obstante, lo cierto es que, actualmente, es imposible afirmar que el principio de relatividad contractual representa una norma rígida, como lo era en su momento la máxima *alteri stipulari nemo potest* (nadie puede estipular por otro). Así, pues, la doctrina moderna ha señalado que la relatividad contractual no debe ser entendida como una suerte de coto impenetrable, sino que debe ser releída a la luz de una realidad jurídico-económica diametralmente distinta a la existente en el pasado.

De esta manera, en los últimos años se ha empezado a hablar de una flexibilización del principio de relatividad contractual; pues, como señala Pérez (2020), el contrato no puede concebirse aisladamente, dado que “resulta imposible encapsular el vínculo obligatorio y la situación jurídica creada por el contrato” (p. 166). En consecuencia, la relatividad contractual ha sufrido una evidente flexibilización, de forma tal que “es insostenible sustentar que el contrato en nada afecta la órbita de los terceros [sea en sentido positivo o negativo]” (Pérez, 2020, p. 166).

3 Para fines de este trabajo, me remitiré a la terminología de deudor mediato y deudor inmediato, así como a las referencias A, B y C, a fin de explicar el ejercicio de la acción directa.

En el caso concreto de la conexidad contractual, Ariza (1997) señala que

un sector doctrinal ha puesto de relieve la necesidad de replantear la regla de la relatividad de las convenciones ante el fenómeno de imbricación de contratos, proponiendo que no se considere en la misma situación al verdadero tercero (*penitus extranei*) y a quien ha celebrado un acuerdo conexo. Admite entonces que la fundamentación teórica y la aplicación práctica de esa idea pasa por una refinación del ámbito de lo contractual y del concepto de tercero. (p. 9)

De esta manera, en los casos de conexidad, la noción de parte se amplía a aquellas que, no siendo partes del mismo contrato, sí lo son de la misma operación económica. Ello debido a que los alcances de la conexidad contractual están delimitados por el interés supracontractual de todas las partes, por lo que la extensión del efecto relativo debe ser entendida bajo esta óptica. En tal sentido, se entiende que la vinculación existente entre los contratos y la causa supracontractual propia de la conexidad permiten una noción amplia de parte. Por lo tanto, en estos casos, los supuestos terceros deben ser considerados como partes, al ser integrantes de la operación económica común. Aquí, la relatividad contractual aplica a todas las partes de la operación económica común y no se limita a las partes de cada contrato individual.

En este orden de ideas, la justificación de la acción directa se encuentra en la vinculación existente en un grupo de contratos conexos y la noción amplia de parte. El hecho de entender que en un grupo de contratos conexos todas las partes de la operación económica común son consideradas como partes y no como terceros, implica entender que existe una relación contractual entre estas, la cual legitima al acreedor afectado a ejercer la acción directa. Por ende, la aplicación de la acción directa no configura una excepción al principio de relatividad, sino una lectura consonante de este principio y la naturaleza propia de la conexidad contractual. En buena cuenta, no se busca evadir los límites de la relatividad contractual, sino entenderlos en el marco de la conexidad.

3.3. Extensión de la acción directa

Una vez esclarecida la naturaleza de la acción directa y su fundamentación, es necesario delimitar cuáles son los remedios contractuales de los que goza el acreedor frente al deudor mediato. Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia han reconocido que los remedios contractuales que tiene el acreedor son los mismos que tendría cualquier parte en una estructura contractual clásica frente al incumplimiento de su deudor. En consecuencia, se reconoce que el acreedor puede dirigirse frente al deudor mediato para requerirle: el cumplimiento de la prestación; la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento; o la resolución del contrato por incumplimiento.

3.3.1. *Solicitar el cumplimiento de la prestación*

Con motivo de la acción directa, el acreedor perjudicado puede exigir coercitivamente al deudor mediato la ejecución de la prestación, sea de forma específica (conforme se pactó originalmente) o mediante el subrogatorio pecuniario. Esto se debe a que, con motivo de la vinculación existente entre los contratos y la causa supracontractual, el interés del acreedor se puede ver afectado por el incumplimiento del deudor mediato. Así, existen determinadas obligaciones cuyo cumplimiento no solo satisface el interés de la parte con la que se contrató directamente, sino, también, de otras partes que forman parte del grupo de contratos conexos.

Por lo tanto, si se entiende que, en los supuestos de conexidad contractual, todas las partes de la operación son consideradas como partes entre sí, entonces estas deberían estar legitimadas para exigir a las otras el cumplimiento de sus obligaciones. Esto es así, en tanto las obligaciones contenidas en un grupo de contratos conexos no pueden ser entendidas de manera aislada, sino como parte de una red funcional que sirve a la satisfacción de un interés superior: la causa supracontractual.

Ahora bien, es importante señalar que el acreedor no puede exigir al deudor mediato el cumplimiento de cualquier obligación, sino únicamente de aquellas que impliquen una verdadera afectación a su interés crediticio. Es decir, el acreedor solo podrá solicitar el cumplimiento de aquellas obligaciones que contengan prestaciones de las cuales el acreedor sea beneficiario final. En tal sentido, la obligación respecto de la cual se ejerce la acción directa debe ser aquella que, en la realidad, satisface directamente el interés del acreedor. Esto ocurre, por ejemplo, en los casos de subcontratación en los que el incumplimiento del subcontratista termina afectando finalmente al acreedor. Asimismo, se puede citar el caso del *leasing*, en el que los defectos existentes en el bien perjudican el uso por parte del arrendatario. En este escenario no es la entidad financiera la que resulta afectada por el incumplimiento del vendedor o fabricante, sino el cliente de la entidad financiera que mantiene el uso del bien en calidad de arrendamiento.

Ahora bien, todo lo anteriormente señalado debe ser entendido bajo lo que la doctrina ha denominado como la regla del doble límite. Según esta regla, el ejercicio de la acción directa se encuentra delimitado por el contrato celebrado entre el acreedor y el deudor inmediato, y por el contrato celebrado entre el deudor inmediato y el deudor mediato. De ahí que se señale que se trata de un doble límite, en tanto el ejercicio de la acción directa está delimitado por dos contratos.

3.3.2. *Solicitar la indemnización*

En caso de que el incumplimiento del deudor mediato genere un daño al acreedor, este podrá reclamar la indemnización pertinente en ejercicio de la acción directa. En estos

casos, se deberá verificar que el daño sufrido por el acreedor sea consecuencia del incumplimiento del deudor mediato y que se cumplan los requisitos establecidos en el régimen de responsabilidad civil. Asimismo, la indemnización reclamada por el acreedor se regirá por la regla del doble límite señalada en la sección anterior. Por ende, el deudor mediato podrá valerse de las cláusulas de limitación de responsabilidad que tenga a su favor en virtud del contrato celebrado con el deudor inmediato, o las que este último tenga frente al acreedor con motivo del contrato celebrado entre ambos.

En este punto, considero relevante señalar que, en virtud de la conexidad existente entre los contratos, la responsabilidad derivada del incumplimiento del deudor mediato frente al acreedor afectado es de carácter contractual, toda vez que ambos son considerados partes de un mismo grupo de contratos. En tal sentido, “se afirma que los contratos coligados se encuentran bajo un régimen de responsabilidad contractual debido a que se encuentran unidos mediante un vínculo jurídico, que es una finalidad que se encuentra fuera de los contratos, es decir, es supracontractual” (Bórquez, 2015, p. 46).

3.3.3. Solicitar la resolución del contrato

Por medio de la resolución se deja sin efecto un contrato por causas sobrevinientes a su celebración. En este caso, se legitima al acreedor afectado a terminar el contrato, en tanto se entiende que el acreedor ha perdido el interés en la ejecución de la prestación.

Esta misma lógica es trasladable a los supuestos de conexidad contractual, en los que se le reconoce al acreedor la posibilidad de resolver el contrato celebrado entre el deudor inmediato y el deudor mediato, apartándose del grupo de contratos conexos del que formaba parte. En estos casos, la pérdida del interés debe ser evaluada de manera global y desde la perspectiva de la operación económica conjunta. Es decir, no se evalúa la afectación del interés del acreedor respecto de un contrato en particular, sino respecto del interés supracontractual. En tal sentido, la facultad del acreedor afectado para resolver el contrato será reconocida únicamente en la medida en la que se haya vulnerado su interés en la operación conjunta.

3.4. Excepciones y medios de defensa

Si bien la acción directa permite al acreedor ejercer los remedios contractuales pertinentes frente al deudor mediato, cabría preguntarse si es que el deudor mediato goza de algún derecho que le permita oponerse al ejercicio de la acción directa. Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que, como contrapeso a la acción directa, el deudor mediato puede oponer al acreedor las excepciones y medios de defensa que el deudor mediato tiene frente al deudor inmediato; así como, también, oponer las excepciones y medios de defensa que el deudor inmediato tiene frente al acreedor. Lo anterior se sustenta en la regla del doble límite antes explicada, según la cual el deudor

mediato no puede quedar obligado frente al acreedor por más de lo que está obligado frente al deudor inmediato, ni el acreedor puede exigirle al deudor mediato más de lo que podría exigirle al deudor inmediato.

Cabe señalar que, al emplear el término *excepciones*, me refiero a las excepciones materiales (sustantivas) y a las formales (adjetivas). En consecuencia, el deudor mediato puede oponer, tanto al acreedor como al deudor inmediato, la excepción de incumplimiento; la excepción de caducidad del plazo; y excepciones procesales como la de prescripción, caducidad, convenio arbitral, entre otras⁴. Respecto a los medios de defensa, estos implican todos los mecanismos que el deudor mediato pueda tener frente al deudor inmediato y que, por lo tanto, pueda trasladar frente al acreedor. Así, el deudor mediato puede oponerse al ejercicio de la acción directa argumentando que ya cumplió con la prestación, que compensó dicha prestación con el deudor inmediato, o que cuenta con cláusulas que limitan su responsabilidad, entre otras cosas.

4. LA CONEXIDAD CONTRACTUAL EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

La construcción jurídica de la conexidad contractual ha encontrado su mayor desarrollo en España, Francia e Italia, a través de la doctrina y de la jurisprudencia. Aunque en estos países, la conexidad contractual y sus efectos no se encuentran en el derecho positivo, tanto jueces como juristas se han encargado de construir la dogmática de la conexidad contractual y establecer las directrices para su desarrollo.

Por otro lado, están los casos de Alemania y Argentina, donde, si bien no existe un desarrollo tan profundo, sí existe regulación expresa sobre la conexidad contractual. Aunque las características de la regulación de esta figura difieren en ambos sistemas, es innegable que la positivización de la conexidad contractual representa el primer paso hacia la regulación de esta figura jurídica en otros países. Lamentablemente, en el Perú la conexidad contractual y, por extensión, la acción directa no han sido aún abordadas en toda su magnitud. Así pues, estas figuras todavía se encuentran en una etapa de desarrollo muy temprana dentro de nuestro medio, aunque ello no ha impedido que algunas de sus manifestaciones sean recogidas de manera indirecta por la normativa, ni que la doctrina y la jurisprudencia se pronuncien sobre su existencia en nuestro medio.

Siguiendo a Vásquez Rebaza (2012), una visión superficial del ordenamiento peruano puede llevarnos a considerar que este no regula de manera orgánica la conexidad contractual. No obstante, ello no debe impedir que, de la revisión profunda del material

4 En el caso peruano, las excepciones procesales se encuentran detalladas en el artículo 446 del Código Procesal Civil.

normativo, se pueda verificar la presencia de la conexidad contractual como una realidad existente en nuestro país (p. 163). En el mismo orden de ideas, Barboza y Miranda (2012) señalan que, si bien no existe una regulación expresa de la conexidad, el “Código Civil peruano de 1984 ha regulado indirectamente ciertas y muy puntuales manifestaciones de conexidad contractual” (p. 214)⁵.

Algunas de estas manifestaciones son las acciones directas reguladas en el Código Civil, las cuales permiten a una de las partes que conforma el grupo de contratos conexos ejercer una acción de naturaleza contractual frente a otro miembro de la cadena de contratos, respecto del cual no ha celebrado un contrato. En concreto, nos referimos a la acción directa del arrendador en el subarrendamiento (artículo 1693) y a la acción directa del locatario en la subcontratación en el marco de un contrato de obra (artículo 1772).

Aunque en ambos casos el legislador peruano optó por regular estas acciones directas bajo un esquema de solidaridad legal, lo relevante es la razón detrás de estas disposiciones. Por lo tanto, ambos artículos encuentran su razón de ser en la vinculación existente entre contratos, lo cual permite al arrendador y al locatario dirigirse ante partes con las cuales no han celebrado un contrato directamente.

Por el lado de la doctrina, el mayor desarrollo dogmático de los contratos conexos se ha presentado a partir de la década del 2000. Así pues, si bien anteriormente algunos autores ya habían mencionado someramente la conexidad contractual en sus obras, recién en los últimos veinte años la doctrina ha desarrollado trabajos centrados en la conexidad contractual y sus efectos en el Perú⁶.

A nivel jurisprudencial, la conexidad contractual no ha tenido un desarrollo profundo. Si bien anteriormente algunos jueces abordaron someramente la vinculación de contratos, lo cierto es que el reconocimiento expreso de la conexidad contractual en nuestro medio es reciente. Así, pues, en el 2019, la Corte Superior de Justicia de Lima tuvo a su cargo un proceso de anulación de laudo en el que se señalaba que “si bien [los contratos conexos] no se encuentran regulados de forma orgánica en nuestro ordenamiento jurídico son una realidad innegable” (Corte Superior de Justicia de Lima, 2019). A pesar de que este pronunciamiento es meramente declarativo, representa un punto de partida para el reconocimiento jurisprudencial de la conexidad contractual. Sin embargo, hasta la fecha no existe una resolución que haya abordado la conexidad contractual y sus efectos. Mucho menos hay un pleno casatorio o acuerdo plenario que permita dilucidar el tratamiento de la conexidad contractual en el Perú.

5 Para dichos autores, estas manifestaciones pueden ser agrupadas en dos categorías: “(i) las que derivan del carácter ‘accesorio’ o ‘subordinado’ de algunos tipos contractuales; y (ii) las denominadas acciones directas” (Barboza & Miranda, 2012, p. 214).

6 En este campo destaca Morales Hervias (2002, 2006). Asimismo, se deben considerar las ideas de Vásquez (2000, 2012) y Cieza Mora (2013).

De esta manera, se puede apreciar que, la ausencia de regulación no ha impedido que la conexidad contractual sea una figura presente en nuestro medio, lo que ha obligado a juristas y jueces a pronunciarse al respecto. Así, como ocurre muchas veces, los hechos se han adelantado al derecho y los juristas han tenido que brindar respuestas sobre la marcha a fin de atender estas nuevas necesidades. La complejidad de las relaciones contractuales que se presentan en la práctica ha generado que los operadores del derecho tengan que pronunciarse sobre un fenómeno originado por la propia realidad económica de las transacciones. A mi parecer, todo esto ha llevado a que la conexidad contractual sea una figura presente en nuestro medio y que ha ganado relevancia en los últimos años.

5. LA ACCIÓN DIRECTA EN LOS SUPUESTOS DE CONEXIDAD CONTRACTUAL EN EL PERÚ

Una vez establecido que la conexidad contractual es una realidad existente en el derecho peruano, corresponde preguntarse si es que la aplicación de la acción directa puede ser admitida en el Perú sobre la base del ordenamiento actual. Al respecto, considero que la respuesta es afirmativa y que la acción directa sí puede ser admitida en nuestro medio. Esto debido a que la protección del interés supracontractual del acreedor —propio de los supuestos de conexidad contractual— es fundamento suficiente para permitir que, ante el incumplimiento del deudor mediato, el acreedor pueda ejercer frente a este los remedios contractuales pertinentes.

En efecto, la aplicación de la acción directa se sustenta en la protección que brinda el ordenamiento peruano al interés del acreedor en general. Por lo tanto, a fin de contemplar el uso de la acción directa en el Perú únicamente se debe entender que, en primer lugar, nuestro ordenamiento brinda tutela al interés crediticio del acreedor en general; y, en segundo lugar, que dicha tutela debe ser extendida a los casos de conexidad contractual. Así, pues, en los casos de conexidad contractual existe un interés supracontractual que trasciende a cada uno de los contratos celebrados. Por lo tanto, ese interés requiere ser tutelado de la misma forma en la que se tutela el interés de todo acreedor en una estructura de contratación clásica. En buena cuenta, se trata de extender la protección del derecho de obligaciones y del derecho de contratos a los casos de conexidad contractual.

Por ello, se debe recordar que el concepto de obligación gira en torno al interés del acreedor en la ejecución de la prestación. Así, Morales Hervías (2006) señala que una de las características de la obligación es que “es un deber cuyo cumplimiento es necesario para que el interés de otro sujeto se satisfaga” (p. 357), siendo que el cumplimiento de la obligación satisface “inmediata y directamente el interés del sujeto activo” (p. 357).

Asimismo, Osterling Parodi y Castillo Freyre (2001a), establecen que

la obligación constituye una relación jurídica que liga a dos o más personas, en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, debe cumplir una prestación a favor de la otra, llamada acreedor, para satisfacer un interés de este último digno de protección. (p. 101)

En este orden de ideas, se desprende que el derecho de obligaciones se aboca a tutelar el interés crediticio del acreedor, de manera tal que siempre se busca que este obtenga el resultado del cumplimiento de la obligación.

Ahora bien, en el caso peruano, el Código Civil no formula una definición de obligación de la cual se pueda desprender que la tutela al interés del acreedor está expresamente reconocida en el ordenamiento. No obstante, el Código Civil regula, en su Libro VI, destinado al tratamiento de las obligaciones, las situaciones de incumplimiento e inexecución de obligaciones, justamente con la finalidad de tutelar el interés del acreedor.

Entre dichas disposiciones es importante resaltar el artículo 1219 del Código Civil, el cual se encarga de enumerar las alternativas que tiene el acreedor para satisfacer su interés ante el nacimiento de una obligación. Justamente, Osterling Parodi y Castillo Freyre (2001b), al comentar el referido artículo, señalan que los efectos de las obligaciones son los medios por los cuales se satisface el derecho del acreedor y que consisten, principalmente en el cumplimiento de la prestación o ante la inexecución, en otros remedios y recursos que “el ordenamiento jurídico pone a disposición del acreedor para que este obtenga el beneficio que le reporta la obligación” (pp. 33-34). En consecuencia, se desprende que el Código Civil —y el derecho de obligaciones en general— se abocan a tutelar el interés crediticio del acreedor, de manera tal que siempre se busca que este obtenga el resultado del cumplimiento de la obligación. Para tales fines, el ordenamiento ofrece al acreedor un conjunto de remedios y mecanismos que le permitirán satisfacer su interés por una vía u otra.

En esa línea, soy de la opinión de que esa misma protección aplica a los supuestos de conexidad contractual. La única diferencia es que, en estos casos, se debe considerar que el interés del acreedor no se encuentra en el cumplimiento de una obligación en particular, sino en el éxito de toda la operación económica; pues, como señala Mosset Iturraspe (1998), “no obstante la pluralidad contractual, lo que se busca o pretende es un negocio único, fraccionado jurídicamente” (p. 52). Por ende, basta con que el derecho tutele el interés del acreedor de manera general para comprender que esta tutela también aplica al interés supracontractual propio de los contratos conexos. Así, pues, se trata de la misma tutela y del mismo interés, solo que extendido al plano de toda la operación económica común. Por ello, se entiende que la acción directa por conexidad contractual puede ser admitida en el derecho peruano.

Así, como señala Priori (2004),

si pensamos en otorgar una efectiva tutela del crédito es que dicha tutela debe estar diseñada para que actúe ante cualquier lesión o amenaza de lesión del derecho de crédito; pues debemos recordar que una efectiva tutela (no solo jurisdiccional, sino en general jurídica) es aquella que no solo dota de instrumentos adecuados frente a la lesión de una determinada situación jurídica, sino aquella que, además, provee de mecanismos idóneos para prevenir que dicha lesión se produzca. (p. 395)

En consecuencia, considero que el interés del acreedor que forma parte de un grupo de contratos conexos no puede quedar desprotegido. Justamente, la acción directa representa ese mecanismo de protección al acreedor frente al incumplimiento de una obligación que, si bien no consta en su contrato, afecta directamente al acreedor y a su interés en el éxito de la operación conjunta. Por ende, la protección del interés supracontractual del acreedor es fundamento suficiente para permitir que, ante el incumplimiento del deudor mediato, el acreedor pueda ejercer frente a este los remedios contractuales pertinentes. Es decir, que pueda ejercer la acción directa.

Ahora bien, sin perjuicio de considerar que sí es posible aplicar una acción directa por conexidad contractual en el ordenamiento peruano, también considero importante que se reconozca expresamente dicha figura. Si bien la investigación académica busca ser el primer paso para el reconocimiento de los contratos conexos y, por extensión, de la acción directa, la materialización de la solución práctica pasa, en realidad, por su reconocimiento legal.

En efecto, un desarrollo jurisprudencial o meramente teórico podría prestarse a un empleo que desnaturalice la figura. Adicionalmente, conforme a lo expuesto en este trabajo, el desarrollo jurisprudencial de la conexidad contractual en el Perú aún se encuentra en una etapa temprana, por lo que no se esperaría que el reconocimiento de la acción directa ocurra prontamente. En tal sentido, considero que el reconocimiento legislativo es la alternativa más adecuada ante la ausencia de pronunciamientos de las cortes en materia de conexidad contractual. Más aún, como hace años se viene contemplando una propuesta de reforma del Código Civil, creo que es la oportunidad ideal para dar un tratamiento expreso a esta figura.

Por ello, es necesaria una reforma del Código Civil, a fin de que se regulen los elementos básicos para establecer la conexidad contractual, así como los efectos de esta entre los contratos y sus partes. No obstante, no hace falta una norma que aborde de manera exhaustiva la materia; sino que basta con un conjunto de disposiciones generales que puedan regular los aspectos elementales de esta figura. Nos corresponde, pues, a los operadores del derecho, abordar este tema que ha quedado desfasado en los últimos años, pese a su indubitable presencia en la práctica comercial. En tal

sentido, espero que el presente trabajo contribuya al debate sobre el reconocimiento de la conexidad contractual en nuestro país y permita la aplicación de la acción directa en un futuro próximo.

6. CONCLUSIONES

- La emersión de intereses cada vez más complejos ha llevado a los agentes económicos a emplear estructuras sofisticadas en las que confluyen diversos contratos. En este contexto han surgido los contratos conexos como el correlato jurídico de las operaciones propias de las economías modernas. Así, una visión dinámica de los contratos ha llevado a entenderlos como parte de complejas redes de actividad comercial en las que se interrelacionan unos con otros.
- En el marco de la conexidad contractual, la vinculación existente entre los contratos y la causa supracontractual han llevado a entender la noción de parte de una manera amplia. En tal sentido, en estos casos, se considera que son partes todas aquellas que participan de la operación económica, pese a que no medie contrato alguno entre ellas. Esto último como consecuencia de la relectura del principio de relatividad contractual a la luz de los efectos de la conexidad contractual.
- La acción directa representa una vía para que el acreedor pueda dirigirse directamente a un deudor con el que no tiene contrato alguno. De esta manera, la acción directa se configura como el derecho que tiene el acreedor (que forma parte de un grupo de contratos) para ejercer los remedios contractuales frente al incumplimiento de su deudor mediato, a fin de obtener el cumplimiento de la prestación, obtener la indemnización correspondiente por los daños causados, o resolver el contrato.
- En el Perú, la conexidad contractual no se encuentra regulada de forma expresa en el ordenamiento; no obstante, algunas de sus manifestaciones han sido recogidas de manera indirecta por la normativa. Asimismo, la ausencia de regulación no ha impedido que la doctrina y la jurisprudencia se pronuncien sobre la conexidad contractual y sus efectos en nuestro medio. Sin embargo, todavía queda camino por recorrer en el reconocimiento de esta figura en nuestro país.
- A pesar de la falta de regulación expresa sobre conexidad contractual, la protección del interés supracontractual del acreedor es un argumento suficiente para permitir el reconocimiento de la acción directa en el Perú. Su admisión se sustenta en la protección que brinda el ordenamiento peruano al interés del acreedor en general, la cual debe ser extrapolada a los casos de conexidad contractual bajo el concepto amplio de “parte” que se presenta en estos supuestos.

- La utilidad práctica de la acción directa radica en la variedad de estructuras de conexidad contractual en las que se puede emplear: operaciones de construcción, conformación de redes de distribución, contratos de franquicia, contratos de concesión, supuestos de subcontratación, y demás estructuras, sean típicas o atípicas. Asimismo, el valor de la acción directa se encuentra en que genera que todas las partes de la operación económica conjunta tengan los incentivos necesarios para cumplir con sus contratos.
- Sin perjuicio de considerar que sí es posible reconocer la acción directa por conexidad contractual en el Perú, también es importante promover el reconocimiento legislativo de esta figura y de la conexidad contractual en general. La falta de regulación expresa y el todavía prematuro desarrollo jurisprudencial de la conexidad contractual en el Perú podrían generar que se desnaturalice el uso de la acción directa.
- Considerando que hace años se viene contemplando una reforma del Código Civil, es pertinente aprovechar dicha reforma a fin de regular expresamente la conexidad contractual y sus efectos en el Perú. Esta regulación no debe estar dirigida a abarcar la conexidad contractual de manera exhaustiva, sino solo a reconocer sus elementos y efectos, a fin de facilitar la labor de los operadores del derecho y asegurar una correcta aplicación de la figura.

REFERENCIAS

- Ariza, A. (1997). La conexión de contratos. *Trabajos del Centro*, 2.
- Armella, C. N. (2015). *Contratos conexos*. https://www-2020.scba.gov.ar/leyorganica/CCyc30/pdfley/Armella_ContratosConexos.pdf
- Arnau, F. (2002). *Acción directa y vinculación contractual* [Tesis de doctorado, Universitat Jaume I]. CORA, Tesis Doctorals en Xarxa. <https://www.tesisenred.net/handle/10803/10423?locale-attribute=es>
- Barboza, E., & Miranda, J. (2012). La ineficacia en cadena: extensión de los efectos de la ineficacia en los contratos conexos. *Advocatus*, 27, 211-220. <https://doi.org/10.26439/advocatus2012.n027.4155>
- Bórquez, D. (2015). *La extensión de la responsabilidad en los contratos conexos: el caso de las cláusulas limitativas de responsabilidad* [Memoria de título de licenciatura, Universidad Austral de Chile]. Tesis Electrónicas UACH. <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2015/fjb726e/doc/fjb726e.pdf>
- Cieza Mora, J. (2013). Los contratos coligados, la cláusula penal y el argumento contra *preferentem* a raíz de un caso judicializado. *Advocatus*, 28, 221-245. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4204/4154>

- Código Civil. Decreto Legislativo 295 de 1984. Art. 1693. 24 de julio de 1984 (Perú).
- Código Civil. Decreto Legislativo 295 de 1984. Art. 1772. 24 de julio de 1984 (Perú).
- Corte Superior de Justicia de Lima. (2019). Expediente 00301-2018-0-1817-SP-CO-0. 28 de enero del 2019. <https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/ServletDescarga?uuid=20bf7b66-6271-45de-acba-f2982675b27d>
- Frustagli, S. (1997). Acerca de la conexidad contractual y sus proyecciones en los sistemas modernos de distribución comercial. *Trabajos del Centro*, 2, 43-54. <https://core.ac.uk/download/pdf/234088375.pdf>
- Jiménez, Ó. (2020). *Caracterización de los contratos conexos* [Tesis de maestría, Universidad EAFIT]. Repositorio Institucional de la Universidad EAFIT. https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/17717/OscarFernando_JimenezEcheverri_2020.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- López Frías, A. M. (1994). *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*. J. M. Bosch.
- López Santa María, J. (1998). Las cadenas de contratos o contratos coligados. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 19, 159-166. <https://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/406/379>
- Morales Hervias, R. (2002). Contribución a la teoría de los contratos conexos. *Derecho & Sociedad*, 19, 119-138. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17247>
- Morales Hervias, R. (2006). *Estudios sobre teoría general del contrato*. Grijley.
- Mosset Iturraspe, J. (1999). *Contratos conexos. Grupos y redes de contratos*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Osterling Parodi, F., & Castillo Freyre, M. (2001a). *Tratado de las obligaciones. Primera parte* (2.ª ed., t. I). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Osterling Parodi, F., & Castillo Freyre, M. (2001b). *Tratado de las obligaciones. Primera parte* (2.ª ed., t. IV). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Pérez, L. (2020). Relatividad contractual. En M. Muro Rojo & M. Torres Carrasco (Eds.), *Código civil comentado: comentan más de 200 especialistas en las diversas materias del derecho civil* (4.ª ed., t. VII). Gaceta Jurídica, 162-182.
- Priori, G. (2004). Reflexiones en torno al artículo 1219 del Código Civil. *Foro Jurídico*, 3, 132-137. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18346>
- Vásquez Rebaza, W. H. (2012). La (visible) presencia de los contratos coligados en el sistema jurídico peruano. *Revista Jurídica del Perú*, 140, 157-173.
- Vásquez Rebaza, W. H. (2013). *Los contratos coligados en fraude a la ley. Con especial referencia al modelo jurídico italiano* (Cuaderno de Trabajo del CICAJ, N° 9). CICAJ.

LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DE CONDENA POR PARTE DEL ESTADO PERUANO: PROPUESTA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE UN NUEVO PROCEDIMIENTO

MELANIE ALESSANDRA FOX VELARDE*
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 28 de febrero del 2024 / Aceptado: 9 de abril del 2024

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2024.n058.6990>

RESUMEN. El presente artículo aborda los diversos factores procedimentales y de asignación de funciones que, establecidos en el artículo 46 del Texto Único Ordenado de la Ley 27584, contribuyen al problema del incumplimiento de las sentencias de condena por parte del Estado peruano. La autora propone que la creación de un nuevo procedimiento podría brindar efectividad y celeridad a la ejecución de las obligaciones de pago impuestas al Estado en este tipo de sentencias. Esta propuesta busca la optimización en el procedimiento de pago de las obligaciones pecuniarias del Estado al particular-vencedor. Con ella se lograría garantizar el cumplimiento de este tipo de obligaciones ordenadas por mandato judicial en los casos contencioso-administrativos en el contexto peruano.

PALABRAS CLAVE: sentencias / procedimiento / pago / implementación / recursos / plazo / contencioso-administrativo

* Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Cuenta con un posgrado en Derechos Humanos por la Universidad Nacional de Córdoba. Es miembro de la Comisión de Estudios de Derecho Ambiental y Recursos Naturales del ilustre Colegio de Abogados de Lima (2022-2023). Además, se ha desempeñado tanto en el ámbito laboral privado como en el público. Actualmente, labora como asesora independiente y promotora de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8636-0028>

THE EXECUTION OF CONVICTION SENTENCES BY THE PERUVIAN STATE: PROPOSAL FOR THE IMPLEMENTATION OF A NEW PROCEDURE

ABSTRACT. This article addresses the various procedural factors and assignment of functions established in Article 46 of the Consolidated Text of Law 27584, features that contribute to the problem of non-compliance with condemnation sentences by the Peruvian state. The author argues that the creation of a new procedure could bring effectiveness and expeditiousness in the execution of payment obligations imposed on the state in these types of sentences. This proposal aims to optimize the payment procedure of pecuniary obligations by the state to the winning private party, as it would ensure compliance with the obligations to pay a sum of money ordered in a judicial mandate in administrative litigation cases in the Peruvian context.

KEYWORDS: sentence / process / payment / implementation / resources / term /
contentious-administrative

1. INTRODUCCIÓN

El incumplimiento de las sentencias de condena por parte del Estado es un problema en nuestro país, porque cuando el ciudadano asume la calidad de acreedor y el Estado, la del deudor, se sigue un procedimiento específico de ejecución de sentencias que está regulado por el artículo 46 del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley 27584, texto aprobado por el Decreto Supremo 011-2019-JUS, publicado el 4 de mayo del 2019, y que recopila todo lo concerniente a la normativa que regula el proceso contencioso-administrativo.

El procedimiento contencioso-administrativo para el pago de las sentencias de condena resulta contraproducente en su aplicación, a causa de problemas a nivel procedimental y a nivel de asignación de funciones, los cuales conllevan a la vulneración de los principios de tutela jurisdiccional efectiva, de igualdad procesal ante la ley y de honramiento de la deuda generada de las sentencias de condena. Esta situación provoca la indefensión del particular-vencedor por no haber satisfecho su pretensión de manera eficaz y eficiente, lo que aumenta su desconfianza en los procedimientos “desfasados” utilizados por las entidades estatales. En este marco, el presente texto brinda una breve exposición del problema en el procedimiento contencioso-administrativo para el pago de las sentencias de condena, así como una solución pragmática y eficiente.

2. CONTEXTO HISTÓRICO NORMATIVO

En el Perú, el hecho de que las entidades estatales incumplan el pago de las sentencias de condena vulnera los derechos del particular-vencedor en el proceso. Esta situación no es una novedad, según se observó en el Informe Defensorial 19 de la Defensoría del Pueblo (1998), en el que se precisa que la administración estatal no contaba con una normativa especializada para su pago. En efecto, hasta ese momento se aplicaba el Código Procesal Civil (CPC), el cual contenía aspectos y pautas generales para la ejecución de resoluciones judiciales, las que devenían en inaplicables cuando el Estado era la parte vencida en el proceso, porque —entre otras cosas— no se podía realizar el embargo de los bienes de dominio estatal.

Ante este panorama desalentador de indefensión para el particular-vencedor en el proceso, se creó en el 2001 la Ley 27584, Ley del Proceso Contencioso-Administrativo (en adelante, LPCA), la cual regulaba el procedimiento para la ejecución del otorgamiento de sumas de dinero, en tanto obligación del Estado resultante de sentencias emitidas (artículo 42).

Esta nueva normativa se aceptó con altas expectativas, debido a que contenía las etapas a seguir para la ejecución de las sentencias y a que, asimismo, estaba informada por las ideas garantistas de la comisión creada para hacer dicha propuesta normativa. La comisión fue creada mediante la Resolución Ministerial 174-2000-JUS, del 21 de junio del

2000, estuvo presidida por Jorge Danós Ordóñez e integrada por profesionales expertos en la materia, con la finalidad de elaborar un anteproyecto de ley que regulara el proceso contencioso-administrativo. Sin embargo, con el paso de los años y con los constantes cambios a su estructura, el actual TUO de la Ley 27584 ha dado como resultado un procedimiento poco práctico para que el Estado cumpla sus obligaciones monetarias cuando este se constituye como la parte vencida en el proceso judicial.

3. EL PROBLEMA DEL INCUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA DE CONDENA POR PARTE DEL ESTADO PERUANO

3.1 Problemas a nivel procedimental

3.1.1 La falta de un procedimiento administrativo eficiente de pago por parte de las entidades estatales

Si bien el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) contempla la existencia de un Clasificador Económico de Gasto que autoriza el pago de las sentencias cuyo estado procesal tenga la condición de cosa juzgada y en ejecución, el cual rige a partir del año fiscal 2009 hasta la fecha¹, no se ha establecido un procedimiento administrativo para el pago de sentencias por parte de entidades estatales ni un registro interno con orden de prelación en el que pueda observarse en qué etapa del mismo se encuentra la sentencia. Además, habida cuenta de que no hay información precisa sobre el monto total de la deuda por concepto de sentencias de condena, y de que no existe un rubro específico para lo adeudado por parte de las entidades públicas, esto contribuye a la inestabilidad presupuestaria: no se logra una correcta asignación del presupuesto para el sector público, debido a que se requiere de un planteamiento detallado en la Programación de Compromisos Anual.

3.1.2 La no implementación de un fondo de contingencia

Otro factor que contribuye al incumplimiento del pago de las sentencias de condena es la falta de un fondo de contingencia, como un monto de respaldo para gastos no previstos, debido a que en el artículo 46.3 del TUO de la LPCA el pago del mandato judicial está supeditado a la disponibilidad presupuestaria, independientemente de que esta última sea

- Previa al mandato judicial: monto formado por el porcentaje del Presupuesto Institucional de Apertura (PIA) destinado al pago de las sentencias y depositado en la cuenta del Banco de la Nación de la entidad estatal creada por el MEF, o

1 Memorando 209-2019-EF/50.03 en respuesta a la solicitud de acceso a la información pública dirigida al MEF.

- Posterior a la notificación del mandato judicial a la Oficina General de Administración (en adelante, OGA): monto destinado al pliego presupuestario con posibilidad de modificación presupuestaria.

De este modo, el pago de las sentencias de condena depende de un monto limitado por dos requisitos: el normativo y el procedimental.

El requisito normativo sería el porcentaje asignado, de hasta un 5 % o de hasta un mínimo de 3 %, del PIA. Este requisito está establecido en el artículo 70 del TUO de la Ley 28411 (Decreto Supremo 304-2012-EF, artículo 70, inciso 1), el cual no afecta a la reserva de contingencia “destinada a financiar los gastos que por su naturaleza y coyuntura no pueden ser previstos en los presupuestos de los pliegos” (Decreto Legislativo 1440, artículo 53); esto implica una restricción en el monto disponible para la ejecución de las decisiones judiciales en el año fiscal. Sin embargo, no se precisa si las sentencias con obligación de otorgar sumas de dinero impagas por parte del Estado serían consideradas como gastos no previstos y, tampoco, si es posible su cumplimiento con un porcentaje del monto asignado para la reserva de contingencia.

Por otra parte, el requisito procedimental consiste en la limitación del monto presupuestario para el pago de las sentencias de condena. Esto está establecido en los incisos 1 y 2 del artículo 46 del TUO de la Ley 27584, mediante la asignación previa del monto presupuestario para el rubro de cumplimiento de las decisiones judiciales y, también, mediante la modificación presupuestaria por parte del titular del pliego en caso de que el monto inicial resulte insuficiente para cumplir con los requerimientos de pago (Decreto Supremo 011-2019-JUS, artículo 46, inciso 2).

La inexistencia de un fondo de contingencia para el rubro de “pago de sentencias en calidad de cosa juzgada” es contrario al principio de anticipación de gastos, el cual se materializaría con la debida previsión de los gastos anuales y la asignación de recursos para el cumplimiento de los objetivos y proyectos del Estado. No hacerlo imposibilita la celeridad en el pago de las decisiones judiciales, debido a que no se podría disponer de otro monto que no sea el referido en los artículos 46.2 y 46.3 del TUO de la LPCA.

3.1.3 La disposición de la ejecución forzada del CPC en el procedimiento contencioso-administrativo de ejecución de sentencias

El último inciso del artículo 46 del TUO de la LPCA nos remite a la aplicación del procedimiento de ejecución forzada establecido en el CPC cuando, transcurridos seis meses de la notificación judicial, la entidad estatal no hubiese realizado el pago o “manifestado la voluntad de honrar la deuda de alguna forma mediante signos objetivos y razonables de la sentencia de condena” (Tribunal Constitucional, 2004, fundamento jurídico 65). Por ello, Ramón Huapaya afirma que el proceso de ejecución de esta

sentencia pasará por dos grandes etapas: la del procedimiento administrativo previo y la de ejecución forzada (2019, p. 175).

La primera etapa, contemplada en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 46 del TUO de la LPCA, se produce antes de la notificación del requerimiento de pago, cuando esta se autoriza en las partidas presupuestales de la entidad. Por otra parte, la segunda etapa estaría comprendida en el inciso 4 del artículo 46 del referido TUO, en la que se establece la ejecución forzada del CPC como última salida para realizar el pago de la sentencia de condena.

Con relación al artículo 46.4, el cual regula la posibilidad de realizar una medida cautelar para futura ejecución forzada (embargo, secuestro) luego de “seis meses de la notificación judicial sin que la entidad haya iniciado el pago de la sentencia” (Danós, 2003, p. 210), podemos señalar que se desnaturaliza la esencia de la medida cautelar al no ser esta utilizada en primera instancia para asegurar el pago de la sentencia; ya que el particular-vencedor debe esperar un periodo de tiempo de seis meses posterior al procedimiento previo para utilizar la ejecución forzada del CPC.

Si bien este procedimiento de ejecución forzada, establecido en el CPC, se aplica en los casos en que ambas partes son particulares, el procedimiento sería inaplicable cuando la parte vencida es el Estado, debido a lo establecido en el artículo 73 de la Constitución Política del Perú. Esta menciona que los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles, además de tener “el carácter de *privilegium fisco*, entendido como la inembargabilidad de los bienes administrativos simplemente en virtud de su titularidad pública” (Baca, 2006, p. 159), pues

no solo se impediría que se pueda trabar una medida cautelar para futura ejecución forzada con los bienes del Estado, sino también, una vez dictada la sentencia, no se pueda afectar un bien del Estado para lograr la ejecución forzada de esta. (Priori, 2009, pp. 290-291)

A raíz de que en el artículo 2.2 del Reglamento de la Ley 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales (Decreto Supremo 007-2008-VIVIENDA, artículo 2), solo se definen los conceptos de bienes de dominio público y privado, mas no se establece en un listado o en una ley, de manera expresa, cuáles de estos bienes estatales podrían ser objeto de ejecución forzada, el pago de las sentencias con contenido patrimonial no sería efectivo.

Autores como Baca (2006) y Huapaya (2019) proponen la posibilidad de utilizar el dinero de las cuentas públicas como objeto de bienes embargables para el pago de las sentencias de condena. Sin embargo, si bien es un tema discutido en la jurisprudencia y en la doctrina, este tipo de propuestas no se han podido aplicar en vista de la inexistencia de un listado que determine las cuentas estatales disponibles para ser embargadas.

Por dicha razón, la ejecución forzada no ofrece solución frente a la inexecución de la sentencia de condena, pues para que este procedimiento pueda efectuarse, según lo mencionado en el artículo 725 y siguientes del CPC, debe de cumplirse con etapas y supuestos que no se encuentran especificados cuando el deudor es el propio Estado.

3.1.4 El plazo para la ejecución de sentencias de condena por parte del Estado en el procedimiento contencioso-administrativo

El artículo 46.3 del TUO de la LPCA nos remite al artículo 70 del TUO de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto. En dicho artículo se establece que, en caso de que los requerimientos de pago superen los fondos públicos asignados para tal finalidad, el Estado cuenta con un plazo de cinco años para el pago íntegro de la obligación de dar la suma de dinero contenida en la sentencia de condena (Decreto Supremo 304-2012-EF, artículo 70, inciso 5). El Tribunal Constitucional “consideró razonable” este plazo de cinco años (Tribunal Constitucional, 2004, fundamento jurídico 55). Sin embargo, no se encuentra mayor explicación para su inclusión en el procedimiento contencioso-administrativo de ejecución de sentencias: en el análisis del Dictamen de la Mayoría sobre el Proyecto de Ley 11879/2004-PE, ley que propone la aprobación del Proyecto de la Ley 28411, no se establece una justificación del porqué de la existencia de este plazo.

Además, podemos observar un trato desigual con relación al plazo de ejecución de una sentencia de condena cuando una de las partes es el Estado. En efecto, el artículo 70 del TUO de la Ley 28411 otorga a la entidad estatal un plazo de cinco años fiscales para el cumplimiento de un requerimiento (expedientes 44598-2006-0-1801-JR-CA-03 y 00528-2009-45-1801-JR-CA-15), o el pago de bonificaciones más devengados e intereses legales (Expediente 6169-2009-13). Una situación diferente se observa en los casos en que ambas partes son particulares, porque el juez de ejecución ordena el cumplimiento de la sentencia en forma casi inmediata, toda vez que el plazo de ejecución es, en promedio, de entre seis meses a un año.

Asimismo, se toma en cuenta factores como la naturaleza de la obligación, el monto de la pretensión, y el establecimiento de algunas modalidades de pago: el pago en armadas; la retención de un porcentaje del ingreso mensual del deudor; y la ejecución forzada de los bienes, con posibilidad de ser embargados en caso de no ejecutarse el íntegro de la pretensión de manera inmediata.

Por esta razón, consideramos que el plazo de cinco años establecido en el artículo 46.3 del TUO de la LPCA atenta contra la tutela jurisdiccional efectiva, porque “dilata innecesariamente el cumplimiento de una sentencia que contenga una obligación de pago de suma de dinero y trunca la efectividad del pronunciamiento judicial” (Tribunal Constitucional, 2005, fundamentos jurídicos 19-20). Además, vulnera el principio de igualdad procesal ante la ley, debido a que no se ejecuta la sentencia de condena con la

misma celeridad con la que se efectúa en los casos en los que ambas partes procesales son particulares, lo que ocasiona la insatisfacción de la pretensión del particular como parte vencedora en el proceso.

3.2 Problemas a nivel de la asignación de funciones

3.2.1 La no inclusión de una función de previsión para el gasto no presupuestado al titular del pliego de la entidad estatal

La función de previsión de gasto, que incluye la asignación y programación del monto presupuestal para el cumplimiento eficiente de las sentencias de condena en cada año fiscal, no se encuentra asignada en el Manual de Operaciones (en adelante, MOP) al titular del pliego. No obstante, dicho titular es, según la Resolución Directoral 007-99-EF/76.01, aprobada el 23 de febrero del 1999, "el responsable del cumplimiento de las metas presupuestarias determinadas para un año fiscal, en función a los objetivos institucionales definidos para el mismo periodo".

La no asignación de esta función coadyuva al truncamiento de las metas en el Plan Operativo Institucional, pues no se establecería el correcto cálculo del PIA. Esto genera la vulneración del principio de legalidad presupuestaria establecido en el artículo 77 de la Constitución Política del Perú. Además, esta situación genera una incertidumbre en el pago de las sentencias debido a que, si el titular del pliego presupuestario no planifica el monto de los requerimientos pendientes de pago ni prevé el gasto por concepto de montos establecidos en sentencias contra la entidad estatal, no se establecería una eficiente asignación presupuestal para la ejecución de las sentencias en la ley de presupuesto del sector público para el respectivo año fiscal.

3.2.2 La falta de asignación de una función de control a la OGA en el Reglamento de Organización y Funciones de las entidades estatales

En el Reglamento de Organización y Funciones (en adelante, ROF) de las entidades estatales no se establece la función de seguimiento de la ejecución de las sentencias de condena anuales pendientes de pago, así como tampoco se establece la programación y formulación de un listado de lo adeudado por la entidad estatal bajo este rubro. Como bien indica Tomás Hutchinson, "de nada sirve haber obtenido un resultado positivo en la sentencia si después no se dispone de los medios necesarios para el adecuado y fiel cumplimiento de la misma" (Hutchinson, 2004, p. 294).

Así, la no asignación de esta función va en contra de lo que significa pertenecer al órgano de apoyo dentro una entidad estatal, es decir "ejercer un desempeño eficaz en la administración interna de la entidad y sus demás órganos a través de actividades como presupuesto, organización, racionalización, contabilidad, sistemas de información, entre otros" (Navas Rondón, 2014, p. 66).

3.2.3 El argumento del Estado de “la carencia del presupuesto asignado” para el cumplimiento de las sentencias

La carencia de funciones de previsión y control a los titulares del pliego y a la OGA genera una cadena de incumplimiento dentro de la entidad estatal porque, muchas veces, el titular del pliego, con el afán de simplificar la evaluación acerca de cuánto se debe por concepto de sentencias, comete una automatización de respuesta: es decir, coloca el mismo monto que se utilizó en años pasados para efectuar el pago de las decisiones judiciales, sin considerar la variación por incremento de intereses legales y la acumulación de montos dinerarios respecto a sentencias ganadas en primera instancia por el particular a modo de previsión de gasto.

A su vez, no se incluye en las metas presupuestales para años venideros el cumplimiento de las sentencias de condena por parte de la entidad, debido a que no se considera como una actividad prioritaria efectuar su pago, toda vez que este no está cuantificado y clasificado en un registro. Esto ocasiona una ineficiente asignación presupuestal para los pliegos de las entidades estatales, debido a un error en el cálculo. En la misma línea, la entidad estatal se fía del largo plazo de cinco años establecido por el artículo 70, inciso 5, del TUO de la Ley 28411, y no considera que sea necesaria una evaluación periódica con el fin de asignar un monto o una partida presupuestal para el pago inmediato de las sentencias de condena.

Como consecuencia de la no asignación de funciones para los titulares de los pliegos, en el MOP, y para la OGA, en el ROF, su sanción por concepto de responsabilidad funcional queda imposibilitada, debido a que no habría una relación de causalidad entre este y el daño resultante: no habría incumplimiento de una función establecida en una norma interna.

4. SOLUCIONES AL PROBLEMA DEL INCUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS DE CONDENA POR PARTE DEL ESTADO

4.1 La modificación del artículo 46 del TUO de la LPCA que establece el procedimiento de pago de las sentencias

4.1.1 La reducción del plazo para la ejecución de sentencias de condena

Se considera conveniente que el plazo para el pago íntegro de la sentencia de condena por parte del Estado se reduzca a dos años, en conformidad con el Informe Defensorial 121 de la Defensoría del Pueblo (2007), propuesta en la que se recomendó el establecimiento de dicho plazo para el cumplimiento de las sentencias en materia previsional con obligación de dar suma de dinero (Defensoría del Pueblo, 2007, p. 190). Si bien el plazo recomendado

se establece en torno a las sentencias en materia previsional, consideramos que es posible su homologación a todas las sentencias de condena en las que el Estado es la parte vencida en el proceso, por tratarse de un periodo corto para su cumplimiento como si se tratase de particulares. Además, “la mayoría de casos que conocen los juzgados contencioso-administrativos versan sobre materia previsional (67 %)” (p. 169).

De esta forma, eliminaríamos un plazo excesivo por un plazo adecuado, y se lograría que las sentencias de condena se ejecuten en un periodo de tiempo corto y que el particular-vencedor logre el pago de su pretensión dineraria conforme al principio de tutela jurisdiccional efectiva.

4.1.2 La implementación de un fondo de contingencia para el rubro de pago de sentencias de condena

Se propone la creación de un fondo de contingencia, establecido por el MEF con un monto permanente para el uso exclusivo del Clasificador Económico de Gasto, referido al “pago de sentencias contra el Estado” en las entidades estatales. Este fondo se creará en función de un 1 % del monto de la fuente de financiamiento denominada Recursos por Operaciones Oficiales de Crédito², establecido en la ley de presupuesto del sector público para el año fiscal respectivo (desde el 1 de enero al 31 de diciembre).

Además, para la formación de este fondo de contingencia el MEF evaluará la utilización de los montos en cuentas estatales, o “cuentas estatales libres”: es decir, aquel dinero que no es utilizado para el funcionamiento básico e indispensable de las administraciones públicas, por ejemplo, el dinero destinado al pago de remuneraciones (Baca, 2006, p. 168). Por ello, se tomaría como parte del fondo de contingencia aquel dinero de las cuentas estatales que no estén sujetas a realizar una actividad u obra pública, siempre y cuando se haya especificado la suma líquida de estas y no estén destinadas para objetivos y metas públicos.

Asimismo, el administrador de este fondo será la Dirección de Programación y Seguimiento Presupuestal del MEF, la cual realizará el desembolso del fondo de contingencia cuando el titular del pliego de la entidad estatal solicitante presente, en un plazo máximo de tres días hábiles, un informe motivado que especifique cuáles y a cuánto ascienden los montos de las sentencias que no se han podido pagar mediante la modificación presupuestaria al inicio del año fiscal.

2 Los intereses generados por créditos externos en el Gobierno nacional se incorporan en la fuente de financiamiento “Recursos Ordinarios”, salvo los que se incorporan conforme al numeral 42.2 del artículo 42 de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto. En el caso de los gobiernos regionales y de los gobiernos locales dichos intereses se incorporan conforme al numeral 43.2 del artículo 43 de la ley general antes citada (incluye el diferencial cambiario, así como los saldos de balance de años fiscales anteriores).

El fondo de contingencia propuesto será diferente a la reserva de contingencia, que actualmente ya existe en la normativa. En efecto, la reserva de contingencia “sirve para financiar gastos en general que no han sido previstos en la Ley de Presupuesto Público” (Decreto Legislativo 1440, artículo 53), pero “no podría ser utilizada para conformar el porcentaje del PIA establecido para el pago de las sentencias de condena” (Decreto Supremo 304-2012-EF, artículo 70, inciso 1). Es por ello que el fondo de contingencia propuesto será un fondo de dinero común, permanente y de uso exclusivo para el pago de las sentencias de condena (prioritarias y no prioritarias) por parte de las entidades estatales, no reemplazará a la reserva de contingencia y se conformará de un 1 % del monto de la fuente de financiamiento denominada Recursos por Operaciones Oficiales de Crédito, de un lado, y de las cuentas estatales que no estén destinadas a obras o actividades públicas, del otro.

Cabe precisar que el fondo de contingencia será utilizado de la siguiente forma:

- El 50 % del fondo será destinado al pago de las sentencias firmes no prioritarias que no se han podido cubrir con el porcentaje del PIA ni con la modificación presupuestaria realizada por el titular del pliego de la entidad estatal.
- El otro 50 % del fondo será destinado al pago de las sentencias prioritarias, según el artículo 2 de la Ley 30137, aprobada el 27 de diciembre del 2013, ley que establece criterios de priorización para la atención del pago de sentencias judiciales en calidad de cosa juzgada.

En los casos de las sentencias de condena prioritarias, como “el pago a los acreedores mayores de sesenta y cinco años de edad y los acreedores con enfermedad en fase avanzada o terminal debidamente diagnosticada y acreditadas mediante el Ministerio de Salud o EsSalud” (Ley 30137, artículo 2), el titular del pliego solicitará a la Dirección de Programación y Seguimiento Presupuestal del MEF, mediante un informe, el desembolso del fondo de contingencia asignado para el pago de las sentencias firmes prioritarias en un plazo máximo de dos días hábiles. El referido informe será elaborado por el titular del pliego. Se adjuntarán en él los documentos pertinentes que evidencien la priorización para el pago de la sentencia con el fondo de contingencia, la situación actual del particular-vencedor en el proceso —establecida por el diagnóstico del Ministerio de Salud o EsSalud— y el monto solicitado. Luego, el titular del pliego ordenará a la OGA el pago íntegro de la sentencia, en calidad de prioritaria, en un plazo máximo de tres días hábiles de recibido el monto del fondo de contingencia.

En suma, la creación de un fondo de contingencia serviría como un monto amortiguador, o como un soporte, para los gastos por concepto de pago de las sentencias de condena que no puedan cumplirse con la utilización de la modificación presupuestaria. De esta manera, la entidad estatal no podría alegar “la imposibilidad de cumplimiento

de una sentencia por carecer de fondos disponibles o por no tener presupuesto para tales gastos” (Priori, 2009, p. 287) y se impediría el aumento de los intereses legales por demora en su pago.

4.1.3 La creación de un procedimiento eficiente para la ejecución y seguimiento de las sentencias de condena por parte del Estado

En un plazo máximo de siete días hábiles desde que la sentencia quede firme, la Procuraduría Pública de la entidad estatal remitirá la sentencia al titular del pliego para que este inicie el procedimiento de ejecución del pago, el cual tendrá una duración de treinta días hábiles. Durante ese tiempo, cuatro posibles escenarios de acción pueden darse para el titular del pliego:

- i. Que, en un plazo máximo de tres días hábiles, ordene a la OGA el pago de la sentencia de condena con el porcentaje del PIA asignado (hasta el 5 % o hasta un mínimo de 3 %) a la entidad estatal para el cumplimiento de las sentencias.
- ii. Que, en caso de que no fuese posible el pago con el porcentaje del PIA, realice la modificación presupuestaria, en un plazo máximo de cinco días hábiles, previa evaluación y priorización de las metas presupuestarias.
- iii. Que, de no realizarse el pago de la sentencia con el monto resultante de la modificación presupuestaria, ordene a la OGA que efectúe el pago con el fondo de contingencia en un plazo máximo de cuatro días hábiles.
- iv. Que, si aun con el fondo de contingencia no se pudiese efectuar el pago de la sentencia, ordene a la OGA la elaboración de un registro de las sentencias para proceder con su pago en un plazo máximo de dos años, el cual se debe notificar al órgano judicial y que se enviará al MEF.

El titular del pliego de cada entidad estatal enviará al MEF el documento para la asignación de las partidas presupuestales, el cual comprenderá el monto de las sentencias que quedaron firmes hasta el 15 de abril³.

El MEF tendrá un plazo de treinta y un días hábiles antes de la elaboración del anteproyecto de ley de presupuesto para el sector público —el cual vence el 30 de agosto de cada año, según la Constitución Política del Perú, artículo 78— para asignar el monto presupuestal destinado al rubro de “cumplimiento de sentencias” de cada entidad estatal. Asimismo, las sentencias que fueron declaradas firmes luego del 15 de abril serán presupuestadas para el subsiguiente año fiscal.

3 Fecha anterior al mes en el que las entidades estatales deben remitir al MEF el detalle de los recursos que se deben programar para el año fiscal, para lo cual se toma como referencia el Decreto de Urgencia 014-2019, que aprueba el Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2020.

El pago de las sentencias por parte de la entidad estatal tendrá un registro de seguimiento que deberá presentar las siguientes características:

- Ser público: el registro debe ser de uso general y debe poder visualizarse en el portal de transparencia de la entidad estatal, en una sección denominada “Cumplimiento de sentencias”. De esta forma, el particular tendría conocimiento acerca del estado de ejecución de su sentencia.
- Estar actualizado: el registro debe permitir un seguimiento real del estado de las sentencias que puedan visualizarse en él, mediante el número de identificación del expediente, cuáles se encuentran pendientes de pago, en proceso de pago o ya pagadas.
- Dejar constancia de una fecha de sentencia: debe constar, en el registro, la fecha (día, mes y año) en la que la sentencia queda consentida y con orden de ejecución.
- Dejar constancia de una fecha de pago: debe constar, en el registro, la fecha en la que debe pagarse la sentencia, con un plazo máximo de dos años a partir del 1 de enero del año siguiente al año en que la sentencia fue declarada firme.

4.1.4 La supresión del procedimiento de la ejecución forzada

Se propone la eliminación del procedimiento de ejecución forzada en el artículo 46 del TUO de la LPCA, debido a que resulta inaplicable cuando el Estado es la parte vencida en el proceso. Las razones que se aducen para esto son dos: no existe una norma expresa en la cual se efectúe un listado de los bienes estatales que serían susceptibles de ejecución forzada, o cuáles podrían ser objeto del mecanismo de desafectación, es decir, la conversión de un bien de dominio público a uno privado, tal como se prevé en el Reglamento de la Ley 29151 (Decreto Supremo 007-2008-VIVIENDA, artículo 43); y las cuentas estatales no pueden ser objeto de ejecución forzada (Decreto de Urgencia 019-2001, artículo 1). En esa línea, cabe advertir que, en la práctica, no se ha efectuado embargo alguno de una cuenta estatal, para el pago de una sentencia de condena a un particular, por ser considerada un bien de dominio público.

Asimismo, la propuesta de nuevo texto del artículo 46 de la LPCA sería la siguiente:

Artículo 46.- Ejecución de sentencias de condena por parte del Estado

El titular del pliego presupuestario ordenará el pago de la suma de dinero contenida en la sentencia de condena en el plazo máximo de treinta días hábiles conforme al siguiente procedimiento:

46.1 La OGA o la que haga sus veces deberá cumplir en un plazo máximo de tres días hábiles con el pago de la sentencia conforme al monto del porcentaje del PIA asignado.

46.2 En caso de que el monto asignado para el pago de la sentencia en el numeral 46.1 resulte insuficiente, el titular del pliego presupuestario deberá realizar las modificaciones presupuestarias previa evaluación y priorización de las metas presupuestarias, en un plazo máximo de cinco días hábiles, contados desde la notificación de que no se ha realizado el pago de la sentencia, para que la OGA efectúe su pago.

46.3 Si el requerimiento de pago supera el financiamiento con la modificación presupuestaria y la OGA no pudiese efectuar el pago de la sentencia, se comunicará al titular del pliego para que informe a la Dirección de Programación y Seguimiento Presupuestal del MEF, en un plazo máximo de tres días hábiles, sobre la disposición del fondo de contingencia destinado al pago de las sentencias, basándose en la documentación sustentatoria pertinente.

La OGA efectuará el pago de la sentencia de condena con el fondo de contingencia asignado a la entidad estatal en un plazo máximo de cuatro días hábiles.

46.4 Si no se pudiese efectuar el pago de la sentencia con la utilización del fondo de contingencia, el titular del pliego ordenará a la OGA la elaboración de un registro de las sentencias para proceder con su pago en un plazo máximo de dos años, contados a partir del 1 de enero del año fiscal siguiente a la fecha en que la sentencia fuese declarada firme. Esta acción será notificada al órgano judicial.

4.2. La asignación de funciones específicas en la normativa interna de las entidades estatales

4.2.1 Asignación de la función de previsión presupuestal al titular del pliego

Se considera crucial la incorporación, en el MOP de las entidades estatales, como parte de las funciones específicas del titular del pliego —o de quien haga sus veces—, la función denominada “Previsión presupuestal dentro de las partidas presupuestales anuales para el rubro correspondiente al cumplimiento de sentencias de condena”. De esta forma, se consideraría como parte de las medidas que permitan la eficiente gestión presupuestal “establecer legalmente que el gasto para el cumplimiento de sentencias sea prioritario en la programación y formulación del presupuesto” (Tribunal Constitucional, 2004, fundamento jurídico 70).

Para ello, el titular del pliego se encargaría de evaluar, conforme a la información remitida por la Procuraduría Pública de la entidad estatal, cuál sería el monto presupuestario a ser asignado para el pago de las sentencias de condena, antes del 30 de agosto de cada año fiscal, fecha límite para la presentación del anteproyecto de la

ley de presupuesto para el sector público. El titular del pliego tendría una comunicación constante con la OGA desde el principio del año fiscal, y no cuando se inicie la orden de pago de una sentencia. De esta forma, se evitarían “las excusas de la falta de previsión en las normas presupuestarias para el pago de las sentencias dinerarias” (Ortega, 2016, p. 295); y se armonizaría el principio de legalidad presupuestaria del gasto público con el derecho de efectividad de las sentencias, toda vez que se cumpliría con el pago dinerario ordenado por una sentencia de condena con cargo a la partida presupuestal correspondiente. Asimismo, con un correcto control presupuestal se priorizaría, en cada ley anual de presupuesto público, la asignación de las partidas presupuestales para atender las decisiones judiciales desde el principio del año fiscal y no cuando se le notifique al titular del pliego presupuestario el requerimiento de un pago.

4.2.2 La atribución de una nueva función de control a la OGA

Se debe de incluir en el ROF de las entidades estatales, como parte de las funciones de la OGA, la de: “Realizar el seguimiento de la ejecución de las sentencias de condena por parte de la entidad estatal en cada año fiscal, mediante la realización de un registro”. De esta manera, se establecería un “enfoque garantista” (Danós, 2003, p. 49) en el procedimiento administrativo para el pago de las sentencias de condena, con requisitos que combinen los conceptos de adecuado y razonable.

La función de control de la ejecución de las sentencias establecería un doble filtro para su cumplimiento: el filtro de la Procuraduría, “al evaluar mediante un sistema de seguimiento y monitoreo el cumplimiento de las sentencias por parte del Estado”, según establece el artículo 4, inciso 8) del Decreto Supremo 018-2019-JUS; y el filtro de la OGA, orientado a realizar un control sobre las sentencias que se encuentran pendientes de pago y en ejecución en el año fiscal, el cual considera también los devengados e intereses legales.

Esta nueva función otorgada a la OGA ofrecería un sentido de orden respecto a lo adeudado bajo el concepto de sentencias de condena, lo cual se concreta con un esquema interno que ayudaría al titular del pliego con la asignación de las partidas presupuestales para el cumplimiento de las sentencias de condena en cada año fiscal.

4.2.3 La imposición de sanciones por responsabilidad administrativa funcional a los titulares de los pliegos y a la OGA de las entidades estatales

Como última solución, se propone la imposición de sanciones por responsabilidad administrativa funcional al titular del pliego y a los encargados de la OGA, cuando estos incumplan las nuevas funciones de previsión presupuestal del gasto, establecidas en el MOP, y las de control de la ejecución de las sentencias de condena, establecidas en el ROF. Dichas sanciones se derivarían de las funciones asignadas, como consecuencia

de “contravenir con el ordenamiento jurídico administrativo y sus normas internas o el desarrollo de una gestión deficiente en el ejercicio de su función pública” (Ley 27785 del 2002, novena disposición final) y de haber producido un perjuicio al particular-vencedor en el proceso contra el Estado, al incumplir con el pago de la sentencia de condena a su favor.

Esta propuesta establecería sanciones al servidor civil de carrera por el incumplimiento de las funciones de previsión presupuestal y de control en la ejecución de sentencias previstas —en el MOP y el ROF, respectivamente—. Dentro de la función de previsión, las acciones que ameritan sanción para el titular del pliego son:

- No remitir al MEF la información por concepto de sentencias firmes pendientes de pago, hasta el 15 de abril, para que esta sea incluida en la previsión del gasto anual del siguiente año fiscal.
- Omitir el pago al particular-vencedor en el proceso, según la programación del gasto relativo al cumplimiento de las sentencias establecidas en las metas presupuestales del Plan Operativo Institucional.
- No sustentar la realización de modificaciones presupuestarias para cumplir con el pago de sentencias de condena impagas con el porcentaje del PIA.

Por su parte, dentro de la función de control, las acciones que ameritan sanción para la OGA son las siguientes:

- No realizar el seguimiento en el pago de las sentencias de condena durante el año fiscal.
- No informar al titular del pliego acerca de las sentencias que no se han podido pagar con la utilización del fondo de contingencia, acción que dilataría el pago de las sentencias por un plazo mayor a los dos años.
- No elaborar un registro de las sentencias firmes pendientes de pago en el año fiscal.

Estas sanciones se incluirían en el capítulo respectivo del Reglamento Interno de los Servidores Civiles de la entidad estatal. Estas sanciones son la suspensión sin goce de haber, por un periodo de una semana hasta un año; la destitución del cargo; y el despido del servidor civil de carrera. Estas sanciones tienen sustento legal en los artículos 87 al 90 de la Ley 30057, Ley del Servicio Civil. De esta manera, para los servidores civiles de carrera encargados de los órganos de apoyo (titular del pliego presupuestario y OGA), la sanción administrativa cumpliría con su función preventiva de “disuadir [de] la comisión de actos irregulares y sancionables, recuperando la credibilidad de la ciudadanía en los mecanismos de control, conociendo y difundiendo las consecuencias de estas infracciones” (Navas Rondón, 2014, p. 158).

5. CONCLUSIONES

A lo largo de los años se ha evidenciado el incumplimiento de las sentencias de condena por parte del Estado, problema que se esperaba que pudiera ser solucionado con la creación de la Ley 27584. Sin embargo, si bien esta ley ha tenido múltiples modificaciones, la norma vigente que establece un procedimiento contencioso-administrativo para el cumplimiento de sentencias resulta poco práctico y engorroso. Pese a la aplicación del artículo 46 del TUO de la Ley 27584, el cual establece el procedimiento de ejecución de sentencias por parte del Estado, no se ha logrado el objetivo previsto debido a factores tanto procedimentales como funcionales. Además, se pone en tela de juicio el deber del Estado de priorizar el cumplimiento de la deuda social, lo que causa la desconfianza del particular hacia el procedimiento contencioso-administrativo como mecanismo de ejecución de las decisiones judiciales. Es por ello que se han propuesto los criterios para la implementación de un nuevo procedimiento, uno que genere un cambio en el actual y desfasado procedimiento contencioso-administrativo.

REFERENCIAS

- Baca, V. (2006). La ejecución de sentencias condenatorias de la Administración. En especial, el caso del embargo de dinero público. *Revista de Derecho Administrativo*, (2), 156-169. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16337>
- Constitución Política del Perú. Art. 73. 29 de diciembre de 1993 (Perú).
- Constitución Política del Perú. Art. 77. 29 de diciembre de 1993 (modificado el 13 de junio de 1995 por la Ley 26472) (Perú).
- Danós, J. (2003). El proceso contencioso administrativo en el Perú. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, 3(13), 167-219. <https://doi.org/10.21056/aec.v3i13.719>
- Decreto de Urgencia 014-2019. Por medio del cual se aprueba el presupuesto del sector público para el año fiscal 2020. 22 de noviembre del 2019. Diario oficial El Peruano. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/425810/DU014_2019.pdf?v=1574436661
- Decreto de Urgencia 019-2001. Por medio del cual se declara que los depósitos de dinero existentes en las cuentas del Estado en el Sistema Financiero Nacional constituyen bienes inembargables. 11 de febrero del 2001. Diario oficial El Peruano. [https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2001.nsf/0/30794a9ec8a9629b05257dc6006b4131/\\$FILE/D.U%20019-2001.PDF](https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2001.nsf/0/30794a9ec8a9629b05257dc6006b4131/$FILE/D.U%20019-2001.PDF)
- Decreto Legislativo 1440 del 2018. Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público. 16 de septiembre del 2018. Diario oficial El Peruano. <https://www.mef.gob.pe/es/por-instrumento/decreto-legislativo/18247-fe-de-erratas-239/file>

- Decreto Supremo 007-2008-VIVIENDA. Por medio del cual se aprueba el Reglamento de la Ley 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales. 15 de marzo del 2008. Diario oficial El Peruano. https://www.sbn.gob.pe/Marco_legal/DS%20007%20-%202008%20Reglamento%20del%20SNBE.pdf
- Decreto Supremo 011-2019-JUS. Por medio del cual se aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley 27584, ley que regula el proceso contencioso administrativo. 4 de mayo del 2019. Diario oficial El Peruano. https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/LEY%20N%C2%BA27584_LALEY.pdf
- Decreto Supremo 018-2019-JUS. Por medio del cual se aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo 1326, que reestructura el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado y crea la Procuraduría General del Estado. 23 de noviembre del 2019. Diario oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1248711>
- Decreto Supremo 304-2012-EF. Por medio del cual se aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto. 30 de diciembre del 2012. Diario oficial El Peruano. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/252466/227557_file20181218-16260-4zq8bg.pdf?v=1545178060
- Defensoría del Pueblo. (1998). *Incumplimiento de sentencias por parte de la administración estatal* (Informe Defensorial 19). https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1191627/informe_1920200803-1197146-n12z2d.pdf?v=1596586295
- Defensoría del Pueblo. (2007). *Propuestas para una reforma de la justicia contencioso-administrativa desde la perspectiva del acceso a la justicia* (Informe Defensorial 121). <http://www.defensoria.gob.pe/informes-publicaciones.php>
- Huapaya, R. (2019). *El proceso contencioso-administrativo*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Hutchinson, T. (2004). El proceso de ejecución de sentencias contra el Estado. *Revista Latinoamericana de Derecho*, (1), 289-355. https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1924/El_proceso_de_ejecucion_de_sentencias_contra_el_Estado.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Ley 27584 del 2001. Por la cual se regula el proceso contencioso administrativo. 7 de diciembre del 2001. Diario oficial El Peruano. <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/27584.pdf>
- Ley 27785 del 2002. Por la cual se establecen las normas que regulan el ámbito, la organización, las atribuciones y el funcionamiento del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, su ente rector. 23 de julio del 2002. Diario Oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H829340>

- Ley 28411 del 2004. Por la cual se establece la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto. 6 de diciembre del 2004. Diario oficial El Peruano. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1389306/Ley%20General%20del%20Sistema%20Nacional%20de%20Presupuesto.pdf?v=1603151760>
- Ley 30137 del 2013. Por la cual se establecen criterios de priorización para la atención del pago de sentencias judiciales. 27 de diciembre del 2013. Diario Oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1092787>
- Navas Rondón, C. (2014). *Deberes y responsabilidades de los funcionarios y servidores públicos civiles. Reglamento y Ley del Servicio Civil. Responsabilidad administrativa funcional*. Adrus D & L.
- Ortega, I. (2016). El pago de las sentencias judiciales dinerarias por parte del Estado peruano. Hacia la igualdad jurídica entre el agente privado y el Estado en el cumplimiento de las sentencias. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (38), 281-297.
- Priori, G. (2009). *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso-Administrativo* (4.ª ed.). ARA.
- Resolución Directoral 007-99-EF/76.01 [Ministerio de Economía y Finanzas de la República del Perú]. Por la cual se aprueba el "Glosario de términos de gestión presupuestaria del Estado". 23 de febrero de 1999. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H783416>
- Tribunal Constitucional. (2004). Expedientes 015-2001-AI/TC; 016-2001-AI/TC; 004-2002-AI/TC. Lima: 29 de enero del 2004. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00015-2001-AI%2000016-2001-AI%2000004-2002-AI.html>
- Tribunal Constitucional. (2005). Expediente 4080-2004-AC/TC. Lima: 28 de enero del 2005. <https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/gaceta/gaceta/jurisprudencia/04080-2004-AC.html>

EL *DJ SET*: OBRA ARTÍSTICA PROTEGIBLE POR EL DERECHO DE AUTOR PERUANO

PIERO SEBASTIÁN CASANOVA GASTELUMENDI*
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 6 de marzo del 2024 / Aceptado: 15 de mayo del 2024

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2024.n058.6998>

RESUMEN. El presente trabajo defiende al *DJ set* como obra artística protegible por el derecho de autor peruano, considerando que constituye una creación intelectual derivada del uso de fonogramas musicales de terceros titulares distintos de la persona *disc jockey*, sin que esta cuente con su autorización expresa y por escrito. En este sentido, aborda la problemática existente entre el derecho de propiedad intelectual de los titulares primigenios y la libertad de creación artística y el acceso a la cultura por parte del *disc jockey*. A través de la ponderación de dichos derechos fundamentales, la jurisprudencia, un trabajo de campo y el análisis económico del derecho (AED), se concluye proponiendo una reforma a la Ley sobre el Derecho de Autor, Decreto Legislativo 822, con el propósito de definir legalmente el requisito *sine qua non* de originalidad, e incluir expresamente en el listado *numerus apertus* de obras susceptibles de protección al *remix*.

PALABRAS CLAVE: *DJ set* / originalidad / *remix* / derechos de autor

* El autor es abogado por la Universidad de Lima. Ha sido asistente de investigación del Instituto de Investigación Científica (IDIC) de su *alma mater*. Cuenta con una maestría en Propiedad Intelectual, Industrial y Nuevas Tecnologías de la Universidad Autónoma de Madrid.

DJ SETS AS PROTECTABLE ARTISTIC WORKS BY PERUVIAN AUTHOR'S RIGHTS LAW

ABSTRACT. This paper defends DJ Sets as artistic works protectable by Peruvian Author's Rights Law, since it constitutes an intellectual creation that derives from the use of musical phonograms of third party right-holders other than the DJ, without the express written authorization of the former. In this sense, it addresses the tension existing between the intellectual property rights of the original right-holders, and the freedom of artistic creation and the access to culture of the DJ. Through the balancing of such rights, the jurisprudence a field work and the Economic Analysis of Law (ELA), it concludes by proposing an amendment to Legislative Decree 822 - Author's Rights Law, with the purpose of legally defining the *sine qua non* requirement of originality, and expressly including the remix in the *numerus apertus* list of works susceptible of protection.

KEYWORDS: DJ set / originality / remix / author's rights law

1. INTRODUCCIÓN

Para empezar, ¿qué hace y quién es el *disc jockey*? El *disc jockey* o DJ (por sus siglas en inglés) es aquella persona creadora de una secuencia musical ininterrumpida, cuya función principal consiste en ambientar un espacio físico (o virtual) de baile y, a través de dicha secuencia, deleitar al público espectador. Esta secuencia musical, cuya creación implica inherentemente el uso de fonogramas musicales del vasto acervo musical-cultural preexistente, se denomina *DJ set*. Así, el *disc jockey*, en la gran mayoría de casos, ejecuta su secuencia utilizando fonogramas musicales de terceros titulares sin la autorización expresa y por escrito de dichos sujetos. Fue por esta razón que surgió nuestra pregunta, y la problemática, del presente trabajo de investigación: ¿es posible proteger al *DJ set* como obra artística por el derecho de autor peruano? Independientemente de los supuestos en los cuales se transmiten públicamente fonogramas musicales en locales permanentes que tienen las licencias de uso correspondientes, ¿es posible que un *disc jockey* proteja a su creación por excelencia, el *DJ set*, a fin de explotarlo económicamente, ¿a pesar de haber utilizado obras de terceros sin su consentimiento expreso y por escrito?

Este artículo defiende la postura que el *DJ set* podrá protegerse como obra artística por el derecho de autor peruano no solo cuando el *disc jockey* utiliza sus propios fonogramas musicales, sino incluso cuando emplea fonogramas musicales de titularidad de terceros, dado que se trata de una expresión de la libertad de creación artística y manifestación del derecho de acceso a la cultura. Es decir, el *DJ set* forma parte del contenido esencial de los derechos fundamentales reconocidos expresamente en el inciso 8 del artículo 2 de nuestra Constitución Política de 1993.

A fin de defender nuestra postura, expondremos el marco legal nacional y encuadraremos jurídicamente al *DJ set* como obra compilatoria. Además, dilucidaremos la decisión de la Dirección de Derecho de Autor del Indecopi de otorgar la inscripción al Registro Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos a un *DJ set* creado por el autor del presente artículo. Asimismo, repasaremos brevemente la importancia histórica del *disc jockey* en la industria musical. Y, finalmente, desde el AED, comprobaremos que resulta en beneficio de todas las partes interesadas relajar la restrictividad que impone el *ius prohibendi* del sistema del derecho de autor.

A raíz de la defensa de nuestra postura, propondremos dos modificaciones a la Ley sobre el Derecho de Autor: la primera, incluir una definición del requisito *sine qua non* para que una obra sea protegible por el derecho de autor –la originalidad–, en términos de creatividad; y la segunda, agregar un nuevo concepto de obra artística genérica protegible (la obra *remix*) al listado enunciativo de nuestra Ley de Derecho de Autor. Ello con la finalidad de actualizar y flexibilizar nuestro sistema autoral para que permita la creación de expresiones artísticas que se basan en obras preexistentes, sin que los autores-usuarios tengan que sujetarse a la autorización expresa y por escrito de los titulares de dichas obras.

2. MARCO JURÍDICO NACIONAL

El Decreto Legislativo 822, Ley sobre el Derecho de Autor (en adelante, la Ley), promulgada el 24 de abril de 1996, es la norma principal en materia de derecho de autor. Encontramos su fundamento en nuestra Constitución Política de 1993, específicamente en “el inciso 8 [del artículo 2, que] reconoce el derecho de toda persona ‘a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto’” (Kresalja, 2014, pp. 147-148).

Asimismo, es menester recalcar que la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, la Declaración) reconoció el carácter de derecho humano al derecho de autor, el cual, a su vez, se encuentra limitado (pues ningún derecho es absoluto) por razones de interés social, como lo es el acceso a la cultura. En ese sentido, como bien acota Kresalja (2014), en el artículo 27 de la Declaración “se reconocen las prerrogativas que tiene la sociedad para disfrutar libremente de las creaciones intelectuales, prerrogativas que no pueden ser desconocidas por la legislación interna de cada país” (p. 148). En el caso de nuestra Ley, esta no puede desconocer que su normativa debe no solo proteger a los titulares de los derechos de autor mediante el otorgamiento de derechos patrimoniales exclusivos sobre sus creaciones intelectuales, sino también garantizar que la sociedad se vea beneficiada a través de ciertas excepciones, u obras excepcionales, que permitan el uso y la difusión libres de las obras que son objeto de protección por parte del derecho de autor.

Sobre esta base constitucional, y sin desconsiderar el fundamento social del derecho de autor, el artículo 3 de nuestra Ley dispone que la protección del derecho de autor recae sobre todas las obras del ingenio, en el ámbito literario o artístico, cualquiera sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad (Decreto Legislativo 822). En dicho sentido, Pacón (2003) aclara lo siguiente en relación al artículo 2 de nuestra Ley: “El objeto del derecho de autor es la obra inmaterial. Se entiende por obra ‘toda creación intelectual *original* [énfasis añadido] de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma’” (p. 303). Veamos cómo se entiende el concepto de originalidad como requisito *sine que non* para la protección de obras en nuestro marco jurídico nacional.

2.1. La originalidad subjetiva como requisito de protección para las creaciones intelectuales en el derecho de autor peruano

La originalidad subjetiva es el criterio acogido por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi), mediante Resolución 0286-1998-TPI-INDECOPI del 23 de marzo de 1998, la cual constituye nuestro precedente de observancia obligatoria en materia de derecho de autor para determinar la originalidad y, por ende, la protección de una obra. En este

sentido, en el segundo extremo de la Resolución 0286-1998-TPI-INDECOPI (en adelante, el precedente de observancia obligatoria) se estableció lo siguiente:

Que la presente Resolución constituye precedente de observancia obligatoria en cuanto al requisito de originalidad contenido en el artículo 3 de la Decisión [Andina] 351 concordado con el artículo 2 del Decreto Legislativo 822, en el sentido que:

Debe entenderse por originalidad de la obra la expresión (o forma representativa) creativa e individualizada de la obra, por mínima que sea esa creación y esa individualidad [énfasis añadido]. La obra debe expresar lo propio del autor, llevar la impronta de su personalidad.

Ahora, es menester resaltar que este criterio no ha estado exento de críticas. Las principales fallas de esta teoría han sido señaladas por Maraví Contreras (2010) en dos sentidos: el primer defecto se basa en que, como las creaciones intelectuales solo son humanas, todas van a reflejar en mayor o menor grado la personalidad de sus creadores; por lo tanto, siempre cumplirán con el requisito de originalidad y este criterio devendría irrelevante para fines de otorgar un monopolio exclusivo a su titular. El segundo defecto se manifestaría en un efecto contrario al primero: existiría el riesgo de que se restrinja la cantidad de obras que sean susceptibles de protección si solo se consideran a las personalidades más notorias como las originales. En relación a esto último, conviene resaltar la interpretación de Juan Pablo Schiantarelli con respecto al sentido de la originalidad subjetiva delineado por el precedente de observancia obligatoria: “La definición que actualmente se mantiene sobre *la noción de originalidad pareciera dar a entender que la misma exige que la personalidad del autor se encuentre en forma destacada en la obra*” [énfasis añadido] (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, 2014, p. 76).

Las críticas anteriormente expuestas constituyen las razones por las cuales nosotros proponemos que se modifique el criterio de entendimiento del concepto de originalidad en términos de subjetividad a uno de creatividad, sin más. Sin embargo, antes de entrar a ello, es propicio encuadrar jurídicamente el *DJ set* en la Ley, en virtud de las características artísticas que evidencian la originalidad del *disc jockey*.

2.2. El *DJ set* como colección de obras diversas

En un artículo de opinión publicado en la Ley, el autor del presente trabajo empezó su reflexión jurídico-musical afirmando lo siguiente:

Desde el arranque, debemos reconocer que los *Dj sets* son obras protegibles por el Derecho de Autor a nivel internacional, de acuerdo al artículo 2,5 del Convenio de Berna, puesto que el *Dj set* es una colección de obras musicales cuya originalidad se evidencia a través de la selección y disposición de las

obras musicales que el DJ efectúa al momento de ejecutarlas. Es decir, los *disc-jockeys realizan una creación intelectual original tanto por la ordenación de los temas que eligió tocar, como por la mezcla de los mismos* [énfasis añadido]. Todo ello, sin perjuicio de los derechos de los autores sobre cada una de las obras musicales utilizadas en el *Dj set*. (Casanova, 2020, párr. 3)

Por otro lado, de acuerdo con la jurisprudencia administrativa emitida por el Indecopi, se ha determinado que la originalidad en las compilaciones se evidencia mediante “la selección de las obras o de los fragmentos de las obras que las componen y la metodología con la que son tratadas, [acciones que] *implican la creación de una obra distinta de las que la forman* [énfasis añadido]” (Indecopi, 2014, p. 75). Dicha jurisprudencia de la sala, contenida en la Resolución 3436-2013/TPI-INDECOPI (en adelante, la Resolución), comienza su análisis de la cuestión en discusión (la constatación de originalidad de un catálogo de dibujos titulado ‘Artes’) afirmando claramente en el primer párrafo de la tercera página lo siguiente:

En ocasiones el resultado [de la aportación de la personalidad de un autor en una obra] es enriquecedor, en otras trivial, pero *lo que permite que cada generación impulse el lento avance de la civilización es la posibilidad de trabajar sobre lo existente*, [énfasis añadido] de proseguir el camino sin tener que rehacer todo y comenzar desde un inicio. (Resolución 3436-2013/TPI-INDECOPI)

Esta afirmación es directamente asimilable a la labor creativa que realiza el DJ al momento de ejecutar su *DJ set*, puesto que esta obra está compuesta por obras musicales previamente compuestas y fijadas en fonogramas. Así, el DJ contribuye al acervo musical y cultural mediante el descubrimiento (o si se quiere, redescubrimiento) de temas musicales olvidados por una generación pasada, para reintroducirlos a la actual, mediante su propia interpretación de la obra musical al ejecutarla junto a otras en su *DJ set*. Conforme resalta la sala en la resolución, el DJ trabaja, combina y crea sobre la base de lo preexistente, sin tener que rehacer todo, pero con la intención de recrear una mezcla jamás imaginada.

Finalmente, la resolución dispone que las compilaciones serán consideradas como obras protegibles por el derecho de autor siempre y cuando “presenten originalidad en la selección o disposición de su contenido, *de tal forma que pueda afirmarse que se trata de un trabajo creativo* [énfasis añadido]” (Resolución 3436-2013/TPI-INDECOPI). Sobre esta base, y considerando la doble labor de preselección (antes de la presentación de un DJ en una fiesta o discoteca) como la selección *in situ* del DJ (ya en el momento de decidir qué obras musicales ejecutar) podemos afirmar sin duda alguna que, al apreciar un *DJ set*, estamos ante un trabajo creativo cuya originalidad se evidencia no solamente en la doble selección del DJ respecto de las obras musicales, sino también en la disposición que realiza sobre ellas: la forma cómo mezcla las canciones fluidamente, sin solución de

continuidad¹. Así, el *DJ set* calificaría –*prima facie* y *a fortiori*– para la protección por el derecho de autor, ya que se trata de una creación intelectual que manifiesta originalidad a través de la conjunción de la selección y disposición de las obras musicales que el DJ utiliza en la ejecución de su obra compilatoria. De esta manera, supera la disyunción contenida en el supuesto de hecho del inciso l del artículo 5 de la Ley: “Compilaciones de obras diversas... siempre que dichas colecciones sean originales en razón de la selección, coordinación o [énfasis añadido] disposición de su contenido” (Decreto Legislativo 822).

2.3. Otorgamiento de registro a *DJ set* como compilación por la Dirección de Derecho de Autor del Indecopi

El día 7 de octubre del 2020, el autor del presente trabajo (para estos efectos, el solicitante) solicitó a la Dirección de Derecho de Autor del Indecopi el registro de un *DJ set* de su autoría titulado “Dj Casanouva’s Personal Catalogue Dj Set”, en virtud a la atribución competencial que dicha autoridad reviste en la materia, prevista en el literal k) del artículo 169 de la Ley: “k) Llevar los registros correspondientes en el ámbito de su competencia, *estando facultada para inscribir derechos* [énfasis añadido] y declarar su nulidad, cancelación o caducidad conforme al Reglamento pertinente” (Decreto Legislativo 822).

La solicitud de registro de *software* y base de datos (Indecopi, s. f.) (formato DDA-002, en adelante, la solicitud), correspondiente al procedimiento de registro de base de datos, compilaciones, antologías y similares, identificado con código DDA.6 en la página web del Indecopi, fue presentada por el solicitante conjuntamente con un documento exigido por el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA), aprobado por Resolución 0104-2019-INDECOPI/COD, cuyo punto tres señala como requisito: “[Adjuntar] documento en el que conste el o los criterios de selección o disposición empleados para realizar la base de datos, compilación, antología u otro similar”.

En dicho documento, el solicitante constató los siguientes criterios de selección y disposición que fueron empleados para crear la compilación antes mencionada. En cuanto al criterio de selección, el solicitante dejó constancia que la compilación musical bajo análisis se basó en las obras musicales de autoría de Piero Sebastian Casanova Gastelumendi, cuyo alias de *disc jockey* es Dj Casanouva. Y que dicha paternidad sobre las obras musicales se podía apreciar en el perfil del artista (Dj Casanouva) en Spotify.

1 De acuerdo con la cultura general del mundo del DJ, se considera a Francis Grasso el Padrino del DJ moderno porque fue el pionero de esta técnica. Su interpretación de la presentación que realizaba un DJ al momento de tocar una serie de discos de vinilo en una discoteca (fue residente de *Sanctuary*, ubicada en la Calle 43 con 407 Oeste en Nueva York) se basaba en la persona del DJ como director de orquesta o de una sinfonía. Por lo tanto, trataba a cada disco de vinilo elegido como una pieza de un conjunto, de un todo, mayor.

Sobre este punto específico conviene acotar un detalle de suma importancia. Considerando que los *DJ sets*, en su gran mayoría, están compuestos por fonogramas musicales de titularidad de terceros distintos al *disc jockey*, el lector podría criticar la decisión del solicitante de haber creado un *DJ set* sobre la base de sus mismas obras. No obstante, en primer lugar, ello no impide que el autor del presente trabajo pueda, a modo de experimento, solicitar el registro de un *DJ set* compuesto por sus propias obras, puesto que la finalidad de dicho pedido fue determinar cuál sería la reacción del Indecopi (el otorgamiento o la denegatoria de registro), sobre la base de la evaluación del *DJ set* como tal, independientemente de las obras individuales empleadas para su creación y ejecución.

Sin embargo, lo más importante a destacar es que dicha decisión fue determinadamente influenciada por la decisión del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi, recaída en la Resolución 3436-2013/TPI-INDECOPI. Esta dispuso que correspondía remitir lo actuado en el Expediente 2391-022/DDA a la Comisión de Derecho de Autor, a fin de que dicho órgano evalúe la posibilidad de iniciar un procedimiento sancionador de oficio contra el señor Clement Rene Paul Bailly Gonod (en adelante, el señor Bailly Gonod), puesto que dicho sujeto había utilizado obras de terceros, entre ellas, el *Autoritratto* de Leonardo da Vinci para solicitar el registro de su catálogo (compilación) de dibujos titulado *Artes*.

Así pues, sobre la base que el Indecopi ordenó la evaluación de iniciar potencialmente un procedimiento sancionador de oficio en contra del señor Bailly Gonod por incluir dibujos creados por terceras personas en su solicitud de registro de compilación titulado *Artes*, es que el solicitante decidió presentar un *DJ set* compuesto por fonogramas musicales de su propia autoría, a fin de evitar cualquier riesgo de verse involucrado en un procedimiento sancionador de oficio en contra de su persona por haber utilizado obras de terceros sin la autorización de estos últimos. Esto es prueba fehaciente del *chilling effect* o efecto desincentivador y escalofriante que produce el régimen actual de derecho de autor con respecto a la posibilidad de utilizar obras preexistentes, creativamente, para crear una nueva obra y contribuir, así, al acervo artístico y cultural de la sociedad.

Con respecto al criterio de disposición, el solicitante dejó constancia que la obra compilatoria en cuestión se llevó a cabo mediante la técnica de *beatmatching*, es decir, la capacidad del *disc jockey* de sincronizar los tempos de dos o más obras musicales a fin de que se puedan mezclar conjunta y simultáneamente sin solución de continuidad.

Admitida a trámite la solicitud mediante el Expediente 1450-2020/DDA, la Dirección de Derecho de Autor procedió, conforme al principio de legalidad contemplado en el artículo v del título preliminar del Decreto Supremo 053-2017-PCM, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Registro Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos contemplado en la Ley, a la calificación registral de la documentación que sustentó la solicitud. Dicha calificación implicó la verificación del cumplimiento de las

formalidades establecidas en la normativa pertinente, la capacidad del solicitante y la validez del acto. En ese sentido, y habiendo cumplido la solicitud con todos los requisitos y formalidades exigidos, el día 26 de octubre del 2020 la Dirección de Derecho de Autor, mediante Resolución 958-2020/DDA-INDECOPI del 2020, resolvió inscribir en el registro correspondiente a la compilación titulada *Dj Casanouva's Personal Catalogue Dj Set* a favor del solicitante.

Es menester resaltar que la inscripción en el Registro Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Dirección de Derecho de Autor del Indecopi "no crea derechos, teniendo meramente un carácter referencial y declarativo, constituyendo un medio de publicidad y prueba de anterioridad" (Decreto Legislativo 822). La protección de una obra por parte del derecho de autor surte efecto desde el momento de su creación. No obstante, es necesario acotar que la inscripción de *Dj Casanouva's Personal Catalogue Dj Set* en el registro correspondiente como una obra compilatoria sirvió para reforzar su protección frente a posibles plagios de terceros, ya que su registro le otorga oponibilidad *erga omnes* en cuanto a la fecha fehaciente de creación y declaración de autoría, claro está, con el revestimiento de una presunción *iuris tantum*.

2.4. Subsunción del *DJ set* en el precedente de observancia obligatoria

Conforme a las consideraciones expuestas anteriormente, y habiéndose confirmado la protección de un *DJ set* por el derecho de autor peruano con el otorgamiento de registro a favor de *Dj Casanouva's Personal Catalogue Dj Set* como obra compilatoria, corresponde ahora hacer un breve ejercicio de subsunción de dicha obra dentro del Precedente de observancia obligatoria conforme al criterio de originalidad subjetiva establecido por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi.

El primer párrafo del segundo extremo de la parte resolutive del Precedente de observancia obligatoria del año 1998 estableció lo siguiente:

Debe entenderse por originalidad de la obra la expresión (o forma representativa) creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad. La obra debe expresar lo propio del autor, llevar la impronta de su personalidad. (Resolución 0286-1998-TPI-INDECOPI)

Bajo este primer párrafo, la obra compilatoria *Dj Casanouva's Personal Catalogue Dj Set* constituye una expresión creativa e individualizada que expresa lo propio del autor, puesto que dicha obra, en cuanto al criterio de selección de las obras musicales empleadas para su confección, eran las propias del *disc jockey*. El continente siguió la misma suerte que su contenido.

El segundo párrafo del segundo extremo de la parte resolutive del Precedente de observancia obligatoria estableció lo siguiente:

No será considerado individual lo que ya forma parte del patrimonio cultural –artístico, científico o literario– ni la forma de expresión que se deriva de la naturaleza de las cosas ni de una mera aplicación mecánica de lo dispuesto en algunas normas jurídicas, *así como tampoco lo será la forma de expresión que se reduce a una simple técnica o a instrucciones simples que solo requieren de la habilidad manual para su ejecución* [énfasis añadido]. (Resolución 0286-1998-TPI-INDECOPI)

Lo importante a aclarar según este extremo del Precedente de observancia obligatoria es que el *DJ set* no constituye –en absoluto– una forma de expresión que se reduce a simples tecnicismos mecánicos derivados de la aplicación de un manual de instrucciones. Al contrario: el *disc jockey* realiza todo un esfuerzo creativo caracterizado por el cálculo de compases, manipulación de tempos, equalización de frecuencias –además de tener un buen oído–, para mezclar las obras musicales conjunta y simultáneamente sin solución de continuidad. En virtud de ello, no es sorpresa alguna que el 2019 haya sido extraordinariamente próspero para los DJ de la industria de la música electrónica internacional, cuyo valor ascendió a 7,2 billones de dólares americanos (The Groove Cartel, 2019).

Por lo tanto, conforme a lo expresado líneas arriba, el *DJ set* actualmente constituye una obra compilatoria protegible por el derecho de autor, puesto que el *disc jockey*, al manipular obras musicales y mezclarlas con otras a través de la técnica de *beatmatching*, evidencia un esfuerzo creativo (no meramente mecánico o técnico) de disposición sobre las obras que utiliza para crear su *DJ set*. Además, a través de su criterio de selección de obras musicales, plasma su gusto musical y, por ende, su individualidad en el *DJ set*, cumpliendo así con el criterio de originalidad subjetiva establecido por el Precedente de observancia obligatoria.

2.5. El DJ como promotor músico-cultural por excelencia

Martin Block fue la primera verdadera estrella entre los *disc jockeys*, uno de los pocos personajes exitosos que descubrió el camino hacia el rápido ascenso postguerra. Block llamó a su programa radial *The World's Largest Make Believe Ballroom* y empleó toda su destreza en utilizar los discos de vinilo de la mejor manera posible. En solo cuatro meses, su estilo natural, sin guion, le permitió ganarse el corazón de cuatro millones de oyentes y así su programa se extendió a dos horas y media. En 1940, Martin Block batió todos los récords. Si tocaba algo, era un éxito. La influencia de Block como *disc jockey* generó una nueva figura en la industria de la música: el promotor discográfico (Brewster & Broughton, 2014, pp. 37-39).

En cuanto a la promoción de música en las discotecas, *Le Jardin* (en Nueva York) cautivó la atención de las compañías discográficas sobre la influencia comercial de la

escena disco. Fue aquí, en gran parte gracias a Guttadaro (*disc jockey* de la época), que la industria se interesó completamente por el poder promocional del *DJ* de discotecas. La canción *Never Can Say Goodbye* de Gloria Gaynor de 1973² fue el primer disco que llegó a la cima de los *charts* de *Billboard* como resultado de su promoción constante en una discoteca, seguido de cerca por *Do It Till You're Satisfied*, de BT Express. Sumado al éxito tan notorio de *Soul Makossa* de Manu Dibango el mismo año, había quedado claro que los *disc jockeys* de discotecas podían ejercer una influencia impresionante en el público. El próximo éxito transversal de clubes sería tan grande que cambiaría para siempre la forma en que la industria discográfica promocionara su música (Brewster & Broughton, 2014, p. 179).

Finalmente, el último caso de *disc jockey* superestrella que traeremos a colación es el de Larry Levan. Larry, naturalmente, debido a su carisma contagiosa y talento innato en la cabina, saltó a la cima de la lista de *DJ* cuando se trataba de recibir nuevos vinilos. Un promotor discográfico, con referencia a Larry, señaló lo siguiente: "Es alguien que entusiasma a los mejores de la industria discográfica para entregar personalmente nuevos álbumes. Cuando un disco va hacia él, sabemos que tenemos un éxito" (Brewster & Broughton, 2014, p. 300).

Larry Levan era pinchadiscos de la discoteca legendaria de Nueva York conocida como Paradise Garage. El poder de dicha discoteca fue evidente en su efecto positivo sobre el comercio local de discos de vinilo. A finales de 1978, la pareja matrimonial compuesta por Charlie y Debbie Grappone abrió una pequeña tienda de música *rock* llamada Vinylmania que, coincidentemente, estaba a la vuelta de la esquina del Paradise Garage. Grappone pronto notó las hordas de personas que corrían hacia el metro cada sábado en las mañanas. Grappone en su testimonio recuerda que la tienda vendía cientos de copias de los favoritos del Paradise Garage, y que Larry era el rey. Si Larry tocaba un disco, se vendía a la mañana siguiente en Vinylmania. Uno de esos discos fue *Heartbeat*, de Taana Gardner. Vinylmania vendió más de cinco mil copias de dicho disco (Brewster & Broughton, 2014, p. 301).

En suma, podemos afirmar sin la menor duda que el *disc jockey* no solo ha sido y es un autor de su *DJ set* por derecho y mérito propios, sino que, además de dichas virtudes jurídicas, es un promotor musical y agente cultural, al ser históricamente un personaje clave para lanzar al estrellato carreras artísticas de colegas musicales, revivir carreras acabadas, impulsar el éxito de los sellos discográficos en relación a sus lanzamientos y la venta de discos de vinilo en las tiendas de música o *record shops* respectivos. En ese sentido, y como veremos a continuación, su labor creativa y cultural queda implícitamente reconocida y, por lo tanto, protegida conforme al inciso 8 del artículo 2 de la Constitución.

2 Canción escrita por Clifton Davis y primeramente grabada por The Jackson 5. Lanzada como *single* en 1971, fue una de las canciones de mayor éxito del grupo. A finales de 1974, la cantante estadounidense Gloria Gaynor lanzó como sencillo la canción, pero modificó su estilo a la naciente música disco.

2.6. El *DJ set* como creación artística y manifestación del derecho de acceso a la cultura

En la Constitución Política del Perú de 1993 vigente reconoce —en su inciso 8 del artículo 2— tanto el derecho fundamental de crear obras intelectuales, con su correspondiente derecho de propiedad intelectual, y el derecho de acceso a la cultura, conforme al siguiente precepto:

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

...

8. A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.

En base a la redacción de dicha norma constitucional, Tamayo Yañez (2015) aprecia que está compuesta por “dos oraciones, una establece el derecho de acceso a la cultura y otra reconoce el derecho de autor. Esta dualidad podría tener su origen también en los instrumentos internacionales que regulan la materia” (p. 19). Esta última idea encuentra su razón de ser también en la Constitución Política del Perú de 1993, puesto que en su cuarta disposición final y transitoria dispone lo siguiente:

Cuarta.- Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

En este sentido, y dado que la Carta Magna menciona expresamente a la Declaración Universal de Derechos Humanos, conviene traer a colación lo que dicho pacto internacional de carácter fundamental dispone con respecto a los derechos culturales e intelectuales, conforme al artículo 27:

Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes [énfasis añadido] y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948)

Como podemos notar, la característica de esta norma internacional se repite en nuestra norma fundamental: su doble estructura. Por un lado, se reconoce el derecho de gozar de la cultura, artes y ciencias; y, por otro, se resguarda los intereses de los creadores de cultura: los autores de obras intelectuales. Sin embargo, lo más importante a resaltar para fines de este trabajo, es que no cabe duda alguna sobre la categoría de

derecho humano —tanto del derecho de autor como del derecho de acceso a la cultura—, puesto que el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según Ríos Ruiz, ha establecido inequívocamente la paridad y equivalencia de dichos derechos, de modo que revisten la misma jerarquía y no puede protegerse uno en detrimento del otro (como se citó en Tamayo Yañez, 2015, p. 14).

Por lo tanto, y sobre la base de lo prescrito por la Declaración Universal de Derechos Humanos y nuestra Constitución, podemos interpretar que nuestra Carta Magna reconoce implícitamente el derecho fundamental del *disc jockey* de crear y ejecutar sus mezclas musicales como contenido esencial de su libertad de creación artística, con su respectivo derecho de propiedad intelectual sobre su obra por excelencia, el *DJ set*. Bajo la misma interpretación, el *DJ set* constituiría la participación cultural de la persona del *disc jockey* y del público espectador de su obra, como manifestación del ejercicio de acceso a la cultura del mundo de hoy.

Ahora, ¿por qué decimos que el *DJ set* es una creación artística y una manifestación de acceso a la cultura implícitamente reconocida por el artículo 2, inciso 8, de nuestra Constitución? Porque, conforme se señala en la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, el TC) del Expediente 0009-2018-PI-TC, no existe la necesidad de recurrir residualmente a la cláusula abierta del artículo 3 de nuestra Constitución para reconocer a un nuevo derecho fundamental³, pues “solamente cabe acudir a aquella disposición [el artículo 3] cuando no es posible desprender de ningún derecho expresamente recogido en la Constitución algún o algunos contenidos implícitos que sirvan para la resolución de una problemática planteada” (Tribunal Constitucional, 2020).

Y en ese sentido, “en efecto, es posible identificar dentro del contenido de un derecho expresamente reconocido otro derecho” (Tribunal Constitucional, 2020). En este caso concreto, consideramos que, dentro del contenido esencial del derecho expresamente reconocido de libertad de creación artística y acceso a la cultura en el inciso 8 del artículo 2 de nuestra Constitución está implícitamente protegido el derecho fundamental de crear *DJ sets* como obras protegibles por el derecho de autor y ejercicio de la libertad personal de creación artística. La dimensión social de dicha obra es una manifestación del derecho de acceso a la cultura por parte de la persona del DJ y, a su vez, del público espectador, en la comunidad músico-cultural del mundo cada vez más globalizado e interconectado del siglo XXI (Resolución 0958-2020/DDA-INDECOPI).

3 Artículo 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno. Es decir, esta norma constitucional prescribe que el listado de todos los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución es de carácter abierto o *numerus apertus*, por lo que, dicho listado no agota taxativamente todos los derechos fundamentales de la persona humana.

En primer término, con respecto a la naturaleza de creación artística, como ya hemos argumentado antes, el *DJ set* es, actualmente y según la Resolución 958-2020/DDA-INDECOPI (Resolución 0958-2020/DDA-INDECOPI) que otorga la inscripción en el Registro de la materia al *DJ set* presentado por el autor del presente trabajo, una obra compilatoria de obras musicales caracterizada por la técnica de *beatmatching* que cumple con el requisito *sine qua non* de originalidad subjetiva establecido por el Precedente de observancia obligatoria. Constituye, por lo tanto, una obra protegible por el derecho de autor.

En segundo término, con respecto al *DJ set* como una manifestación del derecho de acceso a la cultura por parte del *disc jockey* y del público espectador en el acervo musical y cultural del mundo actual, no cabe duda de que el utilizar fonogramas musicales de terceros titulares para crear una obra intelectual original es una manifestación propia de la cultura del *disc jockey* y de la promoción musical, que históricamente (como también hemos demostrado en el subtítulo anterior) ha beneficiado enormemente a las compañías discográficas en cuanto al *marketing* y promoción de los lanzamientos de sus obras musicales y a la venta de discos de vinilo.

Además de la historicidad del valor que ha representado el *disc jockey* para promocionar y facilitar el acceso a la cultura musical, ese valor agregado sigue vigente actualmente y se evidencia en la práctica —masiva y generalizada— de subir, compartir y difundir *DJ sets* en las redes sociales y plataformas digitales como Facebook, Instagram, YouTube, SoundCloud, Twitch y Mixcloud. Tanto es así que el lema de una de estas plataformas digitales, Mixcloud, es *This is Audio Culture*⁴.

En particular, durante el 2020 (año de la pandemia causada por el brote y esparcimiento del COVID-19 a nivel mundial) surgió una ola enorme de transmisiones en vivo y en directo de *DJ sets* en internet, dado que el virus impactó negativamente (más que a cualquier otro sector de la economía) a la industria cultural y de entretenimiento. En ese contexto, con las discotecas clausuradas y los artistas quedándose en casa, muchos *disc jockeys* decidieron compartir sus expresiones creativas (*DJ sets*) en transmisiones en vivo a través de las redes sociales (White, 2020, párr. 1). Este hecho constituye fáctica e innegablemente una forma adaptada de vivir de toda la comunidad de *disc jockeys* y del público aficionado en los tiempos actuales.

Así pues, en esta nueva discoteca digital, los *chats* propios de las transmisiones de *DJ sets* en vivo y en directo por los *disc jockeys* mediante sus redes sociales son protagonizados por sus seguidores, quienes debaten intensamente sobre la identificación

4 Además de ello, si uno explora un poco más la página principal de Mixcloud, en su parte inferior invita al cibernauta a descubrir y explorar millones de *DJ mixes* (éste último término es sinónimo de *DJ set*).

de los títulos de los temas y el nombre de los artistas de los fonogramas musicales utilizados por cada *disc jockey* para confeccionar su *DJ set* en tiempo real. De hecho, este intercambio –por más que sea virtual– es un acto recíproco, colaborativo y creativo, dado que el *disc jockey* y el público espectador interactúan para dar forma a una nueva experiencia de vivir y compartir la pasión por la música (Paor-Evans, 2020, párr. 8). Y esto, en suma, es cultura. Cultura musical. Es la manifestación del derecho de acceso a la cultura y a su disfrute, derechos culturales protegidos por los tratados internacionales y nuestra Constitución en un solo acto: la transmisión del *DJ set* por el *disc jockey* y su recepción por parte del público aficionado.

Por si aún cabe duda sobre el valor cultural del *DJ set* como expresión artística protegida por tratados internacionales y nuestra Constitución, la revista *Rolling Stone*, en el 2015, publicó un artículo sobre los “25 greatest mixes from the Internet age” [los 25 mejores *DJ sets* de la era del internet] (Aaron et al., 2015, párr. 1). Dicha publicación constituye un innegable ejemplo del acceso cultural que brinda el *DJ set*, toda vez que el contenido de dicha obra está compuesto por música de todo tipo de género, toda época y de una gran variedad de artistas intérpretes y ejecutantes, autores, compositores y productores fonográficos de distintas generaciones. Es decir, el *disc jockey* crea cultura musical y brinda acceso a la cultura musical sobre la base de la cultura musical preexistente, reinterpretándola mediante su obra por excelencia: el *DJ set*.

2.7. Breve análisis económico del derecho (AED) aplicado al *DJ set*

Circunscribiéndonos a lo pertinente para el presente artículo, es menester tener claro que la propiedad intelectual tiene como pilar fundamental y bien objeto de protección a la información (Huarag Guerrero, 2018). En este sentido, debemos tener presente que “existen dos principios que se utilizan para determinar las características económicas de un bien a fin de proporcionarles un tratamiento económico adecuado: la *rivalidad* y la *exclusividad*” (Huarag Guerrero, 2018, p. 193). Por un lado, conforme explica Pasquel (2004) “la rivalidad en el consumo consiste en que la utilización del bien por un individuo impide su uso por parte de otro” (p. 62). Por otro lado, la exclusividad implica “los costos de impedir que otro use el mismo bien” (Rodríguez García, 2008, p. 302).

Ahora, la característica inherente de la información –sobre todo hoy en día por la masiva desmaterialización (digitalización) de los soportes físicos que antes contenían a las obras– es que constituye un bien público. Un bien público es aquel que no reviste rivalidad en su consumo. Es decir, es un bien que puede consumirse simultáneamente por dos o más personas sin que disminuya su disponibilidad (dos usuarios de Facebook pueden leer la misma noticia al mismo tiempo sin que dicha noticia se agote). Es un bien no rival. Y, en atención a ello, es un bien cuyos costos de exclusión son altísimos, dada la imposibilidad de impedir que una persona no copie una obra digitalizada (de

hecho, la versión digitalizada de una obra ya es una copia). De este atributo inherente a las obras protegibles por el derecho de autor se explica por qué dicho sistema de la propiedad intelectual, a lo largo de los años, se ha robustecido en términos de su duración, y también es la razón por la cual se crearon las sociedades de gestión colectiva (SGC).

Sobre la base de la no rivalidad de las obras musicales, y dada la dificultosa labor fiscalizadora en la que deben incurrir los titulares de dichas obras a nivel mundial (peor aún si son los mismos autores, artistas o productores fonográficos sin la representación de las SGC) para evitar que un *disc jockey* utilice sus obras en sus *DJ sets* (*enforcement*), consideramos que –sin ánimo de sugerir que la propiedad intelectual debería eliminarse por completo– los niveles de protección que actualmente reviste el régimen legal peruano son excesivos, en especial el derecho de autor. Sobre todo, con respecto a la necesidad del *disc jockey* de contar con la autorización expresa de los titulares de las obras musicales y fonogramas para explotar su *DJ set* más allá del uso de dichas obras en los locales permanentes (o en cualquier otro escenario) donde se comunican públicamente a través del desarrollo de una fiesta.

Así pues, dicho requerimiento de autorización es excesivo en relación al ejercicio de la libertad de creación artística del *disc jockey*, puesto que

el creador de bienes intelectuales incurre en una serie de costos en el proceso ('costos de creación') ... *En el caso de la literatura, música, y otros productos culturales* [énfasis añadido] (protegidos por el derecho de autor) se trata fundamentalmente de un costo de oportunidad, es decir, el costo del tiempo que invierte el creador en lugar de dedicarlo a otra actividad lucrativa. (Cavero Safra, 2012, p. 125)

Los costos transaccionales o de oportunidad –que obstaculizan el libre desarrollo de la creación y difusión artística del *DJ set*– implicarían lo siguiente: primero, el costo de información sería identificar a los titulares de las obras musicales y fonogramas, los cuales podrían ser los mismos autores y productores fonográficos, respectivamente, o las SGC que administran los derechos patrimoniales de aquellos. Recordemos que en nuestro país existen dos SGC que autorizan el uso de obras musicales y fonogramas: Apdayc y Unimpro. En ese sentido, el *disc jockey* necesitaría una doble autorización: tanto por el uso de la obra musical como del fonograma. En segundo lugar, existiría el costo de negociación, que consistiría en llegar a un acuerdo –con los titulares de las obras o con la SGC– sobre los términos de la licencia de uso y la contraprestación pecuniaria por dicho uso. Dichas licencias podrían ser por cada obra musical y fonograma utilizado en el *DJ set* (si el *disc jockey* negociara independientemente con cada uno de los correspondientes titulares) o podría ser una licencia global que incluya a todas las obras musicales y fonogramas utilizados en el *DJ set* por un solo precio total (licencia estándar de las SGC, de acuerdo a su repertorio administrado). Es decir, en vez

de que el *disc jockey* dedique su tiempo a crear su obra, estaría preocupado de conseguir las licencias correspondientes para utilizar las obras de los terceros titulares, lo que posiblemente vendría a ser una pérdida de tiempo total, ya que la autorización de dichos terceros no está garantizada (depende de su sola voluntad). En este sentido, el costo de oportunidad, al fin y al cabo, lo paga no solo el *disc jockey* por verse desincentivado a crear y posteriormente explotar su *DJ set*, sino también la sociedad, porque jamás tendrá la oportunidad de acceder y gozar de dicha obra.

Sobre el presente análisis económico del derecho, queda claro que el actual régimen de derecho de autor peruano resulta escalofriante si el *disc jockey* pretende difundir y explotar económicamente su *DJ set*, debido a la necesidad actual de contar con el consentimiento expreso y por escrito de los terceros titulares sobre los fonogramas musicales, potestad que nuestra Ley otorga a dichos sujetos de acuerdo al tenor de los artículos 37 y 39. En ese sentido, dicha sujeción *ex lege* desalienta el ejercicio de la libertad de creación artística, obstaculiza el ejercicio del derecho fundamental de acceso a la cultura (tanto para el *disc jockey* como para el público espectador) e imposibilita la explotación patrimonial de una nueva obra hecha con esfuerzo musical e intelectual (y que cumple con el indispensable requisito de originalidad). Por ello, concluimos que los costos de exclusión (de utilización de fonogramas musicales por parte del *disc jockey* si este no cuenta con la autorización expresa y por escrito de los titulares correspondientes) superan los costos de proliferación del *DJ set* como obra legalmente protegible por el derecho de autor. La necesaria autorización que se requiere resulta excesivamente gravosa, tanto para el *disc jockey* como para la sociedad⁵.

3. PROPUESTAS DE REFORMA A NUESTRA LEY

3.1. Cambio de criterio: de originalidad subjetiva a originalidad creativa

Conforme hemos mencionado en el capítulo anterior, la teoría a la cual el Indecopi se ha adherido para definir el concepto *sine qua non* que determina la protegibilidad de una obra por parte del derecho de autor ha sido la teoría de la originalidad subjetiva, establecida mediante el Precedente de observancia obligatoria del año 1998.

Sin embargo, reiteramos que la teoría de la originalidad subjetiva, aquella que determina la protegibilidad de una obra por parte del derecho de autor siempre y cuando evidencie la individualidad o personalidad de su autor, presenta una doble deficiencia.

5 Artículo 39.- Ninguna autoridad ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra o cualquier otra producción protegida por esta Ley, o prestar su apoyo a dicha utilización, si el usuario no cuenta con la autorización previa y escrita del titular del respectivo derecho, salvo en los casos de excepción previstos por la ley. En caso de incumplimiento será solidariamente responsable.

Dado que solo una persona natural (ningún otro sujeto de derecho) es susceptible de ostentar autoría sobre una creación intelectual, toda obra, en mayor o menor grado, va a evidenciar su personalidad. En este sentido, la ambigüedad inherente a la teoría de la originalidad subjetiva es que permite la protección tanto a las obras cuyos autores tienen rasgos de personalidad fácilmente identificables como a las obras cuyos autores tienen personalidades no tan marcadas. Por lo tanto, o bien la originalidad subjetiva constituye un criterio que admite a toda creación intelectual como obra protegible por el derecho de autor sin importar cuán identificable sea la individualidad de su autor (originalidad subjetiva en sentido lato) o considera solo a aquellas creadas por autores cuyas personalidades destacan (originalidad subjetiva en sentido estricto).

Pero el punto es que esta teoría no podría admitir la posibilidad de proteger al autor de una obra creativa, como lo es el *DJ set*, cuya creación implica el uso y 'préstamo' de obras de terceros sin la autorización expresa de estos, precisamente porque, al utilizar dichas obras —que no provienen de la autonomía artística del *disc jockey*—, no se evidencia la individualidad o personalidad de dicho sujeto. Esto imposibilita que su creación intelectual se califique como obra original y, por tanto, que sea protegible por el derecho de autor, y, más bien, el mismo sistema podría imputarle la calificación de infracción. No obstante, es menester aclarar que el prestarse obras para crear nuevas es necesario para el avance del arte, en virtud del cumplimiento del objetivo del derecho de autor (Pote, 2010, p. 668). Es decir, el derecho de autor existe por el solo propósito de enriquecer el acervo cultural. Los intereses de los titulares de obras musicales, pecuniarios o de otra naturaleza, están subordinados a dicho propósito (Keyes, 2004, p. 420).

3.2. Propuesta de definición de originalidad creativa

Nuestra propuesta de definición del criterio de originalidad creativa está inspirada principalmente en el caso *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991) (en adelante, caso *Feist*):

La condición *sine qua non* del derecho de autor es la originalidad. El término 'original', tal como se utiliza en el derecho de autor, significa únicamente que la obra fue creada por el autor de manera independiente (esto es, que no se copió de otras obras) y que posee al menos *cierto grado de creatividad*. *El nivel de creatividad necesario es extremadamente bajo; incluso un grado muy escaso de creatividad será suficiente* [énfasis añadido]. (como se citó en Dusollier, 2011, p. 23).

En este sentido, la originalidad creativa otorgaría protección a toda aquella obra que evidencie un mínimo grado de creatividad, sin más. Esto implica que la nueva obra no sea una copia exacta de una obra preexistente. Permitiría, a su vez, que un autor tome elementos prestados de una o varias obras preexistentes (o fragmentos de las mismas)

para crear una nueva, sin contar con la autorización de los terceros titulares de dichas obras preexistentes, toda vez que no estará sujeto al fundamento anacrónico de tener que mostrar su personalidad a través de la nueva obra. Además, como hemos argumentado en el capítulo anterior, dicho autor estaría ejerciendo sus derechos fundamentales de libertad de creación artística y acceso a la cultura, derechos que ostentan la misma jerarquía constitucional, a través de la recreación y recontextualización de obras pasadas en una nueva expresión artística. También es necesario recalcar que, en virtud de que el derecho de autor protege esencialmente información expresada en distintas formas (obras musicales, literarias, etcétera), estamos ante un sistema que protege bienes públicos e intangibles (esta última categoría, en la gran mayoría de casos), por lo que resulta necesario flexibilizarlo. El uso de obras previas de terceros titulares no es robar expresiones, sino construir y edificar sobre el acervo cultural ya existente.

Sobre esta base, y adhiriéndonos a lo expuesto por Real Márquez (2001), “resulta imprescindible delimitar legislativamente un concepto de lo que debemos entender por originalidad” (p. 10), consideramos oportuno proponer una modificación a la Ley, a fin de que incluya la siguiente definición en su artículo 2:

A los efectos de esta ley, las expresiones que siguen y sus respectivas formas derivadas tendrán el significado siguiente:

...

31. Originalidad: Mínimo grado de creatividad que debe evidenciar una obra a fin de ser susceptible de protección por la presente ley.

En este sentido, la originalidad del *DJ set* se evidenciaría en la aptitud creativa que posee el *disc jockey* de poder manipular simultáneamente dos o más fonogramas musicales, sincronizando sus velocidades de reproducción y mezclándolos conjuntamente (de manera que ambos sean perceptibles al oído y generen la impresión de que se unen en una sola obra musical) sin solución de continuidad. Así, repitiéndose esta técnica durante un determinado lapso de tiempo, transitando el *disc jockey* de un fonograma musical a otro sin que la música deje de sonar abruptamente, se crearía el *DJ set*.

En adición, la originalidad del *DJ set* estaría dada por la elección de las obras musicales a mezclar (en base al universo vasto de obras musicales disponibles en el mundo), la forma cómo el *disc jockey* las manipula para que se reproduzcan simultánea y sincronizadamente (*beatmatching*), la aplicación de efectos de sonidos como reverberación, *delay*, ecualización o filtración de frecuencias y, finalmente, la mezcla *per se* de los fonogramas (cómo suenan ambos yuxtapuestos y por cuánto tiempo).

En este sentido, consideramos que la anterior fundamentación cumpliría con lo dispuesto en otro fallo de la Sala especializada en propiedad intelectual del Indecopi:

“de acuerdo a las circunstancias de un caso particular, *un pequeño grado de creatividad intelectual puede ser suficiente para determinar que la obra sea original [énfasis añadido] o individual*” (Resolución 0148-2008-TPI-INDECOPÍ).

Adicionalmente, conviene traer a colación lo siguiente:

Si consideráramos que cada tipo de obra requiere de un concepto de originalidad diferente para obtener la protección, estaríamos dotando al sistema de una gran inseguridad jurídica, cuyas dudas serían resueltas, ineludiblemente, ante los tribunales, los cuales gracias a la amplísima posibilidad de interpretación adoptarían criterios divergentes en cada ocasión. [Sin embargo] *un mismo concepto de originalidad no impide una aplicación matizada del mismo a cada tipo de obra concreta, así los aspectos en los que debemos apreciar esa originalidad sí cambiarían en función de cada obra [énfasis añadido]*. (Real Márquez, 2001, p. 8)

Aterrizando estas ideas en nuestro sistema jurídico-autoral, cabe aclarar que no tenemos el problema de contar con distintos conceptos de originalidad para evaluar cada creación intelectual en particular, en virtud del precedente de observancia obligatoria que estableció la originalidad subjetiva como el criterio definitivo para determinar la protección de una obra por el derecho de autor peruano. En cuanto a ello, no existe inseguridad jurídica. No obstante, su aplicación sí es una inseguridad jurídica puesto que, como habíamos enfatizado anteriormente, dicho criterio presenta una ambigüedad.

En atención a la ambigüedad de la aplicación de la originalidad subjetiva, nosotros proponemos el cambio de dicho criterio al de originalidad creativa, con su correspondiente definición legislativa, de tal manera que este último criterio pueda servir de base y determinar la protección de una obra, independientemente de la posibilidad de identificar la individualidad o personalidad de su autor. De esta manera, el análisis se enfocaría en si simplemente se trata de una creación intelectual con un mínimo grado de creatividad, que va más allá de una ejecución material predecible, como lo es la ordenación de una base de datos telefónica en orden alfabético (caso *Feist*).

Por último, consideramos que —sobre la base de una definición legislativa que establece el criterio de originalidad creativa—, la jurisprudencia administrativa podría empezar a identificar los aspectos que serán objeto de evaluación de acuerdo a la naturaleza de las obras en cada caso concreto, y que evidenciarían el ‘mínimo grado de creatividad’ requerido. Es decir, el Tribunal de defensa de la competencia y de la propiedad intelectual del Indecopi podrá emitir nuevos precedentes que determinen claramente qué constituiría, en sentido positivo, una obra creativamente original, atendiendo al tipo de obra, sus elementos característicos esenciales y las prácticas de creación del sector artístico correspondiente.

3.3. Propuesta de inclusión y definición de la obra *remix* en la Ley

Al comienzo de este capítulo, el último del presente trabajo, mencionamos que —además de proponer una definición legislativa del concepto de originalidad, cambiando el criterio subjetivo por el creativo—, presentaríamos un nuevo concepto de obra artística protegible por el derecho de autor peruano en atención a la verdadera esencia del *DJ set*.

Ahora, ¿por qué decimos “verdadera esencia” del *DJ set*? Sencillo: porque no constituye una obra meramente compilatoria; es decir, no se trata de una obra cuya originalidad radica solo en la selección y disposición de fonogramas musicales preexistentes. No. Se trata de una obra cuya creatividad radica en la utilización, manipulación y combinación de fonogramas musicales preexistentes, de tal manera que genera una impresión distinta a la apreciación individual de dichas obras por separado, y cuyo resultado final constituye una nueva expresión original. Es una especie de obra dentro del género conocido bajo el término *remix*.

Esta obra genérica “es la recombinación de las partes de una o varias obras en una nueva a través de tres procedimientos: copiar, transformar y recombinar” (Ferguson, citado en Derecho de autor, para autores, s. f., párr. 3).

En otras palabras:

Con la masificación de las tecnologías digitales la enumeración y variedad de posibilidades de usos y apropiación de obras ajenas resulta verdaderamente exorbitante prácticamente para todo tipo de obras [énfasis añadido]: obras literarias, musicales, fotográficas, esculturas (impresión 3D), obras cinematográficas, con distintos tipos de reutilización que comprende tanto reproducción como transformación (mix, remix, mush ups [sic], etc.), y claro está, son también objeto de comunicación pública en la red. (Melo Sarmiento, 2015, pp. 116-117)

Sin embargo, esta práctica de reutilizar y recombinar expresiones artísticas (en particular, musicales), no es propia de nuestra época. Otra cuestión es que se haya democratizado y masificado con el surgimiento de la tecnología digital. Lo cierto es que, en la época de la música clásica, conforme ilustra Keyes (2004), Bach prestó material de Remken, Vivaldi y Telemann. Brahms tomó prestado de Haydn y Beethoven. Éste tomó prestado de Bach, y Mozart tomó prestado de Duport. Rachmaninoff tomó prestado de Brahms, quien a su vez tomó prestado de Liszt, quien también tomó prestado de Paganini. De hecho, Brahms anotó que la ‘imitación’ tiene beneficios pedagógicos significativos en el sentido que “es la mejor manera de entender la composición musical y la estructura de la música” (Keyes, 2004, p. 427).

En atención a esta última idea, resulta oportuno rescatar que Kirby Ferguson, el autor del famoso documental *Everything is a remix*, afirma lo siguiente: “Nadie empieza siendo original. No podemos crear nada nuevo hasta que tengamos una base sólida de

conocimiento y comprensión sobre nuestra línea de trabajo. Copiar es cómo aprendemos” (como se citó en Ravenscraft, 2014, párr. 3).

Entonces: ¿por qué sustentamos, en el capítulo 3, que el *DJ set* es una obra compilatoria protegible por el derecho de autor? Porque, actualmente, es el concepto de obra artística reconocida expresamente en nuestra Ley bajo el cual se puede subsumir al *DJ set*. Además, si no presentábamos al *DJ set* como una compilación, iba a ser imposible llevar a cabo nuestro trabajo de campo, que consistió en solicitar la inscripción al registro pertinente de un *DJ set* ante la Dirección de derecho de autor del Indecopi, puesto que no existe formulario alguno para la obra *remix*. Se utilizó el formato correspondiente para la Solicitud de registro de *software* y base de datos, disponible en la página web del Indecopi. Es por dicha razón que sustentamos la naturaleza compilatoria del *DJ set*, puesto que la compilación, hasta cierto punto, refleja las características inherentes del *DJ set* (como por ejemplo la selección y disposición de materias preexistentes), pero no enteramente; y finalmente, porque se nos otorgó el registro conforme a la Resolución 958-2020/DDA-INDECOPI.

En atención a ello, consideramos que el reconocimiento del *DJ set* como obra de arte protegible por el derecho de autor peruano constituye parte de la problemática, pero a la vez sirve como medio para un fin más importante: actualizar nuestra Ley para que legalice y legitime el uso de obras preexistentes como práctica de creación de obras (o mejor dicho, de recreación), sin que el autor-usuario tenga que contar previa y necesariamente con la autorización expresa y por escrito de los titulares de dichas obras. Esto mediante la inclusión de un nuevo concepto de obra protegible que permita esta práctica de recreación artística tan presente en el mundo de hoy.

Dicha actualización es necesaria, porque el régimen de derecho de autor actual resulta incompatible con la creatividad desplegada por los usuarios de obras en el ámbito cibernético, en tanto y en cuanto la tecnología digital empoderó y motivó a usuarios a contribuir activamente con nuestro ecosistema de cultura compartida, con base en la reutilización de información, conocimiento y entretenimiento (Gasser & Ernst, 2006, p. 13).

En este sentido, y aparte de los fundamentos expresados en el capítulo 2 del presente artículo —que son también plenamente aplicables al reconocimiento de la obra genérica *remix* (ya que el *DJ set* es su especie)—, rescatamos un argumento adicional para la inclusión expresa de la obra *remix* en nuestra Ley. A continuación:

El *remix* se diferencia radicalmente de otras cosas, como el plagio, ya que la copia o el plagio buscan ocultar la autoría original de las obras, mientras que el *remix*, por el contrario, se propone ser identificado como tal, enarbola su carácter de collage, de mezcla, de recreación.

Si bien se asocia la práctica del *remix* con el boom de Internet y la proliferación de la copia como consecuencia de éste, lo cierto es que el *remix* se encuentra en

la raíz misma de la cultura humana [énfasis añadido]. Todo lo que denominamos folklore es consecuencia de siglos de *remix*. El *rap*, el *graffiti*, los *mash-ups*, los memes son los ejemplos más obvios de la cultura *remix*, pero también hay ejemplos menos obvios, como *Star Wars* y la música de Led Zeppelin, que toman prestados elementos fundamentales de obras anteriores, y esto no disminuye su valor cultural: por el contrario, la capacidad de tomar algo previo, reinventarlo, aumentarlo, relacionarlo con otras cosas, es la base de la creatividad humana. (Díaz Hernández, 2015, párrs. 7 y 9)

Así pues la obra *remix* es el género de la especie *DJ set*, puesto que, además de evidenciar originalidad en los aspectos esenciales de una compilación (conforme explicamos en el capítulo 3 del presente trabajo, en función a la selección y disposición de fonogramas musicales que realiza el *disc jockey*), requiere necesariamente de la utilización, manipulación y combinación de distintos fonogramas musicales, con lo cual se crean no solo obras derivadas en el transcurso de la ejecución del *DJ set* (constituidas por la yuxtaposición, a través del *beatmatching*, de las obras musicales), sino también una nueva obra apreciada desde su comienzo hasta su fin, en su integridad y totalidad. Y todo este proceso, con la excepción de la comunicación pública de los fonogramas musicales en una discoteca o en cualquier otro escenario aplicable, se debería poder llevar a cabo sin la autorización de los terceros titulares de las obras utilizadas (por ejemplo, en el momento de la fijación del *DJ set* en una grabación sonora, para su posterior publicación en una plataforma digital como YouTube).

Conforme a lo aseverado líneas arriba, Díez Alfonso (2012) explica lo siguiente:

La solicitud de autorización por parte de un Dj para proceder a la mezcla de obras preexistentes, queda lejos de los usos del mercado.

El solapamiento de canciones realizado por el disc-jockey de música electrónica, además de ser comúnmente aceptado por el gremio de creadores de obras vinculadas a esta parcela musical, constituye una de las actividades clave en la confección de una sesión de música electrónica. Es decir, la mezcla, tanto sobre el plano técnico como artístico, se corresponde con uno de los elementos fundamentales de una sesión de este género musical. (p. 28)

En otras palabras, el que un *disc jockey* no solicite la autorización para proceder a la mezcla de obras preexistentes y así crear su *DJ set* es una costumbre. Ésta, repárese, es una fuente de derecho, a pesar de que choca frontalmente con las facultades y los derechos exclusivos y excluyentes que otorga la Ley a los terceros titulares de obras. Es una costumbre propia de la cultura participativa en la que se desarrolla la práctica artística y cultural de apropiación, transformación y reutilización de obras preexistentes (*remix*) con la finalidad de crear nuevas obras, clarísimo queda que sin el consentimiento de los autores originarios o titulares derivados de las obras primigenias. Por lo tanto, la originalidad creativa del *DJ set* trasciende el alcance de la definición de una compilación

contenida en la Ley, razón por la cual, resulta necesario proteger dicha obra a través del concepto de obra artística genérica denominada *remix*.

En conclusión, y en virtud de ello, proponemos la siguiente definición de la obra *remix* a ser incluida expresamente en el artículo 5 de la Ley:

Artículo 5.- Están comprendidas entre las obras protegidas las siguientes:

...

n. Las obras *remix*, siempre que la utilización, manipulación y combinación de obras preexistentes, o fragmentos de las mismas, sean musicales, visuales o de otra naturaleza, generen una impresión distinta de sus elementos individuales y, por lo tanto, sean originales. No será necesario que el autor remezclador cuente con la autorización expresa y por escrito de los titulares de las obras preexistentes utilizadas.

4. CONCLUSIONES

Actualmente, el *DJ set* constituye una obra compilatoria protegible por el derecho de autor peruano y registrable ante la Dirección de Derecho de Autor del Indecopi, toda vez que su inscripción en el Registro Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos no fue objeto de cuestionamiento de parte de la autoridad competente ni tuvo la oposición de un tercero, según la Resolución 0958-2020/DDA-INDECOPI del 2020, en la medida en que el solicitante creó un *DJ set* compuesto únicamente por fonogramas musicales de su titularidad.

Asimismo, el *DJ set* constituye una expresión de la libertad de creación artística y manifestación del derecho de acceso a la cultura bajo el amparo del artículo 2, inciso 8, de nuestra Constitución Política vigente.

El Precedente de observancia obligatoria, que establece el criterio *sine qua non* para la protección de una creación intelectual (la originalidad subjetiva), está basado en una concepción anacrónica de autoría que genera ambigüedad en su aplicación. Por ello, resulta conveniente definir legislativamente la originalidad en términos de creatividad.

La originalidad creativa como nuevo criterio indispensable para que una creación intelectual sea protegible por el derecho de autor ya no exigirá que la obra evidencie la individualidad o personalidad de su autor, sino solo que se manifieste un mínimo grado de creatividad, lde tal manera que permitiría brindar protección a nuevas expresiones artísticas.

El hecho de que el *status quo* del sistema de derecho de autor peruano refleje un sistema robusto que exige la autorización expresa y por escrito de los titulares de obras para cualquier uso de ellas de parte de una persona natural o jurídica (salvo los usos

taxativamente establecidos como limitaciones y excepciones en nuestra Ley), genera un *chilling effect* o efecto desincentivador y escalofriante que termina siendo contraproducente al impedir la ampliación del acervo cultural.

Es necesario reconocer un nuevo concepto de obra genérica denominado *remix*, cuya creación se basa en la utilización, manipulación y combinación de obras preexistentes, (sean musicales, visuales o de otra naturaleza) o sus fragmentos, sin que el autor-remezclador tenga la obligación de contar con la autorización expresa y por escrito de los titulares de las obras utilizadas. Ello, en aras de actualizar y flexibilizar nuestra Ley, de tal manera que se permita la proliferación de nuevas obras creativas basadas en el acervo artístico y cultural preexistente.

El *DJ set*, en virtud de su verdadera esencia, es una especie de la obra genérica *remix* que representa y se reconcilia, respectivamente, con la plena vigencia y ejercicio de la libertad de creación artística y del derecho fundamental de acceso a la cultura, en un mundo cada vez más globalizado e interconectado.

REFERENCIAS

- Aaron, C., Battaglia, A., Beta, A., Castillo, A., Drake, D., Murray, N., & Rubin, M. (2015, 5 de agosto). 25 greatest internet DJ mixes of all time. *Rolling Stone*. <https://www.rollingstone.com/music/music-lists/25-greatest-internet-dj-mixes-of-all-time-68571/mary-anne-hobbs-bbc-radio-1-breezeblock-dubstep-warz-2006-156392/>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Brewster, B., & Broughton, F. (2014). *Last night a DJ saved my life. The history of the disc jockey*. Grove Press.
- Casanova, P. (2020, 13 de mayo). ¿Por qué el derecho de autor debería permitir la libre e ininterrumpida transmisión de DJ sets vía redes sociales? *La Ley*. <https://laley.pe/art/9700/por-que-el-derecho-de-autor-deberia-permitir-la-libre-e-ininterrumpida-transmision-de-dj-sets-via-redes-sociales>
- Cavero Safra, E. (2012). Entre el huevo o la gallina y la planchada o la camisa: introducción al análisis económico de la propiedad intelectual. *Themis. Revista de Derecho*, (62), 123-141. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9016>
- Constitución Política del Perú [Const.]. Arts. 2-3 y 4ª disposición final y transitoria. 29 de diciembre de 1993 (Perú). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682678>
- Decreto Legislativo 822 de 1996. Ley sobre el Derecho de Autor. 23 de abril de 1996. Diario oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H770838>

- Decreto Supremo 053-2017-PCM. Por medio del cual se aprueba el Reglamento del Registro Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos, contemplado en el Decreto Legislativo 822, Ley sobre el Derecho de Autor. 2017, 18 de mayo. Diario oficial El Peruano. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1669714/DS%20053-2017-PCM.pdf.pdf?v=1613083379>
- Derecho de autor, para autores. Remix. (s. f.). *Espacio de trabajo*. <http://espaciodetrabajo.com.ar/derecho/remix.html>
- Díaz Hernández, M. (2015, 15 de julio). *El derecho al remix en el copyright: María Kodama vs. El Aleph engordado*. Hipertextual. <https://hipertextual.com/2015/07/derecho-al-remix-copyright>
- Díez Alfonso, A. (2012). Disc-jockey de autor. *PEI Revista de propiedad intelectual*, (40), 13-38.
- Dusollier, S. (2011, 2-6 mayo). *Estudio exploratorio sobre el derecho de autor y los derechos conexos y el dominio público* [Anexo de la séptima sesión]. Comité de desarrollo de la propiedad intelectual de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, Suiza. https://www.wipo.int/meetings/es/doc_details.jsp?doc_id=161162
- Gasser, U., & Ernst, S. (2006). From Shakespeare to DJ Danger Mouse: A quick look at copyright and user creativity in the digital age. *Berkman Center Research Publication*, (2006-05). <https://ssrn.com/abstract=909223>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2014). *Precedentes y normativa del Indecopi en propiedad intelectual. Compendio de normas legales de propiedad intelectual*. https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/7754/643_ECP_Precedente_normativa_Indecopi_DA.pdf?sequence=3&isAllowed=y
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (s. f.). *Solicitud de registro de software y base de datos*. <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/1307276-formulario-de-solicitud-de-registro-de-software-y-base-de-datos-dda>
- Keyes, J. M. (2004). Musical musings: The case for rethinking music copyright protection. *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, 10, 407-444. https://pdfs.semanticscholar.org/eddb/111a156ff011abd7831d64d155b59d0f8732.pdf?_ga=2.80196240.685672796.1612999274-383349443.1611702917
- Kresalja R., B. (2014). El trato de excepción a la enseñanza en el derecho de autor. *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, (10), 145-202. <http://www.anuarioandino.com/Anuarios/Anuario10/Art06/ANUARIO%20ANDINO%20ART06.pdf>
- Maraví Contreras, A. (2010). *Breves apuntes sobre el problema de definir la originalidad en el derecho de autor* [Cuaderno de trabajo n.º 16]. Centro de Investigación,

Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho de la PUCP. <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/46738>

- Melo Sarmiento, G. (2015). Libertad de expresión y derecho de autor: distintas aproximaciones, un solo problema verdadero. *Revista iberoamericana de derecho de autor*, (15), 108-125. https://cerlalc.org/wp-content/uploads/publicaciones/odai/PUBLICACIONES_ODAI_%20Revista-Iberoamericana-de-Derecho-de-Autor-15_v1_010615.pdf
- Pacón, A. M. (2003). La protección del derecho de autor en la comunidad andina. En *Derecho Comunitario Andino* (pp. 299-310). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Paor-Evans, A. (2020, 27 de noviembre). *Clubbing at home: how live streaming made DJ sets more inclusive*. The Conversation. <https://theconversation.com/clubbing-at-home-how-live-streaming-made-dj-sets-more-inclusive-149931>
- Pasquel, E. (2004). Una visión crítica de la propiedad intelectual: por qué eliminar las patentes, los derechos de autor y el subsidio estatal a la producción de información. *Revista de Economía y Derecho*, 1(3), 61-76. <https://www.scribd.com/document/380677974/Una-Vision-Critica-de-La-PI>
- Pote, M. A. (2010). Mashed-up in between: the delicate balance of artists' interests lost amidst the war on copyright. *North Carolina Law Review*, 88, 639-693. <https://www.semanticscholar.org/paper/Mashed-up-in-Between%3A-The-Delicate-Balance-of-Lost-Pote/31f28e493c10b175814d53e21e6471300f2f008d?p2df>
- Ravenscraft, E. (2014, 10 de abril). *The three key steps to creativity: copy, transform, and combine*. Lifehacker. <https://lifehacker.com/the-three-key-steps-to-creativity-copy-transform-and-1561711228>
- Real Márquez, M. (2001). *El requisito de la originalidad en los derechos de autor*. Portal Internacional de la Universidad de Alicante sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Sociedad de la Información.
- Resolución 0286-1998-TPI-INDECOPI [Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual]. Por la cual se constituye precedente de observancia obligatoria en cuanto al requisito de originalidad contenido en el artículo 3 de la Decisión 351 concordado con el artículo 2 del Decreto Legislativo 822. 23 de marzo de 1998. <https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/4505>
- Resolución 0148-2008-TPI-INDECOPI [Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual]. Por la cual se analiza el requisito de originalidad en virtud de una solicitud de registro de obra artística en materia de Derecho de Autor. 15 de enero del 2008.

- Resolución 0436-2013/TPI-INDECOPI [Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual]. Por la cual se resuelve sobre la originalidad en los catálogos y compendios en virtud de una solicitud de registro de obra artística en materia de Derecho de Autor. 2 de octubre del 2013.
- Resolución 0958-2020/DDA-INDECOPI [Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual]. Por la cual se determina si procede o no inscribir el registro de compilación en el Registro Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos. 26 de octubre del 2020.
- Rodríguez García, G. (2008). *¿El fin de la historia para la propiedad intelectual?* *Themis. Revista de Derecho*, (55), 297-307. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9239>
- Tamayo Yañez, S. M. (2015). *Derecho de acceso a la cultura e interpretación judicial en derechos de autor* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio de Tesis PUCP. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/6882>
- Tribunal Constitucional. Sentencia 0009-2018-PI/TC del 2020 (S. R. Flavio Reátegui Apaza: 2 de junio del 2020). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00009-2018-AI.pdf?fbclid=IwAR2f6Bc0ZjUdqhjuxvwwXe7SGpPYRkFDcSg98ts1N514CvJUwgyeWVANupc>
- The Groove Cartel. (2019). *IMS business report 2019. An annual study of the electronic music industry*. International Music Summit. <https://thegroovecartel.com/news/international-music-summit-ims-ibiza-2019-business-report/>
- White, D. (2020, 20 de marzo). *Livestreaming DJ sets in 2020: a complete how-to guide*. DJ Techtools. <https://djtechtools.com/2020/03/24/livestreaming-dj-sets-in-2020-a-complete-how-to-guide/>

REFLEXIONES SOBRE LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD ELECTRÓNICA EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

RAÚL JUNIOR SOTELO DAL PONT*
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 17 de marzo del 2024 / Aceptado: 3 de abril del 2024

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2024.n058.7015>

RESUMEN. El presente artículo desarrolla un sucinto análisis sobre la manifestación de la voluntad como elemento esencial del acto jurídico y la forma en que se pueda expresar a través de medios electrónicos y telemáticos dentro del ordenamiento jurídico peruano. En tal sentido, la investigación inicia con una breve disertación sobre el rol de la manifestación de la voluntad en la creación de actos jurídicos patrimoniales. Por ese motivo, se introducen las modificaciones precisadas por la Ley 27291 a los artículos 141 y 1374 del Código Civil peruano. Ello permite la manifestación de la voluntad con medios electrónicos e inserta al acuse de recibo como forma de recepción, así como incorpora el artículo 141-A respecto de las formalidades prescritas legalmente materializadas mediante sistemas electrónicos de seguridad. El autor reflexiona sobre los argumentos planteados al momento de debatir dicha modificación al Código Civil y la importancia de su aprobación para el desarrollo de la contratación electrónica en el Perú.

PALABRAS CLAVE: manifestación de la voluntad / medios electrónicos / contratación electrónica / sociedad de la información / derecho civil / comercio electrónico

* Master of Laws (LL.M.) con mención en Business Law por Duke University School of Law. Abogado por la Universidad de Lima con mención *summa cum laude*. Con experiencia en las áreas de derecho corporativo, administrativo y regulatorio. Se ha desempeñado como asociado corporativo en Desarrollo Regulatorio S. A. C. (DERESAC).

REFLECTIONS ON THE ELECTRONIC MANIFESTATION OF THE WILL IN THE PERUVIAN CIVIL CODE

ABSTRACT. This article develops a brief analysis of the manifestation of the will as an essential element of the legal act and how it can be manifested through electronic and telematic means within the Peruvian legal system. In this sense, the article begins with a brief dissertation on the role of the manifestation of the will in the creation of patrimonial legal acts, in order to later present the modifications established by Law No. 27291 to Articles 141 and 1374 of the Peruvian Civil Code, allowing the manifestation of the will by electronic means and introducing the acknowledgement of receipt as a form of reception, as well as the incorporation of Article 141-A regarding the legally required formalities materialized by means of electronic security systems. The author reflects on the arguments raised at the time of the debate on this amendment to the Civil Code and how its approval was crucial for the development of electronic contracting in Peru.

KEYWORDS: manifestation of will / electronic means / electronic contracting / information society / civil law / e-commerce

1. INTRODUCCIÓN

En 2021 inicié una investigación académica para optar por el título de abogado en la Universidad de Lima. Ese estudio se denominó *La conveniencia de regular la responsabilidad solidaria de los titulares de plataformas digitales en las relaciones de consumo* y fue sustentada exitosamente dos años después. Básicamente, en dicho trabajo formulé la tesis de que resultaba conveniente regular ciertos aspectos de las relaciones electrónicas de consumo que ocurrían en las plataformas digitales de intermediación a fin de incentivar el desarrollo del comercio electrónico en el Perú.

Con el presente artículo no pretendo resumir el análisis realizado en dicha tesis ni las propuestas planteadas al final de ella. Por el contrario, he tomado un capítulo que considero sumamente importante para plantear una línea de partida para el lector interesado en el comercio electrónico y la contratación mediante medios electrónicos. Este apartado se refiere a la inclusión de la contratación electrónica en el Código Civil peruano y el análisis previo con respecto a la manifestación de la voluntad.

Como se conoce, el comercio es una actividad humana que se encuentra en constante evolución. Si nos preguntáramos cuáles eras las costumbres comerciales veinte años atrás en el tiempo, las respuestas se encontrarían probablemente desfasadas hoy. Definitivamente, en la actual sociedad globalizada e interconectada que vivimos, estamos experimentando de forma constante la transición de un mercado tradicional a uno digitalizado, en el cual los medios electrónicos son nuestras llaves a un mundo virtual con muchas más opciones de productos y servicios.

El Perú no es la excepción. Si bien es cierto que dicha transición avanza lentamente, desde hace varios años el comercio electrónico se ha insertado de forma gradual en las preferencias comerciales de los usuarios. Ello se debe a que esta alternativa al comercio tradicional ofrece múltiples facilidades para empresarios y consumidores. Así, esta creciente en el uso del comercio electrónico, como mecanismo para adquirir bienes y servicios de manera electrónica, ha tenido efectos fundamentales en el desarrollo de los modelos de negocio propio de este tipo de comercio, entre ellos las plataformas digitales de intermediación. Estos espacios virtuales, básicamente, son las nuevas empresas emergentes (*startup*) que aparecen constantemente en el mercado, las cuales facilitan el acercamiento a bienes y servicios de interés de los consumidores de manera directa.

Pero ¿cómo es que funcionan las relaciones comerciales en estas plataformas? ¿Cómo es que el comercio puede expresarse a través del internet? La respuesta se encuentra básicamente en la materialización de contratos que utilizan medios electrónicos. Esta modalidad es permitida por el Código Civil después de la promulgación de la Ley 27291 en 2000, que modificaría diversos artículos respecto del acto jurídico y específicamente de la manifestación de la voluntad.

El presente artículo se encuentra dividido en dos partes. La primera desarrolla brevemente la manifestación de la voluntad y su rol en el perfeccionamiento de los contratos. La segunda parte se enfoca en reseñar las modificaciones al Código Civil peruano que permitieron la manifestación de la voluntad a través de medios electrónicos.

2. BREVE RESEÑA DE LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS

El acto jurídico es aquella manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir una relación o situación jurídica determinada. Así pues, los actos jurídicos pueden versar sobre diferentes contenidos del derecho privado, como materia de familia, de sucesiones, de derechos sustantivos y también pueden versar sobre contenido patrimonial, en cuyo caso será denominado contrato. La definición jurídica y las características del acto jurídico se encuentran desarrolladas en el artículo 140 del Código Civil peruano promulgado en 1984:

Artículo 140.- Noción de acto jurídico: elementos esenciales

El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez requiere:

1. Agente capaz.
2. Objeto física y jurídicamente posible.
3. Fin lícito.
4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

El elemento clave al momento de discutir sobre un acto jurídico es la manifestación de voluntad. Aunque no es el único elemento que necesita el acto jurídico para ser válido y surtir efectos, quizás sea el más representativo y esencial. El mismo artículo lo refiere así al definir al acto jurídico como una manifestación de voluntad humana con un objetivo determinado. Dicho concepto es lo que diferencia al acto jurídico de un simple hecho con efectos jurídicos.

Como menciona el destacado jurista Fernando Vidal Ramírez en sus comentarios al Código Civil de 1984,

para que un acto jurídico sea considerado como tal requiere contar con voluntariedad, es decir, que el acto sea producto de la voluntad humana. Sin embargo, la voluntad en sí misma no es suficiente para formar el acto, sino que esta debe ser manifestada oportunamente, pues si es que la voluntad no llega a ser manifestada no se podrá formar un acto jurídico. La manifestación responde así a la intención del sujeto de querer lograr los efectos buscados, de esta manera se crea una conexión entre lo manifestado y lo querido. (*Código Civil comentado*, 2010, p. 464)

Esta manifestación debe ser exteriorizada de la voluntad interna del sujeto para formar el acto jurídico. De acuerdo con la teoría tradicional, la manifestación de la voluntad es el resultado de un proceso formativo de la voluntad entendida como concepto jurídico. Este proceso consiste en dos etapas: la primera, subjetiva, en la que se forma una voluntad al interior del sujeto, y una segunda, donde la voluntad formulada se exterioriza oportunamente y surte plenos efectos (*Código Civil comentado*, 2010, p. 468).

En el contrato se hallan dos momentos distintos donde las partes exteriorizan su voluntad como anticipo al contrato que buscan celebrar. De acuerdo con nuestro Código Civil, estas dos manifestaciones son la oferta y la aceptación¹.

La oferta es el primer hito en el proceso de conclusión de un contrato. Aunque existen diferentes posiciones respecto a su definición y lo que la diferencia de otras figuras, como la policitación o la propuesta, entendemos por oferta a aquella manifestación de la voluntad, emitida por el oferente, mediante la cual se propone a persona determinada la conclusión de un contrato. La doctrina coincide en que la oferta debe cumplir con cinco requisitos para ser dotada de validez: a) que sea completa, b) que contenga la intención de contratar, c) que sea conocida por el destinatario, d) que contenga la determinación del oferente y e) que observe la forma exigida, si fuera el caso (De la Puente y Lavalle, 2017, pp. 384-386). En otras palabras, se considerará oferta a aquella manifestación de la voluntad que proponga un contenido preliminar suficiente del futuro contrato, que explícitamente manifieste la intención de concluir el contrato con la aceptación del destinatario, que sea conocida por el destinatario —pues solo ante este podrá surtir efectos jurídicos—, que contenga claramente la identificación del oferente y que siga con la observancia de la forma requerida para los contratos solemnes.

Por su parte, la aceptación es aquella manifestación de la voluntad emitida por el destinatario de la oferta, y dirigida al oferente, mediante la cual se busca comunicar la conformidad con los términos de la oferta (De la Puente y Lavalle, 2017, p. 397). De acuerdo con el artículo 1373 del Código Civil, anteriormente mencionado, en el preciso momento que la aceptación es conocida por el oferente, el contrato queda perfeccionado y comienza a surgir sus efectos jurídicos. Es decir, con la sola declaración del destinatario donde se comunica la aceptación de la oferta, se concluye el contrato, sin necesidad u oportunidad de que el oferente intervenga.

Al igual que la oferta, la aceptación también requiere cumplir con ciertos requisitos mínimos para que sea dotada de validez jurídica. La doctrina los clasifica en cinco: a) que sea congruente con la oferta, b) que sea oportuna, c) que sea dirigida al oferente, d) que contenga la intención de contratar y e) que guarde la forma requerida (De la

1 Artículo 1373.- Perfeccionamiento del contrato. El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente.

Puente y Lavalle, 2017, pp. 397-399). En otros términos, se considera como aceptación a aquella manifestación de la voluntad que se pronuncie congruentemente y coincida favorablemente respecto a la oferta dirigida por el ofertante, que sea oportuna en el tiempo —emitida dentro del plazo establecido en la oferta—, que sea dirigida al oferente como destinatario, que tenga la intención explícita de querer concluir el contrato y que siga la forma prescrita por la ley para los contratos solemnes o la establecida por el ofertante conforme permite el Código Civil.

Conforme a todo lo anterior, entendemos que existen dos manifestaciones de la voluntad esenciales para que se perfeccione el contrato y pueda conseguir los efectos deseados. La oferta es emitida por el ofertante y busca una adhesión del destinatario a una propuesta contractual, mientras que la aceptación es la declaración de conformidad con los términos de la oferta que materializa y da origen al contrato como acto jurídico patrimonial.

3. LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD A TRAVÉS DE MEDIOS ELECTRÓNICOS

El texto original del artículo 141 del Código Civil peruano, promulgado en 1984, precisaba lo siguiente respecto de la manifestación de voluntad:

Artículo 141.- La manifestación de la voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se formula oralmente, por escrito o por cualquier otro medio directo. Es tácita, cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia. No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige la declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

De acuerdo con el artículo, la manifestación de la voluntad se puede expresar de dos maneras: expresa o tácitamente. Por una parte, será expresa cuando esta se formule de manera oral, por escrito, o a través de cualquier “medio directo”. Por otra parte, la manifestación será tácita cuando la voluntad del sujeto se pueda inferir indubitablemente de su conducta. Adicionalmente, el artículo esclarece que la manifestación no podrá expresarse de manera tácita cuando la ley lo prohíba expresamente o cuando las partes contratantes lo hayan pactado en contrario.

Hasta este punto, en concordancia con el texto original, no habría posibilidad alguna para que los actos jurídicos celebrados, que utilizan medios electrónicos o telemáticos, tengan reconocimiento jurídico, puesto que el Código Civil solo reconoce dos formas de manifestar la voluntad. Sin embargo, esta situación cambiaría abruptamente en 2000, inicio del nuevo milenio y del siglo XXI. En ese año, se promulgaron diversas normas que modificarían la visión tradicional de la legislación peruana en materia de acto jurídico y que abrirían la puerta al reconocimiento jurídico de la contratación electrónica en el Perú.

De acuerdo con el entonces legislador Muñiz Ziches (2021, p. 18), la redacción original del artículo 141 precisaba una inexacta diferencia entre el medio y la forma para expresar la manifestación de la voluntad. En un primer momento, el artículo mencionaba que la manifestación de la voluntad podía materializarse de dos modos: "Puede ser expresa o tácita"; no obstante, en una segunda oración, se resaltaba que dentro de la primera modalidad existen medios para expresarla: "Oralmente, por escrito, o por cualquier otro medio directo". En el caso de la segunda modalidad —tácita—, se presume la voluntad del sujeto de acuerdo con la actitud que toma y las acciones que realiza en un determinado momento.

En ese sentido, de la redacción original se entiende que la manifestación de la voluntad tiene dos modalidades y, a su vez, en el caso de la modalidad expresa, se puede declarar a través de tres medios: escrito, oral u otro medio directo.

En palabras de Muñiz (2021), la redacción de este artículo no era coherente:

Esta apreciación no era la correcta, toda vez que la manifestación oral o escrito no es un medio para transmitir la voluntad, sino una forma de hacerlo. Siendo así, el medio para transmitir la voluntad se refiere al soporte en el cual se va a materializar esta manifestación de voluntad, pudiendo ser por medio manuscrito (papel), mecánico (texto escrito en un computador), o electrónico (correo electrónico por Internet). (p. 18)

Si bien un sector de la doctrina nacional consideraba la redacción del artículo suficiente e interpretable, la cual permitía implícitamente la utilización de medios electrónicos, otro sector consideraba que no era lo suficientemente explícito. En esa línea, en junio del 2000, se promulgó la Ley 27291, la cual modificaba la redacción del artículo 141 del Código Civil. Con dicha modificación se precisarían las formas de manifestación de la voluntad y se ampliaría su enfoque para permitir la manifestación de la voluntad a través de medios electrónicos. La nueva redacción del artículo 141, vigente hasta el día de hoy, es la siguiente:

Artículo 141.- Manifestación de voluntad

La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita, cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

En nuestra opinión, con esta modificación se zanjó cualquier interpretación contraria respecto de la posibilidad de manifestar la voluntad a través de medios distintos a los tradicionales. De acuerdo con la actual redacción, los sujetos pueden manifestar su voluntad de forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo (por ejemplo, un contrato celebrado entre comprador y vendedor de manera oral en una tienda de

abarrotos), medio manual (la manifestación de voluntad de una persona sordomuda a través de signos mímicos), medio mecánico (la manifestación de la voluntad de una persona usando una máquina de escribir) y medio electrónico (las transacciones realizadas por internet o a través de redes EDI²).

Asimismo, la última frase de la oración modificada “u otro análogo” deja abierta la posibilidad de que la manifestación de la voluntad se pueda adaptar a los futuros medios que ahora no conocemos. Sin duda, se considera esta modificación como un acierto legislativo que toma en cuenta la velocidad con la que avanza la tecnología y el comercio electrónico.

Como menciona Soto (2005, p. 185), la prescripción expresa sobre que la manifestación de la voluntad pueda realizarse a través de medios electrónicos hizo posible que las declaraciones realizadas por estos medios sean completamente válidas y eficaces. De esta forma, no existe impedimento alguno para que se contrate a través de medios electrónicos, como el correo electrónico, las páginas web o los chats.

La Ley 27291 también agregó un nuevo artículo al Código Civil, nominado 141-A. Este nuevo artículo buscaba detallar que, en aquellos casos en los que la ley exija alguna formalidad expresa para la manifestación de la voluntad, esta podría ser generada y comunicada por medios electrónicos o análogos. De este modo, otorga validez a los mecanismos de seguridad en el comercio electrónico. El artículo agregado es el siguiente:

Artículo 141-A.- Formalidad

En los casos en los que la ley establezca que la manifestación de voluntad debe hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, esta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo.

Tratándose de instrumentos públicos, la autoridad competente deberá dejar constancia del medio empleado y conservar una versión íntegra para su ulterior consulta.

De acuerdo con el *Código Civil comentado* (2010, p. 476), este artículo busca proteger los actos jurídicos celebrados a través de medios electrónicos, específicamente aquellos supuestos en los que la ley prescribe como formalidad del acto jurídico que el documento sea firmado o requiera otra formalidad expresa. En estos casos, la firma o cualquier otra formalidad requerida podrá ser generada por medios electrónicos y tendrá plena validez. Por otro lado, cuando se trate de instrumentos públicos, la autoridad que los emita deberá dejar constancia del medio empleado y deberá conservar la versión original para una posterior consulta acerca de su autenticidad.

2 Siglas de *electronic data interchange* (intercambio electrónico de datos). Son redes electrónicas privadas, como el extranet o la intranet.

Con estas nuevas disposiciones en el Código Civil, el derecho civil peruano reconoció la manifestación de la voluntad a través de medios electrónicos y análogos, lo que dio cabida y validez jurídica a miles de contratos celebrados dentro de la red. Incluso, en el caso de aquellos en los que se requiere una formalidad para su validez, como una firma escrita, el derecho permite que esta formalidad sea generada a través de medios electrónicos. Esto sería posible gracias a la promulgación de la Ley 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales.

Sin embargo, estas no fueron todas las modificaciones realizadas por la Ley 27291. Como última medida, la citada norma modificó el artículo 1374 del Código Civil, referido a la teoría del conocimiento en la denominada contratación entre ausentes. En realidad, más que una modificación se adicionó un nuevo párrafo al artículo, que alude a los supuestos de contratación con el uso de medios electrónicos. La redacción original del artículo 1374 indicaba lo siguiente:

Artículo 1374.- La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que éste pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

Este artículo debe leerse sistemáticamente junto con el artículo 1373, ya que hacen referencia a la teoría adoptada por el legislador respecto a cuándo y dónde se consideran celebrados los contratos que carecen de una comunicación inmediata.

Históricamente, el Código Civil peruano de 1936 distinguía a los contratos en dos tipos: los celebrados entre partes presentes y los celebrados entre partes ausentes. Se hizo esta división puesto que, en los contratos entre ausentes —es decir, entre partes que se encuentran físicamente situadas en lugares distintos y que no tiene comunicación inmediata—, es difícil determinar el momento y el lugar en el que se ha celebrado el contrato. Estos elementos son esenciales en el supuesto negado que se deba discutir alguna controversia en torno al contrato, por lo que es importante que ambas partes los tengan claramente definidos.

Por su lado, en el caso de los contratos entre presentes, al negociarse y perfeccionarse en el instante debido que las partes están en comunicación inmediata, no existe mayor controversia respecto al lugar y momento de formalización del contrato. Como menciona el artículo 1373 del Código Civil, el contrato se perfecciona en el preciso momento en que la aceptación es conocida por el oferente. Cuando las partes se encuentran juntas físicamente, estas pueden ofertar, contraofertar y aceptar la oferta en cuestión de segundos, lo que perfecciona el contrato en ese instante.

Sin embargo, el Código Civil vigente rechazó esta clasificación y la reemplazó por la de contratos celebrados por comunicación inmediata y contratos celebrados sin

comunicación inmediata. Así, De la Puente y Lavalle (2017) señala que “una observación más atenta de la realidad puso de manifiesto que la comunicación inmediata no estaba necesariamente vinculada a la presencia ni a la falta de esa comunicación a la ausencia” (p. 406). En efecto, nada garantiza que una negociación entre dos presentes sea necesariamente de comunicación inmediata. Imaginemos el caso de dos personas que se encuentran frente a frente, pero hablan distintos idiomas, o el caso de que una de las personas sea sordomuda y la otra no, o que la negociación se lleve por escrito y que uno de los sujetos no sepa leer. Evidentemente, en estos supuestos no servirá de nada que los sujetos estén en el mismo lugar, puesto que no podrán negociar ni celebrar el contrato de manera inmediata (De la Puente y Lavalle, 2017, p. 406).

Asimismo, es posible también que la comunicación entre dos personas que se encuentran en lugares distintos sea de manera inmediata. Imaginemos a dos empresarios, uno se encuentra en Perú y el otro se encuentra en Colombia, ambos pueden negociar y celebrar un contrato de inmediato vía llamada telefónica. Más aún, teniendo en cuenta los avances tecnológicos actuales y las costumbres contractuales, los empresarios podrían cerrar una negociación mediante una videollamada desde sus celulares personales usando la plataforma Zoom, o vía chat usando WhatsApp. Esta clasificación, introducida por el vigente Código, busca lo mismo que su antecesora, diferenciar los contratos celebrados sin comunicación inmediata de los que sí la tienen, con el objetivo de regularlos específicamente. En ese sentido, existe un tiempo considerable entre el envío de la oferta y su recepción y posterior aceptación. Por esa razón es necesario regular ciertas reglas para determinar el momento y lugar de celebración del contrato.

Al respecto, la doctrina reconoce cuatro principales teorías sobre la formación del contrato: de la declaración, de la expedición, de la recepción y del conocimiento (Soto, 2005, p. 175). De la lectura sistemática de los artículos 1373 y 1374 del Código Civil, anteriormente citados, queda claro que el derecho peruano ha adoptado una teoría mixta, pues en un primer momento afirma que el contrato quedará perfeccionado “en el momento y lugar en que la aceptación es conocida”, conforme señala la teoría del conocimiento. No obstante, el siguiente artículo precisa que cualquier declaración contractual se considerará conocida “en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla”.

En otras palabras, se adopta inicialmente la teoría del conocimiento, por la cual se entenderá perfeccionado el contrato con el conocimiento de la aceptación; sin embargo, se presumirá que el ofertante ha entrado en conocimiento de la aceptación cuando la comunicación llegue a su dirección. Esta presunción establecida en la ley es una *iuris tantum* o relativa, es decir, una presunción que crea el derecho mediante ley pero que

puede ser destruida por una prueba en contrario, de modo que la presunción solo será eficaz mientras que no se demuestre su falsedad o inexactitud.

De acuerdo con De la Puente y Lavalle (2017), esta teoría mixta adoptada por el Código Civil se inspira muy de cerca del sistema adoptado por el Código Civil italiano, aceptado además por la doctrina más moderna. Esta posición encuentra que la teoría de la recepción, aplicada subsidiariamente, “corrige los inconvenientes de la teoría de la cognición” o del conocimiento (p. 411).

Así pues, queda claro que, en el ejemplo del sujeto A que circula una oferta contractual al sujeto B mediante una carta dirigida a su domicilio, dicha oferta ha sido conocida por el sujeto B en el momento que esta llegue a su domicilio. Por lo tanto, a partir de dicho momento surtirán efecto las condiciones de la oferta, así como el plazo para aceptarla. Asimismo, cuando el sujeto B decida emitir la aceptación a dicha oferta y la envíe mediante carta al domicilio del sujeto A, se entenderá que la aceptación es conocida por el sujeto A en el momento que llegue esta carta a su casa, momento desde el cual el contrato quedará perfeccionado. Sin perjuicio de ello, el sujeto A podría alegar ante un juez que no conoció de dicha aceptación hasta días después, para lo cual deberá presentar los medios probatorios que eliminen la presunción establecida por la ley.

En ese sentido, habiendo entendido el sentido del artículo 1374 del Código Civil peruano analizaremos el párrafo agregado mediante la Ley 27291, el cual es el siguiente:

Artículo 1374.- La oferta su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas ... Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo [énfasis añadido].

El párrafo adicionado hace referencia a los supuestos en los que se celebren contratos a través de medios electrónicos, conforme los artículos previamente modificados. En dichos casos, se presumirá la recepción de la declaración contractual (oferta, contraoferta, aceptación) cuando el remitente reciba el conocido acuse de recibo.

De acuerdo con el legislador, la redacción original del artículo 1374 no contemplaba la posibilidad de que las reglas para los contratos sin comunicación inmediata puedan aplicarse a los supuestos en los que estos contratos se celebren utilizando medios electrónicos. De hecho, por defecto, toda relación comercial celebrada utilizando medios electrónicos califica como una contratación sin comunicación inmediata o entre ausentes, principalmente porque existe un tiempo considerable entre el momento en que se envía la oferta y el momento en que el destinatario toma conocimiento de la misma (Muñiz Ziches, 2021, p. 19). En ese sentido, la norma establece que en las transacciones electrónicas —celebradas por correo electrónico o en páginas web— se entenderán

jurídicamente perfeccionadas cuando el aceptante reciba el acuse de recibo de que su declaración contractual ha sido recibida por el oferente.

Pero ¿qué debemos entender por acuse de recibo? De acuerdo con Muñiz Ziches (2021, p. 20), el acuse de recibo es una figura utilizada dentro de los usos y costumbres del comercio electrónico —principalmente en la comunicación mediante correo electrónico—, el cual consiste en un sistema facultativo que habilita al servidor del correo electrónico para que emita una confirmación de recepción o apertura del mensaje al remitente del correo. Este mecanismo de acuse de recibo puede ser automatizado, de manera que estaría activado cada vez que el usuario reciba un correo electrónico. En dicho momento, el sistema envía una confirmación de recepción del correo electrónico, por lo que el remitente —oferente o aceptante— podrá saber que su mensaje ha sido recibido por su destinatario.

Por su parte, Soto (2005, p. 187) define el acuse de recibo como un sistema tecnológico que puede ser activado automáticamente en los correos electrónicos. Gracias a este es posible determinar con exactitud cuándo un mensaje de datos que contiene una oferta o una aceptación está siendo abierto y, por ende, ha sido conocido por el destinatario. Así, con este sistema, podemos saber cuándo una declaración contractual realizada por un medio electrónico ha sido recibida, pero también cuándo ha sido conocida, pues se aplica la presunción del artículo mencionado del Código Civil.

4. CONCLUSIONES

A modo de resumen, creemos que las modificaciones mínimas realizadas por la Ley 27291 fueron idóneas y permitieron expresamente que se desarrolle la contratación electrónica en el Perú, sin dejar este fenómeno a la libre interpretación de las normas jurídicas. Para comprobar este punto podemos imaginar un caso típico de contratación electrónica.

Imaginemos una empresa peruana que se dedica a la venta de computadoras portátiles y artículos afines a estos bienes. La empresa decide comercializar sus productos utilizando internet, para lo cual crea una página web y promociona sus productos por las redes sociales más populares. Asimismo, la empresa se pone en contacto con diversas empresas fabricantes de computadoras y *hardware*, marcas de *software* de antivirus, marcas de videojuegos para computadoras, entre otras, con el objetivo de adquirir sus productos y venderlos a sus clientes en paquetes como parte de su giro de negocio.

En el caso de que un joven estudiante entre a dicho portal web de la empresa y quiera comprar una computadora portátil, lo único que deberá hacer es elegir el producto que desea, las especificaciones técnicas que mejor le convengan y agregarlo al carrito virtual de la página web que selecciona los productos que serán adquiridos. La empresa está

claramente manifestando su voluntad de vender sus productos al ofrecerlos al público en forma de catálogo dentro de su página web, una de las formas de la contratación masiva.

Por su parte, el joven estudiante manifestará su voluntad de aceptación de la oferta contractual al seleccionar los productos, ponerlos en el carrito de compra, posteriormente hacer clic en el botón de comprar y declarar todos sus datos personales y bancarios para hacer el pago correspondiente. Gracias a la vigente redacción del artículo 141 del Código Civil, queda claro que el consumidor y el vendedor han manifestado su voluntad utilizando medios electrónicos, la misma que ha buscado dar origen a un contrato de compraventa, el mismo que no podrá ser desconocido por las partes ni por un juez.

Mencionamos que la empresa a su vez se había puesto en contacto con diversas empresas que fabricaban y comercializaban productos de interés para su giro de negocio. Imaginemos que la empresa se pone en contacto, vía correo electrónico, con las demás empresas con el objetivo de comprar *hardware* para sus computadores, como mouses, teclados, impresoras, monitores, etcétera; y *software* como programas de antivirus, programas de productividad como Office, o videojuegos.

En este supuesto de contratación electrónica, la manifestación de la voluntad se mostraría vía correo electrónico, donde la parte ofertante haría llegar su propuesta de honorarios adjunta al mensaje de correo. Posteriormente, en caso todo esté conforme, la contraparte podría manifestar su aceptación vía otro mensaje de correo, el cual surtiría efectos una vez que llegué a la bandeja de entrada de la empresa compradora y se emita automáticamente el acuse de recibo, conforme señala el artículo 1374 del Código Civil.

Finalmente, imaginemos que, meses después de abastecerse, la empresa se percató que tiene varios computadores de generaciones pasadas que no lograron vender y que, debido a su antigüedad, muy difícilmente lograrán vender. Por esta razón, deciden donar un lote de veinte computadoras a un colegio rural en el Cusco, con el fin de que los alumnos puedan mejorar su aprendizaje en temas digitales.

Como sabemos, de acuerdo con el Código Civil³, la donación de bienes muebles que superen cierto monto de dinero requiere ser celebrada mediante documento escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad del acto jurídico. Es posible que, sin la existencia del artículo 141-A, se ponga en duda respecto a si esta formalidad pueda ser cumplida utilizando medios electrónicos. Posiblemente ello dependería en exclusiva de la interpretación de un juez civil —probablemente lego en materia de contratación electrónica—, lo cual podría crear problemas de interpretación y de validez al acto jurídico.

3 Artículo 1624.- Si el valor de los bienes muebles excede el límite fijado en el artículo 1623, la donación se deberá hacer por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad. En el instrumento deben especificarse y valorizarse los bienes que se donan.

Sin embargo, gracias al artículo 141-A, la empresa podría realizar la donación sin problema y sin tener que estar presencialmente en el mismo lugar que el donatario. El contrato de donación podría hacerse enteramente de manera electrónica, ambas partes podrían elaborarlo y corregirlo mediante una videoconferencia y posteriormente firmarlo utilizando una firma digital, la cual otorgará validez al acto.

La firma digital es otorgada por una entidad de certificación, supervisada por el Indecopi, la cual permite otorgar una seguridad mayor a la de una firma manuscrita al documento contractual. De esta manera, se habría cumplido con la formalidad prevista por la ley, ya que actualmente existen los mecanismos electrónicos para otorgar certeza a un documento privado.

Como conclusión, sostenemos que las modificaciones realizadas al Código Civil en materia de contratación electrónica han sido —y son— importantes para nuestra legislación. Ello se debe a que actualizaron oportunamente los criterios jurídicos pertinentes para que no exista duda alguna —en caso de controversia— sobre la validez jurídica de estas relaciones comerciales que el día de hoy abundan e incluso superan a las tradicionales.

REFERENCIAS

- Código Civil. Decreto Legislativo 295 de 1984. 25 de julio de 1984 (Perú). https://spijlibre.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/Codigo-Civil.pdf
- Código Civil comentado. Tomo VI. Derecho de obligaciones (3.ª ed.). (2010). Gaceta Jurídica.
- De la Puente y Lavalle, M. (2017). *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil* (t. I). Palestra.
- Ley 27291 del 2000. Ley que modifica el Código Civil permitiendo la utilización de los medios electrónicos para la manifestación de voluntad y la utilización de la firma electrónica. 24 de junio del 2000. Diario oficial *El Peruano*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/356832/NORMA_1887_Ley_27291.pdf?v=1567090743
- Muñoz Ziches, J. (2021). Derecho mercantil: cambios legislativos del Perú en la era digital. *Foro Jurídico*, (19), 17-30. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/24720><https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/24720>
- Soto, C. (2005). *Transformación del derecho de contratos*. Editora Jurídica Grijley.

¿MÁS SANCIONES, MENOS CORRUPCIÓN? ALCANCES DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DISCIPLINARIA EN PERÚ

SILVIA FLOR GUEVARA PÉREZ*
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 7 de marzo del 2024 / Aceptado: 15 de abril del 2024

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2024.n058.7360>

RESUMEN. El presente artículo tiene como objetivo analizar si el fortalecimiento de las sanciones administrativas aplicables a los funcionarios y servidores públicos ha contribuido en la reducción de la corrupción en el Perú. Para ello, se brindan alcances sobre la regulación de la responsabilidad administrativa disciplinaria, comprendiendo por esta también a aquella que es de competencia de la Contraloría General de la República. Asimismo, se describen algunas acciones preventivas que se vienen implementando y se comparten las conclusiones del análisis realizado.

PALABRAS CLAVE: corrupción / responsabilidad administrativa disciplinaria / Servir / Contraloría

* Abogada por la Universidad de Lima y egresada de la maestría en Gestión Pública por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Con más de siete años de experiencia en diversas materias de la gestión pública relacionadas al derecho administrativo, municipal y electoral. Ha liderado la ejecución del Proyecto INICAM de la Fundación Konrad Adenauer en Perú, orientado al fortalecimiento de la descentralización, por más de dos años. Tuvo a su cargo el análisis de los resultados del cumplimiento de las entidades del nivel local de los productos que administra la Subgerencia de Prevención e Integridad de la Contraloría General de la República (CGR) y ha sido consultora en materia de descentralización en el Gobierno Regional Metropolitano de Lima. Cuenta con experiencia en docencia en la Escuela Nacional de Administración Pública (ENAP) de la Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir), desde el 2018. Ha elaborado material académico y ha lanzado publicaciones dirigidas al ámbito descentralizado. Como panelista internacional, participó en el XXVII Congreso Internacional del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) sobre reforma del Estado y de la Administración pública.

¿MORE SANCTIONS, LESS CORRUPTION? SCOPE OF DISCIPLINARY ADMINISTRATIVE RESPONSIBILITY IN PERU

ABSTRACT. The objective of this article is to analyze whether the strengthening of administrative sanctions applicable to public officials and servers has contributed to the reduction of corruption in Peru, providing scope for the regulation of administrative disciplinary responsibility that affects them, including this also to that which is the responsibility of the CGR. Likewise, some preventive actions that are being implemented will be described and the conclusions of the analysis carried out will be shared.

KEYWORDS: corruption / disciplinary administrative responsibility / Servir / Contraloría

1. INTRODUCCIÓN

La corrupción y la inconducta funcional habrían ocasionado pérdidas por S/ 24 268 millones (Contraloría General de la República [CGR], 2024), cifra elevada que podría explicar las razones por las que Perú bajó tres puntos en el Índice de Percepción de la Corrupción, pasando del puesto 101 al lugar 121, por lo que ahora se encuentra en el tercio inferior y comparte posición con Angola, Mongolia y Uzbekistán (Proética, 2024).

La cifra indicada coincide con un panorama de inestabilidad política y cambio de la proyección económica para el crecimiento como país, que afecta la imagen a nivel internacional. Esta situación no es sencilla de gestionar, considerando que se ha generado inseguridad jurídica, lo que, a su vez, incide directamente en los posibles inversores que pueden reactivar la economía peruana.

Desde el 2008, el país inició una reforma relacionada al servicio civil; luego, a partir del 2010, se empezaron a implementar algunas medidas con la bandera de lucha contra la corrupción. Algunas de ellas se realizaron por iniciativa de los legisladores, quienes optaron por fortalecer el régimen disciplinario de forma adicional al control gubernamental que ejerce la CGR, y se dejó de lado el fortalecimiento de quien, previamente, fue creado como ente rector para el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos (SAGRH), como es la Autoridad del Servicio Civil (Servir).

De esta manera, en la vía administrativa, los funcionarios y servidores públicos tenían que coexistir con una dualidad en la responsabilidad administrativa disciplinaria. Primero, se encontraron dentro del alcance tanto del Procedimiento Administrativo Disciplinario (PAD), a cargo de cada entidad y el Tribunal del Servicio Civil (TSC), en segunda instancia en determinados supuestos; y, luego, se encontraron con el Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS), donde se determinó la prevalencia de competencia y autonomía por parte de la CGR, respecto de otras entidades.

La justificación para tal escenario fue la lucha contra la corrupción, pues la CGR indicó en sus iniciativas legislativas que las recomendaciones de sus informes de control eran inobservadas, lo que generaba un espacio de impunidad, debido a que cada entidad encubría a su personal al no existir sanciones efectivas. Vale decir, la denominada responsabilidad administrativa funcional tiene su razón de ser en una falta de atención de las mismas entidades, quienes al ser las responsables de evaluar e iniciar los PAD, no lo hicieron.

De esta manera, se fortaleció el carácter punitivo en la vía administrativa de los tipos infractores que fueron y son, hasta la fecha, subsumibles en el PAD. Por ello, es claro que, en ambos casos, se está frente a una responsabilidad administrativa disciplinaria, aun cuando, mediante Acuerdo Plenario 01-2013-CG/TSRA, del 25 de noviembre del 2013, se decidió que no existía vulneración del principio *non bis in idem*; debido a que

ambos procedimientos se diferencian en el bien jurídico protegido. Por ejemplo, la observancia al principio de buena administración es aplicable para el PAS, pero no para el PAD, aspecto que carece de sustento, teniendo en cuenta que este procedimiento tiene vinculación con la potestad disciplinaria en el desarrollo del poder de dirección intrínseco a la Administración pública.

Por lo expuesto, es pertinente abordar si el fortalecimiento de las sanciones y la superposición en la regulación de tipos infractores contribuyen a reducir o hacer frente a la corrupción. Por ello, en el presente artículo, se pretende brindar alcances de la responsabilidad administrativa disciplinaria en cuanto a su regulación, con el objetivo de analizar si el fortalecimiento de las sanciones administrativas aplicables a los funcionarios y servidores públicos ha contribuido en la reducción de la corrupción en el Perú.

2. LA CORRUPCIÓN COMO COROLARIO PARA EL FORTALECIMIENTO DEL MARCO JURÍDICO DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS A LOS FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS

La corrupción es un mal que aqueja al Perú y que, en las últimas décadas, ha cobrado mayor relevancia debido al destape público de casos que remecieron la política peruana; escenario que ha conllevado a la implementación de acciones orientadas a fortalecer a aquellos actores involucrados en el enfrentamiento a esta problemática. Uno de ellos fue la CGR, incorporada como tal en la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción, aprobada en el 2017, en la que se le reconoce como un actor público involucrado, pero no como el rector que lidera esta política, responsabilidad que ahora recae en la Secretaría de Integridad Pública, creada mediante el Decreto Supremo 042-2018-PCM, el 22 de abril del 2018.

Así, de forma adicional al fortalecimiento del rol de la CGR, iniciado en el 2010, con la Ley 29622, que modificó la "Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República (LOSNC) (Ley 27785), y amplió las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional", en el 2018, se publicó la "Ley de fortalecimiento de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control" (Ley 30742), con la que se confirió mayores capacidades y competencias a dicho ente técnico.

De esta manera, se genera la idea de que la CGR es el organismo llamado a atender y solucionar la problemática de la corrupción, por lo que es común escuchar diferentes cuestionamientos de la población frente a cualquier caso de corrupción, como dónde está la CGR o qué hace, o la referencia de que se puede presentar todo lo que se considere para conocimiento de los Órganos de Control Institucional (OCI) de las entidades y estos accionen inmediatamente. Tales percepciones no siempre son favorables a este

organismo, pues, en defecto, termina generando una necesidad de mayor cobertura para sancionar inconductas funcionales.

Lo último expresado sí resulta real, aun cuando existe desconocimiento de ello por parte de la población: no existe un OCI¹ en todas las entidades del Estado. Si se considera el nivel descentralizado, probablemente estén presentes en un poco más del 60 % de las municipalidades provinciales, pero en el caso de las municipalidades distritales, ni siquiera llegan a la mitad. Ello, debido a la cantidad y proliferación de gobiernos locales a la fecha, cuyas cifras, según el Instituto Nacional de Estadística e Información (INEI, 2023), son de 196 municipalidades provinciales y de 1695 municipalidades distritales. Específicamente “entre los años 2020 y 2022, se crearon 17 distritos en los departamentos de Ayacucho (5), Cusco (4), Huancavelica (2), Ucayali (2), San Martín (1), Moquegua (1), Apurímac (1) y La Libertad (1)” (INEI, 2023, p. 3).

Sumado a ello, otro problema es que aún no se han terminado de incorporar todos los OCI a la CGR, los cuales, si bien forman parte del Sistema Nacional de Control (SNC), su presupuesto para el ejercicio de control gubernamental² se desprende del otorgado a la municipalidad en la que se ubiquen, es decir, a la que supervisarán. Por este motivo, desde hace más de una década, los OCI se han incorporado progresivamente y hasta ahora no se ha culminado con dicho proceso.

Sin perjuicio de ello, desde el 2010, se ha fortalecido en la CGR una nueva competencia otorgada desde la ley que regula el SNC, la de sancionar a funcionarios y servidores públicos a través del PAS. Esto se inició en el marco de la denominada responsabilidad administrativa funcional, contemplada en el artículo 45 de dicha ley, cuyo análisis no fue abordado en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Expediente 00020-2015-PI/TC, derivada de la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados de Arequipa contra diversas disposiciones de la Ley 29622, que modificó la “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República” (Ley 27785).

La principal justificación plasmada en los diversos proyectos de ley presentados por la CGR, que tuvieron como resultado la aprobación de la Ley 29622, fue la falta de sanción para aquellos funcionarios y servidores públicos debido a que las entidades no implementaban las recomendaciones realizadas en los informes de control emitidos, lo

1 Son órganos de auditoría interna que conforman al Sistema Nacional de Control (SNC) responsable de realizar servicios de control gubernamental en la entidad sujeta a control, según las “Disposiciones Generales” de la Resolución de Contraloría 349-2023-CG, promulgada el 29 de septiembre del 2023.

2 Sobre los alcances de las normas generales de control gubernamental (NGCG), en la Resolución de Contraloría 295-2021-CG, promulgada el 23 de diciembre del 2021, se señala lo siguiente:

“1.12 El control gubernamental se clasifica de las siguientes maneras:

- En función de quién lo ejerce: control interno y externo
- En función del momento de su ejercicio: control previo, simultáneo y posterior”.

que conllevó a solapar presuntos actos de corrupción, pues de las 466 recomendaciones de sanción, solo se han determinado como tales a 108, según se señala en la exposición de motivos del Proyecto de Ley 4210-2010-CG del 17 de agosto del 2010. Este sustento que, en aras de una lucha contra la corrupción, fue sumado a otros adicionales presentados por diferentes legisladores. Tal como refiere Guevara Pérez (2022)³:

El Congreso de la República desde el año 2009 ha presentado un total de catorce iniciativas legislativas que buscaron aumentar las competencias de la CGR respecto a su potestad sancionadora. La gran mayoría de ellas considera que esta ampliación de facultades contribuye a la lucha contra la corrupción, pero no muestran datos que validen resultados favorables al respecto. En otras palabras, la calidad de fundamentación de aquellos PL es mínimo y suelen estar basados en percepciones subjetivas de los autores de dichas iniciativas (p. 137).

Sobre el particular, es importante traer a colación lo regulado en el artículo 45 de la Constitución Política del Perú (CPP) de 1993, referente al origen del ejercicio del poder del Estado donde se precisa que “el poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”. En palabras de Morón (2013), esto debe comprenderse como un “reproche jurídico por las acciones u omisiones disvaliosas incurridas por quienes la ciudadanía designa para administrar el patrimonio público y tomar en su nombre las decisiones públicas” (p. 163).

En esa línea, correspondería un sentido de coherencia con el rol asignado a este organismo en el artículo 82, modificado por la Ley 31988 y publicado el 20 de marzo del 2014, de la Constitución vigente: “Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control. Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control”. Esto es conforme con lo que argumentó el magistrado Blume Fortini, quien discrepó, a través de su voto singular, de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 00020-2015-PI/TC del 25 de abril del 2018, al considerar que la competencia para sancionar otorgada a la CGR es inconstitucional y debió ser materia de análisis y pronunciamiento.

No obstante, al no realizarse lo referido anteriormente, en la actualidad, la CGR ejerce dicha competencia que no es intrínseca al ejercicio del control gubernamental que le corresponde, sino adicional para conmutar la inacción frente a las recomendaciones derivadas de los informes de control. Esta situación que, sumada a las acciones

3 Para un mayor alcance sobre lo referido por Guevara Pérez (2022), se puede revisar la Tabla 3.1 (pp. 138-142) de la tesis *La ruptura de la Unidad de la Responsabilidad Administrativa Disciplinaria en la regulación peruana* disponible de forma abierta en el Repositorio Institucional de la Universidad de Lima (<https://hdl.handle.net/20.500.12724/15850>).

adicionales implementadas en la reforma iniciada por el actual contralor general de la República, desde el 2017, ha traído consigo mayor intervención de la CGR como el convocado a enfrentar a la corrupción como si fuese el único actor público responsable.

Asimismo, es importante destacar que, pese a la labor de la CGR y el temor de los funcionarios para tomar decisiones, debido a los posibles cuestionamientos o responsabilidades que pueden resultar de estas, la CGR comunicó en el 2023 que la corrupción e inconducta funcional habrían ocasionado pérdidas por S/ 24 268 millones, de los cuales

aproximadamente S/ 11 992 millones corresponden al Gobierno nacional, lo que significó un nivel de incidencia del 11,3 %, seguido de S/ 7615 millones a nivel de los gobiernos regionales con una incidencia de 15,4 % y S/ 4660 millones registrados en los gobiernos locales, cuya incidencia es de 13,1 %. (CGR, 2024, párr. 3)

Asimismo, se informó que, al 2023, 9338 funcionarios públicos de los gobiernos nacional, regional y local tienen presunta responsabilidad en hechos irregulares que derivaron en casos de corrupción e inconducta funcional identificados en los servicios de control posterior⁴. De dicha cantidad, “5436 son únicos con presunta responsabilidad administrativa, 2002 tienen responsabilidad administrativa sujeta al Proceso Administrativo Sancionador (PAS) de la Contraloría, 3394 tienen responsabilidad civil y 4030 tienen responsabilidad penal” (CGR, 2024, párr. 9).

Pese a este actuar, en el 2023, Perú registró su peor caída según los resultados del instrumento de medición global de transparencia internacional, el Índice de Percepción de la Corrupción, desde el 2012, al

bajar del puesto 101 al lugar 121 encontrándose ahora en el tercio inferior y compartiendo posición con Angola, Mongolia y Uzbekistán. Esto responde a una caída de tres puntos en el valor del índice respecto del año anterior: de 36 a 33. (Proética, 2024, párr. 1)

En consecuencia, la corrupción es un problema complejo que debe ser abordado desde diferentes enfoques, donde, si bien es importante contar con un marco jurídico que permita sancionar inconductas de quienes ejercen función pública, el ejercicio de la potestad disciplinaria debe ser coherente con el rol asignado a cada organismo o entidad, sin ser soslayado, como si fuera la mejor alternativa para evitar un comportamiento que no se ajuste a derecho y que priorice un actuar reactivo antes que preventivo.

4 Sobre los servicios de control, en la Resolución de Contraloría 295-2021-CG, promulgada el 23 de diciembre del 2021, se señala lo siguiente:
“1.15 Los servicios de control constituyen un conjunto de procesos cuyos productos tienen como propósito dar una respuesta satisfactoria a las necesidades de control gubernamental que corresponde atender a los órganos del SNC”.

3. UN FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO, ¿FRENTE A DOS TIPOS DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARIOS CON REGLAS Y CRITERIOS DISTINTOS?

En línea con lo expuesto, se debe tener claro que, en el ejercicio de la función pública, tanto el funcionario como el servidor público pueden verse inmersos en distintos tipos de responsabilidad, además de la política aplicable al primero de ellos: civil, penal o administrativa. Por lo que se puede tener procedimientos y procesos de forma paralela por proteger bienes jurídicos y ser de naturaleza diferentes entre sí.

Hasta el 7 de diciembre del 2010, el ejercicio de la potestad disciplinaria se materializaba en el desarrollo del PAD, el cual estaba a cargo por cada entidad de manera general, independientemente de las particularidades de cada régimen laboral, puesto siendo que las recomendaciones de los informes de control eran derivados a estas para la evaluación y atención correspondiente. Este escenario, conforme con el sustento de la potestad sancionadora de la CGR ya referido, generaba aparente impunidad de aquellos casos que sí ameritaban, desde la revisión de los OCI, el inicio de un PAD, pero no había acción alguna por parte de determinadas entidades.

De este modo, según la publicación de la Ley 29622, que modificó la "Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República" (Ley 27785), se dotó a la CGR de potestad para sancionar en materia disciplinaria en su artículo 45 y se tipificó de forma amplia y genérica los tipos infractores en su artículo 46, variando el alcance de la denominada responsabilidad administrativa funcional a aquella orientada a sancionar a funcionarios o servidores públicos por aquellas inconductas identificadas en sus informes de control, es decir, a las que anteriormente eran derivadas para ser resueltas por las mismas entidades.

Entonces, se inició una dualidad en cuanto a la responsabilidad administrativa disciplinaria, pero sin claridad, más aún debido a que, con la publicación del Reglamento de la Ley que modificó la LOSNC, denominado "Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control", mediante el Decreto Supremo 023-2011-PCM el 18 de marzo del 2011, se determinó, según su artículo 5, la prevalencia de la competencia de la CGR para la determinación de la responsabilidad administrativa funcional. Con ello, se impidió a las entidades a iniciar procedimientos para el deslinde de responsabilidad por los mismos hechos identificados en los informes de control.

Todos estos cambios surgieron en el contexto en el que ya se había creado a la Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir), como ente rector del SAGRH, y al Tribunal del Servicio Civil (TSC), como el órgano integrante competente para conocer, en segunda instancia (faltas graves y muy graves), las responsabilidades administrativas de los

funcionarios en el sector público, promulgado mediante Decreto Legislativo 1023, el 11 de junio del 2008. Luego, como paso previo a la publicación de la Ley del Servicio Civil (LSC) (Ley 30057), el 4 de julio de 2013, a través de la cual se pretendió unificar el PAD, aunque con los cambios realizados en favor de la CGR, se desconoció completamente la reforma en curso que tenía como protagonista a Servir.

La aplicación de la responsabilidad administrativa funcional, por parte de la CGR, y responsabilidad administrativa disciplinaria, determinada en la LSC de aplicación general, fue confusa desde el inicio e, incluso, la prevalencia de competencia establecida para el inicio de los PAS sobre cualquier otro, como es el PAD, conllevaba un riesgo de probable vulneración al principio de *non bis in idem*⁵. Esto, debido a que existía identidad de sujeto de hecho e incluso de fundamento, en la medida que la diferencia del bien jurídico que protegía cada una no era distinta, lo que coincidía, por ejemplo, en uno de los tipos infractores referido a la doble percepción de compensaciones económicas o de ingresos.

Debido a ello, el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas (TSRA) de la CGR, el 25 de noviembre del 2013, aprobó el Acuerdo Plenario 01-2013-CG/TSRA, con lo que materializó la ruptura de la responsabilidad administrativa disciplinaria al determinar de forma expresa que no existe vulneración al principio de *non bis in idem* en el desarrollo del PAD y el PAS, porque ambos protegen bienes jurídicos distintos. Además, incidió en que el PAS se enfoca en la observancia al principio de la buena administración, mientras que el PAD no lo hace (aspecto que se mantiene vigente hasta la fecha).

A pesar de ello, tal distinción no fue desarrollada ni motivada y, con dicha decisión administrativa por parte del TSRA, se pretendió suprimir el riesgo de vulneración del principio *no bis in idem*, como si se tratara de una abstracción jurídica en la que los funcionarios o servidores públicos asumen que es correcto que sean pasibles de sanción, dependiendo de quién encuentre primero la falta. Sin embargo, si lo hiciera la CGR de forma posterior a la entidad, quien conduce el PAD debe abstenerse y dejar que este organismo con autonomía constitucional lo asuma. Por ende, variarían las reglas del procedimiento.

Como se deduce, a todas luces, existe una coincidencia en el bien jurídico protegido, no sólo demostrado por hecho de la prevalencia de competencia de la CGR, sino porque tanto el PAD como el PAS se enmarcan en el actuar del funcionario y servidor público conforme a sus funciones y en observancia del principio de buena administración. Este objetivo está vinculado a la potestad disciplinaria del Estado que, en palabras de Morante (2014), busca “el correcto funcionamiento de cualquier grupo mínimamente organizado y más aún, para una organización tan compleja como la Administración pública” (p. 219),

5 Regulado en el numeral 11 del artículo 248 (Principios de la potestad sancionadora administrativa), del Texto Único Ordenado de la LPAG (Ley 27444), en el Decreto Supremo 004-2019-JUS.

tal como también fue recogido en la “Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública” del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (2013) y en la sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente 00017-2011-PI/TC, del 29 de mayo del 2012, en el que se determinó que el principio de buena administración pública subyace al artículo 39⁶ de la Constitución Política del 29 de diciembre de 1993.

Lamentablemente, este escenario se mantiene hasta ahora, pese a la pausa en el ejercicio de la potestad sancionadora de la CGR originada por la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente 00020-2015-PI/TC, que declaró inconstitucional el artículo 46 y el numeral 47.1 del artículo 47, por conexidad, de la “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República” (Ley 27785)⁷ por vulnerar, principalmente, el principio de legalidad, incluyendo dentro de su alcance al de tipicidad, al determinar supuestos generales y tipificar los tipos infractores mediante una norma que no tiene rango de ley⁸. Esta situación fue revertida a través de la Ley 31288⁹, del 20 de julio del 2021, con la que se tipificaron las conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional y estableció medidas para el adecuado ejercicio de la potestad sancionadora de la CGR.

Precisamente, mediante esta última norma es que se ha verificado una mayor cantidad de tipos infractores a los regulados con anterioridad para el PAS (treinta y dos en total). Además, esto puede subsumirse en aquellos tipos contemplados en el régimen disciplinario de Servir y en los principios, deberes y prohibiciones determinados en la “Ley del Código de Ética de la Función Pública” (Ley 27815). El desarrollo de esta nueva regulación se realiza mediante la Resolución de Contraloría 166-2021-CG, que aprobó el “Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador por Responsabilidad Administrativa Funcional”, publicado el 21 de agosto del 2021.

6 Según el artículo 39 del capítulo IV de la Constitución Política del Perú de 1993, se tiene lo siguiente:
“Artículo 39.- Funcionarios y trabajadores públicos

Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley.

7 Se declaró la inconstitucionalidad de la LOSNC, dado que, si bien se publicó la Ley 29622, los textos originales seguían siendo vigentes para aquellos casos iniciados previo a dicho cambio.

8 Decreto Supremo 023-2011-PCM que aprobó el “Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control”

9 A la fecha, mediante el Expediente 00026-2021-PI/TC, el Tribunal Constitucional viene evaluando la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Poder Ejecutivo respecto del artículo 2 y de la segunda y tercera disposiciones complementarias finales de esta ley.

Respecto de este último, un aspecto bastante cuestionable es lo relacionado a la prevalencia y autonomía de competencia de la CGR, determinada en el artículo 5. Inicialmente, limitaba el actuar de las entidades en el caso de los PAD y, de forma posterior, en los diversos reglamentos del PAS. Además, se dejó abierta la posibilidad de que coexistan paralelamente, pero, con la norma vigente, se advierte una desnaturalización de la responsabilidad administrativa disciplinaria, debido a que dicha prevalencia alcanza aun cuando haya culminado el PAD, pudiendo ser lo resuelto, incluso, insumo del PAS, tal como se advierte en el numeral 5.4 del artículo 5 del reglamento referido:

5.4 En caso la entidad, antes que le fuera comunicado el inicio del procedimiento sancionador a cargo de la Contraloría o el impedimento, señalados en los numerales 5.1 y 5.2, hubiese iniciado y culminado un procedimiento para el destitución de responsabilidad, *por los mismos hechos y respecto de los mismos sujetos que están o pueden estar comprendidos en el procedimiento sancionador a cargo de la Contraloría* [énfasis añadido], esta circunstancia es verificada y tomada en cuenta por los órganos del procedimiento sancionador, *a fin de utilizar como insumo los resultados definitivos del procedimiento administrativo concluido en la entidad, para fines de la decisión sobre la existencia o comisión de la infracción, así como, para la graduación de la sanción* [énfasis añadido], en caso esta corresponda, siempre que los indicados resultados les hayan sido comunicados por el administrado y acreditados por este último antes de la indicada decisión.

Claramente, de suceder ello, sí existiría una vulneración al principio de *non bis in idem*, dependiendo cada caso, sumado al riesgo de una posible nulidad del acto administrativo, pues no es posible sancionar a un funcionario o servidor público valiéndose de los actuados en un procedimiento que, de acuerdo con la CGR, es supuestamente distinto al que regula, además de tener en cuenta que se han desarrollado con reglas procedimentales diferenciadas. La prevalencia en favor de la CGR no puede ser ilimitada ni perjudicial para el funcionario o servidor público, pues no gozaría de seguridad jurídica al recibir una posible sanción en un PAD ni en un PAS, cuando puede ser que lo resuelto en PAD esté en calidad de cosa decidida o, en su defecto, como materia de cuestionamiento en ejercicio del derecho de defensa por la vía contencioso administrativo. Tal como afirma Comadira (2001):

El sistema de consecuencias jurídicas de índole sancionatorio represivo que, aplicable por la propia Administración Pública en ejercicio de poderes inherentes, el ordenamiento jurídico imputa, en el plano de la relación de función o empleo público, a las conductas de agentes... estatales violatorias de deberes o prohibiciones exigibles, o impuestos, respectivamente, por las normas reguladoras de aquella relación con el fin de asegurar, con inmediatez, el adecuado funcionamiento de la Administración Pública. (p. 2)

En efecto, la finalidad de la potestad disciplinaria, de forma contraria a lo expresado en el Acuerdo Plenario 01-2013-CG/TSRA de la CGR el 1 de diciembre del 2013, involucra

garantizar ese adecuado funcionamiento de la Administración Pública. El objetivo no es sancionar doblemente como mayor castigo por una inconducta o incumplimiento, sino ejercerla para redireccionar el actuar del funcionario o servidor público para una buena organización de la entidad en la que cometió la falta. La existencia del perjuicio económico, añadido en casi todos los tipos infractores en la norma vigente del PAS, no implica que se trate de una responsabilidad especial ajena a la disciplinaria. En ninguna circunstancia, el ejercicio de la potestad sancionadora de la CGR involucra la recuperación del presunto perjuicio económico generado, dado que la vía administrativa no es la idónea para ello.

Como se advierte a la fecha, el funcionario o servidor público sí es pasible de ser sancionado por dos tipos de procedimientos administrativos disciplinarios, pero con criterios y regulación diferentes. Este escenario es complicado a nivel de gestión, porque sí queda un espacio para la arbitrariedad en la decisión para iniciar un PAD o un PAS. Con ello, no se quiere decir que se desconoce la realidad de la tasa alta de incidencia en corrupción por parte de ellos ni que se requiera una regulación simple y poca efectiva. Al contrario, es importante que el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado delimite su actuar a las garantías mínimas que debe otorgar cualquier procedimiento que tiene como fin identificar si corresponde o no una sanción, más aún el disciplinario, que le es inherente para redireccionar y encaminar el buen funcionamiento de la administración.

De igual modo, el poder de dirección involucrado en el ejercicio de la potestad disciplinaria, en específico, debe desarrollarse sobre la base de un marco jurídico coherente y constitucional. Con el pasar de los años, se viene optando por soluciones a corto plazo dirigidas hacia lo más visible ante la ciudadanía, considerando a la sanción como medida ejemplificadora para sustentar lo trabajado en la lucha contra la corrupción. Sin embargo, con ello se genera el efecto inverso: los buenos profesionales tienen temor de tomar decisiones o de ingresar a servir al Estado.

Otro aspecto es la mirada distante que se tiene sobre el régimen disciplinario regulado en la LSC, cuya finalidad fue la de unificar las reglas del PAD. Hasta la fecha, Servir sigue teniendo la labor de brindar soporte y asistencia técnica para su adecuada implementación de manera activa, dado que las secretarías técnicas en algunas entidades se han convertido en unidades funcionales con un equipo a cargo de llevar los casos disciplinarios; siendo que, en algunos de ellos, es esta función de apoyo la que se hace cargo de la elaboración de los informes correspondientes a las autoridades del PAD. En cambio, a nivel descentralizado, es complicado tener mapeada las deficiencias en la resolución de los casos disciplinarios, así como la casuística que debería ser sistematizada por Servir, como ente rector del SAGRH.

Finalmente, a modo de propuesta, es importante que la academia debata la posibilidad de unificar la competencia para el ejercicio de la potestad disciplinaria para fortalecer el rol del ente rector del SAGRH, manteniendo la participación de la

CGR, a través de los jefes de los OCI, como órgano acusador en los procedimientos administrativos disciplinarios por responsabilidad administrativa disciplinaria (Guevara Pérez, 2022)¹⁰. Seguramente, existen más propuestas que pueden ser consideradas, pero urge que se generen los espacios académicos para abordar esta problemática y se impulsen las medidas analizadas desde el derecho administrativo.

4. ¿Y LAS ACCIONES PREVENTIVAS?

Las acciones de prevención en el Estado son complicadas de identificar debido a que el actuar es más reactivo que proactivo, debido a que es frecuente que los funcionarios y servidores públicos se esfuercen más en apagar incendios o en solucionar los temas que se presentan día a día. De ahí que la planificación sea un reto, tanto efectuarla, como de cumplirla.

Cuando se mencionan acciones de prevención desde la perspectiva de lo expuesto, vinculando a Servir y a la CGR, quienes regulan el ejercicio de la potestad disciplinaria, se hace referencia a aquellas actividades, productos o procesos que estén dirigidos a reducir el riesgo de una conducta que puede implicar también un presunto hecho de corrupción. De ese modo, se tiene que Servir cuenta con un órgano de línea creado mediante el Decreto Supremo 079-2012-PCM, publicado el 29 de julio del 2012: la Escuela Nacional de Administración Pública. A través de ella, Servir se encarga de proveer la formación para directivos y capacitación para el servicio civil peruano en temas de administración y gestión pública, atendiendo de manera prioritaria las necesidades de los gobiernos regionales y gobiernos locales, según lo establecido en el artículo 2 de dicho decreto.

De esta manera, a partir del 2012, el Perú cuenta con su propia escuela de formación, con miras a reducir la amplia brecha en capacitación. Por ello, esta acción es un medio preventivo para fortalecer las habilidades y capacidades de los funcionarios y servidores públicos: mientras mejor preparados estén quienes ejerzan la función pública, menos errores cometerán. Sumado a ello, existe la posibilidad de que la identificación de inconductas sea más fácil de detectar.

Pese al alcance que viene teniendo la ENAP, aún queda mucho camino por recorrer. Por ejemplo, en brindar asistencias técnicas más focalizadas para la implementación de determinados instrumentos de gestión, especialmente, en el ámbito descentralizado; así como, mostrar con claridad la brecha real por falta de capacitación en las distintas áreas de la gestión pública, a fin de que actúe de forma colaborativa con las entidades

10 A mayor alcance, se puede revisar el Proyecto de Ley propuesto en la tesis "*La ruptura de la Unidad de la Responsabilidad Administrativa Disciplinaria en la regulación peruana*" disponible de forma abierta en el Repositorio Institucional de la Universidad de Lima

y, más allá de capacitar y formar, centralice la data relacionada a estas materias a nivel nacional. Para ello, se requiere contar con mayores recursos y políticas claras a la interna para lograr objetivos que permitan generar información para la gestión en la toma de decisiones.

Por el lado de lo implementado por la CGR, se cuentan con las acciones de orientación realizadas por la obligación de las entidades para la implementación del Sistema de Control Interno, como parte del control previo que deben realizar. Este es un producto bandera que, a lo largo de casi dos décadas, se viene impulsando; sin embargo, muchas entidades no cuentan con el profesional idóneo para su implementación, incluso, otra de sus limitaciones es el desconocimiento de los servicios que les corresponde brindar. Este sistema involucra una identificación de riesgos adecuada y trae consigo la mejora de los procesos de la entidad, pero cada entidad tiene su propia realidad y, a pesar del tiempo de existencia, aún muchas siguen sin comprender los beneficios y ver los cambios con su ejecución. Aquí faltan más proyectos piloto y un trabajo cercano con las entidades, indistintamente de la exigencia de las obligaciones que les demande.

Existen otros productos que son vistos como preventivos, tal como es la Rendición de Cuenta de Titulares y Transferencia de Gestión, dos procesos que fueron unificados en su regulación y desarrollados a propósito de las Elecciones Municipales y Regionales 2022 (ERM 2022), en las que se condicionó el uso de la plataforma de estos productos en la transferencia de gestión entre las autoridades salientes y las electas, en condición de autoridades entrantes. Si bien es un producto interesante y permite recoger data de todos los sistemas administrativos, es importante que se trabaje y comparta a las entidades responsables para su actuación de forma preventiva. De igual manera, se debe esclarecer la finalidad de los campos solicitados, según la información que pertenece a entidades del nivel nacional que pueden ser compartidas, puesto que, a la fecha, se podría decir que la CGR es la entidad que solicita y puede contar con información más actualizada que otras entidades en el Estado.

Otra medida implementada, es la relacionada al Sistema de Registro de información para el Control de Contratos de Consultoría en el Estado, el cual responde a un tema bastante cuestionado, debido a algunos escándalos mediáticos por las contrataciones de consultores y considerando que, especialmente, en los gobiernos locales, existe un alto porcentaje de contratos por locación de servicios que, en realidad, son consultorías (véase la Tabla 1).

Tabla 1

Acciones de prevención implementadas de obligatorio cumplimiento de los funcionarios y servidores públicos

Número	Productos	Marco legal específico
1	Sistema de Control Interno (SCI)	Resolución de Contraloría 320-2006-CG del 3 de noviembre del 2006, que aprueba las Normas de Control Interno.
		Resolución de Contraloría 146-2019-CG del 15 de mayo del 2019, que aprueba la Directiva 006-2019-CG/INTEG "Implementación del Sistema de Control Interno en las entidades del Estado" y modificatorias de la citada directiva.
2	Rendición de Cuentas de Titulares (RCT)	Resolución de Contraloría 267-2022-CG del 3 de agosto del 2022, que aprueba la Directiva 016-2022-CG/PREVI "Rendición de Cuentas de Titulares y Transferencia de Gestión".
3	Transferencia de Gestión (TG)	Resolución de Contraloría 267-2022-CG del 3 de agosto del 2022, que aprueba la Directiva 016-2022-CG/PREVI "Rendición de Cuentas de Titulares y Transferencia de Gestión".
4	Balance semestral de los regidores municipales y consejeros regionales sobre el monto destinado al fortalecimiento de la función de fiscalización (BASE)	Resolución de Contraloría 266-2022-CG del 3 de agosto del 2022, que aprueba la Directiva 015-2022-CG/PREVI "Balance semestral de los regidores municipales y consejeros regionales sobre el monto destinado al fortalecimiento de la función de fiscalización".
5	Sistema de Identificación, Registro y Consulta de Funcionarios y Servidores Públicos que Administren o Manejen Fondos Públicos (SIREC)	Resolución de Contraloría 207-2022-CG del 16 de mayo del 2022, que aprueba la Directiva 012-2022-CG/PREVI "Disposiciones para el registro de información en el sistema de la Contraloría General de la República de la identificación de funcionarios y servidores públicos que administren o manejen fondos públicos".
6	Informe del jefe del Órgano de Control Institucional ante el Consejo Regional y Concejo Municipal (INFOCI)	Resolución de Contraloría 031-2023-CG, del 25 de enero del 2023, que aprueba la Directiva 002-2023-CG/PREVI "Informe del jefe del Órgano de Control Institucional ante el Consejo Regional y el Concejo Municipal".
7	Sistema de Registro de información para el Control de Contratos de Consultoría en el Estado (SIRICC)	Resolución de Contraloría 123-2023-CG del 6 de abril del 2023, que aprueba la Directiva 004-2023-CG/PREVI "Registro para el Control de Contratos de Consultoría en el Estado".

Nota. Data obtenida de la Plataforma Digital Única del Estado Peruano.

Al respecto, si bien es importante que se implementen acciones preventivas, estas deberían centrarse a cumplir la finalidad para las que fueron creadas. En lo posible, estas no pueden representar una carga adicional en el trabajo o en la gestión de las entidades, de tal manera que interrumpa el normal desarrollo de sus funciones. Entonces, la prevención debe ejecutarse desde las necesidades de las entidades y dirigidas a mejorar la gestión, para contribuir en la reducir de los riesgos de corrupción. En caso contrario, la percepción de los funcionarios y servidores públicos será negativa, más en aquellas entidades donde la realidad implica que un servidor asuma más de un cargo por falta de personal. Por todo ello, es importante la sensibilización y la comunicación idónea para contribuir al objetivo general: enfrentar y reducir los riesgos de corrupción, involucrando la participación de la ciudadanía en el conocimiento de sus entidades.

Finalmente, como se puede verificar, la lucha contra la corrupción involucra a todos; por ello, las medidas que se implementen, teniendo como justificación este fin, deben ser coherentes con todo el ordenamiento jurídico, especialmente, evitando considerar el sancionar, derivado del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, como el fin en sí mismo para hacerle frente a esta problemática. Además, denota la importancia de tener un marco jurídico que brinde las garantías mínimas y máximas de seguridad jurídica, a fin de que las sanciones sí recaigan sobre quienes cometen actos ilícitos o infracciones legales; caso contrario, reinará la arbitrariedad y caos en el ejercicio de una potestad disciplinaria que involucra la observancia del principio de la buena administración.

5. CONCLUSIONES

- No existe un vínculo directo demostrado entre el fortalecimiento del marco jurídico sancionador, desde el enfoque disciplinario, y la reducción de la inconducta funcional o disciplinaria, por lo que la referencia a la cantidad de funcionarios que se encuentran inmersos en un PAS inconcluso no demuestra la data específica de cuántos funcionarios o servidores públicos se han venido sancionando por cada tipo infractor del PAS. Este detalle sería importante de conocer para medir si las acciones preventivas tienen eco en la reducción de los porcentajes.
- La lucha contra la corrupción se ha convertido en una justificación irrefutable para implementar cualquier medida en Perú, tan es así que, si alguien la cuestiona o pregunta el porqué, se asume que aquella persona no orienta sus esfuerzos para el mismo fin. Por tanto, es momento de que las medidas sean motivadas considerando las distintas aristas del problema y sean realmente justificadas, a fin de que el presupuesto del Estado utilizado en ellas sea eficiente.

- La dualidad de procedimientos disciplinarios involucra un riesgo para la vulneración del principio *non bis in idem*, más aún con la prevalencia y autonomía determinada para la CGR a la fecha, regulación que no brinda seguridad jurídica. Por ello, es importante que la CGR cumpla con la potestad otorgada con la responsabilidad que eso conlleva, para regular conforme con la norma habilitante. En este caso, mediante reglamento, se ha desarrollado una prevalencia de competencia y autonomía ilimitada en su favor.
- Luego de transcurrir más de trece años de la aprobación del Acuerdo Plenario 01-2013-CG/TSRA, sería pertinente que el TSRA verifique los casos que se vienen presentando con la actual regulación, la cual, si bien recoge aspectos de la regulación del 2013, debe considerar que las reglas y criterios, en razón de la prevalencia de competencia y autonomía, han variado. En tal sentido, se podría recomendar la observancia del principio de colaboración entre la CGR y Servir, como ente rector del SAGRH para esclarecer este aspecto controversial.
- Finalmente, se deben difundir las acciones de prevención y fortalecerlas en pro de variar el enfoque que considera que solo el fortalecimiento de la parte sancionadora dará resultados o contribuirá en hacerle frente al problema de la corrupción.

6. REFERENCIAS

- Acuerdo Plenario 01-2013-CG/TSRA del 2013 [Contraloría General de la República]. Por el cual se evalúa la emisión de un precedente administrativo de observancia obligatoria en materia de responsabilidad administrativa funcional. 1 de diciembre del 2013. https://doc.contraloria.gob.pe/precedentes-administrativos/Acuerdo_Plenario_01-2013-CG-TSRA.pdf
- Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. (2013, 10 de octubre). *Carta iberoamericana de los derechos y deberes del ciudadano en relación con la Administración pública*. <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/10/4-Carta-Iberoamericana-de-los-Derechos-y-Deberes-CLAD.pdf>
- Comadira, J. R. (2001). La responsabilidad disciplinaria del funcionario público. En Facultad de Ciencias Empresariales (Ed.), *Responsabilidad del Estado y del funcionario público* (pp. 589-599). Universidad Austral.
- Constitución Política del Perú [CPP]. Art. 39. 29 de diciembre de 1993 (Perú).
- Constitución Política del Perú [CPP]. Art. 45. 29 de diciembre de 1993 (Perú).
- Constitución Política del Perú [CPP]. Art. 82. 29 de diciembre de 1993 (modificado el 20 de marzo del 2024) (Perú).

- Contraloría General de la República. (2024). Reglamento del procedimiento administrativo sancionador por responsabilidad administrativa funcional. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2111385/Archivo%20pdf%20del%20Anexo%20RC%20N%C2%B0%20166-2021-CG..pdf?v=1690823984>
- Contraloría General de la República. (2024, 27 de febrero). *Corrupción e inconducta funcional habrían ocasionado pérdidas por S/ 24 268 millones en el 2023*. <https://www.gob.pe/institucion/contraloria/noticias/912182-corrupcion-e-inconducta-funcional-habrian-ocasionado-perdidas-por-s-24-268-millones-en-el-2023>
- Decreto Supremo 023-2011-PCM. Por el cual se aprueba el Reglamento de la Ley 29622, denominado "Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del sistema nacional de control". 18 de marzo del 2011. Diario oficial El Peruano. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/5863107/5195770-decreto-supremo-n-023-2011-pcm.pdf?v=1708006966>
- Decreto Supremo 079-2012-PCM. Por el se crea la Escuela Nacional de Administración Pública. 29 de julio del 2012. Diario oficial El Peruano. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4841353/DECRETO%20SUPREMO%20N%C2%BA%20079-2012-PCM.pdf?v=1689346043>
- Guevara Pérez, S. F. (2022). *La ruptura de la Unidad de la Responsabilidad Administrativa Disciplinaria en la regulación peruana* [Tesis de licenciatura, Universidad de Lima]. Repositorio Institucional de la Universidad de Lima. <https://hdl.handle.net/20.500.12724/15850>
- Instituto Nacional de Estadística e Información. (2023). *Directorio Nacional de Municipalidades Provinciales, Distritales y de Centros Poblados 2023*. <https://www.gob.pe/institucion/inei/informes-publicaciones/4274193-directorio-nacional-de-municipalidades-provinciales-distritales-y-de-centros-poblados-2023>
- Ley 27785 del 2020. Por la cual se establece las normas que regulan el ámbito, organización, atribuciones y funcionamiento del sistema nacional de control y de la Contraloría General de la República. 23 de julio del 2020. Diario oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H829340>
- Ley 29622 del 2010. Por la cual se modifica la Ley N° 27785, "Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República", y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional. 7 de diciembre del 2010. Diario oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1020960>
- Ley 31288 del 2021. Por la cual se tipifica las conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional y establece medidas para el adecuado ejercicio de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República.

20 de julio del 2021. Diario oficial El Peruano. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2161723/Ley%20N%C2%B0%2031288.pdf.pdf?v=1631120772>

Morante, L. (2014). *El funcionario público en el procedimiento administrativo sancionador*. Pacífico Editores.

Morón, J. C. (2013). *Control Gubernamental y Responsabilidad de Funcionarios Públicos*. Gaceta Jurídica.

Proética. (2024, 30 de enero). Índice de Percepción de la Corrupción 2023: Perú registra su peor caída en el instrumento de medición global de transparencia internacional desde 2012. <https://www.proetica.org.pe/noticias/indice-de-percepcion-de-la-corrupcion-2023-peru-registra-su-peor-caida-en-el-instrumento-de-medicion-global-de-transparencia-internacional-desde-2012/>

Proyecto de Ley 4210-2010-CG del 2010. Proyecto de ley que otorga a la Contraloría General de la República potestad en materia de responsabilidad administrativa funcional y modifica la Ley 27785, "Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República". 17 de agosto del 2010.

Resolución de Contraloría 349-2023-CG [Contraloría General de la República]. Por la cual se aprueba la Directiva 012-2023-CG/GMPL "Incorporación de los Órganos de Control Institucional a la Contraloría General de la República". 29 de septiembre del 2023. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1359109>

Tribunal Constitucional. (2012). Expediente 00017-2011-PI/TC. 29 de mayo del 2018. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00017-2011-AI.pdf>

Tribunal Constitucional. (2018). Expediente 00020-2015-PI-TC. 25 de abril del 2018. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/00020-2015-AI.pdf>

HABLEMOS SERIAMENTE SOBRE LOS RIESGOS DE DESARROLLO

JULIETA MELENDI*

Universidad Nacional de Rosario, Rosario, Argentina

Recibido: 22 de noviembre del 2023 / Aceptado: 20 de febrero del 2024

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2024.n058.6757>

RESUMEN. En este trabajo, analizamos la importancia de regular en forma expresa los riesgos de desarrollo en la legislación argentina. A tal fin, no solo exponemos la evolución de la discusión doctrinaria en materia de responsabilidad civil en nuestro país, sino que también consideramos los diversos fondos de compensación creados para hacer frente a los daños ocasionados por tales riesgos. Adicionalmente, ponderamos las ventajas y desventajas que existen al considerar a los riesgos de desarrollo como eximentes de responsabilidad por medio de una evaluación a las diversas posturas doctrinarias y jurisprudenciales al respecto. Nos abocamos, asimismo, en analizar cómo es este instituto en el derecho comparado, tomando como directriz el modelo comunitario europeo, más precisamente la regulación expresa de los riesgos de desarrollo en la Directiva 85/374 del Consejo Económico Europeo. Si bien proponemos una reforma legislativa que siga dicha directiva, diferimos de ella en cuanto deja sin reparación a las víctimas de estos daños.

PALABRAS CLAVE: riesgos de desarrollo / eximente de responsabilidad / fondos de compensación

* Doctoranda en Derecho e investigadora en el proyecto del grupo "Investigar en derecho: los problemas de la nueva era desde los distintos caminos de la metodología jurídica" (Universidad Nacional de Rosario, Argentina). Abogada e investigadora en el proyecto del grupo de investigación "Seguridad ciudadana y gobiernos locales: nuevas estrategias de análisis para el abordaje de políticas públicas" (Universidad Nacional del Sur, Argentina). Diplomada en Derecho Individual del Trabajo y en Derecho Colectivo del Trabajo y la Seguridad Social (Universidad Nacional de Tres de Febrero, Argentina).

LET 'S TALK SERIOUSLY ABOUT DEVELOPMENT RISKS

ABSTRACT. In this paper we analyze the importance of expressly regulating development risks in Argentine legislation. To this end, we not only expose the evolution of the doctrinal discussion on civil liability in our country, but we also consider the various compensation funds created to be able to deal with the damages caused by them. Additionally, we ponder the advantages and disadvantages of considering development risks as exemptions from liability, evaluating the various doctrinal and jurisprudential positions in this regard. We also analyze how this institute is in comparative law, taking as a guideline the European community model, more precisely the express regulation of development risks in Directive 85/374 of the European Economic Council. Although we propose a legislative reform that follows said Directive, we differ from it insofar as it leaves the victims of these damages without reparation.

KEYWORDS: development risks / liability exemption / compensation funds

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo analizamos la importancia de regular en forma expresa los riesgos de desarrollo en la legislación argentina. A tal fin, no solo exponemos la evolución de la discusión doctrinaria en materia de responsabilidad civil en nuestro país, sino que también consideramos los diversos fondos de compensación creados para hacer frente a los daños ocasionados por tales riesgos.

En cuanto a la definición de los riesgos de desarrollo, adoptamos el concepto brindado por Millner (1971), quien los precisa como “productos considerados inocuos de acuerdo a los conocimientos vigentes al tiempo en que los mismos entran al mercado, pero que se convierten en peligrosos sobre la base de descubrimientos científicos posteriores” (pp. 858-869). Sobre el particular, Boragina et al. (1997) exponen su postura, respecto de la cual disentimos, porque no asimilamos el caso fortuito a los riesgos de desarrollo

cuando la nocividad del producto resultare imprevisible al tiempo de elaborarlo, ponerlo en circulación o comercializarlo, ninguno de los componentes de la cadena económica responde frente al damnificado, pues si bien se revelarían como autores materiales del perjuicio, la imprevisibilidad conspira contra la posibilidad de considerarlos autores jurídicos del mismo. (p. 18)

Su regulación expresa es relevante porque afianzará la justicia y otorgará la seguridad jurídica que requiere un Estado de derecho, cumpliendo así con el mandato constitucional contenido en el preámbulo y en el artículo 1.

Esta investigación es importante para el mundo jurídico porque, al considerar a los riesgos de desarrollo como eximentes de responsabilidad, se incentivará la investigación, el desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento y, consecuentemente, se proveerá a la prosperidad del país, al desarrollo humano y al progreso económico, tal como lo demanda la Constitución nacional en los incisos 18 y 19 del artículo 75.

Es por ello que nos abocamos a analizar cómo es este instituto en el derecho comparado, para lo cual tomamos como directriz el modelo comunitario europeo, más precisamente la regulación expresa de los riesgos de desarrollo en la Directiva 85/374 del Consejo Económico Europeo. Si bien proponemos una reforma legislativa que siga dicha Directiva, diferimos de ella en cuanto deja sin reparación a las víctimas de estos daños.

Finalmente, ponderamos las ventajas y desventajas de considerar a los riesgos de desarrollo como eximentes de responsabilidad, a través de una evaluación de las diversas posturas doctrinarias y jurisprudenciales que existen al respecto.

2. EVOLUCIÓN DE LA DISCUSIÓN DOCTRINARIA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

En estos últimos años, venimos experimentando una transformación del sistema de responsabilidad como consecuencia de la constante evolución científica y tecnológica. Ello es así debido a que un sistema de responsabilidad debe adecuarse a la realidad existente en la sociedad.

El sistema de responsabilidad vigente en nuestro país es netamente sancionador de conductas antijurídicas, culpables y dañosas, lo que pone el acento sobre el autor del hecho culposo. El moderno derecho de daños, en cambio, pone la mirada en la protección de la víctima, lo que deja de lado —al menos como función principal— la sanción o el castigo de la conducta del autor y, en su lugar, busca la reparación del daño causado (Lorenzetti, 1996).

Debido al constante avance tecnológico y, consecuentemente, de los riesgos existentes ante el desconocimiento de las características técnicas y científicas de los productos y servicios consumidos y de sus posibles implicancias en futuros desarrollos, se abrió una discusión en la doctrina argentina en torno a si debían responder por daños —por productos— todos los intervinientes en la cadena comercial, aunque no hubiesen tenido relación directa con el consumidor. En ese sentido, se discutió si se les aplicaría la responsabilidad objetiva del artículo 1113, segundo párrafo, del Código Civil velezano, o la responsabilidad por culpa contemplada en el artículo 1109 del mismo cuerpo legal. La generalidad de la doctrina se inclinaba por la aplicación de la responsabilidad objetiva hasta la sanción de la Ley 24.240, modificada por la Ley 24.999, que la introdujo explícitamente (Moisset de Espanés & Márquez, 2008).

Los riesgos de desarrollo, sin embargo, no han sido regulados expresamente en nuestra legislación. Si bien con la sanción del Código Civil y Comercial se introdujeron diversas disposiciones análogas a las contempladas en la Ley 24.240, en dicha ocasión tampoco se los incorporó en forma expresa en nuestro ordenamiento.

Revisten capital importancia las discrepancias existentes en la doctrina nacional en torno a si los riesgos de desarrollo deben ser considerados —o no— como eximentes de responsabilidad. Mientras que la mayoría se inclina por la negativa, la minoría mantiene el criterio contenido en la mayor parte de las legislaciones europeas (esto es, considerarlos como eximentes de responsabilidad).

Una parte de la doctrina argentina considera que bastaría con una aplicación analógica de la responsabilidad objetiva contenida en los artículos 1757 y 1758 del Código Civil y Comercial o en el artículo 40 de la Ley 24.240, sin que resulte esencial una reforma legislativa que contenga expresamente a los riesgos de desarrollo. Sin embargo, coincidimos con Pablo Goldenberg (1996) cuando considera necesario que

nuestra legislación los regule en forma expresa, en tanto se hallan con más frecuencia en nuestra realidad. En sus palabras: “debemos resaltar la vorágine tecnológica en la que nos encontramos inmersos, vorágine que sin lugar a dudas trae aparejada un aumento en las fuentes dañosas, planteando nuevos interrogantes a los que nuestro ordenamiento jurídico debe responder” (p. 927).

Asimismo, vale enfatizar en que el preámbulo y el artículo 1 de la Constitución nacional contienen, entre uno de sus fines, afianzar la justicia y otorgar la seguridad jurídica que requiere un Estado de derecho. La seguridad jurídica es una garantía de libertad que exige confianza y previsibilidad en el ordenamiento jurídico para que las intervenciones que realice el Estado sean conocidas por la sociedad. De ese modo, ya sea considerándolos como una eximente o aplicando la responsabilidad objetiva o subjetiva a quienes los generen, su regulación expresa se impone, teniendo en cuenta que la seguridad jurídica constituye un mandato constitucional exigido al poder público y una garantía para la sociedad.

3. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN EN ARGENTINA

Como señalamos anteriormente, si bien los riesgos de desarrollo no se encuentran regulados de forma expresa en nuestra legislación, existe un plexo normativo referido a la responsabilidad civil y a la protección de los usuarios o consumidores, ya sea en la Constitución nacional, en el Código Civil y Comercial, o en la Ley de Defensa del Consumidor.

El Código Civil y Comercial contiene diversos supuestos referidos a la responsabilidad grupal, al riesgo o vicio de las cosas e incluye de manera tácita el deber de seguridad. Asimismo, establece diversas eximentes de la responsabilidad objetiva en forma genérica, referidas a la ruptura del nexo causal. Dicha ruptura se encuentra basada en que el hecho sea cometido por la víctima o por un tercero por el que no deba responder el presunto responsable o debido a un caso fortuito o de fuerza mayor.

Por otra parte, el deber de seguridad se encuentra regulado en forma expresa en la Constitución nacional, en su artículo 42, que establece que los consumidores y los usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativas y dignas.

Adicionalmente, en el artículo 5 de la Ley 24.240, dispone que las cosas y los servicios deben ser suministrados y prestados en forma tal que, utilizados para cuestiones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios. A su vez, el artículo 6 del mismo cuerpo legal contempla que las cosas y los servicios cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse tras

la observación de los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar su seguridad y que, en tales supuestos, debe entregarse un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o del servicio que se trate y brindarle un asesoramiento adecuado (Garrido, 2007).

Finalmente, el artículo 40 de la mentada Ley incorpora la responsabilidad objetiva y solidaria de toda la cadena de comercialización, la cual exime al transportista que pruebe que el hecho no se produjo durante el transporte (Garrido, 2007).

A mayor abundamiento, Ferrer de Fernández (2016) destaca que la obligación que pesa sobre el productor, contenida en los artículos 5 y 6 de la Ley de Defensa del Consumidor, es de resultado, “y dado que se comprometerán a cumplir determinado objetivo asegurando el logro de la consecuencia o resultado, se encontrarán ante una responsabilidad del tipo objetivo, de la que solo se podrán exonerar demostrando la incidencia de una causa ajena” (p. 23).

La jurisprudencia nacional, por su parte, supliendo el vacío legal en los supuestos de riesgos de desarrollo, ha optado por aplicar la responsabilidad objetiva. Así, por ejemplo, la Cámara Nacional de apelaciones de la sala H condenó a ciertos laboratorios en el marco de un proceso de daños y perjuicios, ya que, como quedó acreditado en el expediente, como consecuencia de los productos que fabricaban, comercializaban e importaban, el actor contrajo el VIH que luego devino en sida y, a su vez, contagió a su cónyuge. Dichos productos contenían concentrados antihemofílicos derivados de la sangre aptos para determinar el contagio del virus. El fallo cobra relevancia en tanto se mencionan expresamente los riesgos de desarrollo, lo que indica que el defecto es interno y, por ende, es parte del riesgo empresarial de quienes desarrollan dicha actividad. Consecuentemente, se debe responder de manera objetiva por ellos, con prescindencia de que los conocimientos científicos existentes al momento de su lanzamiento al mercado no permitieran conocer el vicio¹.

Por su parte, la Cámara Nacional de apelaciones en lo civil y comercial, sala III, hizo lugar a la demanda contra una clínica y la citada en garantía en el caso de una paciente que contrajo hepatitis C en una transfusión sanguínea realizada en una operación. El tribunal esgrimió, entre otras razones, que por más que no exista un reactivo que permita eliminar la transmisión del virus de la hepatitis C, no se produce el supuesto de un caso fortuito que exima de responsabilidad al centro de salud, debido a que este constituye un riesgo propio de la actividad que desarrolla y la fuerza mayor para operar como eximente debe ser ajena o extraña al riesgo o vicio de la cosa².

1 P., F. M. c. Inmuno SA y otros. Cámara Nacional en lo civil, sala H, 3/8/2009, *Abeledo Perrot* n.º 70056335 (documento digital, pp. 1-30).

2 Chaves, M. B. c. N., J. J. et al. CNFedCivyCom, sala III, 29/8/2005, *RCyS*, 1165 (AR/JUR/2324/2005 pp. 1-14).

En idéntico sentido resolvió la Cámara Nacional de apelaciones de la sala A, cuando un medicamento le produjo a la parte actora hipotiroidismo, pérdida total de la fuerza muscular y disminución de la visión del ojo izquierdo. Se responsabiliza a la demandada objetivamente, no solo por los daños físicos ocasionados, sino también por los psíquicos. En este fallo, el tribunal también se refirió expresamente a los riesgos de desarrollo, manifestando que, si bien estos no habían sido alegados ni mucho menos probados por la parte demandada, este hecho encuadra en tal supuesto. Ello es así debido a que constituye una contingencia propia del riesgo de la actividad que lleva a cabo el productor y no puede ser asimilada al caso fortuito por carecer de la existencia del carácter de exterioridad. Adicionalmente, el tribunal esgrimió que en los riesgos de desarrollo el defecto no es detectable a la luz de los conocimientos científicos y técnicos en el momento en que el producto se lanza al mercado y que, por ende, es interno³.

4. ARGUMENTOS DOCTRINARIOS QUE RECHAZAN A LOS RIESGOS DE DESARROLLO COMO EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD Y NUESTRA POSTURA

Tal como adelantamos, una parte de la doctrina rechaza considerar a los riesgos de desarrollo como eximentes de responsabilidad, en el entendimiento de que esta posición es incompatible con la responsabilidad objetiva del productor. Negamos, junto a Prieto Molinero (2011), que esto sea así, puesto que la responsabilidad objetiva no equivale a una responsabilidad absoluta, sino que solo implica que se prescinde de todo reproche subjetivo al responder. Pizarro y Vallespinos (2012), quienes se rehúsan a que los riesgos de desarrollo sean considerados como eximentes, admiten que

si bien la doctrina que rechaza la eximente basada en el riesgo de desarrollo es la que mejor armoniza con un sistema de responsabilidad objetiva, ello no significa necesariamente que la referida causal de exoneración deba ser asociada a la idea de culpabilidad. (Pizarro & Vallespinos, 2012, p. 87)

Otra parte de la doctrina considera que admitir como eximente de responsabilidad a los riesgos de desarrollo conduce a una regresión en lo que ha sido la defensa de los derechos del consumidor. No creemos que sea así. Pensamos, junto a Prieto Molinero (2011), que

la tendencia hoy día en el derecho comparado no pasa por expandir sin control la responsabilidad objetiva, sino, más bien, por “tipificarla” a través de sistemas cerrados; de manera que ésta haga valer toda su contundencia, pero, ello, en el marco de una determinada actividad concreta, con límites bien definidos que la contengan y que no permitan que cualquiera termine

3 R., F. E. c. Bayer S.A. y otros. Cámara Nacional en lo civil, sala A, 22/08/2012, *Abeledo Perrot* n.º AP/JUR/2356/2012 (documento digital, pp. 1-21).

pagando en virtud de cualquier cosa y con prescindencia de si es razonable o justo que así sea. (p. 7)

Por otra parte, coincidimos con quienes piensan que los riesgos de desarrollo no pueden ser considerados un caso fortuito por carecer del carácter externo, ya que, en los primeros, el defecto es interno. Lo antedicho no implica que deban ser soportados exclusivamente por el elaborador del producto quien, al momento de lanzarlo al mercado, desconocía el vicio. Asimismo, consideramos injusto que sea el público quien deba responder, cuando un producto es lanzado al mercado y se encuentra en una etapa de prueba, respecto de la nocividad de sus efectos. Las víctimas de estos riesgos deben ser indemnizadas y es por ello que proponemos la creación de un fondo de compensación en el que aporten mensualmente los privados y el Estado para resarcir a los damnificados. Si bien Barocelli y Garrido (2008) consideran que el elaborador debe responder por los riesgos de desarrollo, hacen una excepción y es precisamente en el caso de que exista “un adecuado sistema de Fondos de Compensación para los daños personales” (p. 5).

Según Goldenberg (1996), la evolución de la investigación debe garantizar a los consumidores y usuarios que los productos que se lancen al mercado sean inofensivos y seguros. Por el contrario, creemos que atribuir responsabilidad a quien elabora estos productos conduce a paralizar la innovación y la investigación científica y, consecuentemente, al detrimento en el desarrollo y la evolución técnica y científica.

Por otra parte, otro sector doctrinario rechaza la eximente argumentando que, al seguir la línea de la Ley 24.240, en caso de duda se debe estar a favor del consumidor o usuario. Sin embargo, estimamos que incorporar la eximente no vulnera dicho principio. Creemos que la parte más débil de la relación de consumo es el consumidor o usuario, pero ello no justifica que sea el empresario quien deba responder en forma exclusiva por vicios que, al momento de su lanzamiento al mercado, el estado de conocimientos técnicos y científicos de la época no le permitían conocerlos. En estos casos, el vicio escapa de toda medida de prevención que pueda adoptar quien elabora el producto previendo el posible daño. Consecuentemente, faltaría uno de los presupuestos de la responsabilidad civil: la existencia de una relación de causalidad adecuada que justifique la responsabilidad.

5. ARGUMENTOS DOCTRINARIOS QUE CONSIDERAN A LOS RIESGOS DE DESARROLLO COMO EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD Y NUESTRA POSTURA

Uno de los argumentos más relevantes que sustentan nuestra posición es que, mediante la admisión de la eximente de los riesgos de desarrollo, se incentivará la investigación, el desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento y, por tanto, la prosperidad del país, el desarrollo humano y el progreso económico. De este modo, se cumple con el mandato constitucional que emana en los incisos 18 y 19 del artículo 75.

Generar mayores conocimientos científicos, en el marco del proceso de globalización que venimos experimentando en estos últimos años, nos posiciona en el mercado mundial y aumenta nuestra competitividad. Creemos que la investigación nos permite desarrollar tecnologías propias, lo que genera, a su vez, patentes y conocimientos que posibilitan la creación de industrias de base tecnológica e incluso de doctorados que promuevan la educación en nuestro país. La investigación, asimismo, promueve diversas técnicas, a fin de que realicemos numerosas actividades de un modo más eficiente.

Por otra parte, cabe destacar que la Comisión Europea sometió al Consejo un informe realizado por la Fondazione Rosselli, en el cual se analiza la incidencia económica de la cláusula relativa al riesgo de desarrollo prevista en el literal e) del artículo 7 de la Directiva 85/374/CEE sobre la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Este informe es relevante, dado que fue realizado luego de veinte años de vigencia de dicha cláusula. Entre otros párrafos pertinentes para el debate planteado, destacamos el siguiente:

La CRD se definió para establecer un compromiso satisfactorio entre la necesidad de promover la innovación, por una parte, y las expectativas legítimas de los consumidores de disponer de productos más seguros. El argumento fundamental del actual debate sobre la CRD es que la eliminación de esta cláusula perjudicaría la innovación. Las conclusiones del presente informe [se refiere al informe de la Fundación Rosselli, la aclaración es nuestra] parecen indicar que el argumento esgrimido a menudo de que la CRD es un factor importante para alcanzar el equilibrio de la Directiva entre la necesidad de mantener los incentivos a la innovación y los intereses de los consumidores está justificada y se basa en lo siguiente: la CRD protege los incentivos a la innovación reduciendo los riesgos relacionados con esta última, sin desviar los recursos de la investigación y el desarrollo a pólizas de seguro y animando a las empresas a adoptar los conocimientos de vanguardia; la CRD es probablemente un factor clave para determinar la estabilidad relativa de los costes del seguro de responsabilidad por productos defectuosos en la industria europea y mantener los litigios en un nivel razonable; en un régimen de responsabilidad estricta, las empresas de los sectores de alta tecnología/alto riesgo tendrían muchas dificultades para obtener una póliza de seguro razonable que cubriera sus riesgos de desarrollo. La combinación de estos factores llevó a la Fondazione Rosselli a concluir que los costes de dejar a los productores innovar en un entorno de responsabilidad estricta serían extremadamente elevados y afectarían a los consumidores a largo plazo. En efecto, los estudios Lovells y Rosselli concluyen ambos que dicho medio de defensa debería mantenerse. (Moisset de Espanés & Márquez, 2008, pp. 3-4)

En este orden de ideas, una parte de la doctrina, entre los que se incluyen a Boragina, Agoglia y Meza (1997), consideran a los riesgos de desarrollo como un caso fortuito que debe ser probado por quien pretenda eximirse de responsabilidad, sosteniendo que la

nocividad de sus defectos es imprevisible al momento de su introducción al mercado. Sin embargo, solo coincidimos con estos autores en que dichos vicios no deben encuadrar dentro de la eximente si tal desconocimiento es producto de una investigación insuficiente o si no se respetaron las reglas exigidas por la comunidad científica como paso previo para introducir el producto en el mercado.

Asimismo, concordamos con la postura manifestada por Borda (1993), quien sostiene que en estos riesgos no solo no existe culpa en quien elabora el producto, sino también que hay un problema de justicia, ya que “no es posible responsabilizar a quien ha elaborado un producto que, según la ciencia y la técnica imperante al tiempo de ponerlo en circulación, era bueno y conveniente para la salud del consumidor” (p. 3).

Creemos, junto a Kelly (1993), que estos defectos no afectan a un solo producto, sino a toda una línea de producción, por lo que no es posible determinar el costo del riesgo para prevenir los daños. De modo que, si el elaborador sabe que deberá responder, internalizará los costos, lo que significará un incremento en el precio del producto y, consecuentemente, se afectarán los niveles de producción y consumo. Sin embargo, disentimos con este autor en relación a que el sistema de responsabilidad aplicable en este caso sea el subjetivo. Pensamos, más bien, que debe ser el objetivo, debido a que no solo es el más compatible con los riesgos de desarrollo, como lo expusimos en los párrafos que anteceden, sino que también, siendo congruentes con la legislación específica existente en materia de defensa del consumidor en nuestro país, la normativa ha dispuesto el régimen de responsabilidad objetiva⁴.

6. LA CUESTIÓN EN LA DIRECTIVA 85/374 DEL CONSEJO ECONÓMICO EUROPEO

La directiva relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros —en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos— regula la responsabilidad en caso de daños debidos a productos defectuosos y consagra la responsabilidad objetiva del productor. Mantiene el principio general de que “quien alega un hecho debe probarlo”, el cual dispone que quien pretenda la reparación de dichos daños deberá probar el defecto, el daño y la relación causal entre ambos (Macias, 2009).

4 El artículo 40 de la Ley 24.240 dispone: Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

En su artículo 3, la directiva define qué se entiende por productor. A saber: “La persona que fabrica un producto acabado, que produce una materia prima o que fabrica una parte integrante, y toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto”.

Además, establece que se considerará como productor a los fines de la directiva y se le aplicará la misma responsabilidad a quien importe dentro de la Comunidad Europea: “Con vistas a su venta, alquiler, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución en el marco de su actividad comercial”. Finalmente, determina que, si la identidad del productor es desconocida, se considerará como tal a quien suministre el producto.

En su artículo 6, la directiva dispone que

un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluso la presentación del producto, el uso que razonablemente pudiera esperarse de él, el momento en que el producto se puso en circulación.

Asimismo, aclara que “un producto no se considerará defectuoso por la única razón de que, posteriormente, se haya puesto en circulación un producto más perfeccionado”.

En el artículo 7, por su parte, se disponen diversas causales que eximen de responsabilidad al productor⁵. Ahora bien, la de mayor relevancia a los fines de este trabajo es la contenida en el inciso e), que dispone que el productor no será responsable si prueba “que al momento en que el producto fue puesto en circulación el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto”. Es en este inciso donde se consagran de forma expresa los riesgos de desarrollo.

Si bien en la normativa aludida se estableció que la responsabilidad del productor que derivara de su aplicación no podía limitarse ni excluirse en virtud de cláusulas limitativas o exonerativas de responsabilidad, previó la posibilidad de que los Estados miembros pudiesen apartarse de ella en sus legislaciones internas en lo concerniente a

5 El artículo 7 de la Directiva 85/374 establece que el productor no será responsable si prueba: a) que no puso el producto en circulación; b) o que, teniendo en cuenta las circunstancias, sea probable que el defecto que causó el daño no existiera en el momento en que él puso el producto en circulación o que este defecto apareciera más tarde; c) o que él no fabricó el producto para venderlo o distribuirlo de alguna forma con fines económicos, y que no lo fabricó ni distribuyó en el ámbito de su actividad profesional; d) o que el defecto se debe a que el producto se ajusta a normas imperativas dictadas por los poderes públicos; e) o que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto; f) o que, en el caso del fabricante de una parte integrante, el defecto sea imputable al diseño del producto a que se ha incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante del producto.

los riesgos de desarrollo⁶. No obstante, la mayoría de los Estados miembros receptaron en sus legislaciones internas la exigente (Taboada, 1993) y otros, como España, la acogieron excluyendo de su ámbito de aplicación a los medicamentos, alimentos y productos alimentarios destinados al consumo humano⁷. Francia, por su parte, la excluyó en aquellos supuestos en que “el daño sea causado por un elemento del cuerpo humano o por los productos elaborados a partir del mismo” (Pizarro & Vallespinos, 2012, p. 85). En Alemania, por su parte, “se sujeta la responsabilidad por riesgos de desarrollo a los medicamentos destinados a consumo humano, a las cuestiones relativas a la técnica genética y al daño ambiental” (Pizarro & Vallespinos, 2012, p. 85).

7. BENEFICIOS QUE TRAEN APAREJADOS LOS FONDOS DE COMPENSACIÓN

En los sistemas de compensación administrativos de daños deja de ser relevante la atribución de responsabilidad para centrar el eje de la cuestión en la compensación de la víctima. Asimismo, la función principal en estos sistemas es la resarcitoria, ya que se busca que —frente al acaecimiento de determinados hechos dañosos— la víctima se vea garantizada por medio de una reparación. Estos sistemas siempre han previsto un resarcimiento limitado, ya sea de manera cuantitativa —por medio de la aplicación de topes o tarifas— como de manera cualitativa, limitando su importe a determinada clase de daños.

El sistema tradicional de responsabilidad civil nos enfrenta a varias problemáticas, entre las cuales se encuentran: la excesiva demora para resarcir a las víctimas de los daños, la posible insolvencia de los dañadores (supuesto en el cual no se cumpliría la función disuasiva ni la resarcitoria que el sistema de responsabilidad civil pretende),

6 El inciso b) del artículo 15 de la Directiva 85/374/CEE dispone: “[Cada Estado miembro podrá], no obstante lo previsto en el literal e) del artículo 7, mantener o, sin perjuicio del procedimiento definido en el apartado 2 del presente artículo, disponer en su legislación que el productor sea responsable incluso si demostrara que, en el momento en que él puso el producto en circulación, el estado de los conocimientos técnicos y científicos no permitía detectar la existencia del defecto”.

7 El artículo 6 de la Ley 22/1994 española establece como causas de exoneración de la responsabilidad: 1. El fabricante o el importador no serán responsables si prueban: (a) Que no habían puesto en circulación el producto; (b) que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto; (c) que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial; (d) que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes; (e) que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto. 2. El fabricante o el importador de una parte integrante de un producto terminado no serán responsables si prueban que el defecto es imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporada o a las instrucciones dadas por el fabricante de ese producto. 3. En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con esta Ley, no podrán invocar la causa de exoneración del literal e) del apartado 1 de este artículo.

los costos sociales derivados del proceso y los costos secundarios, que se derivan de la demora en la entrega del resarcimiento a las víctimas.

El sistema de compensación administrativo de daños que proponemos viene a suplir estas problemáticas, dado que garantiza un resarcimiento rápido a los damnificados a través de un fondo de compensación denominado mixto, en el que el aporte sea realizado mensualmente, tanto por los privados como por el Estado. Los privados que deban aportar son a quienes, según el artículo 2 de la Ley 24.240, les resulta aplicable dicha normativa; ellos son personas humanas o jurídicas, públicas o privadas, que, “en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios”.

Mediante la creación de dicho fondo, introducimos una excepción a la normativa que queremos proponer en nuestro ordenamiento positivo: la Directiva 85/374 del Consejo Económico Europeo (o, mejor dicho, una eventual normativa similar que se sancione en Argentina, para idénticos fines). Dicha Directiva deja sin resarcimiento alguno a las víctimas de los riesgos de desarrollo, mientras que nosotros pretendemos que, mediante el sistema de compensación, los damnificados estén garantizados por una reparación en forma expedita. Cavilamos que ello resulta relevante para cumplir con el mandato constitucional que, en el párrafo 1 del artículo 42, se dispone que

los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Vázquez (1997), destacando la relevancia de dicha normativa, sostiene:

Tal regulación no solo ha tenido lugar a nivel nacional, sino que también ha sido receptada por las constituciones provinciales, es el caso, verbigracia de Córdoba, cuyo artículo 29 dispone: “Los consumidores y usuarios tienen derecho a agruparse en defensa de sus intereses. El Estado promueve su organización y funcionamiento”; de Jujuy, en el artículo 73, que establece: “El Estado garantizará la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces la seguridad, la salud y sus legítimos intereses económicos. Podrá eximirse de tributos a la actividad que, con el fin de abaratar los precios, evite la intermediación”; de Río Negro, que en el artículo 30 puntualiza “el Estado reconoce a los consumidores el derecho a organizarse en defensa de sus legítimos intereses. Promueve la correcta información y educación de aquéllos, protegiéndolos contra todo acto de deslealtad comercial, vela por la salubridad y calidad de los productos que se expenden”; sin desmerecer otras cartas provinciales ... entre las que se encuentran también las de San Juan, Santiago del Estero, Tierra del Fuego, incluido el reciente estatuto de la Ciudad de Buenos Aires con fórmulas de contenido semejante. (p. 4)

Por su parte, Sobrino (2002) menciona otras ventajas de los fondos de compensación, como “la mayor amplitud de las coberturas y la importancia que se le otorga a la prevención de los daños” (p. 13). Asimismo, consideramos que el fondo garantiza que la víctima obtenga una reparación, independientemente de la solvencia patrimonial del dañador.

En este sentido, la Organización Mundial de la Salud (OMS) no elude esta cuestión y ha adoptado una propuesta similar a través de la creación del denominado Fondo de indemnización sin culpa para las vacunas contra el COVID-19. Dicho fondo se halla enmarcado dentro de un programa que ofrece una indemnización a personas que hayan sufrido daños como consecuencia de la vacuna contra este virus, en tanto cumplan ciertas condiciones. Lo interesante de esta propuesta es que las víctimas no tienen la obligación de recurrir previamente a los organismos judiciales de su Estado para acceder a esta indemnización. Este constituye “el primer y único mecanismo mundial de indemnización por lesiones debidas a las vacunas”⁸.

A mayor abundamiento, otra solución afín se encuentra en el artículo 8 bis de la Ley Nacional 27.573:

Créase el Fondo de Reparación COVID-19 que tendrá por objeto el pago de indemnizaciones a las personas humanas que hayan padecido un daño en la salud física, como consecuencia directa de la aplicación de la Vacuna destinada a generar inmunidad adquirida contra la COVID-19 y con el alcance dispuesto en esta ley⁹.

8. CONCLUSIONES

Concluimos que los riesgos de desarrollo deben ser regulados explícitamente dentro del régimen de responsabilidad objetiva que consagra la Ley 24.240, al considerarlos como causal de eximición de responsabilidad. Debe eximirse de responsabilidad al productor, conforme a la conceptualización brindada por el artículo 3 de la Directiva 85/374.

Si bien en los supuestos en que estos daños se han producido en el país los organismos judiciales han intentado llenar estas lagunas del derecho por medio de una interpretación extensiva del régimen de la responsabilidad objetiva, creemos que debe haber una regulación expresa en la legislación, con el fin de afianzar la justicia y otorgar mayor seguridad jurídica a los ciudadanos, tal como lo demanda nuestra Constitución y el régimen de un Estado de derecho.

8 Para profundizar sobre el programa de indemnización sin culpa para las vacunas contra el COVID-19, ver: <https://www.who.int/es/news/item/22-02-2021-no-fault-compensation-programme-for-covid-19-vaccines-is-a-world-first>

9 Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=343958>

Eximir de responsabilidad al productor no solo incentivará el desarrollo de la investigación e innovación científica, sino que atraerá la instalación de empresas extranjeras en el país, lo que propenderá a un mayor crecimiento económico. En consonancia con lo que la Constitución demanda en su artículo 75, incisos 18 y 19, se enfatiza en la importancia de incentivar la investigación, el desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento y, en consecuencia, contribuir con la prosperidad del país, el desarrollo humano y el progreso económico.

Estamos de acuerdo con lo prescrito en los artículos 3 de la Ley 24.240, 1094, segundo párrafo, y 1095 del Código Civil y Comercial, que disponen que, en caso de duda respecto de la interpretación de los principios contemplados en la Ley de Defensa del Consumidor, del Código Civil y Comercial o del contrato de consumo, respectivamente, se estará a favor del consumidor. La exigente que proponemos de ningún modo desplaza dicho principio, solo intenta evitar la injusticia de que responda en forma exclusiva el productor, quien se ve privado de tomar medidas de prevención respecto de un vicio que, al momento de su lanzamiento al mercado, era desconocido por la ciencia. Por el contrario, y con el fin de asegurar la protección de la salud, la seguridad y los intereses económicos del consumidor que exige la Constitución nacional en su artículo 42, proponemos la creación de un fondo de compensación administrativo en el que aporten mensualmente los privados y el Estado nacional para que las víctimas de los daños acaecidos a causa de los riesgos de desarrollo tengan garantizada la reparación.

Al analizar la Directiva 85/374 y los resultados positivos arrojados, así como el informe de la Fondazione Rosselli en el que examina la incidencia económica de la cláusula relativa al riesgo de desarrollo prevista en el literal e) del artículo 7 no hay dudas de que la reforma legislativa que proponemos debe tomarla como directriz para la regulación del instituto en nuestra legislación.

Por último, consideramos que si la discusión en torno a la inclusión de los riesgos de desarrollo en la legislación interna había perdido vigencia, la pandemia y la creación e introducción en el listado de la primera vacuna contra el COVID-19 para uso en emergencias por parte de la OMS reverdeció la cuestión. Es interesante ver cómo dicho organismo internacional es consciente de los posibles daños que puede ocasionar la vacuna y, por consiguiente, creó un fondo de compensación que indemnice a las víctimas. Una solución similar se intentó brindar a nivel nacional a través de la sanción de la Ley 27.573, que crea el fondo de reparación para quienes hayan experimentado daños en la salud como consecuencia de la vacuna contra el COVID-19. En efecto, reafirmamos nuestra posición acerca de la necesidad de incluir expresamente a los riesgos de desarrollo en nuestra legislación y de crear un fondo de compensación para las víctimas de dichos daños.

REFERENCIAS

- Barocelli, S., & Garrido Cordobera, L. (2008). Responsabilidad por riesgo de desarrollo. Aproximaciones de la jurisprudencia argentina. *Revista Jurídica Argentina La Ley, F*, 843-848
- Boragina, J., Agoglia, M., & Meza, J. (1997). *La obligación de seguridad en los contratos de consumo*. Abeledo Perrot.
- Borda, G. A. (1993). Algunas observaciones al Proyecto de Reformas al Código Civil elaborado por la Comisión designada por el Poder Ejecutivo. *Revista Jurídica Argentina La Ley, E*.
- Ferrer de Fernández, E. (2016). La responsabilidad por productos elaborados y el riesgo del desarrollo en el contexto del derecho del consumidor. *Derecho comercial y de las obligaciones: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, (276), 35-68.
- Garrido, L. (2007). *La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2021/10/responsabporriegodesarr.pdf>
- Goldenberg, P. (1996). Los riesgos del desarrollo (un supuesto especial de responsabilidad por productos elaborados). *Revista Jurídica Argentina La Ley, E*, 927-937.
- Kelly, J. A. (1993). Responsabilidad del fabricante por vicios del diseño. *Revista Jurídica Argentina La Ley, D*, 1020-1025.
- Lorenzetti, R. L. (1996). Las nuevas fronteras de la responsabilidad por daños. *Revista Jurídica Argentina La Ley, B*, 1107-1118.
- Macias, M. A. (2009). Responsabilidad de los fabricantes por riesgos de desarrollo en el marco actual de la responsabilidad civil. El caso específico de la transmisión de VIH/sida por productos hemoderivados. *Jurisprudencia Argentina Abeledo Perrot* 4(4), 241-256.
- Millner, M. A. (1971). *La responsabilidad civil por productos elaborados en el sistema del Common Law*. *La Ley*, 43 858/869, Sección Doctrina.
- Moisset de Espanés, L., & Márquez, J. F. (2008). Responsabilidad por productos y servicios peligrosos o defectuosos. El riesgo de desarrollo como eximente. *La Ley*. <https://www.studocu.com/es-ar/document/universidad-siglo-21/derecho-privado-viii/resp-por-productos-marquez-y-moisset-de-espanes/2894652>
- Pizarro, R. D., & Vallespinos, C. G. (2012). *Instituciones del derecho privado: obligaciones*. Hammurabi.
- Prieto Molinero, R. (2011). La responsabilidad objetiva y el artículo 1113 del Código Civil. *Revista Jurídica Argentina La Ley*.

- Sobrino, W. (2002). *Seguros de daños ambientales: luces y sombras de uno de los mayores desafíos para la industria del seguro en el siglo XXI*. *Jurisprudencia Argentina, Abeledo Perrot*, 3(4).
- Taboada, M. (1993). La responsabilidad del fabricante (su estado actual en nuestro derecho y en la legislación internacional). *Revista Jurídica Argentina La Ley, C*.
- Vázquez, A. R. (1997). La protección jurisdiccional del consumidor. Planteos - Otros derechos novedosos - Dudas - Interrogantes. *Jurisprudencia Argentina, Abeledo Perrot*, (3).

INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA FISCALIZACIÓN TRIBUTARIA: DESAFÍOS AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO CHILENO

MAURICIO ÁLVAREZ VEGA*

Universidad Autónoma de Chile, Santiago, Chile

Recibido: 20 de diciembre del 2023 / Aceptado: 20 de febrero del 2024

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2024.n058.6861>

RESUMEN. El avance de las tecnologías ha permitido a los servicios estatales perseguir sus fines de una manera más eficaz y rápida, y ello ha significado un beneficio general para la ciudadanía. Dentro de ellas se encuentran las técnicas del análisis de datos a través de sistemas de inteligencia artificial. Su uso inquisitivo genera importantes inquietudes respecto de su licitud y de las consecuencias que podría generar en la esfera *iusfundamental* de las personas sujetas a dichos análisis, particularmente en su privacidad y en la sujeción al debido proceso. En este artículo, se analiza la adecuación de estas herramientas en el derecho chileno, así como el choque que genera la contraposición de intereses generales y particulares por su uso, especialmente enfocada en el uso de estas herramientas por parte del Servicio de Impuestos Internos (SII) chileno. Asimismo, esta investigación busca mostrar los peligros que genera el uso de estas técnicas de persecución tributaria y cómo la legislación actual ha puesto en jaque el debido proceso administrativo.

PALABRAS CLAVE: debido proceso / tributación / inteligencia artificial

* Egresado de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile, ayudante de cátedra de Teoría del Proceso en la Universidad Autónoma de Chile. Este trabajo forma parte de la investigación de tesis de pregrado del autor, quien la presentó el día 11 de diciembre del 2023 y fue aprobada con calificación máxima.

ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN TAX AUDITING: CHALLENGES TO CHILEAN ADMINISTRATIVE DUE PROCESS

ABSTRACT. The advance of technologies has allowed state services to pursue their purposes in a more efficient and faster way, providing a general benefit to citizens. These include the techniques of data analytics through artificial intelligence systems. The inquisitive use of these techniques raises important concerns about their legality and the consequences that could be produced to the fundamental right sphere of the persons subject to such analysis, particularly in their privacy and in the subjection to due process. This paper seeks to explore the intricate relationship between state necessity and fundamental rights, as well as the clash between general and interests. Especially focused on the use of these tools by the Chilean “Servicio de Impuestos Internos”, this research seeks to show the risks generated by the use of these techniques of tax prosecution and how the current legislation has put in check the administrative due process.

KEYWORDS: due process / taxation / artificial intelligence

1. INTRODUCCIÓN

Durante la última década, la sombra y huella de los datos en línea han traído nuevas oportunidades y desafíos en diferentes sectores de nuestra vida, pues han registrado con tinta los altos y bajos de una persona, a la vez que esculpen un modelo a veces poco exacto, pero siempre permanente, de ella y sobre el cual instituciones públicas y privadas toman decisiones de gran incidencia en su vida. Asimismo, los Estados no han estado exentos de la carga —o bendición, más acorde a su punto de vista— que supone el manejo de las técnicas de análisis de datos masivos —o *big data*—. Así, diversas instituciones, como las administraciones tributarias, han abordado este tren de innovación tecnológica. En una época en la que el número de contribuyentes —y, por tanto, la cantidad de declaraciones de impuestos— aumenta año tras año, el uso de herramientas de análisis de datos masivos aparece como una solución atractiva, económica y eficiente a un problema que deja un vacío en el historial y que ha sido arrastrado por numerosas administraciones.

La evasión tributaria genera pérdidas a los Estados del orden de los miles de millones de dólares cada año. Si bien no existen estudios estadísticos exactos que visualicen este problema, en Chile¹ se han presentado estimaciones que fijan estas cifras en el 7,5 % del PIB nacional (Jorratt & Martner, 2020, p. 16). Es por este motivo que el Servicio de Impuestos Internos, en adelante SII, se ha centrado en el desarrollo e implementación de un programa de análisis y tratamiento de datos para contrarrestar los crecientes niveles de evasión y elusión. En este sentido, a la Oficina Informática Inteligencia de Negocios se le ha encargado la labor de desarrollar e implementar mecanismos de control automatizados del cumplimiento tributario, a través del uso de tratamiento masivo de datos, según la Resolución Exenta 101 del 6 de septiembre del 2019, promulgado por el Servicio de Impuestos Internos.

A medida que los gobiernos aprovechan cada vez más el potencial de las herramientas de análisis de datos, para examinar transacciones financieras, identificar patrones de evasión fiscal y detectar anomalías entre contribuyentes de similares características (Servicio de Impuestos Internos, 2023, diapositivas 61 y 62), surgen inquietudes sobre la constitucionalidad de estas medidas, que pueden provocar graves vulneraciones al debido proceso de los contribuyentes. A la vez, nos cuestionamos la existencia de un pseudo procedimiento de fiscalización tributaria, cuyos puntos de inicio y término están supeditados a la decisión de un algoritmo evaluador de riesgos, lo que hace que el uso de *big data* tributario pueda derivar en la existencia de un estado policial que vigile las

1 Por esta razón, la Cámara de Diputadas y Diputados requirió al presidente de la República la elaboración de un estudio en la materia. Véase la Resolución 943, promulgada el 25 de julio del 2023 por la Cámara de Diputadas y Diputados de Chile.

conductas financieras de los contribuyentes a la espera de una incongruencia entre una supuesta realidad y las rentas declaradas.

Este trabajo de investigación se enmarcará en una exploratoria a vulneraciones de las diferentes facetas del debido proceso administrativo chileno frente a la utilización de herramientas de análisis de datos por parte del SII. A mayor abundamiento, esta investigación pretende contribuir al actual debate sobre las dimensiones éticas y jurídicas del control estatal basado en sistemas de inteligencia artificial. En el desarrollo de los siguientes capítulos se tratará, en primer lugar, las diferentes posturas frente a la integración del debido proceso al procedimiento administrativo sancionador, así como el origen de su contenido, diferenciando cuáles de estas facetas serían esenciales para la existencia de un procedimiento legalmente tramitado. Posteriormente, realizaremos un análisis a las diferentes facetas del debido proceso que se encuentran —desde nuestra óptica— amenazadas por el uso de sistemas de inteligencia artificial, desarrollando especialmente los medios de prueba ilícita y los límites al consentimiento de los contribuyentes en el tratamiento de datos, la autoincriminación y la expectativa de no vigilancia estatal en medios electrónicos. Culminamos, finalmente, con un comentario sobre el derecho a ser oído y la posibilidad de contradecir al algoritmo.

1.1 Contenido del debido proceso administrativo

Existe actualmente un debate sobre el contenido del debido proceso administrativo, sobre el cual nos debemos pronunciar para sentar la base de nuestra investigación. Para estos efectos, solo nos referiremos brevemente a su faz sancionadora, que es la temática que nos convoca. En este sentido, extrapolaremos brevemente las discusiones que surgen, por un lado, de la naturaleza normativa del derecho administrativo sancionador y, por otro, la necesidad de una protección efectiva al administrado².

Una primera tesis que nos permitiría dotar de contenido al derecho administrativo sancionador es la unificadora penal-administrativa. Esta entiende a dicha faz del derecho administrativo sancionador como una rama o extensión del derecho penal, estableciéndose una identidad ontológica de las mismas, constituyendo variantes al ejercicio del *ius puniendi* estatal (Zúñiga, 2001, p. 1441).

El Tribunal Constitucional chileno ha tendido a sostener la tesis del *ius puniendi* único del Estado. En este sentido, señala que tanto la pena penal como la administrativa se someterían al mismo estatuto constitucional, derivándose de ello la aplicación de ciertas garantías subjetivas y objetivas. En este mismo sentido, pese a establecer algunas limitaciones, la magistratura señala que ambas formas sancionadoras formarían

2 Sobre la distinción doctrinaria de contravención administrativa y delito penal, véase Jescheck y Weigend (2002).

parte de un mismo tronco común y que se bifurcan en la vía administrativa o penal por determinación del legislador (Cordero, 2014, p. 402).

En línea con lo señalado, indica el profesor Gómez Tomillo (2020) que existen ciertos principios del orden penal que son susceptibles de ser adaptados funcionalmente o matizados³ al procedimiento administrativo, mientras que otros, por su inherencia al Estado democrático de derecho sobre el cual se fundan los distintos procesos, no podrían serlo (p. 20)⁴. Así, podría entenderse que entre derecho penal y derecho administrativo sancionador existe una identidad en lo esencial y diferencias en lo accidental o procedimental (como se citó en Gómez Tomillo, 2020, p. 20).

Por otro lado, la doctrina con la que compartimos opinión ha establecido la existencia de un debido proceso autónomo perteneciente exclusivamente al derecho administrativo. Este ha surgido en los últimos años derivado de las críticas hechas a la teoría del *ius puniendi* único. En este sentido, se ha señalado que dicha teoría constituiría no solo un reduccionismo inútil, sino también un argumento metodológicamente equivoco, y es que justificar la utilización de las garantías penales del debido proceso por mera consecuencia del *ius puniendi* único no satisface las diversas contradicciones que se presentan en la práctica, como lo serían las diferencias regulativas existentes entre las sanciones administrativas y las penas (Letelier, 2017, pp. 627-636).

La Corte de apelaciones de Santiago, conociendo un recurso de protección interpuesto en contra de una serie de actos administrativos ha señalado que:

la potestad sancionatoria de la Administración del Estado debe enmarcarse en el respeto a las garantías básicas de un debido proceso administrativo, aun cuando esta clase de procedimiento pueda revestir una configuración especial, determinada por la ley, en consideración a la conjunción ponderativa entre interés público que hay en perseguir el cumplimiento de la normativa correspondiente, y los legítimos derechos de las personas. (Corte de Apelaciones de Santiago de Chile, 2023, considerando octavo, párr. 3)

Reconociendo la existencia de un debido proceso administrativo netamente autónomo regulado legalmente, agrega que

3 Según Gómez Tomillo (2020), estos serían: la garantía de independencia e imparcialidad; el derecho a un juez ordinario predeterminado por la ley; el derecho a la defensa letrada; el derecho a intérprete y traductor; la separación entre la instrucción y el enjuiciamiento; el derecho a un proceso público; el derecho a ser oído; y el derecho a la doble instancia.

4 Según Gómez Tomillo (2020), estos serían: el derecho a la presunción de inocencia; el derecho a guardar silencio, a no declararse culpable y a no declarar contra sí mismo; el derecho a la confidencialidad de las comunicaciones entre abogado y cliente; el derecho a ser informado de la acusación; el principio acusatorio; el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa; la prohibición de dilaciones indebidas; y el principio de non bis in ídem procedimental.

la única conclusión posible y que permite asegurar las garantías básicas que forman parte del debido proceso administrativo, como lo es precisamente el derecho a ser oído, es que el procedimiento sancionatorio contemplado en el artículo 79 del Decreto Ley N° 1.094, necesariamente contemple los trámites destinados a dicho cometido. (Corte de apelaciones de Santiago de Chile, 2023, considerando octavo, párr. 6)

De esta manera, se limita el contenido del debido proceso administrativo a la regulación legal de cada tipo de procedimiento.

Interpretando esta línea jurisprudencial en el sentido que solo la ley especial dota de contenido al debido proceso administrativo, el procedimiento administrativo consta de una serie de principios básicos y supletorios que son los regulados en los artículos 4 y siguientes de la Ley 19.880, que entregan los lineamientos mínimos para la adecuada protección de los derechos de los administrados. Prestamos especial consideración a los principios de gratuidad y no formalización, que permiten un acceso universal al procedimiento; celeridad, que se alinea con la necesidad de una decisión en plazo razonable; contradictoriedad, que permite la práctica material de la aportación de prueba y el derecho a ser oído; imparcialidad y abstención, que aseguran una decisión conforme al principio de igualdad ante la ley; inexcusabilidad, que —entendido dentro del concepto de acción— permite el ejercicio de la tutela judicial efectiva (ver también Martínez, 2012); transparencia y publicidad, que genera las condiciones de desenvolvimiento de un procedimiento público⁵; conclusividad, que establece el mandato de concluir el procedimiento con la decisión del asunto; y de impugnabilidad, que otorga al administrado el derecho de deducir recursos y obtener la doble confirmación de la decisión.

1.2 Entre fiscalización y parafiscalización

Con el uso del *big data* en materia tributaria, en el marco de una fiscalización tributaria —véase igualmente en el marco de un proceso administrativo sancionador—, nos debemos hacer la pregunta: ¿en qué momento se inicia el acto administrativo? Consideramos que esta pregunta genera diversas implicaciones, pero la más importante y atingente a esta investigación es el momento en que se aplican en su totalidad las garantías constitucionales que atienden al administrado.

Sobre el proceso de fiscalización tributaria, el artículo 59 del Código tributario chileno señala que inicia un procedimiento de fiscalización solo con la citación a que

5 Señala el profesor Gandulfo (2010) que la publicidad del proceso es un mecanismo indispensable para que la jurisdicción cumpla con las demás funciones que la sociedad le encomienda, pues refuerza a la vez la confianza de la ciudadanía en el sistema jurídico. Es, entonces, necesaria para garantizar la correcta impartición de justicia.

hace referencia el artículo 63 del mismo cuerpo legal. Sin embargo, entendiendo el procedimiento de fiscalización tributaria como acto administrativo (ver también Soto Kloss, 1996), debemos tener presentes todas aquellas actuaciones que realiza el SII en su preparación⁶. Así, a modo de ejemplo, en el marco de un procedimiento de fiscalización tributaria aleatoria a comerciantes de una calle X, el primer acto preparatorio sería la elección de dicha calle. Si un comerciante sobornó al funcionario para elegir dicha calle con tal de afectar a su competencia, el procedimiento completo estaría viciado.

En el caso del uso de *big data*, este límite es un poco más difuso. ¿Al realizarse el análisis de datos masivos existiría un símil al funcionario del SII seleccionando un sector donde realizar una fiscalización? ¿O se trataría del mismo funcionario ya golpeando la puerta de una oficina para realizar la fiscalización?

Entendemos que, al igual que en la fiscalización aleatoria, en el uso de *big data* se genera una línea de tiempo con la cual podríamos distinguir las actuaciones inocuas de aquellas determinantes para el nacimiento del acto administrativo.

- i. Se crea un perfil o modelo del contribuyente en el sistema.
- ii. Se ingresan o alimentan datos relevantes sobre la vida tributaria del contribuyente.
- iii. El sistema detecta inconsistencias entre la declaración del contribuyente y los datos del modelo.
- iv. Se cita al contribuyente en virtud del artículo 63 del Código tributario y se abre un procedimiento de fiscalización tributaria.

Sobre los actos trámite, el profesor Rojas (2004) señala lo siguiente:

los actos trámite son presupuesto de la decisión de fondo. Son actos previos a la resolución que ordenan el procedimiento, como son, por ejemplo: los actos de incoación, de instrucción, comunicaciones, notificaciones. No son impugnables en sede administrativa, salvo que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. (p. 21)

Si seguimos esta línea de pensamiento, podemos argumentar que todas aquellas actuaciones que mencionamos anteriormente pueden ser parte por lo menos del acto trámite, siempre que la extracción de una de aquellas impida la dictación de la resolución que corresponda.

6 Siempre en consideración de la clásica distinción de los actos administrativos de tres categorías: intermedios o preparatorios; de trámite o de mero trámite; y decisorios, de término, resolutorios o terminales. Véase Silva Cimma (1995, pp. 82 y ss.).

2. PROBLEMAS JURÍDICOS EN EL USO DE *BIG DATA* EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO DE FISCALIZACIÓN TRIBUTARIA

Habiendo establecido que el uso de la herramienta de *big data* por el SII se encuentra sometida a la garantía del debido proceso, ahora debemos abocarnos a analizar si este se adecua a los estándares de derechos humanos. Para esto dividiremos los acápite subsiguientes de forma que se muestre una suerte de línea temporal con los trámites que llevan a cabo las administraciones tributarias a través del *big data* y aquellas facetas del debido proceso que creemos pueden verse vulneradas.

2.1 Fuentes de recolección de datos y prueba ilícita

Con el aumento exponencial del internet de las cosas, existen cientos de fuentes sobre las cuales el SII podría recopilar información para su uso en herramientas de *big data*. Estas incluyen geolocalización, hábitos de compra, incluso gustos personales. Dependerá de la Oficina Informática Inteligencia de Negocios del SII realizar un análisis costo beneficio de las diversas fuentes a analizar.

Ya habíamos adelantado que uno de los grandes usos que se le da al *big data* por parte del SII es comparar las anomalías existentes entre contribuyentes de la misma categoría (SII, 2023, diapositiva 61). Esto no solo implica una comparación entre declaraciones, sino que incluye el cotejo del nivel de vida de un contribuyente con sus rentas declaradas. La fuente primordial sobre la que diversas administraciones tributarias realizan este análisis son las redes sociales (Drumbl, 2020, p. 308), las cuales, a través de imágenes y videos publicados, permiten atribuir ciertas conductas o el nivel socioeconómico de los contribuyentes.

Existe una tendencia mundial de acuerdo a la cual las personas tienden a renunciar voluntariamente a su privacidad, realizando publicaciones en redes sociales, cediendo a título gratuito sus datos y su imagen a grandes empresas, con la sola recompensa de comunicarse con otras personas y crear lazos en la red. Esto entrega las condiciones ideales para que empresas e instituciones estatales creen perfiles digitales de las personas sobre cuya información se transa, se analiza su conducta y se generan modelos de riesgo que permitan predecir las decisiones que tomarán en un futuro cercano (Smith et al., 2012, p. 2). Pese a esto, surge una inquietud por parte de las personas, que viene de la mano de la invasión a su privacidad como parte de la actividad estatal, y es que, si una empresa analiza nuestras redes sociales, la peor consecuencia que acarrearía sería publicidad focalizada. Sin embargo, cuando es la administración tributaria quien realiza este análisis, la consecuencia será probablemente una sanción.

La privacidad de una persona estaría constituida por una esfera que rodea todos aquellos aspectos de su vida que desea se encuentren fuera del alcance e intervención

de terceros (ver también Polo, 2022). En el ciberespacio, este límite es mucho más difuso. *Prima facie*, se entiende materializado con una declaración de intención; es decir, todo lo compartido por una persona es público, a menos que manifieste —al menos con una acción más o menos inequívoca— que es de carácter privado. La jurisprudencia chilena ha adoptado el concepto estadounidense de la expectativa legítima de privacidad para conocer el grado de intimidad de la que el titular del derecho podría haber gozado (Escobar, 2017, p. 415), agregando más elementos que la declaración del titular. Así, por lo menos en el caso de las redes sociales, para conocer la frontera de lo privado y lo público se deberían considerar tres elementos: la configuración del perfil, la cantidad de contactos y si el perfil se encuentra indexado a motores de búsqueda (Herrera, 2016, p. 96). Por tanto, la expectativa de privacidad será mayor cuando el perfil del titular tenga una configuración privada, el número de contactos sea reducido y no esté indexado a algún motor de búsqueda.

En línea con lo expuesto, Álvarez (2018) sostiene que

si un usuario de Facebook o de Twitter cree razonablemente que sus publicaciones (o comunicaciones) solo pueden ser accedidas por el grupo reducido o controlado de usuarios que forman parte de su red, esto es, aquellos a quienes ha consentido expresamente formen parte de ella, eventualmente podría sostenerse que estamos ante un tipo especial de comunicación privada que, si bien es abierta para ese grupo específico de personas, es cerrada para el resto de los usuarios de la red social respectiva y para todos aquellos que no son parte de la red, estando por tanto protegida por la garantía de inviolabilidad y por el derecho a la vida privada. (p. 25)

Nuestra legislación ha adoptado un sistema binario que previene la licitud del tratamiento de datos personales, que se integra por dos grandes fuentes de legitimidad de la actividad: por un lado, el consentimiento de la persona, y, por otro, la autorización legal a un servicio en razón del cumplimiento de sus funciones, la que permite a los organismos públicos tratar datos personales sin contar con la autorización de sus titulares (Contreras & Trigo, 2019).

Para conocer si se necesita el consentimiento o no de los usuarios para el uso de *big data*, es necesario diferenciar entre minería de datos y análisis de datos o *big data* propiamente dicha. Ambas son actividades dentro de la actividad general del análisis de datos. Sin embargo, la primera se centra en la exploración y extracción de algún tipo de datos en específico, ya sea descubriendo patrones o clasificando datos a partir de otros ya conocidos (Riquelme et al., 2006), mientras que la segunda trabaja con una base de datos extensa que puede incluir diferentes tipos de datos, provenientes de diferentes fuentes (Kitchin & McArdle, 2016). La Ley 19.628 no distingue entre ambos procesos, sino que los engloba dentro del término de tratamiento de datos

personales⁷. El problema radica en que los servicios públicos por lo general externalizan la tarea de la minería de datos a empresas privadas, mientras que realizan el análisis de datos por sí mismos, con lo cual el mandato de consentimiento se difumina entre ambas. En dicho caso, importa poco el mandante del tratamiento de datos, sino que recaen en el mandatario todas aquellas imposiciones que establezca la ley. Siguiendo una línea lógica, el servicio público no debería poder realizar análisis de datos sobre datos que se obtuvieron a través de minería que necesitaba de consentimiento. El consentimiento en este caso es regulado por el artículo 4 de la Ley 19.628, que señala: “La persona que autoriza debe ser debidamente informada respecto del propósito del almacenamiento de sus datos personales y su posible comunicación al público”. Estimamos que este precepto debe ser interpretado de forma que un consentimiento general esté prohibido. Así, a modo de ejemplo, cuando una empresa o servicio público señale simplemente que se almacenarán y tratarán los datos ingresados en sus bancos, debiese aplicarse condición más favorable al contribuyente y señalarse que no ha existido consentimiento para la transferencia de aquellos datos.

Una segunda hipótesis es que el servicio público realice autónomamente las actividades de minado de datos. En este caso, por autorización legal no se requiere el consentimiento del titular de los datos (Ley 19.628, 1999, artículo 20), pero la actividad se debiese adherir de igual manera a un estándar de privacidad nacido del derecho establecido en el artículo 19, incisos 4 y 5, de nuestra Constitución. Por tal, el tratamiento se limitaría a aquellos hechos o circunstancias que la persona no haya señalado como privados, restringiéndose —al menos en el caso de las redes sociales— a los perfiles públicos. En este sentido, la Corte Suprema chilena —aunque en un caso de competencia penal— ha señalado que el acceso de policías a perfiles de acceso público con el objeto de recabar pruebas no vulnera la garantía a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas en cuanto no se haya configurado el perfil como privado, manteniendo por tal una expectativa baja de privacidad (Escobar, 2017).

Según el Boletín B11092-07, el proyecto de ley que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y que crea la agencia de protección de datos personales establece reglas de consentimiento similares a las de la ley vigente (Proyecto de ley sobre protección de datos personales, 2017). En este sentido, mantiene las reglas de legitimación en el tratamiento de datos personales que realizan tanto organizaciones

7 Así, el literal o) del artículo 2 de la Ley 19.628 señala: “o) Tratamiento de datos: cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permitan recolectar, almacenar, grabar, organizar, elaborar, seleccionar, extraer, confrontar, interconectar, disociar, comunicar, ceder, transferir, transmitir o cancelar datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier otra forma”.

privadas como órganos públicos, con la salvedad de que la manifestación de voluntad debe ser entregada de forma anterior al tratamiento de datos. También se incluye una presunción (en virtud de la cual el tratamiento de datos se tornaría ilegal), que preceptúa “no ha sido libremente otorgado cuando el responsable lo recaba en el marco de la ejecución de un contrato o la prestación de un servicio en que no es necesario efectuar esa recolección”, según el Oficio 18.347 del 2023 de la Cámara de Diputadas y Diputados de Chile (p. 15). Sin embargo, el análisis de este proyecto de ley excede los límites de nuestra investigación en cuanto deja fuera de esta situación a las redes sociales mediante una contra regla que señala: “Con todo, lo dispuesto en el inciso anterior no se aplicará cuando quien ofrezca bienes, servicios o beneficios, requiera como única contraprestación el consentimiento para tratar datos” (Oficio 18.347, p. 15). No menos interesante es la discusión que se pudiere suscitar sobre las redes sociales que ofrecen suscripciones *premium* a cambio de la utilización del servicio sin publicidad⁸.

Otra gran problemática sobre el consentimiento y la expectativa legítima de privacidad es que la vasta huella digital de las personas no proviene netamente de ellas, y es que, si bien estas tienen control sobre la configuración de su propio perfil, no lo tienen sobre aquellas publicaciones realizadas por terceros. En un caso hipotético en el que una persona configura su perfil con la mayor opción de privacidad posible⁹, pero un tercero publica una imagen que incluye a dicha persona en un perfil público, el sistema de análisis de datos no diferenciará entre aquella declaración de intención de la persona y la del tercero, sino que simplemente imputará una conducta a ambos, ya sea mediante los comentarios, título de la publicación, o incluso reconocimiento facial. Esta es una de las razones por las que no es determinante la sola declaración del titular para diferenciar entre su vida privada y pública. Al acceder a tomarse una fotografía con dicho tercero, y existiendo al menos la posibilidad de que este la comparta con terceros, la expectativa de privacidad de la persona disminuye, y puede disminuir aún más en el caso de que el tercero lo pueda etiquetar en su publicación —indexación del perfil—.

Cuando falta consentimiento del titular para el tratamiento de sus datos o este se realizó fuera de los estándares legales, las eventuales pruebas obtenidas por la minería de datos se tornan ilegales. En nuestro caso, consideramos que al ser estas evidencias las que iniciarán un eventual procedimiento de fiscalización, lo vician incluso antes de su concepción, se usen o no dentro del proceso mismo, siguiendo lo accesorio la suerte de lo principal. La investigación viciada vicia por sí misma la sanción final.

8 Entendemos que la presencia de publicidad no constituye *per se* la contraprestación del uso de redes sociales, sino que una consecuencia de ella sería el tratamiento de datos con fines publicitarios. Véase Martínez (2021).

9 Es de notar que diferentes plataformas ofrecen diferentes opciones, que varían entre privado-público hasta las variadas opciones que ofrece Facebook sobre quién puede compartir, ver las publicaciones del usuario y la indexación de su perfil.

2.2 Autoincriminación y el *alter ego* virtual

Como ya se ha mencionado altamente, la existencia de fuentes de datos son un requisito fundamental para la aplicación de sistemas de inteligencia artificial. Una de las principales y de más fácil acceso son las encontradas en la red, por lo que es necesario hacer un breve análisis al aspecto sociológico del *alter ego* virtual de las personas, así como sus implicancias para nuestro tema principal.

Sobre la existencia de un *alter ego* virtual, diferentes aristas han de ser consideradas, y es que una persona tiende a cambiar la forma en la que se comunica, conecta y presenta al mundo dependiendo del receptor del mensaje. En este sentido, la capacidad del agente para representarse como una persona diferente en distintas comunidades en línea, sin que nadie pueda relacionar una identidad con otra, crea múltiples formas de conciencia, que pueden considerarse como múltiples yo (Turkle, 1995). Una persona en su realidad virtual tenderá a presentar una personificación de sí misma más profesional y formal en una plataforma de negocios o laboral, mientras que se mostrará de forma ligera e informal en una red social.

Sobre esta multiplicidad de personificaciones es que Foucault (1980) ha señalado que no existiría un yo interno, sino que constituyen la identidad todos nuestros aspectos comunicados o mostrados a otros a través de las interacciones que llevemos a cabo, pero nunca estando fijada dentro de la persona misma. Es un concepto cambiante en el tiempo y que se modifica contextualmente.

La cuestión es la posibilidad de imputar todas las personificaciones y las características que se puedan generar, a una determinada persona física. Si en una web de chat una persona pretende tener un género diferente al suyo o incluso pertenecer a una especie distinta —pretendiendo, por ejemplo, ser un gato—, ¿son comportamientos con los que se debiera caracterizar al usuario en su faz general?

Respondiendo a la perspectiva de la personificación contextualizada del yo, la acción que una persona realice en cierta plataforma no debiera en principio tener implicancias en otra diversa, siempre que este no lo haya así dispuesto o por lo menos previsto. Sin embargo, un considerable argumento contra esta posición sería que, debido a la gran interconexión que presentan las redes informáticas, así como la indexación de los datos a motores de búsqueda, la sectorialización o limitación de la identidad virtual sería imposible, por lo que todo lo indexado constituyente de un banco de datos común —y, en general, todo lo que genera una huella digital— constituirá las características atribuibles a la persona.

Uno de los grandes problemas con la atribución de características a la identidad de las personas es que estas tienden a exagerar y mentir sobre sus particularidades. La necesidad de aprobación social no solo motiva a mentir, sino también a aumentar la

frecuencia con la que se hace (Duradoni et al., 2023), generando así un aumento en los falsos datos integrados a este todo que constituye la identidad virtual.

En este sentido, existen dos grandes limitantes que se interponen en el camino de generar una identidad virtual verdadera y comparable con la persona física: la falsa realidad y la expectativa de pertenencia.

La falsa realidad se compone de aquellas exageraciones o falacias que una persona crea acerca de sí misma, o que se generan a partir de hechos falsos que dicha persona presentó, y que tienen la intención de disuadir a otros de una ficción de realidad. Esta situación es vinculada comúnmente, pero no limitada, a redes sociales, en las que las personas tienden a mostrar la faz más positiva de sus vidas, engrandeciendo sus logros, lujos y vivencias con tal de generar un *feedback* positivo de su audiencia o cercanos, siendo la mentira la regla, no la excepción en línea (Drouin et al., 2016).

La expectativa de pertenencia se relaciona con el sentido de pertenencia a una comunidad virtual, sobre la cual se generará un yo adaptado al contexto en que esta se encuentre, y que difícilmente escapará a otras comunidades por sus diferencias culturales e incluso ideológicas. Esto puede evidenciarse en la creación de avatares virtuales, que sirven un propósito comunicativo para con la comunidad y se encuentran especialmente adaptados a ella. Si tal avatar es puesto en otra comunidad, fuera de tal contexto, podría generar un efecto negativo en el usuario (ya sea por estigmas o diferencias ideológicas), razón por la cual intentará limitarlo a esta comunidad.

Un sistema de inteligencia artificial no distingue entre las distintas personalidades contextualizadas que crea una persona en la web, sino que imputa a una persona natural los comportamientos contenidos en las diversas fuentes de datos desde las que se alimenta de información. A modo de ejemplo, un modelo de riesgos de una empresa de seguros creado a partir de inteligencia artificial puede tomar en consideración las actividades de recreación que realice una persona, pero a la descripción de la actividad se le agregan elementos como la regularidad en su realización, la cual puede verse fácilmente alterada por situaciones tan banales como el reposteo o la publicación retrasada de una actividad.

La creación de un perfil en línea por parte de una persona no tiende a estar condicionada por el temor a una vigilancia estatal, sino que responde a la necesidad de los humanos de comunicarse y relacionarse de forma expedita. El uso de sistemas de inteligencia artificial por parte del Estado sitúa a las personas en una posición en la que se puedan auto incriminar por cada publicación o comunicación que realicen en la web. Esto impone una carga a los administrados, pues no transparentar su vida de la forma más completa y verídica posible, resultará en el cuestionamiento o el encendido de una alarma por parte del algoritmo. Esto generaría un estado constante de miedo al reproche por parte del Estado, coartando en definitiva a las personas de comunicarse

libremente. Podría derivar también en la tendencia a abstenerse de llevar una vida virtual y autocensurarse (Chen et al., 2023).

La distinción de la personalidad contextualizada toma gran relevancia al intentar crear un perfil de las personas. ¿Se deberían utilizar todas las fuentes de datos disponibles o solo las que contengan información verídica?, ¿cómo realizaríamos esta distinción en la fiscalización tributaria?

En nuestro caso, cuando se inicia un procedimiento de fiscalización solo por antecedentes tradicionales —sin el uso de sistemas de inteligencia artificial—, solo se tiene a la vista el “yo” del contribuyente en su fase más formal, en el contexto de su negocio y del sustento de su familia. Todos los criterios que usa el SII para iniciar dicho procedimiento se basan en acciones externalizadas por el contribuyente, a sabiendas de que está bajo el escrutinio del Estado y ejecutándose con la mayor transparencia posible. Cuando este mismo procedimiento nace de la advertencia hecha por la inteligencia artificial, surge de acciones que el contribuyente realizó contextualizado en una comunidad virtual determinada, alterando su propia realidad para encajar en ella y, como ya se señaló, exagerando o derechamente mintiendo sobre su vida, nunca teniendo en consideración que se encuentra bajo el escrutinio del Estado ni tomando en cuenta que dichas falacias afectarían su vida y la de su familia. Dicho contribuyente se mostrará en línea de una forma muy distinta: mentirá sobre su patrimonio, exagerará su forma de vida, ocultará sus deudas, etcétera, cosas que nunca realizaría en su contexto empresarial por tener cierta seguridad de que no se encuentra bajo vigilancia estatal, y que, sin embargo, el sistema de inteligencia artificial capturaré y usará en su contra.

Mientras no exista certeza sobre la contextualización que se genera en cada plataforma o fuente de datos, no sería posible utilizar sistemas de inteligencia artificial sin afectar la forma en la que una persona se desenvuelve en distintos ambientes. Para emplear estos sistemas, la persona afectada debe tener al menos conocimiento de que está bajo algún tipo de escrutinio, a fin de que tenga la posibilidad de mostrar su “yo” que considere adecuado para enfrentar tal indagación¹⁰. A la vez, esta información debe ser sectorizada a determinadas plataformas, con tal que la vigilancia generalizada no degenera en un estado policial virtual.

2.3 Imposibilidad de contradicción

Uno de los principales y más importantes principios que gobiernan cualquier tipo de proceso donde se ejerza jurisdicción es el de audiencia o contradicción, que es una manifestación intrínseca del derecho a defensa y el de ser oído (Montero et al., 2016).

10 Lo que no supondría esconder la verdad, sino transparentarla para la correcta acogida de la fiscalización.

Externalizar la decisión del inicio de un procedimiento de fiscalización a una inteligencia artificial, podría generar la indefensión de los contribuyentes desde diferentes perspectivas derivadas de la naturaleza misma del algoritmo, ya sea por su complejidad técnica o secretismo.

Los algoritmos utilizados por las administraciones tributarias tienden a ser cautelosamente protegidos, y es que naturalmente su publicidad permitiría a los contribuyentes evitar la vigilancia mediante la realización de actos que burlen o, por lo menos, que estén fuera del rango de acción del mismo. Esta protección genera un secretismo no solo sobre los criterios utilizados para iniciar el procedimiento de fiscalización, sino también sobre las fuentes de datos que fueron utilizadas y que, en definitiva, provocaron que se estime la existencia de una inconsistencia entre lo declarado y la supuesta realidad del contribuyente.

Desde un punto de vista de la transparencia, la Ley 20.285 señala, en lo pertinente al uso de algoritmos por la administración tributaria:

Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes: 1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, en particular: ... b) *Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas* [énfasis añadido]. ... 4. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país. (Ley 20.285, 2008, artículo 21)

En virtud de esta norma, las administraciones encontraron un nicho para resguardarse de las solicitudes realizadas por vía de la Ley de Transparencia, y es que, en el especial caso de la administración tributaria, la elusión y evasión de impuestos generan grandes pérdidas de ingresos fiscales, lo que se alinea casi perfectamente con las causales impuestas. El problema no radica, sin embargo, en una cuestión de protección de intereses generales, y es que, si el ingreso fiscal aumentó con la llegada de los sistemas de inteligencia artificial, ¿puede causarse perjuicio cuando el beneficio se generó infringiendo los derechos fundamentales?

En el caso de que se supere la barrera del secreto algorítmico obteniendo acceso a él, diversos obstáculos se levantan unos tras otros, y es que el algoritmo que da funcionamiento a los sistemas de inteligencia artificial no es naturalmente comprensible por la persona que solicitó su divulgación, y tampoco lo sería por la defensa letrada que debiese alegar su ineficacia o ilegalidad. Para llegar a entender el funcionamiento de dicho sistema, se necesitaría por lo menos de una auditoría forense que —por ejemplo, a través de la ingeniería inversa— logre descifrar su funcionamiento. Los costes

relacionados a este trabajo serían mucho más elevados que los beneficios otorgados por la impugnación que originase, e implicaría una limitación subjetiva o técnica al ejercicio del derecho a contradecir¹¹.

Una tercera traba se levanta cuando consideramos que los algoritmos de la inteligencia artificial deben ser alimentados por una base de datos que será referenciada constantemente en su código sin describir el proceso por el cual llegó a tomar determinada decisión. De manera que, si no se conoce o no se tiene acceso a esta base de datos —entre otras razones porque se confundirá con datos de terceros, y su divulgación sería una afectación a su derecho a la privacidad—, será imposible poder contradecir la decisión de fiscalizar.

La existencia de estas limitantes genera una suerte de carrera de obstáculos que tiene como meta lograr acceso a los medios necesarios para hacerse de una defensa que pueda contradecir o evitar el nacimiento de un procedimiento de fiscalización. Derivado de esto, podemos argumentar que la mera utilización de la inteligencia artificial constituye la indefensión del contribuyente en su derecho a contradecir.

Realizando un trabajo retórico, nos preguntamos: ¿cómo justifica el SII la existencia de un procedimiento de fiscalización? Los abogados penalistas señalan que un caso no es resuelto, ni se agota, en la fase de investigación, sino que se resuelve al momento de satisfacer el estándar de prueba ante los tribunales de justicia¹². Trasladando el ejemplo a nuestro tema, la carga de la prueba siempre recae en el SII, que debe ser capaz de evaluar la justificación de su actuar de forma *ex ante* a la aplicación de la sanción. No se le es posible justificar el procedimiento de fiscalización en el hecho de existir una infracción tributaria. Así, tampoco debiese poder hacerlo basado en el uso de sistemas que no admiten la posibilidad de contradecir su contenido. Hacer esto significaría justificar los medios por su fin, incentivando a la vez una conducta de pesca, en la que se pesquisa incansablemente hasta apreciar un tropiezo para iniciar el procedimiento de fiscalización¹³.

11 En este sentido, trasladamos la doctrina que explicita el derecho a una explicación, por lo menos en lo que concierne al acceso y conocimiento al algoritmo. No nos referimos de lleno a esta institución, en cuanto la decisión de inicio de un proceso de fiscalización por parte del SII no está sujeta solamente al algoritmo, sino que un funcionario intercede en ella. Sobre el derecho a la explicación y la caja negra que se genera alrededor del algoritmo, véase De Streel et al. (2020).

12 Así, un homicidio no es resuelto al conocer al autor del delito, sino al someterlo a un proceso penal establecido por ley, que al mismo tiempo siga todas aquellas garantías establecidas a favor del imputado.

13 Interesante se hace el análisis que realiza Cotino (2023) sobre el estándar jurisprudencial del Tribunal Constitucional alemán en el uso de inteligencia artificial y tratamiento de datos en procedimientos, haciendo hincapié en que —para cumplirse los estándares constitucionales— su uso debe limitarse a la investigación de un individuo o grupo de personas determinadas (limitando la vigilancia generalizada) y sobre el indicio de un peligro concreto (certeza) (pp. 11 y ss).

3. CONCLUSIONES

Encontramos que el mero uso de sistemas de inteligencia artificial constituye una grave falta a los derechos fundamentales de los administrados cuando son integrados sin consideración completa del medio, utilizando el ocultismo y la poca transparencia como parte de un complot para proteger el fin. Las diversas vulneraciones analizadas recaen sobre bienes jurídicos esenciales para el correcto desenvolvimiento de la función pública, sin los cuales no es posible concebir un procedimiento racional y justo que permita concluir legítimamente en una sanción administrativa.

En este sentido, creemos que, si bien no es posible el uso de sistemas de inteligencia artificial sin la transgresión de garantías fundamentales, es necesario que —para lograr pasar el test de la máxima de la razonabilidad—, la administración tributaria:

- Realice un procedimiento de divulgación, que incluya al menos las fuentes de datos que alimentan los sistemas de inteligencia artificial, los algoritmos que los sustentan y los criterios sobre los cuales se inicia el procedimiento de fiscalización tributaria cuando tienen base en estos sistemas, evitando a toda costa la existencia de un *black box* algorítmico.
- Genere una instancia de contradicción formal sobre la cual los contribuyentes puedan hacer valer sus derechos ARCO previo al inicio del procedimiento de fiscalización tributaria.

Los sistemas de inteligencia artificial aplicados a la administración tributaria son una gran oportunidad para que los Estados solucionen la gran problemática de la recaudación de tributos, y lo hagan de una manera equitativa y eficaz. Sin embargo, para que este bien no se convierta en un mal contra la ciudadanía, es necesaria la creación de una robusta legislación actualizada y preparada contra las actuales problemáticas que surgen de las nuevas tecnologías, y que a la vez permita la protección integral de las personas conforme a los estándares internacionales de derechos humanos.

REFERENCIAS

- Álvarez, D. (2018). Privacidad en línea en la jurisprudencia constitucional chilena. *Revista de Derecho Público*, (89), 11-32. <https://doi.org/10.5354/0719-5249.2018.52027>
- Chen, X.; Xie, J.; Wang, Z.; Bohui, S. y Zhixuan, Z. (2023). How we express ourselves freely: Censorship, self-censorship, and anti-censorship on a Chinese social media. En I. Sserwanga, A. Goulding, H. Moulaison-Sandy, J. Tina, A. Lucas Soares, V. Hessami & R. Frank (Eds.), *Information for a better world: Normality, virtuality, physicality, inclusivity* (pp. 93-108). Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-031-28032-0_8

- Código Tributario. Decreto Ley 830 de 1974. Arts. 59 y 63 (modificado el 19 de febrero del 2010 por la Ley 20420). 31 diciembre de 1974 (Chile).
- Constitución Política de la República de Chile [Const.]. Art. 19. 24 de octubre de 1980 (Chile). <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302&idParte=>
- Contreras, P., & Trigo, P. (2019). Interés legítimo y tratamiento de datos personales: antecedentes comparados y regulación en Chile. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 8(1), 69-106. <https://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2019.52915>
- Cordero, E. (2014). Los principios que rigen la potestad sancionadora de la administración en el derecho chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (42), 399-439. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512014000100012>
- Corte de Apelaciones de Santiago de Chile. Sentencia ROL 69.485-2022 del 2023 (22 de noviembre de 2023). <https://www.pjud.cl/prensa-y-comunicaciones/getRulingNew/40479>
- Cotino, L. (2023). Una regulación legal y de calidad para los análisis automatizados de datos o con inteligencia artificial. Los altos estándares que exigen el Tribunal Constitucional alemán y otros tribunales, que no se cumplen ni de lejos en España. *Revista General de Derecho Administrativo*, (63). <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1514388>
- De Streel, A., Bibal, A., Frénay, B., & Lognoul, M. (2020). *Explaining the black box: When law controls AI*. Center on Regulation in Europe. <https://cerre.eu/publications/explaining-black-box-when-law-controls-ai/>
- Drouin, M., Miller, D., Wehle, S., & Hernandez, E. (2016). Why do people lie online? "Because everyone lies on the internet". *Computers in Human Behavior*, 64, 134-142. <https://doi.org/10.1016/j.chb.2016.06.052>
- Drumbl, M. (2020). Audited: social media and tax enforcement. *Oregon Law Review*, 99, 302-358. <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlufac/656/>
- Duradoni, M., Spadoni, V., Gursesli, M., & Guazzini, A. (2023). Development and validation of the need for online social feedback (NfOSF) scale. *Human Behavior and Emerging Technologies*. <https://doi.org/10.1155/2023/5581492>
- Escobar, J. (2017). ¿Se vulnera el derecho a la privacidad si la policía utiliza, para efectos de una investigación criminal, fotografías del imputado obtenidas desde facebook? Comentario a la sentencia rol 3-2017 de la Corte Suprema. *Estudios Constitucionales*, 15(1), 407-424. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002017000100013>
- Foucault, M. (1980). *Power/knowledge: selected interviews and other writings 1972-1977*. Pantheon Books.
- Gandulfo, R. E. (2010). Principios del derecho procesal penal en el nuevo sistema de procedimiento chileno. *Revista De Derecho - Pontificia Universidad Católica De Valparaíso*, (20). <https://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/448>

- Gómez Tomillo, M. (2020). Principios constitucionales nucleares del derecho penal y matices característicos del derecho administrativo sancionador. *Revista de Derecho Aplicado LLM UC*, (6). <https://doi.org/10.7764/rda..6.16695>
- Herrera, P. (2016). El derecho a la vida privada y las redes sociales en Chile. *Revista chilena de derecho y tecnología*, 5(1), 87-112. <https://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2016.41268>
- Jescheck, H., & Weigend, T. (2002). *Tratado de derecho penal. Parte general*. Comares.
- Jorratt, M., & Martner, R. (2020). *Justicia fiscal para Chile. El impuesto a la riqueza y otras reformas tributarias progresivas*. Friedrich Ebert Stiftung. <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/chile/16812.pdf>
- Kitchin, R., & McArdle, G. (2016). What makes Big Data, Big Data? Exploring the ontological characteristics of 26 datasets. *Big Data & Society*, 3(1). <https://doi.org/10.1177/2053951716631130>
- Letelier, R. (2017). Garantías penales y sanciones administrativas. *Política criminal*, 12(24), 622-689. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992017000200622>
- Ley 19.628 de 1999. Sobre protección de la vida privada. 18 de agosto de 1999. Diario Oficial de la República de Chile. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=141599>
- Ley 19.880 del 2003. Por la cual se establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado. 22 de mayo del 2003. Diario Oficial de la República de Chile. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=210676&idVersion=Diferido>
- Ley 20.285 del 2008. Sobre acceso a la información pública. 11 de agosto del 2008. Diario Oficial de la República de Chile. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=276363>
- Martínez, J. (2021). Los datos personales como posible contraprestación en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. *InDret*, (4), 88-135. <https://doi.org/10.31009/InDret.2021.i4.03>
- Martínez, P. (2012). El principio de inexcusabilidad y el derecho de acción desde la perspectiva del Estado constitucional. *Revista chilena de derecho*, 39(1), 113-147. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372012000100006>
- Montero, J., Colomer, J., & Silva, B. (2016). *Derecho Jurisdiccional I. Parte general*. Tirant lo Blanch.
- Oficio 18.347 [Cámara de Diputadas y Diputados]. Por el cual se realizan enmiendas al proyecto de ley sobre protección de datos personales (Sesión Legislativa 26/371). 8 de mayo del 2023. <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=31654&prmTIPO=OFICIOPLEY>
- Polo, A. (2022). Privacidad, intimidad y protección de datos: una mirada estadounidense y europea. *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, (47), 307-338. <https://doi.org/10.20318/dyl.2022.6884>

- Proyecto de ley sobre protección de datos personales, del 17 de enero de 2017. Modifica la Ley 19.628 en lo relativo a la comercialización, finalidad y licitud del tratamiento de datos personales. Boletín 11092-07 refundido con boletín 11144-07. <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=11608&prmBOLETIN=11092-07>
- Resolución 943 [Cámara de Diputadas y Diputados]. Por la cual se encarga al Ministerio de Hacienda y al SII la elaboración de un estudio sobre las cifras exactas que se han dejado de recaudar por evasión y elusión tributaria. 25 de julio del 2023. <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmId=5248&prmDestinold=3&prmTipo=RESOLUCIONENVIO>
- Resolución Exenta 101. Por la cual se reorganizan las unidades que conforman el departamento subdirección de informática y se establecen sus ámbitos de competencia. 6 de septiembre del 2019. https://www.sii.cl/normativa_legislacion/resoluciones/2019/reso101.pdf
- Riquelme, J., Ruiz, R., & Gilbert, K. (2006). Minería de datos: conceptos y tendencias. *Revista iberoamericana de inteligencia artificial*, 10(29), 11-18. <https://idus.us.es/handle/11441/43290>
- Rojas, J. (2004). Notas sobre el procedimiento administrativo establecido en la Ley 19.880. *Revista de Derecho*, (11), 21-54. <https://www.cde.cl/estudiosybiblioteca/wp-content/uploads/sites/15/2016/05/REVISTA-DE-DERECHO-11-1.pdf>
- Servicio de Impuestos Internos. (2023). *Cuenta Pública 2023* [Diapositiva de PowerPoint] https://www.sii.cl/cuenta_publica/CP2023.pdf
- Silva Cimma, E. (1995). *Derecho administrativo chileno y comparado. Actos, contratos y bienes*. Ediciones Jurídicas de Santiago.
- Smith, M., Szongott, C., Henne, B., & Von Voigt, G. (2012). Big data privacy issues in public social media. *IEEE International Conference on Digital Ecosystems and Technologies*, (6). <https://doi.org/10.1109/DEST.2012.6227909>
- Soto Kloss, E. (1996). La noción de acto administrativo en el derecho chileno (una perspectiva sustancial). *Revista de Derecho Público*, (60), 85-97. <https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/43259>
- Turkle, S. (1995). *Life on the screen: Identity in the age of the Internet*. Simon & Schuster.
- Zúñiga, L. (2001). Relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador ¿Hacia una “administrativización” del derecho penal o una “penalización” del derecho administrativo sancionador? En L. Arroyo & I. Berdugo (Eds.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, 1417-1444. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha / Universidad de Salamanca.

NEGOCIOS EN PLATAFORMAS DE *CROWDFUNDING*, EVALUACIÓN LEGAL Y PERSPECTIVAS EN COLOMBIA: CASO PATREON

TATIANA DULIMA ZABALA LEAL*

JESÚS YASMANI PORTILLA GARAY**

JOSÉ YEISON RODRIGUEZ SEGURA**

DEISY LIZETH GARCÍA MARTÍNEZ**

Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano, Bogotá, Colombia

Recibido: 4 de enero del 2024 / Aceptado: 7 de febrero del 2024

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2024.n058.6868>

RESUMEN. El artículo aborda la evaluación del contrato de microfinanciación ofrecido por la empresa Patreon en relación con la normativa colombiana, explorando si se ajusta a los lineamientos del Decreto 1357 de 2018 o si debe considerarse como un contrato atípico o ilegal. La investigación se basa en un análisis de la normativa colombiana, en la que se da especial énfasis a la doctrina, utilizando artículos científicos y trabajos académicos recientes en el ámbito de las ciencias sociales. Los resultados y discusión muestran que plataformas similares a Patreon no cumplen estrictamente con la normativa contractual colombiana. Se considera que sus contratos son atípicos, no ilegales, debido a la falta de uniformidad normativa entre países. La ausencia de estándares internacionales en el comercio respalda esta clasificación en Colombia.

PALABRAS CLAVE: plataformas *fintech* / Patreon / financiamiento colaborativo / *crowdfunding* / superintendencia financiera

* Abogada. Magíster en Derecho Comercial y Contratos Internacionales. Doctora en Derecho Económico y de la Empresa. Docente a tiempo completo en la Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano; docente investigadora y líder del semillero en Derecho Empresarial, Grupo de Investigación Derecho Sociedad y Empresa, Escuela de Derecho y Gobierno, línea de investigación en Derecho, Economía y Sociedad, proyecto de investigación sobre el marco normativo de las industrias creativas, tecnología, contratos y arbitraje en Colombia. Correo institucional: tzabala@poligran.edu.co. Código ORCID <https://orcid.org/0000-0001-8938-7106>

** Egresado del programa de Derecho de la Institución Universitaria Politécnico Grancolombiano y miembro del semillero en Derecho Empresarial que pertenece al Grupo de Investigación Derecho Sociedad y Empresa, Escuela de Derecho y Gobierno, línea de investigación en Derecho, Economía y Sociedad, proyecto de investigación sobre el marco normativo de las industrias creativas, tecnología, contratos y arbitraje en Colombia.

BUSINESS IN CROWDFUNDING PLATFORMS, LEGAL EVALUATION AND PERSPECTIVES IN COLOMBIA: PATREON CASE

ABSTRACT. The article addresses the evaluation of the microfinance contract offered by the company Patreon in relation to Colombian regulations, exploring whether it complies with the guidelines of Decree 1357 of 2018 or should be considered as an atypical or illegal contract. The research is based on an analysis of Colombian regulations, with special emphasis on doctrine, using scientific articles and recent academic work in the field of social sciences. The results and discussion show that platforms similar to Patreon do not strictly comply with Colombian contractual regulations. It is considered that their contracts are atypical, not illegal, due to the lack of regulatory uniformity among countries. The absence of international standards in trade supports this classification in Colombia.

KEYWORDS: Fintech platforms / Patreon / collaborative financing / crowdfunding / financial superintendence

1. INTRODUCCIÓN

Patreon, fundada en 2013 por Jack Conte en San Francisco, es una plataforma clave para creadores digitales. Permite a artistas y profesionales obtener ingresos recurrentes al conectar con sus seguidores, quienes reciben contenido exclusivo a cambio de apoyo financiero directo. Aunque no es ampliamente reconocida, su impacto en la esfera de la abogacía digital es notable. Su modelo de negocio facilita una conexión única entre creadores y audiencias, destacándose como una herramienta fundamental para monetizar contenido digital y fortalecer el vínculo entre los creadores y sus seguidores.

Patreon alcanzó el estatus de unicornio en octubre de 2020, con una valoración de mercado de más de mil millones de dólares. Para abril de 2021, su valoración ascendió a aproximadamente 4000 millones de dólares (Galeano, 2020). Este logro destaca su creciente relevancia en el panorama digital y su capacidad para transformar la monetización del contenido creado. La plataforma ha sido fundamental para los artistas independientes, permitiéndoles mantenerse económicamente mientras cultivan sus comunidades de seguidores. Sin embargo, debido a su alcance internacional, el control de los flujos de divisas internacionales presenta desafíos regulatorios (Regner, 2021).

Desde un punto de vista más general, Patreon es el nombre de dominio de una sociedad comercial cuya plataforma informática y sitio web tienen como dirección electrónica <http://www.patreon.com> y se define como una empresa que ofrece el servicio de micro mecenazgo o micro financiación o financiación colaborativa conocida a nivel internacional como *crowdfunding*. Aunque en Colombia existe regulación normativa en ese sentido, las leyes locales no rigen en el extranjero.

El análisis de contratos de *crowdfunding* en Patreon se vuelve relevante en este estudio, centrado en la regulación colombiana. El objetivo es evaluar cómo se ajusta el modelo de micro financiación de Patreon a la normativa local y examinar sus implicaciones legales. La falta de regulación internacional sobre el flujo de divisas, contrastada con los protocolos colombianos para ingresos internacionales, hace que esta investigación sea crucial. Colombia exige verificación de origen, destino y pago de impuestos para transacciones internacionales, mientras que otros países carecen de medidas similares, permitiendo el ingreso de capitales de alto riesgo, especialmente en el comercio electrónico.

En el año de 2019, Tatiana Dulima Zabala Leal publicó un análisis en donde se aborda desde diferentes perspectivas el riesgo que existe en el lavado de activos y delitos subyacentes, entre los cuales se encuentra incluso la financiación de actividades terroristas. Por tanto, la regulación puntual del tráfico de divisas puede llegar a impactar no solamente la estabilidad económica de un país, sino incluso poner en riesgo su seguridad nacional. En dicha obra, la autora realiza un análisis de los fundamentos

normativos que en el país existen al respecto (Zabala Leal, 2019) y que están circunscritos dentro del Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo (en adelante, SARLAFT). Tal análisis se sustenta sobre ocho elementos esenciales, los cuales son: políticas, procedimientos, documentación, estructura organizacional, órganos de control, infraestructura tecnológica, divulgación de la información y capacitación.

Con lo anteriormente expuesto no se está afirmando que todos los fondos de Patreon para emprendedores tengan vínculos delictivos, pero representan un riesgo alto. Es crucial revisar la legislación colombiana para intervenir efectivamente en caso de riesgos delictivos relacionados con estos fondos, tanto nacional como internacionalmente.

Adicionalmente a lo anterior, Jesse Regalado Núñez (2019), en su tesis de grado para la obtención del título de Administración y dirección de empresas en la Universidad de Cantabria, señala que la falta de comprensión sobre el funcionamiento de Patreon ha llevado a que, aunque sea una opción viable para muchos desarrolladores, sus políticas sean poco claras. Sugiere que la plataforma es la principal beneficiaria, al solo facilitar la recolección de fondos sin promover activamente nuevos patrocinadores. Esto destaca la importancia de entender el papel de la plataforma en el apoyo económico a los creadores de contenido. (Regalado Núñez, 2019).

Definición del problema de investigación

Las finanzas tecnológicas, o *fintech*, representan empresas innovadoras que transforman los servicios financieros con tecnología, mejorando la calidad y reduciendo costos. Mientras tanto, las pequeñas y medianas empresas (pymes) luchan por mantenerse competitivas, enfrentando desafíos como la escasez de opciones de financiamiento. El sistema financiero tradicional considera a las pymes como operaciones de alto riesgo debido a su alta tasa de mortalidad y costos asociados con la atención a un gran número de empresas para mantener márgenes de beneficio, por lo que el *crowdfunding* emerge como una alternativa disruptiva de financiamiento empresarial, en la que individuos y entidades invierten recursos en iniciativas empresariales que ofrecen flexibilidad frente a la rigidez de la banca tradicional, facilitando una conexión directa entre inversores y emprendedores, y brindando una vía de financiamiento más accesible para las pymes (González et al., 2021).

La introducción de sistemas de financiamiento colectivo y su rápida adopción en los mercados financieros han suscitado interrogantes y concepciones erróneas sobre su naturaleza y viabilidad. Ante esta incertidumbre, varias jurisdicciones internacionales, como del Reino Unido y los Estados Unidos, han optado por establecer regulaciones para las plataformas de *crowdfunding* (Cedeño Andrade, 2020). En Colombia, el marco legal vigente está constituido esencialmente por el Decreto 1357 de 2018, y no es suficiente,

ya que su ámbito regulatorio llega hasta donde los límites nacionales lo permiten y en materia internacional no ha creado pactos al respecto (Decreto 1357, 2018).

La incursión de plataformas de microfinanciamiento como Patreon suscita interrogantes sobre su conformidad con la normativa colombiana de *crowdfunding* y sus posibles implicaciones legales. La investigación se centra en determinar el grado de adecuación de estos modelos a la legislación y sus consecuencias jurídicas. La pregunta clave es: ¿en qué medida se adecúa el negocio de microfinanciamiento ofrecido por plataformas como Patreon a la normativa colombiana sobre *crowdfunding* y cuáles son las implicaciones legales de esta adaptación?

2. MÉTODO

Según Lafuente Ibáñez y Marín Egoscozabal (2008), la investigación científica en ciencias sociales implica la aplicación de diversas metodologías que se enfocan en el triángulo fundamental (diseño, recolección y análisis), por lo que la recopilación de datos puede realizarse mediante encuestas u observaciones directas, y la revisión bibliográfica es esencial para investigaciones en ciencias sociales. En este contexto, la revisión bibliográfica de fuentes confiables se posiciona como un método apropiado para llevar a cabo investigaciones científicas en el ámbito de las ciencias sociales (Lafuente Ibáñez & Marín Egoscozabal, 2008).

Según Ortiz Ocaña (2015), después de la década de 1960 se han replanteado las bases epistemológicas de la investigación en ciencias sociales, surgiendo enfoques como el empírico-analítico, el histórico-hermenéutico y el crítico-social. En ese sentido, este artículo adopta el enfoque histórico-hermenéutico para interpretar datos de repositorios académicos como PubMed Central, Elsevier y ScienceDirect. De acuerdo con López y Fachelli (2015), aunque se emplea información numérica, este estudio se basa en una investigación cualitativa, por lo que la recolección de datos se realiza a partir de publicaciones académicas reconocidas, con las cuales se busca generar nuevo conocimiento.

La recopilación de datos para este artículo se enfoca en información actualizada de los últimos diez años, asegurando con ello la relevancia y pertinencia en el dinámico ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación (Villasís-Keever & Miranda-Novales, 2016). Coronado Padilla (2007) indica que, en investigaciones sociales, las variables de estudio son nominales, consideradas para clasificación y no para manipulación numérica; de allí que el enfoque cualitativo de la investigación se centra en los contratos de quienes reciben donaciones en plataformas de *streaming* o compartición de contenido, como Patreon, el criterio de inclusión es la recepción de fondos a través de esta plataforma (Unidad de Proyección Normativa y Estudios de Regulación Financiera,

2016). En ese sentido, fue esencial consultar la literatura académica para abordar las incógnitas planteadas durante el proceso investigativo (Villasís-Keever & Miranda-Novales, 2016).

Desde esa perspectiva, la empresa Patreon se seleccionó como referencia para estudiar el *crowdfunding* debido a su éxito y oferta de microfinanciamiento colaborativo simple de donación no regulada en Colombia. Aunque no es un estudio de caso, Patreon ejemplifica el mercado extranjero del micromecenazgo y sus riesgos potenciales. Se describe el origen histórico del *crowdfunding*, su evolución y las diferencias regulatorias entre Colombia y Estados Unidos, identificando los modelos permitidos y prohibidos en Colombia; también se analizaron los vacíos normativos nacionales, la tipificación transnacional y la jurisdicción penal en Estados Unidos.

Como un elemento parte del objeto de estudio, esta empresa ha dirigido su objeto social a beneficiar a creadores de cultura, quienes a través de medios públicos comparten el desarrollo de sus obras intelectuales. Patreon reserva para sí el 5 % de cada pago realizado y con el dinero restante (95 %) se financian los proyectos de las personas beneficiadas.

Clavijo Cáceres et al. (2014), en *Método, metodología y técnicas de la investigación aplicada al derecho*, sostienen que, en investigaciones jurídicas, la metodología cualitativa es preferida, priorizando el análisis de fuentes normativas sobre estadísticas, por lo que es crucial que el investigador defina un objetivo general para garantizar la validez científica del estudio. Por ende, el objetivo principal de esta investigación es analizar la conformidad del modelo de microfinanciación de plataformas como Patreon con la normativa colombiana sobre *crowdfunding*, identificando las implicaciones legales, para comprender su interacción con el marco regulatorio colombiano en financiación colectiva.

Partiendo de las ideas de los diversos investigadores nombrados en el presente apartado, el camino que se utilizó para realizar la investigación fue el siguiente: en primer lugar, se analizaron diversas plataformas en las que se encontraron solicitudes de financiamiento a través de Patreon por los diversos comerciantes. En todas ellas, se encontró a un número diferente de *streamers*, *influencers*, desarrolladores, comunicadores o personas que, de alguna u otra manera, solicitaron financiamiento para apalancar sus propias publicaciones o proyectos. Se encontraron solicitudes para ser financiados a través de Patreon en las siguientes plataformas informáticas (en orden alfabético):

- All 3D P. <https://all3dp.com/>
- Bayt. <https://www.bayt.com/>
- Bebee. <https://www.beebe.com/>

- Behance. <https://www.behance.net/>
- CG trader. <https://www.cgtrader.com/>
- Cults. <https://cults3d.com/es>
- DeviantArt. <https://www.deviantart.com/>
- Facebook. <https://www.facebook.com/>
- Goodreads. <https://www.goodreads.com/>
- Google+. <https://plus.google.com/>
- Grabcad Community. <https://grabcad.com/dashboard>
- Instagram. <https://www.instagram.com/?hl=es-la>
- Instructables. <https://www.instructables.com/>
- LinkedIn. <https://co.linkedin.com/>
- MakerBot Thingiverse. <https://www.thingiverse.com/>
- My Mini Factory. <https://www.myminifactory.com/es/>
- Pinterest. <https://co.pinterest.com/>
- STL Finder. <https://www.stlfinder.com/>
- TripAdvisor. <https://www.tripadvisor.co/>
- Twitter. <https://twitter.com/?lang=es>
- Viadeo. <https://viadeo.journaldunet.com/>
- Xing. <https://www.xing.com/>
- Yeggi. <https://www.yeggi.com/>
- Youmanige. <https://www.youmagine.com/>
- YouTube. <https://www.youtube.com/>

3. CONTEXTO

Durante la investigación realizada también se encontró que Patreon no es la única plataforma con opciones de *crowdfunding* para monetizar el trabajo de personas que solicitan patrocinio para diversas actividades (bailarines, comediantes, desarrolladores 3D, dibujantes de cómics, escritores, ilustradores, *podcasters*, realizadores y directores de cine, entre muchas otras). Aunque Patreon es el modelo por excelencia de las plataformas de financiamiento dentro de la filosofía general del *crowdfunding*, no es la más antigua. En la búsqueda, se encontraron las siguientes:

- **Patreon.** Empresa que en octubre de 2020 alcanzó el estatus de empresa unicornio. Según sus propios directivos, actualmente cuenta con más de 200 000 creadores que comparten su trabajo, más de siete millones de mecenas (financiadores) y ha repartido ingresos por de más de cien millones de euros al mes (Galeano, 2020), porque, además, está en la capacidad de ofrecer suscripciones gratuitas anuales a los mecenas.
- **Botón de pago de PayPal.** Esta empresa, fundada en 1998 y adquirida por eBay en 2002, es líder en pagos electrónicos en internet, brindando servicios a subastas, *e-commerce* y locales físicos. Con cifras impresionantes, cuenta con 361 millones de usuarios activos y realiza cuarenta transacciones al año por usuario. Además, el 87,5 % de compradores *online* en varias plataformas utilizan sus servicios, representando el 22 % de las transacciones en línea en los Estados Unidos. En 2020, generó ingresos netos de 5,46 mil millones de dólares, según la empresa Spendmenot (Urosevic, s. f.).
- **Botón de pago de Stripe.** Esta empresa tecnológica facilita transferencias de pagos por internet, brindando infraestructura técnica y sistemas antifraude. Valorada en 100 millones de dólares en 2021, compite con PayPal, contando con 1,8 millones de inversionistas. Cobra una tarifa de transacción del 2,9 % más treinta céntimos de dólar por carga exitosa, lo que impulsa su atractivo (Mitroff, 2012).
- **Kickstarter.** Esta empresa con sede en Nueva York, se dedica al micromecenazgo de proyectos creativos. Su modelo *todo o nada* requiere que los proyectos alcancen la meta de financiamiento para recibir los fondos. Hasta enero de 2021, había recaudado más de 5,5 mil millones de dólares de diecinueve millones de patrocinadores, financiando 510 000 proyectos, de los cuales 199 547 tuvieron éxito. La empresa ha respaldado una amplia gama de proyectos, desde cómics hasta videojuegos (Kickstarter, s. f.).
- **Memberful.** En agosto de 2018, Patreon adquirió los derechos de Memberful, un *plugin* para captar contribuciones financieras en sitios web. En este modelo se requiere que los usuarios sean propietarios del sitio web a través del que recibirán las contribuciones. En materia financiera, las consideraciones son las mismas que para Patreon, que es su casa matriz.
- **Ko-fi.** Esta plataforma de *crowdfunding*, llamada *Coffee*, se basa en la idea de invitar a un innovador a un café por tres dólares. Los seguidores pueden comprar tantos cafés como deseen. A diferencia de otras plataformas, no hay comisión por donación; en su lugar, se cobra una tarifa mensual de seis dólares, sin importar la cantidad de cafés invitados (Ko-Fi, s. f.).

4. **NORMATIVA COLOMBIANA VIGENTE RELACIONADA CON EL *CROWDFUNDING* Y LA MICROFINANCIACIÓN COLABORATIVA**

En Colombia, es crucial examinar la normativa sobre microfinanciación colaborativa para comprender cómo plataformas como Patreon se adaptan a los marcos legales y sus implicaciones jurídicas.

Orígenes del *crowdfunding*

El uso del *crowdfunding* como alternativa de financiamiento no es algo reciente, como se evidencia en el caso de la construcción del pedestal para la Estatua de la Libertad en 1885 que, ante la falta de fondos públicos para ello, Joseph Pulitzer captó capital de los ciudadanos —a modo de donaciones— a través de *The New York World*, logrando recaudar 100 000 dólares de un total de 160 000 contribuyentes (Zevallos Turriaga, 2019; Ferro Casas et al., 2021; Calle Aguirre, 2018). Este episodio histórico ilustra cómo la financiación colectiva ha sido utilizada desde hace mucho tiempo como una solución efectiva para proyectos públicos de envergadura.

Además, la figura del *crowdfunding* tiene su raíz en el *crowdsourcing*, que implica la contribución económica de diversos individuos para alcanzar una meta. Plataformas como Wikipedia, YouTube y Linux ilustran esta práctica de economía colaborativa (Cedeño, 2020). Esta modalidad reduce costos y riesgos al permitir contribuciones monetarias específicas para un fin determinado, diferenciándose del *crowdsourcing*, que se centra exclusivamente en recursos financieros. Esta estructura fomenta la participación y la inversión colectiva, destacando su papel en la democratización del financiamiento de proyectos a través de la colaboración en línea (Cedeño, 2020).

Por otra parte, la web 2.0 es la base sobre la cual se sustenta una serie de herramientas de aparición más o menos reciente, como son por ejemplo las redes sociales, los blogs, o los entornos Wiki, pero cuya característica principal es permitir la distribución, almacenamiento y visualización de diversos recursos a través del internet, lo que termina uniendo de una manera nunca antes vista a los desarrolladores con los consumidores de productos informáticos (Díaz Altamirano, 2020).

El *crowdfunding*, concebido inicialmente para proyectos benéficos y culturales, ha evolucionado desde 2008 hacia la financiación de diversas iniciativas empresariales, impulsado por la crisis financiera global. Esta crisis, atribuida a la especulación inmobiliaria en Estados Unidos, generó una necesidad de fuentes alternativas de financiamiento. Según Alejandro Dabat (2009), el exceso de especulación inmobiliaria en 2006 desencadenó la crisis, afectando la economía mundial y, como respuesta, bancos prominentes estadounidenses recurrieron al financiamiento de pequeñas empresas y *startups*. Esta adaptación refleja la capacidad del *crowdfunding* para llenar vacíos

financieros en momentos de crisis económica y la expansión de su alcance más allá de sus aplicaciones iniciales (Dabat, 2009).

Luis Pineda Salido (2011), presidente de la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC), defensor de los derechos de usuarios bancarios, señala que, aunque las crisis financieras no son nuevas, la de 2008 en Estados Unidos provocó cambios legislativos para mitigar impactos locales y globales. Recuerda el *crack* de 1929, resultado de la especulación bursátil en Estados Unidos, que desencadenó una crisis económica mundial y la Segunda Guerra Mundial. Estos eventos históricos subrayan la importancia de la regulación financiera para evitar crisis sistémicas y su impacto global (Pineda Salido, 2011).

En 2008, la crisis financiera en Estados Unidos desafió las políticas económicas convencionales. Tanto el liberalismo como el keynesianismo no lograban resolverla: el primero abogaba por la libre actividad financiera basada en la oferta y la demanda, mientras que el segundo proponía la intervención estatal para estimular la demanda y la producción. Ante este escenario, Estados Unidos se vio obligado a buscar alternativas de financiamiento, como el *crowdfunding*. Fue así que los sistemas de *crowdfunding* surgieron como respuesta a la crisis financiera mundial y de allí que el entonces presidente, Barack Obama, respaldó las regulaciones para limitar inversiones especulativas de los bancos, pero quedaron exentas las entidades no bancarias (como el *crowdfunding*), permitiendo así aumentar la inversión sin infringir la normativa federal (Pineda Salido, 2011).

El concepto de *crowdfunding*

Ordanini et al. (2011) han definido el *crowdfunding* como el “esfuerzo conjunto de personas que aportan su dinero, comúnmente a través de internet, para invertir y respaldar las iniciativas iniciadas por otras personas u organizaciones” (p. 3). A partir de esta definición, se pueden identificar tres elementos característicos del *crowdfunding*: la participación colectiva de los contribuyentes; la aportación de fondos en forma monetaria; y el uso de un mecanismo electrónico para llevar a cabo la contribución (Cedeño, 2020). Aunque no existe una opinión unánime al respecto, se puede inferir que estos tres elementos constituyen la esencia del *crowdfunding*.

Por tanto, el *crowdfunding*, esencialmente colectivo y social, ofreció una alternativa innovadora a los sistemas tradicionales de financiamiento, basado en contribuciones económicas a través de plataformas digitales, facilitando la comunicación eficiente entre inversores y promotores, y creando un espacio propicio para la colaboración y el financiamiento colectivo.

5. TIPOS DE *CROWDFUNDING*

Existen diversas alternativas en el ámbito del *crowdfunding*. A continuación, se describen los enfoques más reconocidos:

Donación. Este modo, que se basa en donaciones, es el principal método de recaudación de fondos, especialmente para organizaciones sin ánimo de lucro. Se usa especialmente en sectores como la innovación y la cultura (Fernandini, 2019).

Recompensa. Es un tipo de recompensa que implica recibir algo a cambio de la contribución, como un artículo o servicio simbólico, sin compromisos financieros. Es una forma de expresar gratitud, no una inversión. (Camacho-Mata et al., 2015).

Equity. En esta modalidad, se emplea una plataforma que facilita la emisión electrónica y colocación de valores de renta variable. Los inversionistas tienen la oportunidad de adquirir una participación en el negocio o proyecto correspondiente (Ramos Zaga, 2022).

Préstamo. El préstamo entre pares es el método más utilizado en financiamiento, ya que permite que varias personas contribuyan con pequeñas cantidades hacia un individuo o grupo, actuando como prestamistas y obteniendo un rendimiento acordado (Valencia García, 2021).

El *crowdfunding*, con sus diferentes modalidades, como el *equity crowdfunding* y el *crowdfunding simple*, destacan como una alternativa para el financiamiento de proyectos. Mientras el primero implica inversiones a largo plazo con posibles retribuciones, el segundo se basa en donaciones sin que se esperen beneficios monetarios. Es por ello que plataformas como Patreon facilitan el apalancamiento económico de proyectos. Sin embargo, no son las únicas opciones, pues otras como Kickstarter, Ulule y A2censo también son destacadas en este ámbito. Es así como se reconoce la importancia de las diversas fuentes de financiamiento para *startups*, dentro de las cuales el *crowdfunding* representa una alternativa viable mediante donaciones para el lanzamiento de proyectos de emprendimiento (Jiménez-Cercado & Acosta-Veliz, 2018).

Marco normativo colombiano para el *crowdfunding*

La regulación inicial del *crowdfunding* en Colombia se produjo en 2018 (Padilla, 2022). Sin embargo, antes de esta fecha, plataformas como Sumame.co y Little Big Money (Morales, 2022) ya estaban en funcionamiento, introduciendo donaciones digitales, por lo que la regulación específica del *crowdfunding* representaba un desafío jurídico previo a 2018.

Por tanto, en el contexto colombiano, el Decreto 1357 de 2018 es el pilar del marco normativo para la financiación colaborativa, pues autoriza y regula el *crowdfunding* en el país, especialmente para pequeñas y medianas empresas. Establece normas sobre

montos de financiamiento, obligaciones de información para donantes y receptores, y la duración del financiamiento (Decreto 1357, 2018). Esta regulación marca un hito importante, considerando el contexto previo en el que algunas plataformas ya operaban antes de su establecimiento

El *crowdfunding* en Colombia experimentó un desarrollo gradual, comenzando con el Decreto 1357 de 2018 y siendo refinado posteriormente por el Decreto 1235 de 2020. Estos marcos regulatorios permitieron la adaptación del *crowdfunding* a través de plataformas digitales, aunque introdujeron desafíos en términos de regulación y rentabilidad. Previamente, en 2016, la Unidad de Regulación Financiera (URF) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público publicó *Alternativas de regulación del crowdfunding*, señalando la creciente presencia global de este modelo, con más de 2000 plataformas y una financiación total de 34,4 billones de dólares. Esta situación planteaba preocupaciones sobre la capacidad de Colombia para atraer inversión extranjera.

De manera análoga, la URF identificó y clasificó dos modelos de negocios en el ámbito del *crowdfunding*, diferenciando entre inversión directa e inversión indirecta y cada uno con sus propias dinámicas y beneficios (URF, 2016). En el primer modelo, el inversionista aporta recursos y recibe a cambio acciones de participación en el proyecto. En el segundo modelo, los recursos quedan bajo la gestión de un fondo que representa a todos los inversionistas, liberando recursos y beneficios según el desarrollo del proyecto.

Adicionalmente, se destacaron las principales ventajas del *crowdfunding*, especialmente para las pymes, al facilitar el acceso a recursos con menores costos de capitalización, lo que fomenta la diversificación, competencia e innovación en el sector. Sin embargo, también se reconocieron los riesgos asociados, como el lavado de activos, riesgos operativos y de liquidez, entre otros (URF, 2016).

La URF concluyó que, según la normativa colombiana, operar plataformas de *crowdfunding* sin autorización previa de la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC) era inviable. Esto también aplicaba al *crowdfunding* en una oferta pública de valores sin autorización (URF, 2016). Como respuesta, se recomendó un régimen legal flexible para el *crowdfunding* de valores. El Decreto 1357 de 2018 abordó estas sugerencias, pero el Decreto 1235 de 2020 buscó mejorar el marco regulatorio para facilitar la participación de las pymes en el *crowdfunding*, aunque aún enfrenta desafíos en su implementación efectiva.

El Decreto 1357 de 2018, que añadió el libro 41 al Decreto 2555 de 2010, incorpora el *crowdfunding* bajo la categoría de actividad de financiación colaborativa. El artículo 2.41.1.1.1. establece que estas actividades se realizan a través de infraestructuras electrónicas autorizadas por la SFC, enfocándose en personas jurídicas y excluyendo explícitamente a personas naturales (Decreto 1357). Además, distingue entre financiación

colaborativa mediante valores de deuda y valores de capital social, definiendo así diversas formas de implementar el *crowdfunding*.

El artículo 2.41.1.1.3 del Decreto 1357 del 2018 establece que el progreso del *crowdfunding* estará bajo la responsabilidad exclusiva de las Sociedades de Financiación Colaborativa (SOFICO), sujetas a la supervisión de la SFC. Sin embargo, es crucial determinar si estas regulaciones buscan fortalecer el mercado y proteger a los inversionistas, o si imponen condiciones onerosas que desalientan la participación debido a los altos costos de cumplimiento (Decreto 1357).

Por otro lado, el artículo 2.41.1.1.4 detalla los requisitos para operar en financiación colaborativa, que incluyen la constitución como sociedades anónimas, registro en el RNAMV, implementación de medidas de continuidad y regularidad en los mecanismos de financiamiento, y el establecimiento de procedimientos administrativos y contables eficientes (Decreto 1357). Estas normativas, delineadas en el título 2 del Decreto, definen las funciones, deberes y prohibiciones de los operadores de *crowdfunding*, proporcionando un marco regulatorio para el desarrollo del modelo de empréstito, destacando la recepción y clasificación de proyectos, la emisión de un reglamento sujeto a aprobación por la SFC, y la necesidad de mantener un capital mínimo. Además, deben registrarse ante la Superintendencia, informar a los inversionistas sobre los riesgos asociados e implementar medidas de seguridad para proteger la información y los recursos de los inversionistas, asegurando así la transparencia y la protección de los usuarios en el ámbito de la financiación colaborativa.

El título 3 de la normativa establece directrices para los receptores de recursos, definiendo procedimientos y requisitos que, en cierta medida, se asemejan a los solicitados por las entidades bancarias para el estudio de créditos. Esto podría impactar el propósito fundamental de los proyectos *crowdfunding* dirigidos a la financiación de las pymes. Sin embargo, el artículo 2.41.3.1.2. fija un límite máximo de financiación en diez mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV), otorgando al receptor una mayor evaluación del costo-beneficio de su emprendimiento y los requisitos para su capitalización. Los principales lineamientos incluyen ser sociedades anónimas, simplificadas o por acciones, con sede en el país y registro en la Cámara de Comercio correspondiente. Deben proporcionar información completa y veraz sobre la empresa y el proyecto a financiar, así como informar a los inversionistas de manera clara y objetiva sobre los riesgos asociados a la inversión y el uso de los recursos obtenidos, garantizando transparencia y protección. Además, si la oferta supera los 50 000 SMMLV, los receptores deben contar con un revisor fiscal y presentar estados financieros auditados, asegurando así la integridad y confiabilidad de la información financiera para los inversionistas.

El título 4 del Decreto 1357 establece reglas para los aportantes, distinguiendo entre clasificados y no clasificados. Los clasificados poseen un patrimonio igual o superior

a diez mil salarios mínimos mensuales legales vigentes o cuentan con certificación de profesional del mercado. Por otro lado, los no calificados no cumplen con estas características (Decreto 1357).

En cuanto a los límites de aportes, el artículo 2.41.4.1.4 establece que los aportantes pueden invertir hasta un 20 % de su patrimonio en una misma empresa a través de una plataforma de *crowdfunding*, para proteger así sus intereses (Decreto 1357). Este límite también permite a los inversores retirar su oferta de inversión antes del cierre, a menos que se alcance el monto máximo de financiación. Por último, el título 5 aborda los valores emitidos en este marco, especificando que solo pueden emitirse en entidades autorizadas por la SFC y registradas en el RNAMV (Decreto 1357).

En esta etapa, es crucial realizar un análisis detallado del aporte del Decreto 1235 de 2020, que se integra de manera directa con los parámetros establecidos en el Decreto 1357 de 2018, específicamente en lo que respecta a las normas para la emisión en el mercado de valores. En este contexto, se introducen medidas destinadas a dinamizar la oferta y demanda del mercado de capitales, buscando incentivar el acceso a plataformas de financiación colaborativa. Se enfatiza en la ampliación de los plazos y montos de los programas de emisión y colocación, con el objetivo de mejorar las condiciones para que los inversionistas accedan a estas plataformas de manera más eficiente, transparente y confiable. Este enfoque se alinea con la estrategia global de fortalecer la participación de los inversores, creando condiciones propicias para un mercado robusto y equitativo.

Estas modificaciones, aprobadas mediante el Decreto 1235 del 2020, tienen el propósito de elevar los estándares de protección para quienes participan en este modelo de financiación colaborativa. Es relevante destacar que estas modificaciones fueron respaldadas por el Consejo Directivo de la URF, obteniendo la aprobación unánime a través del acta 006 del 23 de junio de 2020 (Decreto 1235). El mencionado decreto establece, en su artículo 2, que las plataformas de *crowdfunding* de valores deben contar con la autorización y supervisión de la SFC, cumpliendo con los requisitos normativos para asegurar la solidez y estabilidad del mercado, al mismo tiempo que salvaguardan los intereses de los inversionistas. En el artículo 5 se detallan las medidas que las plataformas operadoras de valores deben implementar para verificar la identidad de los usuarios y la información de las empresas involucradas, con el fin de prevenir fraudes.

Por otro lado, el artículo 8 proporciona pautas para que los operadores de *crowdfunding* suministren información completa, veraz y suficiente acerca de los valores ofrecidos y de las empresas emisoras. Este artículo también destaca la importancia de incluir advertencias y precauciones sobre los riesgos inherentes a la inversión, promoviendo así la transparencia y legalidad en el proceso. En cuanto al artículo 12, se destaca el aumento en los montos máximos de financiación para el receptor financiero, alcanzando hasta cincuenta y ocho mil salarios mínimos mensuales legales vigentes. Es

importante señalar que este artículo deja la posibilidad abierta para que la SFC, según el comportamiento del mercado, pueda ampliar aún más estos límites.

Entonces, como se ha mencionado antes, las directrices esenciales para quienes participan en este modelo de financiamiento colaborativo se encuentran detalladas en los Decretos 1357 de 2018 y 1235 de 2020. Sin embargo, se percibe que la protección al inversionista puede entrar en conflicto con el margen de ganancia de los intermediarios de *crowdfunding*, debido a las barreras normativas rigurosas que se imponen para ingresar a este mercado de valores digital. Esto plantea la interrogante sobre cuál es la prioridad: garantizar a toda costa la seguridad de los recursos mediante barreras estrictas o fomentar el avance de una economía colaborativa de inversión digital más avanzada en Colombia, atractiva para los inversionistas.

6. BRECHAS ENTRE LA OPERACIÓN DE PATREON Y LAS REGULACIONES COLOMBIANAS EN MATERIA DE CROWDFUNDING

El siguiente análisis se enfoca en examinar los términos y condiciones de Patreon en relación con la normativa colombiana de financiación colaborativa. Se explora cómo las políticas internas de Patreon se ajustan a las regulaciones colombianas y las posibles implicaciones legales de esta relación, buscando proporcionar una visión integral de la adaptación de Patreon a las normas colombianas en el contexto de la micro financiación y contribuyendo así a evaluar su conformidad dentro del marco legal.

La comparación entre los términos de Patreon y los decretos 1357 del 2018 y 1235 del 2020 en Colombia revela diferencias y similitudes. Patreon, como plataforma global, establece condiciones amplias para garantizar coherencia en todos los países donde opera. Por otro lado, los decretos colombianos son instrumentos específicos que regulan la financiación colaborativa dentro del país, adaptándose a las necesidades y condiciones locales. Mientras Patreon busca una experiencia uniforme para sus usuarios a nivel mundial, los decretos colombianos se centran en las particularidades del mercado nacional y se ajustan a las leyes locales. Esta comparación destaca la complejidad de armonizar las regulaciones internacionales de plataformas como Patreon con las leyes nacionales específicas, lo que puede tener implicaciones significativas para la operación de estas plataformas en diferentes contextos legales.

La complejidad al comparar Patreon y los decretos colombianos radica en su alcance geográfico y enfoque normativo divergentes. Mientras que Patreon opera globalmente, los decretos colombianos regulan específicamente el *crowdfunding* dentro del país. Sin embargo, ambos comparten una preocupación por la transparencia y la protección del inversionista. Patreon requiere que los creadores de contenido informen sobre el uso de los fondos y establece medidas para verificar la identidad de los usuarios.

De manera similar, los decretos colombianos buscan proteger los intereses de los inversionistas exigiendo información completa y veraz sobre los proyectos financiados, así como requisitos para la inscripción y divulgación de información relevante en las plataformas de *crowdfunding* colombianas. Esta convergencia resalta la importancia de la transparencia y la seguridad en la financiación colaborativa.

La convergencia entre Patreon y los decretos colombianos se centra en la transparencia, la divulgación de información y la protección del usuario, fundamentales para la confianza en la financiación colaborativa (Decreto 1357; Decreto 1235). Sin embargo, se observan divergencias en aspectos específicos. Mientras los decretos colombianos establecen regulaciones detalladas, incluyendo autorización y supervisión por la SFC, Patreon, como plataforma global, opera sin estar sujeta a estas regulaciones particulares, lo que destaca las diferencias en el alcance de la regulación entre las prácticas locales y globales (Decreto 1357; Decreto 1235).

Las normativas colombianas, al ser específicas para el contexto nacional, reflejan la necesidad de establecer límites claros y supervisión rigurosa para garantizar la estabilidad y solidez del mercado financiero en el país. Por otro lado, Patreon, al operar a nivel internacional, adopta un enfoque más amplio y general en sus términos y condiciones, lo que le permite adaptarse a diferentes jurisdicciones sin estar sujeta a regulaciones detalladas de un país específico. Esta disparidad destaca la complejidad de armonizar normativas internacionales con regulaciones nacionales detalladas. Si bien ambas perspectivas comparten la preocupación por la transparencia y la protección del inversionista, las divergencias reflejan la necesidad de abordar los desafíos regulatorios en el contexto de una economía digital global.

El Decreto 1357 del 2018 se enfoca en regular el *equity crowdfunding*, priorizando el beneficio de los emprendedores con proyectos formales. Está dirigido a empresas establecidas que buscan financiamiento para su crecimiento y sostenibilidad; al estar estrechamente vinculado a la normativa comercial, los emprendedores deben cumplir estrictamente con las disposiciones legales comerciales. La ejecución de contratos es bilateral y onerosa, con obligaciones y beneficios para todas las partes involucradas (Decreto 1357).

La regulación específica sobre *equity crowdfunding* tiene, entonces, como objetivo fomentar un entorno de inversión beneficioso para emprendedores e inversionistas, estableciendo reglas transparentes (Decreto 1357). Al analizar los términos de Patreon en comparación con los decretos colombianos, se revela la complejidad de la convergencia y divergencia entre políticas internas y regulaciones locales. Patreon, como plataforma global, busca una aplicación uniforme, mientras que los decretos colombianos se centran en la regulación nacional (Decreto 1235). A pesar de esto, ambos comparten la preocupación por la transparencia y la protección del inversionista en la

financiación colaborativa. Ambos reconocen la importancia de proporcionar información clara sobre los riesgos (Decreto 1357; Decreto 1235). Esta comparación arroja luz sobre cómo Patreon se adapta o desafía las normas colombianas y sus implicaciones legales.

Las divergencias entre los términos de Patreon y los decretos colombianos se manifiestan en aspectos específicos, destacando la disparidad en el alcance de la regulación. Mientras los decretos imponen requisitos detallados para las plataformas de *crowdfunding*, incluyendo autorización y supervisión por parte de la SFC (Decreto 1357), Patreon no está sujeto a estas regulaciones (Decreto 1235). Esta diferencia resalta la complejidad de armonizar normativas internacionales con regulaciones nacionales detalladas, reflejando la necesidad de abordar los desafíos regulatorios en una economía digital global.

El Decreto 1357 del 2018, centrado en el *equity crowdfunding*, busca garantizar el beneficio de emprendedores con proyectos productivos formales. La regulación se dirige a emprendedores que ya cuentan con empresas constituidas y que buscan financiamiento para el crecimiento y sostenibilidad de sus ideas, lo cual implica un cumplimiento riguroso de las disposiciones legales y una ejecución bilateral y onerosa de los contratos. De esta manera, la regulación específica demuestra la intención de promover un entorno de inversión beneficioso tanto para emprendedores como para inversionistas (Decreto 1357,).

7. EFECTOS LEGALES DERIVADOS DE LA ADAPTACIÓN DEL NEGOCIO DE MICRO FINANCIACIÓN DE PATREON A LA NORMATIVA COLOMBIANA

En el análisis de los efectos legales de la adaptación de Patreon a la normativa colombiana, se examinan las implicaciones específicas de esta integración con los Decretos 1357 de 2018 y 1235 del 2020. Este acápite se enfoca en cómo esta alineación puede afectar la protección de los usuarios y el cumplimiento de requisitos regulatorios en el contexto colombiano de la microfinanciación. Se destaca la intención de respaldar la innovación tecnológica y facilitar el acceso a servicios financieros para emprendedores mediante el respaldo monetario de inversores. Sin embargo, se señala una laguna significativa en la regulación, especialmente en relación con los sistemas de *crowdfunding* simple (Decreto 1357).

El vacío normativo en Colombia afecta a plataformas como Patreon, que se centran en donaciones voluntarias sin retribución monetaria directa para los inversionistas. Según el Decreto Único 2555 del 2010, las regulaciones se aplican a entidades de financiación colaborativa equitativa, excluyendo explícitamente a las establecidas en el extranjero. Esto plantea un desafío fundamental, dado que la mayoría de las financiaciones provienen del extranjero, lo que sugiere una falta de control sobre los

parámetros contractuales. A pesar de las enmiendas introducidas por el Decreto 1357 del 2018, que incluyen disposiciones específicas para la financiación colaborativa, persiste la limitación de que estas actividades deben ser realizadas por entidades dentro del territorio nacional, dejando a empresas extranjeras como Patreon fuera del alcance normativo colombiano (Decreto 1357).

El análisis normativo revela un intento por regular aspectos críticos de la financiación colaborativa, pero deja sin resolver la regulación del *crowdfunding* simple con base en empresas extranjeras. Esto se traduce en una falta de control sobre aportes unilaterales realizados a través de entidades extranjeras, como es el caso de Patreon, creando un escenario en el cual los beneficios y riesgos asociados con estas actividades no están plenamente contemplados por la normativa colombiana (Decreto 1357). Además, se recalca la importancia de la intervención de la SFC en la supervisión de las actividades de financiación colaborativa. Sin embargo, la limitación territorial plantea interrogantes sobre la capacidad de la SFC para aplicar estas medidas a actividades realizadas por empresas extranjeras, como Patreon.

Desde la perspectiva penal, el artículo 316 del Código Penal Colombiano sanciona la captación de transferencias financieras masivas sin la autorización correspondiente. Aunque este artículo podría considerarse aplicable a actividades de *crowdfunding* simple, la falta de jurisdicción sobre entidades extranjeras plantea desafíos significativos en la imposición de sanciones. En un contexto global en el que la financiación colaborativa ha experimentado un crecimiento exponencial, la normativa colombiana se ve rezagada y presenta dificultades para abordar las complejidades de plataformas internacionales como Patreon. La falta de una regulación específica para el *crowdfunding* simple, así como las limitaciones en la aplicación extraterritorial de las leyes, plantean cuestionamientos sobre la eficacia y alcance de la normativa colombiana en este ámbito.

8. DISCUSIÓN

El Decreto 1235 del 2020, que aborda las directrices normativas para la financiación colaborativa o *crowdfunding*, enfrenta el mismo vacío jurisdiccional observado en sus predecesores. Su enfoque regulatorio se limita al ámbito nacional y al modelo de financiación equitativa. En el contexto de la globalización, el *crowdfunding* ha evolucionado significativamente desde sus modestos comienzos en 1997, consolidándose como un modelo de negocio establecido y poderoso que contribuye a superar desafíos como la crisis mundial de 2008 (Rodríguez Bellón, 2018).

Un ejemplo de este ascenso es evidente al observar las cifras mundiales de financiación colaborativa. En 2013, en menos de cinco años desde su implementación, el *crowdfunding* alcanzó un promedio de 6,4 billones de dólares a nivel global, siendo

los mercados estadounidenses, chino y del Reino Unido los principales receptores. Para el año siguiente, en 2014, la cifra total ascendió a 17 billones de dólares, y en 2015, la cantidad se duplicó, llegando a los 34,4 billones de dólares. La tendencia ascendente continuó, alcanzando la impresionante suma real de 70 billones de dólares en el año 2019, según datos proporcionados por la Unidad de Proyección Normativa y Estudios de Regulación Financiera en 2016.

Estas cifras revelan una trayectoria de crecimiento exponencial. Para el año 2025, se espera que el monto destinado a financiaciones colaborativas o *crowdfunding* alcance aproximadamente los 150 billones de dólares. Este fenómeno ilustra claramente la sólida posición que el *crowdfunding* ha logrado en la escena financiera global. La preocupación por el futuro de las financiaciones colaborativas o *crowdfunding* ha sido objeto de un exhaustivo análisis por parte de la Unidad de Proyección Normativa y Estudios de Regulación Financiera del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de Colombia. Los estudios, análisis y resultados generados por esta entidad tuvieron un impacto decisivo en el desarrollo del proyecto de Decreto de 2017, el cual buscaba modificar el Decreto 2255 de 2010. Este proyecto, posteriormente promulgado como el Decreto 1357 de 2018, refleja la influencia directa de los hallazgos de la mencionada Unidad (Decreto 1357).

El análisis riguroso y la modificación normativa resaltan la importancia de adaptarse a la dinámica cambiante de las financiaciones colaborativas (Unidad de Proyección Normativa, 2020). La intersección entre la investigación y el proceso legislativo muestra la necesidad de una regulación actualizada para enfrentar los desafíos emergentes en el *crowdfunding*. La normativa que rige las plataformas de *crowdfunding* en Colombia está estrechamente relacionada con las tecnologías financieras, conocidas como *fintech*, que facilitan el acceso a servicios financieros a través de plataformas en línea (Rojas, 2016). Esta convergencia subraya la importancia de abordar de manera integrada la regulación del *crowdfunding* y la evolución de las tecnologías financieras, adaptando las estructuras legales a los servicios financieros impulsados por la tecnología.

En Colombia, la entidad Colombia Fintech busca fomentar el desarrollo de negocios *fintech* en el país, aun cuando no hay una regulación integral para esta industria emergente (Colombia Fintech, s. f.). Aunque la Constitución Política en su artículo 335 establece que las actividades financieras son de interés público y deben ser autorizadas por el Estado (Constitución Política de Colombia, 1991), la falta de una normativa precisa ha llevado a algunas empresas a presentar sus actividades como parte del sector real. Pese a que la SFC y diversas circulares han gestionado las actividades financieras en el país, la ausencia de una ley específica deja una laguna normativa que necesita abordarse para proporcionar una regulación clara que ayude a evitar interpretaciones ambiguas.

A pesar de la existencia de decretos como el 2555 del 2010, el 1357 del 2018 y el 1235 del 2020, no se ha logrado establecer una normativa coherente que aborde

todos los aspectos concernientes a la industria del *crowdfunding* y el *fintech*. Este vacío normativo crea una situación atípica, ya que las disposiciones existentes no logran proporcionar una regulación precisa de las nuevas formas disruptivas que ofrecen servicios financieros en el país. Es imperativo abordar este vacío legal para garantizar una regulación más completa y adaptada a las características específicas de la industria *fintech* y el *crowdfunding* en Colombia.

Daniel García Gallegos (2019) señala que, en México, el *crowdfunding* emerge como una alternativa atractiva a los métodos tradicionales de financiamiento e inversión, aunque destaca la urgencia de intervención legislativa para abordar los vacíos legales existentes. Estos vacíos son reconocidos como una preocupación significativa, dada la creciente importancia de la industria y su contribución a la economía nacional (García Gallegos, 2019).

Por su parte, Yomeida Inmaculada Bom Camargo (2018) examina la situación del *crowdfunding* no solo en México y Colombia, sino en toda América Latina y el Caribe. Destaca la necesidad de contar con regulaciones claras y transparentes para asegurar la confianza de los inversionistas y mitigar los riesgos asociados con las tecnologías financieras emergentes en economías vulnerables. Bom Camargo subraya la importancia de un enfoque integral en la regulación del *crowdfunding*, especialmente en regiones donde las normativas pueden estar menos desarrolladas o ser aplicadas de manera inconsistente (Bom Camargo, 2019).

En el contexto postpandémico, se intensifica la preocupación por la viabilidad de los aparatos productivos en América Latina. Luz Stella Flórez Lizarazo (2019) resalta el crecimiento impresionante de las empresas tecnológicas en la región, atribuyendo este desarrollo a su capacidad para mantener costos bajos y adaptarse ágilmente a las tecnologías de la información y la comunicación (TIC).

La investigación subraya la necesidad de una regulación eficiente y adaptada al panorama actual. Flórez argumenta que el aumento significativo de empresas en un mismo nicho de mercado exige una regulación precisa y puntual. Esta proliferación destaca la importancia crítica de contar con un marco jurídico necesario para garantizar la regulación adecuada de estas nuevas formas de negocio (Flórez Lizarazo, 2019).

Salas Díaz y Villada Correa (2019) realizaron un análisis comparativo de la regulación de plataformas de *crowdfunding* en España y Colombia, y encontraron efectos positivos en ambos países. Sin embargo, advierten que la regulación limitada a lo nacional deja sin cubrir las operaciones internacionales, como las de Patreon, lo que podría conducir a malentendidos y mal uso.

La falta de regulación específica para plataformas abstractas como Patreon puede generar desconfianza y dificultar la interpretación adecuada de sus servicios. Esto podría

afectar negativamente a empresas legítimas, debidamente constituidas y supervisadas, lo que destaca la necesidad de una regulación más clara y adaptable a las plataformas de *crowdfunding* que operan a nivel internacional (Salas Díaz & Villada Correa, 2019).

Cortes y Velasco (2018) examinan en su tesis de grado la normativa nacional e internacional del *crowdfunding*, destacando su papel en la inclusión financiera y el acceso a recursos para el desarrollo sostenible. Sin embargo, advierten sobre riesgos como la falta de retorno de inversión y la posible participación en actividades delictivas, como el lavado de activos.

Aunque el marco legal colombiano ha avanzado con decretos como el 1357 de 2018, que amplía la regulación, aún existen vacíos, especialmente en modelos como el de Patreon. A pesar de los esfuerzos por regular las entidades prestadoras de servicios, se reconoce la necesidad de una regulación más exhaustiva para abordar estos desafíos (Cortes & Velasco, 2018).

Según Andrés Felipe Valderrama Aguilera (2020), la regulación de la financiación participativa desempeña un papel fundamental en sectores clave para el desarrollo colombiano, como la agricultura y la ganadería. Estas industrias, a menudo con dificultades para acceder a financiamiento, podrían aumentar la productividad nacional y satisfacer demandas internas y externas, según lo planteado por el autor. Los ecosistemas *fintech* emergentes se perfilan como impulsores para la transformación del sector agrícola, resaltando la necesidad de que la regulación colombiana se adapte a los avances tecnológicos para impulsar el crecimiento y calidad de las empresas tecnológicas del país.

Valderrama Aguilera (2020) destaca que, aunque en Colombia aún hay áreas con deficiencias en la conexión a internet y en la logística para supervisar las empresas *fintech* y los sistemas de *crowdfunding*, se han realizado avances significativos en la interconexión en respuesta a la globalización. Esto podría brindar sostenibilidad a proyectos financieramente inactivos. Por otro lado, el sector energético nacional, especialmente las pymes dedicadas a la eficiencia energética y energías renovables (actores atractivos para el progreso del país), demanda inversiones considerables.

Gianella Juliao Moreno (2020), en su tesis de maestría en Administración de Negocios, destaca de manera específica que estas empresas pueden contribuir a que el país alcance sus metas de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero. Además, subraya que estas metas están alineadas con los compromisos internacionales asumidos por Colombia, en particular con el Acuerdo de París. Este tratado internacional, suscrito por Colombia como parte de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, comenzó a ser aplicable en el año 2020, tras la expiración del Protocolo de Kioto (Juliao Moreno, 2020).

Antes de la pandemia de COVID-19, Colombia enfrentaba un retraso significativo en su desarrollo científico y tecnológico, mayormente debido a la dependencia de tecnologías extranjeras. Esto dificultaba un genuino progreso nacional en investigación científica y tecnológica. Sin embargo, con el surgimiento de la pandemia, diversas instituciones científicas y académicas convocaron a la comunidad científica para impulsar innovaciones esenciales para combatir el virus, como el diseño y fabricación de respiradores automáticos a nivel nacional (Medellín desarrolla tres prototipos de respiradores para pacientes con COVID-19, 2020).

Aunque el financiamiento colaborativo ha demostrado beneficios en todo el mundo como lo son las campañas con fines sociales o médicos para mejorar la calidad de vida de los seres humanos (Medellín desarrolla, en el 2020, tres prototipos de respiradores para pacientes con COVID-19), establecer criterios uniformes para plataformas como Patreon resulta complicado debido a la falta de normativas internacionales que regulen específicamente la microfinanciación. Esto limita la aplicación de prohibiciones legales y la jurisdicción de los entes judiciales, por lo que podrían usarse este tipo de actividades con fines humanitarios o científicos para dar apariencia de legalidad a dineros provenientes de actividades ilícitas o para destinarlos a estas.

YouTube y Patreon muestran notables discrepancias en sus políticas de monetización. Mientras que YouTube ofrece compensación a los creadores por visitas y suscripciones, algunos encuentran insatisfactorias las políticas de la plataforma y buscan apoyo en Patreon (Rechstein, 2017). Aunque no todos los creadores en YouTube recurren al plagio o contenido polémico, las restricciones de la plataforma pueden impactar negativamente en sus ingresos, lo que motiva a buscar alternativas como Patreon para una monetización más efectiva (Rechstein, 2017). Sin embargo, YouTube ha establecido requisitos como alcanzar 10 000 visitas en los videos antes de permitir enlaces a Patreon, lo que afecta la accesibilidad para algunos creadores (Rechstein, 2017).

9. CONCLUSIÓN

Las conclusiones derivadas de la investigación arrojan luz sobre la compleja relación entre el negocio de microfinanciación de plataformas como Patreon y la normativa colombiana sobre *crowdfunding*, revelando tanto áreas de progresiva adaptación como también implicaciones legales resultantes. En primer lugar, se destaca que ni la estructura ni la operación de Patreon se ajustan plenamente a los parámetros normativos establecidos en Colombia para el *crowdfunding*. La revisión histórica de la plataforma, junto con la comparación con otras similares, evidencia que su práctica y modelo de financiamiento colaborativo no se alinea completamente con las disposiciones legales nacionales.

La normativa colombiana sobre *crowdfunding* se basa en tres decretos específicos: el Decreto 2555 del 2010, el Decreto 1357 del 2018 y el Decreto 1235 del 2020. Sin embargo, se concluye que ninguno de estos decretos logra establecer una normatividad coherente con las tendencias internacionales del *crowdfunding*. Esta falta de alineación normativa limita la capacidad del Estado colombiano para regular eficazmente los negocios internacionales de microfinanciación.

Adicionalmente, se identifican áreas clave de la economía colombiana, como la agricultura y la energía, que podrían beneficiarse significativamente con la financiación colaborativa ofrecida por plataformas como Patreon. La falta de regulación específica para estos sectores podría obstaculizar su desarrollo y la integración efectiva de la tecnología *crowdfunding* en los esquemas financieros tradicionales.

La conectividad limitada en algunas regiones del país representa un desafío adicional para la supervisión constante de las empresas *fintech*, incluyendo a las plataformas de *crowdfunding*. Del mismo modo, la infraestructura insuficiente podría comprometer la capacidad del Estado para ejercer un control efectivo sobre cada una de estas actividades, de las cuales se debe destacar la necesidad de mejoras en la infraestructura digital.

En el ámbito internacional, se observa una diversidad de posturas sobre la regulación del *crowdfunding*, desde propuestas de prohibición hasta enfoques más flexibles. Esta falta de consenso global resalta la importancia de acuerdos internacionales que unifiquen criterios y faciliten la cooperación entre países para abordar los desafíos y riesgos asociados con la microfinanciación colaborativa.

En conclusión, la investigación sugiere que la adaptación del negocio de microfinanciación de plataformas como Patreon a la normativa colombiana sobre *crowdfunding* presenta desafíos significativos. Estos van desde la falta de alineación normativa hasta la necesidad de mejorar la infraestructura digital para una supervisión efectiva. Las implicaciones legales de esta adaptación se traducen en un llamado urgente a la actualización y desarrollo de marcos normativos que permitan aprovechar los beneficios de la financiación colaborativa sin comprometer la integridad del sistema financiero y legal colombiano.

REFERENCIAS

- Bom Camargo, Y. I. (2018). El crowdfunding, una nueva oportunidad de financiamiento en América Latina y en el Caribe. *Opción*, (34), 581-624. <https://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/23948>
- Calle Aguirre, C. I. (2018). *Análisis comparativo entre los factores que influyen en el nivel de éxito o fracaso del crowdfunding a nivel mundial y su situación en el Ecuador* [Tesis

- de bachillerato, Universidad del Azuay]. <https://dspace.uazuay.edu.ec/handle/datos/8004>
- Camacho-Mata, M. J., Cubero-Hernández, I., Rojas-Porras, S., & Picado-Sánchez, R. (2015). Guía para el uso del crowdfunding a base de recompensas en Costa Rica. [Tesis de licenciatura en Administración de empresas, Tecnológico de Costa Rica]. <https://repositoriotec.tec.ac.cr/handle/2238/6648>
- Cedeño Andrade, M. A. (2020). La regulación del crowdfunding en Ecuador: Una apuesta por la capitalización de ideas a través de plataformas web. *USFQ Law Review*, 7(1), 31–51. <https://doi.org/10.18272/ulr.v7i1.1743>
- Clavijo Cáceres, D., Guerra Moreno, D., & Yáñez Meza, D. (2014). *Método, metodología y técnicas de la investigación aplicada al derecho*. Facultad de Artes y Humanidades de la Universidad de Pamplona y Grupo editorial Ibañez. http://fui.corteconstitucional.gov.co/doc/pub/31-08-2017_7b9061_60327073.pdf
- Colombia Fintech. (s. f.). Asociación de empresas Fintech de Colombia. <https://colombiafintech.co/>
- Coronado Padilla, J. (2007). Escalas de medición. *Paradigmas*, 2(2), 104 -125. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4942056.pdf>
- Cortes, M. & Velasco, J. C. (2018). *La innovación del crowdfunding: actualidad jurídica mundial y local*. [Monografía jurídica para optar por el título de abogado, Pontificia Universidad Javeriana]. Repositorio de la Pontificia Universidad Javeriana. <http://hdl.handle.net/10554/39495>
- Dabat, A. (2009). La crisis financiera en Estados Unidos y sus consecuencias internacionales. *Revista Problemas del Desarrollo*, 40(157), 39-74. <http://www.scielo.org.mx/pdf/prode/v40n157/v40n157a3.pdf>
- Decreto 1235 de 2020. Por el cual se modifica el Decreto número 2555 de 2010 en lo relacionado con las reglas para la emisión en el mercado de valores, se reglamenta el artículo 2 del Decreto Legislativo 817 de 2020 y se dictan otras disposiciones. 14 de setiembre de 2020. Diario Oficial 51437. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=142006>
- Decreto 1357 de 2018. Por el cual se modifica el Decreto 2555 de 2010 en lo relacionado con la actividad de financiación colaborativa. 31 de julio de 2018. Diario Oficial 50671. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30035534>
- Decreto Único 2555 de 2010. Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones. 15 de julio de 2010. Diario Oficial 47771. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1464776>
- Díaz Altamirano, G. V. (2020). *Análisis de la incidencia en el uso de recursos WEB 2.0 en software libre como recursos didácticos en el proceso enseñanza-aprendizaje*.

- Riobamba, Ecuador: [Tesis de maestría en Informática Educativa, Escuela Superior Politécnica de Chimborazo]. <http://dspace.esPOCH.edu.ec/handle/123456789/13712>
- Fernandini Vargas, K. P. (2019). *Fundraising con perspectiva intercultural en las organizaciones sin fines de lucro: caso TECHO en Perú, Chile y Colombia*. [Tesis de licenciatura en Periodismo, Pontificia Universidad Católica del Perú] <http://hdl.handle.net/20.500.12404/14245>
- Ferro Casas, J. P. (Dir.). (2021). *#26Maneras de ver el periodismo de hoy*. Editorial Universidad del Norte. <https://editorial.uninorte.edu.co/gpd-26-maneras-de-ver-el-periodismo-de-hoy-9789587893038.html>
- Flórez Lizarazo, L. (2019). *Estado del arte plataformas Crowdfunding*. Universidad Cooperativa de Colombia, Facultad de Ciencias Económicas, Administrativas y Contables. <https://hdl.handle.net/20.500.12494/14503>
- Galeano, S. (2020, 23 de diciembre). *Cómo funciona Patreon, la plataforma de mecenazgo online para creadores de contenidos más popular*. Marketing 4 eCommerce. <https://marketing4ecommerce.net/como-funciona-PATREON/>
- García Gallegos, D. (2019). Crowdfunding, transformación digital financiera y jurídica en México. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 8(2), 139-155. <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2019.52179>
- Jiménez-Cercado, M. & Acosta-Véliz, M. (2018). El crowdfunding como alternativa para el emprendedor del siglo XXI. *Forum Empresarial*, 23(2), 81-93. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=63158905007>
- Juliao Moreno, G. (2020). *Evaluación del crowdfunding como alternativa de financiación para las Pymes colombianas del sector energético, que desarrollan proyectos de eficiencia energética y fuentes no convencionales de energía renovable*. [Tesis de maestría, Universidad EAFIT]. Repositorio de la Universidad EAFIT. https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/24421/Gianella_JuliaoMoreno_2020.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- Kickstarter. (s. f.). *Estadísticas. Total de contribuciones para todos los proyectos de Kickstarter*. <https://www.kickstarter.com/help/stats>
- Ko-Fi. (s. f.). *Terms and Conditions of Use*. Obtenido de <https://more.ko-fi.com/terms>
- Lafuente Ibáñez, C., & Marín Egoscozabal, A. (2008). Metodologías de la investigación en las ciencias sociales: Fases, fuentes y selección de técnicas. *Revista Escuela de Administración de Negocios*, (64), 5-18. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=20612981002>
- López-Roldán, P., & Fachelli, S. (2015). *Metodología de la investigación social cuantitativa*. Universitat Autònoma de Barcelona. https://ddd.uab.cat/pub/caplli/2016/163564/metinvsocua_a2016_cap1-2.pdf

- Medellín desarrolla tres prototipos de respiradores para pacientes con Covid-19. (2020, 25 de marzo). *El Hospital*. <https://www.elhospital.com/temas/Medellin-desarrolla-tres-prototipos-de-respiradores-para-pacientes-con-COVID-19+133772>
- Mitroff, S. (2012, 9 de febrero). *Stripe attracts \$18M in funding at \$100M valuation*. *VentureBeat*. <https://venturebeat.com/2012/02/09/stripe-funding-valuation/>
- Morales, V. (2022). *Análisis económico y jurídico del modelo de crowdfunding*. [Trabajo de grado profesional, Universidad de Antioquía]. Repositorio Institucional Universidad de Antioquia. https://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/31055/1/MoralesValentina_2022_An%C3%A1lisisEcon%C3%B3micoCrowdfunding.pdf
- Ordanini, A., Miceli, L., Pizzetti, M., & Parasuraman, A. (2011). Crowd-funding: transforming customers into investors through innovative service platforms. *Journal of Service Management*, 22(4), 443-470. <https://doi.org/10.1108/09564231111155079>
- Ortiz Ocaña, A. (2015). *Enfoques y métodos de investigación en las ciencias sociales y humanas*. Ediciones de la U.
- Padilla Sánchez, J. A. (2022). Regulación del Crowdfunding en Colombia: Críticas y Propuestas. En L. F. López Roca, M. Baquero Herrera & J. A. Corredor Higuera (Eds.). *Los mercados financieros ante la disrupción de las nuevas tecnologías digitales*, capítulo 3, pp. 147-183. Universidad Externado de Colombia.
- Pineda Salido, L. (2011). La crisis financiera de los Estados Unidos y la respuesta regulatoria internacional. *Revista Aequitas: estudios sobre historia, derecho e instituciones*, 1, 129-214. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3819462.pdf>
- Ramos Zaga, F. A. (2022). Crowdfunding como alternativa de financiamiento para las microempresas Análisis documental y jurídico. *Newman Business Review*, 8(2), 30-56. <https://doi.org/10.22451/3002.nbr2022.vol8.2.10077>
- Rechstein, S. (2017, 28 de septiembre). *YouTube tightens regulations on monetized content*. *DailyDot*. <https://www.dailydot.com/upstream/youtube-PATREON>
- Regalado Núñez, J. (2019). *Modelo de negocio en internet: Patreon*. [Tesis de grado en Administración y Dirección de Empresas, Universidad de Cantabria]. Repositorio de la Universidad de Cantabria. <https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/16176/TFG%20Regalado%20Nu%C3%B1ez%2C%20J.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Regner, T. (2021). Crowdfunding a monthly income: an analysis of the membership platform PATREON. *Journal of Cultural Economics*, 45(1), 133-142. doi:10.1007/s10824-020-09381-5
- Rojas, L. (2016). *La revolución de las empresas FinTech y el futuro de la banca. Disrupción tecnológica en el sector financiero*. Serie: Políticas Públicas y Transformación Productiva, n°. 24. Banco de Desarrollo de

América Latina. <https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/976/FOLLETO%20N24%20FINAL.pdf>

- Rodríguez Bellón, C. (2018). Evolución y comparación del crowdfunding como fuente alternativa de financiación en España y Estados Unidos (Tesis de grado, Universidad Pontificia de Comillas). Universidad Pontificia de Comillas. <https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/145804/retrieve>
- Salas Díaz, M. J., & Villada Correa, A. (2019). *Análisis comparativo entre la regulación nacional y la regulación española acerca de la responsabilidad de las plataformas electrónicas de financiamiento colaborativo*. [Tesis de especialidad en Derecho Comercial, Pontificia Universidad Javeriana]. Repositorio Pontificia Universidad Javeriana. <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/45655/Documento.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Unidad de Proyección Normativa y Estudios de Regulación Financiera. (2016). *Alternativas de regulación del crowdfunding. Documento de consulta*. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. http://www.urf.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC_CLUSTER-106715%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased
- Urosevic, M (s. f.). *29+ INCREDIBLE PayPal Statistics to Know in 2021*. Spendmenot. <https://spendmenot.com/blog/paypal-statistics/>
- Valderrama Aguilera, A. (2020). *El crowdfunding: Una alternativa financiera para el sector agrícola colombiano*. [Tesis de maestría en Agronegocios, Universidad de Antioquia]. Repositorio institucional de la Universidad de Antioquia. <https://bibliotecadigital.udea.edu.co/handle/10495/17028>
- Valencia García, A. (2021). La innovación en los mercados financieros. [Trabajo de fin de grado en Administración y Dirección de Empresas, Universidad Pontificia Comillas]. Repositorio Universidad Pontificia Comillas. <https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/440325/retrieve>
- Villasís-Keever, M. Á., & Miranda-Novales, M. G. (2016). El protocolo de investigación iv: las variables de estudio. *Revista Alergia México*, 63(3), 303-310. <https://www.redalyc.org/pdf/4867/486755025003.pdf>
- Zabala Leal, T. D. *Mitigación del riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo*. Politécnico Grancolombiano. <https://alejandria.poligran.edu.co/handle/10823/1909?show=full>
- Zevallos Turriaga, P. J. (2019). Metodología para la estructuración financiera de proyectos de infraestructura basada en la participación social [Tesis de maestría, Universidad Politécnica de Madrid]. Archivo Digital Universidad Politécnica de Madrid. <https://oa.upm.es/56744/>

INFORMACIÓN ADICIONAL

CÓDIGO DE ÉTICA

Lineamientos de conducta ética de la revista *Ius et Praxis* de acuerdo con las directrices del Committee on Publication Ethics (COPE).

1. DE LOS AUTORES

Ius et Praxis solicita a los autores seguir las siguientes prácticas:

- La norma de citación que se emplea proviene del manual de la American Psychological Association (APA), séptima edición en inglés, por lo que las fuentes utilizadas (ya sea de citas textuales o paráfrasis) deben ser colocadas en la lista final de referencias según las pautas APA.
- Se exige la autenticidad y originalidad de todo artículo ingresado al proceso editorial.
- Cuando la autoría sea múltiple, es responsabilidad del autor principal señalar el orden de los nombres de los autores.
- Todo autor es responsable de la integridad de su texto. En caso de plagio o disputa por derechos de autor, se atribuye la responsabilidad a todos los autores hasta que se demuestre lo contrario.
- Los agradecimientos y reconocimientos atribuidos a los colaboradores de la investigación se deben consignar como nota a pie de página.
- Los autores podrán solicitar información al editor guardando siempre la formalidad y el respeto. No se tolera, bajo ninguna forma, hostilidades ni expresiones denigratorias.

2. DE LOS ARTÍCULOS

Ius et Praxis considera como prácticas reprobables las siguientes:

- El plagio en todos sus sentidos. Ello comprende la redacción o inclusión de gráficos de propiedad de otro autor o publicados en otro medio. Tampoco se acepta el autoplagio ni la publicación parcial o total de las ideas de otros autores publicados en otros medios sin su debida citación y referencia.
- Multiplicación de envíos. Bajo ninguna forma se podrá postular el mismo artículo en otra revista o publicación de manera simultánea durante el proceso de arbitraje y edición de la publicación.
- Falsificación de datos. La aplicación de procedimientos metodológicos fraudulentos o que falsifiquen las fuentes primarias.
- Tratamiento inadecuado de datos. Se produce cuando los datos o fuentes en los que se basan los resultados no son accesibles y el autor hace un uso inadecuado de ello.
- Vulneración de los derechos de autor. Se emplea cuando no se reconoce como autores del artículo a aquellos que hicieron una contribución intelectual significativa en la calidad del texto.
- Conflictos de interés. Esto es atribuible a los autores que tengan algún interés de tipo económico, profesional o de cualquier otra índole que afecte el tratamiento y la neutralidad de los datos y la formulación de los resultados.

3. ACCIONES FRENTE A PRÁCTICAS REPROBABLES

De presentarse los actos reprobables, el editor se comunicará con el autor y solicitará la aclaración de la información. Si el artículo está en revisión, el proceso se suspenderá hasta la clarificación. Queda a discreción del editor aceptar la aclaración y continuar con su revisión, o denegar y proceder a rechazar el artículo. La decisión del equipo editorial es inapelable.

4. COMPROMISOS DE LOS REVISORES

Los revisores de *Ius et Praxis* deben tener en cuenta lo siguiente:

- Conflicto de interés. Abstenerse de evaluar un artículo si existe algún condicionamiento de tipo económico, profesional o de otra índole que influya en la evaluación.
- Falta de experiencia. Informar al equipo editorial si consideran que no reúnen la suficiente experiencia académica y científica para evaluar el contenido del artículo.

- Neutralidad e imparcialidad. Desistir de la evaluación si se identifica al autor o a alguno de los autores.
- Dedicación. Garantizar el tiempo para llevar a cabo una revisión metódica, rigurosa y justa del artículo, considerando que este se encuentra en periodo de embargo y los autores, revisores y editores no pueden difundir los contenidos.
- Colaboración y contribución. Sustentar de manera asertiva y constructiva sus dictámenes. No se admiten expresiones hostiles ni juicios basados en la nacionalidad, la religión, el género y otras características inferidas a partir del artículo.
- Confidencialidad. El proceso de arbitraje es confidencial antes, durante y después del proceso de arbitraje. No está permitido difundir ni discutir con otras personas o en contextos públicos el contenido, ni hacer uso del contenido del artículo para fines personales o institucionales.
- Recomendaciones a los autores. Evitar recomendaciones que afecten la neutralidad y confidencialidad del proceso de arbitraje.
- Aspectos éticos. Informar en su dictamen si encuentran irregularidades de índole ética en la investigación: plagio, autoplagio, falseamiento de fuentes, faltas en el tratamiento de datos y omisiones en la protección de datos personales.

5. ACCIONES FRENTE A PRÁCTICAS REPROBABLES DE LOS REVISORES

Si los revisores no cumplen con las responsabilidades establecidas, el editor se comunicará con ellos y solicitará la información necesaria para aclarar el problema.

- Conflicto de interés. Ante un conflicto de intereses, el revisor no podrá participar en la revista y su evaluación será inmediatamente anulada.
- Neutralidad. Si la neutralidad se ve comprometida, el equipo editorial solicitará la aclaración debida.
- Plazos. Si el revisor no puede cumplir con los plazos, debe informar al equipo lo antes posible para poder solicitar una extensión de plazo. Si el revisor no cumple con el plazo ni se comunica con el equipo, este será entendido como no interesado y se procederá a terminar la condición de revisor.
- Comentarios derogativos o prejuiciosos. Los revisores deben evitar cualquier lenguaje sesgado. De lo contrario, el equipo editorial solicitará la aclaración al revisor y, en caso de que no se acepte dicha aclaración, se anulará. El equipo

editorial se reserva el derecho de editar partes de la opinión del revisor para mantener el anonimato y la neutralidad.

6. COMPROMISO DEL EQUIPO EDITORIAL Y LOS EDITORES ADJUNTOS

Ius et Praxis se compromete a llevar a cabo las siguientes prácticas:

- Evaluación previa. La evaluación previa es realizada por el equipo editorial de *Ius et Praxis* sobre la base de las normas de publicación sin discriminación alguna por motivos de religión, género, raza o cualquier otro.
- Selección de revisores. Los revisores son elegidos por su experiencia y grado académico para garantizar la debida revisión del artículo en cuestión para la posterior publicación de un texto de calidad.
- Confidencialidad. La información contenida en los artículos es materia de confidencialidad y no se permite difusión alguna en el proceso de edición.
- Acceso abierto. Esta revista proporciona su contenido en acceso abierto, basándose en el principio de que ofrecer al público un acceso libre a las investigaciones ayuda a un mayor intercambio global del conocimiento.
- Derechos de autor. *Ius et Praxis* se publica bajo Licencia Creative Commons Atribución 4.0.
- Preservación. El Fondo Editorial de la Universidad de Lima realiza copias de seguridad periódicamente de los contenidos de la revista. También se encuentra publicada en la misma página web de la revista.

REFERENCIAS

Contratexto. (s. f.). *Ética editorial*. Universidad de Lima. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/contratexto/eted>

Kleinert, S., & Wager, E. (2011). Responsible Research Publication: International Standards for Editors. A Position Statement Developed at the 2nd World Conference on Research Integrity, Singapore, July 22-24, 2010. En T. Mayer & N. Steneck (Eds.), *Promoting Research Integrity in a Global Environment* (pp. 317-328). Imperial College Press; World Scientific Publishing. https://publicationethics.org/files/International%20standard_editors_for%20website_11_Nov_2011.pdf

POLÍTICA EDITORIAL Y NORMAS PARA COLABORADORES

Ius et Praxis es la revista oficial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Tiene una periodicidad semestral y se dirige a toda la comunidad académica interesada en difundir y formar parte de la investigación jurídica, y mantiene un rol activo en los cambios y las transformaciones que ocurren dentro y fuera del ámbito del derecho, siempre bajo una óptica que permite el intercambio de ideas y el fomento del diálogo.

Buscamos brindar información de calidad y relevante a la coyuntura, la cual es de acceso ilimitado y gratuito a toda la comunidad.

NORMAS PARA COLABORADORES

Ius et Praxis, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, tiene por objetivo la difusión de artículos para promover la cultura jurídica a través de la reflexión, el análisis y la investigación.

Los interesados en publicar en *Ius et Praxis* deberán enviar sus artículos en formato Word a la plataforma según las pautas establecidas en la página web. Asimismo, para más información, comunicarse al teléfono 437-6767 (anexo 36100) o escribir al siguiente correo: informes@iusetpraxis.ulima.edu.pe.

Los autores, cuyos trabajos no cumplan con dichas características, serán informados sobre la decisión y no serán sometidos a la siguiente fase de evaluación.

La revista agradece a los autores que la redacción de los artículos que deseen publicar tome en cuenta estas normas:

1. La revista recibe artículos originales, inéditos y no enviados para su publicación en ningún otro medio. Dichos textos se someten a revisión mediante la herramienta Turnitin y un sistema de arbitraje a doble ciego, en el cual participan expertos en la materia ajenos a la revista. Los evaluadores están facultados para aprobar, declinar o recomendar modificaciones previas a la publicación de los artículos.

2. El autor del artículo tiene total libertad para elegir la temática de este; no obstante, la revista se reserva el derecho de publicar aquellos que considere más relevantes. Además, es posible que *Ius et Praxis* dedique algunos de sus números a temas específicos y de temas dispersos en la publicación de "Misceláneas".

Los Call for Papers (convocatorias de escritos) se realizan desde mayo a agosto y de noviembre a febrero. Fechas sujetas a ampliación o modificación, toda la información se encuentra en la página y redes de la revista.

3. Los artículos pueden ser científicos, es decir textos que presenten resultados que deriven de una investigación. Técnicos, aquellos cuyo objetivo es informar y explicar puntos especializados y concretos. Artículos de opinión o comentario, donde el autor expresa su pensar sobre un tema específico.

Todos los mencionados pasan por revisión por pares, es decir, un proceso de arbitraje a doble ciego. Para ello, el autor debe crearse un usuario y enviar su artículo.

Debe incluir un resumen del *curriculum vitae* del autor en no más de cinco líneas, que indiquen teléfono, correo electrónico, identificador ORCID y dirección postal. El autor cede y transfiere en forma exclusiva, mediante declaración jurada dirigida a la dirección de la revista, el derecho de publicar, distribuir y divulgar sus artículos en *Ius et Praxis*, tanto en forma física como virtual, en el país y en el extranjero. *Ius et Praxis* proporciona al público un acceso abierto y libre a su contenido. Todos los artículos se encuentran bajo la licencia Creative Commons Atribución 4.0.

4. El autor es responsable exclusivo del contenido, la autoría y la originalidad de su artículo. Al respecto, los autores han dejado constancia de la originalidad de sus artículos a través de la Declaración jurada firmada.
5. Respecto al formato del artículo, las páginas deben estar numeradas y ser como mínimo 10 y como máximo 20, escritas en letra tipo Times New Roman, tamaño 12, a espacio de 1,5 de interlineado, con márgenes de 3 centímetros.

El artículo debe contener un resumen con un máximo de 12 líneas y a lo sumo 7 palabras clave. Asimismo, el título del artículo no debe exceder de 12 palabras. El texto puede incluir diagramas, ilustraciones, figuras, tablas y recuadros únicamente en blanco y negro, y en un número no mayor de cinco.

6. En caso de desistimiento respecto a la publicación, deberá comunicarlo a la brevedad posible al correo señalado anteriormente, no debiendo ser más de dos semanas desde su confirmación.

7. El formato de los artículos debe seguir las pautas del Manual de estilo de la American Psychological Association (APA) 7ma Edición, incluyendo:
 - Título (en español e inglés) y autor con su respectiva filiación académica
 - Resumen o *abstract* (en español e inglés)
 - Palabras clave o *keywords* (en español e inglés)
 - Introducción
 - Materiales y métodos
 - Resultados
 - Discusión
 - Conclusiones
 - Referencias bibliográficas

8. Características: En la primera página se incluye lo siguiente:
 - Título en español y en inglés en negrita, en tipo de fuente Times New Roman de 12 puntos.
 - Nombre del autor o los autores. Se coloca debajo de él la filiación institucional y se incluye en una nota al pie de página información sobre la filiación institucional, la ciudad, el país, la profesión y el grado académico.
 - Resumen o *abstract*. Es un texto breve en español e inglés que incluye las ideas centrales. Es de 150 a 250 palabras.
 - Palabras clave o *keywords*. El artículo debe incluir un máximo de 7 palabras clave.
 - Cuerpo. El artículo debe contar con un mínimo de 7000 palabras. Puede haber excepciones, cuya motivación debe ser autorizada previamente por el editor. Los párrafos no inician con sangría.

9. Publicada la revista, cada autor recibirá mediante correo electrónico la versión PDF de su artículo contemplado en la edición, la versión PDF de toda la publicación y el enlace de acceso en línea.

10. Los autores deberán considerar las siguientes pautas para la elaboración de sus artículos. Para mayor información podrá consultar el manual de APA y el manual de APA para normas legales publicados por la Biblioteca de la Universidad de Lima.

- La mención de una obra o referencia se hará en la forma (autor, fecha), es decir, colocando entre paréntesis el autor y el año de la publicación en el mismo texto. Ejemplo: (Fernández, 2009).
- Las citas textuales de menos de cuarenta palabras deben escribirse entre comillas e indicar al final la referencia bibliográfica. Ejemplo: "El índice delincriminal en Lima ascendió a 13 % en el año 2015" (Villar, 2016, p. 18).
- Las citas textuales de más de cuarenta palabras deben escribirse en párrafo aparte, sin comillas, con sangría, y el tamaño de letra debe disminuirse en un punto. Ejemplo:

La adaptación partidaria depende no exclusivamente de incentivos económicos, sino también de incentivos electorales. A ese respecto, el factor que sobreviene más importante lo constituye la locación de la amenaza electoral. En efecto, los partidos de base populista enfrentan desafíos potenciales en dos frentes. Para algunos, la principal amenaza electoral proviene de competidores de centro o de centro derecha que se abren camino entre el electorado de clase media. Estos partidos populistas enfrentan el riesgo de "guetización" electoral, esto es, ser confinados a sus declinantes bases trabajadoras y de clase baja. (Burgess y Levitsky, 2003, pp. 885-886)

11. Las notas para algún comentario o alcance que fueran necesarias se ubicarán al pie de la página del texto. Cabe precisar que se debe evitar su uso para colocar datos bibliográficos.
12. La reseña bibliográfica debe corresponder a las citas del texto y estar ordenada en forma alfabética, sin numeración. Para mayor información revise el manual de la APA y el manual de APA para normas legales publicado por la Biblioteca de la Universidad de Lima.



UNIVERSIDAD
DE LIMA

ENTREVISTA

Independencia e imparcialidad:
el dilema del juez prejuicioso
y la respuesta ético-procesal

ARTÍCULOS

La tipificación del contrato de
franquicia como alternativa para
impulsar el desarrollo de las
empresas peruanas
en el mercado local

El régimen de responsabilidad civil
por hechos del mayor de edad sin
discernimiento

La justicia restaurativa como
solución de la violencia en los
centros educativos

La acción directa frente al
incumplimiento en los casos de
conexidad contractual

La ejecución de las sentencias
de condena por parte del Estado
peruano: propuesta para la
implementación de un nuevo
procedimiento

El *DJ Set*: obra artística protegible
por el derecho de autor peruano

Reflexiones sobre la
manifestación de la voluntad
electrónica en el Código Civil
Peruano

¿Más sanciones, menos
corrupción? Alcances de la
responsabilidad administrativa
disciplinaria en Perú

Hablemos seriamente sobre los
riesgos de desarrollo

Inteligencia artificial en la
fiscalización tributaria: desafíos
al debido proceso administrativo
chileno

Negocios en plataformas de
crowdfunding, evaluación legal
y perspectivas en Colombia:
caso Patreon