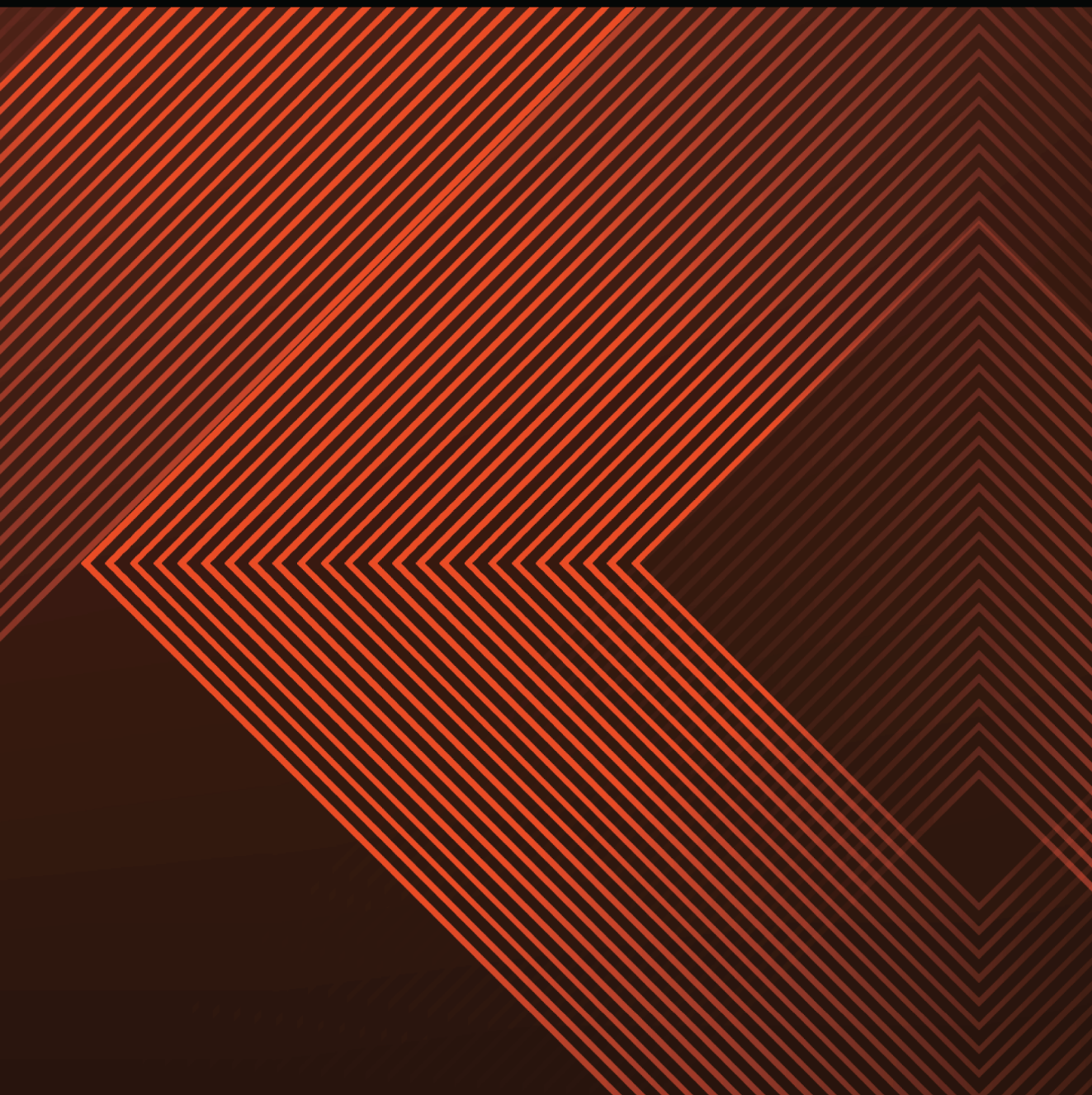
61 Enero 2026 Revista de la Facultad de Derecho

FONDO EDITORIAL ULIMA

IUS ET PRAXIS



61 Enero 2026 Revista de la Facultad de Derecho
FONDO EDITORIAL ULIMA

IUS ET PRAXIS

Ius et Praxis
Revista oficial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima
N.° 61, enero, 2026
doi: https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2026.n061

DIRECTOR GENERAL
Ronald Cárdenas Krenz

EDITOR
Erick Urbina Lovón

COORDINADORA DE EDICIÓN
Astrid Carolina Flores Sarmiento

© 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

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 (en línea) 2523-6296

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.° 2020-09663

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)
Aída 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

Alberto King Kee Handabaka (Universidad de Lima, Perú)
Alfonso Pérez-Bonany López (Universidad de Lima, Perú)
Alonso Morales Acosta (Universidad de Lima, Perú)
Carlos Antonio Agurto Gonzáles (Universidad de Lima, Perú)
Enrique Varsi Rospigliosi (Universidad de Lima, Perú)
Frank García Ascencios (Universidad de Lima, Perú)
Gisela Hortencia Vidal Cabeza de Tarazona (Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Perú)
Gustavo Enrique Montero Ordinola (Universidad de Lima, Perú)
Héctor Álvarez García (Universidad Pablo de Olavide, España)
Jesús Alberto Marroquín Venero (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú)
José Jorge Nava Tolentino (Universidad de Lima, Perú)
Juan Manuel Echevarría Arellano (Universidad de Lima, Perú)
Julio Baltazar Durand Carrión (Universidad de Lima, Perú)
Julio Núñez Ponce (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)
Lorenzo Castope Cerquín (Universidad Nacional de Cajamarca, Perú)
Mariella del Barco Herrera (Universidad de Lima, Perú)
María Inés García Calderón Valdivieso (Universidad de Lima, Perú)
Mario Raúl Gutierrez Canales (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú)

Milushka Rojas Ulloa (Universidad de Lima, Perú)
Ray Augusto Meloni García (Universidad de Lima, Perú)

SERVICIOS DE INFORMACIÓN E INDEXACIÓN

La revista *Ius et Praxis* se encuentra indexada en las siguientes bases de datos y registrada en los siguientes buscadores y repositorio:

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

Propuestas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima para optimizar la administración de justicia y la lucha contra la inseguridad ciudadana 11

ARTÍCULOS 25

La transparencia algorítmica como dimensión del derecho de acceso a la información 27

Carmen Milagros Velarde Koechlin y Luis Felipe Velarde Koechlin

La naturaleza cooperativa del proceso competitivo. Reflexiones críticas sobre el populismo *antitrust* para el contexto latinoamericano 49

Gustavo Rodríguez García

Alternativas societarias para transferir marcas 69

Guilhermo Auler Soto y Jessica Hondermann Gómez

Puesta a disposición, gobernanza algorítmica e intermediación en el *streaming* musical 87

Rodrigo Javier Gozalbez y Lucas Matías Lehtinen

Libre competencia: más allá de la ley. Reflexiones para un análisis de contexto 121

Luis Miguel García Mori

Influencers y la responsabilidad económica y social: análisis comparado desde el derecho de competencia 135

Elizabeth del Pilar Amado Ramírez

Prolegómeno de la marca tridimensional como desafío jurídico a las marcas tradicionales 159

Liliana Tamy Callirgos Ruiz

El derecho de la moda detrás de las colaboraciones en la industria de la moda 177

Annalucia Fasson Llosa

Cuando el Estado compite: subsidiariedad, competencia desleal y límites legales 193

Juan Carlos Bustamante Gonzales

Entrenamiento de IA con obras protegidas: tensiones y propuestas regulatorias 217

Ray Meloni García y Jean-Carlo Costa Gálvez

Derechos de autor e inteligencia artificial: la autoría en el Perú 237

Adriano Ungaro Denegri

MISCELÁNEA 255

Transformando el acceso a la justicia con inteligencia artificial: inclusión de personas con discapacidad y lenguas originarias 257

Ellys Lady Talla Chumpitaz

Rectificación de superficie predial en inmuebles rústicos: un problema registral en Chile 285

Julio Ferreira Salazar

Desafíos para la responsabilidad civil a propósito del riesgo y de la autonomía 303

Marcos Santos Vaquero

Revisiones electrónicas fiscales e inteligencia artificial 327

María Roberta Minutiza Medina Galán

Garantía patrimonial, vulneración de datos de salud y el derecho español 343

Leonardo Vasconcelos Guaurino de Oliveira

Deber de idoneidad: reflexiones sobre el sector bancario en Lima sur, 2024 361

Alessandra Díaz Chuco

Rescisión por lesión en contratos de asociación en participación en el Perú 379

José Andrés Tello Alfaro

INFORMACIÓN ADICIONAL 397

Código de ética 399

Política editorial y normas para colaboradores 403

Presentación

doi: https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2026.n061.9173

Al inicio de un nuevo gobierno, es necesario recordar el papel de la academia en el desarrollo del país y reafirmar a la Universidad como un espacio de reflexión, pensamiento crítico y generación de propuestas.

Con este propósito, la presente edición de *Ius et Praxis* incluye un conjunto de propuestas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, orientadas a optimizar la administración de justicia y a fortalecer la lucha contra la inseguridad ciudadana, dos asuntos especialmente sensibles en nuestro tiempo.

Este documento ha sido preparado por un grupo de trabajo designado por la Facultad, integrado por Beatriz Alva Hart, miembro de nuestro Consejo Consultivo, y por los profesores Julio Corcuera Portugal, Helder Domínguez Haro, Joaquín Missiego del Solar, Erick Urbina Lovón, Jorge Valencia Corominas y Josef Zielinski Flores, con la colaboración de las estudiantes Brisa Baldeón López y Flavia Gómez Soncco. A todos ellos, nuestro reconocimiento por su valioso aporte.

El tema central de este número está dedicado al derecho de la competencia y de la propiedad intelectual, cuya creciente importancia ha motivado que la Facultad apruebe, a partir de este año, un diploma de especialidad en la materia. Este se suma a los demás diplomas disponibles para nuestros estudiantes interesados en profundizar en determinadas áreas del conocimiento jurídico.

En el nuevo escenario político, caracterizado por retos y problemas que demandan respuestas tan rigurosas como eficientes, resulta fundamental preservar el sistema económico y promover una competencia sana, sin perder de vista la responsabilidad social, que constituye un imperativo en nuestro país.

Por ese motivo, esta edición contiene artículos que analizan la naturaleza del proceso competitivo, la relevancia de la transparencia algorítmica, la protección de la libre competencia, el papel del Estado en la materia, la responsabilidad de los *influencers*, el control de concentraciones, los nuevos desafíos relacionados con las marcas, el derecho de la moda y la industria de la moda, el entrenamiento de IA con obras protegidas, entre otros asuntos vinculados con el desarrollo tecnológico.

Como es habitual, la sección de miscelánea reúne diversos artículos sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, la rectificación de la superficie

predial, la responsabilidad civil y la inteligencia artificial, así como la vulneración de datos de salud, entre otras materias.

Agradecemos a todos los autores nacionales y extranjeros que colaboran en el presente número, a los árbitros que participaron en su proceso de elaboración, al Rectorado por su valioso apoyo y al Fondo Editorial de la Universidad por su profesionalismo en la preparación de la revista. Merece una mención especial el equipo de estudiantes que, con su entusiasmo, interés y dedicación, hace posible que esta edición llegue a manos de sus lectores.

Ronald Cárdenas Krenz
Director

Propuestas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima para optimizar la administración de justicia y la lucha contra la inseguridad ciudadana

doi: https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2026.n061.9104

Vivimos hoy una situación de desencanto ciudadano respecto al Estado y a sus instituciones, producto de una serie de hechos, decepciones y promesas incumplidas que han ido erosionando la confianza de la población. Para intentar revertir este distanciamiento, son muchos ámbitos a atender. Uno de los más importantes es el de la administración de justicia. Más allá de las críticas —justas o injustas— y la búsqueda de culpables, es necesario plantear propuestas, y las universidades pueden —y deben— aportar en ello.

En tal sentido, de las múltiples preocupaciones que agobian a la ciudadanía, la más inquietante es la inseguridad ciudadana, por lo que la academia tiene también aquí la responsabilidad de formular planteamientos que permitan enfrentar este problema que mantiene en zozobra a la población.

Entonces, la Universidad de Lima, frente a la proximidad de un nuevo gobierno y la importancia de unir esfuerzos por el desarrollo del país, presenta a la opinión pública, a través de la Facultad de Derecho, algunas propuestas para el análisis y la reflexión.

1. DIGITALIZACIÓN Y USO DE LA TECNOLOGÍA PARA UNA MEJOR ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La puesta en marcha del expediente digital en las diversas materias y la incorporación de herramientas de la inteligencia artificial pueden complementar y facilitar (sin sustituir) la labor de los jueces, a fin de contribuir con una justicia más célere y una menor carga procesal.

Debe implementarse la interoperabilidad entre el SIGE 2.0 del Tribunal Constitucional (TC) y el Expediente Judicial Electrónico (EJE) del Poder Judicial y del Ministerio Público, a fin de permitir el acceso en tiempo real a los expedientes digitales originales de los

procesos constitucionales. Ello propiciará que las decisiones del TC se basen en información auténtica y actualizada, y reducirá el uso de copias informales y los riesgos de fraude procesal, con el fin de fortalecer la seguridad jurídica.

Adicionalmente, se debe implementar en el SIGE 2.0 del TC un sistema de alertas automáticas y gestión de plazos con el EJE, para informar en tiempo real sobre vencimientos de plazos, prisiones preventivas, medidas cautelares y audiencias, además de permitir priorizar los procesos constitucionales urgentes y evitar el uso de información desactualizada. Esto permitirá la celeridad en el desarrollo de los procesos y, por lo tanto, un mejor funcionamiento de nuestro sistema de justicia. Esta situación beneficiaría a todos los ciudadanos y al Estado en general[1].

2. REFORMA INTEGRAL Y NO SEGMENTADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La reforma o mejora del sistema de impartición de justicia no se reduce a la magistratura, sino que debe ser integral. Además, ella requiere de una asignación presupuestal suficiente, teniendo en cuenta la Constitución y los estándares internacionales[2].

Ante la sobrecarga judicial y el incremento de la población, se requiere de una política progresiva para contar con más magistrados, entre jueces y fiscales (ratio de magistrados por habitantes). Asimismo, debe disminuirse el número de jueces provisionales y supernumerarios[3].

Esta reforma debe realizarse de manera meditada y apuntando sus efectos a largo plazo. Como advierte Canelo Rabanal (2018), los procesos de reforma judicial que responden únicamente a coyunturas de descrédito o escándalo suelen ser fragmentarios y de corto alcance, pues no atienden las deficiencias estructurales del

---

1 Sobre lo dicho, destaca el trabajo de Espinoza Córdova y López Ramírez cuando señalaron que la incorporación de las TIC al proceso judicial, siempre que se ejecute de manera adecuada y bajo supervisión, facilita la agilización de las actuaciones procesales y contribuye indirectamente a mitigar la sobrecarga de expedientes. Aunque los órganos jurisdiccionales continúan asumiendo tareas esenciales, como calificar demandas, emitir resoluciones y ordenar la secuencia de actos procesales, la puesta en funcionamiento de herramientas como el EJE, el Sistema de Notificaciones Electrónicas (Sinoe) y el Módulo de Atención al Usuario (MAU) incrementa la eficiencia y la celeridad de la tramitación, lo que favorece una administración de justicia menos dilatada (Espinoza Córdova & López Ramírez, 2024, pp. 119-120).

2 Es de recordar que, desde inicios del presente siglo xxi, se ha propuesto, en el caso peruano, porcentajes de no menos del 3 % del presupuesto general de la República o 4 % (Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia [CERIAJUS], 2004). Consideramos que esta última es la más atendible, teniendo en cuenta los problemas de nuestra administración de justicia.

3 Cabe señalar que la OCDE ha recomendado la asignación de más recursos humanos y reducir la temporalidad de estos últimos jueces.

sistema. En consecuencia, una mejora sostenida de la administración de justicia exige un enfoque integral que abarque organización institucional, reglas de carrera, incentivos y condiciones materiales, y no solo la actuación individual de los magistrados (Canelo Rabanal, 2018, p. 3).

Respecto a un aproximado de soles para que sea posible, resulta especialmente útil la estimación efectuada por CERIAJUS (2004). Esta señaló expresamente que la implementación de una reforma integral del sistema de justicia demandaba una inversión aproximada de S/ 1 346 300 967, orientada a financiar componentes clave como el acceso a la justicia, la lucha anticorrupción, la modernización de los despachos jurisdiccionales y fiscales, los recursos humanos y la reforma del sistema penal (CERIAJUS, 2004, p. 68). Esta proyección constituye una referencia técnica relevante, pues permite advertir que una transformación estructural de la administración de justicia exige un esfuerzo fiscal sostenido y no solo medidas aisladas o de corto alcance.

En esa línea, la sustentación del proyecto de presupuesto del 2026 del Poder Judicial muestra que, aunque se proyectó un presupuesto de S/ 3 989,9 millones, la propia entidad reconoce brechas adicionales de financiamiento para personal, bienes y servicios, inversiones y atención de la carga procesal. A ello se suma un alto nivel de provisionalidad en la magistratura, con una presencia significativa de jueces provisionales y supernumerarios en distintos niveles. Estos datos permiten sostener que una reforma integral de la administración de justicia exige no solo mayores recursos públicos, sino también una política progresiva de sustitución de magistrados no titulares por jueces titulares (Poder Judicial del Perú, 2025, diapositivas 5, 15, 20, 21, 22).

En términos más concretos, la magnitud de dicha provisionalidad exige una respuesta cuantificable. Según la sustentación del proyecto de presupuesto del 2026 del Poder Judicial, actualmente existen 41 jueces supremos provisionales, 299 jueces superiores provisionales, 306 jueces especializados provisionales, 982 jueces especializados supernumerarios y 526 jueces de paz letrado supernumerarios, lo que equivale a un total de 2154 magistrados no titulares. En consecuencia, una política seria de fortalecimiento de la carrera judicial debería plantear, de manera progresiva, la reducción de esa misma cantidad de jueces provisionales y supernumerarios, mediante la convocatoria de concursos públicos y el nombramiento de, al menos, 2154 magistrados titulares que permitan revertir estructuralmente la alta temporalidad en la judicatura (Poder Judicial del Perú, 2025, diapositivas 5).

Además, el horizonte temporal de una reforma integral del sistema de justicia debe entenderse en clave de mediano y largo plazo. Ello se advierte en el propio plan estratégico institucional del Poder Judicial para el 2021-2030, que orienta las acciones de modernización institucional durante ese periodo e incluye medidas estructurales

como la reducción progresiva de la provisionalidad, el fortalecimiento de la gestión judicial y la mejora del servicio jurisdiccional (Poder Judicial del Perú, 2023, pp. 4-7). En consecuencia, resulta razonable estimar que una reforma integral podría consolidarse en un plazo aproximado de ocho a diez años.

A su vez, es esencial motivar a los mejores alumnos de las universidades, tanto públicas como privadas, para su incorporación al sistema de justicia. Para ello, es necesario contar con políticas de acercamiento por parte del Estado que empiezan por el reconocimiento a los mejores alumnos de la carrera de Derecho.

3. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y RESPUESTA PENAL FRENTE A LA CRIMINALIDAD FLAGRANTE

Se debe reforzar la competencia de las unidades de flagrancia delictiva. Actualmente, se cuenta con treinta y ocho unidades en treinta y cuatro distritos judiciales, a efectos que puedan cumplir eficientemente su misión y, en breve plazo, poder condenar a los sujetos que cometen delitos graves y que son sorprendidos en flagrancia. En tal sentido, considerando la extensión territorial del país, y la carga procesal del sistema penal, lo ideal sería avanzar hacia, al menos, una unidad plenamente equipada por cada distrito judicial y por las zonas de mayor incidencia delictiva. Asimismo, deben imponerse penas privativas de libertad efectivas a los sentenciados por delitos graves que afecten la seguridad ciudadana y tranquilidad pública, sin espacio a la posibilidad de aplicar la suspensión de la ejecución de la pena.

En suma, el fortalecimiento de las unidades de flagrancia delictiva y la aplicación de penas privativas de libertad efectivas en los delitos graves constituyen ejes indispensables para una política de seguridad ciudadana coherente y eficaz. Por ello, una respuesta penal oportuna frente a la criminalidad flagrante no solo reduce los niveles de impunidad, sino que reafirma la autoridad del Estado y restablece la confianza de la ciudadanía en el sistema de justicia. De este modo, la celeridad procesal y la firmeza sancionadora se consolidan como herramientas legítimas para proteger la tranquilidad pública y garantizar una convivencia social basada en el respeto a la ley.

4. DESARROLLO DE UNA JUSTICIA INTERCULTURAL ACORDE A NUESTRA NATURALEZA DE PAÍS PLURIÉTNICO Y MULTICULTURAL, A FIN DE FORTALECER LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DEL SISTEMA

Si bien el Poder Judicial ha desarrollado lineamientos institucionales y mecanismos orientados a fortalecer la justicia intercultural y la justicia de paz, la persistencia de barreras lingüísticas y culturales en zonas andinas y amazónicas revela una brecha entre

el reconocimiento normativo[4] y su implementación efectiva. Entonces, el derecho de acceso a la justicia y a comprender las sentencias y resoluciones judiciales se sustenta en el respeto al pluralismo cultural, que incluye la diversidad idiomática. En tal sentido, debe priorizarse una justicia inclusiva para equilibrar el uso de un lenguaje técnico-jurídico con un lenguaje sencillo y accesible.

El problema no radica en la ausencia de regulación, sino, sobre todo, en limitaciones estructurales: disponibilidad insuficiente de intérpretes, formación intercultural no obligatoria para magistrados en jurisdicciones con alta presencia indígena, restricciones presupuestales y una comprensión reducida de la interculturalidad, sin incorporar plenamente las cosmovisiones y sistemas normativos propios reconocidos por la Constitución[5]. Algunas acciones propuestas son las siguientes:

a) Adecuación territorial obligatoria: certificación en lengua originaria predominante o acreditación en competencias interculturales para magistrados en determinadas jurisdicciones.

b) Evaluación intercultural: incorporar contenidos sobre pluralismo jurídico y derechos indígenas en los procesos de selección, ascenso y ratificación.

c) Garantización de presupuesto específico y sostenido: para la contratación estable de intérpretes y la capacitación continua e implementación tecnológica en zonas alejadas.

d) Indicadores de impacto: establecer mecanismos de evaluación que midan el acceso lingüístico efectivo, tiempos procesales y percepción de usuarios indígenas.

A su vez, como sostiene Erick Urbina (2021), el Estado constitucional se funda en la voluntad del pueblo, entendida no como una abstracción homogénea, sino como la suma de las voluntades individuales de los ciudadanos, de cuya expresión emana la legitimidad del orden jurídico. Ello impone al sistema jurídico el deber de reconocer y garantizar, de manera efectiva, los derechos de todas las personas. En un país pluriétnico y multicultural como el Perú, dicha legitimidad democrática solo puede consolidarse si el sistema de justicia incorpora un enfoque intercultural que permita a los justiciables comprender las decisiones que los afectan, participar plenamente en los procesos y ser oídos en condiciones de igualdad, sin barreras lingüísticas ni culturales.

---

4 Se refiere a los artículos 2 y 139 de la Constitución Política del Perú y el Convenio 169 de la Oficina Internacional del Trabajo (2014), ratificado mediante Resolución Legislativa 26253.

5 En esta línea, recogiendo los planteamientos de Jorge Cornejo Polar, Cárdenas Krenz (1998) sostiene que una auténtica democracia no se limita a su dimensión política, sino que requiere también una democracia cultural, como parte de una concepción más amplia de democracia social.

5. MERITOCRACIA Y CREACIÓN DE UNA ESCUELA DE MAGISTRADOS

Se requiere de una moderna escuela de magistrados para el acceso a la carrera, a través de la optimización de los procedimientos de entrenamiento, así como la formación inicial y continua de los magistrados, a fin de desarrollar las competencias jurisdiccionales[6].

Aparte de garantías como la imparcialidad[7] y la independencia, la meritocracia y la evaluación del desempeño son indispensables para una mejor labor de jueces y fiscales (y de la función pública en general), por lo que deben eliminarse los actuales procesos de ratificación de magistrados. En palabras de Salas Villalobos (2014, p. 326), diversos actores institucionales han solicitado —sin éxito— eliminar la ratificación, por considerarla objetivamente inadecuada, pues, además de distraer al magistrado de su despacho para cumplir requisitos y puntajes, su pretendida objetividad resulta cuestionable en la práctica.

6. PROMOVER UN SISTEMA MÁS EFICIENTE Y FUNCIONAL, INCLUYENDO MEDIOS ALTERNATIVOS DE JUSTICIA

Se requiere de una Corte Suprema de Justicia creadora de precedentes y uniformizadora de la jurisprudencia a través del *certiorari*[8], a fin de lograr una justicia moderna, predecible, confiable y con premisas éticas sólidas.

Por un lado, al ser la Constitución la norma máxima y que los derechos humanos constituyen la base del Estado constitucional, se debe priorizar la creación de un sistema especializado de justicia constitucional, en el que confluyan jueces, fiscales y cada uno de los actores de los procesos constitucionales a la par con el desarrollo de la interoperabilidad entre el TC y el Poder Judicial. Por otro lado, es importante dar una mayor promoción al uso de medios alternativos para la administración de justicia en razón de su funcionalidad, menor tiempo de resolución de los casos y reconocimiento por parte de la comunidad.

7. IMPORTANCIA DE ATENDER LA MAYOR CARGA PROCESAL: LOS CASOS DE FAMILIA

En el 2024, la carga procesal fue de 4 189 845 casos, de los cuales el 40 % corresponde a procesos de familia que pueden tardar hasta cinco años en resolverse. Más del 50 %

---

6 Para un estudio sistemático sobre la formación y la capacitación de los magistrados, su importancia como instrumento para la reforma judicial y algunas propuestas de mejora, véase *El poder de la justicia*. *Formación y capacitación judicial en el Perú* de Domínguez (2023).

7 Sobre el tema de la imparcialidad y la importancia de los sesgos cognitivos, Adán López Blanco (2025) ha publicado recientemente el libro *Repensando la imparcialidad judicial*. *Una aproximación de los sesgos cognitivos*.

8 El *certiorari* es un mecanismo procesal que permite a las altas Cortes seleccionar qué controversias sean de su competencia por la trascendencia jurídica del caso a resolver.

de ellos corresponden a casos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, y un 28 % a las pensiones alimentarias[9].

El Ministerio de la Mujer, ente rector en materia de infancia, tiene como funciones promover y supervisar las Demunas; además, debería acreditar un mayor número de estas para ampliar la cobertura del servicio. Sin embargo, este objetivo se ve limitado porque muchos alcaldes no tienen interés suficiente en cumplir con los requisitos necesarios para que dichas Demunas obtengan la acreditación, lo que evidencia una reducida visión social en la gestión orientada a fortalecer este servicio.

Entonces, resulta fundamental promover un mayor interés tanto en la autoridad central como en las municipales para contar con más Demunas acreditadas. Así, las actas de conciliación tendrán los mismos efectos que una sentencia judicial, los ciudadanos contarán con mayores garantías de justicia y se reducirá la carga procesal en el Poder Judicial en las materias señaladas.

Además, como señaló Maquilón Acevedo (2006, p. 340), resulta imprescindible ampliar el número de jueces de familia en todos los distritos judiciales, a fin de garantizar una atención especializada y efectiva en los sectores más vulnerables y cumplir adecuadamente con la función estatal de protección jurídica de la familia, lo que fortalecerá las garantías de la administración de justicia. También se recomienda promover la mediación como un mecanismo alternativo a la resolución de conflictos (Proyecto de Ley 7491/2023-CR del 1 de abril del 2024).

8. TRATAMIENTO EFECTIVO Y NO EFECTISTA DE LA DELINCUENCIA JUVENIL

En los últimos treinta años en el Perú, se advierte el incremento de las medidas de internamiento e, incluso, la reducción de la edad de responsabilidad penal; sin embargo, estas medidas no han logrado reducir los indicadores de criminalidad juvenil. El Programa Nacional de Centros Juveniles atendió, en el 2024, un total de 7270 casos de adolescentes infractores. De ellos, el 50,2 % corresponde a los servicios de tratamiento de medio abierto, 42,6 % a los centros juveniles y 7,2 % al programa de seguimiento de los egresados.

El Tribunal Constitucional, el 5 de abril pasado, mediante sentencia, declaró inconstitucional la Ley 32330, que incorporó a los adolescentes desde los dieciséis años como sujetos imputables dentro del sistema penal para adultos, lo que contraviene la Convención sobre los Derechos del Niño (Oficina de Comunicaciones e Imagen Institucional del Tribunal Constitucional, 2026). Por su parte, el Código de los Niños y Adolescentes de 1992 estableció un plazo de internamiento de tres años como medida de internamiento; sin embargo, en la actualidad, se ha triplicado dicho plazo a diez años

[9] Cuestión crucial a tener en cuenta siempre: la materia de violencia contra la mujer no es conciliable.

para los adolescentes infractores (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2026). En ese sentido, según la data del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos & Programa Nacional de Centros Juveniles (2025), el 76 % de los adolescentes infractores no cuenta con secundaria completa, el 71 % realizó consumo de drogas y el 47 % nunca ha trabajado.

A fin de contar con una mirada más completa del tema, es importante analizar la relación entre la población adulta y los adolescentes privados de libertad. En el 2023, la población penal adulta (intramuros) ascendió a 94 759 personas, mientras que el número de adolescentes internados en los centros juveniles de diagnóstico y rehabilitación (CJDR) fue de 1820 (Observatorio Nacional de Política Criminal & Programa Nacional de Centros Juveniles, 2024). Así, los adolescentes representaron el 1,88 % del total de población penal, de modo que por cada adolescente privado de libertad existían aproximadamente cincuenta y dos adultos en la misma condición.

En el 2024, la población penal adulta (intramuros) alcanzó a 99 448 personas. El número de adolescentes internados en los CJDR fue de 3100 (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos & Programa Nacional de Centros Juveniles, 2025); es decir, los adolescentes representaron el 3,02 % del total de la población penal. Así, por cada adolescente privado de libertad existían aproximadamente treinta y dos adultos en igual situación. Estos indicadores justifican la necesidad de implementar programas preventivos desde las municipalidades distritales en los que se focalicen en el mayor número posible de adolescentes infractores. También resulta necesario impulsar un trabajo coordinado entre los gobiernos locales y las juntas vecinales (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos & Programa Nacional de Centros Juveniles, 2025).

9. PROMULGACIÓN DE UN NUEVO CÓDIGO PENAL Y DE UN NUEVO CÓDIGO DE EJECUCIÓN PENAL

El Código Penal actual data de 1991 y ha sufrido tantas modificaciones (838 en el año 2024) que ya no existe coherencia entre los ilícitos penales y bienes jurídicos a proteger; incluso, en algunos casos, las penas no resultan proporcionales a los daños causados[10]. El Código de Ejecución Penal actual fue promulgado el mismo año e igualmente ha tenido un sinnúmero de modificaciones que lo han desnaturalizado y desactualizado en lo que refiere a la forma en que los sentenciados cumplen condena.

Los beneficios penitenciarios otorgados a delincuentes de alta peligrosidad permiten su liberación en plazos muchos menores que los fijados por la sentencia, lo que genera un

[10] Para mayor información, véase la Nota de Información Referencial 10/2023-2024-ASISP/DIP, elaborada por el Área de Servicios de Investigación y Seguimiento Presupuestal (2023) del Congreso de la República del Perú.

grave riesgo para la sociedad, ya que la política para liberarlos está en función al tiempo de permanencia en el penal y no necesariamente al factor de resocialización, reeducación o rehabilitación, los cuales son los verdaderos fines de las penas.

10. GENERAR POLÍTICAS DE ACERCAMIENTO ENTRE POLICÍA NACIONAL, MINISTERIO PÚBLICO Y PODER JUDICIAL

Esta propuesta busca que estas instituciones puedan trabajar de manera coordinada, con el fin de que todo el engranaje que exige el proceso pueda calzar de manera adecuada en beneficio de los litigantes. Lamentablemente, las instituciones encargadas de velar por el sistema de justicia se encuentran enfrentadas por serias diferencias. Esto, finalmente, trae consigo retrasos, ausencias de respuestas oportunas o simplemente el abandono por el paso del tiempo sin que la administración de justicia cumpla su fin.

Entonces, la coordinación efectiva entre la Policía Nacional, el Ministerio Público y el Poder Judicial es esencial para evitar retrasos y vacíos en el proceso, asegurar respuestas oportunas y garantizar que la administración de justicia funcione en beneficio de los litigantes.

11. DISEÑAR UNA ESTRATEGIA NACIONAL DE ASFIXIA FINANCIERA DEL CRIMEN ORGANIZADO PARA REDUCIR SU CAPACIDAD OPERATIVA Y DE EXPANSIÓN

El crimen organizado en el Perú ha desarrollado estructuras empresariales ilícitas, cuya sostenibilidad depende de su capacidad de generar, mover, ocultar y reinvertir capital. En ese sentido, extorsión[11], minería ilegal, narcotráfico, trata de personas y contrabando no son solo fenómenos violentos, sino parte de economías criminales con flujos financieros complejos.

La neutralización de cabecillas no desarticula estructuras si no se afectan sus activos, redes de lavado y circuitos de reinversión. Por ello, la política de seguridad debe migrar de un enfoque predominantemente reactivo-operativo a uno centrado en la desarticulación patrimonial y financiera, mediante la identificación, el bloqueo, la incautación y la extinción de dominio de sus activos, así como la interrupción sistemática de sus circuitos de lavado.

En otras palabras, el crimen organizado no se desmantela únicamente encarcelando personas, sino desmontando su estructura económica. Para tal efecto, pueden identificarse los siguientes componentes estratégicos:

[11] Respecto al tema de la extorsión como negocio y sus alcances, es de lectura obligatoria el libro *Extorsión: el negocio del miedo* de Julio Corcuera (2025).

a. Sistema integrado de inteligencia financiera contra el crimen organizado
    - Interoperabilidad obligatoria entre la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú, la Policía Nacional del Perú, el Ministerio Público, la Sunat, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, y el Poder Judicial
    - Protocolos unificados de intercambio de información en tiempo real
b. Priorización de investigaciones patrimoniales paralelas
    - Incorporación, desde el inicio, de una línea de investigación financiera en toda investigación por crimen organizado
    - Formación especializada en análisis financiero criminal para fiscales y policías
    - Indicadores obligatorios de avance en identificación de activos
c. Uso intensivo de extinción de dominio específico para crimen organizado
    - Fortalecimiento de procuradurías especializadas para estos fines
    - Administración eficiente de bienes incautados para evitar su deterioro y pérdida de valor
d. Focalización sectorial
    - Identificación de sectores de alto riesgo de infiltración criminal (construcción informal, transporte urbano, minería artesanal, mercados mayoristas, apuestas y juegos, comercio transfronterizo) para auditorías estratégicas y vigilancia financiera intensiva
e. Control del flujo de efectivo y economías informales de alto riesgo
    - Fiscalización inteligente en conglomerados comerciales vinculados a economías ilícitas
    - Monitoreo reforzado de empresas fachada y testaferros

12. CREACIÓN DE UN ÍNDEX DE ORGANIZACIONES CRIMINALES COMO INSUMO PARA LA TOMA DE DECISIONES

El Perú carece de un instrumento centralizado y sistemático que identifique, clasifique y monitoree a las organizaciones criminales que operan en su territorio. La información existe, pero está fragmentada entre unidades policiales, fiscalías, inteligencia militar y otras agencias. La ausencia de un "mapa nacional del crimen organizado" (índex) dificulta la priorización estratégica, la asignación eficiente de recursos y la anticipación de procesos de expansión territorial o transnacional.

En tal sentido, el índex debe ser dinámico y permitir análisis comparados, identificación de alianzas, fragmentaciones y reconfiguraciones internas[12]. En otras palabras, la elaboración de un índice nacional de este tipo, permanentemente actualizado, de organizaciones criminales que operan en el país (nacionales y extranjeras), podría constituir un insumo estratégico para la toma de decisiones en inteligencia, persecución penal y política pública.

En este marco, resulta necesario definir tanto la estructura institucional encargada de su gestión como el contenido mínimo que debe comprender dicho instrumento:

a) Gobernanza institucional

- El Consejo de Inteligencia Nacional (COIN) como órgano rector y administrador del sistema
- La inteligencia policial como responsable principal del levantamiento, sistematización y actualización de información operativa
- Participación del Ministerio Público y otras entidades mediante protocolos formales de suministro de información
- Niveles diferenciados de acceso según perfil institucional

b) Contenido del índex

Cada organización incorporada en el sistema deberá contar con una ficha estructurada que incluya lo siguiente:

- Denominación y alias conocidos
- Origen territorial y trayectoria histórica
- Liderazgos identificados y estructura jerárquica
- Principales actividades ilícitas
- Zonas de influencia y expansión
- Vinculaciones nacionales e internacionales
- Capacidad financiera estimada
- Nivel de violencia y *modus operandi*
- Estado procesal de sus principales miembros
- Evaluación de riesgo estratégico (bajo, medio, alto, crítico)

[12] El principio rector es la inteligencia estratégica: no se puede enfrentar lo que no está claramente identificado, clasificado y comprendido en su dinámica estructural.

La viabilidad de todos estos cambios requiere un trabajo concertado e integral, ajeno a intereses políticos, y teniendo en cuenta, como ha dicho Raúl Gutiérrez (2025, p. 34), que no puede hablarse de un primer poder del Estado, pues ello daría la idea de que existe un poder por encima del otro.

Cualquier propuesta de mejora de la administración de justicia y de la lucha contra la delincuencia no será posible sin el esfuerzo y el compromiso de todos los sectores involucrados.

Lima, 18 de marzo del 2026

REFERENCIAS

Área de Servicios de Investigación y Seguimiento Presupuestal. (2023). *Nota de Información Referencial 10/2023-2024-ASISP/DIP*. https://www3.congreso.gob.pe/Docs/DGP/DIDP/files/nir_13_r%C3%89gimen_tributario_aplicado_a_la_iglesia_cat%C3%93lica.pdf

Canelo Rabanal, R. (2018). El sistema de justicia: acciones frente a la corrupción, desacreditación y el escándalo. *Jurídica. Suplemento de Análisis Legal*, *12*(702). https://elperuano.pe/suplementosflipping/juridica/702/web/index.html

Cárdenas Krenz, R. (1998). *Derecho y realidad social: la costumbre como fuente del derecho civil*. Ediciones Jurídicas.

Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia. (2004, 23 de abril). *Plan Nacional para la Reforma Integral de la Administración de Justicia*.

Constitución Política del Perú [CPP]. Arts. 2, 139. 29 de diciembre de 1993 (Perú).

Corcuera, J. (2025). *Extorsión: el negocio del miedo*. Cámara de Comercio de Lima.

Domínguez, H. (2023). *El poder de la justicia. Formación y capacitación judicial en el Perú*. Grijley.

Espinoza Córdova, R. I., & López Ramírez, M. S. (2024). El camino hacia la modernización del poder judicial a través de la digitalización y el uso de las tecnologías de la información y la comunicación. *Ius et Praxis*, (57), 105-125. https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2023.n057.6695

Gutiérrez, R. (2025). *El fraude a la Constitución*. Universidad de Lima, Fondo Editorial.

López Blanco, A. (2025). *Repensando la imparcialidad judicial. Una aproximación de los sesgos cognitivos*. Palestra.

Maquilón Acevedo, T. E. (2006). De los juzgados de menores al módulo corporativo de familia: ¿modelo de administración de justicia especializada? En *Libro homenaje. Facultad de Derecho* (pp. 327-342). Universidad de Lima, Fondo Editorial.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos & Programa Nacional de Centros Juveniles. (2025). *Informe Estadístico Anual 2024*. https://www.gob.pe/institucion/pronacej/informes-publicaciones/6873028-informe-estadistico-anual-2024

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (2026, 12 de marzo). *Código de los niños y adolescentes*. https://www.gob.pe/institucion/mimp/informes-publicaciones/7858302-codigo-de-los-ninos-y-adolescentes

Observatorio Nacional de Política Criminal & Programa Nacional de Centros Juveniles. (2024). *II Censo Nacional de Población en Centros Juveniles 2024*. https://www.gob.pe/institucion/minjus/informes-publicaciones/6304965-ii-censo-nacional-de-poblacion-en-centros-juveniles

Oficina de Comunicaciones e Imagen Institucional del Tribunal Constitucional. (2026, 16 de enero). *TC declaró inconstitucionales las modificaciones a las normas para que se les aplique a los adolescentes de 16 y 17 años responsabilidad penal ordinaria*. https://www.tc.gob.pe/institucional/notas-de-prensa/declaran-inconstitucionales-modificaciones-a-normas-para-que-se-aplique-a-adolescentes-responsabilidad-penal-ordinaria/

Oficina Internacional del Trabajo. (2014). *Convención Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales*. https://www.gob.pe/institucion/mtc/normas-legales/6360167-n-169

Poder Judicial del Perú. (2023, 2 de mayo). *Plan Estratégico Institucional. Poder Judicial 2021-2030*. https://www.gob.pe/institucion/csjlimasur/informes-publicaciones/4179011-plan-estrategico-institucional-poder-judicial-2021-2030

Poder Judicial del Perú. (2025). *Proyecto de Presupuesto 2026. Sector 04: Poder Judicial* [Diapositivas]. Congreso de la República. https://www3.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2025/presupuesto/files/ley_de_ppto_2026/exposici%C3%B3n/sectores/poder_judicial/sustentaci%C3%93n_poder_judicial.pdf

Proyecto de Ley 7491/2023-CR del 2024. Por el cual se busca añadir el artículo 233-A en el Código Civil a fin de establecer los principios generales de los procesos de familia. 1 de abril del 2024. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/05/Proyecto-Ley-7491-2023-CR-LPDerecho.pdf

Salas Villalobos, S. (2014). El Poder Judicial peruano como objeto de estudio para la calidad de la democracia y administración de justicia en el Perú. Ventajas y dificultades. *Revista Oficial del Poder Judicial*, *7*(8-9), 313-334. https://doi.org/10.35292/ropj.v7i8/9.286

Urbina, E. (2021, 14 de mayo). El pueblo, fundamento del Estado constitucional. *El Comercio*. https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/elecciones-el-pueblo-fundamento-del-estado-constitucional-por-erick-urbina-noticia/

ARTÍCULOS

La transparencia algorítmica como dimensión del derecho de acceso a la información

Carmen Milagros Velarde Koechlin*
Universidad de Salamanca, España

Luis Felipe Velarde Koechlin** †
Universidad de Lima, Perú

Recibido: 19 de marzo del 2026 / Aceptado: 4 de mayo del 2026
doi: https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2026.n061.8701

RESUMEN. Este artículo analiza la transparencia algorítmica como una dimensión digital del derecho de acceso a la información en el Perú. Ante la automatización estatal y el uso de sistemas como Curia y EleccIA, surge el riesgo del efecto de caja negra y de sesgos que derivan en discriminación algorítmica. Con base en la Constitución política y el referente interamericano Claude Reyes vs. Chile, en esta investigación se sostiene que la explicabilidad es esencial para fiscalizar el poder tecnológico del Estado. El estudio aborda la mitigación de sesgos como un objetivo de justicia social armonizándolo con los límites de propiedad intelectual (Decreto Legislativo 822) y de seguridad nacional (Decreto Supremo 106-2017-PCM). Mediante el análisis del estándar regional de la Sentencia T-067 de Colombia, se concluye que la transparencia no es un concepto aislado, sino la evolución natural de la rendición de cuentas pública. Se propone la

* Doctoranda en Derecho Privado en la Universidad de Salamanca. Doctoranda en Educación en la Universidad de San Martín de Porres. Magíster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Magíster en Gerencia Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogada por la Universidad de Lima. Docente de los cursos de Derechos Humanos y Derechos Fundamentales de la unidad de Virtualización Académica de la Universidad de San Martín de Porres. Jefa del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil del Perú. Código ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2668-7774

** Magíster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Magíster por la Universidad Autónoma de Madrid. Abogado por la Universidad de Lima. Consultor de empresas en áreas de derecho tributario, planeamiento tributario, revisiones contables-tributarias y derecho corporativo. Docente de Derecho Comercial I en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y asesor del Círculo de Estudios de Derecho Comercial de dicha casa de estudios. Docente de Legislación Aduanera y Minera y de Auditoría Tributaria en la maestría en Ciencias Contables y Financieras de la Universidad de San Martín de Porres. Socio del Estudio Ramírez Abogados. Código ORCID: https://orcid.org/0009-0008-9523-2125

implementación de auditorías constantes y la supervisión humana para asegurar que la Administración pública algorítmica respete los derechos fundamentales y el control democrático.

PALABRAS CLAVE: transparencia algorítmica / inteligencia artificial / sesgo algorítmico / acceso a la información / Administración pública algorítmica

ALGORITHMIC TRANSPARENCY AS A DIMENSION OF THE RIGHT OF ACCESS TO INFORMATION

ABSTRACT. This article examines algorithmic transparency as a digital dimension of the right of access to public information in Peru. Faced with increasing state automation and the deployment of systems such as Curia and EleccIA, significant risks regarding the black box effect and biases that result in algorithmic discrimination have emerged. Drawing on the Political Constitution and the Inter-American precedent of *Claude Reyes v. Chile*, this research contends that explainability is vital for overseeing the State's technological power. The study approaches bias mitigation as a social justice objective, harmonizing it with legal limits such as intellectual property (Legislative Decree 822) and national security (Supreme Decree 106-2017-PCM). By analyzing the regional standard set by Colombia's Sentence T-067, it concludes that transparency represents a natural evolution of public accountability. Finally, it proposes the implementation of constant audits and human intervention to ensure that the algorithmic public administration remains subject to fundamental rights and democratic control.

KEYWORDS: algorithmic transparency / artificial intelligence / algorithmic bias / access to information / algorithmic public administration

1. INTRODUCCIÓN

La irrupción de la inteligencia artificial (IA) ha transformado la producción del conocimiento y toma de decisiones en el campo jurídico incorporándose a actividades judiciales y administrativas. Aunque se espera que la codificación sea neutral, los sistemas de IA son construcciones sociales y normativas basadas en el pensamiento humano previo, lo que permite que prejuicios y sesgos de sus programadores afecten los resultados finales. Esta evolución tecnológica ha transitado desde el *machine learning* y la inteligencia generativa —que dio origen a asistentes como ROSS o Harvey— hasta la actual IA agéntica, capaz de adoptar decisiones autónomas.

Sin embargo, esta potencia tecnológica conlleva daños sociales reales. Casos como el de Amazon —que evidenció sesgos de género— o SyRI en los Países Bajos —que mostró fallos en la detección de fraude basados en la racialización de personas— justifican la necesidad de la transparencia algorítmica como un derecho de defensa frente al Estado. En el Perú, la implementación de Curia (en el Poder Judicial) y EleccIA (en el Jurado Nacional de Elecciones) —sistemas de IA que apoyan proyectos de resolución de casos— plantea desafíos críticos: la opacidad o efecto de caja negra de estos algoritmos dificulta conocer los criterios de las decisiones automatizadas. En ese sentido, el poder tecnológico que otorgan al Estado debe ser un poder tecnológico fiscalizable para evitar la arbitrariedad en un entorno donde el poder estatal se vuelve invisible a través del *software*.

Por ello, la transparencia algorítmica no es solo una garantía técnica, sino la evolución natural del derecho de acceso a la información hacia un entorno digital. Así como anteriormente el ciudadano solicitaba expedientes físicos para controlar la Administración pública, hoy el ejercicio de ese mismo derecho exige acceder a la lógica de los algoritmos que emiten decisiones sobre sus derechos. En consecuencia, esta transparencia se configura como una dimensión digital del derecho de acceso a la información pública que permite el escrutinio democrático de lo que se denomina Administración pública algorítmica. Con ello, se busca evitar discriminaciones y asegurar la legitimidad estatal. Con lo dicho, el presente artículo intenta responder la siguiente pregunta: ¿cómo la incorporación de la transparencia algorítmica como dimensión del derecho de acceso a la información permite mitigar los sesgos en la toma de decisiones estatales en el Perú sin vulnerar la propiedad intelectual y la seguridad nacional?

El abordaje de esta pregunta plantea un doble desafío que constituye el eje central de este análisis. Por un lado, la mitigación de sesgos se establece como el objetivo de justicia social primordial para evitar que la automatización estatal replique desigualdades históricas (Simon et al., 2022). Por otro, el respeto a la propiedad intelectual y la seguridad nacional representan el reto de factibilidad jurídica que este estudio examina detalladamente analizando bajo qué condiciones el mandato de transparencia puede armonizarse con las restricciones del sistema peruano. Para ello, utilizaremos la doctrina

nacional e internacional, el estándar regional de la Sentencia T-067 de Colombia y el análisis de los límites normativos en el ordenamiento jurídico nacional.

El presente análisis se estructura en seis apartados que inician con esta introducción sobre el impacto de la IA y el planteamiento del problema. En segundo lugar, se desarrolla un marco teórico que fundamenta la transparencia como una extensión del derecho de acceso a la información según la Constitución peruana y la jurisprudencia interamericana. El tercer apartado aborda de manera conjunta la problemática del sesgo algorítmico y el control del poder tecnológico analizando los riesgos del efecto de caja negra frente a las facultades de explicabilidad y rendición de cuentas. Posteriormente, en la cuarta sección, se examina el estándar regional mediante la Sentencia T-067 de Colombia como modelo de éxito para el acceso al código fuente. El quinto apartado se centra en la factibilidad y los límites jurídicos en el Perú analizando la ponderación necesaria frente a la propiedad intelectual y la seguridad nacional. Finalmente, la sexta sección presenta las conclusiones que ratifican la necesidad de este derecho para asegurar que la tecnología esté al servicio de los derechos fundamentales y el control democrático.

2. CONCEPTOS CLAVE

2.1. El tratamiento del acceso a la información: referente interamericano

La transparencia algorítmica es una extensión del derecho de transparencia en general. En esa línea, el caso Claude Reyes vs. Chile grafica el acceso a la información como un derecho humano preexistente a nivel regional. Es decir, el principio de transparencia algorítmica en la Administración pública no constituye una prerrogativa jurídica emergente o aislada, sino una evolución directa y natural del derecho humano de acceso a la información.

Específicamente, el hito fundamental de esta doctrina se encuentra en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para el caso Claude Reyes y otros vs. Chile (2006): el primer fallo internacional en reconocer explícitamente que el derecho a recibir información en manos del Estado está protegido de forma convencional bajo el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Mediante el principio de máxima divulgación (*maximum disclosure*), la Corte IDH determinó que toda la información estatal se presume pública y que recae en el propio Estado la estricta carga de justificar y motivar de manera racional, proporcional y legal cualquier limitación o reserva.

El origen fáctico de dicho caso ilustra con precisión cómo la opacidad pública vulnera el control ciudadano: en 1998, un grupo de activistas ambientales solicitó al Comité de Inversiones Extranjeras de Chile datos sobre un megaproyecto de explotación forestal —el proyecto Cóndor— para evaluar su impacto ambiental y socioeconómico. El requerimiento

fue denegado por la autoridad alegando una supuesta reserva a terceros sin brindar fundamentación alguna. Al sancionar al Estado chileno por esta negativa arbitraria, la Corte IDH sentó un precedente definitivo: la Administración no puede escudarse en el secreto burocrático o el interés comercial corporativo para denegar información de alto impacto público. Trasladado este estándar al escenario tecnológico contemporáneo, se encuentra prohibido de forma tajante que las entidades públicas apelen a la complejidad técnica, la propiedad intelectual o el secreto comercial para ocultar el funcionamiento de los sistemas de IA empleados en la toma de decisiones.

2.2. Fundamentación nacional

En el ordenamiento jurídico peruano, la fundamentación nacional del derecho a la transparencia algorítmica se cimienta en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución política, el cual consagra que toda persona tiene la facultad de solicitar, sin expresión de causa, la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública en el plazo legal. Este derecho se constituye como un pilar fundamental del Estado democrático estableciendo un imperativo de transparencia que vincula a la Administración incluso cuando esta emplea herramientas de alta complejidad tecnológica.

Bajo este marco, se colige que la existencia de cajas negras tecnológicas en la gestión pública vulnera directamente el núcleo esencial de este derecho constitucional. Cuando el Estado peruano delega procesos críticos de forma automatizada —como la asignación de programas sociales, la evaluación de perfiles de riesgo o la fiscalización tributaria—, la ausencia de una debida motivación sobre el funcionamiento del código fuente o las variables ponderadas equivale jurídicamente a una denegación arbitraria de información. Por tanto, la opacidad algorítmica no puede ser amparada bajo criterios de modernización estatal, ya que la transparencia emerge como una dimensión obligatoria para garantizar la rendición de cuentas.

2.3. La transparencia algorítmica como dimensión digital

Bajo la premisa de que la transparencia algorítmica no constituye un derecho nuevo o inventado, su conceptualización se define como una extensión o evolución natural del derecho de acceso a la información hacia el entorno digital. Esta transición implica que el control ciudadano debe adaptarse a la realidad técnica actual, trasladando el foco del examen de expedientes y documentos físicos hacia la lógica de los sistemas y algoritmos que emiten decisiones con efectos jurídicos sobre los administrados. En este sentido, la transparencia se configura como una dimensión digital indispensable que permite el escrutinio de la Administración pública algorítmica y asegura que el mandato de apertura estatal se mantenga vigente frente a la automatización de la voluntad administrativa.

En esa medida, el acceso a la información algorítmica se constituye en un imperativo ético y jurídico que busca someter el poder tecnológico del Estado al escrutinio público y democrático. Al reconocer esta naturaleza evolutiva, se garantiza que el derecho de defensa y el principio de igualdad no queden anulados por la opacidad técnica. Asimismo, se busca que los ciudadanos no solo conozcan la existencia de un sistema, sino que comprendan los criterios que rigen las decisiones que afectan su autonomía personal.

3. PROBLEMÁTICA DEL SESGO Y EL CONTROL DEL PODER TECNOLÓGICO

3.1. El sesgo algorítmico como riesgo jurídico y social

La tecnología no es neutral y sí puede afectar los derechos fundamentales. En principio, los sistemas de IA no son objetivos, sino construcciones sociales que incorporan prejuicios humanos desde su diseño y entrenamiento. El sesgo algorítmico está referido a la situación en que un sistema automatizado —como la IA— produce resultados desfavorables para una persona o determinados grupos de personas estableciendo escenarios de segregación o discriminación. Es decir, el sistema adopta decisiones que perjudican a los individuos por razones de raza, género, etnia, edad, discapacidad, nivel socioeconómico, entre otros. Recordemos el caso de la empresa Amazon que deshabilitó su sistema de IA para contratación de personal, ya que la aplicación prefería contratar hombres antes que mujeres.

El sesgo se manifiesta como errores o diferencias de desempeño del sistema: por ejemplo, con falsos positivos o falsos negativos, esto es, cuando el sistema afirma "sí" cuando debió negar o separar algún dato, o cuando indica "no" cuando debió afirmar o incluir alguna información. Así, el sistema genera tratamientos diferenciados a partir de datos históricos con desigualdades incorporadas y reglas de decisión que expresan, directa o indirectamente, elecciones humanas.

El sesgo algorítmico es conocido también como discriminación algorítmica cuando las diferencias se traducen en una desigualdad jurídicamente relevante. En inglés, esta problemática es conocida como *machine bias*, pues vincula las exclusiones con decisiones automatizadas en temas sensibles como la justicia, el empleo o el crédito. Para la elaboración de *software* o aplicativos informáticos, suele identificarse un proceso básico: entradas, procesamiento y salidas. En este circuito, los estudios ubican diversas fuentes del sesgo como puntos críticos en los que se incorporan prejuicios o se reproducen desigualdades. Así, los sesgos se pueden presentar de la siguiente manera:

a) Sesgo en la especificación del problema. El programador —el ser humano— define categorías como mérito, riesgo, fraude o éxito. La forma de conceptualizarlas, operativizarlas y convertirlas en variables del sistema

puede perjudicar a ciertos grupos sociales. Por ejemplo, no considerar a personas rehabilitadas luego de cumplir su pena privativa de libertad por tales antecedentes.

b) Sesgo en los datos de entrenamiento. Conjuntos no representativos o cruzados por desigualdades históricas producen modelos que replican esas mismas desigualdades. Por ejemplo, si los datos presuponen que las personas con discapacidad rinden menos, el sistema puede reducir sus posibilidades en procesos automatizados de selección laboral.

c) Sesgo por selección de variables (*proxies*). Se alimenta al sistema con variables aparentemente neutrales que, en la práctica, se correlacionan con atributos protegidos. Por ejemplo, usar historial de consumo o lugar de vivienda como sustituto de etnia o clase social generan un trato desigual.

d) Sesgo por transferencia de contexto. El modelo se desarrolla para un entorno cultural y social determinado, pero se aplica en otro distinto en el que las costumbres son diferentes. Esto explica el riesgo de importar *software* construido para una realidad ajena y desplegarlo en el Perú. El sistema puede producir discriminaciones no intencionadas por un desajuste cultural, institucional o lingüístico, características que no fueron consideradas en su programación original adaptada a otra realidad.

e) Sesgos humanos incorporados y sesgos estadísticos. El sistema reflejará valores y sesgos de quienes codifican, programan y de quienes recolectan los datos; por ello, la selección del equipo técnico y la supervisión del ciclo de vida del sistema son determinantes. No obstante, pretender una neutralidad total es insuficiente; el punto crítico es diseñar mecanismos de control, auditorías, explicabilidad y correcciones. Los sistemas informáticos, sobre todo con uso de IA, deben ser auditados constantemente para lograr actualizaciones de mejora.

Desde una perspectiva de protección jurídica, el debate no se reduce a abrir el sistema en sentido absoluto (desagregar su código fuente). En materia de derecho de acceso a la información para lograr la explicabilidad del funcionamiento de la IA u otra aplicación informática, se ha sostenido que "el derecho a la información no implica que se deba abrir el *black box*" (Morales Cáceres, 2021, p. 66); más bien, el estándar exigible debe orientarse a que el titular pueda comprender por qué se tomó una decisión determinada y no otra, y conocer cómo oponerse a ella incluyendo la posibilidad de solicitar intervención humana (p. 66).

En este marco, la doctrina ha planteado instrumentos concretos para evitar que el sesgo se mantenga invisible. Se ha propuesto, por ejemplo, la implantación de estudios de

impacto algorítmico semejantes a los de impacto ambiental o de género, pues el impacto algorítmico puede coincidir con el de género y debería integrarse en él (Rivas Vallejo, 2021). Además, se advierte que, aunque la transparencia intervenga como criterio en el sector público, en el ámbito privado se presentan límites como la propiedad intelectual (derechos de autor), el secreto industrial o la lógica competitiva (confidencialidad de la información) (Rivas Vallejo, 2021).

Existen casos emblemáticos de sesgo algorítmico como el Computation Offender Management Profiling for Alternative Sanctions, un s*oftware* utilizado en los Estados Unidos para predecir la posibilidad de reincidencia de una persona que antes había sido sentenciada. El dictamen algorítmico se usaba en decisiones judiciales y de finanzas; sin embargo, se descubrió que el sistema etiquetaba erróneamente a personas de tez negra con el doble de probabilidad de reincidencia, mientras que las personas de tez blanca eran rotuladas con una menor reincidencia, aunque antes hubieran cometido delitos mucho más graves.

El estudio Gender Shades, de herramientas de reconocimiento facial, demostró cómo sistemas de empresas como IBM o Microsoft, al momento de reconocer a personas por su género y color de piel, presentaban altas tasas de error para los casos de mujeres con piel oscura, mientras que el error era mínimo en el reconocimiento facial de hombres blancos. En la misma línea, el sistema SyRI de los Países Bajos, empleado para detectar fraude en prestaciones sociales, fue invalidado judicialmente en el 2020 al comprobarse que perfilaba desproporcionadamente a residentes de barrios de bajos ingresos y de origen migrante.

Pero los casos de sesgos algorítmicos no son recientes. El caso Da Cunha contra Yahoo de Argentina y Google, del 2009, mostró cómo la configuración, programación o digitación humanas conllevan a incorporar determinadas categorías que relacionan indebidamente a las personas. Este caso reflejó cómo los motores de búsqueda utilizaban el sesgo en su dimensión asociativa (vinculación automatizada de nombres con ciertas categorías o contenidos). La demandante —modelo, cantante y actriz— reclamó el cese del uso no autorizado de su nombre e imagen con la correspondiente indemnización por daños y perjuicios a su imagen. Sostuvo que, al buscar su nombre en Yahoo y en Google, aparecían enlaces e imágenes vinculadas a contenidos sexualizados, eróticos o pornográficos sin su consentimiento y en contradicción con su trayectoria profesional.

La pericia informática solicitada por el juzgador explicó el funcionamiento de los buscadores. Se resaltó que los motores de búsqueda en internet comparan la palabra preguntada por el usuario con un archivo índice de datos procesados previamente para luego publicar los resultados de acuerdo con los criterios preestablecidos por mano humana en cada buscador (Juzgado Nacional en lo Civil, 2009). La pericia fue decisiva para demostrar que sí existía capacidad técnica de intervención por parte de los motores

de búsqueda demandados, pues sí era técnicamente factible evitar determinadas vinculaciones: "Es posible establecer filtros estáticos que no permitan indexar sitios" (Juzgado Nacional en lo Civil, 2009, p. 7) con contenidos pornográficos o "establecer otros que no permitan indexar imágenes de determinadas personas" (p. 7). La pericia también explicó el papel de los *metatags*: etiquetas invisibles para el visitante común que pueden ser usadas para atraer tráfico mediante palabras muy utilizadas, lo que incrementa la probabilidad de asociaciones engañosas (Juzgado Nacional en lo Civil, 2009). Desde la teoría del sesgo, este caso refuerza la tesis central: el buscador no crea el contenido, pero sí lo organiza, lo prioriza y lo asocia, produciendo efectos jurídicamente relevantes.

Otro caso judicial que muestra cómo la configuración de las aplicaciones conlleva a discriminaciones, prejuicios o sesgos es el caso de Costeja González contra Google Spain (Tribunal de Justicia de la Unión Europea [TJUE], 2014). Este promovió el control normativo sobre los efectos del algoritmo de búsqueda al reconocer que la indexación automatizada podía afectar derechos fundamentales. En este caso, Mario Costeja González presentó una reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) señalando que, al introducir su nombre en el buscador Google, aparecían enlaces a una publicación del diario *La Vanguardia* de 1998. La publicación trataba sobre un embargo por deudas a la Seguridad Social que ya había sido resuelto hacía muchos años. Costeja González solicitó que el periódico eliminara o modificara la publicación y que Google suprimiera los enlaces de su índice de resultados relacionados a tal información, ya que carecía de relevancia actual.

La AEPD rechazó la solicitud contra el periódico al considerar que la publicación era legal, pero la admitió con relación a Google. Consideró que el motor de búsqueda sí realizaba un tratamiento de datos personales, lo que fue confirmado por el TJUE, el cual estableció que la actividad consistente en rastrear información publicada por terceros, indexarla automáticamente, almacenarla temporalmente y ponerla a disposición de los usuarios según un determinado orden de preferencia sí constituía un tratamiento de datos personales. Es decir, el buscador se convierte en un agente que organiza, jerarquiza y presenta la información según criterios algorítmicos propios dependientes de la programación con la cual ha sido elaborado.

Al respecto, el TJUE permite al demandante ejercer su derecho a solicitar la eliminación de enlaces cuando la información resulte inadecuada, no pertinente o excesiva, sobre todo si ha transcurrido un periodo de tiempo prudencial y no existe un interés público que justifique mantenerla en línea. Esta disposición ha sido conocida como el derecho al olvido. Cabe destacar respecto a este caso que el Tribunal reconoció que la indexación por nombre propio permite construir una visión estructurada del individuo, lo que puede ampliar determinados hechos pasados y afectar desproporcionadamente la vida privada del sujeto. Es decir, se comprueba que el algoritmo de búsqueda determina

qué información aparece, en qué orden y con qué grado de visibilidad, de modo que sí genera un impacto cualitativamente distinto al de la publicación original.

Todos los casos revisados refuerzan la necesidad de incluir el derecho a la transparencia algorítmica como medida de control, auditorías y explicabilidad del funcionamiento de cada algoritmo, *software* o aplicación que conlleve a una decisión o a efectos sobre la persona.

3.2. La opacidad de la caja negra y el poder tecnológico

La opacidad y la transparencia son elementos fuertemente relacionados. La opacidad algorítmica se refiere a la falta de elementos suficientes para conocer cómo operan los algoritmos o cómo llegan a sus resultados (Garrido et al., 2021). La opacidad podría basarse, en principio, en la intención de quienes desarrollan o implementan el algoritmo (Mittelstadt et al., 2016), pero también podría estar basada en un limitado conocimiento de los receptores de la información, puesto que es una labor de especialistas y no siempre incluyen la experiencia del receptor o usuario. Además, la opacidad podría deberse a situaciones propias del lenguaje matemático en el que se basan y desarrollan los algoritmos.

Se relaciona también con la idea de opacidad el término *caja negra* (*black box*), entendida como la dificultad o imposibilidad de explicar cómo el sistema llega a un resultado. Si un programa de IA arriba a un resultado sin ninguna explicación, ello conduce a la pregunta: ¿cómo justificar decisiones que ni siquiera sus propios desarrolladores pueden reconstruir plenamente? Como señala Morales Cáceres, "a esto se le denomina *black box* o 'caja negra'" (2021, p. 66). La opacidad o secretismo de los algoritmos dificulta conocer los criterios que han sido utilizados para arribar a decisiones automatizadas, lo que puede afectar el derecho de defensa, el principio de igualdad y no discriminación, el derecho a ser juzgado por seres humanos y dañar la legitimidad estatal.

Más adelante, veremos un caso emblemático colombiano que proyecta jurisprudencia y elementos que fortalecen la justificación de la necesidad de control del poder tecnológico. Ello mediante el reconocimiento expreso del derecho a la transparencia algorítmica y la precisión de que la complejidad técnica de los algoritmos no puede justificar su opacidad ni limitar el control ciudadano como parte del derecho de acceso a la información pública (Corte Constitucional de Colombia, 2025).

En esa línea lógica, se hace necesario plantear la noción de poder tecnológico. Esta noción define la capacidad del Estado para ejercer autoridad mediante el *software*; más aún, ejercer autoridad, clasificar y decidir sobre los ciudadanos mediante algoritmos opacos que eluden los controles democráticos tradicionales. Esta idea está adherida a la propia noción de poder del Estado, el cual tiene instrumentos que le sostienen como la carta magna

donde se plasman los derechos y deberes de los ciudadanos. Así, el poder tecnológico está encarnado en el propio poder del Estado. En ese sentido, Weber (1922/2014) señala que el Estado concentra el mayor poder dentro de la sociedad, condición necesaria para que pueda existir el orden social. La sociedad le cede ese poder al Estado para que actúe como la última muralla contra el caos. Sin embargo, ese poder solo es legítimo si descansa en una justificación ética derivada del pacto social (Rousseau, 1762/2017). En consecuencia, el Estado solo puede ejercer legítimamente ese poder cuando lo orienta a proteger la libertad de todos y busca el bien común del que él mismo forma parte.

En esa línea, es enteramente aceptable que el poder del Estado implique el poder tecnológico por el cual el mismo Estado implanta acciones basadas en lenguaje de IA y algoritmos. Ello no desvirtúa los deberes y principios del poder del Estado, sino que los ordena o justifica. Por tanto, el poder tecnológico le compete al Estado y este no puede escapar de los principios de ese poder, el cual debe saber administrar a favor de los ciudadanos, lo cual incluye la transparencia algorítmica.

3.3. Las dimensiones de la transparencia como mecanismos de control

La transparencia no es un fin en sí mismo, sino una importante herramienta para mitigar los riesgos antes expuestos: "abrir el código" y lograr que el ciudadano comprenda el porqué de una decisión. La transparencia implica dos facultades para controlar el poder. En primer lugar, el acceso, que se evidencia en conocer la existencia de la IA y los datos utilizados. En segundo lugar, la explicabilidad, que busca que el ciudadano comprenda el porqué de una decisión; es decir, no solo que acceda a la información sino, centralmente, que esta información sea clara.

Es así como la transparencia algorítmica no se limita a la publicación del código fuente, sino que implica la posibilidad de comprender el funcionamiento del sistema y los criterios utilizados en la toma de decisiones (Delva Benavides & Mendez Gonzalez, 2025). Ello resulta esencial ya que muchos sistemas de IA operan como cajas negras, lo que dificulta su comprensión por parte de los ciudadanos. En ese sentido, el derecho a la transparencia algorítmica se define como la facultad de los individuos de acceder a la información sobre el funcionamiento, la lógica, los criterios y los efectos de los sistemas automatizados que inciden en sus derechos, información que debe brindarse de manera accesible y comprensible (Abad Alcalá, 2026).

Por tanto, la transparencia algorítmica constituye la divulgación de información suficiente sobre los sistemas informáticos para facilitar su supervisión, evaluación e, incluso, eventual impugnación; sobre todo si afectan derechos fundamentales (Pauner Chulvi, 2023). Ello resulta particularmente relevante en la medida en que las personas pueden ser evaluadas, clasificadas o incluso sancionadas mediante sistemas automatizados sin que se conozcan los criterios utilizados para adoptar dichas

decisiones. Como advierte la doctrina, no es posible garantizar la legitimidad de las decisiones automatizadas ni el respeto de los derechos fundamentales sin que estas sean sometidas al escrutinio público y democrático (Concha Camacho, 2024). En otras palabras, sin que sean sometidos a procesos de transparencia.

Desde el punto de vista jurídico, el derecho a la transparencia algorítmica se constituye en una extensión del derecho de acceso a la información pública. Este es considerado uno de los pilares del Estado democrático y se ha hecho evidente en el nuevo contexto en el que el uso de la IA es constante. El derecho a la transparencia permite a los ciudadanos conocer cómo el Estado adopta decisiones automatizadas que afectan sus derechos (Bonnet Parejo, 2025) y, además, garantiza la autonomía personal y el control democrático del poder tecnológico (Concha Camacho, 2024).

Es por ello que se sostiene que la transparencia algorítmica constituye una garantía frente al ejercicio arbitrario del poder estatal, pues permite el control jurídico de las decisiones automatizadas. Ello incluye el acceso a sus criterios de funcionamiento, su lógica y programación y, con ello, al código fuente, de modo que los ciudadanos pueden auditar los algoritmos y verificar que no contengan sesgos o discriminaciones indebidas (Bonnet Parejo, 2025). Así visto, la transparencia algorítmica es más que un principio técnico: se constituye en un estándar jurídico que limita el poder tecnológico del Estado y de las grandes plataformas digitales. La doctrina señala que la transparencia algorítmica se instaura como un mecanismo fundamental de rendición de cuentas al permitir controlar las decisiones automatizadas y garantizar el respeto de los derechos fundamentales (Abad Alcalá, 2026). Con ello, se asegura que las decisiones automatizadas sean comprensibles, explicables y controlables por la ciudadanía.

La doctrina ha identificado diversas dimensiones del derecho a la transparencia algorítmica. Por ejemplo, comprende el derecho de acceso a la información algorítmica, que implica el derecho a conocer la existencia del algoritmo, su finalidad, los datos utilizados y los criterios de decisión aplicados (Bonnet Parejo, 2025); ello porque es importante conocer qué parte del proceso incluye aplicaciones informáticas, uso de IA, procesamiento digital y tecnología en general. De otro lado, la transparencia algorítmica comprende el derecho al control y a la rendición de cuentas, ya que ayuda a evaluar si las decisiones automatizadas respetan los derechos fundamentales. Actualmente, se aplica en la Administración pública ayudando a los administrados a controlar los algoritmos usados por el Estado. Destacamos los casos emblemáticos expuestos anteriormente que demuestran que los algoritmos pueden afectar derechos como el acceso al empleo, los beneficios sociales o la libertad personal, por lo que resulta indispensable garantizar su control jurídico (Abad Alcalá, 2026).

Un caso destacable sobre derecho al control y rendición de cuentas lo configura el caso Bosco de España. En este, un grupo de ciudadanos denunciaron sesgos en Bosco,

un *software* utilizado por la Administración estatal española para otorgar un bono social eléctrico. La denuncia ocurrió tras detectar constantes denegaciones injustificadas en el otorgamiento del bono. El Gobierno se negó a otorgar el código fuente del *software* bajo los sustentos de que este era protegido por la propiedad intelectual, además de no poder otorgarse por cuestiones de seguridad nacional. Sin embargo, el Tribunal Supremo reconoció el derecho ciudadano a acceder al algoritmo utilizado por la Administración pública destacando que no pueden existir cajas negras en el ámbito tecnológico cuando estas herramientas son utilizadas para la toma de decisiones automatizadas. Ello, en consideración del principio de transparencia algorítmica (Bonnet Parejo, 2025).

Este derecho se aplica, asimismo, en el ámbito de las plataformas digitales, las cuales utilizan algoritmos para seleccionar contenidos, dirigir publicidad y organizar la información. Como se ha revisado, los algoritmos pueden afectar derechos fundamentales como la libertad de expresión y la privacidad, lo que hace necesaria su transparencia (Pauner Chulvi, 2023). Sin embargo, el derecho a la transparencia algorítmica presenta también conflictos con otros derechos, sobre todo, con la protección de datos personales y los secretos comerciales, ya que las empresas suelen negarse a revelar sus algoritmos alegando protección de su propiedad intelectual. Con actitudes como esa, se enfrentan al deber de transparencia y la protección de intereses económicos (Delva Benavides & Mendez Gonzalez, 2025).

4. LA SENTENCIA T-067 DE COLOMBIA COMO REFERENTE REGIONAL SOBRE EL DERECHO A LA TRANSPARENCIA ALGORÍTMICA

Colombia ofrece una de las experiencias más relevantes para otros países: su Corte Constitucional ordenó la entrega del código fuente de una aplicación estatal al considerarlo un protocolo digital de actuación administrativa. La Corte Constitucional de Colombia ha sido pionera en reconocer el derecho a la transparencia algorítmica en su Sentencia T-067 del 2025 (Exp. T-8.202.533). En esta, declaró fundada una acción de tutela (símil de la acción de amparo en el Perú) interpuesta por el ciudadano Juan Carlos Upegui Mejía, quien consideró vulnerado su derecho de acceso a la información pública. La Corte Constitucional ordenó la entrega del código fuente de la aplicación estatal CoronaApp, la que posteriormente fue trasladada a otra entidad y funcionó bajo el nuevo nombre de Mi Salud Digital. La Corte sostuvo que el acceso al código fuente sí constituía una manifestación del derecho fundamental de acceso a la información pública en su vertiente de transparencia algorítmica por parte de la Administración estatal (Corte Constitucional de Colombia, 2025).

El 6 de agosto del 2020, el demandante presentó una petición ante la Agencia Nacional Digital en la que solicitaba copia del código fuente del aplicativo CoronaApp, incluyendo sus versiones y registros históricos. CoronaApp fue el aplicativo elaborado por el Gobierno

colombiano para medir las estadísticas e impacto del coranavirus durante la pandemia por COVID-19. Para ello, utilizó información ciudadana con especial énfasis en datos médicos. Upegui Mejía sostuvo que el código fuente[1] constituía información pública relacionada con una herramienta estatal usada como instrumento de política pública durante la pandemia de COVID-19, ya que había sido elaborado con recursos públicos. Destacó que el código fuente no contenía datos personales, ya que solo se trataba de instrucciones de programación, las cuales se equiparan a un protocolo digital de actuación administrativa que indica cómo va a funcionar y procesar la información el aplicativo. Añadió que su pedido permitiría el control ciudadano sobre una herramienta estatal que procesaba datos personales de millones de ciudadanos colombianos. Toda esta fundamentación se basó en la Ley 1712 del 2014, norma relacionada al derecho de acceso a la información pública en Colombia.

La Agencia Nacional Digital negó el pedido sustentando que el acceso al código fuente pondría en riesgo la privacidad y la seguridad de los datos personales de los ciudadanos, ya que posibilitaría ataques informáticos, clonación de la aplicación y otras formas de explotación de posibles vulnerabilidades del sistema. Añadió en su argumento que el *software* se encontraba aún en fase de desarrollo y que el código fuente estaba protegido por los derechos de autor, cuyo titular era el Instituto Nacional de Salud. Al ser consultado el Ministerio de Salud para la entrega del código fuente, este sostuvo que no podría entregarlo ya que este constituía un activo crítico desde la perspectiva de la seguridad de la información y que su difusión comprometería la integridad de la plataforma y la protección de los datos personales.

Considerando estos argumentos, las instancias judiciales negaron la acción de tutela, pues admitieron como razonable mantener el código fuente en reserva para proteger la seguridad de la información, la seguridad pública, los derechos de autor y evitar la afectación del derecho a la intimidad de los usuarios. Las decisiones se basaron en las excepciones al derecho de acceso a la información previstas en la Ley 1712 del 2014. No obstante, el demandante insistió en sus argumentos y añadió que, si hubiese datos personales, podría hacerse una divulgación parcial del código fuente entregando la información que no tuviera relación con tales datos. También sustentó que las autoridades no habrían aplicado el test de daño exigido por la Ley 1712, examen que permite demostrar que la difusión de la información sí causaría un daño presente, probable y específico.

La Corte concluyó que las entidades demandadas solo se habían limitado a invocar riesgos genéricos sin demostrar la existencia de un daño concreto: "Las autoridades accionadas no demostraron de manera específica, clara y suficiente el daño que podría

1 Un código fuente se entiende como el conjunto de comandos e instrucciones que los programadores informáticos utilizan, mediante lenguaje de programación, para el funcionamiento de un *software*, aplicación informática o sitio web.

derivarse de la divulgación del código fuente, ni explicaron por qué dicho daño superaría el interés público en conocer esta información" (Corte Constitucional de Colombia, 2025, párr. 112). Asimismo, la Corte determinó que la protección de los derechos de autor no constituye por sí misma una causal suficiente para negar el acceso a información pública: "El hecho de que el código fuente esté protegido por derechos de autor no implica que se trate de información reservada, ni excluye la aplicación del derecho fundamental de acceso a la información pública" (párr. 118).

Uno de los aportes más importantes de la sentencia es el reconocimiento expreso del derecho a la transparencia algorítmica, al cual la Corte definió como "el conjunto de obligaciones estatales encaminadas a garantizar que la ciudadanía pueda conocer, comprender y auditar los sistemas algorítmicos utilizados por el Estado" (Corte Constitucional de Colombia, 2025, párr. 124). Asimismo, señaló que la complejidad técnica de los algoritmos no puede justificar su opacidad, pues "la complejidad técnica de los algoritmos no puede convertirse en una barrera para el control ciudadano ni en un obstáculo para el ejercicio del derecho fundamental de acceso a la información pública" (párr. 126).

Para la Corte, "la transparencia algorítmica es un componente esencial del principio democrático y de la rendición de cuentas en el Estado constitucional" (Corte Constitucional de Colombia, 2025, párr. 129). Por tanto, se revocaron las decisiones judiciales previas y se ordenó entregar el código fuente al demandante. También se ordenó al Estado colombiano adoptar medidas para fortalecer la transparencia algorítmica señalando que "las entidades públicas deben implementar mecanismos que garanticen la transparencia de los sistemas algorítmicos utilizados en la toma de decisiones públicas" (párr. 133).

5. FACTIBILIDAD Y LÍMITES JURÍDICOS DE LA TRANSPARENCIA ALGORÍTMICA EN EL PERÚ

En el Perú, las principales excepciones para la transparencia algorítmica están vinculadas con la seguridad y la protección de datos personales. En ese sentido, el Decreto Supremo 106-2017-PCM restringe la transparencia en casos de seguridad nacional extrema debidamente motivados; asimismo, el Decreto Legislativo 822, que regula el derecho de autor, y la Ley 29733, que establece el régimen de protección de datos personales. Debe incorporarse mecanismos de supervisión para un mejor control de las aplicaciones informáticas. En ese sentido, se requiere la implementación de auditorías y de una supervisión constante, como en el caso de procesos de revisión periódica, para poder asegurar que los algoritmos sigan siendo justos y no discriminatorios.

Si bien el reto pasa por actualizar todas esas normatividades a una sociedad que respete la inclusión, es necesario tener en cuenta ciertas pautas para decidir la entrega o

no de los códigos fuente como base de la transparencia algorítmica. Así, se debe evaluar lo siguiente:

a) El código fuente es distinto a los datos personales y no debe tener relación con los mismos

Al tratarse de instrucciones de programación que determinan cómo funcionará el sistema informático, el código fuente no incluye datos personales. Podría ocurrir que —al momento de hacer pruebas sobre cómo funciona el aplicativo en su fase de recolección de datos, interoperabilidad con base de datos personales o fase de procesamiento de tales datos— se utilicen datos personales; sin embargo, para ello, se recomienda usar datos ficticios o anonimizar los datos usados. Luego de las pruebas, tal información debe ser borrada o criptografiada para asegurar su no acceso. Así, el código fuente a entregar solo incluirá las reglas del proceso y ningún dato personal.

De otro lado, si la elaboración del *software* incluye la interoperabilidad con alguna base de datos que contenga datos personales, debemos precisar que son dos aplicaciones distintas; uno es el sistema informático principal, seguido de la aplicación secundaria, que es la base de datos. Ambas se interconectan para que el sistema principal obtenga datos de la aplicación secundaria, pero el *software* complementario tiene su propio código fuente, distinto al código fuente del sistema principal. El código fuente del primer sistema tendrá como parte de sus instrucciones el conectarse a la base de datos y las indicaciones de qué hacer luego de obtener o no la información esperada. En todo caso, los datos personales obtenidos no son parte del código fuente, sino del banco de datos o almacén de datos del *software* principal.

b) La protección del código fuente por los derechos de autor vs. la transparencia algorítmica

Todo programa de ordenador, *software*, aplicativo informático o base de datos informática está protegida por derechos de autor. De acuerdo con la ley peruana sobre el derecho de autor, Decreto Legislativo 822, los programas de ordenador y bases de datos están protegidas por el derecho de autor y son inscribibles ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). El registro es declarativo, pero inscribir los programas informáticos ayuda a dar mayor protección jurídica. Para el registro, se presenta la obra en sí, más el código fuente, el manual de usuario y demás documentación que acredite el funcionamiento del *software*. La ley de derecho de autor precisa que las bases de datos también son inscribibles considerando su estructura, pero no los datos que alberga.

En el caso de la Administración pública que encarga el desarrollo de un sistema informático, el contrato debe establecer claramente que el titular de los derechos patrimoniales del autor es la entidad que encargó el desarrollo, por lo que podrá hacer entrega del código fuente. En otros casos, el *software* es elaborado por el personal de la Oficina de Tecnologías de la Información de la institución, por lo que la Administración pública bien puede entregar el código fuente.

Si el programa informático contiene *software* propietario en su desarrollo, es decir, aquel que es pagado, entonces deberá evaluarse que no podrá entregarse un código fuente de un *software* cuya autoría ni cesión es estatal. No obstante, en algunos casos, la Administración pública desarrolla sus aplicaciones informáticas utilizando *software* libre, aquel que, más allá de no solicitar un pago por su uso, permite el empleo libre del código fuente, el cual es conocido y está en abierta disposición. Tal información sí puede ser entregada como parte del código fuente del aplicativo informático estatal.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la elaboración de las aplicaciones informáticas de las entidades del Estado se realiza utilizando presupuesto público tanto en el pago de la contratación de los desarrolladores como en la contratación del propio personal informático, la adquisición de *software* propietario, uso de *software* libre, uso de nubes para el desarrollo informático, entre otros. Por tanto, todo sistema informático está sometido a las normas de acceso a la información pública y a la transparencia algorítmica, de modo que los derechos de autor ceden ante la necesidad de transparencia pública.

c) La culminación o no de un *software* vs. la transparencia algorítmica

Uno de los sustentos para negar el otorgamiento del código fuente en la sentencia colombiana apuntó a que el aplicativo informático se encontraba en desarrollo y, por tanto, al no estar culminado, no podía entregarse el código fuente. Ante ello, debe entenderse qué significa una aplicación en desarrollo, término que puede aplicarse cuando el *software* o sistema informático está siendo elaborado, es decir, el código fuente está aún en construcción. Cuando se culmina la aplicación, esta ingresa a una fase de prueba o marcha blanca que permite evaluar su funcionamiento (por ejemplo, si cumple el objetivo, si se detectan fallas, etcétera). Superada la fase de marcha blanca, se pone el aplicativo en producción, lo que significa que está culminado para la operatividad.

Por supuesto que un sistema informático requiere mejoras y actualizaciones de acuerdo con los casos que se vayan encontrando, las modificaciones legales que se aprueben o las actualizaciones informáticas que aparezcan posteriormente. Ningún elemento tecnológico deja de modernizarse, pues

las características de la sociedad digital son justamente el dinamismo, la mejora continua y la búsqueda de la mayor funcionalidad y comodidad para los usuarios. Por tanto, si una aplicación informática es lanzada y utilizada públicamente, se le considera culminada, por lo que el código fuente puede ser entregado.

d) La seguridad o constitución de activo crítico como protector del código fuente

El código fuente debe ser evaluado de acuerdo con las características y uso de las aplicaciones informáticas. No es lo mismo una aplicación que genera estadísticas poblacionales que una aplicación que ayuda a conocer el buen funcionamiento de las estaciones base y antenas de telecomunicaciones. La primera ayuda a la academia y a la toma de decisiones para políticas públicas; la segunda contribuye a mantener al país comunicado monitoreando y evitando problemáticas o posibles ataques que afecten el funcionamiento, así como una actuación para su rápida reposición.

Esto significa que la entrega del código fuente debe evaluarse bajo un contexto de seguridad ciudadana de apoyo a la confidencialidad de la información o secreto de Estado. Actualmente, el Perú cuenta con el Decreto Supremo 106-2017-PCM, norma que aprueba el Reglamento para la identificación, evaluación y gestión de riesgos de los activos críticos nacionales (ACN), en cuyo fundamento se señala lo siguiente:

> Que, los activos críticos nacionales (ACN) son aquellos recursos, infraestructuras y sistemas que son esenciales e imprescindibles para mantener y desarrollar las capacidades nacionales;
>
> Que, la afectación, perturbación o destrucción de los ACN no permite soluciones alternativas inmediatas, generando grave perjuicio a la nación. Por dicha razón, es necesario establecer, mediante normativa especial, los criterios que deben observar, a nivel nacional, los sectores responsables, las entidades públicas y las empresas privadas, para gestionar la protección y seguridad de los ACN.

Será importante evaluar si la entidad pública se ha constituido como ACN, ya que ello podría ser causal para postergar o limitar la entrega del código fuente y, por tanto, limitar el derecho a la transparencia algorítmica. Por ello, también es vital que los programadores informáticos cuiden, en la elaboración de las aplicaciones, la seguridad de la información y cualquier tipo de riesgo posible a un ataque informático. En ese sentido, el *software* debe estar muy bien elaborado, no solo desde el punto de vista de la funcionalidad, sino también desde la mirada de la seguridad.

e) La debida motivación es base ante la negativa de la transparencia algorítmica

Finalmente, el deber de motivación, principio básico del derecho administrativo y del derecho procesal, es vital, sobre todo ante la denegación del derecho a la transparencia algorítmica. La ciudadanía debe comprender los motivos y fundamentos por los cuales no puede acceder a un algoritmo o código fuente, y tales sustentos deben implicar un análisis de riesgos, de proporcionalidad de derechos y de posibles daños utilizando un lenguaje comprensible.

Asimismo, será pertinente motivar debidamente la procedencia de los pedidos de transparencia algorítmica no solo por principio, sino también para lograr un mayor y sustentado desarrollo de este nuevo derecho.

6. CONCLUSIONES: HACIA UNA JUSTICIA ALGORÍTMICA EN EL PERÚ

Se concluye que la transparencia algorítmica no constituye un derecho emergente o aislado, sino que es la evolución natural y una dimensión digital indispensable del derecho fundamental de acceso a la información pública, consagrado en el artículo 2, inciso 5, de la Constitución política del Perú. Esta interpretación permite que el control ciudadano se desplace del examen de expedientes físicos hacia la auditoría de la lógica y los criterios de los sistemas que rigen la Administración pública algorítmica.

La incorporación de este derecho es el instrumento jurídico primordial para mitigar los sesgos algorítmicos (de especificación, datos, *proxies* o transferencia de contexto) que pueden derivar en discriminación algorítmica. Al garantizar las facultades de acceso, explicabilidad y rendición de cuentas, el Estado peruano asegura que las decisiones automatizadas no repliquen desigualdades históricas y permite que la tecnología esté al servicio de la autonomía personal y no del ejercicio arbitrario del poder tecnológico.

El análisis demuestra que la protección de la propiedad intelectual (Decreto Legislativo 822) no es una causal absoluta para el secretismo estatal. Dado que el *software* público se desarrolla con presupuesto estatal, los derechos de autor deben ceder ante el mandato de transparencia pudiendo el Estado entregar el código fuente (entendido como un protocolo digital de actuación administrativa) sin afectar intereses comerciales privados.

Respecto de la seguridad nacional y los ACN (Decreto Supremo 106-2017-PCM), se establece que estos límites deben aplicarse bajo un test de daño estricto. El Estado no puede invocar riesgos genéricos para negar información: cualquier reserva debe estar debidamente motivada —demostrando un daño presente, específico y probable— y debe permitir, en última instancia, el uso de técnicas como la anonimización o datos ficticios para garantizar la fiscalización sin comprometer la infraestructura.

Finalmente, la transparencia algorítmica en el Perú exige pasar de una fiscalización reactiva a una supervisión proactiva y constante. Esto implica implementar auditorías periódicas y estudios de impacto algorítmico que aseguren la explicabilidad jurídica (entender el porqué de la decisión) por encima del simple acceso técnico. Con ello se debe garantizar el derecho de los ciudadanos a solicitar la intervención humana ante resultados automatizados injustos.

REFERENCIAS

Abad Alcalá, L. (2026). Transparencia algorítmica: enfoques y desafíos para el Estado democrático. *Revista Española de la Transparencia,* (23), 91-138. https://doi.org/10.51915/ret.443

Bonnet Parejo, M. (2025). El principio de transparencia algorítmica en el derecho público español. *Revista Canaria de Administración Pública*, (6), 263-281. https://doi.org/10.36151/RCAP.6.9

Concha Camacho, W. (2024). El derecho a la transparencia algorítmica como estándar ético en una democracia liberal. *Revista Jurídica Austral, 5*(1), 529-550. https://doi.org/10.26422/RJA.2024.0501.con

Constitución Política del Perú. Art. 2. 29 de diciembre de 1993 (Perú).

Corte Constitucional de Colombia. (2025). Sentencia T-067 de 2025 (Exp. T-8.202.533). 26 de febrero del 2025. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2025/T-067-25.htm

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. 19 de septiembre del 2006. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf

Decreto Legislativo 822 del 2025. Ley sobre el Derecho de Autor. Actualizada al 8 de julio del 2025. Diario Oficial El Peruano. https://diariooficial.elperuano.pe/Normas/obtenerDocumento?idNorma=120026

Decreto Supremo 106-2017-PCM. Por medio del cual se aprueba el Reglamento para la Identificación, Evaluación y Gestión de Riesgos de los Activos Críticos Nacionales (ACN). 10 de noviembre del 2017. Diario Oficial El Peruano. https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/1585361-1

Delva Benavides, J. E., & Mendez Gonzalez, V. V. (2025). Algoritmos opacos y privacidad diferencial: ¿puede haber transparencia sin comprometer la protección? *FORSETI, 14*(22), 227-245. https://doi.org/10.21678/forseti.v14i22.2834

Garrido, R., Lapostol, P., & Hermosilla, M. P. (2021). Transparencia algorítmica en el sector público. *Consejo para la Transparencia y GobLab Universidad Adolfo Ibáñez*. https://www.consejotransparencia.cl/wp-content/uploads/estudios/2021/10/

ESTUDIO-TRANSPARENCIA-ALGORITMICA-EN-EL-SECTOR-PUBLICO-GOBLAB-cambio-tablas-1.pdf

Juzgado Nacional en lo Civil 75. (2009). Pericia informática en el proceso Da Cunha, Virginia c. Yahoo de Argentina S.R.L. y Google Inc. 29 de julio del 2009. https://www.csjn.gov.ar/archivo-cij/lib/pdfjs/web/viewer.html?file=%2Farchivo-cij%2Fadj%2Fpdfs%2FADJ-0.337882001248981920.pdf&v=2

Ley 1712 del 2014. Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones. 6 de marzo del 2014. Diario Oficial No. 49.084. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1712_2014.html

Ley 29733 del 2011. Ley de Protección de Datos Personales. 3 de julio del 2011. Diario Oficial El Peruano. https://www.gob.pe/institucion/congreso-de-la-republica/normas-legales/243470-29733

Mittelstadt, B. D., Allo, P., Taddeo, M., Wachter, S., & Floridi, L. (2016). The ethics of algorithms: Mapping the debate. *Big Data & Society, 3*(2), 1-21. https://www.researchgate.net/publication/309322060_The_ethics_of_algorithms_Mapping_the_debate

Morales Cáceres, A. M. (2021). El impacto de la inteligencia artificial en el derecho. *Advocatus*, (39), 39-71. https://doi.org/10.26439/advocatus2021.n39.5117

Pauner Chulvi, C. (2023). Transparencia algorítmica en los medios de comunicación y las plataformas digitales. *Revista Española de la Transparencia*, (17), 107-136. https://doi.org/10.51915/ret.308

Rivas Vallejo, P. (2021). Discriminación algorítmica: detección, prevención y tutela. *XXXI Jornades Catalanes de Dret Social (Treball, discriminación i COVID)*. https://www.researchgate.net/publication/354860623_Discriminacion_algoritmica_deteccion_prevencion_y_tutela

Rousseau, J. J. (2017). *El contrato social*. Penguin. (Obra original publicada en 1762)

Simon, J., Wong, P. H., & Rieder, G. (2022). El sesgo algorítmico y el enfoque del diseño sensible al valor. *Revista Latinoamericana de Economía y Sociedad Digital,* (1), 1-18. https://revistalatam.digital/article/22tr02/?pdf=3400

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2014). Google Spain SL y Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González (Asunto C-131/12). 13 de mayo del 2014. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62012CJ0131

Weber, M. (2014). *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva.* Fondo de Cultura Económica. (Obra original publicada en 1922)

La naturaleza cooperativa del proceso competitivo. Reflexiones críticas sobre el populismo *antitrust* para el contexto latinoamericano

Gustavo Rodríguez García*
Universidad de Lima, Perú

Recibido: 29 de enero del 2026 / Aceptado: 4 de mayo del 2026
doi: https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2026.n061.8316

RESUMEN. Aunque la noción de competencia evoque espontáneamente la idea de pugna, lo cierto es que, en el derecho de la competencia, el concepto tiene un contenido cooperativo trascendental. Comprender el contenido cooperativo del proceso competitivo permite una apreciación del derecho de la competencia alejada de las hostilidades que frecuentemente se aprecian en el discurso político. En el presente artículo, el autor explora la esencia cooperativa de la competencia en el mercado, cuya comprensión resulta tan necesaria para evitar regulaciones que reduzcan el servicio social que los agentes económicos ofrecen en él. El denominado populismo *antitrust* enfatiza demasiado en los resultados ideales, pero desconoce el papel del descubrimiento competitivo. El estudio advierte que el denominado populismo *antitrust* pretende resurgir metas amorfas que ignoran las eficiencias de escala y la dinámica de los mercados modernos. Finalmente, se concluye que las legislaciones de América Latina deben resistir las tentaciones populistas y enfocarse en reglas claras y modestas que salvaguarden el proceso cooperativo con los recursos institucionales disponibles. En suma, se plantea que la competencia vista como rivalidad explica, de algún modo, los malos entendidos que abren espacio a las tentaciones populistas tan presentes en el contexto latinoamericano.

PALABRAS CLAVE: competencia / cooperación / mercado / bienestar / regulación

* Magíster por la Universidad Austral. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. *Summer scholar* por The Coase-Sandor Institute for Law & Economics de la Escuela de Leyes de la Universidad de Chicago. Estudios en Behavioral Insights & Public Policy por la Escuela Kennedy de Harvard University, en Economía Conductual por la Escuela de Negocios Booth de la Universidad de Chicago, en Capitalismo Sostenible por Berkeley Executive Education y en Media Policy en el Annenberg-Oxford Summer Institute desarrollado en la Universidad de Oxford. Profesor en la Universidad de Lima.

THE COOPERATIVE NATURE OF THE COMPETITIVE PROCESS. CRITICAL REFLECTIONS ON HIPSTER ANTITRUST FOR THE LATIN AMERICAN CONTEXT

ABSTRACT. Although the notion of competition spontaneously evokes the idea of struggle, the truth is that, in competition law, the concept has a transcendental cooperative content. Understanding the cooperative nature of the competitive process allows for an appreciation of antitrust law that is far removed from the hostilities frequently observed in political discourse. In this article, the author explores the cooperative essence of market competition, the understanding of which is essential to avoid regulations that reduce the social service offered by economic agents in the market. The so-called "hipster antitrust" movement places too much emphasis on ideal results, ignoring the role of competitive discovery. The study warns that the so-called "hipster antitrust" seeks to revive amorphous goals that ignore economies of scale and the dynamics of modern markets. Finally, it concludes that legislations in Latin America must resist populist temptations and focus on clear, modest rules that safeguard the cooperative process within the limits of available institutional resources. In short, it is argued that competition seen as rivalry somehow explains the misunderstandings that open the door to populist temptations so prevalent in the Latin American context.

KEYWORDS: competition / cooperation / market / welfare / regulation

1. INTRODUCCION

El fallecido profesor Gary Becker, en una presentación realizada en el año 2000 en Argentina, reflexionó sobre la importancia de la competencia en los mercados, incluso cuando se trata de áreas tradicionalmente no estudiadas en términos económicos como la religión, la moneda o la cultura. En su reflexión, planteaba que, en los mercados competitivos, se verifica una carrera hacia arriba, dado que solo se requiere de algunos consumidores informados para que todos se vean beneficiados. Este proceso, denominado arbitraje, opera de ese modo en tanto los competidores pugnan por vender sus productos a los informados sin poder determinar claramente quiénes son los que cuentan con información adecuada. Esta presentación luego fue publicada con el sugerente título: "La naturaleza de la competencia" (Becker, 2000).

Este aporte resulta ineludible para comprender la trascendencia del proceso competitivo en un sistema dinámico preocupado por el bienestar de las personas. Sin embargo, teniendo en cuenta que la competencia impacta positivamente en la vida de las personas, existen todavía profundas incomprensiones sobre el contenido de ese proceso denominado competitivo que, aunque pueda impresionar como paradójico, es de naturaleza fundamentalmente cooperativa.

Las incomprensiones no sorprenden. Una consulta en el *Diccionario de la lengua española* (Real Academia Española, s. f.) nos revela las siguientes definiciones de la palabra *competencia*:

1. Disputa o contienda entre dos o más personas sobre algo.
2. Oposición o rivalidad entre dos o más personas que aspiran a obtener la misma cosa.
3. Situación de empresas que rivalizan en un mercado ofreciendo o demandando un mismo producto o servicio.
4. Persona o grupo rival.
5. Relación entre dos o más individuos o especies que viven en el mismo lugar y que utilizan los mismos recursos.
6. Competición deportiva.

Los resultados guardan sintonía con la concepción popular de lo que significa la competencia y que parece coincidir con la noción deportiva que se tiene de ese término. Ya sea que se nos venga a la mente la imagen de una competencia estudiantil de oratoria, canto o danza, o la de una contienda deportiva internacional de fútbol u otro deporte, la idea es la misma: varios sujetos compiten; uno gana y otros pierden. Esa noción de competencia nos orienta a la asociación entre competencia y pugna en el mercado económico, pese a que, incluso en ese escenario, una mirada atenta revelaría que la competencia entre equipos de fútbol genera incentivos para la cooperación entre los

miembros de cada equipo, porque el premio responde al desempeño grupal. Sea como fuere, bajo esta noción tradicional, el proceso competitivo es un juego de suma cero en el que varios agentes pugnan y unos ganan a otros.

La visualización de la competencia como un juego de suma cero explica el descrédito que, de algún modo, se aprecia en nuestros tiempos con relación al sistema de libre mercado. Así, en el mercado, el más fuerte le ganaría al más débil y eso justifica las regulaciones orientadas a tutelar precisamente a la parte más débil de la relación. Sin embargo, como se expondrá a continuación, se trata de un enfoque que alimenta diversas normas reguladoras del mercado pero que se sostiene, creemos, en una profunda incomprensión sobre el funcionamiento del mercado libre, en general, y del proceso competitivo, en particular.

2. COMPETIR PARA COOPERAR

En el mercado, los ofertantes de bienes y servicios proponen ofertas orientadas a satisfacer las necesidades de los individuos. La oferta, entonces, responde a un proceso de descubrimiento de las necesidades, deseos, sueños, expectativas y preferencias de los individuos. La cantidad producida de un bien viene dada por una consideración sobre los costos futuros de producción de dicho bien y el precio de venta que podrá cobrarse (Hazlitt, 1946, p. 137). Ese precio responde a la interacción entre la oferta y la demanda. Si más gente demanda un bien, el precio se eleva porque la cantidad disponible de este debe movilizarse a quienes más lo valoran. Nótese que aquí también entra a tallar el concepto de competencia: la escasez del bien explica que se verifique una puja entre los demandantes de este. Una demanda competitiva.

Desde luego, en respuesta a esa demanda competitiva, se gatilla una oferta competitiva. Cuando los precios se elevan, se refuerza el incentivo para producir y ofrecer bienes o servicios en el mercado y eso es algo positivo, porque atiende precisamente el problema de escasez que dio lugar a la demanda competitiva. Una lectura rudimentaria de la palabra *competencia* en este proceso insinuaría que los consumidores compiten para obtener el producto que valoran en lugar de otro individuo y que, en el mismo sentido, el ofertante produce y vende con la esperanza de que le compren a ese ofertante en lugar de a otro. Así, un consumidor gana y otro pierde del mismo modo en que un ofertante gana y otro pierde. Ello, no obstante, no revela la genuina naturaleza del proceso competitivo y confunde a los hacedores de políticas públicas, así como a legisladores y comentaristas.

Es cierto que los ofertantes rivalizan, pero ese hecho nos dice poco si no entendemos la razón. El sentido de la competencia es apuntar a la cooperación: los ofertantes pugnan porque cada uno de ellos quiere ser el elegido en la digna tarea ya mencionada consistente en la satisfacción de las necesidades, deseos, sueños, expectativas y preferencias de los

individuos. En efecto, un ofertante compite para cooperar. Eso no significa que la razón por la que el ofertante decidió dedicarse a ese negocio sea maximizar el bienestar ajeno. El punto, ampliamente sabido desde la ingeniosa metáfora de la mano invisible, es que el interés propio nos conduce a la satisfacción de otros intereses. Lo que el ofertante quiere es cooperar con el consumidor porque esa cooperación le conviene. El fin interesado, no obstante, no puede distraernos de la naturaleza del proceso.

Esa esencia cooperativa puede ser explicada de la siguiente manera: el ofertante elegido por el consumidor será el que, a juicio de este, coopere mejor con el logro de su interés propio. La competencia es, entonces, un vehículo cooperativo orientado a la maximización de nuestro bienestar. Los sujetos interactuamos en el mercado con la expectativa de encontrar un consumidor que nos compre o un proveedor que nos venda. En otras palabras, acudimos al mercado para que alguien coopere con nosotros. Esta cuestión ha sido expresada de la siguiente manera:

> Throughout the market system individuals and firms compete to cooperate better. General Motors and Toyota compete to cooperate with me in achieving my goal of transportation. AT&T and Mel compete to cooperate with me in achieving my goal of communication with others. Indeed, they compete so aggressively for my business that I have cooperated with yet another communications firm that provides me with peace of mind via an answering machine [En todo el sistema de mercado, los individuos y las empresas compiten para cooperar mejor. General Motors y Toyota compiten para cooperar conmigo para ayudarme a lograr mi objetivo de transporte. AT&T y MCI compiten para cooperar conmigo para lograr mi objetivo de comunicarme con otros. De hecho, compiten de manera tan agresiva para cooperar conmigo que he cooperado con otra empresa de comunicaciones para que me brinde tranquilidad por medio de un contestador automático]. (Boaz, 1997, párr. 8)

En realidad, la competencia permite no solamente la selección de quien coopera mejor con el consumidor, sino que, además, permite descubrir nuevas formas de cooperación. Así, la competencia permite la selección y también el descubrimiento de alternativas nuevas para que los consumidores puedan hacer una selección con más opciones.

Una forma distinta de expresar un punto similar vincula las utilidades de un agente económico al grado de satisfacción que produce en los consumidores. Se ha señalado, por tanto, que "las utilidades y pérdidas del empresario tienen pues un rol social. Cuantas más empresas tengan utilidades, mejor será para toda la sociedad porque significa que se está creando valor para ella" (Kaiser, 2022, p. 111). Dado que las oportunidades para hacer dinero dependen de las preferencias de los consumidores, resulta evidente que la utilidad obtenida permite medir el grado de cooperación que el agente económico está teniendo, de manera efectiva, con la sociedad en su conjunto.

La incomprensión sobre esta esencia cooperativa también nos confunde sobre el papel del dinero en el mercado. No es infrecuente que algunas voces asuman que el dinero contamina las relaciones humanas. En realidad, el dinero precisamente nos permite encontrar cooperación en otros individuos cuando no existen lazos familiares o afectivos que se traduzcan en un incentivo natural para cooperar. Si no pudiéramos comprar nuestra ropa tendríamos que confeccionarla nosotros mismos o esperar que alguien la confeccione por nosotros movido por alguna motivación afectiva. El dinero —tristemente entendido como un elemento corruptor de las relaciones entre individuos— no es más que un medio para ensanchar la cooperación.

En efecto, el mercado es una abstracción que alude a interacciones voluntarias entre individuos que reasignan los bienes y servicios en función de su valoración propia. La reasignación de recursos por el mercado incrementa el valor necesariamente a diferencia de las reasignaciones mediante el proceso político, en las cuales una contienda electoral no se gana mediante la unanimidad de votos. Ese sistema de votos, asimismo, tampoco mide la intensidad de las preferencias (Priest, 2002, pp. 190-193).

El asunto que aquí nos interesa destacar es que es un mito creer que la defensa del libre mercado implica privilegiar la distorsionada idea de competencia (como proceso de pugna) en desmedro de la genuina idea de competencia (como proceso orientado a la cooperación). En realidad, esa cooperación que los consumidores buscamos se logra mediante la competencia, pues es el proceso competitivo el que nos permite identificar opciones para poder ejercer nuestra facultad de elegir. La ausencia de competencia, en cambio, impresiona más como una imposición, y cuando un consumidor adquiere un producto obligado, ciertamente no existe esencia cooperativa. La defensa de la libre competencia representa, entonces, una apuesta desde el sistema legal por la preservación del sistema cooperativo que hemos expuesto.

Podría objetarse que la introducción de competencia, que ciertamente representa un bien para el consumidor, representa un mal para el ofertante que sufre la presión competitiva. Aunque se admita que a un ofertante no le agrade tener competencia, los mismos sujetos dedicados a ofertar productos se benefician de la pugna cooperativa entre otros negocios, ya sea por servirle como cliente o, eventualmente, explorar alternativas de asociación. En otras palabras, el mismo sujeto al que podría no gustarle tener competencia se alegra de que otros compitan entre sí y generen el efecto cooperativo ya mencionado (Cossaer & Wegge, 2014, pp. 139-156).

Debe señalarse, no obstante, que la naturaleza cooperativa de la competencia no significa que cooperación y competencia sean términos intercambiables. El proceso competitivo tiene naturaleza cooperativa porque apunta hacia la cooperación, que es la meta buscada. Para llegar a dicha meta, ciertamente hay competencia en el sentido de que un consumidor busca obtener el producto mediante su disposición a pagar un

precio superior al de otro consumidor, del mismo modo que un proveedor busca vender su producto al precio más bajo que sea posible y suficiente para que su oferta sea la elegida. Este proceso competitivo abre un espacio para la negociación: entre el precio más elevado que los consumidores estén dispuestos a pagar y el precio más bajo al que los vendedores estén dispuestos a vender (Ikeda, 2016). La visible pugna, entonces, permite coordinar para arribar a la meta cooperativa.

Dado que la competencia es el camino hacia la saludable cooperación, las legislaciones hacen bien en salvaguardar el proceso competitivo. Uno podría preguntarse si la tendencia a la cooperación no se opone, de algún modo, a la intuición sobre el egoísmo del individuo: el hecho de que pretende la maximización de su bienestar. Sin embargo, existen interesantes trabajos que dan cuenta de la naturaleza de la cooperación y de lo relativamente sencillo que es que se abra camino, hasta el punto de que, en una gran cantidad de escenarios comerciales, los empresarios no apelan a las cortes para resolver sus controversias, sino a cortesías propias del rubro en aras de preservar, a futuro, buenas relaciones corporativas (Axelrod, 2006, pp. 6-20).

Cuando nos movemos al terreno de la cooperación entre competidores, sin embargo, la cuestión se vuelve más delicada. La especialización deseada exige de los agentes del mercado cierto nivel de cooperación. Como se ha dicho, la cooperación es ubicua en la economía, dado que ocurre dentro de las empresas y ocurre también entre las empresas (Melamed et al., 2018, p. 118). No obstante, la cooperación entre empresas, con indudables efectos beneficiosos para los consumidores (asociaciones gremiales y acuerdos colaborativos), debe ser distinguida de la cooperación con efectos adversos para el bienestar del consumidor.

En esa tarea, la agencia de competencia debe tener mucho cuidado frente al análisis de cada caso concreto. Una empresa comprende una pluralidad de relaciones cooperativas internas —entre trabajadores, inversionistas y ejecutivos— que bien podrían ser desarrolladas cooperativamente con agentes externos. La asistencia legal a la firma podría ser brindada por un abogado en planilla o por un despacho legal. Una campaña publicitaria podría ser desarrollada por el equipo de *marketing* en planilla o por una agencia publicitaria especializada. La distribución de los productos podría ser desarrollada por personal de la firma o por distribuidores con los que se requiere desarrollar obligaciones concretas. ¿Cómo distinguir entre la cooperación que sirve al bienestar de los consumidores y aquella cooperación que conspira contra ese bienestar?

Esa es la pregunta que ocupó al profesor Easterbrook (1984) en su célebre trabajo sobre los límites del derecho *antitrust*. La primera idea capital que dicho trabajo introduce desde sus primeras líneas es que un mercado competitivo no significa que el mercado tiene la mayor rivalidad en cada momento (Easterbrook, 1984). Luego, reconociendo que el derecho de la competencia es un instrumento costoso y que esta tarea diferenciadora

no es sencilla, debe concluirse que la agencia de competencia tiene un encargo delicado que demanda "finding the anticompetitive cooperation in a maze of beneficial cooperation [encontrar la cooperación anticompetitiva en un laberinto de cooperación beneficiosa]" (Easterbrook, 1984, p. 5).

Entonces, de forma sensata, no es posible desarrollar disposiciones legales pensando en resultados sin comprender el —muchas veces— laberíntico proceso cooperativo en el que se encuentran envueltos los agentes económicos. El costo del error puede ser considerable e impactar negativamente en el bienestar de los consumidores, que es el que, irremediablemente, tendrá que ser apreciado, considerando las circunstancias que, *a priori*, no pueden asumirse y, mucho menos, adivinarse. Reglas sensatas en el derecho de la competencia, de hecho, reconocen un espacio importante para la cooperación cuando, por ejemplo, se aproximan, de una forma no tan estricta, a entendimientos orientados a facilitar negocios lícitos, tal como lo refleja la doctrina de la complementariedad (relevante en el análisis de prácticas colusorias horizontales).

Las implicancias de todo lo expuesto hasta este momento son poderosas para comprender las limitaciones profundas del movimiento populista en materia *antitrust*. La competencia es un proceso de descubrimiento que se desarrolla de manera dinámica. Una agencia de competencia pretendería, mediante reglas, decisiones y lineamientos, rediseñar resultados de mercado o acercarse a un determinado diseño imaginario. No se trata de cuestionar las reglas, decisiones y lineamientos que pueda adoptar una determinada agencia de competencia, sino que nadie puede conocer lo suficiente para trazar reglas, decisiones y lineamientos que puedan remotamente aproximarse a lo que desarrolla el proceso competitivo sin presiones.

3. EL POPULISMO *ANTITRUST*

Como se ha adelantado, los agentes económicos ofertantes pugnan en el mercado por ser los cooperadores del consumidor, lo que explica la trascendencia del proceso competitivo. En tal sentido, la competencia beneficia al consumidor, porque le permite acceder a una mayor oferta a un precio más próximo al costo de producción del bien que se le ofrece. Cuando los competidores anulan esa pugna, es decir, dejan de lado el fin último de cooperar con los consumidores, la fijación de los precios en niveles más elevados induce a la adquisición de sustitutos socialmente más costosos.

En efecto, un precio monopolístico hace que el consumidor pague un precio más elevado por un producto por el cual antes pagaba menos —lo que representa una simple transferencia de renta— o, lo que es especialmente grave, hace que un grupo de consumidores ya no puedan acceder al producto dado el nuevo precio. Se produce una pérdida de peso muerto (*deadweight loss*), pues el sustituto que impresiona al consumidor

como más barato —la inevitable alternativa ante la posibilidad de adquirir el producto al precio incrementado— consume más de los recursos escasos de la sociedad en su producción, pese a que merece una menor valoración subjetiva por parte del consumidor.

Esta simple lógica sobre la importancia del derecho de la competencia viene mereciendo, sin embargo, cuestionamientos aparentemente recientes sobre su supuesta inacción frente a otros problemas como la desigualdad en el mercado. En esos términos, más allá del efecto en el bienestar del consumidor, se sugiere considerar los problemas que genera el tamaño de los agentes de mercado y la concentración del mercado en abstracto, al punto de que, según los proponentes de esta visión, para preservar el sistema democrático es necesario mantener a raya a las grandes corporaciones (Wu, 2018, pp. 127-139). A partir de esa idea, es posible sugerir, como algunos parecieran hacerlo, que ciertas fusiones deberían presumirse nocivas sin mayor investigación sobre los posibles efectos de la operación en el bienestar de los consumidores.

Estas nuevas voces, que ponen su foco de atención en la desigualdad, en el salario de los trabajadores o incluso en la preservación del medioambiente, se agrupan en lo que ha venido a ser bautizado como *hipster antitrust* y que nosotros estamos denominando populismo *antitrust*. Sin embargo, gran parte de sus planteamientos, en realidad, retoma una línea de pensamiento superada. Como muestra de ello, en el United States Court Appeals for the Second Circuit, cabe traer a colación las palabras del juez Hand el 12 de marzo de 1945 en el caso United States v. Aluminum Co. of America al señalar lo siguiente: "We have been speaking only of the economic reasons which forbid monopoly; but, as we have already implied, there are others, based upon the belief that great industrial consolidations are inherently undesirable, regardless of their economic results [hemos venido hablando únicamente de las razones económicas que proscriben un monopolio pero, como ya hemos adecuadamente sugerido, existen otras basadas en la creencia de que las grandes consolidaciones industriales son inherentemente indeseables sin importar sus resultados económicos]" (párr. 13).

El populismo *antitrust* considera que el bienestar del consumidor no puede ocupar el papel preponderante que tiene en el análisis contemporáneo del derecho de la competencia. De forma más profunda, este movimiento denuncia una suerte de traición a las raíces históricas de la legislación de competencia en los Estados Unidos. Así, de forma concluyente, se ha afirmado que "antitrust law and competition policy should promote not welfare but competitive markets [el derecho *antitrust* y la política de competencia deben promover no el bienestar, sino mercados competitivos]" (Khan, 2017, p. 737). En esos términos, la preservación de la pugna en el mercado se convierte en un fin en sí mismo, perdiendo de vista que dicha pugna, como ya se ha señalado, es un camino y no una meta.

Si se trata de preservar mercados competitivos, el derecho de la competencia podría orientarse a castigar el solo crecimiento corporativo, traducido en una mayor cuota de

mercado. La conclusión de que el excesivo tamaño de una empresa puede ser un mal en sí mismo es tan equívoca como absurda. En efecto, una fusión entre dos empresas podría permitir alcanzar economías de escala que se traducen en beneficios concretos para los consumidores, pese a que la empresa que absorbe a otra está incrementando su tamaño. Si la meta fuera la fragmentación en sí misma, se estaría evitando la eventual cooperación entre competidores con el propósito de cooperar mejor con los consumidores. El propósito del derecho de la competencia y de la agencia de competencia no es arribar a una configuración ideal del mercado, sino permitir que los agentes económicos cooperen entre sí de una manera que no agravie el bienestar del consumidor.

Lo que beneficia al consumidor puede parecer extraño si uno se aleja de consideraciones económicas elementales. Permítasenos plantear dos ejemplos. El primero, de carácter más general, referido al papel que desempeña la salida del mercado de las empresas en crisis. El segundo, de carácter más puntual, vinculado al control de prácticas explotativas, como el establecimiento de supuestos precios excesivos por parte de un agente con posición de dominio en un mercado relevante.

Sobre el primer supuesto, cabe recordar que los factores de producción son recursos escasos y que el empleo de tales recursos en una actividad económica impide su empleo en otra. Cuando los consumidores determinan que una oferta no coopera en la satisfacción de su bienestar, la demanda por esa oferta se desploma y eso se traduce en un desplome del precio. En esos casos, el mensaje que los consumidores ofrecen es elocuente y la conclusión es obvia: los recursos escasos deberían ser mejor aprovechados en la producción de un bien que sea valorado por los consumidores. Nótese que las pérdidas son una señal que sirve a la cooperación entre productores y consumidores, pues informan a los primeros sobre lo que deben dejar de producir, esto es, aquello que los consumidores no desean adquirir.

Sobre la segunda cuestión, siempre ha existido una tentación orientada a la reacción frente a prácticas consideradas explotativas. Sin embargo, la determinación del exceso de un precio abre la puerta a las ampliamente conocidas consecuencias asociadas al control de precios, pues calificar un precio de excesivo o abusivo presupone la capacidad de determinar qué precio no lo es. En otras palabras, solo es posible una reacción frente a un precio excesivo o abusivo si se parte de la premisa de que la agencia de competencia puede definir la línea divisoria entre el precio aceptable y el inaceptable.

Es precisamente el alejamiento de estas consideraciones críticas lo que pareciera convertirse en una desafortunada moda contemporánea en el derecho de la competencia. En efecto, el *hipster antitrust* parece preocuparse primero por el aseguramiento de resultados que por la preservación del proceso competitivo. En este nuevo contexto, surge, por ejemplo, la preocupación por un derecho de la competencia enfocado en la distribución de la renta en la sociedad. La tesis es relativamente simple: los principales

beneficiarios de prácticas anticompetitivas serían individuos afluentes, por lo que mayor *enforcement antitrust* sería necesario para impedir ese efecto distributivo indeseado.

La experiencia revela que el *enforcement antitrust* no necesariamente logra esas metas progresistas, como ha sido recordado en un corto pero interesante trabajo por el profesor de la Universidad de Michigan, Daniel Crane (2015). En dicho trabajo, se recuerda el cuestionamiento del Departamento de Justicia de los Estados Unidos en 1991 a la práctica conjunta desplegada por varias instituciones educativas preocupadas por las necesidades financieras de ciertos postulantes. La práctica se orientaba a lograr un beneficio que desapareció precisamente como consecuencia del *enforcement antitrust* (Crane, 2015).

En general, las pretensiones de este movimiento *hipster* o populista han sido resumidas de esta forma:

> They would abandon the efficiency-based approach that focuses on low prices, high quantities, and high quality in favor of one that focuses on the absolute size of firms, the leve lof industry concentration, injuries to small business, and other more amorphous goals, such as wealth redistribution, political power, and emplyment [Abandonarían la aproximación basada en la eficiencia que se enfoca en bajos precios, elevadas cantidades y alta calidad en favor de un enfoque en el tamaño de las empresas, el nivel de concentración de la industria, daños a negocios pequeños y otras metas más amorfas como la distribución de la riqueza, poder político y el empleo]. (Yoo, 2018, p. 2)

Como puede apreciarse, las metas propuestas depositan una fe excesiva —diríamos, un exceso de optimismo— respecto de las posibilidades reales del derecho de la competencia de lograr tales metas sin consecuencias adversas previstas en el camino.

La clave que este movimiento parece olvidar es que la competencia es un vehículo para la cooperación en los términos en que los individuos decidan cooperar. El aspecto medular de la persecución de ciertas conductas es su afectación, real o potencial, al bienestar del consumidor mediante la lesión del proceso competitivo. La determinación de ese efecto —real o posible— se realiza caso por caso sobre la base de evidencia. Esta es necesaria para reducir efectos adversos que podrían, precisamente, impactar negativamente en el bienestar de los consumidores. Una buena porción de las novísimas pretensiones que se le cargan al derecho de la competencia parece bien intencionada, pero carente de evidencia.

La frase *en los términos en que los individuos decidan cooperar* es simple pero poderosa. Una política de competencia adecuada se orienta a la preservación del proceso competitivo —cooperativo— y no a la definición de los resultados derivados de ese proceso. La definición de resultados aparentemente beneficiosos presupone que el sujeto que determina los resultados deseados tiene una cantidad apreciable de

información respecto de las valoraciones subjetivas de los individuos; además, asume que puede sustituir todo el proceso de mercado con una determinación burocrática. En otras palabras, se asume que los sujetos quieren, como dé lugar, llegar a la meta definida como resultado deseado.

Por ejemplo, podría definirse como meta deseada tener un mercado sin monopolios. En ese sentido, podría proscribirse el monopolio al entenderlo como el resultado no querido sin advertir que tal proscripción reduce los incentivos para competir, es decir, para pugnar en el afán cooperativo de forma más intensa. Dado que la prohibición del monopolio reduce la presión competitiva —salvo en el caso de los monopolios creados por el Estado en cuyo caso no existe duda de su necesaria proscripción—, esta genera un daño al bienestar del consumidor, aunque ello pueda resultar paradójico.

Diversos cargos (formales o informales) se han ensayado contra marcas conocidas como Microsoft, Amazon o Facebook. La historia es conocida: una marca se convierte en un jugador importante (o dominante) en un determinado sector y eso gatilla una andanada de preocupaciones sobre su (real o imaginario) poder de mercado. Sin embargo, los mercados son dinámicos y marcas que podrían haber motivado preocupaciones pasadas hoy no ameritan preocupación alguna. En efecto, las firmas pueden volverse burocráticas, las tecnologías disruptivas emergen, sus costos aumentan y el resultado es que la dominancia pasada se transforma en cierta vulnerabilidad presente (Cowen, 2019, p. 84). El deseo de ser el nuevo cooperador elegido, en lugar del dominante, constituye una permanente amenaza para este último.

Otro ejemplo interesante nos lo ofrece Bullard (2006). En un interesante trabajo, el profesor peruano refiere lo siguiente:

> La competencia es un fenómeno complejo y con muchas dimensiones. Las empresas no solo compiten por precios. Compiten por calidad, por condiciones, por innovación, por inversión, por servicios complementarios, etcétera. Pero muchas veces por promover la competencia por precios fomentamos menos competencia por inversión o por innovación. Si una empresa innova con una nueva tecnología y luego la obligamos a compartirla con su competidor porque la consideramos una facilidad esencial, entonces estamos reduciendo los incentivos para competir por invertir (en) nueva tecnología. Ello va a reducir el nivel de bienestar de los consumidores. (Bullard, 2006, p. 911)

El control de concentraciones empresariales, por mencionar un tercer ejemplo, se orienta a prevenir potenciales afectaciones al proceso competitivo a partir de la integración entre dos o más agentes económicos. Sin embargo, ciertas operaciones de concentración pueden permitir la obtención de economías de escala o la reducción de costos de transacción, redundando así en beneficio de los consumidores. Una legislación de competencia populista (e irreflexiva) podría prohibir los monopolios, establecer

mandatos de compartición de recursos y supervisar agresivamente cualquier operación de concentración, colocando equívocamente, de esa manera, el carruaje delante de los caballos.

Antes de la adopción del bienestar del consumidor como el foco de atención del derecho de la competencia, existían múltiples intereses tutelados que aconsejaban caminos frecuentemente contradictorios. Esa caótica situación, cuya superación no es producto aislado de la denominada escuela de Chicago (Kovacic, 2007) como a veces se sugiere, y que el populismo *antitrust* pretendería hacer resurgir, fue reemplazado por este sensato y efectivo estándar —el estándar del bienestar del consumidor— que ha sido descrito como uno que

> provides antitrust jurisprudence a disciplined method of analyzing competition that starts and ends with the straightforward question: "Is the challenged conduct likely to make consumers better or worse off?" Rather than issuing decisions that may hinge upon any number of socio-political goals, courts today predictably answer—and their analyses turns solely upon—this question in every antitrust case. This singular focus avoids the internal inconsistencies of the socio-political approach to antitrust, within which various courts would condemn both procompetitive and anticompetitive conduct depending upon the discrete social or political end the court sought to foster in a given case and not based upon whether the conduct actually promoted competition [ofrece a la jurisprudencia *antitrust* un método disciplinado para analizar la competencia y que empieza y finaliza con una pregunta directa: ¿la conducta cuestionada probablemente hace que los consumidores estén mejor o peor? … Este enfoque singular evita las inconsistencias internas del enfoque sociopolítico de la competencia, dentro del cual varios tribunales condenarían conductas tanto procompetitivas como anticompetitivas dependiendo del fin social o político discreto que el tribunal buscara fomentar en un caso dado y no en función a si la conducta realmente promueve la competencia]. (Wright et al., 2019, p. 353)

El complejo trabajo de distinción entre lo procompetitivo y lo anticompetitivo es aplicable a todos los casos. Por ejemplo, en el contexto de las BigTech, se ha señalado que

> antitrust can and should prevent the tech titans from entrenching their economic power by engaging in exclusionary conduct that weakens the competitive pressures they face from rivals offering new and disruptive products and services. At the same time, antitrust should take care not to discourage the tech titans from competing with each other, as Microsoft has done with Bing against Google and as Google has done with Android against Apple iOS [el derecho *antitrust* puede y debe evitar que los titanes de la tecnología atrincheren su poder económico al participar en conductas excluyentes que debiliten las presiones competitivas que enfrentan por parte de rivales que ofrecen productos y servicios nuevos y disruptivos. Al mismo tiempo, el derecho *antitrust* debe tener

> cuidado de no disuadir a los titanes de la tecnología de competir entre sí, como lo ha hecho Microsoft con Bing contra Google y como lo ha hecho Google con Android contra Apple iOS]. (Shapiro, 2019, p. 86)

La frase captura la complejidad anotada. El abuso de una eventual posición de dominio, traducida en un efecto exclusorio en el mercado, ciertamente debe merecer el cuidadoso escrutinio de la agencia de competencia, dado que la exclusión reduce la presión competitiva y, por tanto, el bienestar de los consumidores. Sin embargo, la sola focalización en el poder de mercado sin una consideración detenida de los efectos puede llevar a consecuencias no pretendidas, entre ellas, que, irónicamente, la acción del derecho de la competencia pueda reducir la presión competitiva entre los agentes económicos en desmedro de los consumidores.

4. CONCLUSIÓN: EL POPULISMO *ANTITRUST* DESINCENTIVA LA COOPERACIÓN

El funcionamiento del mercado revela una naturaleza cooperativa elocuente: una persona se dedica a desarrollar prendas de vestir que ya no necesitamos hacer por nosotros mismos, del mismo modo en que otras personas nos brindan educación para que podamos instruirnos. La economía de mercado salvaguardada acerca a extraños en lugar de alejarlos, lo que promueve la cooperación a gran escala. En el mundo animal, competir por un trozo de carne generaría una pugna violenta. Para los seres humanos es nuestra demanda competitiva la que incentiva que más personas quieran cooperar con nosotros. La determinación de los resultados en lugar de la preservación del proceso competitivo reemplaza la cooperación por la compulsión.

¿Qué relevancia tiene esta discusión para las legislaciones de competencia en América Latina? En economías que aún no alcanzan el desarrollo, resulta especialmente importante manejar leyes de competencia modestas que establezcan reglas fácilmente comprensibles y de supervisión relativamente sencilla. Las leyes de competencia que requieran un *enforcement* costoso y que expliciten o escondan la pretensión de definir los resultados, en lugar de salvaguardar el proceso, harán más daño que bien. La definición de esas leyes de competencia para economías aún no desarrolladas debe regirse por el lema "menos es más".

En efecto, preservar el proceso cooperativo que implica salvaguardar la competencia no equivale a establecer medidas circunscritas en mantener un mayor número de competidores en un determinado mercado. Es claro que

> high market concentration can be a leading indicator of oligopolistic practices and damaging barriers to entry in certain industries. But it can arise too as the dynamic process of competition itself weeds out inefficient producers, with

> larger firms harnessing economies of scale to deliver low price, high-quality goods or services. Measures of market concentration, in isolation, tell us little. The consumer welfare school that replaced the structuralist approach recognized that the effect on customers required detailed, technocratic market analysis [la elevada concentración del mercado puede ser un indicador principal de prácticas oligopólicas y barreras dañinas para la entrada en ciertas industrias. Pero también puede surgir cuando el proceso dinámico de competencia en sí mismo elimina a los productores ineficientes, y las empresas más grandes aprovechan las economías de escala para ofrecer bienes o servicios de alta calidad y bajo precio. Las medidas de concentración del mercado, de forma aislada, nos dicen poco. La escuela de bienestar del consumidor que reemplazó el enfoque estructuralista reconoció que el efecto sobre los clientes requería un análisis de mercado tecnocrático detallado]. (Bourne, 2018, párr. 5)

Lo cierto es que existe una asunción ampliamente generalizada que infiere poder de mercado a partir del dato de la elevada concentración. No obstante, precisamente porque la competencia funciona, se puede producir una elevación del grado de concentración. Resulta paradójico que se suela considerar la elevada concentración como señal de que la competencia no funcionó cuando, en realidad, suele evidenciar que hizo exactamente lo que se suponía que debía hacer.

Con elocuencia, sobre este mismo punto, se ha dicho que

> if increased concentration has come about because of the superior efficiency of those firms that have become large, then a desconcentration policy, while it may reduce the ease of colluding, courts the danger of reducing efficiency either by the penalties that it places on innovative success or by the shift in output to smaller, higher cost firms that it brings about [si el aumento de la concentración se debe a la mayor eficiencia de las empresas que se han vuelto grandes, entonces una política de desconcentración, si bien puede reducir la facilidad para coludir, conlleva el riesgo de disminuir la eficiencia, ya sea por las penalizaciones que impone al éxito innovador o por el desplazamiento de la producción hacia empresas más pequeñas y con mayores costos que genera]. (Demsetz, 1973, p. 5)

El populismo *antitrust* nos aleja de la promoción de la competencia entendida como cooperación y nos acerca a una política de competencia apoyada en la envidia. La expresión *más grande es malo* siembra sospechas en perjuicio de corporaciones en crecimiento para favorecer al supuesto competidor pequeño. La paradoja es que la protección estatal directa al competidor pequeño suele implicar medidas para evitar, por ejemplo, que los precios se reduzcan demasiado. La retórica populista olvida la cooperación que beneficia a los consumidores y abre el camino a la construcción de un derecho de la competencia con contenido político.

En América Latina, las limitaciones presupuestales y los problemas institucionales hacen que nuestra advertencia sobre una aproximación populista al derecho de la competencia cobre una sustancial importancia. Asimismo, en la región, encontramos problemas especialmente delicados asociados a regulaciones costosas y, en general, a intervenciones que reducen de manera significativa la presión competitiva en el mercado.

Teniendo como norte el proceso cooperativo, se requiere de procedimientos orientados a reducir barreras burocráticas que hagan más compleja y costosa la interacción en el mercado y de la asignación, a la agencia de competencia, de la facultad de dictar abogacías de la competencia para promover la dinamización de los diversos sectores. De esta manera, se ha señalado lo siguiente: "Government intervention is the greatest source of trade restraints in transition environments, and challenges to public entry barriers promise to yield the greatest benefits in increasing competition and improving consumer well-being [La intervención gubernamental es la principal fuente de restricciones al comercio en ambientes de transición, y que los cuestionamientos a las barreras públicas de entrada prometen lograr los mayores beneficios para el incremento de la competencia y la mejora del bienestar del consumidor]" (Kovacic, 1997, p. 441).

Incluso si se acepta que la Sherman Act en los Estados Unidos consideró otras metas populistas, ello no sería contradictorio con el hecho de que la práctica tecnocrática basada en la evidencia sirve al bienestar del consumidor. Así, estamos de acuerdo en que

> there is no reasonable basis for presuming that courts must give priority or even weight to populist goals where the pursuit of such goals might injure consumer welfare by interfering with competitive pricing, efficiency, or innovation. Indeed, even where there is no such apparent conflict, it is questionable whether populist goals are appropriate factors to consider when formulating antitrust rules. The pursuit of these goals would broaden antitrust's proscriptions to cover business conduct that has no significant anticompetitive effects, would increase vagueness in the law, and would discourage conduct that promotes efficiencies not easily recognized or proved [no existe una base razonable para suponer que los tribunales deban dar prioridad o incluso ponderar los objetivos populistas cuando la búsqueda de dichos objetivos podría perjudicar el bienestar del consumidor al interferir con los precios competitivos, la eficiencia o la innovación. De hecho, incluso donde no existe tal conflicto aparente, es cuestionable si los objetivos populistas son factores apropiados a considerar al formular reglas *antitrust*. La búsqueda de estos objetivos ampliaría las disposiciones *antitrust* para cubrir la conducta empresarial que no tiene efectos anticompetitivos significativos, aumentaría la vaguedad en la ley y desalentaría la conducta que promueve eficiencias que no son fácilmente reconocidas o probadas]. (Turner, 1987, p. 798)

Volviendo a América Latina, se impone cautela especial. Se ha señalado, por ejemplo, que

> antitrust laws do not do, at least explicitly, is to establish an overall policy goal of promoting economic efficiency in the larger sense of establishing appropriate incentives among those enterprises not actually before the agency on a complaint. Economic well-being, to the extent it can be enhanced through competition policy, is maximized when all sellers and buyers in the economy are led to behave optimally regarding potential violations. "Optimal" in this context means that actions (such as price fixing) with no redeeming social benefits are deterred because colluding parties conclude that the expected costs exceed the expected benefits. It also means that activities with no social costs, such as an efficient firm's expanding its capacity and production, are not inadvertently deterred by fear of erroneous prosecution on complaints from competitors [lo que las leyes antimonopolio latinoamericanas no hacen, al menos explícitamente, es establecer un objetivo político general de promover la eficiencia económica en el sentido más amplio de establecer incentivos apropiados entre aquellas empresas que no están actualmente ante la agencia por una denuncia. El bienestar económico, en la medida en que pueda mejorarse mediante la política de competencia, se maximiza cuando todos los vendedores y compradores de la economía se comportan de manera óptima con respecto a posibles infracciones. "Óptimo", en este contexto, significa que las acciones (como la fijación de precios) sin beneficios sociales compensatorios se disuaden porque las partes coludidas concluyen que los costos esperados superan los beneficios esperados. También significa que las actividades sin costos sociales, como la expansión de la capacidad y la producción de una empresa eficiente, no se disuaden inadvertidamente por temor a un procesamiento erróneo por denuncias de la competencia]. (Owen, 2003, p. 22)

Los profesores y académicos del derecho de la competencia nos concentramos bastante en la idea de competencia y solemos relegar la trascendencia de la idea de cooperación. Lo cierto es que la competencia es un instrumento y el objetivo es la cooperación vía acuerdos voluntarios. Paradójicamente,

> in the market structure that economists call "perfect competition," there is no competition in the sense that noneconomists use the term. No firm is competing with another. None of the firms is trying to be first or to be more successful or larger than the other firms [en la estructura de mercado que los economistas denominan competencia perfecta, no existe competencia en el sentido en que los no economistas emplean el término. Ninguna firma está compitiendo con otra. Ninguna está tratando de ser primera o ser más exitosa o grande que otras firmas]. (Rubin, 2019, p. 128)

No es la avaricia la que mueve el mercado, sino el deseo de cooperar. Desde luego, es posible hacer una exploración más profunda sobre los incentivos a cooperar y a no

cooperar por parte de agentes económicos en circunstancias diversas (Levmore, 1998). Las legislaciones, en general, y la legislación de competencia, en particular, deben orientar sus esfuerzos hacia el aseguramiento del proceso cooperativo en lugar de orientarse al control de los resultados de dicho proceso cooperativo. Permitir que las personas cooperen entre sí abriría mayores espacios para la innovación mediante el intercambio no solo de bienes, sino también de ideas. Reconocer la esencia cooperativa del proceso competitivo podría explicar de forma más ilustrativa por qué los cuestionamientos usuales al "mercado libre salvaje" suelen ser retórica sin contenido que no puede seriamente ser tomada en cuenta al concebir o desarrollar una política pública.

Al mismo tiempo, sin embargo, los países con economías en desarrollo sí deben preservar esfuerzos orientados a adoptar medidas que permitan dinamizar el mercado y que puedan ser razonablemente supervisadas por la agencia de competencia con los recursos disponibles. En efecto, el problema no es tanto la doctrina y práctica *antitrust*, sino la disponibilidad de recursos para la agencia de competencia (Posner, 2001, p. 925), lo cual, en América Latina, representa un especial reto. Los países en desarrollo harían bien en resistir tentaciones populistas al desarrollar, reformar o aplicar sus leyes de competencia.

REFERENCIAS

Axelrod, R. (2006). *The evolution of cooperation*. Basic Books.

Becker, G. (2000). La naturaleza de la competencia. *Libertas*, *33*, 1-10.

Boaz, D. (1997). Competition and cooperation. *The Free Man*, 47(1-2). https://freecapitalists.org/books/the-freeman-1997/read/competition-and-cooperation-d-boaz/

Bourne, R. (2018). A "big is bad" competition policy would be extremely damaging. *UK Telegraph*.

Bullard, A. (2006). *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales* (2.ª ed.). Palestra Editores.

Cossaer, L., & Wegge, M. (2014). ¿Cómo lo sabe? El conocimiento y la presunción de libertad. En T. G. Palmer (Ed.), *Por qué la libertad* (pp. 139-156). Fundación para el Progreso.

Cowen, T. (2019). *Big business. A love letter to an American anti-hero*. St. Martin's Press.

Crane, D. (2015). Is more antitrust the answer to wealth inequality? *Regulation*, *38*(4), 18-21. https://repository.law.umich.edu/facarticles/1797/

Demsetz, H. (1973). Industry structure, market rivalry, and public policy. *Journal of Law and Economics*, *16*(1), 1-9. https://www.jstor.org/stable/724822

Easterbrook, F. (1984). The limits of antitrust. *Texas Law Review*, *63*(1), 1-40. https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2152&context=journal_articles

Hazlitt, H. (1946). *Economics in one lesson*. Harper & Brothers.

Ikeda, S. (2016, 30 de mayo). *Competition and cooperation are not the same thing*. Foundation for Economic Education. https://fee.org/articles/competition-and-cooperation-are-not-the-same-thing/

Kaiser, A. (2022). *El economista callejero*. Ariel.

Khan, L. (2017). Amazon's antitrust paradox. *The Yale Law Journal*, *126*(3), 710-805. https://yalelawjournal.org/pdf/e.710.Khan.805_zuvfyyeh.pdf

Kovacic, W. (1997). Getting started: Creating new competition policy institutions in transition economies. *Brooklyn Journal of International Law*, *23*(2), 403-453. https://brooklynworks.brooklaw.edu/bjil/vol23/iss2/4/

Kovacic, W. (2007). The intellectual DNA of modern U. S. competition law for dominant firm conduct: The Chicago/Harvard double helix. *Columbia Business Law Review*, *2007*(1), 1-80. https://doi.org/10.7916/cblr.v2007i1.2969

Levmore, S. (1998). Competition and cooperation. *Michigan Law Review*, *97*(1), 216-244. https://repository.law.umich.edu/mlr/vol97/iss1/4

Melamed, D., Picker, R., Weiser, P. J., & Wood, D. (2018). *Antitrust law and trade regulation, cases and materials* (7.ª ed.). Foundation Press.

Owen, B. (2003). *Competition policy in Latin America* (Working Paper 268). Stanford Institute for Economic Policy Research. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=456441

Posner, R. (2001). Antitrust in the new economy. *Antitrust Law Journal*, *68*(3), 925-943. https://www.jstor.org/stable/40843502

Priest, G. (2002). Pobreza, desigualdad y los simples principios del desarrollo económico. *Themis. Revista de Derecho*, (45), 187-194. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11879

Real Academia Española. (s. f.). Competencia. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 17 de junio del 2026, de https://dle.rae.es/competencia?m=form

Rubin, P. (2019). *The capitalism paradox. How cooperation enables free market competition*. Post Hill Press.

Shapiro, C. (2019). Protecting competition in the American economy: Merger control, tech titans, labor markets. *Journal of Economics Perspectives*, *33*(3), 69-93. https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jep.33.3.69

Turner, D. (1987). The durability, relevance, and future of American antitrust policy. *California Law Review*, *75*(3), 797-815. https://doi.org/10.15779/Z387J1X

United States Court Appeals for the Second Circuit. (1945, 12 de marzo). United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945). https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/148/416/1503668/

Wright, J., Dorsey, E., Klick, J., & Rybnicek, J. (2019). Requiem for a paradox: The dubious rise and inevitable fall of hipster antitrust. *Arizona State Law Journal*, *51*(1), 293-369. https://arizonastatelawjournal.org/wp-content/uploads/2019/05/Wright-et-al.-Final.pdf

Wu, T. (2018). *The curse of bigness: Antitrust in the new guilded age*. Columbia Law School.

Yoo, C. (2018). *Hipster antitrust: New bottles, same old w(h)ine?* Competition Policy International.

Alternativas societarias para transferir marcas

Guilhermo Auler Soto*
Universidad de Lima, Perú

Jessica Hondermann Gómez**
Pontificia Universidad Católica del Perú

Recibido: 10 de febrero del 2026 / Aceptado: 4 de mayo del 2026
doi: https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2026.n061.8603

RESUMEN. El presente artículo trata sobre las alternativas existentes en la Ley General de Sociedades para la transferencia de marcas. Como bien sabemos, las formas tradicionales de transferencia de bienes están contempladas en el Código Civil. En el caso de las sociedades, como personas jurídicas, estas también pueden adquirir o transferir activos a través de los distintos contratos regulados en el Código Civil; sin embargo, además, la Ley General de Sociedades establece otras alternativas de transferencia de activos para las sociedades, tales como el aporte de capital, la distribución de utilidades, la reducción de capital, la reorganización societaria y la distribución del haber social.

PALABRAS CLAVES: marcas / sociedades / sociedad anónima / transferencia de activos / Ley General de Sociedades

* Magíster en Derecho (LLM) por la Universidad de Duke, Estados Unidos de América. Abogado graduado de la Universidad de Lima. Profesor del curso de Derecho de Sociedades en la Universidad de Lima. Asimismo, pertenece al *staff* de profesores y asesores de la maestría en Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Actualmente, es socio del estudio Santiváñez Abogados.

** Egresada de la maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Cuenta con estudios de especialización en propiedad intelectual en la Universidad Complutense de Madrid y en datos personales en la Universidad de Salamanca. Actualmente, es miembro del Área de Competencia, Propiedad Intelectual y Datos Personales del estudio Santiváñez Abogados.

CORPORATE ALTERNATIVES FOR TRANSFERRING TRADEMARKS

ABSTRACT. This article is about the existing alternatives included in the General Companies Act for the transferring of trademarks. As we know, the traditional ways to transfer property are set in the Civil Code. In the case of companies, as legal entities, may also acquire or transfer assets through the contracts ruled in the Civil Code but also the General Companies Act establishes other alternatives for the transfer of assets for the companies, like the capital contribution for the incorporation and capital increase, the distribution of profits, the reduction of share capital, the corporate reorganization and also the distribution of the balance in a liquidation.

KEYWORDS: trademarks / companies / corporation / transferring of assets / General Corporations Law

1. INTRODUCCIÓN

Como con cualquier otra área del derecho, el derecho marcario y societario se cruzan cuando se trata de marcas que serán adquiridas o transferidas por una sociedad. De esta forma, si interviene una sociedad en la transferencia de marcas no solo se deben considerar las normas que regulan las marcas y las aplicables a las transferencias reguladas en el Código Civil de 1984, sino que, además, se deberán revisar las normas de la Ley General de Sociedades, del 9 de diciembre de 1997 (LGS, en adelante). Por ejemplo, por ser una persona jurídica, una sociedad debe actuar a través de un representante que sea persona natural. Esta persona natural, por su lado, debe haber sido autorizada para representar a la sociedad, ya sea por ley, por el estatuto, por la junta general de accionistas, por el directorio o mediante delegación de otro representante. Es decir, a diferencia de las operaciones entre personas naturales, es necesario revisar si el representante de la sociedad tiene poder para adquirir o transferir activos, situación similar a la de una transacción en la que una persona natural actúa a través de un representante.

No obstante, en el caso de las sociedades anónimas, no basta con comprobar el poder del representante, sino que, en determinados casos, la transferencia de activos debe ser aprobada necesariamente por la junta general de accionistas. Esto ocurre si el valor contable de los activos —o de las marcas, en este caso— supera el 50 % del capital social, conforme a lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley General de Sociedades.

Por otro lado, las sociedades son personas jurídicas y su patrimonio es independiente del de sus socios. Así, las sociedades pueden ser propietarias de activos, incluyendo marcas. En la sociedad anónima, por ejemplo, los accionistas son titulares de acciones que les otorgan determinados derechos, como votar en las juntas generales de accionistas y recibir las utilidades que la sociedad genere. Sin embargo, los accionistas no son propietarios de los activos de la empresa y la única que puede disponer de dichos activos es la propia sociedad. Claro está que los accionistas pueden decidir que la sociedad disponga de sus activos, pero, para ello, requieren reunirse y aprobarlo en la junta general de accionistas. En todo caso, quien transferirá los activos siempre será la sociedad —en su calidad de persona jurídica independiente— y no sus accionistas.

Precisamente, respecto a los activos, la Ley General de Sociedades regula diversas alternativas de transferencia de bienes por parte de las sociedades. Como bien sabemos, las formas tradicionales de transferencia de la propiedad están contempladas en el Código Civil, como la compraventa, como el típico contrato a título oneroso, y la donación, como el típico contrato a título gratuito. Las sociedades pueden también adquirir o transferir activos vía compraventa, donación o cualquier otra forma regulada por el Código Civil; además, la Ley General de Sociedades establece otras alternativas de transferencia para las sociedades, como el aporte de capital, la distribución de utilidades, la reducción de capital, la reorganización societaria y la distribución del haber social en una liquidación.

De este modo, el presente artículo tiene como propósito revisar las distintas alternativas de transferencia de marcas cuando interviene una sociedad. Cabe indicar que, si bien nos concentraremos en la sociedad anónima por ser la forma societaria más utilizada en el Perú, la mayoría de estas disposiciones también es aplicable a las otras formas societarias.

2. SOBRE EL REGISTRO DE TRANSFERENCIA DE MARCAS

Antes de desarrollar este punto, es importante que el lector tome en cuenta que la marca es una categoría especial y, seguramente, la más conocida y utilizada del universo de los signos distintivos, pero no es la única. Dentro del universo de los signos distintivos, o de los signos que se usan para diferenciar productos, servicios, actividades o establecimientos pertenecientes a una sociedad respecto de los de otra, podemos encontrar, además de las marcas, los nombres comerciales, los lemas comerciales, las marcas colectivas, las marcas de certificación y las denominaciones de origen, cada uno de los cuales cuenta con sus particularidades. En tal sentido, si bien nos concentraremos en las marcas, en el caso de tratarse de otro tipo de signo distintivo, se debe considerar si existen reglas especiales que deban observarse.

Cuando nos referimos a las marcas en sentido estricto, aludimos a los signos distintivos aptos para diferenciar productos o servicios en el mercado y, a la vez, para diferenciarlos de los que corresponden a la competencia. En palabras del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2015): "La marca tiene como función principal la de identificar los productos o servicios de un fabricante, con el objeto de diferenciarlos de los de igual o semejante naturaleza, pertenecientes a otra empresa o persona" (Proceso 268-IP-2015).

En la misma línea, Carlos Fernández-Novoa (2004, p. 173) ha indicado que un signo carente de carácter distintivo en relación con los correspondientes productos o servicios no puede desempeñar la función básica de la marca, a saber, la de denotar el origen empresarial. Por su parte, la propia Dirección de Signos Distintivos (DSD) del Indecopi, órgano encargado de calificar las solicitudes de registro de marcas, ha señalado lo siguiente en la Resolución 382-2026/DSD-INDECOPI emitida por la Dirección de Signos Distintivos del Indecopi del 8 de enero del 2026 en el marco de la tramitación del Expediente 51703-2025:

> Es de tener en cuenta que la función esencial de una marca es la de distinguir los productos o servicios de un competidor de los demás productos o servicios que se ofrecen en el mercado. Este carácter distintivo del signo permite al empresario individualizar sus productos o servicios para así participar en el mercado, y al consumidor identificar el origen, procedencia y calidad del producto o servicio que desea adquirir o contratar, sin verse expuesto a confusión o engaño.

A diferencia del caso de inmuebles y vehículos, las marcas no se inscriben en los Registros Públicos (Superintendencia Nacional de los Registros Públicos [SUNARP]), sino

en el Registro de la Propiedad Industrial administrado por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Registro Indecopi), de conformidad con lo señalado en la Decisión 486 (régimen común sobre propiedad industrial), del 14 de septiembre del 2000, y el Decreto Legislativo 1075, del 28 de junio del 2008, que aprueba las disposiciones complementarias a la Decisión 486.

Por ejemplo, para el registro de una marca, la Decisión 486 exige que el signo, además de ser distintivo, sea susceptible de representación gráfica y precisa que su naturaleza no debe ser un obstáculo para el registro. En la práctica, esto implica que cualquier signo —como palabras, imágenes o composiciones musicales— pueda acceder al Registro Indecopi siempre que, en nuestro ejemplo, sea representado gráficamente mediante la escritura, dibujos o pentagramas, respectivamente. Asimismo, el marco normativo impone una serie de prohibiciones (absolutas y relativas) que la DSD debe evaluar al examinar las solicitudes de registro de marcas que se presentan ante su despacho, ya sea de oficio o por iniciativa de parte cuando esta se opone en el marco del procedimiento de registro (Decisión 486, arts. 135-136).

Ahora bien, el registro de marcas se rige por el principio de inscripción registral: una marca solo tendrá protección jurídica a partir de su inscripción en el Registro Indecopi, momento partir del cual el titular adquiere el derecho de uso exclusivo de la marca. De ahí que exista una contingencia importante si una sociedad viene utilizando una marca que no ha sido registrada o que, inclusive siendo registrada, no ha sido oportunamente renovada[1], ya que cualquier tercero podría registrar la misma marca a su favor e impedir que la sociedad continúe utilizándola e, incluso, denunciarla por infracción de sus derechos de exclusividad.

A diferencia de la adquisición de derechos marcarios que, como hemos dicho, nacen con su registro ante el Indecopi, las transferencias no requieren ser formalizadas de manera obligatoria. No obstante, conforme a lo señalado en el artículo 161 de la Decisión 486[2], este tipo de actos solo serán oponibles frente a terceros a partir de su inscripción en el Registro Indecopi, por lo que es recomendable actualizar este para que este refleje lo que, en la realidad, viene ocurriendo con los signos. De lo contrario, por ejemplo, si el

---

1 Los registros marcarios tienen una vigencia de diez años. Al término de este plazo, el titular cuenta con un periodo de gracia de hasta seis meses para solicitar su renovación; de lo contrario, el derecho caducará.

2 El artículo 161 de la Decisión 486 dice: "Un registro de marca concedido o en trámite de registro podrá ser transferido por acto entre vivos o por vía sucesoria, con o sin la empresa a la cual pertenece. Deberá registrarse ante la oficina nacional competente toda transferencia del registro de marca. La falta de registro ocasionará que la transferencia no surta efectos frente a terceros. A efectos del registro, la transferencia deberá constar por escrito. Cualquier persona interesada podrá solicitar el registro de una transferencia. No obstante, la oficina nacional competente podrá denegar dicho registro, si la transferencia acarreara riesgo de confusión".

anterior propietario tuviera deudas impagas, los acreedores podrían solicitar que se traben embargos sobre las marcas, pues sigue apareciendo como titular. Incluso, en la práctica, un tercero podría adquirir las mismas marcas y registrarse como su titular.

De esta forma, la transferencia de una marca se entenderá realizada entre las partes conforme a lo dispuesto en el acto jurídico (entre vivos o por vía sucesoria) que las vincule, mientras que, frente a terceros y para fines de oponibilidad, se entenderá realizada solo a partir de su inscripción en el Registro Indecopi. Esto es así, porque, de conformidad con lo señalado en el artículo 7 del Decreto Legislativo 1075, se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones efectuadas en los registros correspondientes, los que, además, se presumen ciertos mientras no sean rectificados o anulados (Decreto Legislativo 1075)[3].

Ahora bien, para registrar la transferencia de una marca, la persona (natural o jurídica) interesada (titular o adquirente) debe iniciar un procedimiento ante la DSD denominado modificación de registros. En el caso de las personas jurídicas, se deberá adjuntar el documento que acredite las facultades de representación o indicar el asiento y el número de la partida registral en los que consten dichas facultades. Asimismo, si el solicitante ha tramitado algún procedimiento administrativo previo ante el Indecopi, con el mismo representante, podrá citar el número de dicho expediente o adjuntar copia del cargo respectivo, a fin de que la autoridad verifique de oficio la vigencia de sus facultades. También se deberá remitir el sustento de la transferencia, el cual debe constar por escrito e incluir referencias expresas a la marca materia de la transferencia y a su respectivo número de certificado de registro, así como los datos del titular y del adquirente y sus respectivas aceptaciones. Cabe señalar que para la transferencia de otro tipo de signos distintivos, y considerando su especial naturaleza, la autoridad podrá realizar otro tipo de requerimientos[4].

Es importante considerar que la DSD realiza un análisis de fondo en el que verifica, principalmente, si la inscripción de la transferencia vulnera alguna disposición normativa.

---

3 En el Decreto Legislativo 1075, dice el artículo 7 (Registro de actos): "Las transferencias, licencias, modificaciones y otros actos que afecten derechos de propiedad industrial podrán inscribirse en los registros de la propiedad industrial. Los actos y contratos, a que se refiere el párrafo anterior surtirán efectos frente a terceros a partir de su inscripción, salvo las licencias que afecten registros sobre signos distintivos. Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones efectuadas en los registros correspondientes, los cuales se presumen ciertos mientras no sean rectificados o anulados. La dirección competente establecerá la forma de organización de sus respectivos registros y dictará las disposiciones de inscripción que sean necesarias".

4 Por ejemplo, para la transferencia de nombres comerciales que, a diferencia de las marcas, identifican una actividad económica, una empresa o un establecimiento, la DSD requiere que el solicitante acredite que la transferencia de dicho signo distintivo se ha realizado de forma conjunta con la empresa o establecimiento con que venía usándose.

Uno de los supuestos más comunes de denegatorias de inscripción de transferencias ocurre cuando una persona natural o jurídica cuenta con un portafolio de marcas similares entre sí y decide transferir solo una de ellas. Imaginemos, por ejemplo, que la sociedad X es titular de las marcas ABC, abc, AbC y aBc para identificar servicios educativos y decide transferir a un tercero (denominado Y) la marca ABC y conservar para sí las marcas restantes. En este caso, aun cuando X o Y cumplan con los requisitos formales mencionados, resulta altamente probable que la DSD solo inscriba la transferencia si se acredita que, además de la marca ABC, también se han transferido a favor de Y las marcas abc, AbC y aBc o si se demuestra que entre X e Y existe vinculación económica. En caso contrario, la DSD considerará que existe riesgo de confusión y denegará la inscripción, pues, como hemos señalado, dos marcas similares o parecidas no pueden estar inscritas en el Registro DSD a nombre de titulares distintos, salvo que entre ellos exista vinculación económica que permita inferir que ambos responden al mismo centro de intereses.

3. FORMAS DE TRANSFERENCIA DE ACTIVOS REGULADAS EN EL CÓDIGO CIVIL

A efectos de compararlas con las alternativas contempladas en la LGS, repasemos a continuación las distintas formas de transferencia de propiedad de activos reguladas en el Código Civil, en las que podría participar una sociedad:

a. Compraventa: implica la transferencia de activos por un precio. Para ello, se requiere identificar el bien —en este caso, las marcas— y también fijar el precio, que se paga en dinero[5]. El pago del precio podrá ser al contado o diferido.

b. Permuta: implica la transferencia de activos a cambio de otros activos[6]. No hay pago de un precio. En nuestro caso, sería una marca por otra marca o una marca por otro tipo de bien.

c. Donación: implica una transferencia de propiedad a título gratuito, es decir, sin contraprestación alguna[7]. En este caso, implicaría la transferencia de marcas a título gratuito.

d. Dación en pago: a diferencia de las anteriores, no es propiamente un contrato, sino una forma de cancelar obligaciones. Implica cancelar una obligación

[5] Artículo 1529 del Código Civil: "Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad al comprador y éste a pagar su precio en dinero".

[6] Artículo 1602 del Código Civil: "Por la permuta los permutantes se obligan a transferirse recíprocamente la propiedad de bienes".

[7] Artículo 1621 del Código Civil: "Por la donación el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien".

entregando un bien distinto al acordado originalmente[8]. En nuestro caso, ocurriría, por ejemplo, si en lugar de pagar un préstamo con dinero se le paga al acreedor con una marca. Es decir, se le transfiere la propiedad de la marca para pagar la deuda.

Para formalizar la transferencia de una marca frente a la DSD, bajo cualquiera de las modalidades antes descritas, se debe cumplir con los requisitos generales y presentar el original del contrato que acredite el acto jurídico celebrado entre el titular de la marca y el adquirente. Dicho contrato debe indicar de forma expresa la marca objeto de transferencia y su número de certificado correspondiente[9].

Ahora, veamos las alternativas adicionales que tendría una sociedad para adquirir o transferir una marca, conforme a la LGS.

4. APORTE DE CAPITAL PARA CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD

La primera forma de transferencia que aparece en la LGS es la del aporte para constituir una sociedad. Los aportes pueden ser efectuados por personas naturales o jurídicas y pueden ser bienes dinerarios o no dinerarios. Entre los no dinerarios se encuentran los bienes inmuebles y muebles. Entre estos últimos, se encuentran las marcas.

El aporte por constitución implica básicamente la transferencia de un bien por parte de los socios fundadores con el fin de constituir una sociedad. Ello se debe a que las sociedades necesitan contar con un capital social para constituirse, el cual, inicialmente, está integrado por los aportes de los socios fundadores. Así, en una sociedad anónima, los socios fundadores transfieren un bien a la sociedad como aporte de capital y reciben a cambio acciones. Desde otra perspectiva, los socios fundadores suscriben acciones y las pagan, ya sea con dinero o con otro tipo de bienes.

Respecto al aporte de capital, el artículo 22 de la LGS establece que este "transfiere en propiedad a la sociedad el bien aportado". De esta forma, si se aporta una marca, el

[8] Artículo 1265 del Código Civil: "El pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse".

[9] En caso de no presentar el contrato original, también es factible aportar una copia certificada notarialmente del contrato (ya sea del documento íntegro o del extracto relevante). Asimismo, se admite la presentación de un certificado de transferencia (no certificado) o un documento de transferencia (no certificado) suscrito por ambas partes, con el contenido mínimo que exige el Reglamento del Tratado sobre Derecho de Marcas de 1994 (Decreto Supremo 007-2009-RE, 17 de enero del 2009). Al respecto, para el Certificado de Transferencia, el Reglamento del Tratado sobre Derecho de Marcas de 1994 exige, en líneas generales, identificar los números de registro de las marcas involucradas en la transferencia, precisar el alcance de esta, e incluir los datos del cedente y cesionario, así como sus respectivas firmas. Para el documento de transferencia, además de los requisitos mencionados, se requiere una declaración formal de transferencia.

accionista que la aporta dejará de ser titular de esta, la cual pasará a ser propiedad de la sociedad que la recibe. Nótese que se trata de transferencia de propiedad, igual a la que ocurre en una compraventa, donación u otra de las formas de transferencia de propiedad reguladas en el Código Civil, antes comentadas.

En el caso de aporte de bienes no dinerarios, como lo son las marcas, la LGS requiere que se cuente con una valorización, la cual no necesariamente debe ser una tasación efectuada por un tasador colegiado (Resolución 2046-2024-SUNARP-TR [NSIR-T] del 17 de mayo del 2024). Sin embargo, la ley sí exige que contenga requisitos mínimos, como son identificar el bien o fijar el criterio de valorización y el valor asignado[10]. Asimismo, la LGS establece en el artículo 22 que "el aporte de bienes no dinerarios se reputa efectuado al momento de otorgarse la escritura pública". Al respecto, cabe comentar que, para constituir una sociedad, la LGS exige que el acuerdo de constitución —la minuta— se formalice mediante escritura pública ante un notario. En dicha escritura pública constará la evidencia de los aportes. Así, conforme a esta norma, la titularidad de las marcas aportadas se entenderá transferida con el otorgamiento de la escritura pública de constitución.

Ahora bien, para la inscripción de una sociedad en la Sunarp, el Reglamento del Registro de Sociedades aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 200-2001-SUNARP-SN, del 24 de julio del 2001, indica en el literal c) del artículo 35 que la efectividad de la entrega de los aportes se comprobará ante el Registro "si el aporte es de bienes registrados, con la inscripción de la transferencia a favor de la sociedad en el registro respectivo". Esto quiere decir que la inscripción previa en el registro del bien constituye un acto previo o necesario para la inscripción en la Sunarp.

En el caso de las marcas, el registro de la transferencia de la marca en favor de la sociedad ante el Indecopi podrá sustentarse con la minuta de constitución. Este documento debe detallar el aporte con la identificación precisa de la marca y su número de certificado. Además, debe contar con la firma de todos los socios, incluida la del titular del derecho marcario.

---

[10] Artículo 36 del Reglamento del Registro de Sociedades: "En los casos de los aportes de bienes o de derechos de crédito, sin perjuicio de lo exigido por el Artículo 27 de la Ley, el informe de valorización debe contener la información suficiente que permita la individualización de los bienes o derechos aportados. El informe debe estar suscrito por quien lo efectuó y contendrá su nombre, el número de su documento de identidad y domicilio".

5. APORTE DE CAPITAL POR AUMENTO DE CAPITAL

Similar al aporte por constitución de una sociedad es el aporte para aumentar el capital de una sociedad. En este caso, a diferencia del supuesto anterior, la sociedad ya existe y requiere aumentar su capital social. Los accionistas o terceros, personas naturales o jurídicas, realizan aportes a esta y reciben a cambio acciones. Al respecto, la LGS prevé distintas modalidades de aumento de capital social, como son los nuevos aportes, la capitalización de créditos y la capitalización de cuentas patrimoniales como utilidades, beneficios, reservas y primas de capital (LGS, art. 202). En la modalidad de nuevos aportes, estos pueden ser, al igual que en la constitución de una sociedad, aportes dinerarios y no dinerarios, dentro de los cuales se encuentran las marcas. Para los aportes por aumento de capital se deben observar las mismas reglas que rigen el aporte por constitución antes comentado.

Por otro lado, ya que en este caso la sociedad ya existe, el aumento de capital debe ser aprobado por la junta general de accionistas, con un *quorum* y mayoría calificada (LGS, art. 116). El acuerdo de aumento de capital se refleja en un acta, implica modificar el estatuto social en la parte del capital social y debe otorgarse una escritura pública y ser inscrito en los Registros Públicos. Tratándose del aporte de una marca, la inscripción ante la DSD podrá sustentarse en copia certificada notarialmente del acta de aumento de capital o copia simple de su escritura pública. Estos documentos deben detallar el aporte con la identificación precisa de la marca y su respectivo número de certificado, y contar con la firma de los socios participantes en la sesión (incluida la del titular del derecho marcario).

6. TRANSFERENCIA POR DISTRIBUCIÓN DE DIVIDENDOS

En este caso, se trata del pago de las utilidades de una sociedad a sus accionistas mediante la transferencia de marcas. Al respecto, una vez al año, de manera obligatoria, la junta general de accionistas debe reunirse en la denominada junta obligatoria anual, a fin de tratar, entre otros asuntos, la revisión de los estados financieros del ejercicio económico anterior y pronunciarse sobre el destino de las utilidades, si las hubiese (LGS, art. 114). Sobre el destino de las utilidades, la junta obligatoria anual puede acordar su distribución de las utilidades mediante la entrega de dividendos a los accionistas. Cabe indicar que, si bien anualmente la junta general de accionistas puede aprobar la distribución de utilidades en la junta obligatoria anual, ello no obsta para que lo pueda hacer posteriormente en cualquier otra oportunidad. Asimismo, también lo podrá hacer sobre la base de los estados financieros parciales preparados para un determinado periodo, como dividendos a cuenta.

Una vez aprobada la distribución de dividendos, la sociedad quedará obligada a pagarlos a los accionistas. Si bien la forma usual de pagar los dividendos es con dinero y,

pese a no estar regulado expresamente, es posible que dicho pago sea también efectuado en especie, es decir, mediante la transferencia de un bien distinto del dinero, por ejemplo, una marca. Ello debe ser acordado con los accionistas que recibirán los bienes, de manera similar a una dación en pago. De esta forma, una sociedad podría acordar con sus accionistas que, en lugar de pagarles los dividendos en dinero, se los pague mediante la entrega de una marca. De esta manera, se concreta la transferencia de la marca.

Este caso presupone que el titular de la marca inscrita en el Registro Indecopi es la sociedad y que el adquirente del signo serán los accionistas (o un tercero a quien aquellos le hayan cedido los derechos), quienes la recibirán en calidad de dividendo. Para efectos del procedimiento de inscripción de la transferencia ante la DSD, se recomienda utilizar como sustento una copia certificada notarialmente del acta de la junta general de accionistas que asigna la marca al accionista. Como en los casos anteriores, será fundamental que este documento incluya la identificación precisa de la marca materia de la transferencia y su número de certificado.

7. REDUCCIÓN DE CAPITAL

En algunos aspectos, similares a la transferencia de la marca como pago de dividendos, se encuentra la transferencia de la marca mediante reducción de capital. Al respecto, del mismo modo que en una sociedad anónima puede requerirse aumentar el capital social o también puede darse el caso de que los accionistas consideren reducirlo. La LGS regula distintas modalidades de reducción de capital, como son la entrega del valor nominal amortizado, la entrega del importe correspondiente a la participación en el patrimonio neto de la sociedad, la condonación de dividendos pasivos, el restablecimiento del equilibrio entre el capital social, el patrimonio neto disminuido por consecuencia de pérdidas, entre otras (LGS, art. 216). Para el presente caso serían aplicables la modalidad por entrega del valor nominal amortizado y la de entrega del importe correspondiente a la participación en el patrimonio neto de la sociedad.

En los dos casos indicados, como consecuencia de la reducción de capital, se cancelan aquellas acciones que representan la porción del capital social disminuido y los accionistas. A cambio de las acciones de su propiedad que son canceladas, reciben una compensación. En la primera modalidad indicada, reciben el valor nominal amortizado, es decir, un monto equivalente al valor nominal de las acciones que son canceladas. En la segunda modalidad, reciben como pago un monto equivalente al valor patrimonial de las acciones canceladas. Ahora bien, es usual que el pago —ya sea del valor nominal o del valor patrimonial— se realice en dinero. Sin embargo, al igual que en la distribución de utilidades, si bien no está regulado expresamente, el pago puede ser también en especie, como, por ejemplo, mediante la transferencia de marcas, similar también a una dación en pago.

Al igual que el aumento de capital, la reducción de capital solo puede ser aprobada por la junta general de accionistas e implica modificar el estatuto social en lo relativo al capital social. Sin embargo, en las modalidades indicadas, requiere también que se publiquen tres avisos con intervalo de cinco días en el diario oficial *El Peruano* y en otro diario, y que se otorgue el derecho de oposición a los acreedores. También requiere de escritura pública e inscripción en los Registros Públicos.

En el caso de que se transfieran marcas con una reducción de capital, como en el caso anterior, este supuesto presupone que el titular de la marca inscrita en el Registro Indecopi es la sociedad y que alguno de los accionistas será el adquirente del signo a cambio de sus acciones (o un tercero a quien se le haya cedido los derechos). Para efectos del procedimiento de inscripción de la transferencia ante la DSD, se podrá utilizar como sustento una copia certificada notarialmente del acta de junta general de accionistas que aprueba la reducción del capital y la entrega de la marca al accionista. Como en los casos anteriores, será fundamental que este documento incluya la identificación precisa de la marca materia de transferencia y su número de certificado. De manera alternativa, se podrá presentar una copia simple de la escritura pública de dicha acta. En cualquier caso, se recomienda acompañar la solicitud con la constancia de inscripción registral correspondiente para acreditar la validez de la adopción del acuerdo.

8. ESCISIÓN

La escisión es una forma de reorganización societaria regulada por la LGS que implica la división patrimonial de una sociedad. La escisión puede ser total o parcial. Es total cuando se divide en dos o más partes y se extingue. Es parcial cuando la sociedad se divide en dos o más partes, pero no se extingue, es decir, se mantiene vigente (LGS, art. 367). Al respecto, la división de la sociedad se materializa mediante la segregación de uno más bloques patrimoniales, los que son transferidos a sociedades ya existentes o que se constituyen en el proceso de escisión. La escisión solo puede llevarse a cabo entre sociedades. Salvo en determinadas excepciones, los accionistas de la empresa que se escinde reciben a cambio acciones de la sociedad receptora del bloque patrimonial.

Por su parte, los bloques patrimoniales en una escisión pueden estar compuestos por activos o por activos y pasivos. Dentro de esos activos se puede incluir a las marcas. Así, el bloque patrimonial que es escindido por una sociedad puede componerse por uno o más activos y, en nuestro caso, podría estar compuesto por una o más marcas. De esta forma, en términos prácticos, una sociedad podría adquirir o transferir una o más marcas a otra sociedad a través de una escisión.

La escisión debe ser aprobada por la junta general de accionistas, pero requiere que previamente el directorio apruebe un proyecto de escisión y se fije una fecha de entrada

en vigencia de aquella. La escisión requiere también que se publiquen tres avisos con intervalo de cinco días entre cada uno, en el diario oficial *El Peruano* y en otro diario, y que se otorgue a los acreedores de las sociedades involucradas un plazo de treinta días para que se puedan oponerse en caso de que consideren que la escisión afecta la probabilidad de cobro de sus créditos. La escisión se formaliza mediante escritura pública y se inscribe en Registros Públicos, en las partidas registrales de las sociedades involucradas. Al respecto, a nivel registral societario, el artículo 129 del Reglamento del Registro de Sociedades indica que, "en mérito de la inscripción de la escisión, puede solicitarse la inscripción de la transferencia de los bienes y derechos que integran los patrimonios transferidos". Es decir, primero se inscribe la escisión la partida registral de la sociedad y, luego, en los registros de los bienes transferidos.

En el caso de que la escisión incluya marcas, el procedimiento para inscribir las transferencias de registros marcarios en casos de reorganización societaria como la escisión se regula por las disposiciones del Decreto Legislativo 1310, del 20 de diciembre del 2016, que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa. Conforme a esta normativa, la DSD requiere que el titular de la marca o su representante suscriban una comunicación dirigida a la DSD, en la que indiquen que las condiciones que motivaron la concesión del registro marcario se mantienen e incluyan los datos de los documentos por los cuales se formalizó la escisión y el asiento de inscripción correspondiente en los registros públicos. Desde luego, el documento por el que se acuerda la escisión, vale decir el acta de la junta general de accionistas, debe incluir una referencia expresa a la marca que será transferida y a su número de certificado. Cabe señalar que, en virtud de lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1310, la DSD se encuentra impedida de exigir el pago de una tasa administrativa para inscribir el cambio de titularidad derivado de una reorganización societaria, apartándose así del régimen general aplicable a otros procedimientos de modificación registral.

9. REORGANIZACIÓN SIMPLE

La reorganización simple es en estructura similar a la escisión y, al mismo tiempo, al aporte de un bien no dinerario en un aumento de capital. Al igual que la escisión, es también una forma de reorganización societaria regulada en la LGS (art. 391). Es similar a la escisión, pues implica la segregación de un bloque patrimonial de una sociedad a favor de otra, ya sea existente o que se constituya dentro del proceso de reorganización simple. De esta forma, una sociedad también podría adquirir o transferir una o más marcas a favor de otra sociedad, dentro del bloque patrimonial transferido, vía una reorganización simple.

No obstante, a diferencia de la escisión, la sociedad que segrega las marcas a favor de otra sociedad recibe a cambio acciones de dicha sociedad receptora. Es decir, las acciones no las reciben sus accionistas, sino la propia sociedad. En ello, es similar al

aporte de un bien no dinerario en un aumento de capital. Por otro lado, precisamente por esa misma razón, es un proceso más simple, como su nombre lo indica, y no requiere la aprobación de un proyecto previo, ni de publicaciones en los diarios ni de otorgar el derecho de oposición a los acreedores por treinta días.

Al igual que en el aumento de capital, la reorganización simple debe ser aprobada por junta general de accionistas, ser formalizada por escritura pública y ser inscrita en los Registros Públicos. Por otro lado, conforme al artículo 134 del Reglamento del Registro de Sociedades, primero se inscribe la reorganización simple en las partidas registrales de las sociedades involucradas y, luego, en el registro de los bienes transferidos.

Como en el supuesto anterior, el procedimiento para inscribir las transferencias de registros marcarios por reorganización simple se rige por el Decreto Legislativo 1310, por lo que basta que el titular de la marca o el representante de la sociedad suscriba una comunicación dirigida a la DSD en la que indique que las condiciones que motivaron la concesión del registro marcario se mantienen y consigne en la solicitud los datos de los documentos por los cuales se formalizó la reorganización simple y el asiento de inscripción correspondiente en los Registros Públicos. Desde luego, el documento por el que se acuerda la reorganización simple, vale decir el acta de la junta general de accionistas, debe incluir una referencia expresa a la marca que será transferida y a su número de certificado. En este caso, la DSD tampoco puede exigir el pago de una tasa administrativa para inscribir el cambio de titularidad.

10. FUSIÓN

Conforme al artículo 344 de la Ley General de Sociedades, "por la fusión dos o más sociedades se reúnen para formar una sola cumpliendo los requisitos prescritos por esta ley". La fusión, conforme a la Ley General de Sociedades, puede ser de dos tipos: por absorción y por incorporación. En el primer caso, el patrimonio de una sociedad es absorbido por otra sociedad. En el segundo caso, el patrimonio es transferido a una sociedad nueva, la cual absorbe los patrimonios de las sociedades participantes. En ambos casos, el patrimonio de las sociedades podría incluir marcas. De esta forma, una sociedad podría adquirir marcas a través de una fusión.

La fusión también es una forma de reorganización societaria que debe ser aprobada por la junta general de accionistas de las sociedades participantes. Al igual que la escisión, esta requiere que previamente los directorios de las sociedades participantes aprueben un proyecto de fusión, que se fije la fecha de entrada en vigencia de esta y que sea aprobada por las respectivas juntas generales de accionistas. También, al igual que en la escisión, requiere que se publiquen tres avisos con intervalo de cinco días, que se otorgue a los acreedores de las sociedades participantes un plazo de treinta días para

que ejerzan su derecho de oposición si lo consideran conveniente y, finalmente, que se formalice mediante escritura pública y se inscriba en los Registros Públicos, en las partidas registrales de las sociedades involucradas. Al respecto, conforme al artículo 123 del Reglamento del Registro de Sociedades, primero se inscribe la fusión en las partidas registrales de las sociedades involucradas y luego en el registro de los bienes transferidos.

Como en los casos anteriores, si en la fusión se incluyan marcas, el procedimiento para inscribir las transferencias de registros marcarios se rige por el Decreto Legislativo 1310. La transferencia de la titularidad aplica a partir de la entrada en vigor de la fusión, por lo que basta con que el titular de la marca o su representante suscriba una comunicación dirigida a la DSD en la que indique que las condiciones que motivaron la concesión del registro se mantienen y consignen los datos de los documentos por los cuales se formalizó la fusión, así como el asiento de inscripción correspondiente en los registros públicos. Desde luego, el documento por el que se acuerda la fusión, esto es el acta de junta general de accionistas debe incluir referencias expresas a la marca que será transferida y a su respectivo número de certificado. En este caso, la DSD tampoco puede exigir el pago de una tasa administrativa para inscribir el cambio de titularidad.

11. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN

Finalmente, la transferencia de activos de una sociedad podría realizarse con ocasión de la liquidación de una sociedad, como pago del haber social, es decir, como entrega del remanente del patrimonio a los accionistas luego de haber sido pagados los pasivos dentro de un proceso de liquidación de la sociedad. Al respecto, la LGS regula la disolución y liquidación de las sociedades y, si bien existen diversas causales de disolución, el escenario más común es que esto ocurra por acuerdo de la junta general de accionistas (LGS, art. 407). Una vez aprobada la disolución de la sociedad, la propia junta debe nombrar a un liquidador, quien se encargará de llevar a cabo la liquidación de la sociedad, es decir, en términos generales, de la venta de los activos de la sociedad para pagar sus pasivos con el producto de dicha venta (LGS, art. 413). Si luego de haber sido pagados todos los pasivos quedasen activos en la sociedad, entonces corresponde que este remanente sea entregado a los accionistas como haber social (LGS, art. 420). Cabe indicar que la ley también prevé la posibilidad de adelantar el pago del haber social bajo responsabilidad del liquidador, es decir, que la transferencia de los activos podría hacerse incluso antes de finalizar la liquidación (LGS, art. 420).

Es usual que el pago del haber social se realice en dinero; sin embargo, si bien esto no está regulado expresamente, el pago también se podría realizar con bienes si así lo acuerdan la sociedad y los accionistas, tal como ocurre en una dación en pago. De este modo, si entre los bienes remanentes existiesen marcas, estas podrían ser transferidas por la sociedad a los accionistas como pago del haber social. Para inscribir la transferencia

de las marcas ante la DSD en estos casos, se podrá utilizar como sustento el documento de transferencia del haber social debidamente suscrito por el liquidador y por el receptor del haber social que se convertirá en el nuevo titular del signo. Dicho documento debe identificar con claridad la marca materia de la transferencia y su respectivo número de certificado.

12. CONCLUSIONES

Como se ha podido apreciar, existen diversas circunstancias reguladas en la LGS en las que una sociedad adquiere o transfiere activos, incluyendo las marcas, además de las circunstancias previstas en el Código Civil. Las normas societarias —en particular, la LGS— regulan en gran medida las formalidades que deben ser observadas por las sociedades involucradas para que se produzca la adquisición o la transferencia de activos. Salvo en el caso del aporte por constitución, en las operaciones comentadas se requiere la participación de la junta general de accionistas.

Notamos que, entre las formas societarias de adquisición de marcas por parte de las sociedades, se encuentra el aporte de capital tanto para la constitución de sociedades como para el aumento de capital. Estos aportes pueden ser efectuados por personas naturales o por personas jurídicas. Luego, entre las alternativas societarias para transferir marcas por parte de una sociedad, se encuentran la distribución de dividendos, la reducción de capital y el pago del haber social en el caso de la disolución y liquidación de la sociedad. En estos casos, ocurre una situación similar a la dación en pago, en la cual se espera que el pago sea en dinero, pero, por acuerdo de la sociedad y de los accionistas, se paga con un activo, como podría ser una marca. Quienes tienen el derecho a cobrar y, por lo tanto, quienes recibirían en principio las marcas son los accionistas, quienes a su vez pueden ser personas naturales o jurídicas.

También están las alternativas societarias que pueden involucrar tanto la adquisición como la transferencia de marcas por parte de sociedades, como son las operaciones de reorganización societaria, es decir, la fusión, la escisión y la reorganización simple. En estas operaciones participan únicamente las sociedades.

En cuanto a la transferencia de marcas, en primer lugar, se debe tener en cuenta que, además de las marcas, existen otros signos distintivos como los nombres comerciales, los lemas comerciales, las marcas colectivas, las marcas de certificación y las denominaciones de origen, cada uno con sus respectivas particularidades. De este modo, según el tipo de signo distintivo que se pretenda transferir, se deberá revisar si existen normas particulares distintas de las comentadas. Por otro lado, se debe considerar que la marca que se transferirá no debe ser similar o parecida a otras marcas que permanezcan en poder del transferente cuando estas identifiquen los mismos productos o servicios. Es decir,

para evitar eventuales observaciones por riesgos de confusión, la transferencia deberá considerar las marcas similares o parecidas inscritas en la misma clase o en clases entre las que exista conexión competitiva.

Finalmente, si bien no es obligatorio para que la transferencia sea oponible a terceros, por seguridad para el adquirente, se debe actualizar la titularidad de las marcas ante el registro de marcas del Indecopi. Dicho registro es distinto del registro societario y, por lo tanto, se deberá realizar un trámite adicional. Para ello, se debe tener en cuenta que, salvo en el caso de la fusión, en los documentos respectivos se debe identificar las marcas transferidas y sus respectivos números de certificado. Las normas marcarias regulan el procedimiento a seguir para estos propósitos y, por ello, deben ser consideradas al estructurar las operaciones societarias.

REFERENCIAS

Código Civil. Decreto Legislativo 295 de 1984. Arts. 1265, 1529, 1602, 1621. 24 de julio de 1984 (Perú).

Decisión 486 [Comunidad Andina de Naciones]. Por la cual se establece el régimen común sobre la propiedad industrial. 14 de septiembre del 2000. https://www.gob.pe/institucion/indecopi/normas-legales/1683529-486-can

Decreto Legislativo 1075. Por el cual se aprueban las disposiciones complementarias a la Decisión 486. 28 de junio del 2008. Diario Oficial El Peruano. https://www.gob.pe/institucion/pcm/normas-legales/1660155-1075

Decreto Legislativo 1310. Por el cual se aprueban las medidas adicionales de simplificación administrativa. 30 de diciembre del 2016. Diario Oficial El Peruano. https://www.gob.pe/institucion/pcm/normas-legales/9881-1310

Decreto Supremo 007-2009-RE. Por el cual se aprueba el Reglamento del Tratado sobre Derecho de Marcas de 1994. 17 de enero del 2009. Diario Oficial El Peruano. https://www.gob.pe/institucion/pcm/normas-legales/9881-1310

Fernández-Novoa, C. (2004). *Tratado sobre derecho de marcas* (2.ª ed.). Marcial Pons.

Ley 26887 de 1997. Por la cual se establece la Ley General de Sociedades. 9 de diciembre de 1997. Diario Oficial El Peruano. https://www.gob.pe/institucion/congreso-de-la-republica/normas-legales/2516154-26887

Resolución 382-2026/DSD-INDECOPI [Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual]. Por la cual se solicita el registro de la marca constituida por la denominación Asociación de estudiantes peruanos en Rusia, para distinguir servicios de entretenimiento, actividades desportivas y culturales, de la clase 41 de la clasificación internacional. 8 de enero del 2026.

Resolución 200-2001-SUNARP-SN [Superintendencia Nacional de los Registros Públicos]. Por la cual se aprueba el Reglamento del Registro de Sociedades. 24 de julio del 2001. https://www.gob.pe/institucion/sunarp/normas-legales/7250565-200-2001-sunarp-sn

Resolución 2046-2024-SUNARP-TR (NSIR-T) [Superintendencia Nacional de Registro Públicos]. Por la cual se busca que, para la inscripción del aumento de capital por aporte de un vehículo, el registrador deberá verificar que se encuentre inscrita su transferencia en el Registro de Propiedad Vehicular, como aporte al capital a favor de la sociedad, y no bajo otro título de adquisición distinto al aporte, como el de donación. 17 de mayo del 2024.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2015, 20 de noviembre). Proceso 268-IP-2015. https://app.vlex.com/vid/1055061249

Puesta a disposición, gobernanza algorítmica e intermediación en el *streaming* musical

Rodrigo Javier Gozalbez*
Universidad Austral, Argentina

Lucas Matías Lehtinen**
Universidad Austral, Argentina

Recibido: 15 de febrero del 2026 / Aceptado: 4 de mayo del 2026
doi: https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2026.n061.8613

RESUMEN. Este artículo analiza cómo la transición desde la distribución analógica hacia el *streaming* reconfiguró la cadena de valor de la música. Lejos de eliminar la intermediación: emergen agregadoras y nuevos contratos de distribución digital como respuesta a costos de transacción, asimetrías negociales y exigencias técnicas del entorno *online*. En paralelo, el eje regulatorio se desplaza desde la mera puesta a disposición hacia un problema de visibilidad: la recomendación algorítmica asigna atención y, por esa vía, condiciona ingresos con opacidad y dificultades de verificación para los creadores. Se propone así un enfoque de gobernanza algorítmica que integra propiedad intelectual, transparencia y defensa de la competencia, sosteniendo que el algoritmo no solo refleja el mercado, sino que lo construye como regla implementada en *software*.

PALABRAS CLAVE: derecho de autor y derechos conexos / entorno digital / licenciamiento de música / distribución digital / derecho de puesta a disposición / propiedad intelectual / industria musical

* Abogado especializado en derechos de autor y derechos conexos, graduado en la Universidad Católica de Santa Fe y magíster en Propiedad Intelectual por la Universidad Austral. Actualmente, se encuentra cursando los estudios de doctorado en Derecho Privado en la Universidad de Salamanca (España). Es profesor y tutor de la maestría en Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías de la Universidad Austral, y miembro del Centro de Propiedad Intelectual de dicha casa de estudios. Es secretario general de la Escuela Latinoamericana de Propiedad Intelectual y agente de propiedad industrial ante el INPI. Es titular del despacho jurídico GZLZ, disertante en temáticas relacionadas con los derechos intelectuales y autor de diversos artículos de doctrina especializados en propiedad intelectual. Recientemente, publicó la obra *Revolución digital y propiedad intelectual. El desafío del derecho de autor en la era de la puesta a disposición* junto a Lucas Lehtinen (2025), editado por la editorial española Tirant Lo Blanch.

** Magíster en Administración de Empresas por la Escuela de Graduados de Ciencias Económicas) y en Propiedad Intelectual por la Universidad Austral. Abogado por la Universidad Nacional de Córdoba. Se desempeña como director de la maestría en Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías (Universidad Austral) y es fundador de la consultora Argeopolis y Líder Global de Educación en GLIPA.

MAKING AVAILABLE, ALGORITHMIC GOVERNANCE, AND INTERMEDIATION IN MUSIC STREAMING

ABSTRACT. This article examines how the shift from physical distribution to music streaming has reshaped market intermediation rather than eliminating it, highlighting the role of digital aggregators and distribution licensing as responses to transaction costs, bargaining asymmetries, and technical compliance in online environments. It then argues that the legal and economic focus has moved from mere "making available" to the governance of visibility: algorithmic recommendation systems allocate attention and thereby shape revenue outcomes, while remaining structurally opaque and hard to audit for creators. The paper advances an integrated framework of algorithmic governance connecting copyright, transparency obligations, and competition law, stressing that recommendation systems function as market rules implemented through software rather than neutral tools.

KEYWORDS: copyright and neighbouring rights / digital environment / music licensing / digital distribution / right of making available / intellectual property / music industry

1. INTRODUCCIÓN

La digitalización no eliminó la intermediación en la industria musical: la reconfiguró. El paso del soporte físico al *streaming* desplazó el eje desde la distribución y el control de copias hacia el acceso continuo a catálogos masivos, dentro de un ecosistema gobernado por plataformas, agregadoras y contratos de licenciamiento cada vez más estandarizados. En ese entorno, el derecho de autor conserva su función central —asegurar la autorización de uso y la remuneración correspondiente—, pero su efectividad económica depende de variables que lo exceden: la arquitectura de descubrimiento, la recomendación algorítmica y la gobernanza de la visibilidad.

La literatura especializada ha documentado ampliamente la primera fase de esta transformación: la crisis del modelo discográfico tradicional, la emergencia de la piratería digital y la posterior consolidación del *streaming* como formato dominante. Sin embargo, buena parte de ese análisis permanece anclado en el problema del acceso —en las condiciones bajo las cuales las obras se ponen a disposición del público— sin interrogar con igual rigor lo que ocurre después: cómo se distribuye la atención una vez que el catálogo está disponible, quién gobierna los mecanismos que conectan obras con oyentes y bajo qué estándares de transparencia operan esos procesos. En un mercado en el que coexisten más de cien millones de grabaciones, la mera disponibilidad no garantiza escucha ni, por tanto, remuneración (International Federation of the Phonographic Industry, 2025). El cuello de botella ya no es el acceso a la obra, sino el acceso a la audiencia.

Este desplazamiento tiene consecuencias jurídicas y económicas que la doctrina del derecho de autor no ha incorporado plenamente. Los modelos de reparto prorrata y las métricas de reproducción que estructuran el flujo de regalías presuponen un oyente que elige libremente dentro de un catálogo neutral, cuando en rigor la elección está mediada —y en gran medida configurada— por sistemas de recomendación cuyo funcionamiento interno resulta opaco tanto para titulares de derechos como para reguladores. Esta opacidad no es un defecto técnico menor: define quién cobra, cuánto cobra y bajo qué condiciones compite. Comprender la economía del *streaming* exige, por tanto, mirar más allá del contrato de licencia y examinar la infraestructura algorítmica que determina su rendimiento efectivo.

El artículo examina, en primer lugar, cómo el *streaming* reorganiza la cadena de valor y los incentivos contractuales con especial atención al papel de las agregadoras y a las asimetrías informacionales en la rendición de cuentas. En segundo lugar, sostiene que el debate contemporáneo debe incorporar una dimensión hasta ahora insuficientemente explorada: el tránsito del derecho de puesta a disposición al problema de la descubribilidad, terreno en el que los sistemas de recomendación asignan atención y, por esa vía, determinan ingresos y posiciones competitivas. Por último, conecta esa gobernanza algorítmica con la defensa de la competencia y con los riesgos de manipulación —payola digital, granjas

de *bots* y fraude de *streaming*—, y propone criterios concretos de transparencia, auditoría y debido proceso orientados a preservar la integridad del mercado musical y la legitimidad del sistema de remuneración.

2. LA RECONFIGURACIÓN TECNOLÓGICA

El proceso de reconfiguración tecnológica en la industria musical puede explicarse por diversos momentos históricos que gestaron una serie de transformaciones decisivas. Sin lugar a duda, el desarrollo de la matriz innovativa que conocimos bajo el nombre de internet puede ubicarse en el primer escalón de esa progresión. La doctrina señala este origen en el proyecto Machine Aided Cognition – Project on Mathematics and Computation, iniciado en 1963, en el ámbito del Civil Enginnering Systems Lab del Massachussets Institute of Technology (Defense Advanced Research Projects Agency, s. f.). Dicha investigación contenía un principio clave, esto es, desarrollar nuevas modalidades de uso de ordenadores para dar lugar a lo que, posteriormente, se conocería como la interactividad (Lipszyc, 2004). Si bien, a la luz de nuestra actualidad, el proceso de desarrollo se encontraba en una etapa embrionaria, lo cierto es que dichos estudios constituyeron el punto de partida para innovar en las formas de acceso y usos en el entorno digital (Stallings, 2000).

En consonancia con el avance de estas investigaciones, internet, conforme ampliaba las fronteras de uso, incrementaba la necesidad de elevar la expectativa de observancia (Bercovitz Rodríguez-Cano, 2024). En este punto, los titulares de derechos de autor y derechos conexos, en especial las compañías discográficas, transformaron sus estrategias comerciales e incrementaron su presencia en el nuevo entorno (Fisher, 2004). No obstante, con el lanzamiento de la plataforma iTunes[1], las formas de comercialización en soportes materiales intensificaron las inversiones y la presencia comercial en soportes innovadores y fuertemente identificados con el ámbito *online*, entre los que se destacaron el mp3[2]. iTunes propuso simplificar el acceso de canciones disponibles en la palma de la mano (Stassen, 2026). El cambio fue relevante, especialmente en materia de observancia y gestión de derechos (GozalBez, 2023).

El mercado de las descargas en línea no resolvió los problemas tradicionales de los usos no autorizados del entorno analógico. Sin embargo, la velocidad de la innovación tecnológica parecía no tener limite. En efecto, a pocos años de presentarse la plataforma de descargas musicales precitada, surgió una nueva forma de disfrute de contenidos que se presentaba en diversas modalidades que podrían entrelazar la transmisión

1 El servicio fue lanzado en el año 2001 (Bahamonde, 2025).

2 MPEG-1/-2 Audio Layer III (.mp3) es un formato de audio comprimido en comparación con el formato *waveform audio file format* (.wav).

simultánea, el contenido a la carta y nuevas experiencias de interactividad: el s*treaming*[3]. Esta tecnología surgió acompañada de una serie de postulados entre los que se destacan eliminar los usos ilícitos fomentando modelos de negocios basados en acceso autorizado, disminuir el proceso de intermediación del sector de las industrias de contenidos de base creativa para conectar de forma directa al creador con su audiencia y, finalmente, y no por ello menos ambicioso, el *streaming* se proyectaba con la intención de producir mejoras en la distribución de ingresos del mercado creativo.

La aparición de prácticas de *stream-ripping*, la manipulación de métricas y rendimiento, el uso de perfiles falsos de plataformas, etcétera, controvirtieron el postulado de supresión de ilegalidad propiciado por el *streaming* (Pascua Vicente, 2023). No obstante, en este trabajo, nos centraremos en el segundo y tercer postulado. En efecto, el modelo de negocios actual de la música concentró los aspectos esenciales de los esquemas de intermediación alejándose del clamor por conectar de forma directa a los artistas con su público. Estos titulares, sumados a los tradicionales sujetos intervinientes en el mercado musical, comenzaron a encontrarse con la necesidad de establecer relaciones comerciales con nuevos actores intervinientes en la escena.

Entre estos actores, se destacaban las empresas agregadoras de contenido conforme a la negociación y a la celebración del contrato de distribución digital[4]. Nos concentraremos en analizar este nuevo sujeto, no solo para entender los motivos por los cuales la intermediación se hace presente en el sector, sino también por su estricta conexión con el entorno digital. Asimismo, resulta gravitante analizar su desenvolvimiento en el mercado, ya que de dicho análisis podrán comprenderse aspectos esenciales del problema de las diferencias entre el valor y la percepción de los ingresos, motivo de constantes disputas entre autores y artistas frente a los sujetos que explotan lícitamente sus obras y prestaciones en internet.

3. CARACTERÍSTICAS DE LOS VÍNCULOS INTERSUBJETIVOS EN EL CONTEXTO DE LA INTERMEDIACIÓN EN EL MERCADO DE LA MÚSICA

Como observamos, la transformación de entornos propiciada por internet y, especialmente, por el modelo del *streaming*, motivó la proliferación de nuevos sujetos deseosos de incorporarse al mercado musical. Anticipamos al lector que aquel estamento relativo a la reducción o eliminación de los niveles de intermediación comercial no se cumpliría

[3] El *streaming* fue definido por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual y Proyecto USAID (2013) como "la puesta a disposición de contenidos de audio o video digitales a través de internet, que no implica reproducción de los mismos en el servidor del usuario" (p. 15).

[4] A modo de ejemplo, podemos mencionar como exponentes de empresas agregadoras a OneRPM, Ditto Music, CD Baby, Distrokid, etcétera.

o, por lo menos, no lo haría con el alcance esperado. Si analizamos dicho postulado, nos encontraríamos frente al concepto de desintermediación, esto es, un esquema de desplazamiento o desacople de un sujeto intermediario por otro agente o, desde otro ángulo, una mengua en el nivel de relevancia de sus servicios en el mercado. Lo anterior cobra énfasis si se lo constata con la sustitución del impacto de dicho sujeto en el mercado objetivo como consecuencia de cambios en los términos de intercambio (Chircu, Kauffman & Wang, 2007, como se citó en Galuszka, 2015).

En esta sintonía, el sujeto en el que centraremos el enfoque de nuestro análisis se encuentra representado por las denominadas agregadoras digitales o agregadoras musicales (*music aggregators*). Estas se configuran como una persona jurídica comercial cuya función es intermediar en el mercado musical, conforme la realización de diversas operaciones de oferta y demanda, colocándose en un espacio de equidistancia entre los productores de fonogramas y las plataformas digitales de música. Estas últimas son otro tipo de sujeto característico del entorno digital. A continuación, analizaremos una serie de elementos que justifican la aparición y desarrollo de estos sujetos en la escena del negocio de la música. El primer elemento es de naturaleza económica y se encuentra relacionado con una serie de costos de transacción (Galuszka, 2015).

Galuszka (2015), siguiendo a Furubotn y Richter, brinda un enfoque que discrimina entre estos costos, es decir, aquellos relativos a la información de con quién contratar, al conocimiento de los acuerdos que deben concretarse, a la observancia y cumplimiento de los acuerdos concretados, y al conocimiento de las relaciones sociales de los actores económicos. Estos caracteres modelan el nivel de participación del intermediario en el mercado justificando su existencia y participación. En efecto, si dichos costos fueran escasos o inexistentes, se incrementaría la posibilidad de la no justificación de aquel intermediario, ya que los sujetos intervinientes podrían contratar de forma directa.

El segundo elemento que justifica la aparición y desarrollo de estos sujetos en la escena del negocio de la música es de naturaleza jurídico-negocial. No sorprende que, en espacios económicos, como los que representa el negocio de la música, existan insuficiencias en la proporcionalidad de las relaciones subjetivas. En este marco, surge un carácter relevante: la difusión en el equilibrio negocial de los participantes. Dicha divergencia en la capacidad de negociación de las partes evidencia la necesidad de un sujeto adicional que, intermediando entre creativos y empresas inversoras, establezca un balance que concrete la proyección negocial. En concreto, el intermediario permite que las partes accedan a un importante número proveedores necesarios para llevar adelante su rol en el negocio. Para ahondar en términos prácticos: un artista que es propietario de sus grabaciones o fonogramas normalmente se encuentra en inferioridad de condiciones para acceder al mercado objetivo. Aquí es donde interviene la agregadora ofreciendo la posibilidad de ingresar a dicho mercado de forma amplia y veloz, es decir, multiplataforma "a un solo clic".

Los elementos analizados impactan en diversas aristas. Para comprender las relaciones entre estos elementos resulta propicio volver al traspaso de entornos. Si bien desde el punto de vista económico la diferencia entre lo analógico de lo digital fue relevante, también lo fue en términos de gestión de derechos, es decir, desde una mirada jurídico-comercial. En otra oportunidad, analizamos la metamorfosis música-producto a uno de música-servicios y su impacto en la brecha de valor existente en el sector[5]. Pero ahondando en dicho esquema, los efectos en el mercado real pueden apreciarse fácilmente. Si nos situamos en un contexto analógico en el que una tienda o comercio físico de venta de discos operaba en el mercado, la confrontación de ese mismo rubro, al mutar hacia la dinámica digital, es decir, hacia la comercialización de soportes digitales, evidencia una serie de problemas anteriormente inexistentes. En efecto, una plataforma digital, en comparación con la tienda física de ejemplares, se enfrenta a nuevas necesidades. El problema de la adquisición o el licenciamiento de catálogos resulta uno de los principales obstáculos en aras de la rentabilidad del negocio. Aquí resurge el elemento relacionado con los costos de transacción.

Ahondando en lo estrictamente jurídico, la actividad contractual merece nuestra atención. Conforme la proliferación de los sujetos intermediarios que este articulo analiza, surgió la necesidad, independientemente de los ordenamientos jurídicos aplicables, de la autorregulación de los vínculos intersubjetivos mediante el instrumento contrato de distribución digital o licencia de distribución digital. Dicho acuerdo se estructura bajo la forma de licencia de derechos intelectuales que otorga al licenciado o licenciatario, en este caso la empresa agregadora, una autorización para explotar facultades intelectuales de tipo económicas sobre los fonogramas[6]. Con el propósito de desenvolverse en el dinamismo del entorno digital, el contrato suele autorizar la sublicencia en favor del licenciatario para poder operar ofreciendo un despliegue multiplataforma. Entre los grupos de plataformas, se encuentran especialmente los servicios de *streaming*. De igual forma, el contrato de distribución digital es amplio y abastece otras necesidades adicionales como la concesión de licencias para sincronizaciones audiovisuales, publicidad, derechos de imagen, servicios de *marketing*, etcétera.

5 Desde la perspectiva de los números, un dato de impacto puede resumirse de la siguiente manera: la música comercializada como un esquema de producto, es decir, aquel en el que el usuario de una plataforma del tipo de iTunes descargaba una canción en formato mp3 pagando US$ 1 generaba para el titular de dicho fonograma US$ 0,7 o US$ 0,6. Con el paso a un patrón de servicios, cada transmisión genera para el titular del fonograma que se pone a disposición entre US$ 0,001 yUS$ 0,003, dependiendo de diversos factores que condicionan el esquema tarifario (Gozalbez, 2023).

6 A título ejemplificativo, los derechos de reproducción, comunicación pública, acceso, puesta a disposición, transformación, distribución, difusión y venta en el entorno digital a través de internet y servicios de *streaming* de contenidos.

En materia de plazos, se suelen utilizar fórmulas de baja amplitud, pero acopladas de cláusulas de tácita reconducción que permiten sostener las relaciones entre las partes y adaptarse al dinamismo propio del negocio. En término de distribución de participación, estas licencias contienen diversos convenios según la propuesta comercial de la agregadora. En algunos casos, el intermediario propone una tarifa única para poner a disposición el contenido acompañada de una participación puntual en los derechos de distribución generados. En otros casos, se reduce dicha participación incluso al mínimo, pero se acuerda un pago mensual o anual por mantener publicado el contenido. Finalmente, existen modelos gratuitos con un nivel menor de requerimiento contractual y mayor impacto en esquemas *freemium*.

El nivel de actuación de este tipo de intermediarios se expresa también en distintas acciones que son propias del entorno digital, en el que las agregadoras de contenido se destacan. Estas funciones pueden presentarse teniendo en cuenta las relaciones entre los sujetos relacionados. A diferencia de lo que sucede en el caso de una empresa discográfica de envergadura comercial, en el caso de un productor independiente, el vínculo con estos intermediarios permite acceder profesionalmente al mercado (Adedeji & Röschenthaler, 2025). Esta diferencia se aprecia en mayor medida si volvemos a la comparación de entornos. En el mundo analógico, era poco probable que un artista pudiera acceder a grabar profesionalmente sus interpretaciones, convertirse en el titular de dichos derechos fonográficos y, menos aún, contar con un canal de comercialización para ubicar dichos productos en el mercado. El avance de la tecnología y la facilidad de generar grabaciones decentes con bajos requerimientos técnicos, independientemente del grado de elasticidad de las cláusulas contractuales utilizadas por las agregadoras para obtener licencias, permitieron que los titulares de estas prestaciones puedan poner a disposición sus grabaciones por una escasa inversión económica.

Una consecuencia de acceder a este mercado lo representa la posibilidad de gestionar una estrategia de valorización del contenido mediante su monetización, lo que constituye otra ventaja otorgada por las empresas agregadoras. En este orden de ideas, la posibilidad de entablar relaciones con plataformas *multichannel* y vincular prestaciones musicales y audiovisuales en diversos espacios permite al titular obtener ingresos diversos, circunstancia cuya dificultad se incrementaría sin la existencia de dicha intermediación.

Desde otro punto de vista, es decir, el de los servicios de *streaming* o plataformas digitales de música, la empresa agregadora facilita el acceso a los catálogos. Dicha universalidad de productos goza de un proceso previo de licenciamiento, en el que la sublicencia existente en el contrato de distribución se convierte en un elemento de vital importancia para este tipo de sujetos. Asimismo, las precitadas licencias fueron otorgadas por un amplio espectro de titulares, lo que se traduce en ventajas dinámicas

que no solo mejora el desenvolvimiento comercial, si no que eleva la seguridad jurídica de los sujetos contratantes.

Ahondando en las funciones de intermediación, en términos prácticos, las empresas agregadoras ofrecen el monitoreo de derechos, la adaptación de los formatos digitales a los requisitos del minorista en línea, la digitalización y la entrega de materiales de *marketing* a las tiendas digitales de música (Galuszka, 2015). Especialmente, las tareas de monitoreo y observancia resultan esenciales para sostener los niveles de control y conocimiento de la propiedad de las obras y prestaciones en línea. Si bien estas tareas suelen ser un complemento a las que históricamente desarrollaron las sociedades de gestión colectiva, las empresas agregadoras fueron paulatinamente asumiendo diversos roles relacionados con la gestión de usos no autorizados o reclamos relativos a los derechos patrimoniales, principalmente sobre los fonogramas. Estas tareas se plasman en distintas acciones y remedios con los que el intermediario cuenta, muchos de estos estipulados contractualmente. A modo de ejemplo, las agregadoras suelen receptar reclamos de empresas discográficas y retener liquidaciones, así como indisponibilizar el contenido o incluso proceder a la eliminación de perfiles.

De igual forma, la intermediación contribuye en otros aspectos de la reducción de costos; en concreto, con las tareas de estandarización del contenido licenciado o adaptación de este a los requisitos técnicos de las plataformas de destino. Esto es, los servicios de *streaming*, en última instancia, ponen a disposición del público las obras y prestaciones. Debido a que estas últimas empresas cuentan con plataformas informáticas con características particulares en materia de tratamiento de información sobre los productos —datos de los titulares de derechos, DRM, políticas de anuncios publicitarios y segmentación del consumidor—, las agregadoras armonizan implementando economías de escala (Galuszka, 2015).

A pesar de las numerosas ventajas y funciones desarrolladas por las empresas agregadoras digitales, las actividades de intermediación cuentan con elementos de alto grado de complejidad. La pérdida de información relativa a las obras y prestaciones, las declaraciones insuficientes o erróneas sobre quien se consigna como autor, intérprete o ejecutante en un determinado fonograma profundizan las dificultades en materia de identificación de usos. Este inconveniente repercute directamente en materia económica. Wikström señala que

> algunas de las críticas formuladas por intérpretes y compositores se centran en el hecho de que el proveedor del servicio paga regalías principalmente a las discográficas y no a los compositores, músicos o intérpretes de manera directa. Los creadores se quejan de que no reciben una parte justa de estos ingresos. (2013, p. 438)

Dicha observación se torna aún más compleja a la hora de analizar las relaciones contractuales de la industria. Muchas veces, en los productos que se ponen a disposición del público, participan artistas que no forman parte de la actividad contractual que da lugar al proceso de licenciamiento de catálogos. Este problema se traduce directamente en la pérdida de una real participación en los ingresos generados por los usos en el entorno digital. En este esquema, los sectores vinculados a la industria fonográfica "afirman que las regalías deben considerarse como ventas musicales por unidades, lo que en este caso significaría que los músicos deben recibir entre el 10 % y el 20 % de los *royalties* abonados por las compañías" (Wikström, 2013, p. 438).

Por otro lado, los sectores que representan a los autores y artistas plantean que "no pueden compararse en absoluto con las ventas de discos tradicionales, y que deben tratarse como derechos de ejecución: en tal caso, los músicos tendrían derecho al 50 % de los ingresos y no al 20 %" (Wikström, 2013, p. 438). Estas observaciones condicionan la actividad del intermediario y refuerzan la necesidad de elevar los niveles de seguridad jurídica para todos los sujetos involucrados. En este contexto, la función de la agregadora de armonización de requisitos de las plataformas digitales respecto de la puesta a disposición final del contenido se presenta como catalizador de la problemática descripta. Finalmente, un elemento de notoria actualidad vinculado a la actividad de las agregadoras como intermediarias en el mercado de la música lo representa la segmentación algorítmica y el uso de herramientas predictivas para influir en las prácticas de consumo y dirigir contenidos. Este tema será abordado en el próximo punto.

4. GOBERNANZA ALGORÍTMICA DEL *STREAMING*: RECOMENDACIÓN, COMPETENCIA Y MANIPULACIÓN DE MÉTRICAS

La economía del *streaming* ha desplazado el eje de análisis desde la mera disponibilidad del catálogo hacia un problema más sutil y, a la vez, más determinante: la asignación de atención. En términos jurídicos, esto significa que no basta con que una obra esté correctamente licenciada y puesta a disposición del público en el sentido del artículo 3.2 de la Directiva InfoSoc. La captación efectiva de audiencia depende, en gran medida, de cómo la plataforma organiza la visibilidad de los contenidos mediante sistemas de recomendación, *rankings*, listas editoriales y reproducción programada (Tribunal de Justicia de la Unión Europea [Gran Sala], 2021). La bibliografía reciente subraya, además, un déficit estructural de evidencia pública sobre el diseño y la operación real de estos sistemas —más allá de modelos idealizados—, así como sobre su impacto sostenido en los mercados musicales y en la experiencia de los usuarios (Hesmondhalgh et al., 2023).

A este déficit se suma un hallazgo que refuerza la urgencia del análisis: los estudios empíricos sobre remuneración en *streaming* documentan, de forma consistente, dos fenómenos con relevancia jurídica inmediata (Confédération internationale des sociétés

d'auteurs et compositeurs, 2025). En primer lugar, una elevada concentración de ingresos en un número reducido de titulares. En segundo lugar, dificultades significativas de los propios creadores para comprender y verificar las cantidades que perciben, lo cual pone de manifiesto la necesidad de mecanismos robustos de transparencia y auditabilidad (Costas et al., 2025).

4.1. Del derecho de puesta a disposición al derecho de descubribilidad

El derecho de puesta a disposición, tal como fue concebido en los instrumentos internacionales y europeos, resuelve el problema del acceso formal: garantiza que el titular pueda autorizar (o prohibir) que su obra esté disponible en un servicio digital (Tribunal de Justicia de la Unión Europea [Gran Sala], 2021). Sin embargo, en mercados caracterizados por una abundancia informacional sin precedentes —catálogos de decenas de millones de fonogramas y una atención del usuario que es, por definición, finita—, el problema económico real se desplaza del "estar" al "ser encontrado" y, en última instancia, al "ser escuchado". Se configura, así, una paradoja normativa: la obra puede hallarse formalmente disponible y, al mismo tiempo, resultar materialmente invisible por efecto del *ranking*, la curación algorítmica o el diseño de la interfaz.

Szkalej (2025) ha identificado con lucidez este punto ciego (*blind spot*) del derecho de autor frente al poder mediador de los sistemas de recomendación proponiendo conceptualizar el *right to be heard* (derecho de descubribilidad) como una dimensión relacional e infraestructural de la participación cultural. La noción resulta fértil para el análisis que aquí se propone, aunque conviene precisar su alcance. El derecho de descubribilidad no aspira a configurarse como un nuevo derecho exclusivo ni como una garantía de resultado comercial. Se trata, más bien, de un estándar regulatorio mínimo que articula tres exigencias: transparencia sobre los criterios que determinan la visibilidad, prohibición de discriminación arbitraria en el posicionamiento algorítmico y acceso a mecanismos efectivos de revisión frente a decisiones automatizadas que produzcan una exclusión desproporcionada.

4.2. Arquitectura funcional de los sistemas de recomendación en plataformas musicales

Para los fines del análisis jurídico, resulta más útil describir la recomendación como una cadena secuencial de decisiones que como un algoritmo monolítico. Esta descomposición permite identificar con mayor precisión los puntos en los que se producen las decisiones con relevancia normativa:

- Captura de señales conductuales del usuario. El sistema registra y procesa un amplio repertorio de interacciones: búsquedas, saltos de pista, repeticiones, tiempo efectivo de escucha, guardados en biblioteca, seguimientos a artistas

y, cada vez más, variables contextuales como horario, dispositivo o actividad declarada.

- Selección del conjunto de candidatos. A partir de las señales anteriores, el sistema conforma un pool inicial de obras susceptibles de ser recomendadas, recurriendo a criterios de similitud (acústica, de género, de coescucha), contexto editorial y tendencias agregadas.
- Ordenamiento o ranking. De ese conjunto, el sistema prioriza qué obras aparecerán primero y en qué posición, lo que optimiza una función objetiva que combina métricas de retención, satisfacción estimada del usuario, diversidad del catálogo, criterios de seguridad y, en no pocos casos, objetivos comerciales de la propia plataforma.
- Intervención editorial y de producto. Superpuesta a la capa algorítmica, opera una capa de decisiones humanas o semiautomatizadas: curación de playlists, campañas promocionales, ubicaciones privilegiadas en la interfaz, lógica de autoplay y programación editorial.
- Retroalimentación recursiva. Lo recomendado altera los patrones de escucha; los patrones de escucha, a su vez, alimentan al sistema. Esta circularidad plantea riesgos específicos de path dependency y de cristalización de sesgos iniciales.

El punto crítico para la propiedad intelectual y el derecho de la competencia reside en que buena parte de esta cadena opera bajo condiciones de opacidad funcional. Como advierten Hesmondhalgh et al. (2023), existe poca investigación pública que examine la arquitectura real de estos sistemas —no la declarada— y su impacto efectivo sobre los mercados musicales (Eriksson et al., 2019). En cuanto a los sesgos concretos, la evidencia disponible apunta a riesgos de *concentration bias* —sobreexposición de artistas ya establecidos o vinculados a grandes sellos— y de sesgos culturales o geográficos que penalizan repertorios de mercados no centrales (Weerasinghe et al., 2025), un fenómeno particularmente relevante para la diversidad de las industrias musicales nacionales.

4.3. Incentivos económicos y efectos distributivos: cuando la recomendación define la regalía

En el ecosistema del *streaming*, la recomendación no es un servicio accesorio, sino una infraestructura económica de primer orden: modifica la exposición, la exposición modifica el consumo y el consumo determina la distribución de regalías. El diseño del sistema de remuneración y el diseño del recomendador deben leerse, por tanto, como dos caras de una misma gobernanza. Disociarlos equivale a analizar la distribución de ingresos ignorando el mecanismo que, en la práctica, la condiciona.

Dos hallazgos empíricos recientes resultan especialmente pertinentes. En primer lugar, el estudio de Costas et al. (2025) sobre el caso alemán documenta una marcada polarización en la remuneración y, lo que es igualmente preocupante, dificultades generalizadas entre los creadores para comprender la estructura y los montos de sus ingresos derivados del *streaming*. Este dato no es meramente anecdótico: evidencia un fallo en los mecanismos de rendición de cuentas que debería activar las obligaciones de transparencia previstas en la normativa sobre derechos de autor. En segundo lugar, Gierens (2026) ha demostrado que las funciones de escucha programada —ya sean de origen editorial o algorítmico— pueden representar una proporción muy significativa del consumo total en plataformas como Spotify. Bajo el esquema de reparto prorrata predominante, el impulso algorítmico o editorial de determinados catálogos tiende a reducir el pago relativo del resto dado que la remuneración se calcula sobre la cuota de reproducciones dentro del *pool* total de *streams*.

Frente a estas distorsiones, la literatura ha explorado alternativas y ajustes al modelo dominante. Los modelos *user-centric*, que alinean el pago con el consumo individual de cada suscriptor, y las variantes que distinguen entre tipos de *streams* según la calidad del *engagement* del usuario (Gierens, 2026; Moreau et al., 2022) no constituyen únicamente propuestas de política cultural. Funcionan también como mecanismos de integridad del mercado en la medida en que reducen el incentivo económico para inflar artificialmente el volumen de reproducciones de baja autenticidad —un fenómeno que, como se verá en las secciones siguientes, plantea desafíos específicos en materia de fraude y manipulación de métricas—.

4.4. Punto de contacto con la propiedad intelectual: licenciamiento frente a reglas de visibilidad

Desde la perspectiva de la propiedad intelectual, el licenciamiento cumple una doble función: resuelve la autorización de uso y establece la base jurídico-contractual de la remuneración. Ahora bien, el rendimiento económico efectivo de esa licencia queda condicionado por un conjunto de reglas de visibilidad que, en la mayoría de los casos, la plataforma determina unilateralmente: criterios de *ranking*, inclusión en *playlists*, formatos promocionales, políticas de seguridad o de integridad del contenido. Dicho de otro modo, licenciar una obra no equivale a visibilizarla, y la visibilidad es una variable decisiva de su valor patrimonial.

Es aquí donde el derecho de descubribilidad opera como puente dogmático entre disciplinas. Permite conceptualizar la visibilidad no como un mero hecho de mercado, sino como una condición de efectividad tanto del acceso cultural como de la remuneración del titular. Esta perspectiva justifica la imposición de exigencias proporcionadas de transparencia y la articulación de mecanismos de revisión cuando decisiones

automatizadas —o semiautomatizadas— degradan el alcance de una obra con impacto patrimonial demostrable (Costas et al., 2025; Szkalej, 2025).

En términos prácticos, este punto de contacto entre licenciamiento y visibilidad se despliega en tres niveles analíticos diferenciados:

1. En el plano contractual (micro), se manifiesta en la necesidad de cláusulas de reporte granular, derechos de auditoría y definiciones precisas de *stream* válido que preserven la integridad de las métricas sobre las que se calcula la remuneración.
2. En el plano de la propiedad intelectual (meso), se traduce en deberes reforzados de información y rendición de cuentas compatibles con el derecho del titular a una remuneración no solo equitativa, sino verificable (Costas et al., 2025).
3. En el plano de la competencia (macro), se proyecta sobre un problema estructural: cuando la visibilidad constituye un cuello de botella, el control del *ranking* puede funcionar como instrumento de exclusión, autopreferencia o discriminación.

Este escenario exige una coordinación analítica deliberada entre el derecho de la propiedad intelectual y el derecho de defensa de la competencia (Hesmondhalgh et al., 2023), coordinación que, hasta ahora, ha sido más invocada que practicada.

5. CONEXIÓN CON LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA: ALGORITMOS COMO HERRAMIENTA (Y OBJETO) DE CONTROL DE MERCADO

El análisis desarrollado hasta aquí ha mostrado que la recomendación algorítmica no es un servicio auxiliar, sino la infraestructura que determina la distribución efectiva de atención y, con ella, de ingresos. Corresponde ahora examinar esta infraestructura desde la perspectiva del derecho de la competencia, disciplina que aporta herramientas conceptuales y remedios institucionales complementarios —y, en ciertos escenarios, más eficaces— que los disponibles en el ámbito de la propiedad intelectual. La tesis que vertebra este apartado es que el algoritmo de recomendación puede funcionar simultáneamente como herramienta de competencia y como objeto de control regulatorio: permite competir mejor a quien lo diseña, pero también puede instrumentalizarse para excluir, discriminar o extraer valor de los participantes del ecosistema que dependen de él.

5.1. Definición de mercado en plataformas musicales: mercados de varios lados

El análisis competitivo de las plataformas de *streaming* musical exige partir de su naturaleza multilateral, lo cual tiene consecuencias metodológicas que van más allá de lo meramente descriptivo. La plataforma no opera como un intermediario lineal que conecta

oferta con demanda en un mercado único. Coordina simultáneamente tres conjuntos de agentes con intereses parcialmente divergentes: los usuarios u oyentes, los anunciantes —en los modelos con financiación publicitaria o híbridos— y los titulares de derechos, categoría heterogénea que comprende sellos discográficos, editoriales musicales, artistas individuales y agregadoras o distribuidoras digitales.

La consecuencia es bien conocida en el derecho de la competencia desde la consolidación de la teoría de mercados de dos o varios lados: los precios y la calidad del servicio no pueden observarse ni evaluarse desde un único lado del mercado, porque las decisiones estratégicas de la plataforma internalizan las externalidades cruzadas entre todos los lados. Pero en el mercado musical, esta multilateralidad adquiere una dimensión adicional que merece ser subrayada. El poder de mercado puede manifestarse no solo como capacidad de fijar precios o condiciones económicas —que es la expresión convencional—, sino también como control sobre tres recursos que, en la economía de la atención, resultan decisivos: el acceso a la demanda, la interfaz de descubrimiento —*rankings*, *playlists*, posiciones destacadas en la pantalla de inicio— y los datos que cierran el circuito de optimización algorítmica y que, como se verá en la subsección siguiente, generan ventajas acumulativas difícilmente replicables.

En este contexto, la discusión no se agota en el precio del servicio al consumidor final (Comisión Europea, 2024) —que, en muchos modelos *freemium*, es cero en términos monetarios, lo que ya de por sí complica el análisis *antitrust* tradicional centrado en el precio—. El orden de exposición opera, en la práctica, como un recurso escaso y, en consecuencia, como una variable competitiva de primer orden. Si el catálogo de una plataforma dominante contiene decenas de millones de fonogramas pero su interfaz expone, de forma efectiva, unos pocos miles en posiciones de alta visibilidad, entonces esas posiciones constituyen un *bottleneck* funcional (un cuello de botella) que condiciona el acceso al mercado de manera análoga a como lo hacían, en la economía analógica, los espacios en estantería o las franjas de programación radiofónica. El debate sobre el rol de Spotify como posible cuello de botella del mercado musical ilustra precisamente esta dinámica: las plataformas dominantes pueden reconfigurar unilateralmente la distribución y el acceso a audiencia con efectos asimétricos que favorecen sistemáticamente a las *majors* y a los catálogos con mayor poder de negociación en detrimento de sellos independientes y nuevos entrantes (Einhorn, 2021).

Esta observación tiene una implicación metodológica que no siempre se explicita: la definición del mercado relevante en estos casos no puede limitarse al mercado de servicios de *streaming* musical para consumidores. Este debe contemplar, al menos como mercado conexo, el mercado de acceso a visibilidad algorítmica para proveedores de contenido en el que la plataforma ocupa una posición que puede ser dominante incluso cuando su cuota en el mercado de usuarios no alcance los umbrales convencionales.

5.2. Poder de plataforma basado en datos: ventaja informacional y efectos de red

En las plataformas digitales, el poder de mercado se apalanca de forma decisiva en la ventaja informacional, un fenómeno cuya magnitud conviene no subestimar. La plataforma acumula y procesa datos de consumo, retención, segmentación, elasticidades de demanda y eficacia de campañas promocionales a una escala que resulta inalcanzable para los titulares individualmente considerados. Pero la ventaja no es solo cuantitativa —más datos—, sino cualitativa: la plataforma conoce el comportamiento *comparado* de los usuarios frente a catálogos competidores dentro de su propio servicio, lo que le permite calibrar con precisión qué contenidos generan mayor retención, cuáles son sustituibles entre sí y cuáles resultan imprescindibles para segmentos específicos de audiencia. Esa información granular sobre sustituibilidad y elasticidad cruzada es, en sí misma, un activo competitivo de extraordinario valor del que ningún titular dispone por separado.

Esta ventaja, además, se retroalimenta mediante efectos de red indirectos que operan en una lógica circular acumulativa: un mayor número de usuarios genera más datos conductuales, los datos permiten entrenar y optimizar mejores sistemas de recomendación, una mejor recomendación incrementa la satisfacción y la retención del usuario, y esa mayor retención atrae a más titulares que necesitan estar presentes donde está la audiencia, lo que a su vez atrae a más usuarios. El resultado es un ciclo virtuoso para la plataforma incumbente que, simultáneamente, se convierte en un ciclo vicioso para potenciales competidores: cada iteración amplía la brecha de datos y dificulta la entrada al mercado. En la terminología del análisis económico de plataformas, se trata de un mecanismo clásico de *tipping*: una vez que la plataforma alcanza cierta masa crítica, la dinámica competitiva tiende a consolidar posiciones dominantes de forma endógena sin necesidad de conductas abusivas en sentido estricto.

Desde la óptica jurídica, el punto crucial es que la plataforma no se limita a intermediar entre oferta y demanda en un sentido pasivo o neutral, sino que gobierna el acceso a la demanda mediante *software*, y ese gobierno puede operar con opacidad estructural e incluso con sesgos estratégicos deliberados (Dos Anjos, 2024). La plataforma decide qué variables alimentan el sistema de recomendación, cómo se ponderan, qué objetivos optimiza la función de *ranking* y qué contenidos quedan relegados a posiciones de baja visibilidad. Todo ello ocurre dentro de una caja negra cuyas reglas no pueden observar los titulares de derechos y, mucho menos, impugnar con información verificable (Pasquale, 2015). La asimetría informativa resultante no es un efecto colateral del modelo de negocio, sino, en buena medida, su condición de posibilidad. Y es precisamente esa asimetría la que justifica la intervención del derecho de la competencia, porque convierte a la plataforma en un regulador *de facto* del mercado al que, sin embargo, no se le aplican las obligaciones de transparencia, motivación y revisión que normalmente exigimos a quienes ejercen funciones de gobernanza sobre mercados.

5.3. Conductas relevantes: un mapa analítico

Para evaluar —ya sea en sede litigiosa, regulatoria o de dictamen— las prácticas con potencial anticompetitivo en el ecosistema del *streaming* musical, conviene ordenar las conductas típicas en un mapa de riesgos que permita identificar tanto los instrumentos como los mecanismos de daño. No se trata de un catálogo cerrado, sino de una tipología funcional que facilita el encuadre jurídico de conductas que, en la práctica, suelen presentarse combinadas.

*5.3.1. Autopreferencia (*self-preferencing*)*

La autopreferencia se configura cuando la plataforma —especialmente si cumple un rol dual o se encuentra verticalmente integrada— favorece contenidos propios o afiliados mediante el *ranking*, la prominencia en la interfaz, la inclusión preferente en *playlists* editoriales o el acceso privilegiado a formatos promocionales. En el ecosistema musical, esta conducta cobra especial relevancia cuando la plataforma desarrolla catálogos propios, adquiere derechos editoriales o mantiene relaciones contractuales preferenciales con determinados sellos que se traducen en ventajas de visibilidad no accesibles para los demás.

La literatura de competencia advierte que la autopreferencia no es un fenómeno abstracto ni puramente teórico: se implementa, con frecuencia, precisamente a través de los algoritmos de búsqueda y recomendación, lo que dificulta su detección y prueba por parte de los afectados. Su evaluación jurídica exige un análisis de efectos —tanto pro como anticompetitivos— que atienda a las circunstancias concretas del mercado. Por un lado, cierto grado de curación editorial y de priorización puede generar eficiencias legítimas en la experiencia del usuario. Por otro, cuando esa priorización se instrumentaliza para excluir o marginar contenidos competidores sin justificación objetiva, se configura una conducta susceptible de sanción. El debate sobre los estándares de aplicación adecuados oscila entre la regla de la razón —que exige demostrar efectos netos anticompetitivos caso por caso— y las prohibiciones *ex ante* del tipo previsto en el artículo 6(5) del Reglamento de Mercados Digitales de la Unión Europea (Parlamento Europeo & Consejo Europeo, 2022a), que prohíbe a los *gatekeepers* tratar de forma más favorable sus propios servicios en el *ranking* (Kim, 2024; Sato & Kittaka, 2024). La elección entre uno y otro estándar no es neutral: determina quién soporta la carga de la prueba y, con ello, la viabilidad práctica de la impugnación.

5.3.2. Discriminación algorítmica

El foco se desplaza aquí a la degradación o elevación del alcance de determinados contenidos sin transparencia ni debido proceso, ya sea por razones comerciales, por condiciones contractuales diferenciales o por decisiones de integridad o seguridad mal

calibradas. A diferencia de la autopreferencia, que presupone un interés directo de la plataforma en el contenido favorecido, la discriminación algorítmica puede obedecer a lógicas más difusas: priorización de contenidos que maximizan métricas de retención a corto plazo, penalización de géneros o formatos que generan mayor tasa de abandono, o sesgos emergentes del propio entrenamiento del modelo que perjudican sistemáticamente a ciertos repertorios sin que exista una decisión explícita de discriminar.

Esta dimensión adquiere particular gravedad cuando la recomendación define, en los hechos, el acceso a audiencia y, con ello, los ingresos del titular. Un artista o sello cuyo catálogo es consistentemente relegado a posiciones de baja visibilidad no enfrenta una mera desventaja comercial: enfrenta una exclusión funcional del mercado efectivo análoga a la que produciría una negativa de suministro o una restricción de acceso a una infraestructura esencial. El problema, como ha señalado Dos Anjos (2024), no reside únicamente en la opacidad de la caja negra algorítmica, sino en el potencial uso estratégico de esa opacidad como mecanismo de gobierno del mercado. La imposibilidad de conocer las reglas del juego no solo impide impugnarlas, también disuade la propia impugnación, lo que genera un efecto disciplinario silencioso sobre los participantes del ecosistema.

5.3.3. Cláusulas contractuales integradas con ventajas de visibilidad

En las plataformas de contenido, la conducta con relevancia competitiva rara vez es puramente algorítmica o contractual: suele ser combinada, y es precisamente esa integración la que dificulta su encuadre en las categorías tradicionales del derecho de la competencia. Términos contractuales —descuentos en comisiones, tasas diferenciadas, condiciones de distribución exclusiva— se articulan con premios de visibilidad bajo la forma de inclusión en *playlists* editoriales, ubicación en módulos destacados de la interfaz o acceso a campañas promocionales financiadas por la plataforma. El resultado es un paquete competitivo en el que las condiciones económicas y las condiciones de exposición se negocian conjuntamente, de modo que evaluar unas sin las otras ofrece una imagen incompleta de la dinámica real del mercado.

El caso de herramientas como Discovery Mode de Spotify resulta paradigmático y merece un análisis detenido. Bajo este esquema, el proveedor de contenido acepta una reducción de su regalía a cambio de que el sistema de recomendación incorpore un sesgo favorable hacia su catálogo. En apariencia, se trata de una transacción voluntaria entre partes sofisticadas. Sin embargo, la voluntariedad de la decisión está condicionada por la asimetría de poder negociador: para un artista independiente o un sello pequeño, la alternativa a aceptar la reducción no es mantener la regalía íntegra con la misma visibilidad, sino quedar relegado a un nivel de exposición aún menor en un entorno donde la visibilidad algorítmica es condición *sine qua non* de la viabilidad comercial.

Gambato y Sandrini (2025) han demostrado que este tipo de mecanismos plantea interrogantes serios de eficiencia asignativa —¿se promueve el contenido que más valor genera para el usuario o el que más margen genera para la plataforma?—, de sesgo sistemático —¿el sistema favorece estructuralmente a quienes aceptan menores regalías?— y de concentración progresiva del mercado en la medida en que solo los catálogos con respaldo financiero suficiente pueden permitirse invertir en visibilidad mediante reducciones de ingresos.

5.3.4. Barreras de entrada

Las barreras de entrada en este ecosistema no son exclusivamente tecnológicas en sentido estricto: son institucionales y se implementan como arquitectura de producto. Pueden surgir del acceso desigual a datos analíticos —la plataforma controla qué métricas comparte con los titulares y con qué granularidad—, del acceso restringido a interfaces de programación y herramientas de promoción, o de la ausencia de sistemas de atribución transparentes que permitan a los titulares evaluar de forma independiente el rendimiento de su catálogo.

A estas barreras informacionales, se suman condiciones estructurales que refuerzan la posición de los incumbentes: una mayor predictibilidad del rendimiento derivada del historial acumulado de datos, mayor capacidad de inversión promocional —incluyendo la capacidad de asumir reducciones de regalías a cambio de visibilidad, como se ha descrito— y acuerdos de catálogo que aseguran posiciones privilegiadas de partida en la arquitectura de recomendación. El efecto agregado de estas barreras es que la competencia en el mercado de contenido musical se libra, cada vez más, no solo en la calidad de la creación, sino en la capacidad de navegar y financiar el acceso a la infraestructura de descubrimiento. Para un nuevo entrante sin capital ni historial de datos, la barrera no es entrar al catálogo de la plataforma —eso lo resuelve cualquier agregadora digital por un costo marginal—, sino alcanzar un nivel mínimo de visibilidad que haga viable la competencia efectiva.

Como conclusión jurídico-económica de este apartado, conviene formular con claridad una proposición que atraviesa todo el análisis: el algoritmo de recomendación no refleja el mercado, lo construye (Gillespie, 2014). Operar un sistema de *ranking* y recomendación equivale, en términos funcionales, a operar una regla de mercado implementada en *software*. Esa regla determina quién es visible y quién no, qué contenidos acceden a la demanda y cuáles quedan confinados a la larga cola del catálogo, qué titulares perciben una remuneración significativa y cuáles reciben cantidades marginales.

Reconocer esta función constitutiva del algoritmo tiene consecuencias normativas directas. Si el sistema de recomendación opera como regla de mercado, debe ser sometido al escrutinio del derecho de la competencia con el mismo rigor analítico con que se evalúan

las prácticas de exclusión, los abusos de posición dominante y las restricciones verticales en mercados tradicionales. La diferencia es que aquí el instrumento de control no es el precio, la cláusula contractual ni la negativa de suministro, sino el diseño de exposición: una variable que, por su naturaleza algorítmica, resulta más difícil de observar, más compleja de probar y más resistente a los remedios convencionales (Carugati, 2022; Kim, 2024). Precisamente por ello, la convergencia entre el derecho de la competencia, la regulación de plataformas digitales y las garantías de transparencia algorítmica no son un lujo académico, sino una necesidad operativa para cualquier marco institucional que aspire a preservar condiciones mínimas de competencia efectiva en los mercados musicales del siglo xxi.

6. MANIPULACIÓN DE MÉTRICAS, FRAUDE DE *STREAMING* Y MARCO DE REMEDIOS

6.1. Payola digital y manipulación de visibilidad

La payola tradicional descansaba en pagos ocultos a cambio de difusión radiofónica. En el *streaming,* la lógica persiste, pero el objeto muta: la infraestructura crítica es ahora el descubrimiento algorítmico —*playlists*, recomendación personalizada y *autoplay*—. El fenómeno del *pay-to-playlist* constituye una forma contemporánea de comercio de visibilidad que plantea tensiones regulatorias específicas, dado que las plataformas de *streaming* no están sujetas al régimen de divulgación obligatoria aplicable a la radiodifusión (Buccafusco & García, 2022).

Las modalidades actuales abarcan un espectro que va desde lo comercialmente opaco hasta lo abiertamente fraudulento. Los acuerdos de promoción encubiertos obtienen visibilidad aumentada sin señalización al usuario ni a los competidores. La compra de tráfico alimenta directamente el *ranking* con reproducciones o señales conductuales adquiridas; cuando cruza el umbral del engaño deliberado, el encuadre jurídico se desplaza hacia lo ilícito. Las granjas de cuentas y la optimización artificial de señales —manipulación de guardados, seguimientos y comparticiones— buscan activar los mecanismos de recomendación mediante indicadores falsos de *engagement*.

La relevancia jurídica de estas prácticas se despliega en tres planos convergentes. En materia de transparencia, la pregunta central es si existe *disclosure* adecuado e inteligible cuando la prominencia de un contenido responde a una contraprestación económica (Buccafusco & García, 2022). En el plano de la lealtad comercial, la simulación de mérito o popularidad orgánica puede constituir engaño al mercado. Desde la perspectiva de la competencia, cuando la visibilidad se convierte en peaje, el riesgo es una dinámica que refuerza la concentración en favor de quienes disponen de mayor capacidad de inversión promocional (Gambato & Sandrini, 2025; Roberg-Crane, 2025).

6.2. Fraude de *streaming*: tipología e impactos

El fraude de *streaming* es el punto donde convergen distribución de regalías, integridad sistémica y competencia. La literatura documenta expresamente la incidencia de prácticas como la compra masiva de reproducciones, la generación de cuentas falsas y la manipulación de *playlists* como factores que distorsionan tanto el cálculo de regalías como las señales de mercado (Costas et al., 2025). El esquema prorrata dominante presenta, además, vulnerabilidades estructurales frente a la inflación artificial de volumen (Jensen, 2023).

Una taxonomía funcional permite distinguir cinco modalidades principales: las *stream farms* que reproducen masivamente catálogos para capturar pagos del *pool*, los *bots* de reproducción que automatizan la generación de *streams* mediante scripts, el secuestro de cuentas (*account takeovers*) que emplea credenciales comprometidas para simular comportamiento orgánico, el blanqueo de señales mediante dispersión del tráfico en *playlists* y rotación de catálogos, y la manipulación de señales de usuario para elevar artificialmente los indicadores que inciden en la priorización algorítmica.

Los impactos son acumulativos y multidimensionales. El desvío de regalías opera como una transferencia ilegítima dentro del *pool* —un daño distributivo sistémico— (Jensen, 2023). La falsa apariencia de popularidad deteriora las señales reputacionales sobre las que operan usuarios e industria. La ventaja artificial frente a artistas legítimos configura una barrera competitiva *de facto*. Y, de forma menos evidente, las propias medidas antifraude implementadas con opacidad pueden producir falsos positivos que afecten a titulares legítimos, lo que reintroduce la necesidad de garantías de debido proceso (Dos Anjos, 2024).

6.3. Responsabilidad y remedios: un enfoque por capas

La complejidad del ecosistema exige un sistema de respuestas diferenciado. En el plano contractual, los instrumentos disponibles comprenden garantías de autenticidad del tráfico (*representations & warranties*), derechos de auditoría independiente, mecanismos de *clawback* por *streams* inválidos, procedimientos de *takedown* sujetos a estándar probatorio y cláusulas de terminación por incumplimiento material (Costas et al., 2025). En el plano civil, las vías incluyen acciones por daños derivados del desvío de ingresos, competencia desleal, enriquecimiento sin causa y prácticas comerciales engañosas (Roberg-Crane, 2025). En el plano regulatorio, opera el estándar de transparencia proporcional y la obligación de motivación mínima frente a decisiones que degradan visibilidad o desmonetización conciliando secretos comerciales con *accountability* mediante marcos de transparencia funcional que no exigen apertura total del código (Carugati, 2022; Dos Anjos, 2024).

Un aspecto frecuentemente desatendido es la dimensión probatoria. La acreditación del fraude o de la discriminación algorítmica requiere *logs* y trazabilidad de acceso, analítica de comportamiento —cohortes, anomalías estadísticas, ratios de salto—, pericias especializadas en detección de anomalías y una cadena de custodia que garantice la admisibilidad procesal de los datos.

6.4. Gobernanza algorítmica: auditoría, métricas y debido proceso

El estándar de auditoría más defendible no consiste en auditar el código, sino en auditar resultados, trazabilidad y consistencia: qué variables influyen en la exposición, qué umbrales se aplican, cómo se detectan anomalías y qué instancias de revisión existen. La opacidad algorítmica debe abordarse con soluciones institucionales que equilibren innovación y control (Dos Anjos, 2024).

Un sistema de gobernanza creíble requiere, como mínimo, detección de anomalías en patrones de reproducción no orgánicos, verificación de cuentas con fricción adaptativa, normalización del comportamiento ponderando duración efectiva y diversidad de consumo, y definiciones de *stream* válido consistentes y auditables (Jensen, 2023). La legitimidad del ecosistema depende, en última instancia, de que las decisiones automatizadas con impacto económico estén sujetas a garantías mínimas de debido proceso: aviso oportuno al titular afectado, explicación del motivo suficiente de la decisión e instancia efectiva de revisión ante un decisor que no sea la propia máquina (Tribunal de Justicia de la Unión Europea [Gran Sala], 2022). Sin estas garantías, la lucha contra el fraude corre el riesgo paradójico de erosionar la confianza de los participantes que el ecosistema más necesita retener (Carugati, 2022; Dos Anjos, 2024).

7. HACIA UNA GOBERNANZA ALGORÍTMICA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: PANORAMA COMPARADO, VACÍOS REGULATORIOS Y PROPUESTAS

Las secciones precedentes han descrito un problema que desborda las fronteras de cualquier disciplina jurídica aislada: la visibilidad algorítmica se ha convertido en condición de efectividad tanto del acceso cultural como de la remuneración de los titulares de derechos sin que los ordenamientos vigentes hayan articulado una respuesta coherente a esta realidad (Costas et al., 2025; Szkalej, 2025). Corresponde ahora situar el análisis en perspectiva comparada, identificar los vacíos regulatorios más significativos y formular un conjunto de propuestas que, en su articulación, configuran lo que aquí denominamos gobernanza algorítmica de la propiedad intelectual como categoría dogmática emergente.

7.1. Panorama comparado: tres modelos en construcción

7.1.1. Unión Europea: regulación por capas, implementación pendiente

La Unión Europea es, a la fecha, la jurisdicción que ha avanzado con mayor ambición normativa en este terreno, aunque mediante instrumentos dispersos que aún no se han coordinado de forma efectiva para el sector musical (Hesmondhalgh et al., 2023). Tres pilares merecen ser destacados.

El primero es el Reglamento de Servicios Digitales de la Unión Europea (Parlamento Europeo & Consejo Europeo, 2022b), plenamente aplicable desde el 2024, el cual impone a las plataformas de gran tamaño obligaciones de transparencia sobre los parámetros principales de sus sistemas de recomendación (art. 27), la obligación de ofrecer al usuario al menos una opción no basada en perfilado (art. 38) y la posibilidad de auditorías algorítmicas independientes (art. 37). El acto delegado sobre acceso a datos para investigadores, adoptado en julio del 2025 conforme al artículo 40, refuerza este pilar al establecer procedimientos para que las plataformas compartan información interna con fines de investigación de riesgos sistémicos (Comisión Europea, 2025). No obstante, las primeras evaluaciones sugieren que las divulgaciones realizadas hasta ahora permanecen en un nivel muy general (Johnson & Roy, 2025; Trujillo et al., 2025). Por su parte, en su Reglamento de Mercados Digitales (Parlamento Europeo & Consejo Europeo, 2022a), prohíbe la autopreferencia a los *gatekeepers* designados (art. 6.5) y les exige garantizar a los usuarios profesionales el acceso a los datos generados por su propia actividad (art. 6.10). Si bien plataformas de *streaming* musical como Spotify no han sido designadas como *gatekeepers* hasta la fecha, las reglas establecen precedentes interpretativos relevantes sobre acceso a datos y equidad competitiva (Carugati, 2022; Kim, 2024).

Finalmente, la Directiva [UE] 2019/790 sobre derechos de autor en el mercado único digital (Parlamento Europeo & Consejo Europeo, 2019) introdujo en sus artículos 18 a 22 un régimen de transparencia contractual y remuneración justa directamente pertinente. El artículo 19 impone a los licenciatarios y cesionarios la obligación de proporcionar a autores e intérpretes información periódica, actualizada, pertinente y completa sobre la explotación de sus obras, incluyendo modos de explotación, ingresos generados y remuneración debida (Bossi & Ciani Sciolla, 2022). El artículo 20 complementa este deber con un mecanismo de ajuste contractual cuando la remuneración inicialmente pactada resulte desproporcionadamente baja. Sin embargo, la transposición ha sido desigual entre los Estados miembros (Observatorio Audiovisual Europeo, 2023) y su aplicación práctica al ecosistema de *streaming* —donde la cadena de intermediación entre plataforma, agregadora, sello y creador diluye la trazabilidad— dista de estar resuelta (Costas et al., 2025).

El déficit europeo reside, paradójicamente, en la coordinación. El DSA regula la transparencia algorítmica sin considerar sus efectos sobre la remuneración de los titulares; la Directiva 2019/790 regula la remuneración sin atender a la gobernanza algorítmica que la condiciona; y el DMA aborda la competencia en plataformas sin un enfoque sectorial para la industria musical. El resultado es un marco regulatorio potencialmente robusto pero fragmentado, cuya eficacia dependerá de la capacidad de los operadores jurídicos para articular estos instrumentos de forma convergente (Dos Anjos, 2024).

7.1.2. Estados Unidos: fragmentación sectorial y propuestas emergentes

El panorama estadounidense se caracteriza por una fragmentación sectorial más pronunciada y por la ausencia de un marco general de transparencia algorítmica comparable al europeo. La Copyright Act (17 U.S.C.) de 1976 regula el licenciamiento y los mecanismos de fijación de tasas ante la Copyright Royalty Board, pero no contiene disposiciones que aborden la incidencia de la recomendación algorítmica sobre la remuneración efectiva. La Federal Trade Commission dispone de competencias para perseguir prácticas comerciales engañosas —lo que podría abarcar ciertos supuestos de payola digital y fraude de métricas (Buccafusco & García, 2022)—, pero su actuación en el ámbito específico del *streaming* musical ha sido limitada.

En el plano legislativo, la Protect Working Musicians Act de 2023 (H. R. 5576 del 19 de septiembre del 2023) representa la iniciativa más relevante: propone conceder a los músicos independientes una exención *antitrust* que les permita negociar colectivamente con las plataformas dominantes de distribución musical y con desarrolladores de inteligencia artificial generativa. La propuesta reconoce implícitamente que la asimetría de poder entre creadores individuales y plataformas con posición dominante impide una negociación efectiva de las condiciones que determinan tanto la remuneración como la visibilidad. Si bien el proyecto no ha sido aprobado a la fecha, su formulación evidencia un reconocimiento legislativo del problema que este artículo analiza. En materia de transparencia, el enfoque estadounidense ha privilegiado la autorregulación sectorial sobre la intervención regulatoria directa, una orientación reforzada por el giro desregulador iniciado en 2025. Este modelo deja la gobernanza algorítmica del *streaming* esencialmente en manos de las propias plataformas con las limitaciones que ello implica en términos de *accountability* (Roberg-Crane, 2025).

7.1.3. América Latina: vacío regulatorio con señales incipientes

América Latina presenta el panorama más rezagado en materia de gobernanza algorítmica aplicada a la industria musical, pero también señales incipientes que permiten identificar ventanas de oportunidad regulatoria. En el plano de la competencia, las autoridades de Brasil, México y Chile han comenzado a abordar los desafíos que los algoritmos plantean

para los mercados digitales. La autoridad brasileña de competencia ha investigado conductas relacionadas con algoritmos de precios en sectores como combustibles y aerolíneas sentando precedentes metodológicos transferibles al análisis de plataformas de contenido. En México, la extinta Comisión Federal de Competencia Económica —hoy integrada en la Comisión Nacional Antimonopolios— condujo su primera investigación en mercados digitales examinando cómo los algoritmos, en el núcleo de las plataformas, influyen sobre la dinámica competitiva (Baker McKenzie, 2025). Chile ha avanzado en la regulación de inteligencia artificial con un proyecto de ley centrado en transparencia, equidad y supervisión humana (Levy Yeyati, 2025), aunque sin disposiciones específicas para el sector musical.

A pesar de ello, ninguna de estas jurisdicciones ha articulado hasta ahora un marco que conecte las obligaciones de transparencia algorítmica con los derechos de los creadores musicales frente a las plataformas de *streaming*. Los marcos de derecho de autor de la región —que en países como Chile, Colombia y Argentina protegen obras musicales con estándares sustantivamente equivalentes a los europeos (Valente et al., 2025)— carecen de mecanismos de transparencia sobre la explotación digital comparables al artículo 19 de la Directiva (UE) 2019/790. El impacto concreto de este vacío se hace visible en fenómenos documentados en la región, como la inundación de catálogos generados por inteligencia artificial en plataformas como Spotify y Deezer, que desplaza a artistas locales y reduce sus regalías sin que existan herramientas regulatorias efectivas para responder (Arriagada et al., 2025; Rest of World, 2025).

7.2. Vacíos transversales

El análisis comparado permite identificar tres vacíos que trascienden las particularidades de cada jurisdicción. El primero es la desconexión entre transparencia algorítmica y remuneración. Incluso en la Unión Europea, donde ambas dimensiones están reguladas, los instrumentos operan en compartimentos separados: el DSA no se pregunta por el impacto distributivo de la recomendación sobre los titulares y la Directiva 2019/790 no contempla la gobernanza algorítmica como variable relevante para la verificabilidad de la remuneración (Costas et al., 2025; Gierens, 2026).

El segundo es la ausencia de mecanismos de revisión específicos. Cuando una decisión algorítmica degrada la visibilidad de un catálogo con impacto patrimonial demostrable, el titular carece, en la mayoría de los ordenamientos, de una vía efectiva para obtener una explicación y, en su caso, una rectificación (Szkalej, 2025). Los mecanismos generales de resolución de disputas del DSA no están diseñados para las particularidades del ecosistema musical. El tercero es la insuficiencia de estándares sobre integridad de métricas. La definición de *stream* válido —que determina la base de cálculo de las regalías— queda, en la práctica, a la discreción de cada plataforma sin supervisión

externa ni criterios auditables (Jensen, 2023). El fraude de *streaming*, que opera como transferencia ilegítima dentro del *pool* de remuneración, no encuentra respuesta adecuada en marcos normativos diseñados para contextos analógicos.

7.3. La gobernanza algorítmica de la propiedad intelectual como categoría emergente

Este artículo ha demostrado que, en los mercados musicales de *streaming,* la propiedad intelectual, la competencia y la regulación de plataformas operan sobre un mismo objeto: el sistema de recomendación algorítmica que media entre la creación y su audiencia. Abordar ese objeto desde compartimentos disciplinares estancos —como ha ocurrido hasta ahora— produce análisis necesariamente incompletos y remedios insuficientes (Dos Anjos, 2024; Hesmondhalgh et al., 2023).

Lo que aquí se propone denominar como gobernanza algorítmica de la propiedad intelectual no es una nueva rama del derecho, sino un marco analítico integrado que reconoce una realidad funcional: en la economía del *streaming*, el sistema de recomendación es simultáneamente infraestructura de distribución (relevante para la propiedad intelectual), mecanismo de asignación de recursos (relevante para la competencia) y sistema de intermediación con impacto en derechos fundamentales como el acceso a la cultura y la diversidad (relevante para la regulación de plataformas). Una gobernanza eficaz exige articular estas tres dimensiones, no gestionarlas por separado (Gambato & Sandrini, 2025; Weerasinghe et al., 2025).

7.4. Propuestas de *lege ferenda*

A partir del análisis desarrollado, se formulan las siguientes propuestas orientadas a operativizar el marco descrito. En primer lugar, la consagración normativa de un estándar de descubribilidad mínima no como derecho subjetivo a un resultado, sino como un deber regulatorio de transparencia sobre los criterios que determinan la visibilidad, prohibición de discriminación arbitraria en el posicionamiento algorítmico y acceso a un recurso efectivo cuando decisiones automatizadas produzcan una degradación desproporcionada de alcance con impacto patrimonial (Carugati, 2022; Szkalej, 2025).

En segundo lugar, las obligaciones de transparencia de la Directiva (UE) 2019/790 deben extenderse al eslabón algorítmico. El artículo 19 exige información sobre modos de explotación e ingresos, pero no sobre los factores algorítmicos que condicionan ambas variables. Incluir en el deber de información datos sobre posicionamiento en recomendaciones, inclusión o exclusión de *playlists* programadas y señales de *engagement* utilizadas permitiría a los titulares verificar si su remuneración refleja un acceso equitativo al mercado (Bossi & Ciani Sciolla, 2022; Costas et al., 2025). En tercer lugar, al respecto de la definición de estándares auditables de integridad de métricas, los criterios de *stream* válido deben ser consistentes, públicos y susceptibles de verificación independiente.

Esto incluye metodologías de detección de anomalías, procedimientos de *clawback* ante fraude acreditado y garantías de debido proceso para los titulares afectados por medidas antifraude (Dos Anjos, 2024; Jensen, 2023).

En cuarto lugar, autoridades de PI, competencia y regulación digital deben coordinar de manera institucional entre sí. El análisis de conductas como la autopreferencia algorítmica, la integración de cláusulas contractuales con ventajas de visibilidad o el uso de herramientas como Discovery Mode requiere una lectura convergente que ninguna autoridad puede realizar de forma aislada (Gambato & Sandrini, 2025; Kim, 2024). Finalmente, para las jurisdicciones latinoamericanas, se propone la incorporación de mecanismos de transparencia sobre explotación digital en los marcos de derecho de autor nacionales tomando como referencia —pero adaptando a las realidades locales— el modelo del artículo 19 de la Directiva 2019/790 y complementándolos con la dimensión algorítmica que, como se ha argumentado, constituye el eslabón ausente incluso en el sistema europeo (Valente et al., 2025).

Estas propuestas no aspiran a resolver la totalidad de los desafíos que plantea la economía algorítmica del *streaming*. Aspiran, más modestamente, a ofrecer un marco conceptual y operativo que permita a legisladores, reguladores y operadores jurídicos abordar un fenómeno que, hasta ahora, ha avanzado más rápido que las instituciones llamadas a gobernarlo.

CONCLUSIÓN

La promesa de desintermediación del entorno digital no se cumplió en la música: el *streaming* sustituyó viejos intermediarios por una intermediación técnica y algorítmica, concentrada en plataformas y agregadoras que controlan no solo el acceso al catálogo, sino —de forma determinante— el acceso a la audiencia. En ese marco, el derecho de autor sigue siendo condición necesaria para la explotación legítima del repertorio (licencias, puesta a disposición, remuneración), pero dejó de ser condición suficiente para capturar valor. Como se ha demostrado a lo largo de las secciones 2 y 3, la reconfiguración tecnológica no suprimió la cadena de intermediación: la reconstituyó en torno a nuevos sujetos —señaladamente, las agregadoras— cuyas funciones de estandarización, distribución y rendición de cuentas operan bajo asimetrías informacionales que el marco contractual vigente no ha logrado disciplinar de manera satisfactoria.

El artículo conduce así a una tesis central: los algoritmos de recomendación no son herramientas neutrales de organización del catálogo, sino reglas de mercado implementadas en *software*, capaces de producir efectos funcionalmente equivalentes a prácticas de exclusión, autopreferencia y discriminación en el posicionamiento. Según se ha analizado en las secciones 4 y 5, estos sistemas amplifican sesgos de concentración

—documentados empíricamente por Costas et al. (2025) para el caso alemán— y alteran la distribución de regalías de un modo que el derecho de puesta a disposición, concebido para resolver el problema del acceso formal, no estaba diseñado para captar. La variable determinante es ahora la descubribilidad: la posición que una obra ocupa dentro de la arquitectura de recomendación, las *playlists* y las reglas de producto que configuran, en los hechos, una regulación privada del mercado.

Al mismo tiempo, la dependencia del sistema de remuneración en métricas de reproducción y *engagement* lo hace estructuralmente vulnerable a la manipulación. Como se ha examinado en la sección 6, la payola digital, la compra de tráfico, las granjas de cuentas y el fraude de *streaming* no constituyen anomalías aisladas, sino distorsiones sistémicas que afectan tanto los derechos patrimoniales individuales como la integridad del reparto en su conjunto. La propia opacidad de los mecanismos antifraude —capaces de generar falsos positivos sin garantías de debido proceso— reintroduce, paradójicamente, el riesgo que pretende conjurar.

En consecuencia, el marco normativo y contractual adecuado no puede limitarse a discutir licencias o tarifas: debe incorporar un enfoque de gobernanza algorítmica que articule propiedad intelectual, transparencia y defensa de la competencia como dimensiones convergentes de un mismo problema. Esto implica, según se ha propuesto en la sección 7, estándares verificables de rendición de cuentas —*reporting* granular sobre los factores algorítmicos que condicionan la exposición y auditorías independientes de resultados—, criterios públicos y auditables de integridad de métricas —definición de *stream* válido, metodologías de detección de anomalías y procedimientos de *clawback*—, y garantías mínimas de debido proceso frente a decisiones automatizadas que degradan visibilidad o desmonetizan contenidos —aviso, motivación e instancia de revisión—. La conclusión práctica es nítida: sin transparencia proporcional y mecanismos institucionales de control, la economía del *streaming* consolida concentración y opacidad; con gobernanza adecuada, puede sostener un equilibrio más legítimo entre eficiencia, innovación y remuneración justa. Lo que aquí se ha denominado gobernanza algorítmica de la propiedad intelectual no pretende fundar una nueva rama del derecho, sino ofrecer el marco analítico integrado que la realidad funcional de estos mercados exige y que los compartimentos disciplinares vigentes no están en condiciones de proveer por separado.

REFERENCIAS

Adedeji, W., & Röschenthaler, U. (2025). Streaming services and brokerage in the music industry crisis in Nigeria. *Cultural Studies*, 236. https://doi.org/10.1080/09502386.2024.2437438

Arriagada, A., Lavín, M., Martínez, A. C., & Olivares, D. (2025). *Cantando para el algoritmo: Spotify y su impacto en la producción, distribución y monetización de la música en Chile*. https://www.researchgate.net/publication/391240388

Bahamonde, J. (2025, 9 de enero). *A 24 años del lanzamiento de iTunes: cómo se gestó el sistema que cambió la forma de escuchar música*. Infobae. https://www.infobae.com/tecno/2025/01/09/a-24-anos-del-lanzamiento-de-itunes-como-se-gesto-el-sistema-que-cambio-la-forma-de-escuchar-musica/

Baker McKenzie. (2025, 30 de octubre). Algorithms, data and antitrust—Latin America's response to AI in markets. *Baker McKenzie Insight*. https://www.bakermckenzie.com/en/insight/publications/2025/10/latin-americas-response-to-artificial-intelligence

Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.). (2024). *Manual de propiedad intelectual* (10.ª ed.). Tirant lo Blanch.

Bossi, L., & Ciani Sciolla, J. (2022). The transposition of the transparency obligation pursuant to Article 19 Directive (EU) 790/2019: An Italian perspective. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, *17*(5), 457-464. https://doi.org/10.1093/jiplp/jpac033

Buccafusco, C. J., & García, K. (2022). Pay-to-playlist: The commerce of music streaming. *UC Irvine Law Review, 12*(3), 805-866. https://doi.org/10.2139/ssrn.3793043

Carugati, C. (2022). How to implement the self-preferencing ban in the European Union's Digital Markets Act. *Policy Contribution*, *22*(22). https://ssrn.com/abstract=4366700

Comisión Europea. (2024, 4 de marzo). Resumen de la decisión de la comisión relativa a un procedimiento en virtud del artículo 102 del TFUE y del artículo 54 del Acuerdo EEE—Caso AT.40437—Apple—App Store Practices (music streaming). *Diario Oficial de la Unión Europea*. http://data.europa.eu/eli/C/2024/3554/oj

Comisión Europea. (2025, 2 de julio). *Commission adopts delegated act on data access under the Digital Services Act* [Comunicado de prensa]. https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/commission-adopts-delegated-act-data-access-under-digital-services-act

Confédération internationale des sociétés d'auteurs et compositeurs. (2025). *Global collections report 2025: Royalties collected in 2024*. https://flipbook.cisac.org/GCR-2025/EN/

Copyright Act 94-553 de 1976. Por la cual se dispone la revisión general de la Ley de Derecho de Autor, título 17 del Código de los Estados Unidos, y otros fines. 19 de octubre de 1976. United States Statutes at Large, 90, 2541-2602. https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-90/pdf/STATUTE-90-Pg2541.pdf

Costas, J., Vonderau, P., & Hacker, P. (2025). *Remuneration of music creators in the streaming economy: Findings from Germany*. Die Beauftragte der Bundesregierung für Kultur und Medien. https://doi.org/10.2139/ssrn.5474735

Defense Advanced Research Projects Agency. (s. f.). *Project MAC*. https://www.darpa.mil/about/innovation-timeline/project-mac

Dos Anjos, L. C. (2024). Rethinking algorithmic explainability through the lenses of intellectual property and competition. En K. Prifti, E. Demir, J. Krämer, K. Heine & E. Stamhuis (Eds.), *Digital governance: Confronting the challenges posed by artificial intelligence* (pp. 273-295). T.M.C. Asser Press. https://doi.org/10.1007/978-94-6265-639-0_13

Einhorn, M. (2021). *Long tail or bottleneck: What's next for Spotify?* (SSRN Scholarly Paper No. 3967457). SSRN. https://doi.org/10.2139/ssrn.3967457

Eriksson, M., Fleischer, R., Johansson, A., Snickars, P., & Vonderau, P. (2019). *Spotify teardown: Inside the black box of streaming music*. The MIT Press. https://doi.org/10.7551/mitpress/10932.001.0001

Fisher, W. (2004). *iTunes: How copyright, contract, and technology shape the business of digital media.* Berkman Klein Center for Internet & Society Research Publication.

Galuszka, P. (2015). Music aggregators and intermediation of the digital music market. *International Journal of Communication*, *9*, 254-273. https://ijoc.org/index.php/ijoc/article/view/3113

Gambato, J., & Sandrini, L. (2025). *Dance to my tune! Discovery Mode and built-in recommendation bias* (SSRN Scholarly Paper No. 5359857). SSRN. https://doi.org/10.2139/ssrn.5359857

Gierens, J. (2026, 13 de enero). *Weighted pro-rata: Exploration of a promising new music streaming remuneration system*. SSRN. https://doi.org.10.2139/ssrn.6068586

Gillespie, T. (2014). The relevance of algorithms. En T. Gillespie, P. J. Boczkowski & K. A. Foot (Eds.), *Media technologies: Essays on communication, materiality, and society* (pp. 167-193). MIT Press. https://doi.org/10.7551/mitpress/9780262525374.003.0009

Gozalbez, R. J. (2023). *Derecho de autor, brecha de valor y entorno digital. Un estudio comparado entre Latinoamérica y Europa*. Universidad Austral Ediciones.

H. R. 5576 - Protect Working Musicians Act of 2023. Por la cual se capacita a los creadores de música independientes para que negocien colectivamente con las plataformas online dominantes sobre las condiciones en las que se puede distribuir su música. 19 de septiembre del 2023. Comité Judicial de la Cámara de Representantes. https://www.congress.gov/bill/118th-congress/house-bill/5576/text

Hesmondhalgh, D., Campos Valverde, R., Kaye, D. B. V., & Li, Z. (2023, 9 de febrero). *The impact of algorithmically driven recommendation systems on music consumption and production: A literature review*. SSRN. https://ssrn.com/abstract=4365916

International Federation of the Phonographic Industry. (2025). *Global Music Report 2025: State of the Industry*. https://www.ifpi.org/resources/

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual & Proyecto USAID. (2013). *Guía de derecho de autor en el cine*. https://www.indecopi.gob.pe/documents/20787/320184/CARTILLAS_cine.pdf/eac01cf4-4d51-b4a5-810b-fea2e2ffe9a5

Jensen, F. J. (2023). *Rethinking royalties – Alternative payment systems on music streaming platforms* (SSRN Scholarly Paper No. 4561765). SSRN. https://doi.org/10.2139/ssrn.4561765

Johnson, A., & Roy, P. (2025, 20 de octubre). *EU should improve transparency in the Digital Services Act*. Information Technology and Innovation Foundation. https://itif.org/publications/2025/10/20/eu-should-improve-transparency-in-the-digital-services-act/

Kim, M. J. (2024). *Competition policy for online platforms' self-preferencing conducts* (SSRN Scholarly Paper No. 5075863). SSRN. https://doi.org/10.2139/ssrn.5075863

Levy Yeyati, E. (2025). *An enabling regulatory framework for artificial intelligence in Latin America and the Caribbean* (Nota técnica IDB-TN-3241). Banco Interamericano de Desarrollo. https://doi.org/10.18235/0013801

Lipszyc, D. (2004). *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*. Unesco-Cerlalc-Zavalia.

Moreau, F., Haampland, O., Johannessen, R., & Wikström, P. (2022). *Fairness and royalty payment systems on music streaming platforms* (SSRN Scholarly Paper No. 4248175). SSRN. https://doi.org/10.2139/ssrn.4248175

Observatorio Audiovisual Europeo. (2023). *Fair remuneration for audiovisual authors and performers in licensing and transfer contracts* (IRIS Plus 2023-3). Consejo de Europa. https://rm.coe.int/iris-plus-2023-03en-fair-remuneration-for-creators-in-exploitation-con/1680addf8c

Pascua Vicente, S. (2023, 7 de febrero). *Francia: el Centro Nacional de Música publica un informe sobre la manipulación de las escuchas*. Instituto Autor. https://www.institutoautor.com/francia-el-centro-nacional-de-musica-publica-un-informe-sobre-la-manipulacion-de-las-escuchas/

Pasquale, F. (2015). *The black box society: The secret algorithms that control money and information.* Harvard University Press.

Parlamento Europeo & Consejo Europeo (2019, 17 de abril). Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las directivas 96/9/CE y 2001/29/CE. *Diario Oficial de la Unión Europea*, (L 130), 92-125.

Parlamento Europeo & Consejo Europeo. (2022a, 14 de septiembre). Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Reglamento de mercados digitales). *Diario Oficial de la Unión Europea*. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2022-81470

Parlamento Europeo & Consejo Europeo. (2022b, 9 de octubre). Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales (Reglamento de Servicios Digitales). *Diario Oficial de la Unión Europea*. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2022-81573

Rest of World. (2025, 6 de noviembre). AI-generated music floods Spotify and Deezer in Latin America. *Rest of World*. https://restofworld.org/2025/ai-music-spotify-deezer-latin-america/

Roberg-Crane, J. (2025). *Ghosts in the stream: On Spotify's deceptive business practices* (SSRN Scholarly Paper No. 5450214). SSRN. https://doi.org/10.2139/ssrn.5450214

Sato, S., & Kittaka, Y. (2024). *Search-order design by dual-role platforms* (SSRN Scholarly Paper No. 5008609). SSRN. https://doi.org/10.2139/ssrn.5008609

Stallings, W. (2000). *Data & computer communications*. Prentice Hall.

Stassen, M. (2026, 14 de enero). *Music streaming platforms now host quarter of a billion tracks. Where does it end?* Music Business Worldwide. https://www.musicbusinessworldwide.com/quarter-of-a-billion-tracks-now-sit-on-music-streaming-services-where-does-it-end/

Szkalej, K. (2025, 23 de diciembre). *Music recommender systems and the copyright blind spot: Conceptualising the right to be heard*. SSRN (ID 5967014).

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala). (2021, 22 de junio). Frank Peterson c. Google LLC, YouTube LLC, YouTube Inc., Google Germany GmbH y Elsevier Inc. c. Cyando AG, asuntos acumulados C-682/18 y C-683/18, ECLI:EU:C:2021:503. https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-682/18

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala). (2022, 26 de abril). República de Polonia c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, C-401/19 (ECLI:EU:C:2022:297). https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:62019CJ0401

Trujillo, A., Fagni, T., & Cresci, S. (2025). The DSA Transparency Database: Auditing self-reported moderation actions by social media. *Proceedings of the ACM Conference on Computer-Supported Cooperative Work and Social Computing*, *9*(2), Artículo CSCW187. https://arxiv.org/pdf/2312.10269

Valente, M. G., Lana, A. P., & Houang, A. P. (2025). Copyright and research in Latin America: Law, courts, and perceptions. *GRUR International*, *74*(1), 19-30. https://doi.org/10.1093/grurint/ikae149

Weerasinghe, S., Malik, M., Andargoli, A., Morrow, G., Jayaraman, P. P., & Forkan, A. (2025, 22 de noviembre). *Are algorithmic biases in AI-based recommendations real? An activity theory framing of digital music streaming*. SSRN. https://doi.org/10.2139/ssrn.5784803

Wikström, P. (2013). *La industria musical en una era de distribución digital*. BBVA.

Libre competencia: más allá de la ley
Reflexiones para un análisis de contexto

Luis Miguel García Mori*
Universidad de Lima, Perú

Recibido: 15 de febrero del 2026 / Aceptado: 4 de mayo del 2026
doi: https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2026.n061.8614

RESUMEN. Para hablar de competencia, primero tiene que existir más de un competidor y, segundo, los competidores tienen que estar en igualdad de condiciones. Sin embargo, difícilmente es así. La regulación busca hacer frente a estas distorsiones, aunque también las crea. La normatividad no opera en el vacío y, muchas veces, existe una brecha entre los supuestos de la ley y la realidad. El presente trabajo busca aportar elementos de reflexión sobre estos temas, desde una perspectiva distinta a la del tradicional análisis exegético de la ley, el cual se limita a analizar el texto. No solo hay que analizar el texto, sino también el contexto. La realidad no es uniforme y, en tal sentido, su tratamiento tampoco debería serlo, en especial cuando coexisten tres economías: una formal; una informal y de pequeñas y medianas empresas, de gran número; y una ilegal, asociada a la criminalidad. De otra parte, se presentan diversas situaciones que alteran la libre competencia, entre otras, la corrupción, los conflictos de interés y los sesgos que pueden tener las instituciones públicas en sus decisiones.

PALABRAS CLAVE: competencia / derecho / regulación / mercado / economía

* Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Doctor en Ciencias Contables y Empresariales por la misma casa de estudios. Abogado por la Universidad de Lima. Contador por la Universidad Ricardo Palma.

FREE COMPETITION: BEYOND THE LAW REFLECTIONS FOR A CONTEXTUAL ANALYSIS

ABSTRACT. To talk about competition, first there must be more than one competitor, preferably many; second, they must be on equal footing. But this is rarely the case. Regulation, in principle, seeks to address these distortions; however, it also, quite often, creates them. Regulations do not operate in a vacuum, and many times, there is a gap between the assumptions of the law and reality. This paper seeks to provide elements for reflection on these topics from a perspective different from the traditional exegetical analysis of the law, where you not only have to analyze the text but also the context. Reality is not uniform, and in this sense, its treatment should not be either, especially when three economies coexist: a formal one, an informal one, with small and medium-sized enterprises, numerous; and an illegal economy associated with criminality. On the other hand, various situations arise that alter free competition, among others, corruption, conflicts of interest, and also the biases that public institutions may have in their decisions

KEYWORDS: competition / law / regulation / market / economy

1. INTRODUCCIÓN

Un mercado competitivo no es fácil de construir. Su camino no ha sido breve o ajeno a los sucesos políticos de la historia. Adam Smith, considerado como uno de los fundadores de la economía política moderna, publicó en 1776 *La riqueza de las naciones*, obra en la que alude al libre mercado, aunque en dicha época el sistema imperante fuese el mercantilismo, que reemplazaba ideas heredades del escolasticismo medieval. Ese mismo año se declaró la Independencia de los Estados Unidos y, durante esa misma época, James Watt perfeccionó el motor a vapor, lo cual dio inicio a la Revolución Industrial.

En dicho periodo, el virreinato del Perú formaba parte del imperio español y comprendía prácticamente toda la América del sur hispana. Sin embargo, en 1776 se creó el virreinato de Río de la Plata, con lo cual la Audiencia de Charcas se escindía del virreinato del Perú. Esto representó un gran impacto económico, pues las riquezas de las minas de plata de Potosí ya no seguían el camino de Puno, Cusco, Huamanga y Lima para ser exportadas por el puerto del Callao: ahora se dirigirían al puerto de Buenos Aires. Esto cambió el eje de desarrollo asociado a la plata como parte de una política de libre comercio (Walker, 2021). Pocos años después, en 1780, la revolución de Tupac Amaru II, aunque breve, tuvo un gran impacto en la región. Y en 1789 sucedió la Revolución francesa.

Era la época de la Ilustración y de los imperios, pero las ideas del libre mercado, del comercio y la competencia para crear valor ya empezaban a germinar. El 2 de julio de 1890 se firma en los Estados Unidos la *Sherman Act* y, el 15 de octubre de 1914, la *Clayton Act*. Para entonces, este país ya era una potencia mundial: su territorio se había expandido exponencialmente, principalmente con la compra de Lousiana a los franceses en 1803 y la conquista del territorio mexicano durante la década de 1840. A su vez, en 1823, la doctrina Monroe, "América para los americanos", ya se había formulado, aunque continuasen en años siguientes las guerras por la Independencia.

En 1914 el Perú vivía las secuelas políticas y económicas de la pérdida de territorio a raíz de la guerra con Chile de 1879. Con el advenimiento de la Primera Guerra Mundial, el tema de la libre competencia siguió en espera, más aún con el inicio de la Segunda y la consiguiente Guerra Fría. A nivel supranacional, en 1957 se constituyó la Comunidad Europea en cuyo tratado, en los artículos 81 y siguientes, se establecieron diversas normas sobre competencia. Ese mismo año, la Unión Soviética lanzó el primer satélite artificial, Sputnik 1, lo cual dio inicio a la carrera espacial con los Estados Unidos. A fines de 1989 cayó el muro de Berlín y, en 1991, la Unión Soviética se desintegró.

En el Perú, la década de los ochenta se caracterizó por la crisis económica, la violencia terrorista y la existencia de un gran número de empresas estatales deficitarias. A inicios de los noventa ello dio paso a una serie de privatizaciones de las empresas

públicas, lo que coincidió con la ola de privatizaciones en el ámbito europeo. Finalmente, el 5 de noviembre de 1991 se aprobó en el Perú el Decreto Legislativo 701 sobre libre competencia. Sin embargo, la realidad no se cambia de un día para el otro ni por intermedio de una sola norma.

2. METODOLOGÍA

En el presente trabajo se aborda el concepto de libre competencia en los ámbitos económico y jurídico, las estructuras de mercado, los aspectos constitucionales, la regulación, los antecedentes contemporáneos de la libre competencia, los antecedentes de esta en el Perú, los potenciales conflictos de interés, los tratados de libre comercio, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la realidad económica y las compras estatales. Todo ello se aborda en relación con ciertos aspectos puntuales que impactan en el contexto de la libre competencia.

3. EL CONCEPTO DE LIBRE COMPETENCIA: EN LO ECONÓMICO Y EN LO JURÍDICO

Cuando se habla de libre competencia lo primero que debemos preguntarnos es si, desde los ámbitos económico y jurídico, se alude o no al mismo concepto. La respuesta es que no: el concepto de libre competencia no es igual en el ámbito económico que en el jurídico. En el ámbito económico, la libre competencia alude a una determinada estructura de mercado en la que hay muchos compradores y muchos vendedores; y en la que ninguno de ellos, por sí mismo, puede influir en la conformación del precio. Por otra parte, en el ámbito jurídico, la libre competencia alude a la prohibición de ciertas prácticas, ya sea porque se tiene una posición de dominio o porque se presenta una colusión que busca limitar o restringir el acceso a ciertos mercados y, eventualmente, al control de fusiones. El monopolio no es *per se* ilegal, especialmente cuando, por las características del mercado, solo una empresa puede prestar un determinado servicio o producir un determinado producto, incluso si ello implica la ausencia de competencia. Lo que el ordenamiento jurídico prohíbe no es la existencia de una posición de dominio, sino el abuso de dicha posición.

4. LAS ESTRUCTURAS DE MERCADO

Un mercado representa el encuentro entre ofertantes y demandantes, un instrumento para su interacción. En tal sentido, la estructura de los mercados puede clasificarse en atención a la cantidad de ofertantes y la cantidad de demandantes. En lo que corresponde a la cantidad de ofertantes, tendremos un monopolio, si tenemos un único ofertante o vendedor, o un oligopolio, si tenemos varios, pero no muchos, ofertantes.

Por otro lado, en lo que corresponde a la cantidad de demandantes, tendremos la siguiente catalogación: monopsonio, si se tiene un único demandante o comprador, y oligopsonio, si se tienen varios compradores, pero no muchos. La competencia perfecta se presenta cuando hay muchos ofertantes y muchos demandantes, lo que en muchos casos, dada la limitada cantidad de empresas competidoras en diversos ámbitos, se configura más como un ideal conceptual que como una realidad.

La Constitución peruana de 1993, en su artículo 61, primer párrafo, se refiere a la libre competencia de la siguiente forma: "El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios". Una lectura literal nos llevaría a pensar que, en efecto, ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. Pero una lectura desde la realidad, en especial cuando se hace referencia a las concesiones, nos permite apreciar lo contrario. Así, por ejemplo, podemos encontrar un monopolio cuando se otorga una concesión para que un peaje sea administrado exclusivamente por una empresa, o cuando se otorga una concesión para la distribución eléctrica en la que solo se autoriza a una empresa a operar en una determinada circunscripción. Kresalja y Ochoa (2016) señalan que, si bien la competencia es imperfecta y existen diversas respuestas económicas e ideológicas al respecto, lo cierto es que se debe buscar promover la libre competencia.

5. REGULACIÓN Y LIBRE COMPETENCIA

Tradicionalmente, se solía entender que los servicios públicos debían ser brindados por el Estado. En la década de los ochenta, con Margaret Thatcher al frente del Gobierno británico, se produjo un cambio de paradigma. Debido a problemas de recursos y presupuesto, se inician diversos procesos de privatización de los servicios públicos con las denominadas alianzas público-privadas. En estas, el Estado asume la regulación de los servicios, cuyo brazo extendido serían los privados; es decir, las empresas privadas ampliarían el alcance de dichos servicios hacia la población y asumirían su inversión.

Por su parte, en los Estados Unidos, el liderazgo de Ronald Reagan y los indicadores positivos de la política económica promovida por él dio lugar a la expresión *Reaganomics*. En 1989 se acuñó el término Consenso de Washington para designar a un conjunto de medidas que comprendían, entre otras, la privatización de empresas públicas y la liberalización del comercio. En noviembre de 1989 se produjo la caída del muro de Berlín, lo que marcó el inicio de la caída de la Unión Soviética y de su influencia en economías planificadas y controladas por el Estado.

Para el Perú, si bien la década del ochenta representó el retorno a la democracia, fue también una época de crisis económica y de violencia terrorista. Durante las décadas de

los sesenta y setenta, con el Gobierno militar, se crearon una gran cantidad de empresas estatales. Asimismo, cabe señalar que, desde la década de los setenta, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, organismo de las Naciones Unidas, había promovido el comercio hacia dentro: es decir, que la producción de los países fuera principalmente para el mercado interno, con el objetivo de que recién, en una etapa posterior, se pensara en el mercado externo. Durante dicho periodo, las importaciones estuvieron limitadas, las exportaciones estaban sujetas a diversas autorizaciones e, incluso, la tenencia de moneda extranjera constituía un delito dada la falta de reservas.

A fines de la década de los ochenta el Perú sufrió una grave crisis económica e hiperinflacionaria. Adicionalmente, se incrementó la violencia terrorista, las empresas públicas eran deficitarias y prácticamente no se contaba con reservas monetarias. A inicio de la década de los noventa se inició un proceso de privatización de empresas públicas. Con ello, se abrieron los mercados, tanto para las importaciones como para las exportaciones, y se iniciaron las negociaciones para diversos tratados de libre comercio.

Las privatizaciones plantearon diversos retos, en especial respecto a la forma de regular los mercados asociados a las empresas privatizadas. Con referencia a la regulación para la competencia, Ariño Ortiz (2004) destaca que, si bien la regulación se asienta sobre el derecho, tiene también una base técnica. Ello implica la toma de decisiones sobre un análisis económico para la continuidad de los servicios dentro de ciertos parámetros establecidos. Entre las técnicas regulatorias se encuentran la regulación de precios, la desagregación de actividades, el acceso a infraestructura y redes por parte de nuevos entrantes, la interoperabilidad de los servicios, la regulación de cuellos de botella, la imposición de cargas de servicios públicos, el servicio universal, el derecho de paso, las audiencias públicas e incluso la expropiación para permitir la continuidad y expansión de los servicios públicos.

Se puede pensar que la libre competencia implica que los precios sean fijados libremente por la oferta y la demanda de vendedores y compradores. Sin embargo, los mercados suelen ser imperfectos. En tal sentido, y en especial en lo que respecta al otorgamiento de concesiones, se suelen establecer franjas de precios o criterios para su determinación. Como ejemplo, se puede citar las tarifas eléctricas y de agua, entre otros servicios públicos.

6. ANTECEDENTES CONTEMPORÁNEOS

Como antecedentes contemporáneos en materia de competencia, Nihoul (2005) hace referencia a la *Sherman Act* de 1890 y a la *Clayton Act* de 1914 en los Estados Unidos. La primera prohíbe los acuerdos para restringir las actividades económicas, mientras que la segunda prohíbe las concentraciones de empresas, discriminaciones de precios

y combinaciones de prestaciones que pudieran afectar sensiblemente la competencia. Si bien estas normas parecen muy avanzadas, hay que tener en cuenta los contextos.

El Perú había firmado el Tratado de Ancón en 1883, con el que había dado fin a la guerra del Pacífico. Pero una década después, habiendo perdido Tarapacá y con la situación aún pendiente de Tacna y Arica, su economía estaba destruida. El imperio otomano, que había conquistado Constantinopla y que ocupaba territorios en tres continentes, era sin embargo un imperio debilitado, con regiones que buscaban independizarse o que enfrentaban tensiones internas. Serbia y la ciudad de Sarajevo (hoy capital de Bosnia-Herzegovina), antes bajo la ocupación otomana, habían sido invadidas por el imperio austro-húngaro. El asesinato del archiduque Francisco Fernando dio inicio a la Primera Guerra Mundial, el imperio otomano desaparecería tras este conflicto. Los territorios de Jordania, Irak y Palestina pasaron a estar controlados por el imperio británico; los de Siria y el Líbano por los franceses. El emperador de China abdicó en 1912 y se inició la época republicana; solo cinco años después surge la Revolución rusa. En 1919 se firman la Constitución de México y la Constitución de Weimar en Alemania, con lo que se da inicio al constitucionalismo social. Si el siglo XIX había sido el siglo del electromagnetismo, la utilización del petróleo y de la energía eléctrica situaban este nuevo tiempo *ad portas* de una segunda Revolución Industrial.

7. ANTECEDENTES EN EL PERÚ

En 1991 se aprobó el Decreto Legislativo 701 que prohibió conductas anticompetitivas, abusos de posición de dominio y acuerdos restrictivos de la competencia. Posteriormente, se crea el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) como entidad reguladora. Cabe señalar que en la Constitución de 1979 se incluía, en el artículo 133, la prohibición de monopolios y oligopolios. Pero la década de los ochenta no fue una de desarrollo, sino, por el contrario, una década signada por una grave crisis económica y por una terrible violencia terrorista, por lo que algunos la han calificado como una década perdida.

El 5 de abril de 1992 se produjo el autogolpe de Estado de Alberto Fujimori y, en septiembre, se capturó al líder terrorista Abimael Guzmán. En este contexto, se dio inicio a diversas reformas económicas y se dejó atrás la crisis hiperinflacionaria y la violencia terrorista que caracterizó a la década de los ochenta. Cabe señalar que, en el contexto global, entre las décadas de los setenta y los noventa, se fue configurando la tercera Revolución Industrial con el desarrollo de las computadoras, las comunicaciones y el internet.

En 1993, en el Perú, se aprobó una nueva Constitución que incluyó la defensa de la competencia en su articulado. El régimen político instaurado en 1990 concluyó en

noviembre del 2000. Tanto la Constitución como el Indecopi se han mantenido hasta la fecha. Con el cambio de década, de los ochenta a los noventa, se produjo también un cambio importante en el modelo económico caracterizado por dos aspectos subyacentes: el tipo de cambio flotante y la apertura de mercados. El tipo de cambio flotante le quitó presión al Banco Central de Reserva del Perú (BCRP). Contrariamente a lo que podría pensarse, el BCRP intervino en la denominada flotación sucia: cuando el sol se aprecia y el dólar pierde valor; lo que equivaldría a una especie de subsidio respecto al dólar. Ello se realiza, supuestamente, para no afectar a los exportadores, dado que, al apreciarse el sol, el producto local se vuelve más caro para su exportación. Cabe señalar que los principales exportadores son las empresas mineras.

El precio del cobre marca las pautas del crecimiento del país. Si el precio del cobre es alto, la economía va bien. Si el precio del cobre disminuye, la economía se ve afectada. Se podría decir que existe una mayor correlación entre el precio del cobre y la economía del país que respecto de esta última y la situación política. Así, aunque en los últimos años se han vivido diversas crisis políticas, dado que el precio del cobre es alto en el ámbito internacional la economía no ha sufrido tanto como se esperaría por las crisis políticas.

Ahora bien, tendríamos que preguntarnos si el subsidio originado por las intervenciones del BCRP afectan o no la competencia. También, deberíamos preguntarnos si dichas intervenciones son necesarias, en atención a que los principales exportadores son empresas mineras; y si aparte de los altos precios de los minerales requieren ese subsidio cambiario. Por el contrario, la mayor cantidad de personas del país obtiene sus ingresos en soles, por lo que las intervenciones del BCRP contra el sol en principio no resultarían justificadas. Salvo mejor parecer.

Cabe señalar que, en los últimos años, las intervenciones del BCRP se han reducido, lo que ha tenido como consecuencia un aumento de las reservas internacionales. Ello evidencia que el BCRP, para hacer frente a las potenciales consecuencias de las crisis políticas, ha optado por aumentar las reservas, para lo cual viene reduciendo su intervención en el tipo de cambio. Las intervenciones cambiarias, la flotación sucia a modo de subsidio en el tipo de cambio, han favorecido a los que obtienen ingresos en dólares y perjudicado a los que obtienen ingresos en soles. De modo que ha tenido efectos en la forma en que compiten las empresas.

8. CORRUPCIÓN, POTENCIALES CONFLICTOS DE INTERÉS, CRIMINALIDAD Y LIBRE COMPETENCIA

Cuando pensamos en la libre competencia, se nos viene a la mente la idea de evitar restricciones en el mercado por parte de los agentes económicos. Sin embargo, uno de los aspectos que más impacta es la actuación de las autoridades, así como la corrupción.

En la colusión, que es un tipo de caso de corrupción, se dirige al ganador de un proceso, con lo cual se distorsiona la competencia entre empresas. De ese modo, si se previene la corrupción, también se protege la libre competencia.

En el Perú, el Estado, a través de las diversas instituciones públicas, es el más grande comprador y más grande empleador. Por ello, es necesario prevenir que en la administración del Estado se den conflictos de interés, para proteger al mercado. La Ley 31564, publicada el 17 de agosto del 2022, destaca diversos supuestos para prevenir conflictos de interés. Sin embargo, "no solo hay que serlo, sino parecerlo". Por ejemplo, antes de la vigencia de dicha ley, en la segunda mitad del 2021, los medios de comunicación hicieron públicas las reuniones del entonces presidente Pedro Castillo con diversas personas en espacios particulares o en medio de la noche, las cuales carecían de un adecuado registro de visitas. Posteriormente, en el 2026, los medios de comunicación hicieron también públicas las reuniones, en medio de la noche, del presidente José Jerí, también sin un registro oficial de visitas.

En ambos casos, los altos funcionarios daban a entender que se trataba de reuniones que podrían ser consideradas "sin importancia" y que sería una cuestión fortuita que, en ellas, estuviera presente algún empresario que eventualmente tuviera alguna relación económica con el Estado; situación difícil de creer para la ciudadanía pues, cuando las autoridades privilegian atenciones de manera poco transparente, también se distorsiona la competencia entre empresas, dando la percepción que no todos tienen el mismo tratamiento. De otro lado, los funcionarios públicos deben cumplir también con una actuación objetiva. Cabe señalar que la normativa actual permite a los funcionarios públicos enseñar en las universidades. Sin embargo, dicha objetividad podría ser cuestionada cuando la presencia de funcionarios públicos se emplea para atraer a más estudiantes o clientes a la institución. A ello se suma que actualmente, desde diversas universidades, se participa en procesos políticos a través de dueños, gestores, funcionarios o profesores.

Por otra parte, ante la ola de extorsiones que se presenta en el país y que es reportada por los diferentes medios de comunicación, también la criminalidad tiene impacto en los mercados. La criminalidad no solo genera inseguridad y costos adicionales, sino que nos lleva también a cuestionarnos la respuesta de las autoridades, en especial frente al sector informal. Así, por ejemplo, el transporte, en tanto servicio público, existe en un ámbito formal limitado. En especial, el concesionado busca crear monopolios en diversas rutas para aumentar los ingresos de quien otorga la concesión, aunque la demanda quede insatisfecha y el usuario sufra las consecuencias de dichas limitaciones. Frente a la demanda no satisfecha de los usuarios que requieren transporte, se genera un mercado informal de transporte.

Ahora bien, dichos transportistas informales, que entran a competir con los formales, quedan atrapados entre dos frentes. Por una parte, sufren la extorsión de la criminalidad

para poder seguir operando y, por otra, la autoridad del transporte quiere retirarlos de los servicios de transporte. Entonces, cabe preguntarnos cuál debe ser la respuesta del transportista informal, así como cuál debería ser la estrategia de la autoridad para satisfacer la demanda insatisfecha de los usuarios y promover la competencia. En la actualidad, esta pregunta parece no haberse formulado por la autoridad del transporte.

9. LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

En noviembre de 1998 el Perú se adhirió al Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico, institución que agrupa a economías importantes y que, entre otros países, incluye a Estados Unidos y a China. Estos representan, para el Perú, los principales mercados para la exportación en la actualidad.

El Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos, popularmente conocido como Tratado de Libre Comercio, fue suscrito el 12 de abril del 2006 y entró en ejecución el 2009. Dentro de sus acápites se incluye la referencia a la libre competencia, lo cual implica que se contará con una legislación de libre competencia, con una entidad regulatoria, y que se prohibirán prácticas anticompetitivas. Por otro lado, el 28 de abril del 2009 se subscribió en Beijing el Tratado de Libre Comercio entre el Perú y la República Popular China, acuerdo que entró en ejecución al año siguiente. En dicho tratado también se prohíben conductas contrarias a la competencia.

Algunos especialistas sostienen que los acuerdos comerciales pueden ser vistos como una arquitectura de poder económico y de lazos de cooperación que proyectan una influencia geoeconómica. Sin embargo, las relaciones internacionales no son sencillas, más aún cuando se cuenta con instituciones frágiles y decisiones judiciales que podrían ser consideradas sospechosas. Cabe entonces preguntarnos si las tensiones internacionales, entre potencias mundiales, pueden o no afectar la libre competencia y su regulación.

En la actualidad, el puerto de Chancay, gestionado por capitales chinos, no está exento de tensiones, en especial con los Estados Unidos, por no decir con la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN); más aún cuando un fallo judicial de primera instancia pretende retirar dicho puerto de la supervisión del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público. Hay que señalar que no solo se trata de un debate en torno a las normas de libre competencia, sino principalmente de ser efectivamente competitivos, pues que el desarrollo de infraestructura, de diversa índole, es fundamental para alcanzar dicho objetivo.

En el primer trimestre del presente año, se podía leer en las noticias que los Estados Unidos consideraba al Perú como un "aliado principal no miembro de la OTAN". En efecto, existe un proyecto de puerto especial en el norte del Perú y se proyecta la ampliación

de la base naval en el Callao con apoyo de los Estados Unidos. Por ello, es necesario que el Perú "afine" su actuación en los diversos ámbitos, en un contexto geopolítico de competencia entre dos grandes potencias que, a su vez, son socios comerciales relevantes para el país.

10. LA OCDE Y SU INFLUENCIA

La OCDE agrupa a importantes economías del mundo. En el 2012, Perú manifestó su intención de formar parte de ella. A la fecha aún no lo consigue. El informe de la OCDE sobre el Perú, del 2025, destacó la necesidad de reformas en el apoyo a las pequeñas y medianas empresas para acceder al financiamiento, en la promoción de la movilidad social intergeneracional y en la prevención de la deforestación en la Amazonía, entre otros ámbitos. Entre los principales hallazgos del informe, se destaca la alta informalidad, que puede afectar al 70 % de los trabajadores; el alto costo de las micro, pequeñas y medianas empresas (mipymes) para acceder al financiamiento; la necesidad de mejorar la igualdad de oportunidades; y la necesidad de mejorar la gestión de riesgos de desastres, en especial el ambiental por la deforestación. Como se aprecia, la preocupación no solo es por la competencia, sino también por la promoción y el apoyo financiero a las mipymes, la necesidad de reducir la informalidad laboral y la construcción de un contexto medioambiental que sea sostenible.

Hasta hace muy poco, lo que indicaba la OCDE era el referente a seguir en el mundo occidental. Ello se ha debilitado con el cambio de administración en el Gobierno de los Estados Unidos tras la victoria en las elecciones del presidente Donald Trump, quien, con el uso de los aranceles y su potencial fuerza militar, viene cuestionando el *statu quo* de la competencia comercial a nivel internacional.

Volviendo a la preocupación de la OCDE por la mipymes en el Perú, debe señalarse que la competencia empresarial no solo hay que promoverla, sino que previamente se deben crear las condiciones para que las empresas puedan desarrollarse. En tal sentido —como ya se ha señalado—, el Estado es, a través de sus diferentes instituciones, el más grande comprador en el país, por lo que es necesario considerar su potencial para promover la presencia, la colaboración y la competencia entre las empresas, en especial en lo que respecta al caso de las mipymes.

Ahora bien, la realidad económica del Perú no es uniforme. Se podría señalar que existen tres economías que coexisten. Una primera está conformada por las grandes empresas formales y de un gran impacto en la tributación. No obstante, su número es reducido. Una segunda categoría está conformada por las empresas mipymes, gran parte de ellas de carácter informal y con un promedio de vida empresarial muy limitado. Estas representan un menor porcentaje en la recaudación tributaria, a pesar de su cantidad elevada en número. Por último, tenemos una tercera categoría conformada por las

actividades ilegales. Estas se encuentran entre la formalidad y la informalidad, pero mueven grandes cantidades de dinero. Se encuentran vinculadas, entre otras actividades, a la minería y la tala ilegales, así como al narcotráfico.

Como se podrá inferir, aplicar las reglas de competencia entre esas tres categorías resulta de difícil aplicación y con efectos diferenciados. Resultan de más fácil aplicación las reglas de competencia a las grandes empresas, donde incluso las multas resultan posibles, pues pueden asimilarlas. Con las pequeñas empresas sucede lo contrario, pues estas están expuestas a desaparecer en caso de sufrir una multa. En lo que respecta a la informalidad, resulta difícil su control; y, en el caso de las actividades ilegales, es, de un lado, costoso combatirlas y, del otro, sumamente peligroso. Así, nuestros tres ámbitos requieren estrategias distintas para hacerles frente. Mientras tanto, en el contexto global, el mundo se encuentra ya en la cuarta Revolución Industrial con el desarrollo de la inteligencia artificial.

El accionar del Estado, a través de sus diferentes instituciones, también impacta de una forma u otra en la libre competencia. Recientemente apreciábamos en los medios de comunicación cómo una municipalidad distrital, en un mismo día, cerraba diversos negocios de un grupo económico. Coincidentemente, ambos se encontraban en una disputa respecto al uso y destino de un viejo estadio municipal en abandono, pero con una ubicación privilegiada como inmueble en el distrito. En ese sentido, la actuación del Estado, cuando no es objetiva, puede presentar sesgos o "coincidencias" en diversos sentidos, ya sea que perciba a los agentes económicos como amigos o como adversarios; lo cual, por supuesto, también afecta el contexto de la libre competencia.

11. CONCLUSIONES

Si bien la referencia al libre mercado aparece con Adam Smith en 1776, una época caracterizada por el mercantilismo, su evolución no ha sido ajena a los avatares políticos de la historia. Si bien el Perú considera aspectos referidos a la libre competencia en la Constitución de 1993, la realidad no se cambia de un momento a otro.

En la actualidad, si bien nuestro país cuenta con normas referidas a ella, las mismas no distinguen las diferentes realidades del país que configuran su contexto. Se podría hablar de tres economías que conviven e interactúan en el Perú: una primera, formal, principalmente formada por grandes empresas; una segunda, conformada por empresas informales y pequeñas empresas, con grandes carencias y limitaciones, que requieren ser apoyadas y recibir un tratamiento diferenciado; y una tercera, una economía ilegal, con grandes recursos, incluso superiores en diversos ámbitos a la formalidad.

Con esta realidad, frente a un entorno donde están alteradas las relaciones de competencia, es difícil que las normas que la regulan puedan aplicarse, no sin resistencia

y con riesgo de desnaturalización. En dicho contexto, debido al papel del Estado como el más grande comprador, las compras estatales pueden convertirse en un mecanismo para la subsistencia de las pequeñas empresas, para lograr su subsistencia y, luego, desarrollar relaciones de competencia. Sin embargo, si el Estado no actúa de forma objetiva, se puede convertir, también, en un factor de distorsión en el contexto de la libre competencia, aunque sea el encargado de regularla.

REFERENCIAS

Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos, 12 de abril del 2006. https://apps.rree.gob.pe/portal/webtratados.nsf/Tratados_Bilateral.xsp?action=openDocument&documentId=8BE2

Ariño Ortiz, G. (2004). *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Ara.

Clayton Act de 1914. Por la cual se aprueba la ley antimonopolio. 15 de octubre de 1914 (Estados Unidos). https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-38/pdf/STATUTE-38-Pg730.pdf

Constitución Política del Perú. Art. 133. 12 de julio de 1979 (Perú). https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1979/Cons1979_TEXTO_CORREGIDO.pdf

Constitución Política del Perú. Artículo 61. 29 de diciembre de 1993 (Perú). https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682678

Decreto Legislativo 701 de 1991. Por el cual se eliminan las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia. 5 de noviembre de 1991. Diario Oficial El Peruano. https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/EE9DE3CB813F88990525804200775280/%24FILE/e179e02c-be5e-4bc4-acf6-a3d2f721e7bb.pdf

Kresalja, B., & Ochoa, C. (2016). *Derecho constitucional económico*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

Ley 31564 del 2022. Ley de prevención y mitigación del conflicto de intereses en el acceso y salida de personal del servicio público. 17 de agosto del 2022. Diario Oficial El Peruano. https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1322564

Nihoul, P. (2005). *Introducción al derecho de la competencia. Posición de las autoridades, de los consumidores y de las empresas.* Universidad Externado de Colombia.

Sherman Act de 1890. Por la cual se busca prohibir las conductas anticompetitivas. 2 de julio de 1890 (Estados Unidos). https://www.archives.gov/milestone-documents/sherman-anti-trust-act

Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China, 28 de abril del 2009.

Walker, C. (2021). *De Túpac Amaru a Gamarra. Cusco y la formación del Perú republicano* (edición conmemorativa por el bicentenario). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial; Centro Bartolomé de las Casas.

Influencers y la responsabilidad económica y social: análisis comparado desde el derecho de competencia

Elizabeth del Pilar Amado Ramírez*
Universidad San Martín de Porres, Perú

Recibido: 16 de febrero del 2026 / Aceptado: 4 de mayo del 2026
doi: https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2026.n061.8619

RESUMEN. El presente artículo doctrinal y analítico examina al *influencer* como nuevo agente de influencia económica y social en el mercado digital y examina los límites de su responsabilidad jurídica. A partir de un análisis comparado de normativa en Francia, Italia, España, Estados Unidos y Alemania, así como de casos seleccionados por su impacto económico, social y mediático, se sostiene que el *influencer* ha superado el rol de mero difusor publicitario, pues incide en decisiones de consumo, reputación empresarial y valores sociales, especialmente frente a audiencias jóvenes o vulnerables. Se advierte que la regulación comparada se ha centrado principalmente en la publicidad encubierta o engañosa, y ha dejado desatendidos los efectos estructurales de la influencia digital. Frente a ello, se propone una aproximación desde el derecho de la competencia, aplicando analógicamente la noción de posición de dominio para identificar posibles distorsiones.

PALABRAS CLAVE: *influencers* / derecho de competencia / redes sociales / responsabilidad / decisiones de consumo

* Doctora en Derecho, magíster en Derecho Civil y Comercial, y abogada por la Universidad San Martín de Porres. Postítulo en Derecho Empresarial y Contabilidad para Abogados por ESAN. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Perú. Conciliadora extrajudicial. Celular: 994484212. Contacto: eamado@ulima.edu.pe. ORCID: https://orcid.org/0009-0007-0928-1389

INFLUENCERS AND ECONOMIC AND SOCIAL RESPONSIBILITY: A COMPARATIVE ANALYSIS UNDER COMPETITION LAW

ABSTRACT. This doctrinal and analytical article examines the influencer as a new agent of economic and social influence within the digital market and analyzes the limits of their legal responsibility. Through a comparative analysis of regulations in France, Italy, Spain, the United States, and Germany, as well as cases selected for their economic, social, and media impact, it argues that influencers have gone beyond the role of mere advertising intermediaries, influencing consumer decisions, corporate reputation, and social values, particularly among young or vulnerable audiences. The study shows that comparative regulation has mainly focused on covert or misleading advertising, while leaving the structural effects of digital influence insufficiently addressed. In response, the article proposes an approach grounded in Competition Law, analogically applying the concept of dominant position to identify potential distortions.

KEYWORDS: influencers / competition law / social media / legal liability / consumer decision-making

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el acceso cotidiano a las redes sociales a través de nuestros dispositivos móviles ha transformado la forma en que las personas consumen información y entretenimiento de todo tipo. En estos espacios digitales conviven contenidos académicos, informativos y recreativos, los cuales suelen ser difundidos por individuos que, a través de su presencia constante y capacidad comunicativa, logran captar la atención de un amplio público.

Con el paso del tiempo, estos individuos dejaron de ser meros difusores o transmisores de contenido para convertirse en auténticos referentes frente a su audiencia. Es usual que usuarios acudan frecuentemente a determinados perfiles no solo por la información objetiva o especializada que estos podrían o no proporcionar, sino también por la confianza personal que han depositado en quienes les transmiten esta información. Dicha confianza —que se ha construido a partir de la percepción de una experiencia, autenticidad, carisma e, incluso, cercanía que generan estos individuos hacia su público— provoca que sus mensajes sean recibidos como consejos o directrices fiables, cuando no como verdades absolutas e incuestionables.

Este fenómeno no es novedoso en lo absoluto. Desde un punto de vista sociológico, la imitación de conductas de figuras admiradas o percibidas como estándares de éxito ha acompañado al ser humano desde el principio de los tiempos. Hasta podría decirse que es biológico. Sin embargo, lo que distingue a la situación actual es la magnitud e inmediatez con la que puede ejercerse dicha influencia, la cual es facilitada por la aparición y evolución de las plataformas digitales que permiten a un individuo construir en tiempo récord una reputación y conformar su propia comunidad. A estos individuos se les conoce comúnmente como *influencers*.

La capacidad para influir de estos individuos —en las decisiones, hábitos y comportamientos de sus seguidores— ha generado un impacto innegable e inimaginable no solo en el ámbito social, sino también en el económico, especialmente en el mercado de bienes y servicios. Esta realidad plantea interrogantes para el derecho, sobre todo considerando que, en determinados contextos, la influencia ejercida por un *influencer* puede ser incluso superior a la que generan la publicidad tradicional, la televisión o los medios impresos. Ello conduce a formular la siguiente cuestión central: ¿cuál es el límite de la responsabilidad jurídica de un *influencer* cuando actúa como un agente con poder de influencia económica y social sobre el comportamiento de los consumidores?

En ese contexto, la tesis del presente trabajo sostiene que determinados *influencers*, debido a su capacidad de incidir significativamente en el comportamiento económico y social de su audiencia, pueden ser analizados y considerados jurídicamente como agentes con poder relevante de influencia dentro del mercado digital, incluso resultando

posible recurrir analógicamente a categorías propias del derecho de la competencia para examinar eventuales supuestos de abuso de dicho poder.

A partir de esta problemática, el presente artículo tiene por objeto analizar la figura de los *influencers* como agentes relevantes dentro del mercado, así como el alcance de su capacidad de incidir en las decisiones económicas y sociales de su audiencia. Para ello, se examinarán casos representativos que evidencien dicho poder, conjuntamente con el análisis de normativa tanto nacional como internacional y de literatura jurídica especializada que permitan dar luces sobre su responsabilidad jurídica. Asimismo, la ausencia de un marco normativo específico sobre esta figura refuerza la necesidad de un análisis jurídico sistemático que permita abordar los desafíos que plantea dicha influencia en los mercados.

2. METODOLOGÍA

El presente trabajo constituye un artículo doctrinal y analítico, desarrollado a partir del estudio de doctrina especializada, normativa tanto nacional como comparada, así como de resoluciones y casos mediáticos vinculados a la actividad de los *influencers* en entornos digitales. El análisis comparado comprende principalmente la regulación existente en Francia, Italia, España, Estados Unidos y Alemania, pues representan algunos de los desarrollos normativos más relevantes sobre la materia. Asimismo, los casos examinados fueron escogidos por su impacto económico, social y mediático, y se utilizaron con fines ilustrativos para evidenciar distintas formas en las que los *influencers* inciden sobre el comportamiento del mercado y de los consumidores. A partir de dichas fuentes, se plantea una aproximación jurídica desde el derecho de la competencia para analizar los posibles límites y supuestos de abuso derivados de la influencia digital.

3. *INFLUENCER* COMO NUEVO AGENTE DE INFLUENCIA ECONÓMICA Y SOCIAL

Se define al *influencer*, entre otras cosas, como aquella persona que posee "poder de credibilidad y de convencimiento" y que es capaz de influenciar en el comportamiento de su audiencia mediante el uso de sus redes sociales (Montenegro Ruiz, 2024, p. 129). Si bien tradicionalmente se asumía que dicha credibilidad exige un dominio técnico del tema abordado por el *influencer*, o un respaldo objetivo de la información que este transmite, lo cierto es que, en el contexto digital actual, ello ya no resulta imprescindible. En muchos casos, basta con que el *influencer* proyecte determinadas cualidades subjetivas, tales como aparentar un desinterés comercial o autenticidad al momento de dar su mensaje, poseer empatía suficiente para generar cercanía emocional con su público o mostrarse de una forma que le permita ser solamente percibido como un experto sin realmente

serlo. Con solo cumplir algunas de esas cualidades, el *influencer* logrará incidir en las decisiones de su audiencia (Clemente-Ricolfe & Atienza-Sancho, 2019, pp. 7-8).

Precisamente, esta cercanía y autenticidad son las que permitirán a un *influencer* generar una conexión posiblemente ficticia, pero percibida como directa, sostenida y, en ocasiones, como real por su público. Dicha conexión constituye la base de una influencia que no se explica únicamente por el conocimiento técnico que podría manejar un *influencer*, sino que se construye a partir de una vinculación emocional o simbólica entre el *influencer* y su audiencia (Migkos et al., pp. 7-9). En este sentido, un *influencer* no influye únicamente sobre la decisión de compra de su audiencia en el momento puntual de la recomendación o mensaje comercial que emite, sino que su influencia se proyecta antes, durante y después del acto de consumo, penetrando en los valores, aspiraciones y estilos de vida de quienes los siguen.

Esta dinámica se intensifica cuando la audiencia no percibe al *influencer* como un mero líder de opinión, sino como un modelo de comportamiento o, incluso, como un ídolo. Tal fenómeno resulta particularmente relevante en audiencias jóvenes o en aquellas que se encuentran en procesos de formación de la identidad. En tal situación, la capacidad de asimilación de la información que reciben los jóvenes y la imitación de actitudes es significativamente mayor (Gonzáles Larrea et al., 2024, p. 7). En estos supuestos, la palabra o recomendación de un *influencer* —sea emitida en un mensaje expresamente publicitario o en un contenido espontáneo y auténtico— puede modificar conductas, actitudes, hábitos y, por supuesto, preferencias de consumo.

En consecuencia, a la luz de estas características y de las capacidades de estos *influencers*, resulta insuficiente concebirlos como simples participantes o protagonistas de un anuncio publicitario patrocinado. Su rol, si se quiere, trasciende la función tradicional del medio o del vocero publicitario, porque actúan como verdaderos agentes de influencia económica y social, capaces de incidir determinantemente en el comportamiento del mercado y de conducir, consciente o inconscientemente, las decisiones de su audiencia. Esta realidad obliga a replantear su posición dentro del ecosistema publicitario y, desde una perspectiva jurídica, a cuestionar los límites de su responsabilidad frente a los efectos que puede provocar su influencia.

4. INFLUENCIA Y DISTORSIÓN EN EL MERCADO

Pese a lo señalado, algunos podrían mostrarse escépticos respecto del verdadero poder o influencia que puede tener un *influencer* sobre su público y, menos aún, creer que la opinión de un solo individuo pueda repercutir de manera significativa en el mercado. No obstante, desde una perspectiva fáctica e ilustrativa, diversos casos mediáticos recientes evidencian que, bajo determinadas condiciones, esta influencia no solo existe,

sino que puede tener consecuencias económicas y reputacionales relevantes para otros agentes económicos.

Hace poco más de un año, uno de los ejemplos mediáticos más citados sobre el impacto económico de la influencia digital fue el caso del *influencer* estadounidense Marques Brownlee, uno de los *youtubers* más respetados y con mayor credibilidad en el nicho de la tecnología, cuyo contenido se centra en realizar videorreseñas críticas sobre distintos productos. Uno de estos videos estuvo dedicado a un automóvil eléctrico de la *start-up* Fisker, bajo el título *This Is the Worst Car I've Ever Reviewed* ('Este es el peor carro que he reseñado'). De forma similar, otros productos potenciados por inteligencia artificial —como el *Humane AI Pin* y el *Rabbit R1*, que prometían reemplazar a los *smarthphones*— recibieron críticas devastadoras por parte del mismo *influencer* (Christiansen, 2024).

Algunos podrían preguntarse qué de relevante hay en que un *influencer* critique un producto. Las críticas son habituales para cualquier producto en el mercado y, en apariencia, no producen consecuencias perceptibles. Esta postura es razonable si no se tratara de un individuo con la capacidad de influir sobre las decisiones de consumo de más de veinte millones de suscriptores. En el caso de Fisker, tras publicarse el video de Brownlee, el valor de sus acciones en bolsa se desplomó para, posteriormente, declararse en bancarrota meses después (Davis & Silbering, 2024; Noya, 2024). En tal sentido, si bien una empresa no colapsa de la noche a la mañana por la mera opinión negativa de una sola persona y que existen otros factores que condujeron a la desaparición de la empresa Fisker del mercado, no podemos desconocer la innegable intervención del *influencer*, quien contribuyó a acelerar este proceso.

Escenarios similares han sido reportados por distintos medios de comunicación. En 2018, la red social Snapchat publicó un anuncio que hacía mofa, trivializaba y hasta ridiculizaba un escándalo de violencia doméstica sufrida por la cantante Rihanna. Ella, evidentemente, criticó la actuación de la red social, lo que provocó una caída del 5 % de las acciones de Snap Inc. Ese mismo año, ocurrió otra caída relevante en el valor de las acciones de esta red social tras una publicación de la celebridad Kylie Jenner en Twitter (actualmente X), quien señaló que la aplicación ya no se usaba con la misma frecuencia (Lang, 2018).

Otro ejemplo ilustrativo es el caso del rapero Kanye West y su colaboración con la marca Adidas. En el 2022, se lanzó la línea de zapatillas Yeezy y generó una alta rentabilidad para ambas partes. Así se mantuvo hasta que el rapero, en sus redes sociales y diversos medios, realizó declaraciones controvertidas y fue acusado de antisemita. Producto de este escándalo, Adidas decidió poner fin a la relación comercial. Asimismo, el simple hecho de cortar relaciones, implicó pérdidas estimadas en más de doscientos cincuenta millones de dólares en ganancias a corto plazo, además de una reducción significativa en las ventas, según la propia empresa (Monroe, 2022).

De los ejemplos expuestos, se desprende que la credibilidad de un *influencer*, sumada a una audiencia masiva, le permite ejercer un poder real sobre el mercado. No obstante, no podríamos afirmar que únicamente las palabras de estos individuos son suficientes para alterar radicalmente la situación de una empresa. En la mayoría de los casos, su intervención actúa como un catalizador que amplifica percepciones públicas preexistentes, acelera decisiones de consumo y magnifica problemas estructurales ya presentes. Se podría decir, de este modo, que los *influencers* pueden concentrar las percepciones de los demás a través de sus opiniones y canalizarlas de tal manera que se invisten de una fuerza que puede traducirse en efectos económicos y reputacionales concretos para otros agentes económicos.

5. INFLUENCIA NEGATIVA Y LÍMITES JURÍDICOS

Ahora que se han expuesto diversos ejemplos que evidencian el poder que pueden ejercer los *influencers* en el mercado, corresponde analizar aquellos supuestos en los que dicha influencia genera perjuicios tanto económicos como sociales, lo que afecta no solo a consumidores y empresas, sino también a valores fundamentales de la convivencia social.

Un primer grupo de casos se vincula con la publicidad encubierta y engañosa. Por ejemplo, la *influencer* Alejandra Baigorria fue sancionada por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) en el Perú por promocionar, a través de diversas publicaciones en sus redes sociales, un juego de apuestas denominado *Mines* de Meexbet, sin advertir a sus seguidores que dichas publicaciones constituían publicidad pagada. Esta conducta vulneró el principio de autenticidad en la actividad publicitaria, previsto en el artículo 16 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Asimismo, al omitir colocar en dichas publicaciones el mensaje obligatorio "Los juegos y apuestas deportivas a distancia realizados en exceso pueden causar ludopatía", la *influencer* infringió el principio de legalidad al incumplir normativa referente a publicidad de juegos a distancia y apuestas deportivas (Resolución 013-2025/CCD-INDECOPI del 4 de marzo del 2005).

En este caso, se consideró que la *influencer* indujo a error a su audiencia al hacerles creer que se trataba de una recomendación genuina basada en su experiencia personal, cuando, en realidad, existía una relación comercial no revelada, lo que afectó directamente la capacidad de decisión informada de los consumidores.

Uno de los casos mediáticos más paradigmáticos en materia de publicidad encubierta a nivel internacional fue el del denominado Fyre Festival del año 2017, promocionado por diversos *influencers* de habla inglesa como un exclusivo festival de lujo en una isla privada, villas de lujo para el alojamiento, comida de primera calidad y demás servicios *premium*. Las publicaciones omitieron que se trataba de publicidad, lo que generó expectativas

irreales en los consumidores que adquirieron entradas, cuyos precios oscilaban entre mil y doce mil dólares, e incluso existían paquetes VIP de hasta cincuenta mil dólares. El evento resultó ser un fracaso improvisado absoluto: las villas de lujo se remplazaron por carpas a mitad de la playa y la comida *gourmet* por sánguches envasados. Naturalmente, esto dio lugar a múltiples demandas por fraude y culminó con la condena penal del cofundador de la empresa organizadora (Redacción BBC Mundo, 2017).

En estos supuestos, el perjuicio ocasionado por los *influencers* es principalmente económico y directo hacia los consumidores y, en algunos casos, terceros involucrados en el mercado. Sin embargo, aún existe un segundo tipo de perjuicio menos visible, pero que es potencialmente más grave para todos nosotros y que está relacionado con la difusión y normalización de conductas socialmente reprochables.

En este contexto, cobran especial relevancia los casos de los conocidos *streamers*, una variante de los *influencers* que, mediante transmisiones en vivo y sin los usuales filtros o limitaciones de las teledifusoras, interactúan de forma constante con audiencias predominantemente jóvenes. Como suele ocurrir en todo tipo de transmisiones en vivo, algunos terminan opinando de manera controvertida por no haber meditado sus palabras suficientemente.

La prensa nacional ha reportado algunos casos recientes. A inicios del 2025, el *streamer* peruano Andy Merino, conocido como ElZeein, realizó comentarios sarcásticos, tales como "los serranos de Perú solo hablan quechua y español" (Farroñay, 2025). Este tipo de expresiones fue ampliamente criticado por reproducir estereotipos racistas y discriminatorios (Farroñay, 2025).

Otro caso es el del *streamer* peruano Diego Marcelino Aliaga Huamán, también conocido como Diealis, quien, además de haber sido denunciado hace un par de años por maltrato psicológico y físico contra su expareja, en reiteradas transmisiones en vivo habría incitado a sus compañeros a realizar actos que podrían catalogarse como agresión sexual contra las mujeres, tales como embriagarlas sin su consentimiento (Chuquiyure, 2025).

Asimismo, el *streamer* peruano Cristopher Andrew Puente Viena, conocido como Cristorata, fue sancionado temporalmente por la plataforma en la que transmitía tras haber incitado a menores de edad a mentir sobre su edad y a formular propuestas indecentes a unas adolescentes bajo el pretexto de que se trataba de una broma. Los dos últimos casos motivaron una intervención del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP) que formuló denuncias contra ambos creadores de contenido (ATV, 2025).

A diferencia de los supuestos de publicidad engañosa, en estos casos el perjuicio no es primordialmente económico, sino social y moral. La normalización de discursos racistas, machistas o de violencia sexual, presentados como entretenimiento, puede generar un impacto profundo en audiencias conformadas predominantemente por niños,

adolescentes y jóvenes, quienes se encuentran en proceso de formación de su identidad y de sus valores. La reiteración de estas conductas por parte de figuras admiradas o consideradas referentes contribuye a normalizar actitudes que no solo resultan socialmente inaceptables, sino que incluso pueden subsumirse en tipos penales como el delito de discriminación o de incitación a la discriminación.

En estos escenarios, la respuesta frente a tales conductas ha provenido principalmente de la propia comunidad digital —mediante la condena social o también denominada funa— y de entidades como el MIMP. No obstante, resulta llamativa la ausencia de intervención del Indecopi, pese a que estas prácticas podrían analizarse a la luz del principio de adecuación social, en tanto afectan valores fundamentales que el ordenamiento busca proteger en el ámbito de la comunicación comercial y la actividad publicitaria.

6. RESPONSABILIDAD JURÍDICA DEL *INFLUENCER*

Resulta cuanto menos llamativo que, pese a que la creciente relevancia de la figura del *influencer* y a las reiteradas demostraciones del poder que ejercen sobre su audiencia, las autoridades continúen abordándolos únicamente como un engranaje, pieza o instrumento más dentro de la publicidad comercial o como meros difusores de mensajes emitidos por terceros. Ello, en reiteradas ocasiones, genera un interrogante de dónde está la respuesta institucional cuando un *influencer*, desde su propia plataforma, emite discursos de odio o normaliza conductas discriminatorias mientras es celebrado por su público.

La primera autoridad en la que pensaríamos sería el Indecopi. Como es bien sabido, esta entidad ejerce sus competencias dentro de un marco normativo específico, como lo son las normas sobre signos distintivos, barreras burocráticas, procedimientos concursales, protección al consumidor y de la libre competencia. Se trata de un marco normativo en el cual no existe, hasta la fecha, una regulación directa de la actividad de los *influencers* como generadores autónomos de contenido y como sujetos con un poder especial sobre el mercado.

Si bien es cierto que algunas de las normas aplicadas por el Indecopi permiten sancionar los efectos producidos en el mercado peruano por agentes económicos, sea que estos se encuentren fuera o dentro del territorio nacional, estas herramientas resultan insuficientes para encuadrar las manifestaciones que, si bien generan impactos sociales relevantes, no encajan fácilmente en supuestos típicos de publicidad comercial o de competencia desleal. Ello explica que las intervenciones estatales frente a conductas reprochables de los *influencers* se hayan centrado mayoritariamente, cuando no exclusivamente, en casos de publicidad encubierta o, en ciertos escenarios mucho más graves, en denuncias impulsadas por el MIMP ante el Ministerio Público.

Asimismo, tampoco resultaría viable extender leyes aplicables a servicios de radiodifusión —entiéndase radio y televisión— al entorno digital, en la medida de que el internet no forma parte del espectro radioeléctrico peruano y responde a una lógica distinta. A ello se le suma la frecuente innovación del derecho fundamental a la libertad de expresión, pilar indispensable para toda sociedad democrática (Sar Suárez & Álvarez Miranda, 2021, pp. 47-62). Y, naturalmente, no puede ser utilizado como una defensa absoluta para amparar o justificar la incitación a la violencia, discriminación o la comisión de actos ilícitos, aun cuando tales expresiones se presenten bajo la apariencia de humor o entretenimiento, especialmente si están dirigidas a un público infantil o adolescente.

Aunque se debe dejar bien en claro que lo anterior no implica sostener que el contenido en redes sociales deba ser sometido a un control estatal absoluto, mucho menos que toda opinión socialmente controvertida deba ser objeto de una sanción jurídica. Por el contrario, el entorno digital ha demostrado, en reiteradas ocasiones, ser una herramienta fundamental para el debate público, una crítica social y una construcción de discursos que permiten que los propios usuarios cuestionen lo que encuentran en internet, contrasten información y comentarios y, en muchos casos, rechacen activamente mensajes difundidos por figuras influyentes.

A pesar de lo anterior, la ausencia de un control no equivale a la inexistencia de algún tipo de responsabilidad. Cuando el *influencer* deja de ser un mero espectador del contenido y pasa a convertirse en un individuo que desempeña un rol activo sea en la promoción de productos, servicios o conductas, especialmente frente a audiencias vulnerables en cuanto a capacidad de recepción de valores, como lo serían niños y adolescentes, surge la necesidad de examinar en qué supuestos su situación puede generar responsabilidad jurídica. No tanto en su aspecto o dimensión publicitaria —ampliamente desarrollada—, sino en aquellos supuestos donde actúan como modelos de promoción o normalización de conductas socialmente reprochables.

Cabe destacar que, si bien es cierto que a nivel comparado se advierte un mayor desarrollo normativo en torno a la figura del *influencer* —como ocurre con la ley francesa de *influencers* (Loi 2023-451 del 9 de junio del 2023), la Federal Trade Commission Act de los Estados Unidos, en particular en su sección 5, o la Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb de Alemania—, dicho desarrollo se ha centrado, casi exclusivamente, en la capacidad de estos sujetos para alterar o incidir en el comportamiento económico de los consumidores a través de mensajes de naturaleza publicitaria.

En efecto, estas normas y criterios permiten contar con un mayor margen de maniobra para analizar la conducta de los *influencers* cuando esta se traduce en prácticas comerciales que pueden inducir a error, falsear la percepción del consumidor o distorsionar el proceso competitivo. Sin embargo, este enfoque resulta limitado, en la

medida en que deja de lado las repercusiones que pueden provocar los *influencers* en el mercado, al afectar los valores, actitudes y patrones de conducta de sus audiencias y que, de manera indirecta, aunque efectiva, también terminan afectando el comportamiento del mercado.

Parte de la doctrina habla de responsabilidad civil de los *influencers*, especialmente cuando estafan o defraudan las expectativas de sus seguidores, promueven prácticas nocivas para la salud, promocionan negocios poco fiables o cuando insultan y lanzan ofensas de algún tipo dirigidas contra terceros (Barreta, 2023, pp. 13-19). Aunque este tipo de solución se muestre útil, no resulta suficiente ante el problema de fondo, esto es, la capacidad innata de un *influencer* de alterar las conductas económicas y sociales de su audiencia más allá del hábito de consumo.

Asimismo, lamentablemente, esta situación pone de manifiesto una problemática que, en el caso peruano, ha pasado en gran medida inadvertida: la ausencia de un marco normativo específico que permita abordar de manera efectiva la actividad de los *influencers* como agentes económicos con capacidad real de incidir en el mercado, más allá de los clásicos supuestos de publicidad encubierta o engañosa.

Ahora bien, debe precisarse que esta falta de regulación no es casual ni exclusiva de nuestro país. En efecto, la mayoría de los ordenamientos jurídicos ha optado por limitar su intervención al ámbito publicitario, en materia de *influencers*, porque existe precisamente un riesgo latente de extender excesivamente el control estatal hacia el contenido de los mensajes emitidos en redes sociales. Inevitablemente, algunos países han logrado avanzar hacia una regulación de las expresiones de estos individuos, centrándose en su capacidad de afectar valores sociales o de orden público. No obstante, han terminado evidenciando los peligros de una regulación excesiva.

Así, se han reportado casos en países como Arabia Saudita, el Reino Unido y algunos Estados de la Unión Europea. En estos, las personas han sido arrestadas o sancionadas por comentarios realizados en internet que presuntamente atentaban contra el orden público o las buenas costumbres del país, o, en ocasiones, calificados como incitación al odio, el terrorismo y comunicaciones "maliciosas" en general (Barbadillo, 2025). Lo curioso es que esto no les sucede necesariamente solo a políticos, sino también a activistas, creadores de contenido e incluso a usuarios con poca o nula influencia en internet (Amnistía Internacional, 2023). Estos escenarios revelan un extremo indeseable para cualquier sociedad democrática, una regulación que, bajo la apariencia de proteger intereses o valores colectivos, termina convirtiéndose en una herramienta de represión y erosionando la libertad de expresión: uno de los pilares fundamentales del entorno digital y de toda sociedad democrática.

7. HACIA UNA POSIBLE APROXIMACIÓN DE SOLUCIÓN DESDE EL DERECHO DE COMPETENCIA

A nivel comparado, una de las propuestas normativas más recientes y específicas que regula la actividad de los *influencers* en internet —y una de las más acertadas que hemos encontrado— es el proyecto de la Ley de Beneficencia e *Influencers* de Italia, o también conocida como Ley Ferragni, en virtud de la *influencer* Chiara Ferragni, quien protagonizó el escándalo. Solo para contextualizar, en dicho caso se promocionó la venta de dulces mediante las redes sociales de la *influencer* Ferragni, bajo la premisa de que parte (si no todas) las ganancias serían destinadas a fines benéficos; sin embargo, los ingresos terminaron beneficiando a la *influencer*, quien en ese momento contaba con más de 30 millones de seguidores.

La propuesta italiana pretende regular las publicaciones de carácter benéfico realizadas por los *influencers* y exige transparencia en este tipo de comunicaciones (Consiglio dei Ministri, 2024, p. 2). Esto resultaría aplicable a aquellos creadores de contenido que posean más de un millón de seguidores —según la Autoridad para la Garantía de las Comunicaciones de Italia (AGCOM) (Cereceda, 2024)—, que mantengan contratos comerciales con marcas y realicen publicaciones en el idioma italiano. Es decir, la ley establecería un estándar mínimo de transparencia, equiparando a los *influencers* que entren dentro de estos supuestos con los otros agentes económicos que intervienen en el mercado.

De manera similar, España aprobó en el año 2022 la Ley General de Comunicación Audiovisual, que regula a los denominados "usuarios de especial relevancia" de internet (Ley 13/2022 del 7 de julio del 2022). Se consideran como tal, según Real Decreto 444/2024 del 30 de abril del 2024, en su capítulo II sobre requisitos de ingresos y audiencia significativa, a aquellos creadores de contenido que posean más de un millón de seguidores en una red social o dos millones en distintas redes, presenten ingresos superiores a € 300 000 anuales y hayan publicado o compartido al menos veinticuatro videos en un año. A quienes cumplan con estos requisitos, se les trata, justamente por su enorme alcance e influencia, como medios de comunicación audiovisual, por lo que quedan sujetos a obligaciones similares a las de la televisión tradicional: prohibición de hacer publicidad subliminal, deber de transmitir información clara cuando promocionen algún producto o servicio y obligación de respetar las franjas horarias familiares y de protección al menor.

Podemos apreciar que tanto la ley española como el proyecto italiano comparten un elemento en común: utilizan el elemento cuantitativo de la audiencia para determinar si un *influencer* debe someterse a un régimen especial de control o no. Este criterio no podría considerarse arbitrario, incluso algunos lo consideran un acierto. Una audiencia masiva suele implicar una capacidad significativa de influencia. Además, no es equiparable la

opinión emitida por un usuario con tres seguidores a la de quien posee treinta millones, al menos en términos de alcance y potencial de incidencia en el comportamiento económico del público.

Entonces, utilizar criterios para decidir cuándo prestar especial atención a determinados agentes económicos nos recuerda a una figura clásica del derecho de la competencia: la posición de dominio. Esta figura no sanciona el éxito ni la magnitud económica en sí misma, sino que sirve para identificar a aquellos agentes que presentan una condición tal que ningún agente económico competidor es capaz de condicionar su comportamiento en el mercado, por lo que merecen un trato diferenciado, más riguroso que el de su competencia, justamente por su capacidad de influir en las condiciones del mercado.

Más de uno podría objetar y argumentar que es imposible que un *influencer* tenga un poder de mercado equivalente al de una empresa multinacional. Y razón no les falta. Sin embargo, la posición de dominio no se atribuye a un agente económico en virtud de un poder de marcado absoluto o de su volumen incomparable de recursos, sino por el poder de mercado relativo que posee dentro de un ámbito determinado. En ese sentido, el análisis no gira en torno a cuántos millones mueve un agente, sino a su capacidad de actuar con independencia respecto de sus competidores y de incidir en el comportamiento de los competidores.

Nuestra Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en su artículo 6, establece criterios para analizar la posición de dominio, tales como el tipo de consumidor conjuntamente con sus preferencias, la existencia de sustitutos con base en las características del producto o servicio, el mercado relevante y las barreras de entrada a dicho mercado. Y estos son solo algunos de los criterios que la ley establece de manera meramente enunciativa (Decreto Legislativo 1034 del 25 de junio del 2008).

Se puede advertir que más de uno de los criterios referidos para analizar la posición de dominio es aplicable a cualquier agente económico existente, incluso a los *influencers*. En primer lugar, el mercado es relevante. Existen *influencers* que dedican su contenido a un nicho específico: tecnología, moda, viajes, gastronomía, finanzas personales y un largo etcétera. Así como cuando se analiza la existencia de una posición de dominio entre agentes económicos tradicionales, aquí también puede analizarse la existencia de un mercado relevante según las características de un producto o servicio y su grado de sustitución. Inclusive, podría analizarse la existencia de un mercado relevante de influencia dentro de un sector determinado.

En ese sentido, resulta pertinente aclarar que, cuando nos referimos al mercado relevante de influencia, este no debe entenderse como un mercado autónomo, independiente y enteramente distinto del mercado relevante tradicional, sino como una dimensión funcional de este vinculada a la dinámica del *influencer* en entornos digitales.

Por tanto, puede definirse como aquel espacio sobre el cual un *influencer*, además de poseer alcance sobre un alcance, tiene la capacidad de incidir efectivamente en sus decisiones de consumo, preferencias o comportamientos.

Continuando con el análisis del mercado relevante, en cuanto al ámbito geográfico, si bien puede tornarse confuso, porque gracias al internet pareciera que se diluyeron las barreras para que un usuario sea capaz de llegar a todo el mundo, la verdad es que aún existen. El idioma, la cultura y el público objetivo permiten delimitar espacios de influencia más concretos y específicos, ya sea a nivel nacional, regional o incluso continental. En tal sentido, el público objetivo, que podría traducirse en tipo de audiencia, constituye un elemento sumamente relevante. No es lo mismo dirigirse a un público infantil que a jóvenes adultos, ni a un segmento específico por género o nivel socioeconómico. Estas variables influyen en el grado de recepción y vulnerabilidad del público frente al mensaje emitido.

Respecto de las barreras de entrada, si bien es cierto que cualquiera puede abrir una cuenta en redes sociales, no cualquiera logra consolidar una audiencia masiva y estable. La acumulación de seguidores, la credibilidad construida y la fidelidad del público pueden constituir, en ciertas ocasiones, una forma de barrera de entrada que dificulta la replicabilidad del contenido y de la influencia. Algo así como "no hay nada mejor que el original".

Finalmente, el criterio más evidente —y el que pretende utilizar la legislación italiana y el que ya usa la española— es la posesión de una cuota significativa dentro del mercado relevante analizado: en términos sencillos, la cantidad de seguidores que posee un creador de contenido. Si un *influencer* concentra la atención de más de un millón de usuarios en un nicho específico, resultaría razonable sostener que posee un poder de influencia relevante dentro de ese ámbito o mercado relevante. Sin embargo, la influencia no se reduce al mero alcance cuantitativo que permiten las plataformas digitales. Es justo aquí donde cobra especial relevancia el mercado relevante de influencia, porque, para poder determinar el grado de influencia relevante sobre dicho mercado, resulta preciso, además de los elementos antes mencionados y propios de un mercado relevante tradicional, tener en cuenta la capacidad real del *influencer* para alterar conductas de consumo, generar confianza, orientar preferencias o modificar percepciones dentro de un nicho concreto. Por tanto, para poder establecer la existencia y amplitud de dicha capacidad, se pueden emplear criterios como el grado de credibilidad o autenticidad del *influencer*, el nivel de experticia percibida por su audiencia respecto del contenido que realiza, la fidelización o conexión emocional con su audiencia o el nivel de incidencia que posea sobre el público al que va dirigido su contenido.

Aun así, todo lo mencionado anteriormente no implica afirmar que la gran capacidad de influencia de un *influencer* sea ilícita en sí misma. Del mismo modo que funciona con la posición de dominio, la cual no es sancionada *per se*, tampoco debería estarlo

la acumulación de seguidores, relevancia digital y, naturalmente, de influencia. Lo que el derecho de competencia sanciona no es el poder, sino el abuso de este. En esa línea, puede sostenerse que la enorme capacidad de influencia de algunos creadores de contenido o *influencers* no es un problema por sí misma, pero sí puede o debería, en ocasiones, generar responsabilidad cuando su ejercicio distorsiona el funcionamiento competitivo del mercado o afecta de manera significativa la toma de decisiones del público sin fundarse en criterios pertinentes, objetivos ni verídicos.

8. CRITERIOS Y LÍMITES PARA DETERMINAR EL ABUSO DE INFLUENCIA

Con todo lo desarrollado precedentemente y la posibilidad real que puede tener un *influencer* para impactar en el mercado, sobre todo en aquel sector de su audiencia sobre el cual ejerce una influencia efectiva, resulta pertinente analizar, a la luz de algunos supuestos contemplados actualmente en nuestra Ley de Represión de la Competencia Desleal, qué límites podrían establecerse frente al ejercicio abusivo de dicho poder (Decreto Legislativo 1044 del 25 de junio del 2008).

En esa línea, determinadas figuras ya reconocidas por nuestra legislación de competencia desleal pueden servir como criterios orientativos y verificables para identificar posibles supuestos de abuso de dicha influencia en entornos digitales y para evaluar cuándo nos encontramos ante un ejercicio ilegítimo de este poder de influencia que comienza a generar afectaciones relevantes sobre los consumidores, otros agentes económicos o el propio funcionamiento del mercado competitivo.

Comenzando por los supuestos más evidentes, tenemos aquellos vinculados a los actos contra el principio de autenticidad y legalidad en la actividad publicitaria. Resulta entendible la razón por la cual el Indecopi suele determinar infracciones a estos principios por parte de *influencers*, debido a que es común que otros agentes recurran a estos para promocionar productos o servicios dentro del mercado. Del mismo modo, también es frecuente que los *influencers* incumplan aquellas obligaciones vinculadas a la actividad publicitaria en general o aquellas establecidas en la normativa sectorial, como ocurrió con la *influencer* Alejandra Baigorria, mencionada en el acápite 5. Que dichas infracciones se produzcan de manera dolosa o culposa constituye, sin embargo, una discusión distinta.

Ahora bien, más allá de los supuestos vinculados estrictamente a la publicidad encubierta o a los incumplimientos formales, resulta posible analizar otras figuras contempladas en nuestra legislación sobre competencia desleal. Entre ellas destacan los actos de denigración, regulados en el artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, definidos como aquellos actos que tengan por efecto real o potencial menoscabar la reputación empresarial o profesional de otro agente económico, ya sea de manera directa o indirecta (Decreto Legislativo 1044 del 25 de junio del 2008). En términos sencillos, esta

figura comprende comentarios o manifestaciones capaces de afectar negativamente la percepción del público respecto de otro agente económico.

Ello podría encajar con diversos casos mencionados anteriormente: como las críticas realizadas por el *youtuber* Marques Brownlee respecto de determinados productos tecnológicos, las declaraciones de Kyle Jenner sobre Twitter o las de Rihanna sobre Snapchat. Sin embargo, no basta la existencia de un comentario negativo para determinar automáticamente la configuración de un acto de denigración. Nuestra legislación también contempla supuestos en los cuales, si bien es cierto que existe una "denigración", esta se encuentra justificada por razones de eficiencia competitiva, particularmente cuando la información difundida resulta ser verídica, objetiva, verificable y transmitida de manera pertinente, clara y sin ambigüedades.

Así, por ejemplo, un *influencer* podría publicar un video en sus redes sociales sobre lo deficiente que es un producto tecnológico y, en el mismo video, explicar detalladamente las razones que sustentan dicha opinión a partir de su propia experiencia de uso, mostrando fallas, limitaciones o desaciertos del producto analizado. Una situación de esta naturaleza resultaría perfectamente compatible con nuestra legislación actual, en la medida en que termina favoreciendo al propio mercado al proporcionar información relevante y útil para los consumidores. Distinto sería el supuesto en el que un *influencer* publique contenido desacreditando un producto o servicio sin aportar ningún tipo de sustento objetivo y, posteriormente, pretenda amparar dichas afirmaciones bajo el argumento de tratarse meramente de una opinión.

En este último escenario, si se demuestra que dicho *influencer* posee un poder de influencia lo suficientemente relevante como para incidir efectivamente en las decisiones de una parte significativa de su audiencia y, además, se encuentra vinculado al mismo nicho o mercado sobre el que emitió su opinión, podría sostenerse razonablemente la existencia de un supuesto de abuso de influencia con efectos relevantes sobre el mercado.

Otro aspecto particularmente problemático surge respecto de aquellas conductas —anticipadas anteriormente— vinculadas a mensajes discriminatorios, violentos o que incentiven comportamientos contrarios al ordenamiento jurídico. Los denominados actos contra el principio de autenticidad, establecidos en el literal a) del artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, se encuentran definidos como aquellos actos de publicidad que tengan por efecto inducir a los destinatarios del mensaje a cometer un acto ilegal o actos de discriminación de cualquier índole (Decreto Legislativo 1044 del 25 de junio del 2008).

En principio, podría sostenerse que este supuesto resultaría difícilmente aplicable a los *influencers* cuando las expresiones emitidas no constituyan estrictamente actividad publicitaria, como sucedió en algunos de los casos protagonizados por *streamers*

peruanos mencionados anteriormente o en aquellos suscitados durante determinados y recientes contextos políticos y electorales. Sin embargo, resulta relevante recordar que el capítulo II de la Ley de Represión de la Competencia Desleal se denomina expresamente "Listado enunciativo de actos de competencia desleal" (Decreto Legislativo 1044 del 25 de junio del 2008). A partir de una interpretación literal, se podría alegar que los supuestos allí contemplados no constituyen una enumeración cerrada o taxativa.

Desde esta perspectiva, podría sostenerse que, mediante una interpretación funcional de la cláusula general prevista en el artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, y tomando como referente el principio de adecuación social determinadas conductas desplegadas por *influencers*, podrían eventualmente generar responsabilidad. Esto es, cuando, aprovechando indebidamente una posición de influencia relevante, induzcan de manera significativa a la realización de actos ilegales, discriminatorios o manifiestamente contrarios a la moral y a las buenas costumbres.

No obstante, la cuestión no resulta tan sencilla. Si bien es cierto que nuestra legislación presenta una lista meramente enunciativa de actos de competencia desleal y contempla una cláusula general que proscribe cualquier acto objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial, ello no implica que cualquier expresión polémica, ofensiva o socialmente reprochable pueda ser automáticamente sancionada desde el derecho de la competencia. Existen límites constitucionales que necesariamente deben observarse en cualquier intento de intervención jurídica sobre esta actividad desarrollada por los *influencers*, especialmente teniendo en cuenta que dicha intervención involucraría restricciones al ejercicio de la libertad de expresión.

Es inevitable incurrir en cierto nivel de limitación de derechos fundamentales cuando se abordan temas vinculados a la intervención estatal. Sin embargo, ello puede encontrarse constitucionalmente justificado si se considera que, dentro del régimen económico de una economía social de mercado, toda actividad o libertad económica debe ejercerse en armonía con el interés público y con pleno respeto de los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución Política del 29 de diciembre de 1993.

Teniendo presente ello, y considerando que pueden existir situaciones en las cuales distintos derechos fundamentales entren en conflicto, el Tribunal Constitucional peruano ha desarrollado una herramienta orientada a resolver este tipo de controversias, denominada test de proporcionalidad. Dicho examen ha sido definido por el propio Tribunal como una metodología destinada a determinar si una intervención estatal sobre un derecho fundamental resulta constitucionalmente legítima, y se encuentra compuesto por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

De manera breve, el subprincipio de idoneidad exige que la medida adoptada permita alcanzar el objetivo propuesto o proteger un fin constitucionalmente legítimo;

el subprincipio de necesidad exige verificar que no existan otras medidas igualmente satisfactorias pero menos lesivas para el derecho afectado, mientras que el subprincipio de proporcionalidad, en sentido estricto, implica analizar si el beneficio obtenido con la medida resulta superior al nivel de afectación generado sobre el derecho restringido. Se trata de un test que, de no superarse cualquiera de estos tres niveles de análisis, devendría en una medida constitucionalmente ilegítima o irrazonable (Tribunal Constitucional del Perú, 2009, pp. 12-15).

Resulta posible aplicar este examen a algunos de los casos protagonizados por *streamers* peruanos mencionados en el acápite 5, particularmente a aquellos vinculados a expresiones discriminatorias o a la aparente promoción de conductas ilícitas. En una situación de esta naturaleza, podría sostenerse que una eventual intervención estatal sobre el contenido difundido por dichos *influencers* tendría como finalidad proteger bienes constitucionalmente relevantes, tales como la igualdad ante la ley, la dignidad de determinados grupos sociales o incluso la seguridad pública. Desde esta perspectiva, medidas como la suspensión o restricción de determinadas cuentas conjuntamente con la imposición de multas podrían superar, al menos preliminarmente, el examen de idoneidad.

No obstante, el análisis se torna considerablemente más complejo al examinar el subprincipio de necesidad. En efecto, no cabe duda de que podrían existir medidas menos gravosas para la libertad de expresión y, al mismo tiempo, suficientes para desincentivar este tipo de conductas. Entre ellas podrían destacarse las obligaciones de rectificación, la eliminación específica del contenido digital infractor, las restricciones temporales sobre determinado tipo de publicaciones, los sistemas de advertencia implementados por las propias plataformas digitales o, incluso, las medidas de carácter educativo orientadas a fomentar un uso responsable de las redes sociales y de los espacios digitales. Es decir, no toda expresión ofensiva, polémica o socialmente reprochable justificaría automáticamente una intervención intensa o permanente sobre el ejercicio de la libertad de expresión de un *influencer*.

Incluso en aquellos supuestos en los que una medida pudiera superar los exámenes de idoneidad y necesidad, resultaría indispensable analizar si el nivel de afectación generado sobre la libertad de expresión se encuentra verdaderamente justificado por el nivel de beneficio constitucional que se obtiene. Y es precisamente aquí donde el análisis adquiere una especial complejidad, sobre todo en entornos digitales donde gran parte de la interacción social, política y cultural ocurre mediante plataformas virtuales y redes sociales que son, en última instancia, herramientas particularmente idóneas para el ejercicio de dicha libertad.

Con lo mencionado anteriormente, puede advertirse que no resultaría razonable —ni constitucionalmente legítimo— proscribir de manera amplia o indiscriminada el ejercicio de la libertad de expresión de determinados individuos únicamente por el

carácter controversial, ofensivo o impopular de sus opiniones. Admitir una intervención irrestricta del Estado sobre este tipo de manifestaciones implicaría aceptar que cualquier restricción podría justificarse invocando genéricamente el interés público, corriendo entonces el riesgo de transformar progresivamente a nuestro Estado supervisor de la libre competencia en un Estado excesivamente intervencionista respecto de las dinámicas e interacciones de los individuos en el entorno digital.

Esto no supone afirmar que nunca pueda existir responsabilidad jurídica por determinadas expresiones difundidas en las redes sociales. La evolución de las plataformas digitales y el creciente impacto que algunos *influencers* tienen sobre ciertos sectores de la población podrían dar lugar, en determinados supuestos excepcionales, a escenarios o situaciones en los que una intervención estatal resulte constitucionalmente legítima. Sin embargo, precisamente debido a los riesgos que ello implicaría para derechos fundamentales como la libertad de expresión, cualquier intento de regulación o sanción debería encontrarse sujeto a un análisis riguroso de proporcionalidad y razonabilidad.

9. CONCLUSIONES

El presente artículo partió de una realidad: los *influencers* han dejado de ser simples intermediarios publicitarios para convertirse en auténticos agentes de influencia económica y social. Su capacidad para incidir en las decisiones de los consumidores y, en determinados casos, alterar las dinámicas del mercado, los sitúa en una posición que el derecho no puede ignorar.

Se ha demostrado que la influencia ejercida por estos sujetos no se limita al momento puntual de una recomendación de compra. Por el contrario, su impacto se proyecta más allá, hacia los hábitos de consumo, valores y conductas, especialmente cuando su audiencia está conformada por un público joven. Los casos analizados evidencian que dicha influencia puede incluso traducirse, bajo circunstancias específicas, en caídas de los precios de bolsa, pérdidas comerciales y, a riesgo de exagerar ligeramente, en quiebras empresariales. Además, la influencia puede repercutir en ámbitos sociales, como la normalización de conductas reprochables.

Sin embargo, también se ha demostrado que el ordenamiento jurídico peruano carece de una regulación específica para abordar esta realidad, más allá de las insuficientes respuestas frente a la publicidad encubierta o engañosa generada por *influencers*. Al mismo tiempo, la experiencia comparada demuestra que un exceso de intervención puede convertirse en un riesgo para la libertad de expresión, pilar fundamental de las sociedades democráticas como la nuestra.

En ese contexto, este trabajo no pretende proponer un modelo de control absoluto ni una extensión indiscriminada de la potestad sancionadora del Estado sobre cualquier

contenido digital que pudiera considerarse controvertido. Ello, porque se reconoce que, en muchos casos, las propias plataformas y la comunidad de usuarios en internet ejercen, a su manera, una especie de autorregulación y generan debate público que contribuye a cuestionar, contrastar y generar distintas versiones de un solo mensaje dado por figuras influyentes. El entorno digital es, sin duda, tanto un espacio de influencia como un espacio para la discusión.

La aproximación doctrinal aquí planteada sugiere que el derecho de la competencia podría ofrecer, a partir de nuestras normas nacionales, una herramienta útil para abordar esta realidad. La analogía, si puede llamarse así, con la figura de la posición de dominio empleada para comparar la situación de aquellos *influencers* que, por distintas razones, ostentan un poder de influencia significativo dentro de un mercado relevante con la de las empresas tradicionales dominantes, permite demostrar que el poder en sí mismo no es ilícito, sino su eventual abuso.

En esa misma línea, determinados supuestos ya contemplados en la Ley de Represión de la Competencia Desleal —como los actos contra el principio de autenticidad, legalidad, denigración o adecuación social— podrían funcionar como criterios orientativos y verificables para analizar cuándo el ejercicio de dicha influencia comienza a generar distorsiones relevantes sobre el mercado, los consumidores o, incluso, sobre determinados valores sociales protegidos por el ordenamiento jurídico.

No obstante, el presente trabajo también demuestra que cualquier intento de extender la intervención estatal sobre la actividad de los *influencers* debe realizarse con especial cautela, debido a la inevitable tensión con derechos fundamentales como la libertad de expresión. Por ello, el eventual establecimiento de un límite o mecanismo de responsabilidad jurídica frente a determinadas conductas desplegadas en redes sociales debería encontrarse sujeto, previamente, a un riguroso test de proporcionalidad, a fin de evitar que una mínima protección del mercado o del interés público termine justificando formas excesivas de control estatal sobre el entorno digital.

En definitiva, esta investigación constituye solamente una aproximación doctrinaria a una realidad que apenas entendemos del todo. La regulación de los *influencers* precisa de un adecuado equilibrio entre la protección del mercado, la tutela de los consumidores y la preservación de la libertad de expresión. Cualquier propuesta normativa deberá seguir esa línea, evitando tanto que el Estado se torne indiferente ante un poder real como que se convierta en una entidad que todo lo censura. El desafío no es realmente decidir si deberíamos restringir la influencia en sí misma, sino comprender jurídicamente cuándo el ejercicio de dicho poder deviene abusivo y cuándo, por el contrario, una intervención estatal resulta más peligrosa que la propia influencia que se pretende controlar.

REFERENCIAS

Amnistía Internacional. (2023, 14 de febrero). *Arabia Saudí: alarmante represión de la libertad de expresión en internet*. https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/arabia-saudi-alarmante-represion-de-la-libertad-de-expresion-en-internet/

ATV. (2025). Streamers *'Cristorata' y 'Diealis' promueven la violencia sexual en sus transmisiones*. https://www.atv.pe/noticia/streamers-cristorata-y-diealis-promueven-la-violencia-sexual-en-sus-transmisiones

Barbadillo, P. F. (2025). Cárcel en Reino Unido por opinar en redes sociales. *OK Diario*. https://okdiario.com/opinion/carcel-reino-unido-opinar-redes-sociales-14659582

Barreta, P. A. (2023). Responsabilidad civil del *influencer*. *Revista Académica I.E.S.P.Y.C*, (13), 101-140.

Cereceda, S. (2024). *Italia regulará el trabajo de los* influencers *para quienes sumen al menos un millón de seguidores en distintas plataformas*. Emol. https://www.emol.com/noticias/Tendencias/2024/01/11/1118375/italia-regulara-influencers-chiara-ferragni.html

Christiansen, A. (2024). MKBHD y el tutorial sobre cómo no lanzar una aplicación. *La Tercera*. https://www.latercera.com/tendencias/noticia/mkbhd-y-el-tutorial-sobre-como-no-lanzar-una-aplicacion/DZA4HXVRY5BKNMHI4MLSYHC2F4/?

Chuquiyure, C. G. (2025). *Streamer* Diealis podría ser investigado por la Fiscalía por promover violencia contra la mujer en sus transmisiones. *La República*. https://larepublica.pe/espectaculos/2025/01/24/cristorata-y-diealis-podrian-ser-investigados-por-la-fiscalia-por-promover-violencia-contra-la-mujer-en-sus-transmisiones-491904

Clemente-Ricolfe, J. S., & Atienza-Sancho, P. (2019). Percepción de los consumidores respecto al peso que ejercen en ellos los *influencers* para la compra de productos. *Comunidad y Sociedad*, *16*, e7296. https://doi.org/10.32870/cys.v2019i0.7296

Constitución Política del Perú [CPP]. 29 de diciembre de 1993 (Perú). https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682678

Consiglio dei Ministri. (2024). *Disegno di Legge Legge recante disposizioni in materia di destinazione a scopo di beneficenza di proventi derivanti dalla vendita di prodotti*. https://temi.camera.it/leg19/provvedimento/disposizioni-in-materia-di-destinazione-di-proventi-derivanti-dalla-vendita-di-prodotti.html

Davis, D. M., & Silbering, A. (2024). *Don't blame MKBHD for the fate of Humane AI and Fisker*. Tech Crunch. https://techcrunch.com/2024/04/17/mkbhd-humane-ai-review-fisker/#:~:text=Pero%20Fisker%20ya%20estaba%20en,cr%C3%ADtica%20honesta%20de%20productos%20problem%C3%A1ticos

Decreto Legislativo 1034 de 2008. Por el que se aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. 25 de junio del 2008. Diario Oficial El Peruano. https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H967427

Decreto Legislativo 1044 de 2008. Por el que se aprueba la Ley de Represión de Competencia Desleal. 25 de junio del 2008. Diario Oficial El Peruano. https://www.gob.pe/institucion/indecopi/normas-legales/2274760-1044

Farroñay, M. (2025, 22 de enero). Streamer *Zeein es acusado de racismo por polémicas declaraciones: "Los serranos de Perú solo hablan quechua y español"*. Infobae. https://www.infobae.com/peru/2025/01/22/andynsane-zein-es-acusado-de-racismo-por-polemicas-declaraciones-los-serranos-de-peru-solo-hablan-quechua-y-espanol/

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 2010. BGBl. I S. 254. https://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/BJNR141400004.html

Gonzáles Larrea, B., Hernández Serrano, M., Lena Acebo, F. J., & Renés Arrellano, P. (2024). *Influencers* que modelan valores. Impactos educativos en la relación de seguimiento de las personas adolescentes. *Revista Innovaciones Educativas*, *26*, 28-37. https://dx.doi.org/10.22458/ie.v26iespecial.5381

Lang, C. (2018). *Rihanna called Snapchat out for a domestic abuse ad. Now their stock is dropping*. Time. https://time.com/5201774/snapchat-stock-drops-after-rihanna-statement/

Ley 13/2022 del 2022. Ley General de Comunicación Audiovisual. 7 de julio del 2022. Boletín Oficial del Estado. https://www.boe.es/eli/es/l/2022/07/07/13/con

LOI 2023-451 del 2023. Visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux. 9 de junio del 2023. Journal officiel de la République française. https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000047663185

Migkos, S., Giannakopoulus, N. T., & Sakas, D. (2025). Impact of influencer marketing on consumer behavior and online shopping preferences. *Theoretical and Applied Electronic Commerce Research*, *20*(2), 111. https://doi.org/10.3390/jtaer20020111

Monroe, J. (2022). Adidas cuts ties with Kanye West, citing "Hateful and Dangerous" comments. *Pitchfork*. https://pitchfork.com/news/adidas-cuts-ties-with-kanye-west-citing-hateful-and-dangerous-comments/

Montenegro Ruiz, G. (2024). Cuando un gran poder conlleva una gran responsabilidad: los *influencers* y las decisiones que toman los consumidores. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa,* (78), 108-125. https://rpde.tytl.com.pe/cuando-un-gran-poder-conlleva-una-gran-responsabilidad-los-influencers-y-las-decisiones-que-toman-los-consumidores/

Noya, C. (2024). *¿Ha caído Fisker por culpa del video de un* youtuber*?* Forococheselectricos. https://forococheselectricos.com/2024/04/ha-caido-fisker-por-culpa-del-video-de-un-youtuber.html

Real Decreto 444/2024. Por el que se regulan los requisitos a efectos de ser considerado usuario de especial relevancia de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma, en desarrollo del artículo 94 de la Ley 13/2022. 30 de abril del 2024. Boletín Oficial del Estado. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2024-8716

Redacción BBC Mundo. (2017). *Fyre Festival: el lujoso evento musical en una isla privada de Bahamas que terminó en pesadilla*. BBC Mundo. https://www.bbc.com/mundo/noticias-39755133

Resolución 013-2025/CCD-INDECOPI [Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual]. Por la cual se declara fundada la imputación formulada de oficio en contra de la señora Baigorria por la infracción al principio de autenticidad, establecida en el artículo 16 del Decreto Legislativo 1044. 4 de marzo del 2005.

Sar Suárez, O., & Álvarez Miranda, E. (2021). *La libertad de expresión e información en el marco de los objetivos del desarrollo sostenible.* Universidad San Martín de Porres, Fondo Editorial.

Tribunal Constitucional del Perú. (2009). Sentencia recaída en el Expediente 00579-2008-PA/TC. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00579-2008-AA.pdf

Prolegómeno de la marca tridimensional como desafío jurídico a las marcas tradicionales

Liliana Tamy Callirgos Ruiz[1]
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima

Recibido: 17 de marzo del 2026 / Aceptado: 6 de mayo del 2026
doi: https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2026.n061.9123

RESUMEN. La marca tridimensional está conformada por la forma de los productos, sus envases o empaques, entre otros contenedores. Se regula por la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, el Decreto Legislativo 1075 y su Reglamento (Decreto Supremo 059-2017-PCM). Su configuración jurídica consta de tres elementos constitutivos: corporeidad, forma inusual y distintividad intrínseca, lo que exige que el consumidor asocie la forma del producto o su envase con un origen empresarial determinado, sin necesidad de elementos denominativos o figurativos adicionales. Como casuística se cita a la botella de Coca-Cola o al carrito de D'Onofrio, que son, en sí mismos, marcas tridimensionales. La marca tridimensional no opera como una etiqueta, sino que tiene naturaleza híbrida, puesto que el soporte físico y el signo distintivo se fusionan en una sola unidad. Se registran ante Indecopi siguiendo la clasificación conforme al Arreglo de Niza. La marca tridimensional constituye una ruptura paradigmática en el derecho marcario, lo que representa un desafío en la protección de activos empresariales intangibles.

PALABRAS CLAVE: marca tridimensional / signo distintivo volumétrico / distintividad marcaria / naturaleza híbrida / reivindicación de colores / Decisión 486 / clasificación de Niza

1 Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Cuenta con estudios concluidos de maestría en Derecho Corporativo por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, un diplomado internacional en Gestión Pública por la Continental Management School (certificación por el Instituto Ortega y Gasset, relacionado con la Universidad Complutense) y un certificado internacional de Boston en temas regulatorios.

PROLEGOMENON TO THE THREE-DIMENSIONAL TRADEMARK AS A LEGAL CHALLENGE TO TRADITIONAL TRADEMARKS

ABSTRACT. A three-dimensional trademark consists of the shape of the products, their containers or packaging, or other receptacles. It is governed by Andean Community Decision 486, Legislative Decree 1075, and the latter's implementing regulations (Supreme Decree No. 059-2017-PCM). Its legal framework comprises three constituent elements: corporeality, an unusual shape, and intrinsic distinctiveness; it requires that the consumer associate the shape of the product or its packaging with a specific business origin, without the need for additional word or figurative elements. Examples include the Coca-Cola bottle and the D'Onofrio cart, which are, in themselves, three-dimensional trademarks. A three-dimensional trademark does not function merely as a label; in this sense, it has a hybrid nature, as the physical medium and the distinctive sign merge into a single unit. They are registered with INDECOPI in accordance with the classification established by the Nice Agreement. The three-dimensional trademark represents a paradigm shift in trademark law, posing a challenge for the protection of intangible business assets.

KEYWORDS: three-dimensional trademark / volumetric distinctive sign / trademark distinctiveness / hybrid nature / reclamation for the colors / Decision 486 / Nice Classification

1. INTRODUCCIÓN

En la dinámica actual del mercado, las empresas buscan las mejores estrategias comerciales y el uso de las herramientas más idóneas de propiedad intelectual para distinguir sus productos y servicios en el mercado y diferenciarlos de la competencia. La marca se ha convertido en el sello distintivo por excelencia de una empresa. El consumidor identifica rápidamente los productos o servicios estampados con esa marca y, consecuentemente, realiza una compra diferenciada y confiable. Su naturaleza jurídica radica en ser un ente inmaterial que conecta al consumidor con el origen empresarial.

Las marcas tradicionales, como son las marcas denominativas (palabras o combinación de palabras), las marcas figurativas (signos, gráficos, figuras) y las marcas mixtas (combinación de palabras y figuras, logotipos), son las más usadas por las empresas. Sin embargo, existen otras marcas no tradicionales, en este grupo tenemos a las marcas tridimensionales, mediante las cuales se puede registrar la forma del producto, su envase o su empaque con alto grado de distintividad en el mercado. Es decir, basta con observar la forma física estructural del producto para asociarlo con la empresa que lo comercializa, como ocurre con la botella de Coca-Cola, considerado el ejemplo más emblemático de la configuración de una marca tridimensional. No obstante, pocas empresas recurren al registro de marcas tridimensionales, ya sea por desconocimiento de su existencia o porque la confunden con el diseño industrial. Las marcas tridimensionales rompen el paradigma del sello distintivo estampado o adherido como etiqueta y plantean el reto de cerrar el ciclo de la bidimensionalidad del sistema marcario para dar apertura a la tridimensionalidad, esto es, a la volumetría integrada al signo distintivo. Su finalidad es protegerla como un intangible con valor para las empresas, puesto que conecta con el consumidor en el mercado.

Esta colaboración académica tiene como objetivo presentar a la marca tridimensional, de forma general, sin dejar de lado la complejidad que reviste para el sistema de propiedad intelectual, a efectos de que las empresas puedan viabilizar su registro en el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi, 2025). Se expone la conceptualización jurídica de la marca tridimensional, el marco legal aplicable, los fundamentos esenciales, nociones generales y alcances preliminares para su registro en el Perú, bajo el contexto de la modernidad y competitividad en el mercado cambiante de hoy en día.

2. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA MARCA

Para distinguir sus productos y servicios en el mercado y diferenciarlos de la competencia, las empresas han recurrido a signarlos mediante la marca. Ahora bien, cuando una marca logra posicionarse con éxito en un determinado rubro de negocio, ello refleja que los productos o servicios que representa gozan de cierto prestigio y de la preferencia de los consumidores al momento de adquirirlos, pues asocian la marca con

estatus, calidad, precio, confort, seguridad, compromiso con el medio ambiente, salud, entre diversos atributos que le confieren distintividad en el mercado.

A continuación, se repasarán conceptos generales jurídicos para poder contextualizar la marca de forma general e introducir posteriormente el concepto de marca tridimensional.

2.1. Marco legal del sistema marcario en el Perú

El ordenamiento jurídico del sistema marcario pertenece al régimen de propiedad intelectual y se sitúa específicamente en la rama de la propiedad industrial. En el Perú, el marco legal que protege los signos distintivos comerciales (marcas) tiene los siguientes pilares:

- La Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, que establece el régimen común sobre propiedad industrial, la cual constituye la norma matriz y supranacional para el sistema marcario peruano.
- El Decreto Legislativo 1075, que aprueba disposiciones complementarias a la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que establece el régimen común sobre propiedad industrial, que constituye la regulación interna para dinamizar los procedimientos de forma eficaz.
- El Decreto Supremo 059-2017-PCM, que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo 1075, que aprueba disposiciones complementarias a la Decisión 486 de la Comunidad Andina que establece el régimen común sobre propiedad industrial y sus modificaciones.

2.2. Generalidades: definición de marca, clases y alcance de su registro

El artículo 134 de la Decisión 486 nos brinda la conceptualización de marca como cualquier signo distintivo que es apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Es decir, el presupuesto *sine qua non* para el registro de una marca es su aptitud distintiva. Cabe precisar que la entidad peruana competente para el registro de marcas en el Perú es Indecopi, a través de la Dirección de Signos Distintivos en primera instancia y la Comisión de Signos distintivos en segunda instancia.

Siguiendo la misma línea de interpretación del artículo 134 de la Decisión 486 y en concordancia con los artículos 46, 47 y 48 del Decreto Legislativo 1075, las marcas tradicionales son las siguientes:

- Marcas denominativas: palabras o combinaciones de palabras.
- Marcas figurativas: imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas y escudos.
- Marcas mixtas: combinación de elementos figurativos y de palabras.

No obstante, también existen marcas no tradicionales, que surgen como una apuesta necesaria en un mercado saturado de marcas bidimensionales. El objetivo es que los clientes asocien sus productos con una experiencia sensorial que involucre otros sentidos además de la vista; de este modo, se impulsa el desarrollo de las marcas no tradicionales:

- Marcas sonoras: constituidas por sonidos distintivos. Un ejemplo es el clásico sonido de la corneta de los helados D'Onofrio, la cual se encuentra registrada en Indecopi.
- Marcas olfativas: comprende el olor característico de un producto.
- Marcas tridimensionales: representadas por la forma del producto, envoltura o empaque. Un ejemplo es el triciclo de D'Onofrio.

Detrás del éxito del posicionamiento de una marca, existe un arduo trabajo en gestión de calidad, producción, precio, *marketing*, publicidad, entre otros factores y herramientas claves para generar valor a la marca. En estos, la empresa invierte para dejar una huella distintiva en sus productos o servicios y competir en el mercado.

A lo largo del tiempo, la marca ganará no solo reconocimiento, sino que podría convertirse en un activo intangible susceptible de incrementar el valor de la empresa. Por ello, es importante el registro de la marca en Indecopi, puesto que su titular obtendrá el derecho exclusivo a utilizarla y ser materia de transacciones comerciales a través de transferencias, cesiones o licencias de uso de la marca. Lo más importante es que el registro de marca ofrece a su titular la seguridad jurídica que impide que terceros competidores pretendan aprovecharse del esfuerzo e inversión ejecutada, sin recibir la debida contraprestación económica.

3. LA MARCA TRIDIMENSIONAL

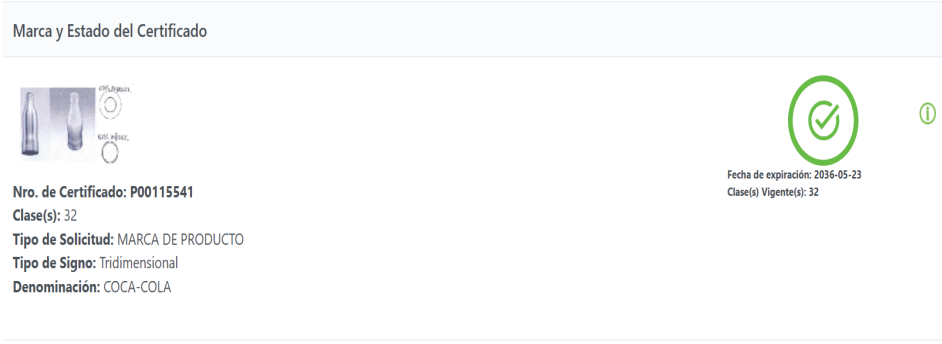
3.1. Definición de marca tridimensional y casuística ilustrativa

En el orden de ideas desarrollado, se define la marca tridimensional como aquella forma física de cuerpos representados en tres dimensiones en el espacio: alto, ancho y profundidad, que engloba a las formas peculiares de sus productos, sus envases o empaques, y les otorga distintividad frente a sus competidores en el mercado.

Un ejemplo es la botella de Coca-Cola (Figura 1), la cual ha sido registrada como marca tridimensional en Indecopi (2024).

Figura 1

Marca y estado del certificado de Coca-Cola



Nota. Estos datos fueron extraídos de la plataforma web Busca tu Marca de Indecopi.

Desde mayo del 2005, The Coca-Cola Company tiene registrada la marca tridimensional constituida por la botella de Coca-Cola, en la clase 32 de la clasificación de Niza, correspondiente a bebidas sin alcohol. El registro de esta marca tridimensional ha sido materia de varias renovaciones que la mantienen vigente hasta mayo del 2036. Asimismo, podrá renovarse por periodos sucesivos de diez años, tantas veces como su titular lo solicite ante Indecopi; es decir, su renovación es indefinida.

3.2. Nociones fundamentales de la marca tridimensional

La marca tridimensional tiene una denotación 3D y, por su naturaleza, presenta los siguientes elementos constitutivos:

- Corporeidad o elemento volumétrico: posee una estructura física o volumen que puede apreciarse en el espacio a través de sus tres dimensiones (largo, ancho y profundidad), desde diversos ángulos y perspectivas, e incluso incorpora texturas. Es decir, esta forma tridimensional puede percibirse mediante los sentidos de la vista y el tacto, de ser el caso.
- Forma inusual y peculiar del producto o empaque (*packaging*): además de tratarse de un cuerpo tridimensional, su estructura física debe ser inusual en el mercado. Es decir, debe poseer la característica de la peculiaridad, de tal forma que se distinga rápidamente del resto de productos con los que compite. En este sentido, lo que se protege es la capacidad del consumidor para identificar esa apariencia física singular y asociarla con un determinado origen empresarial, distinguiéndola de los productos de la competencia, debido a que no corresponde a una forma usual o habitual en el mercado.

– Distintividad: constituye el elemento esencial de toda marca. Como se señaló, la forma tridimensional debe ser inusual o peculiar y, además, poseer capacidad distintiva, de tal forma que el consumidor, por sí solo, logre asociarla con el origen empresarial. Es decir, no debe requerirse el apoyo del logotipo ni de otro signo adherido al producto para identificar a su titular. En caso contrario, si el consumidor necesita recurrir al logo para reconocer el origen empresarial del producto, entonces la forma tridimensional, por sí misma, carecería de distintividad. En el clásico ejemplo de la botella de Coca-Cola, su sola configuración permite asociarla con The Coca-Cola Company, sin necesidad de observar el logotipo en el envase.

En complemento de lo anterior, el registro de las marcas tridimensionales tiene los siguientes alcances:

– Sigue el mismo procedimiento de las marcas tradicionales para su registro ante Indecopi, con el análisis y evaluación de los elementos propios como marca tridimensional.

– Puede ser solicitado por personas naturales o personas jurídicas; en el caso que exista pluralidad de solicitantes, el registro será otorgado en cotitularidad.

– Otorga a su titular la facultad de usar la marca de forma exclusiva y es oponible frente a terceros que quieran copiar o registrar marcas similares.

– Protege la forma del producto como signo distintivo volumétrico, con el fin de que los consumidores puedan identificar y diferenciarlo de los productos de la competencia dentro del ámbito geográfico y del rubro del negocio. En consecuencia, la protección no recae en el producto en sí mismo, por lo que una empresa de la competencia puede comercializar un producto similar. La exclusividad conferida por el registro de la marca tridimensional se limita a la forma del producto y no al producto como tal.

– Se rige por el principio de territorialidad. Limita sus efectos al territorio en el que la marca ha sido registrada. En este caso, únicamente produce efectos jurídicos en el Perú.

3.3. Tratamiento jurídico de la clasificación de Niza a las marcas tridimensionales considerando su naturaleza híbrida para su registro en Indecopi

3.3.1. Sistema de clasificación de Niza

A nivel mundial, las marcas tridimensionales se registran siguiendo la misma normativa que las marcas tradicionales, asignando una categoría. La sistemática para la asignación de una categoría a las marcas se efectúa conforme al Arreglo de Niza relativo a la

clasificación internacional de productos y servicios para el registro de marcas, el cual fue adoptado el 15 de junio de 1957, en la ciudad de Niza, República Francesa. En el Perú, fue aprobada mediante Resolución Legislativa 31445 de fecha 7 de abril del 2022 y ratificada por el Decreto Supremo 028-2022-RE, que en adelante denominaremos la clasificación internacional de Niza. De manera complementaria, Indecopi ha diseñado y puesto a disposición de los interesados en registrar una marca el buscador gratuito PeruaNIZAdo, que comprende a la clasificación internacional de Niza con una conceptualización propia para el Perú.

La clasificación internacional de Niza agrupa 45 clases destinadas a identificar productos y servicios. Estas clases se encuentran claramente definidas, lo que facilita la asignación de una clase numérica al producto o servicio que representa una marca. De ellas, 34 corresponden a productos y 11 a servicios. Por ejemplo, las prendas de vestir se clasifican en la clase 25; los servicios de publicidad, en la clase 35; los productos farmacéuticos, en la clase 5. La clase aplicable dependerá de la naturaleza de los productos o servicios.

Cabe precisar que una misma marca puede registrarse en más de una clase de la clasificación internacional de Niza cuando distinga productos o servicios comprendidos en diferentes categorías. Desde una perspectiva estratégica legal, las empresas suelen solicitar el registro en todas las clases que resulten aplicables, con el propósito de consolidar su marca en uno o varios sectores de actividad. Siguiendo este orden, para las marcas tradicionales que distinguen productos o servicios resulta bastante sencillo asignar la clase que les corresponde según la clasificación internacional de Niza.

3.3.2. La naturaleza híbrida de las marcas tridimensionales y la aplicación de la clasificación de Niza como parte del análisis de registrabilidad

Este sistema podría parecer complejo de aplicar a las marcas tridimensionales. Como se ha señalado, estas se encuentran conformadas por la forma de los productos, sus envases, empaques u otros contenedores. En este sentido, su naturaleza híbrida se debe a que no consiste en un logotipo adherido a un soporte —no funciona como una etiqueta—, sino que el soporte y el signo distintivo se fusionan en una sola unidad física que da origen a un signo distintivo volumétrico.

En línea con esta naturaleza híbrida de la marca tridimensional, surge la siguiente pregunta: ¿qué clase debe asignarse a una marca tridimensional: la correspondiente al producto en sí mismo o la del envase, empaque, envoltorio u otro recipiente que lo contiene? Para resolver esta disyuntiva, el sistema marcario ha optado por la siguiente asignación de clase de acuerdo con la clasificación internacional de Niza:

– Asignación de la clase según la forma del producto: en este supuesto, resulta sencillo determinar que corresponde la clase asignada al producto en sí

mismo. Es decir, si la marca tridimensional está constituida por la forma de un zapato, le corresponderá la clase 25 de la clasificación de Niza.

– Asignación de la clase según el contenido del producto: en este caso, se trata de marcas tridimensionales constituidas por el envase, envoltorio, empaque u otros contenedores. Para determinar a qué clase deben adscribirse, es necesario recurrir a la ontología de la marca tridimensional, esto es, su esencia y razón de ser. Por lo tanto, lo relevante no es el material del recipiente —como plástico, vidrio o aluminio— ni el papel o cartón del empaque, sino que es el ente abstracto que transciende para distinguir al producto. Aunque el envase, envoltorio o cualquier soporte físico que lo contenga se destruya, la configuración distintiva de la marca tridimensional permanece inalterada y mantiene intacta su vinculación con el origen empresarial.

En síntesis, la marca tridimensional se clasifica en la clase numérica que corresponde al producto que distingue. Cuando consiste en un envase, empaque, envoltorio u otro contenedor similar, se adscribe a la clase aplicable al producto que contiene.

El análisis de la marca conforme a la clasificación de Niza en el examen de fondo para el registro de la marca tridimensional es crucial y determinante. Indecopi evaluará si la forma del producto, envase o empaque cumple con los elementos constitutivos de la marca tridimensional y tomará como conjunto universal el mercado de los productos comprendidos en la clase solicitada. Consecuentemente, el registro de la marca tridimensional estará restringido y limitado a la clase o clases determinadas de los productos o servicios para los que fue solicitado. Si el titular requiere ampliar la protección marcaria a otras clases, deberá presentar nuevas solicitudes de registro respecto de los productos o servicios comprendidos en ellas.

En este contexto, la naturaleza híbrida de las marcas tridimensionales es la que justifica que el examen de registrabilidad a cargo de Indecopi sea más exhaustivo que en las marcas tradicionales. Este registro confiere un derecho de exclusividad sobre una forma híbrida. Por ello, cuando la marca tridimensional no sea claramente distintiva en el mercado, su concesión podría generar efectos negativos en el mercado al restringir la libre competencia, llegando al extremo de configurar un monopolio sobre el envase que contiene el producto o sobre la forma necesaria para su utilización.

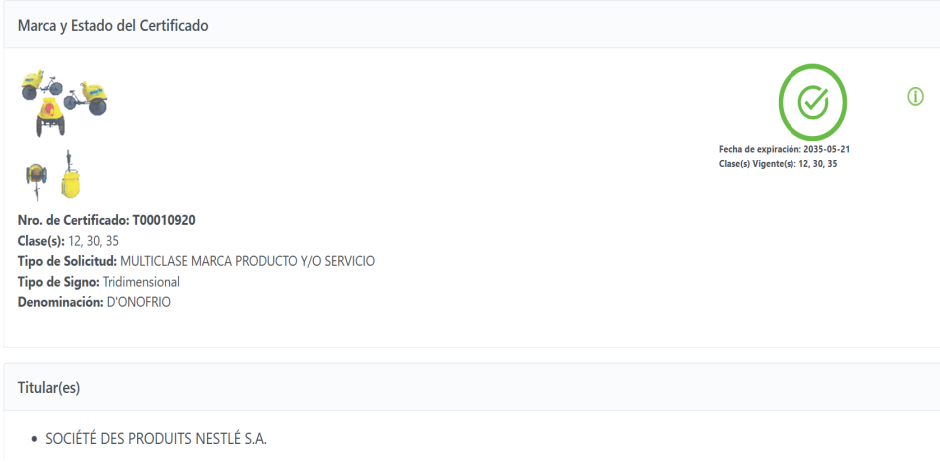
3.3.3. Casuística ilustrativa del registro de las marcas tridimensionales en Indecopi

En la Figura 2, se muestra la marca tridimensional correspondiente al triciclo de D'Onofrio, el cual es identificable por el consumidor y asociado con el origen empresarial de los helados de dicha marca. Como antecedente, mediante la Resolución 009061-2015/DSD-Indecopi, la Dirección de Signos Distintivos emitió la decisión de inscribir en el

Registro Multiclase de Marcas de Producto y/o Servicio de la Propiedad Industrial, a favor de Société des Produits Nestlé S. A., de Suiza, la marca constituida por la denominación D'Onofrio y su forma tridimensional.

Figura 2

Marca y estado del certificado de D'Onofrio



Nota. Estos datos fueron extraídos de la plataforma web Busca tu Marca de Indecopi.

El registro comprende la reivindicación de colores, por lo que la protección marcaria también se extiende a este elemento distintivo. La protección obtenida por el registro rige desde la fecha de su otorgamiento. En el presenta caso, la marca quedó registrada el 21 de mayo del 2015, fecha de emisión de la resolución que concedió el registro y dio lugar a la expedición de los certificados correspondientes. Asimismo, el registro ha sido materia de renovación sucesiva cada diez años y, a la fecha, mantiene su vigencia hasta el 21 de mayo del 2035.

Esta marca tridimensional es multiclase, puesto que se encuentra registrada en varias clases a la vez: la clase 12, referida a vehículos de locomoción terrestre como es el triciclo; la clase 30, adscrita directamente a los helados comestibles; y la clase 35, referida al agrupamiento, por cuenta de terceros, de los productos de las clase 31 al 34, para que los consumidores puedan verlos y adquirirlos con comodidad. Estos servicios pueden ser prestados por comercios minoristas o mayoristas, distribuidores automáticos, catálogos de venta por correspondencia o medios de comunicación electrónicos, como sitios web o programas de televenta. Cabe precisar que, para efectos de esta clase, no se considera la venta de productos como un servicio.

Este ejemplo ilustrativo muestra la trascendencia de una marca y su impacto en el consumidor de forma histórica. Si bien D'Onofrio fue originalmente una marca peruana, fue adquirida por Nestlé en 1997 (Redacción EC, 2014). A lo largo de su trayectoria, la marca ya ostentaba un posicionamiento en el mercado peruano en el rubro de golosinas, helados, panetones, entre otros productos. Los símbolos emblemáticos de D'Onofrio, entre ellos su característica identidad cromática, han contribuido al desarrollo de estrategias de protección mediante marcas no tradicionales, como ocurre con su icónico triciclo. Este registro permite que el consumidor conecte directamente dicha configuración tridimensional con la marca y su origen. En este punto, otro aspecto interesante es que, aunque la marca D'Onofrio ahora pertenece a Nestlé, esta ha conservado sus elementos distintivos que han permitido su reconocimiento en el mercado peruano.

Consecuentemente, ahora la marca tridimensional representada por el triciclo está bajo titularidad de Société des Produits Nestlé S. A., sin perder la distintividad intrínseca con su origen empresarial (D'Onofrio), más allá de la empresa tras la marca. La idea refleja la naturaleza híbrida de las marcas tridimensionales, pues el contenedor, como objeto material, cumple su función utilitaria al contener y proteger el producto; mientras que, como marca tridimensional, tiene la función distintiva al trasladar en el tiempo la identificación del origen empresarial, trascendiendo como un ente inmaterial.

3.4. Vigencia del registro de las marcas tridimensionales

Al igual que las marcas tradicionales, el registro de las marcas tridimensionales tiene una vigencia de diez años. Es decir, el registro confiere al titular de la marca el uso exclusivo por diez años, le brinda el derecho de oposición de registro de terceros frente a productos iguales o similares y lo faculta a llevar a cabo las acciones legales que las leyes le amparen, en vía administrativa, civil o penal contra terceros que hagan uso indebido de la marca tridimensional. Es importante resaltar que la protección marcaria a través del registro se da a la forma del producto o a su envoltorio, pero no sobre el producto en sí mismo.

La vigencia de la marca tridimensional puede ser renovada de forma sucesiva cada diez años por su titular, por las veces que se requiera, de forma ilimitada. Para ello, se deben cumplir los plazos para su renovación, los cuales pueden darse en dos oportunidades:

- Antes del vencimiento del registro: la renovación deberá solicitarse seis meses antes de la fecha de vencimiento de la vigencia del registro.
- Después del vencimiento del registro: en caso de que haya vencido el registro, se cuenta con un periodo de gracia de seis meses, es decir, deberá solicitarse la renovación dentro de los seis meses posteriores al vencimiento.

3.5. Exclusiones para el registro de marca tridimensional

Las exclusiones para registrar una marca tridimensional tienen como base las prohibiciones absolutas de registro contempladas en el artículo 135 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.

En línea con la norma supranacional acotada, las reglas generales de prohibición son aplicables al registro de todas las marcas, de tal forma que si se verifica uno de los supuestos de prohibición no se obtendría el registro marcario. No obstante, este análisis se centrará en aquellos supuestos que resultan de aplicación concreta y directa a las marcas tridimensionales, los cuales se encuentran en los literales b), c) y d) del artículo 135 de la Decisión 486.

El sistema marcario prohíbe que se registren y configuren como marcas tridimensionales cuando se verifiquen las siguientes situaciones de forma exclusiva:

- Formas usuales de los productos o empaques: son aquellos signos volumétricos cuya estructura física responde a una configuración estándar, de uso común o necesaria en la industria. Por ende, al encontrarse en la esfera del dominio público, no pueden ser objeto de apropiación exclusiva por parte de un ente privado.
- Formas o características impuestas por la naturaleza: son aquellas estructuras físicas determinadas por la propia naturaleza, es decir, son inherentes al producto o sus empaques, de tal forma que no existe otro modo de que subsistan sin alterar su esencia o funcionalidad. En consecuencia, no corresponde otorgarles protección marcaria exclusiva a favor de un tercero.
- Formas que contengan la función propia del producto: son aquellos cuerpos geométricos tridimensionales cuya estructura brinda una funcionalidad o ventaja técnica al producto, de modo que esa forma resulte indispensable para su operatividad. En este caso, la protección jurídica correspondería al ámbito de las patentes, y no al sistema marcario.
- Formas estéticas sin distintividad: son aquellas estructuras con apariencia física de alto valor estético, de tal forma que el consumidor adquiere el producto únicamente por la atracción de su diseño o por el diseño del empaque, sin que esa estética llegue a tener distintividad en el mercado. Es decir, el consumidor no conecta con el origen empresarial, sino que adquiere el producto basado exclusivamente en la estética. En este caso, no estaríamos frente a la protección legal de un signo distintivo volumétrico, sino frente a un diseño industrial.

Cabe resaltar que estas prohibiciones se justifican con el fin de no otorgar protección legal marcaria a elementos basados exclusivamente en formas que son de uso común

y frecuente en la industria. De lo contrario, se restringiría el acceso de los competidores al uso de estas formas de productos o empaques, afectando la libre competencia en el mercado y, en el peor escenario, se podría generar un monopolio sobre elementos necesarios para el funcionamiento correcto de un sector industrial determinado.

4. LA MARCA TRIDIMENSIONAL COMO DESAFÍO JURÍDICO AL SISTEMA MARCARIO TRADICIONAL

El sistema marcario tradicional se ha cimentado sobre las marcas tradicionales, en las que el consumidor asocia a la empresa con un logotipo adherido al producto o su empaque. En este contexto, la distintividad de la marca se desarrolla en un plano en dos dimensiones, es decir, en signos sin profundidad ni volumen.

En un mundo caracterizado por constantes transformaciones, el mercado enfrenta retos que no son indiferentes al sistema marcario. En este contexto, la bidimensionalidad de las marcas atraviesa un estado de transición hacia el reconocimiento de estructuras geométricas y volumétricas a través de las marcas tridimensionales. Así, surge un nuevo enfoque jurídico que supera el concepto estático de las marcas tradicionales para adecuarse a un fenómeno dinámico y sensorial reflejado en las marcas no tradicionales. En particular, la marca tridimensional exige una nueva perspectiva de análisis crítico del derecho marcario, incorporando variables adicionales para brindar la protección legal que ameritan.

Como hemos señalado, el literal f) del artículo 134 de la Decisión 486 contempla explícitamente que son susceptibles de registro la forma de los productos, sus envases, envoltorios o contenedores de productos, configurándose así la protección legal que ampara a las marcas tridimensionales.

Las marcas tridimensionales surgen como respuesta a la necesidad de romper el paradigma del logotipo adherido al producto o a su empaque, en un mercado cada vez más competitivo, en el que el consumidor exige experiencias que fortalezcan la asociación entre el producto y su origen empresarial mediante estímulos sensoriales. En este contexto, las marcas no tradicionales adquieren especial relevancia, entre ellas las marcas tridimensionales, en las que la propia forma del producto, su empaque o envase se convierte en un signo distintivo volumétrico, icónico y versátil, con la capacidad de ser percibido en 3D y, en determinados casos, susceptible al tacto, en función de las texturas que incorpore.

Actualmente, el principal desafío jurídico de las marcas tridimensionales radica en su naturaleza híbrida, puesto que constituyen, al mismo tiempo, un objeto con una funcionalidad operativa en la industria —ya sea el producto en sí mismo o su empaque o contenedor— y un signo volumétrico con funcionalidad jurídica distintiva. Esta dualidad

subvierte el paradigma tradicional de las marcas bidimensionales, entre las que se encuentran las denominativas, figurativas o mixtas.

A diferencia de las marcas denominativas o figurativas, cuyos signos distintivos poseen una denotación abstracta y necesitan de un soporte material para cumplir su función como etiqueta, la marca tridimensional presenta una naturaleza dual, en la que el soporte físico y el signo distintivo se fusionan en una misma unidad. Así, el producto o su contenedor constituye el elemento material, mientras que su distintividad representa su parte abstracta. En consecuencia, aun cuando el soporte físico (producto o envase) desapareciera o se destruya, la distintividad marcaria permanece y continúa vinculando al consumidor con dicho origen empresarial.

Por otro lado, desde una perspectiva comparativa con las marcas tradicionales, en particular con las marcas mixtas, ambas coinciden en el elemento de la distintividad por excelencia. No obstante, la principal diferencia radica en que la marca tridimensional incorpora el registro de los diferentes planos del producto o de su empaque, incorporando la configuración en 3D (alto, ancho y profundidad), mientras que la marca mixta protege únicamente el elemento gráfico bidimensional en una proyección plana. En este sentido, la marca tridimensional presenta una estructura más compleja, que otorga a su titular mayor distintividad y competitividad en el mercado.

Cabe resaltar que la marca tridimensional no debe confundirse con el diseño industrial, pues ambos protegen objetos jurídicos claramente diferenciados. En la marca tridimensional, se protege la distintividad, es decir, el consumidor reconoce la forma del producto, su envase o su empaque e inmediatamente lo conecta con su origen empresarial. En cambio, el diseño industrial protege el aspecto ornamental, cuyos elementos constitutivos son la novedad y la estética del producto, sin cambiar su funcionalidad u operatividad (Merchor Valderrama, 2018).

Respecto de la dualidad intrínseca de las marcas tridimensionales, en la que el soporte físico y el signo distintivo confluyen en un solo ente jurídico susceptible de protección marcaria, cabe destacar que su estructura volumétrica no debe ser derivada únicamente de la necesidad de la funcionalidad ni de la naturaleza propia del producto o empaque. Por el contrario, debe responder a una configuración peculiar con capacidad distintiva, como parte de la estrategia comercial de la empresa para distinguir el producto en el mercado.

En línea con lo anterior, la Resolución 1313-1999/TPI-Indecopi del 8 de noviembre de 1999, emitida por la Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, determina lo siguiente en la página 9:

> La Sala conviene en precisar que las formas tridimensionales pueden llegar a ser distintivas en la medida que cuenten con elementos diferenciadores

> que permitan identificar el producto en el mercado, distinguiéndolo de sus similares. Es decir, la forma tridimensional debe ser tan peculiar que sirva por sí misma para distinguir un producto o servicio de los equivalentes en el mercado e indicar su procedencia empresarial.

Para concluir este apartado, la protección legal marcaria de los signos distintivos volumétricos representa un avance en el derecho marcario, puesto que los consolida como activos intangibles de las empresas y otorga a sus titulares un derecho de exclusividad sobre aquellas configuraciones con capacidad distintiva. Ello representa un reconocimiento a la inversión realizada para desarrollar formas de productos, empaques, envoltorio u otros elementos contenedores capaces de identificar el origen empresarial y diferenciar los productos en el mercado. De este modo, tales configuraciones trascienden su utilidad o funcionalidad para convertirse en signos distintivos que fortalecen la competencia mediante la diferenciación empresarial.

En la actualidad, el registro de marcas tridimensionales es fundamental, puesto que los consumidores requieren de nuevas perspectivas y estímulos sensoriales para conectar con el sello distintivo y su origen empresarial. Por lo tanto, Indecopi deberá reevaluar sus criterios aplicados al momento de resolver las solicitudes de registro de marcas tridimensionales, a fin de superar la percepción de que estas constituyen signos difíciles de registrar en el Perú. El mercado peruano actual amerita que se brinde posicionamiento marcario al diseño de la forma del producto para el uso y el empaquetamiento de los productos cuando constituyen parte de su campaña estratégica comercial, con la inversión de recursos económicos y recursos humanos involucrados. Asimismo, los especialistas en derecho marcario tienen la compleja tarea de desarrollar argumentos legales que brinden valor jurídico a la marca tridimensional y establezcan la correcta delimitación frente a otras figuras, como los diseños industriales y las patentes de modelos de utilidad, cuya proximidad conceptual suele generar dificultades durante el examen de registrabilidad.

El registro de la marca tridimensional no solo debe entenderse como un mecanismo de protección frente al uso indebido por parte de terceros o, en el peor escenario, frente a la copia o apropiación de la marca ajena. Constituye también un instrumento para reconocer y valorar su naturaleza híbrida, así como para consolidar la distintividad de las formas de los productos y de sus contenedores, permitiendo que el consumidor las identifique con un determinado origen empresarial. Esta capacidad prevalece en el tiempo y memoria del consumidor gracias a atributos como el estatus, la calidad, el precio, el confort, la seguridad, el compromiso con el medio ambiente o la salud, e incluso por el valor emocional que ciertos productos llegan a representar, como la nostalgia asociada a disfrutar un helado durante la infancia.

5. CONCLUSIONES

El sistema legal de las marcas tridimensionales en el Perú se sustenta en la primacía de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina. Se colige la coexistencia de marcas tradicionales con marcas no tradicionales, como es el caso de las marcas tridimensionales, donde la forma de los productos y sus envases adquieren una relevancia jurídica sustantiva al ser reconocidos explícitamente como objetos de protección marcaria.

La ontología de la marca tridimensional reside en su corporeidad y en la exigencia de una forma inusual y peculiar. La distintividad intrínseca es el presupuesto *sine qua non* para su registro; el signo debe poseer una fuerza identificadora que permita al consumidor asociar el signo volumétrico con un origen empresarial determinado de manera autónoma, sin requerir el auxilio de elementos denominativos o logotipos adicionales.

La naturaleza híbrida de la marca tridimensional, derivada de la fusión del soporte físico y el mensaje marcario, impone un criterio de clasificación funcional conforme a la clasificación de Niza. Se determina que la adscripción a una clase debe corresponder al producto representado o contenido, lo que exige un examen de registrabilidad más exhaustivo por parte de Indecopi para evitar que la protección de una forma híbrida devenga en una barrera injustificada a la libre competencia.

Las prohibiciones absolutas del artículo 135 de la Decisión 486 actúan como salvaguarda del dominio público. Las formas usuales, aquellas impuestas por la naturaleza del producto o las que otorgan una ventaja técnica o funcional, son irreivindicables como marca. Estas exclusiones garantizan que el derecho del titular de la marca no se extienda a configuraciones necesarias para la industria o que deban ser protegidas bajo el diseño industrial.

La marca tridimensional representa una ruptura paradigmática al integrar la funcionalidad operativa con la funcionalidad jurídica distintiva. El desafío jurídico culmina en la necesidad de una dualidad calificada: la forma debe ser tan peculiar que sirva por sí misma para distinguir el producto en el mercado y conectar al consumidor con su origen empresarial, como parte de su estrategia comercial. El reconocimiento de estos signos distintivos volumétricos conlleva a constituirse en activos empresariales, lo cual incentiva la inversión, consolidando un avance significativo disruptivo en el derecho de propiedad industrial contemporáneo.

REFERENCIAS

Decreto Legislativo 1075 del 2008. Que aprueba Disposiciones Complementarias a la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que establece el Régimen Común sobre Propiedad Industrial. 28 de junio del 2008. Diario Oficial El Peruano. https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H967717

Decreto Supremo 028-2022-RE. Por medio del cual se ratifica el Arreglo de Niza a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de Marcas. 14 de mayo del 2022. Diario Oficial El Peruano. https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1313283

Decreto Supremo 059-2017-PCM. Por el cual aprueban el Reglamento del Decreto Legislativo 1075, Decreto Legislativo que aprueba disposiciones complementarias a la Decisión 486 de la Comunidad Andina que establece el Régimen Común sobre Propiedad Industrial y sus modificaciones. 29 de mayo del 2017. Diario Oficial El Peruano. https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1181536

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2024, 9 de septiembre). *Revolución de las marcas: Emprendedores registran marcas con sonido, en 3D y con movimiento para impactar en el mercado*. Gobierno del Perú. https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/1019237-revolucion-de-las-marcas-emprendedores-registran-marcas-con-sonido-en-3d-y-con-movimiento-para-imp

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2025). *Aprende a registrar tu marca.* Dirección de Signos Distintivos. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/7851524/6619013-guia-marcas-formato-movil-vf.pdf?v=1757614171

Merchor Valderrama, B. (2018). *Guía para registro de diseños industriales*. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. https://www.patenta.pe/wp-content/uploads/2025/03/Guia-para-el-registro-de-disenos-industriales.pdf

Redacción EC. (2014, 9 de octubre). *Recordando la compra de un frío gigante: D'Onofrio*. El Comercio. https://elcomercio.pe/economia/negocios/recordando-compra-frio-gigante-d-onofrio-285607-noticia/

Resolución 009061-2015/DSD-Indecopi [Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual]. Por la cual se dispone la inscripción de la marca D'Onofrio a favor de Nestlé S. A. y se constata la idoneidad con requisitos de registrabilidad. 21 de mayo del 2015.

Resolución 1313-1999/TPI-Indecopi [Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual]. Por la cual se le niega el registro como marca tridimensional de envase para productos de limpieza al solicitante, Manufacturas de Acero Comercial e Industrial S. A. 8 de noviembre de 1999.

El derecho de la moda detrás de las colaboraciones en la industria de la moda

Annalucia Fasson Llosa*
Universidad de Lima, Perú

Recibido: 23 de marzo del 2026 / Aceptado: 6 de mayo del 2026
doi: https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2026.n061.9124

RESUMEN. Este artículo, desde el punto de vista del derecho de la moda, aborda la última tendencia de la industria, la cual comprende las colaboraciones entre marcas, tanto de personas naturales como jurídicas, y las colaboraciones intersectoriales, las cuales vinculan al sector de la moda con otros sectores (gastronomía, arte, entretenimiento) y que sirven para generar más *engagement* con el consumidor e incrementar el posicionamiento y las ganancias del producto de moda. Al respecto, se explicarán las principales cláusulas que debe considerar un contrato de colaboración, en especial aquellas como del uso de *cobranding*, las regalías, la exclusividad, la cláusula de moral y la autorización de uso de imagen, nombre y voz. Se considerarán aspectos de sostenibilidad e inteligencia artificial y, con una clasificación sencilla y ejemplos prácticos, se demostrará el éxito actual de estas colaboraciones en el mercado mundial.

PALABRAS CLAVE: moda / textil / *retail* / lujo / arte / colaboración / marca

* Magíster en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN. Abogada *magna cum laude* por la Universidad de Lima. Doctoranda en la Universidad de Salamanca. Cuenta con una especialización en derecho de la moda por la Escuela de Derecho de la Universidad de Fordham. Ha realizado el programa en gestión del lujo sostenible del Centro de Gestión para el Lujo Sostenible y el Pacto de las Naciones Unidas, así como el diplomado en *Luxury Management* del Instituto Europeo del Lujo en alianza con la Universidad Anáhuac de México; el curso de especialización en *blockchain*, *smart contracts*, tokenización y criptoactivos del Blockchain Intelligence Law Institute y el Consejo General de la Abogacía Española, y uno en derecho privado de la Universidad de Salamanca. Es docente en la Universidad ESAN, la Universidad de Lima y la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Es socia sénior del área corporativa y de *digital investments* de Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera Abogados, y jefa del área de derecho de la moda, *luxury* y *retail*. Entre sus vinculaciones institucionales se cuentan la Asociación Interamericana de la Propiedad Intelectual y la Asociación de Expertos de Derecho de la Moda de España. Integra el *board* del Global Alliance of Impact Lawyers en representación del Perú. Es expresidenta de la comisión de derecho de la moda y *retail* del Colegio de Abogados de Lima. Contacto: afasson@munizlaw.com / afasson@gmail.com

FASHION LAW AND CO-BRANDING IN THE FASHION INDUSTRY

ABSTRACT. In this article, we will explain, from a fashion law perspective, the latest industry trend: collaborations between brands, both individuals and corporations, as well as cross-sector collaborations that link the fashion sector with gastronomy, art, or entertainment. These collaborations serve to generate greater consumer engagement and increase the positioning and profits of fashion products. In this regard, we will explain the main clauses that a collaboration agreement should include, especially those related to co-branding, royalties, exclusivity, morality clauses, and authorization for the use of image, name, and voice. We will also consider aspects of sustainability and Artificial Intelligence and demonstrate, with a simple classification and practical examples, the success these collaborations have achieved to date in the global market.

KEYWORDS: fashion / textiles / retail / luxury / art / collaboration / brand

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, la industria de la moda se encuentra en constante evolución. Somos testigos de su transformación hacia un modelo más sostenible y de la incorporación de modelos de negocio tecnológicos como los NFT, el metaverso y el uso de inteligencia artificial (IA). Estamos frente a una nueva era en la que la moda cada vez busca más formas de conectar no solo con sus actuales consumidores, sino también con las futuras generaciones de clientes.

El detalle es que cada vez más marcas tienden a la diferenciación y, si a ello le sumamos las diferentes variables que afectan el comportamiento del mercado, como la pandemia del 2020, la guerra entre Ucrania y Rusia y, recientemente, el conflicto entre Estados Unidos, Israel e Irán, el escenario se vuelve más dinámico y complejo. En consecuencia, las marcas muestran su preocupación por la forma de incrementar sus ventas frente a una coyuntura política y económica inestable. Si bien la posibilidad de celebrar alianzas estratégicas entre marcas, o entre una marca y una persona (ya sea un diseñador, un artista, un deportista, un *influencer* o cualquier otra personalidad que contribuya a sumar clientes y fortalecer la marca frente a la competencia) existe desde hace tiempo, en la actualidad es cada vez más frecuente escuchar o ver estas colaboraciones.

Ya no basta solo con la marca, sus valores y el deseo de adquirir sus productos, sino que somos testigos de una convergencia de marcas y personalidades reconocidas que desarrollan colecciones capaces de generar emociones y experiencias en los consumidores, fusionar sus identidades y dar origen a un nuevo concepto. Esto se refleja en el incremento de ingresos por un mayor volumen de ventas. Como ejemplo podemos mencionar que, años atrás, empresas de *fast fashion* impulsaron la idea de que, como parte de la democratización de la moda, se celebren colaboraciones con diseñadores de firmas de lujo para hacer sus creaciones más accesibles a sus consumidores. Una de las primeras fue H&M by Karl Lagerfeld (Socha, 2020), a la que siguieron muchas otras iniciativas. En esa misma línea, Sarah Jessica Parker volvió viral su frase: "La moda no es un lujo, es un derecho" (Redacción Gente, 2008, párr. 3).

Hoy, sin duda, lo más *trendy* de la industria consiste en celebrar contratos de colaboración no solo por parte de las *fast fashion*, sino también de las marcas de lujo e, inclusive, de las tiendas por departamentos y otros *fashion retailers*, dado que constituye una forma para llegar a un público más amplio y conectar con dos marcas al mismo tiempo.

2. ¿EN QUÉ CONSISTE EL DERECHO DE LA MODA?

El derecho de la moda es una nueva especialización del derecho que consiste en brindar asesoría legal al sector de la moda, la industria textil, el mercado del lujo y el *retail*. Sus clientes incluyen a todas aquellas personas naturales o jurídicas que forman parte de

esta cadena, desde los productores de materia prima, como algodoneros y ganaderos, hasta las empresas textiles, los artesanos, las empresas de distribución, los *retailers*, las tiendas por departamentos y las marcas de lujo que comercializan sus productos en formatos como centros comerciales o tiendas independientes (*stand-alone stores*). También comprende a quienes se dedican a promocionar el producto, como modelos, embajadores de marca, *influencers*, así como a los profesionales vinculados a la producción como fotógrafos, editores, estilistas, entre otros.

Es importante precisar que el concepto de moda no se limita a la categoría de prendas de vestir, sino que incluye también otros artículos como carteras, billeteras, calzado, joyas, cosméticos, perfumes, medias, correas, lentes y cualquier otro accesorio que complemente la vestimenta.

Así como el derecho minero o el derecho pesquero, el derecho de la moda cuenta con particularidades y características exclusivas del sector, como la estacionalidad: lo que se vende en verano no se comercializa en invierno y, además, la industria está fuertemente influenciada por las tendencias en colores, texturas y diseños.

Si bien el derecho de la moda (*fashion law*) nace en el 2005 con la doctora Susan Scafidi, quien advierte que esta industria necesita abogados que conozcan el funcionamiento del negocio y sepan solucionar sus principales problemáticas, esta especialización ha evolucionado, pues al principio se nutría de otras ramas del derecho, como el derecho corporativo, ambiental, de propiedad intelectual, tributario, de protección al consumidor y de comercio exterior. Sin embargo, hoy en el Perú ya se asesora de manera independiente en materias de esta especialidad como el derecho a la imagen de *influencers*, embajadoras de marca y modelos; la sostenibilidad y el buen gobierno corporativo en empresas textiles y *fashion retailers* (moda sostenible); la lucha contra la apropiación cultural; la incursión del *e-commerce* y de nuevos formatos de negocios tecnológicos basados en *blockchain* o IA para campañas publicitarias; las normas sobre etiquetado y tallas; certificaciones como las brindadas por Sistema B, así como las normas de *compliance*; el derecho de la joyería y de la belleza, con la incorporación de marcas olfativas en el *sensory branding* de las tiendas y el incremento del registro de marcas no tradicionales por parte de la industria de la moda, entre otros.

Dentro de los contratos más emblemáticos se hallan no solo los de arrendamiento y usufructo con centros comerciales, cuyas cláusulas, en muchos casos, no se encuentran reguladas específicamente, sino que se utilizan por usos y costumbres del mercado. También destacan los contratos de distribución exclusiva y selectiva; los consentimientos para el uso del nombre, la voz o la imagen de una modelo publicitaria, embajadora de marca o *influencer*, a los que se aplican las normas sobre protección de datos personales y el derecho a la imagen previsto en el Código Civil, así como los contratos de colaboración, que son los más solicitados por las marcas.

3. CLASIFICACIÓN DE LAS COLABORACIONES

Las colaboraciones en la industria de la moda pueden clasificarse en función de la naturaleza de los sujetos intervinientes.

3.1. Colaboraciones entre marcas

3.1.1. Marcas de la misma categoría

Por ejemplo, en las marcas de lujo de prendas de vestir de Fendi y Versace claramente existe una cocreación para diseñar el producto, así como una propiedad intelectual compartida (Versace, s. f.).

3.1.2. Marcas de distinta categoría pero complementarias

En la colección conjunta de Adidas y Gucci, por ejemplo, destaca una integración de mercado (zapatillas deportivas con marca de moda de lujo), pues existe una distribución estratégica por los diferentes canales de ventas y una propiedad intelectual compartida (*cross branding*) (Gucci, s. f.). Otro ejemplo es la colaboración entre la marca de ropa urbana Supreme y la firma de lujo Louis Vuitton (Ramírez, 2017), con tendencia en la expansión de esta última y en la captación de nuevos consumidores pertenecientes a generaciones más jóvenes, con la finalidad de transcender en el mercado a lo largo del tiempo.

3.2. Colaboraciones entre una marca y una persona

En este tipo de colaboración intervienen personas que cuentan con un estilo propio, lo que hace que su creatividad individual y sus valores se conecten con la marca cuyos productos se desea comercializar y promocionar.

3.2.1. Marca con un diseñador de moda

Por ejemplo, Disney trabajó con Jessica Butrich, diseñadora peruana, con quien realizó una colección que incorporaba los personajes de *Alice in Wonderland* (Pérez, 2021). Recientemente, una de las colaboraciones que ha generado mayor expectativa es la de Inditex, que ha contratado al reconocido diseñador de moda John Galliano (exdiseñador creativo de Dior y Maison Margiela) para colaborar con la empresa de *fast fashion* Zara (J. C., 2026). Esta alianza ha suscitado un gran interés, pues Galliano es conocido por sus diseños de alta costura y por la creación de prendas exclusivas y de lujo, mientras que Zara se dirige a un público masivo mediante un modelo de producción a gran escala. En este contexto, la incorporación del diseñador busca reposicionar la marca y reforzar su carácter aspiracional mediante una propuesta más creativa.

El *fast fashion* es un movimiento de producción masiva y acelerada de colecciones, a veces con quince a veinte lanzadas cada año. Su característica esencial es la renovación constante de la oferta, aunque suele realizarse a costas de la calidad de las prendas. Estas colecciones se comercializan a bajo precio. Los productos siguen las últimas tendencias de la moda y se caracterizan por su bajo costo, lo que permite alcanzar dos objetivos: hacer la moda más accesible y mantener las colecciones en exhibición durante periodos breves. De este modo, este modelo busca una alta rotación del inventario y, por ende, un mayor consumo, lo que se traduce en un incremento de las ventas y fomenta compras impulsivas (Fasson Llosa, 2021).

3.2.2. Marca con un artista de entretenimiento

Existe una relación muy importante entre la moda y los artistas del entretenimiento. De hecho, todos hemos presenciado las temporadas de premios de la industria cinematográfica y televisiva, en las que una gran cantidad de artistas desfilan por la alfombra roja antes de iniciar la premiación del Golden Globe, del Screen Actors Guild o del Óscar. En este ámbito, una de las colaboraciones más representativas es la de Penélope Cruz y su hermana Mónica con la marca Mango (Garrampa, 2025).

3.2.3. Marca con un artista de una comunidad indígena, andina u originaria

La moda étnica forma parte de la moda sostenible, la cual busca revalorizar los procedimientos y técnicas ancestrales, y promover el folclore y la artesanía. En la actualidad, todo lo elaborado de manera manual es considerado el nuevo lujo. En ese sentido, muchas marcas y diseñadores de moda realizan colaboraciones exclusivas con comunidades o artesanos de comunidades específicas. Un ejemplo es la colaboración realizada en noviembre del 2024 entre la firma de lujo Dior y la artista Sara Flores de la comunidad shipibo-konibo, durante la novena edición del Dior Lady Art Project, en donde un grupo de artistas invitados reinterpretó el icónico bolso Lady Dior desde sus estilos visuales únicos. En esta edición, Sara Flores incorporó el arte kené, que dio lugar a dos versiones exclusivas del bolso Lady Dior (White Cube, 2024).

3.2.4. Marca con un deportista

El primer futbolista en lanzar una colección fue David Beckham. Sin embargo, hoy es usual que los deportistas colaboren con marcas deportivas, como Lionel Messi con Adidas o Cristiano Ronaldo con Nike, y generen millones de dólares al año (Soares, 2024).

3.2.5. Marca con un artista visual

La moda es considerada una expresión artística y, a lo largo de la historia, ha dado lugar a colaboraciones emblemáticas entre diseñadores de moda y artistas visuales, como Elsa

Schiaparelli con Salvador Dalí o, más recientemente, la colección de Louis Vuitton con la artista japonesa Yayoi Kusama (Aiello, 2026). Asimismo, no es casualidad que Anna Wintour, editora de la revista internacional *Vogue*, encabece cada año la organización de la Met Gala, celebrada en Nueva York, a la que asisten destacados artistas y personalidades del año vistiendo el código de vestimenta establecido por ella para esa edición. Por ejemplo, según Allaire (2026), la edición del 2026 tuvo como temática *fashion is art*. La exposición, además, se centró en el archivo del Costume Institute, estableciendo un diálogo entre la moda y las obras de arte clásico.

3.3. Colaboraciones entre sectores

En este caso, la colaboración se establece con industrias consolidadas y autónomas, cuya vinculación potencia su alcance y les permite llegar a un público masivo. Por ejemplo, así ocurre con las alianzas entre la moda y sectores como la gastronomía, la hotelería y el entretenimiento (a nivel institucional como Netflix).

3.3.1. Colaboración con el sector gastronómico

Las marcas de moda que incursionan en el sector gastronómico no necesariamente pertenecen a industrias complementarias, sino que estas alianzas generan una experiencia de marca para el consumidor, fortalecen su posicionamiento y consolidan su narrativa. Desde el punto de vista jurídico, pueden dar lugar a licencias de marca, acuerdos de *cobranding*, autorizaciones para el uso del derecho de imagen y estrategias de *marketing* conjunto para desarrollar una propuesta diferenciada frente a la competencia. Un ejemplo de ello es la colección cápsula creada por la firma neoyorquina Kith en colaboración con el restaurante italiano Carbone (Hypebeast, 2017).

3.3.2. Colaboración con el sector hotelero

Somos testigos de que muchas firmas de lujo han incursionado en el sector hotelero, pues el turismo hoy les permite ofrecer una experiencia de marca capaz de conectar de manera emocional y dejar un agradable recuerdo en sus consumidores. Si bien algunas ya han inaugurado sus propias cadenas de hoteles, como Palazzo Versace en Dubái o Armani Hotel en Milán y Dubái, también han desarrollado colaboraciones con establecimientos hoteleros. Entre ellas destacan las realizadas por Dior con el Hotel Splendido, en Portofino (Italia), y por Missoni con el One&Only Reethi Rah, en Maldivas (Dior, s. f.).

3.3.3. Colaboración con el sector entretenimiento

La moda también está presente en diferentes series de televisión o películas. Incluso, es considerada una protagonista más en producciones como *Sex and the City*, de HBO; *Emily en París* y *Bridgerton*, de Netflix; y la reciente *Love Story: John F. Kennedy Jr. y Carolyn*

Bessette, de Disney+. Esta última ha sido considerada un referente del lujo silencioso de la década de los noventa. Asimismo, la película *El diablo se viste de Prada*, cuya segunda entrega se estrenó en abril del 2026, es otro ejemplo de la relación entre la moda y la industria audiovisual. Tampoco es casualidad que los premios Óscar incluyan categorías como mejor diseño de vestuario y mejor maquillaje y peluquería, lo que evidencia la relevancia de la moda.

4. ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES CLÁUSULAS DE CONTRATOS DE COLABORACIÓN ENTRE MARCAS

Los contratos de colaboración no se encuentran regulados específicamente en nuestra legislación. Sin embargo, contienen cláusulas estándares que deben ser negociadas e incluidas con la finalidad de proteger los intereses de ambas partes. En este tipo de contratos no existe la subordinación, sino que ambas partes tienen autonomía e independencia. Se recomienda negociar las siguientes cláusulas, que habitualmente se incorporan por uso y costumbre del mercado.

4.1. Plazo, exclusividad y territorio

Normalmente, las colaboraciones no son permanentes ni indefinidas, sino que cuentan con un plazo determinado, el cual puede ser de uno o dos años, o limitarse a una campaña publicitaria de uno o dos meses o al lanzamiento de una colección cápsula. Esta última consiste en una selección limitada de prendas o productos diseñados para comercializarse durante un periodo corto. A diferencia de las colecciones estacionales, las colecciones cápsula suelen ser más pequeñas, responder a una temática específica y poseer una identidad muy marcada (Esden Business School, 2026).

Es importante precisar que el plazo va de la mano con la negociación de la exclusividad en la que ambas marcas establecen que no competirán en el mismo rubro. Por ejemplo, si una tienda de *fast fashion* celebra un contrato de colaboración con un diseñador de moda, este último no podrá lanzar una colaboración con otra tienda de *fast fashion* en el mismo periodo. En algunos casos, se puede negociar que esta exclusividad se extienda a la terminación del contrato, por tres a seis meses más contados desde su vencimiento.

Asimismo, la exclusividad se asocia con el territorio, es decir, con el alcance de la colección. Si bien puede indicarse que la exclusividad se limite a un país, como el Perú, en la actualidad el uso de las redes sociales y el *e-commerce* ha ampliado la promoción y comercialización a nivel internacional. Por ello, se recomienda incorporar una cláusula general que establezca que, aunque la exclusividad se circunscriba al país de origen, la comercialización y la difusión de la colección podrán tener alcance internacional.

4.2. Cláusula de *cobranding*

El objeto de este contrato consiste en establecer que ambas partes se otorguen recíprocamente una licencia de uso de sus marcas para el lanzamiento de la colección. En virtud de esta cláusula, las prendas de vestir, carteras o zapatillas podrán incorporar ambas marcas respetando sus colores, isotipos, dimensiones y características, de manera visible, para que el consumidor identifique la colaboración entre ambas partes.

4.3. Contraprestación (regalías)

Es usual que la contraprestación se desdoble en dos componentes: uno fijo, que determina un monto por el uso de la marca, y otro variable, que establece un porcentaje sobre las ventas netas de la colección (sin incluir impuestos ni devoluciones). Este último genera un incentivo mayor, ya que se encuentra vinculado a la promoción: a mayor volumen de ventas, mayor será el pago de regalías.

Cuando la colaboración se celebra entre una marca y una persona natural (artista, *influencer*, diseñador de moda), es usual que esta participe activamente en la promoción mediante sus redes sociales, su asistencia a eventos de lanzamiento, su participación en actividades organizadas por la marca o la difusión de contenido específico, como publicaciones o *reels*, para incentivar la adquisición del producto desarrollado en el marco de la colaboración.

Asimismo, se debe establecer expresamente que dichas actividades promocionales se realicen en cumplimiento de la normativa aplicable, como el Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal; la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor; la Ley 31814, "Ley que promueve el uso de la inteligencia artificial en favor del desarrollo económico y social del país", y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo 115-2025-PCM, así como las demás disposiciones aplicables en materia publicitaria y de protección al consumidor.

4.4. Cláusula moral y de reputación

Cuando la colaboración se realiza entre una marca y una persona natural (artista, *influencer*, diseñador de moda), esta última debe mantener una conducta intachable, es decir, debe evitar verse involucrada en escándalos o situaciones que generen publicidad negativa. Asimismo, deberá guardar la compostura en todos y cada uno de los eventos públicos que participe y abstenerse de asistir a eventos públicos o privados que puedan afectar la imagen, la reputación o el prestigio de la marca. Del mismo modo, deberá mantenerse al margen de controversias, polémicas, intercambios de palabras y, en general, de cualquier conflicto, personal o profesional, con terceros que pueda afectar de manera negativa la reputación de la marca.

Esta cláusula es fundamental porque, en la era de las redes sociales, construir la reputación y el prestigio de una marca puede tomar años, mientras que su destrucción ocurre en cuestión de minutos. Cuando se presentan situaciones de esta naturaleza, que en muchos casos se viralizan y perjudican directamente la imagen de la marca y de la colección objeto de la colaboración, es usual incorporar una cláusula de resolución unilateral del contrato, conforme al procedimiento indicado en el artículo 1430 del Código Civil. Asimismo, es habitual que, en el sector de la moda, se realicen comentarios a favor o en contra de marcas y productos. Por ello, suele incluirse una cláusula que establece expresamente que la emisión de manifestaciones falsas, difamatorias o que perjudiquen la imagen de la marca o de la colaboración podrá ser objeto de resolución del contrato.

4.5. Autorización de uso de nombre, voz o imagen

Como se señaló previamente, la promoción y la difusión de la colaboración cumplen un rol muy importante. Por ese motivo, cuando una de las partes es una persona natural es habitual que esta realice, en sus redes sociales, una publicación o *reel* en la que etiquete a la otra marca colaboradora o, en el caso inverso, en la que comparta la publicación. Por ello, la marca deberá contar con la previa autorización para el uso del nombre, la voz y la imagen del titular, ya que esta práctica tiene su alcance en el artículo 15 del Código Civil peruano, el cual establece expresamente que el uso del nombre, la imagen y la voz con fines publicitarios requiere el consentimiento previo de su titular.

Asimismo, de acuerdo con la Ley 29733, Ley de Protección de Datos Personales, y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 016-2024-JUS, incluidas sus normas modificatorias, debe contarse con una autorización expresa del titular. En este deberá informarse que sus datos personales serán registrados en el banco de datos personales de la marca y tratados para el cumplimiento del objeto del contrato durante todo el plazo de su duración. Además, el consentimiento deberá precisar de manera expresa el territorio, el plazo, los medios y el alcance de la autorización indicada.

4.6. Obligaciones específicas

Es importante determinar cuál de las dos partes será responsable de la confección de la prenda, el calzado o el perfume, así como de asumir la inversión necesaria para el desarrollo de la colección. Asimismo, según su negociación, el contrato deberá establecer si la aprobación de los diseños finales corresponderá a ambas o solo a una de ellas, al igual que la aprobación de los productos finales que serán lanzados al mercado.

En cuanto a la producción de los videos, las publicaciones y los demás medios de difusión de la colección, también resulta importante determinar si su aprobación corresponderá a ambas partes o solo a una de ellas. En muchos casos, el contrato establece quién podrá realizar modificaciones al material audiovisual y el número

máximo de revisiones permitidas (por ejemplo, dos o tres veces). Esto evita que una de las partes formule observaciones de manera indefinida y genere el retraso del desarrollo de la campaña.

4.7. Cláusula de propiedad intelectual

Esta es una de las cláusulas más importantes del contrato y, por lo general, una de las que demanda mayor tiempo de negociación entre las partes. Su objeto no radica en el uso recíproco de las marcas, sino en determinar la titularidad de los derechos de autor sobre las obras o creaciones desarrolladas en el marco de la colaboración, definiendo si corresponderán a una de las partes o si se establecerá una figura de copropiedad. Asimismo, es habitual incorporar una cláusula que disponga que, una vez vencido el contrato o concluida la campaña publicitaria de la colección, ninguna de las partes podrá utilizar la marca de la otra ni continuar comercializando los productos objeto de la colaboración, salvo que se haya pactado expresamente que se seguirán vendiendo las piezas hasta agotar *stock*.

5. RETOS JURÍDICOS ACTUALES EN LAS COLABORACIONES EN LA INDUSTRIA DE LA MODA

Hoy, más que nunca, existen dos grandes tendencias en la industria: por un lado, la moda sostenible, que busca luchar contra el *greenwashing*, es decir, la práctica mediante la cual determinadas empresas se presentan como ecológicas o medioambientales (marcas verdes) sin realmente serlo (Fasson Llosa, 2021) —inclusive diversas normas europeas han incorporado el principio de responsabilidad del productor—; y, por el otro lado, el uso de la tecnología, especialmente de la IA, en el diseño colaborativo.

5.1. Sostenibilidad en la industria de la moda

La moda sostenible implica un enfoque que integra aspectos ambientales, sociales, de buen gobierno corporativo y de *compliance*, lo que está revolucionando este sector. Un claro ejemplo es la Directiva (UE) 2026/470/UE (Directiva Ómnibus I), que modifica el marco normativo europeo en materia de sostenibilidad mediante la introducción de modificaciones a las Directivas 2006/43/CE, 2013/34/UE, (UE) 2022/2464 y (UE) 2024/1760. Estas reformas reflejan una clara señal de la consolidación de la sostenibilidad como eje central de la regulación del sector.

En ese sentido, cada vez existen más colaboraciones con un claro enfoque en sostenibilidad, así como propuestas innovadoras. Un ejemplo de ello es la colaboración entre Zara, una de las marcas más emblemáticas del *fast fashion*, y el diseñador de lujo John Galliano, quien, como se mencionó previamente, fue contratado por Zara por dos

años para recuperar y reconstruir diseños de colecciones anteriores, con el fin de lanzar cuatro colecciones, la primera de ellas prevista para septiembre del 2026.

5.2. Uso de IA en el diseño

La IA es una herramienta cada vez más utilizada en la industria de la moda, ya sea para crear modelos que no existen en realidad o avatares destinados a campañas publicitarias, como ocurrió en la campaña de Mango (2024). No obstante, su aceptación por parte de los consumidores continúa siendo objeto de debate. Por ejemplo, a muchos clientes de Mango no les gustaron los modelos generados con IA, pues consideran que reemplazan el trabajo de modelos reales.

Esta tendencia no es reciente. Incluso antes de la pandemia ya existían modelos virtuales como Lil Miquela, cuya cuenta de Instagram (@lilmiquela) supera los dos millones de seguidores, lo que anticipaba el creciente protagonismo de este tipo de recursos. Con el desarrollo de la IA, su utilización se ha intensificado, hasta el punto de que numerosas agencias publicitarias recurren a estas herramientas para optimizar tiempos y reducir costos. Por otro lado, las agencias publicitarias han empezado a regular contractualmente el uso de la IA a través de cláusulas que establecen, por ejemplo, que, cuando se utilice una herramienta de IA para crear una publicación, deberá informarse en las etiquetas que el contenido ha sido generado con dicha herramienta.

Cabe recordar que toda publicidad generada mediante una herramienta de IA deberá cumplir con las obligaciones establecidas en el Decreto Supremo 115-2025-PCM, que aprueba el Reglamento de la Ley 31814, "Ley que promueve el uso de la inteligencia artificial en favor del desarrollo económico y social del país". Entre los usos indebidos de la IA previstos en dicho reglamento se encuentran influir de manera engañosa o manipulativa en la toma de decisiones de las personas, inducir al público a error, manipular información mediante sistemas basados en IA o aprovechar vulnerabilidades cognitivas, emocionales o socioeconómicas con el fin de modificar el comportamiento de los consumidores mediante publicidad basada en esta tecnología (Infobae, 2022).

En caso de que estas imágenes o ilustraciones representen características objetivas de un producto (calidad, seguridad, materiales) o servicio ofrecidos, deberá garantizarse que dichas representaciones reflejen fielmente sus atributos reales, sin exageraciones ni distorsiones que puedan inducir a error a los consumidores. Asimismo, el contrato deberá establecer que, si el contenido generado con IA infringe derechos de imagen o de propiedad intelectual, la parte que lo haya generado asumirá de manera exclusiva la responsabilidad frente a los terceros afectados y responderá ante cualquier autoridad administrativa, arbitral o judicial por el uso indebido del contenido de IA.

6. CONCLUSIONES

Hoy más que nunca el rol del abogado es fundamental para brindar viabilidad jurídica a las dinámicas y transformaciones que experimenta la industria. En ese contexto, es necesario considerar una estructura jurídica apropiada para atender las necesidades de los actores de la industria de la moda, textil, del lujo y del *retail*, los cuales se encuentran en constante evolución. En este escenario, las colaboraciones se han consolidado como una estrategia eficaz para fortalecer el vínculo emocional con su público consumidor, incorporando las últimas tendencias del mercado, como la sostenibilidad y la IA, con el propósito de incrementar sus ventas. Como suele atribuirse a Charles Darwin: "No es el más fuerte de la especie el que sobrevive, ni el más inteligente, sino el que más se adapta al cambio".

REFERENCIAS

Aiello, J. (2026, 11 de junio). *5 colaboraciones entre artistas visuales y marcas de moda que hicieron historia*. Indiehoy. https://indiehoy.com/arte/5-colaboraciones-entre-artistas-visuales-y-marcas-de-moda-que-hicieron-historia/

Allaire, C. (2026, 23 de febrero). *Ya conocemos el «dress code» de la Met Gala 2026 (y deja mucho a la imaginación)*. Vogue España. https://www.vogue.es/articulos/gala-met-2026-dress-code-fashion-is-art

Código Civil. Decreto Legislativo 295 de 1984. Arts. 15 y 1430. 24 de julio de 1984 (Perú).

Decreto Legislativo 1044 del 2008. Por medio del cual se aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal. 25 de junio del 2008. Diario Oficial El Peruano. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/08/DL-1044-LPDerecho.pdf

Decreto Supremo 016-2024-JUS del 2024. Por el cual se aprueba el reglamento de la Ley 29733, Ley de Protección de Datos Personales [Ministerio de Justicia y Derechos Humanos]. 30 de noviembre del 2024. Diario Oficial El Peruano. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/7756037/6554453-reglamento-de-la-ley-n-29733.pdf?v=1743779969

Decreto Supremo 115-2025-PCM del 2025. Por el cual se aprueba el reglamento de la Ley 31814, "Ley que promueve el uso de la inteligencia artificial en favor del desarrollo económico y social del país" [Presidencia del Consejo de Ministros]. 9 de septiembre del 2025. Diario Oficial El Peruano. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/8619777/7133522-decreto-supremo-n-115-2025-pcm.PDF?v=1757422328

Dior. (s. f.). *Dior Spa Splendido*. https://www.dior.com/en_int/beauty/skincare/diorspa-splendido.html

Directiva (UE) 2026/470 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 24 de febrero del 2026, por la que se modifican las directivas 2006/43/CE, 2013/34/UE, 2022/2464 y 2024/1760 en lo relativo a requisitos sobre información de sostenibilidad y

diligencia debida a la sostenibilidad exigidos a las empresas. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L, 2026/470.

Esden Business School. (2026, 5 de mayo). *¿Qué son las colecciones cápsula y cómo las integran las marcas?* https://esden.es/noticias/que-son-las-colecciones-capsula-y-como-las-integran-las-marcas/

Fasson Llosa, A. (2021). El derecho de la moda, sus principales movimientos y lo más *trendy*: el *fashion tech*. *Advocatus*, (39), 127-136. https://doi.org/10.26439/advocatus2021.n39.5122

Garrampa. (2025, 4 de diciembre). *10 famosos que personalizaron su propia línea de ropa*. https://garrampa.es/blog/10-famosos-que-crearon-su-propia-linea-de-ropa

Gucci. (s. f.). *Último capítulo de Adidas x Gucci*. https://www.gucci.com/es/es/st/stories/article/adidas-x-gucci-the-latest-chapter?srsltid=AfmBOooIYsSldbxm-0U2GB7KCkoGSbn_jkcDIra2xe_uLDJYaq-NKh5-

Hypebeast. (2017, 13 de octubre). *Carbone and KITH cook up a fresh capsule collection*. https://hypebeast.com/2017/10/carbone-kith-capsule-collection

Infobae. (2022, 28 de mayo). *Qué son los influencer virtuales: Lil Miquela y Shudu son las más famosas*. https://www.infobae.com/america/tecno/2022/05/28/que-son-los-influencer-virtuales-lil-miquela-y-shudu-son-las-mas-famosas/

J. C. (2026, 20 de marzo). *Zara se alía con John Galliano para reciclar piezas antiguas de su archivo*. ARA. https://es.ara.cat/misc/zara-alia-john-galliano-reciclar-piezas-antiguas-archivo_1_5684181.html

Ley 29571 del 2010. Código de Protección y Defensa del Consumidor. 2 de septiembre del 2010. Diario Oficial El Peruano. https://www.gob.pe/institucion/indecopi/normas-legales/1244218-29571

Ley 29733 del 2011. Ley de Protección de Datos Personales. 3 de julio del 2011. Diario Oficial El Peruano. https://www.gob.pe/institucion/congreso-de-la-republica/normas-legales/243470-29733

Ley 31814 del 2023. Ley que promueve el uso de la inteligencia artificial en favor del desarrollo económico y social del país. 5 de julio del 2023. Diario Oficial El Peruano. https://www.gob.pe/institucion/congreso-de-la-republica/normas-legales/4565760-31814

Mango. (2024, 10 de julio). *Mango crea la primera campaña generada con inteligencia artificial para su línea Teen*. https://mangofashiongroup.com/w/mango-crea-la-primera-campa%C3%B1a-generada-con-inteligencia-artificial-para-su-l%C3%ADnea-teen

Pérez, C. (2021, 24 de octubre). *Jessica Butrich, la primera peruana en trabajar una colección con Disney*. El Comercio. https://elcomercio.pe/viu/moda/

jessica-butrich-disney-moda-jessica-butrich-la-primera-peruana-en-trabajar-una-coleccion-con-disney-noticia/

Ramírez, M. (2017, 30 de junio). *La viralidad de la moda: Supreme x Louis Vuitton*. Vogue México. https://www.vogue.mx/especiales/hombre/articulos/la-colaboracion-de-supreme-x-louis-vuitton-menswear-otono-invierno-2017/6807

Redacción Gente. (2008, 11 de junio). *"La moda no es un lujo, es un derecho"*. Gente. https://www.revistagente.com/actualidad/la-moda-no-es-un-lujo-es-un-derecho/

Soares, M. (2024, 30 de abril). *Las 7 mayores colaboraciones entre marcas y fubolistas*. Byms. https://bymsbrand.com/es/blogs/byms-news/as-7-maiores-colaboracoes-entre-marcas-e-jogadores-de-futebol?srsltid=AfmBOoo4R0uq3PuaovtOoxIuD0jUL_H8Wtg_X-NM6fGE379UZREe5Ju0

Socha, M. (2020, 13 de mayo). *Seminal moment: When Karl Lagerfeld embraced H&M*. Women's Wear Day. https://wwd.com/fashion-news/fashion-features/feature/how-karl-hm-collaboration-changed-fashion-1203632077/

Versace. (s. f.). *Fendace: la colección Fendi by Versace*. https://www.versace.com/pe/es/stories/campanas-publicitarias/fendace.html

White Cube. (2024, 4 de noviembre). *Sara Flores collaborates with Dior for the 9th edition Dior Lady Art Project*. https://www.whitecube.com/news/sara-flores-collaborates-with-dior-for-the-9th-edition-dior-lady-art-project

Cuando el Estado compite: subsidiariedad, competencia desleal y límites legales

Juan Carlos Bustamante Gonzales*
Universidad de San Martín de Porres, Perú

Recibido: 25 de marzo del 2026 / Aceptado: 6 de mayo del 2026
doi: https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2026.n061.8706

RESUMEN. Si el Estado, a través de sus empresas, participa en mercados donde existe oferta privada suficiente, puede incurrir en competencia desleal por violación de normas. En específico, por infringir el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 60 de la Constitución política del Perú. Al respecto, el presente artículo examina cómo el Tribunal Constitucional y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual han construido una doctrina sobre los límites de la actividad empresarial estatal. Para ello, se analiza críticamente el Decreto Supremo 034-2001-PCM y sus modificatorias, norma que pretende operativizar el concepto de oferta privada suficiente a través de una presunción numérica que resulta insuficiente cuando el mercado relevante es heterogéneo. El artículo concluye con recomendaciones de reforma normativa orientadas a dotar al sistema peruano de criterios que superen la simpleza de un umbral numérico.

PALABRAS CLAVE: subsidiariedad / competencia desleal / empresas del Estado / Indecopi / oferta privada suficiente / mercado heterogéneo / neutralidad competitiva

WHEN THE STATE COMPETES: SUBSIDIARITY, UNFAIR COMPETITION AND LEGAL LIMITS

ABSTRACT. If the State, through its enterprises, participates in markets with sufficient private supply may engage in unfair competition by violating regulations, specifically the principle of subsidiarity enshrined in Article 60 of the Political Constitution of Peru. This article examines how the Constitutional Court and the National Institute for the

* Magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Docente de Derecho Comercial en la Universidad de Lima.

Defense of Competition and the Protection of Intellectual Property have developed a doctrine regarding the limits of state-owned enterprise activity. It critically analyzes Supreme Decree No. 034-2001-PCM and its amendments, a regulation that attempts to operationalize the concept of "sufficient private supply" through a numerical presumption that proves insufficient when the relevant market is heterogeneous. The article concludes with recommendations for regulatory reform aimed at providing the Peruvian system with criteria that go beyond the simplicity of a numerical threshold.

KEYWORDS: subsidiarity / unfair competition / state-owned enterprises / Indecopi / sufficient private supply / heterogeneous market / competitive neutrality

1. INTRODUCCIÓN

El Estado peruano ocupa una posición peculiar en la economía de mercado: es, a la vez que regulador, también participante directo en mercados en los que ya existe oferta privada. Esta dualidad genera fricciones profundas con el principio de subsidiariedad que la Constitución política recoge en su artículo 60[1] y con las normas que prohíben la competencia desleal por violación del ordenamiento jurídico.

El Decreto Legislativo 1044, del 26 de junio del 2008, "Ley de represión de la competencia desleal", tipifica como acto de competencia desleal la obtención de ventajas competitivas mediante la infracción de normas legales. Cuando una empresa del Estado opera en un mercado sin respetar el límite constitucional que le impone el principio de subsidiariedad, concurre en el mercado obteniendo ventajas que los operadores privados no pueden replicar: acceso privilegiado al financiamiento público, exoneraciones tributarias, respaldo patrimonial del Estado, entre otros. Esa ventaja, obtenida mediante la propia infracción de la norma constitucional, es la esencia del acto desleal.

El Decreto Supremo 034-2001-PCM[2], del 10 de abril del 2001, fue diseñado para operativizar el concepto de oferta privada suficiente como contrapeso a la necesidad de que el Estado participe subsidiariamente en la actividad económica. Se presume que tal suficiencia de oferta privada existe cuando dos o más proveedores privados ofrecen el mismo servicio en el mismo ámbito geográfico. Sin embargo, esta presunción numérica omite dimensiones fundamentales: la calidad, la especialidad, la cobertura poblacional, la segmentación del mercado y la heterogeneidad interna del bien o servicio. Aplicarla sin matices puede tanto limitar la actividad estatal en mercados donde dos privados ya tienen presencia, pero en donde existe una demanda real no satisfecha, como permitir paradójicamente que el Estado participe donde existe un solo privado con presencia, pero que mantiene una demanda real que sí está satisfecha.

Estamos plenamente de acuerdo con la economía social de mercado y con la restricción constitucional a la participación del Estado en la actividad económica (subsidiariedad). Sin embargo, así como el Perú es un país diverso en personas, culturas, idiosincrasias e intereses, también lo es en cuanto a sus mercados: no somos un país homogéneo. En esa línea, el presente artículo desarrolla lo siguiente: definiciones jurídicas fundamentales enfocadas en el título de este artículo; la evolución de la jurisprudencia constitucional y administrativa sobre el tema; el análisis crítico del Decreto Supremo

1 El artículo 60 de la Constitución señala lo siguiente: "Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional".

2 El Decreto Supremo 034-2001-PCM establece que la existencia de oferta privada suficiente se presume cuando hay dos o más proveedores privados que presten el mismo servicio en el mismo ámbito geográfico.

034-2001-PCM; el problema específico de los mercados heterogéneos; y, finalmente, conclusiones y recomendaciones de ajuste normativo.

2. DEFINICIONES CLAVE

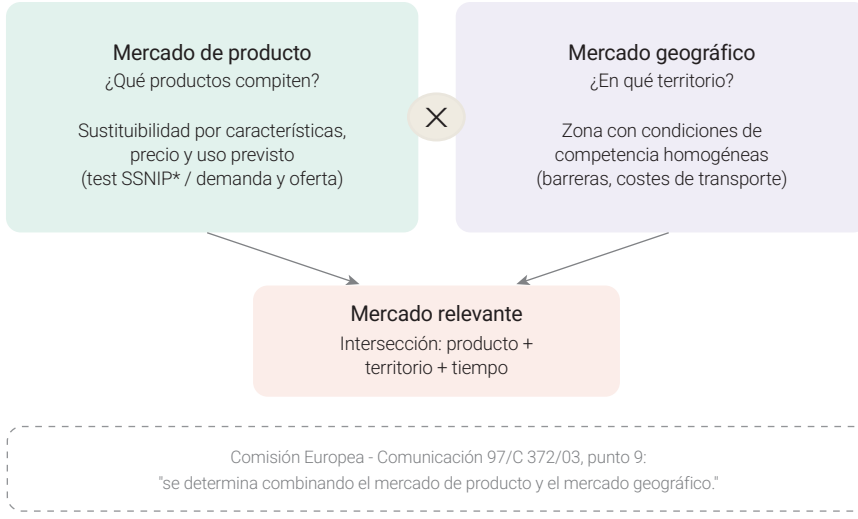
2.1. Mercado relevante

De acuerdo con el Centro Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez, el mercado relevante es

> una de las herramientas primordiales de la política y el derecho de competencia, presente en la mayoría de sus áreas, desde fusiones o concentraciones, pasando por abusos de posición dominante, hasta acuerdos verticales u horizontales. Tradicionalmente, la determinación del mercado relevante es el primer paso para evaluar el poder de mercado de un agente económico y con ello, si una conducta u operación particular puede producir efectos anticompetitivos. (s. f., párr. 4)

Figura 1

Dimensiones del mercado relevante



Nota. * SSNIP es la sigla de *small but significant non-transitory increase in price* (incremento de precio pequeño pero significativo y no transitorio). El test de SSNIP es una herramienta metodológica para delimitar el mercado relevante de producto y el mercado geográfico.

Asimismo, el mercado relevante es aquel que se integra por dos dimensiones: el mercado de producto y el mercado geográfico (Figura 1). Según la Comisión Europea

(1997), el mercado de producto comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideran intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos. Por otro lado, el mercado geográfico comprende la zona en la que las empresas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas. Ambas dimensiones (el mercado de producto y el mercado geográfico) se combinan o interceptan, son simultáneas, interdependientes e inseparables para formar un mercado relevante. Ninguna por sí sola es suficiente.

2.2. Principio de subsidiariedad

Según la Sentencia 8152-2006-PA/TC del Tribunal Constitucional, del 15 de noviembre del 2007, el principio de subsidiariedad

> establece un límite a la actividad empresarial del Estado, pues no puede participar libremente en la actividad económica, sino que solo lo puede hacer sujeto a la subsidiariedad, que debe ser entendida como una función supervisora y correctiva o reguladora del mercado; y también se reconoce que hay ámbitos que no pueden regularse única y exclusivamente a partir del mercado, lo cual justifica la función de regulación y protección con que cuenta el Estado.

Con ello, el principio de subsidiariedad económica, consagrado en el artículo 60 de la Constitución política del Perú, establece que el Estado solo puede realizar actividad empresarial de manera subsidiaria cuando exista una ley habilitante de dicha actividad por parte del Estado, o cuando exista un alto interés público o una manifiesta conveniencia nacional que lo justifique. Además de ello, también debe verificarse que la actividad privada sea insuficiente para satisfacer dicho interés o conveniencia. De ese modo, no se trata de una prohibición absoluta de la empresa estatal, sino de una condición de procedencia que invierte la carga justificativa: es el Estado quien debe probar la insuficiencia del privado y no el privado quien debe probar su suficiencia.

2.3. Competencia desleal por violación de normas

Según el artículo 5 de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo sobre prácticas comerciales desleales, del 11 de mayo del 2005, una práctica comercial será desleal si

> (a) es contraria a los requisitos de la diligencia profesional; y, (b) distorsiona materialmente o es probable que distorsione materialmente el comportamiento económico con respecto al producto del consumidor medio al que llega o al que va dirigido, o del miembro medio del grupo cuando una práctica comercial está dirigida a un grupo particular de consumidores.

Por su parte, el artículo 4 de la Ley 3/1991 de España, Ley de Competencia Desleal del 10 de enero de 1991[3], precisa que

> Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.
>
> En las relaciones con consumidores y usuarios, se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional. Entendida esta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.

De ese modo, "un acto de competencia desleal es aquél que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial" (Guzmán Napuri, 2020, párr. 1). Esta buena fe puede entenderse como el deber de los agentes económicos de actuar en el mercado de manera honesta, leal y respetando las reglas del comercio, evitando, así, conductas que perjudiquen indebidamente a competidores o consumidores. Dentro de los actos prohibidos por competencia desleal en el Perú, se tienen los siguientes: actos de engaño, de confusión, de explotación indebida de la reputación ajena, de denigración, de comparación indebida, de imitación indebida, de sabotaje empresarial y de violación de normas.

Con respecto a la violación de normas, el artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal española establece lo siguiente:

> Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial.[4]

Asimismo, siguiendo a Illescas Ortiz (2006. p. 143), una ventaja competitiva es desleal cuando ha sido adquirida por un empresario presente en el mercado mediante la infracción de una norma no necesariamente disciplinadora de la competencia desleal: las infracciones en materia fiscal de licencias o autorizaciones para operar, higiene y seguridad, etcétera, en la medida en que reducen costos o facilitan el acceso al mercado, son constitutivas de deslealtades permanentes y estructurales.

3 El artículo 4 de la Ley 3/1991 fue modificado por la Ley 29/2009, del 30 de diciembre del 2009, ley por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

4 El artículo 15 de la Ley 3/1991 fue modificado por la Ley 18/2022, del 28 de septiembre del 2022, ley de creación y crecimiento de empresas.

Con todo ello, la competencia desleal por violación de normas es aquella que se presenta cuando un agente económico obtiene o puede obtener una ventaja competitiva significativa mediante el incumplimiento de una norma legal imperativa. Según el artículo 14 del Decreto Legislativo 1044, ello con independencia de si el infractor ha sido previamente sancionado por esa infracción. La norma infringida puede ser de cualquier rama del ordenamiento: constitucional, administrativa, tributaria, laboral o sectorial. La ventaja competitiva es el elemento diferenciador: no basta la mera infracción, es necesario que dicha infracción se traduzca en una mejor posición en el mercado.

Así pues, Kresalja Rosselló (2005) refiere lo siguiente:

> En general, la violación de cualquier norma susceptible de provocar ahorros, que permitan al empresario trasladarlos a la lucha concurrencial obteniendo ventajas y rompiendo el principio de igualdad, cae bajo el supuesto desleal de violación de normas. Así, tenemos los supuestos de economía sumergida, subterránea o informal, en la cual pueden violarse normas fiscales (fraude tributario); aduaneras; laborales (legislación sobre higiene y seguridad, por ejemplo); y, en general, las normas que regulan la producción de bienes y servicios (normas técnicas obligatorias, protección del medio ambiente, etcétera). Ejemplo paradigmático de acto desleal por violación de normas, citado por Alfaro, y que tiene especial relevancia en nuestro país, es el del empresario que ofrece sus mercancías a un precio inferior al de sus competidores, porque ellas han sido objeto de contrabando. … Varios son los elementos a considerar en el artículo, a saber: a) una actuación en el mercado; b) la obtención de una ventaja competitiva ilícita; c) ventaja que debe ser significativa; y d) todo ello por infracción de las leyes. (pp. 15-16)

Como bien señala el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual ([Indecopi] 2019),

> la actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o una empresa estatal con infracción al artículo 60 de la Constitución política del Perú configura un acto de violación de normas que será determinado por la comisión (respectiva de Indecopi). En este caso, dicho supuesto normativo establece que no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolle dicha actividad empresarial. En esa línea, cabe recordar que el artículo 60 de la Constitución establece que, solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. Al respecto, en los mercados, el Estado puede intervenir cumpliendo diversos roles. Un rol a título de autoridad, definiendo los términos de acceso al mercado, regulando las obligaciones y derechos de los agentes, supervisando y fiscalizando que el comportamiento de las unidades económicas se arregle al ordenamiento y resolviendo los conflictos que puedan surgir. Y otro rol, como un ofertante de bienes y servicios, es decir, desarrollando actividades económicas. En este último caso, es el que corresponde a la denominada actividad empresarial. En esta faceta, el

> Estado asume la titularidad y gestión de los medios de producción y participa como un proveedor más, esto es, proveer a la población de algún producto o servicio determinado. (p. 38)

De ese modo, cuando el sujeto infractor es una empresa del Estado, la infracción de referencia es el principio de subsidiariedad. La ventaja competitiva se manifiesta en la capacidad de la empresa estatal de operar con costos artificialmente bajos (garantizados por el Estado), precios subsidiados o en condiciones de acceso al mercado que ningún privado podría replicar.

3. POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

3.1. La doctrina fundacional

La Sentencia 008-2003-AI/TC del Tribunal Constitucional, del 11 de noviembre del 2003, es uno de los primeros pronunciamientos estructurados de dicho tribunal sobre el principio de subsidiariedad en el marco de la actual constitución. El tribunal identificó tres condiciones para la licitud de la actividad empresarial del Estado: manifiesto interés público, conveniencia para la comunidad y subsidiariedad frente a la iniciativa privada. Esta sentencia deslizó que el Estado no puede competir con los privados cuando estos ya satisfacen adecuadamente la demanda del mercado.

El mismo tribunal, en la Sentencia 0034-2004-AI/TC, del 15 de febrero del 2005, complementó esta línea al reconocer que la Constitución establece una reserva de ley absoluta para habilitar al Estado a realizar excepcional y subsidiariamente actividad empresarial, directa e indirectamente, cuando el interés público o la conveniencia nacional lo justifique.

3.2. Evolución y matizaciones

La Sentencia 7339-2006-PA/TC del Tribunal Constitucional, del 13 de abril del 2007, reafirmó que la subsidiariedad implica limitar la participación estatal directa para dar paso a la iniciativa privada, pero también reconoce que el mercado no puede regularlo todo justificando la intervención en ámbitos donde los agentes económicos omiten o fallan en garantizar el bien común.

Por otro lado, el 22 de febrero del 2017, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 06057-2014-PA/TC, desarrolló los requisitos habilitantes para la actividad empresarial del Estado: ley expresa, razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional. La sentencia precisa que la actuación pública debe ser supletoria y no debe impedir el acceso de la inversión privada a dichos sectores. Entre el 2003 y el 2016, el Tribunal Constitucional pasó de definir la subsidiariedad a aplicarla específicamente para proteger

la inversión privada frente a cobros municipales, impuestos excesivos y para validar las concesiones como herramienta de desarrollo.

4. POSICIÓN DEL INDECOPI: DOCTRINA Y CASOS

4.1. Informes pioneros: las trece empresas bajo evaluación de Fonafe

Poco tiempo después de emitirse el Decreto Supremo 034-2001-PCM, Indecopi emitió unos informes relevantes enfocados en dicha norma. Entre el 2001 y el 2002, en aplicación de su artículo 4, el cual facultaba al Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (Fonafe) a solicitar a Indecopi la emisión de informes sobre la participación y subsidiariedad del Estado en la actividad económica, Indecopi evaluó la actividad de trece empresas estatales, bajo el ámbito de Fonafe, que participaban en mercados con presencia privada.

El Informe 037-2001/GEE de Indecopi (2001), que aborda el caso de Servicios Postales del Perú (Serpost), fue el primero que sistemáticamente aplicó el Decreto Supremo 034-2001-PCM. La Tabla 1 muestra las trece empresas evaluadas por Indecopi.

Tabla 1

Empresas estatales evaluadas por Indecopi en el informe 037-2001/GEE

Año	Empresa	Sector
2001	Serpost	Servicios postales
2001	Tans Perú	Transporte aéreo
2001	Editora Perú	Editorial y publicaciones
2001	SIMA Perú	Construcción y reparación naval
2001	SIMA Iquitos	Construcción naval fluvial
2001	Inmobiliaria Milenia	Actividad inmobiliaria
2002	Adinelsa	Distribución de energía eléctrica rural
2002	Enaco	Comercialización de hoja de coca
2002	Perupetro	Promoción de la inversión petróleo/gas
2002	Cofide	Banca de desarrollo (segundo piso)
2002	Coneminsa	Servicios de ingeniería y minería
2002	Banco de la Nación	Servicios bancarios y financieros
2002	Banco de Materiales	Crédito para construcción popular

Nota. Adaptado de "Esclareciendo la actividad empresarial del Estado: hacia una construcción adecuada de sus actividades no económicas", por M. Luyo Castañeda y V. H. Bazán Vásquez, 2017, p. 190.

En esa primera aplicación, el Indecopi adoptó un enfoque exclusivamente cuantitativo: verificó si existían dos o más empresas privadas en el mercado relevante y, de ser así, presumió la suficiencia de la oferta privada. Este enfoque tuvo el mérito de sistematizar, por primera vez, la evaluación de la actividad empresarial del Estado, pero sembró desde el origen la limitación metodológica que este artículo critica: tratar el umbral numérico como una condición suficiente y no meramente como una necesaria.

4.2. La Resolución 051-97-TDC como antecedente del precedente de competencia desleal por violación de normas

Según Cuba Meneses (2024), de acuerdo con la Resolución 051-97-TDC, emitida por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de Indecopi el 21 de febrero de 1997, para determinar si en un caso particular se ha producido un supuesto de competencia desleal se debe considerar lo siguiente:

- El hecho materia de denuncia no debe constituir un supuesto de competencia prohibida. Si la actividad objeto de denuncia no está prohibida, la comisión debe intervenir para examinar si, dentro del marco de la concurrencia en el mercado, uno de los competidores ha obtenido una ventaja significativa como consecuencia de haber violado las normas que regulan dicha actividad.
- La violación de una norma imperativa debe existir. Es decir, debe tenerse muy en claro si la norma infringida es imperativa y no supletoria o derogable por la autonomía individual. En el segundo caso, no habrá competencia desleal por infracción de normas, pues la mera intención de violar no basta para que la deslealtad se cometa, sino que es necesario que haya tenido efectivamente lugar la violación.
- La ventaja competitiva de carácter significativo debe haber sido obtenida por el infractor de la norma frente a sus competidores. Según la comisión del Indecopi, por ventaja competitiva se entiende como una disminución de los costos de producción o distribución de los productos o servicios de que se trate; pero no ello exclusivamente: en mercados públicos, efectivamente, la violación de normas puede igualmente comportar el mero acceso privilegiado a dicho mercados en detrimento de los competidores (Cuba Meneses, 2024, p. 209).

4.3 La Resolución 3134-2010/SC1-Indecopi como precedente de observancia obligatoria

El precedente surgió a partir de un caso en el que una universidad pública, ubicada en Puno, fue denunciada por tener un área dedicada a la preparación y comercialización de pollos

a la brasa. La universidad no tenía como finalidad u objeto dedicarse a dicha actividad económica. En el caso, mediante la Resolución 3134-2010/SC1 del 29 de noviembre del 2010, Indecopi interpreta la aplicación del artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044, el cual califica como acto de competencia desleal, en la modalidad de violación de normas, el desarrollo de una actividad empresarial estatal no conforme con el artículo 60 de la Constitución política del Perú. Lo establece en los siguientes términos:

> 1. El principio de subsidiariedad estatal establece el grado de intervención del Estado en la vida económica del país, constituyendo un límite al campo de acción estatal respecto de la libertad de los ciudadanos para hacer empresa.
>
> 2. Esta limitación se aplica a toda actuación estatal que consista en la producción, distribución, desarrollo o intercambio de productos o servicios de cualquier índole, con independencia de la existencia o no de ánimo lucrativo y de la forma jurídica que adopte el Estado para prestar el bien o servicio. No constituye actividad empresarial y se excluye de la limitación constitucional el ejercicio de potestades de *ius imperium* y la prestación de servicios asistenciales.
>
> 3. Para ser lícita, la actividad empresarial estatal debe, en primer lugar, contar con una "ley expresa" aprobada por el Congreso de la República que autorice su desarrollo. Asimismo, la ley debe establecer de manera clara y patente que la empresa o entidad estatal se encuentra habilitada para producir, distribuir, desarrollar o intercambiar bienes y servicios en determinada actividad, no admitiéndose autorizaciones tácitas ni interpretaciones analógicas o extensivas de la habilitación.
>
> 4. En segundo lugar, se debe analizar si la actividad empresarial cumple con ser subsidiaria, esto es, si satisface las necesidades de un segmento de consumidores ante la inexistencia o insuficiencia de oferta privada real o potencial. Este análisis requiere delimitar primero el mercado relevante en el cual participa la empresa o entidad estatal, luego de lo cual se evaluará el carácter subsidiario de la actividad empresarial bajo alguno de los tres siguientes escenarios:
>
> (i) Concurren con la empresa o entidad estatal dos o más empresas privadas no vinculadas. En este escenario, se presume que las condiciones de competencia son las adecuadas y la oferta privada es suficiente. Por ello, la entidad o empresa estatal denunciada tiene la carga de probar, de un lado, que los privados establecidos no pueden absorber la demanda que liberaría en caso se retire y, de otro lado, que existen altas barreras a la entrada que impiden el ingreso de nuevos proveedores con capacidad de satisfacer la demanda que se liberaría.
>
> (ii) En el mercado relevante participan una empresa privada y una empresa estatal. En este escenario, no opera la presunción de oferta privada suficiente, por lo que para concluir que la intervención estatal no es subsidiaria la autoridad –a partir de sus actuaciones de instrucción y las pruebas aportadas por el denunciante– deberá constatar o que la empresa privada cuenta

> con las condiciones para satisfacer la demanda que eventualmente se libere o que, en caso la oferta establecida no sea suficiente, no existen barreras que limiten la entrada de competidores potenciales.
>
> (iii) Solo participa la empresa o entidad estatal. En este escenario, no existe oferta privada, por lo que se evaluará la presencia de barreras a la entrada. Si no existen barreras, lo más probable es que el sector privado no se encuentra interesado en incursionar en dicho mercado, concluyéndose –a diferencia de los dos primeros escenarios– que la empresa estatal cumple un rol subsidiario. En caso se determine que existen barreras a la entrada significativas, la participación también será subsidiaria, salvo que se defina que la presencia de la empresa o entidad estatal debe cesar al ser la barrera que desincentiva la entrada de los privados.
>
> Si al realizar el análisis de subsidiariedad se detecta que las barreras a la entrada se encuentran contenidas en instrumentos normativos que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas se encuentra facultada a remover, la autoridad deberá remitir los actuados a la referida Comisión para que analice la pertinencia de iniciar un procedimiento de oficio por imposición de presuntas barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad. Si la barrera que impide el acceso al mercado se encuentra contemplada en una disposición que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas no se encuentra facultada a analizar, la función que debe asumir la autoridad consiste en ejercer la "abogacía de la competencia" o "promoción de la competencia", conforme al artículo 25 literal g) del Decreto Legislativo 1044.
>
> Los diversos factores para evaluar y pasos a seguir en el análisis de subsidiariedad se encuentran detallados en el cuadro que figura como Anexo 1 (de dicha resolución), el cual forma parte integrante de este precedente de observancia obligatoria.
>
> 5. Como tercer requisito, la actividad empresarial del Estado debe cumplir un objetivo de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La autoridad de competencia no puede discutir si la actividad empresarial satisface un objetivo de tal naturaleza. En tal sentido, se limitará a comprobar que la ley que autoriza la actividad señala la razón de interés público o conveniencia nacional que sustentó su aprobación. Solo si la ley no precisa la justificación se incumplirá este requisito.

El Tribunal de Defensa de la Competencia de Indecopi consideró que, ante la falta de una metodología específica enunciada en el Decreto Legislativo 1044 para determinar si corresponde analizar el carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado en un mercado relevante, los criterios enunciados en el Decreto Supremo 034-2001-PCM y en su modificatoria, el Decreto Supremo 030-2002-PCM del 2 de mayo del 2002, constituyen las pautas técnicas a partir de las cuales se debe realizar esa evaluación. Es decir, la

Resolución 3134-2010/SC1-Indecopi recogió la presunción de oferta privada suficiente contenida en el Decreto Supremo 034-2001-PCM para cuando existen dos empresas privadas que operan como ofertantes.

La presunción de dos agentes privados no vinculados como indicador de oferta suficiente es una construcción normativa original del ordenamiento peruano sin equivalente directo en el derecho comparado. Perú fue pionero en traducir el principio filosófico y constitucional de subsidiariedad en una regla jurídica operativa con efectos probatorios concretos, y esa singularidad es precisamente lo que explica el interés que la Resolución 3134-2010/SC1-Indecopi ha generado y que tuvo como antecedentes más próximos los informes que el propio Indecopi emitió desde el año 2001 (el mismo año de emisión del Decreto Supremo 034-2010-PCM).

4.4. Mapa general de casos de aplicación del Decreto Supremo 034-2001-PCM

Los casos resueltos por Indecopi, de manera posterior a la emisión del precedente de observancia obligatoria, que han aplicado directamente el Decreto Supremo 034-2001-PCM como criterio de evaluación de subsidiariedad se presentan en la Tabla 2.

Tabla 2

Casos resueltos por Indecopi tras la emisión del precedente de observancia obligatoria

Expediente	Denunciante	Denunciado	Actividad económica	Pronunciamiento del Tribunal
102-2012/CCD	Gremco Publicidad	Instituto Peruano del Deporte	Arrendamiento de infraestructura	Resolución 0415-2014/SDC del 20 de marzo del 2014: constituía actividad empresarial
107-2012/CCD	Corporación de Empresas de Transporte Interprovincial de Pasajeros en Ómnibus por Carretera propietarios de Counters del Terminal Terrestre de Arequipa	Municipalidad provincial de Trujillo	Convocatoria de un proceso de licitación	Resolución 1604-2013/SDC del 1 de octubre del 2013: constituía actividad empresarial
175-2012/CCD	Gremco Publicidad	Universidad Nacional Mayor de San Marcos	Arrendamiento de infraestructura	Resolución 0416-2014/SDC del 20 de marzo del 2014: constituía actividad empresarial

(*continúa*)

(*continuación*)

Expediente	Denunciante	Denunciado	Actividad económica	Pronunciamiento del Tribunal
241-2012/CCD	Corporación de Empresas de Transporte Interprovincial de Pasajeros en Ómnibus por Carretera propietarios de Counters del Terminal Terrestre de Arequipa	Municipalidad provincial de Ilo	Transporte interprovincial regular de personas de ámbito nacional	Resolución 0419-2014/SDC del 21 de marzo del 2014: constituía actividad empresarial
062-2013/CCD	Colegio Médico Veterinario Departamental de Lima	Municipalidad distrital de Los Olivos	Prestación de servicios veterinarios	Resolución 0581-2015/SDC del 29 de octubre del 2015: constituía actividad empresarial

Nota. De "Esclareciendo la actividad empresarial del Estado: hacia una construcción adecuada de sus actividades no económicas", por M. Luyo Castañeda y V. H. Bazán Vásquez, 2017, p. 193.

Uno de los casos más recientes es el de la Resolución 265-2025/SDC-Indecopi, del 24 de noviembre del 2025, en el que se declaró fundada en segunda instancia la imputación de oficio contra la Municipalidad provincial de Ilo por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas. La entidad realizó la actividad empresarial de comercialización de combustibles líquidos sin cumplir con los requisitos previstos en el artículo 60 de la Constitución política del Perú, supuesto tipificado en el numeral 14.3 del artículo 14 del Decreto Legislativo 1044. La referida decisión se fundamentó en la verificación de la mencionada actividad empresarial, la cual se realizó sin contar con una ley emitida por el Congreso de la República que autorice expresamente su desarrollo.

5. EL ROL DE FONAFE EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

5.1. Arquitectura institucional del Decreto Supremo 034-2001-PCM: Fonafe como articulador

El Decreto Supremo 034-2001-PCM no otorga a Indecopi un rol exclusivo en la determinación de la subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado. La norma configura un sistema de dos niveles: Fonafe actúa como filtro administrativo previo —órgano rector de la actividad empresarial del Estado— e Indecopi actúa como autoridad de competencia con capacidad sancionatoria. La coordinación entre ambas instituciones es el eje del sistema y sus disfunciones son algunos de los principales problemas prácticos del régimen vigente.

El artículo 4 del Decreto Supremo 034-2001-PCM establece explícitamente que Fonafe puede solicitar a Indecopi la emisión de informes para determinar el carácter subsidiario de

la actividad empresarial de las empresas bajo su ámbito. Es decir, Fonafe tiene la potestad de iniciar un procedimiento de evaluación preventiva antes de que ningún privado haya presentado una denuncia.

5.2. La solicitud pionera de Fonafe a Indecopi y sus resultados

La primera aplicación masiva del Decreto Supremo 034-2001-PCM fue una solicitud de Fonafe a Indecopi en el 2001. Fonafe, como órgano rector de las empresas estatales, decidió proactivamente someter a evaluación de subsidiariedad a varias de las empresas bajo su ámbito. Los resultados de los informes de Indecopi, como se ha señalado en el numeral 4.1, revelaron que varias de esas empresas operaban en mercados con oferta privada suficiente según el criterio numérico, lo que tenía implicancias para su legitimidad constitucional. Sin embargo, el seguimiento institucional de esos informes fue limitado: Fonafe carece de potestad sancionatoria directa y los informes de Indecopi en esta modalidad preventiva no tenían carácter vinculante en cuanto a obligar al cese de las actividades. Solo la apertura de un procedimiento sancionador de oficio o por denuncia de parte producía consecuencias coercitivas.

5.3. Tensión institucional: Fonafe como defensor de sus empresas y como garante del principio de subsidiariedad

La principal tensión institucional del sistema reside en el doble rol de Fonafe: es a la vez rector de la actividad empresarial del Estado —y, por tanto, interesado en el desarrollo y expansión de las empresas bajo su ámbito— y filtro administrativo que vela por el cumplimiento del principio de subsidiariedad. Estas dos funciones parecerían ser estructuralmente incompatibles. En la práctica y lógicamente, Fonafe tiende a adoptar interpretaciones amplias del principio de subsidiariedad que favorecen la actividad de sus empresas.

Esta tensión posiblemente se puede resolver mediante una reforma que separe con claridad y sistemáticamente las funciones de gestión (Fonafe) de las funciones de fiscalización del cumplimiento del principio de subsidiariedad (Indecopi). Esta última debe ser dotada de mayor independencia efectiva en sus evaluaciones preventivas y de mayor capacidad para iniciar procedimientos de oficio cuando se identifique actividad empresarial estatal en mercados con oferta privada suficiente.

6. LAS LIMITACIONES DEL DECRETO SUPREMO 034-2001-PCM

El Decreto Supremo 034-2001-PCM establece una regla operativa: se presume la existencia de oferta privada suficiente cuando al menos dos empresas privadas ofrecen el mismo bien o servicio en el mismo ámbito geográfico. Al respecto, se identifican al

menos cinco problemas estructurales en la fórmula del Decreto Supremo 034-2001-PCM. Son los siguientes:

1. Problema 1: el umbral de dos proveedores es arbitrario. No existe antecedente que indique que la presencia de dos proveedores privados garantiza competencia efectiva o satisfacción adecuada de la demanda. En mercados altamente concentrados o con altas barreras de entrada, dos proveedores podrían ser insuficientes.
2. Problema 2: la norma no distingue entre oferta potencial y oferta efectiva. La existencia formal de dos proveedores privados no significa que estos sirvan efectivamente a la demanda del mercado. Una empresa privada puede estar operando en el mercado, pero con capacidad instalada insuficiente o condiciones comerciales inaccesibles para una parte relevante de la demanda.
3. Problema 3: la presunción es estática. La oferta privada de un mercado es dinámica y puede variar con el tiempo. Una evaluación efectuada en un momento concreto puede no reflejar la realidad del mercado cuando la empresa estatal efectúa su entrada o cuando se produce el litigio.
4. Problema 4: la norma ignora la heterogeneidad del mercado. Dos proveedores privados pueden ofrecer un servicio que solo satisface a un segmento de la demanda (por ejemplo, consumidores de altos ingresos en zonas urbanas) y que deja desatendidos otros segmentos (poblaciones rurales, de bajos ingresos o con necesidades especializadas). En esos casos, la presunción de suficiencia es formalmente correcta, pero materialmente errónea.
5. Problema 5: el ámbito geográfico puede ser manipulado. La delimitación del ámbito geográfico en el que se verifica la existencia de dos proveedores puede ser manipulada para crear o eliminar artificialmente la presunción. Una delimitación muy amplia enmascara la ausencia de oferta privada en áreas específicas: una muy estrecha puede, artificialmente, limitar la actividad de empresas estatales que atienden mercados nacionales.

A partir de lo anterior, el error metodológico más profundo del Decreto Supremo 034-2001-PCM es que presupone la homogeneidad del mercado relevante. Trata el bien o servicio como si fuera una categoría uniforme cuando, en la realidad, la mayoría de los mercados en los que el Estado interviene presentan una segmentación interna significativa.

Sería ideal y mucho más objetivo que los sistemas de evaluación de la neutralidad competitiva entre empresas estatales y privadas utilicen análisis de segmentación de mercado, estudios de demanda insatisfecha y evaluaciones de calidad comparada en lugar de simples umbrales numéricos de proveedores.

7. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN MERCADOS HETEROGÉNEOS

7.1. La heterogeneidad como realidad estructural

Un mercado es heterogéneo cuando los bienes o servicios que se transan en él no son idénticos ni perfectamente sustituibles para todos los consumidores: varían en calidad, especialización, precio, accesibilidad geográfica o cobertura poblacional. La heterogeneidad puede ser vertical (distintos niveles de calidad del mismo servicio) u horizontal (distintas modalidades del servicio que no son jerárquicamente comparables). Además, si bien pueden tener similitudes, los consumidores pueden ser disímiles también, entre aquellos ubicados en determinada zona geográfica y aquellos que se encuentran en otra.

Cuando el mercado es heterogéneo, la presunción del Decreto Supremo 034-2001-PCM produce resultados distorsionados en direcciones opuestas, tal como se resume en la Tabla 3.

Tabla 3

Errores resultantes del marco heterogéneo

Escenario	Efecto del Decreto Supremo 034-2001-PCM	Error resultante
Dos proveedores privados cubren el segmento urbano de más poder adquisitivo del mercado, pero no el segmento popular o rural de menor poder adquisitivo.	La presunción se activa: se concluye que hay oferta privada suficiente.	El Estado puede ser excluido del mercado pese a que existe una demanda real no satisfecha por el privado.
Dos proveedores privados cubren el segmento popular, pero la empresa estatal compite solo con uno de ellos en el segmento de más poder adquisitivo con recursos públicos.	La presunción se activa: se concluye que hay oferta privada suficiente.	La empresa estatal compite de forma desleal en el segmento en el que el privado ya es suficiente.
El servicio tiene una dimensión técnica especializada que solo un proveedor privado puede ofrecer; el segundo es un proveedor de servicios genéricos.	La presunción se activa al contabilizarse dos proveedores sin distinguir su especialidad.	Se presume suficiencia donde hay un monopolio fáctico para el servicio especializado.

7.2. Propuesta metodológica: el test de suficiencia cualificada

La evaluación de la suficiencia de la oferta privada, en lugar de resolverse con un umbral numérico (vía presunción), se podría resolver con un test multidimensional que examine los siguientes aspectos en un mercado heterogéneo:

1. Cobertura efectiva de la demanda: ¿los proveedores privados existentes atienden efectivamente la demanda de todos los segmentos relevantes del mercado, incluyendo los segmentos vulnerables, rurales o de alta especialización técnica?
2. Calidad comparable: ¿la calidad de los servicios privados disponibles es equivalente en términos objetivos a la que el Estado proporcionaría o proporciona? ¿Existe una brecha cualitativa que justifique la intervención estatal en determinados segmentos?
3. Accesibilidad económica: ¿el precio de los proveedores privados es accesible para los segmentos de la población a los que el bien o servicio va dirigido? La oferta privada que es formalmente suficiente, pero económicamente inaccesible para la mayor parte de la demanda, no satisface el estándar constitucional de subsidiariedad.
4. Sustentabilidad: ¿la oferta privada existente es estable en el tiempo o presenta riesgos de retiro del mercado que justifiquen una presencia estatal como proveedor de último recurso?
5. Segmentación interna: ¿existe heterogeneidad interna en el mercado que implique que la conclusión sobre la suficiencia de la oferta varíe según el segmento analizado?

Este test no necesariamente implica eliminar toda presunción numérica, sino utilizarla como punto de partida de una evaluación más amplia. La presunción del Decreto Supremo 034-2001-PCM puede mantenerse como un filtro de admisibilidad, pues, si no existen siquiera dos proveedores privados, la insuficiencia es manifiesta y no requiere mayor análisis. Sin embargo, una vez superado ese umbral mínimo, la evaluación puede incorporar de forma exigible los cinco criterios del test propuesto. Este test propone evaluar la competencia efectiva mediante indicadores de resultado: precios, calidad, cobertura y barreras de entrada. Mediante estos, se pueden conseguir los siguientes beneficios:

1. Competencia basada en resultados reales: evalúa precios, calidad y cobertura evitando asumir competencia solo por el número de operadores.
2. Mejor protección al consumidor: identifica fallas reales de acceso, precio y calidad en los servicios.
3. Intervención estatal subsidiaria y focalizada: el Estado actúa únicamente donde el mercado no funciona adecuadamente.
4. Mayor incentivo a la inversión privada: reglas claras y predecibles reducen la incertidumbre regulatoria.

5. Promoción de entrada de nuevos competidores: evita cerrar mercados por un criterio meramente formal.
6. Regulación técnica y basada en evidencia: mejora la calidad de las decisiones mediante criterios objetivos.
7. Focalización en segmentos desatendidos: permite intervenir solo en zonas o grupos en los que exista insuficiencia real.
8. Identificación de barreras estructurales: detecta concentración y dificultades de acceso al mercado.
9. Adaptación a mercados modernos y dinámicos: responde a la heterogeneidad y evolución tecnológica de los mercados.
10. Mejora del clima de negocios: aumenta la confianza, reduce conflictos y fortalece la seguridad jurídica.

8. CONCLUSIONES

1. El acto de competencia desleal por violación de normas tipificado en el artículo 14 del Decreto Legislativo 1044 es el mecanismo jurídico central para controlar la actividad empresarial estatal que infringe el principio de subsidiariedad. Esta tipificación es conceptualmente correcta: cuando el Estado compite en un mercado que la Constitución le prohíbe, obtiene una ventaja competitiva ilegítima frente a los operadores privados que sí deben sujetarse íntegramente al marco normativo.
2. El Tribunal Constitucional ha construido una doctrina sólida sobre el principio de subsidiariedad, pero ha dejado sin resolver la tensión entre dos escenarios: aquel que establece que el Estado no debe competir donde hay privados y aquel que establece que el Estado puede intervenir donde los privados no atienden la demanda de segmentos vulnerables. Esa tensión solo puede resolverse mediante un análisis de mercado, para el cual la revisión del Decreto Supremo 034-2001-PCM podría aportar criterios que permitan afinar dicho análisis.
3. El Indecopi ha avanzado desde la formulación del primer precedente hasta las resoluciones más recientes que ya admiten que el umbral numérico del Decreto Supremo 034-2001-PCM es solamente una presunción *iuris tantum*. Sin embargo, la institución aún carece de un marco metodológico claro para aplicar los criterios cualitativos, lo que genera dispersión en los pronunciamientos y predictibilidad insuficiente para los operadores.

4. El problema de los mercados heterogéneos es el desafío más crítico para el sistema actual. La presunción numérica del Decreto Supremo 034-2001-PCM es incompatible con la correcta evaluación de mercados internamente segmentados, lo que puede producir tanto la exclusión ilícita del Estado en mercados donde existe una demanda real no atendida como la permisión ilícita de la presencia estatal en mercados donde los privados sí son suficientes en ciertos segmentos, pero no en otros.

9. RECOMENDACIONES DE AJUSTE NORMATIVO

La reforma del sistema de control de la actividad empresarial estatal no es una cuestión de ideología económica, sino de coherencia jurídica: si la Constitución establece un límite material a la empresa del Estado, el ordenamiento infraconstitucional debe proveer los instrumentos para hacerlo efectivo con rigor metodológico. El Decreto Supremo 034-2001-PCM fue un avance en su momento. Hoy, a la luz de la experiencia de más de dos décadas de aplicación, creemos que puede resultar insuficiente para el propósito que la Constitución le encomienda. Con ello en consideración, se presenta en la Tabla 4 un listado de recomendaciones que consideramos pertinentes.

Tabla 4

Listado de recomendaciones

	Recomendación	Nivel normativo
1	Reformar el Decreto Supremo 034-2001-PCM para establecer el umbral de dos proveedores privados como una presunción de procedencia de la evaluación, no de suficiencia definitiva. La evaluación definitiva deberá considerar los cinco criterios del test de suficiencia cualificada propuesto en el numeral 7.2 del presente artículo.	Decreto Supremo
2	Incorporar en el Decreto Supremo 034-2001-PCM una metodología de segmentación de mercado: cuando el mercado presente heterogeneidad interna demostrable, la evaluación de la oferta privada deberá realizarse por segmento y no para el mercado en su conjunto.	Decreto Supremo
3	Facultar al Indecopi para emitir lineamientos metodológicos vinculantes sobre la determinación de la suficiencia de la oferta privada, en aplicación de su rol de autoridad de competencia. Dichos lineamientos deberán incorporar estándares de calidad, accesibilidad y cobertura segmentada.	Resolución de Indecopi
4	Crear un registro público actualizado de las actividades empresariales del Estado en mercados con presencia privada. Debe incluir evaluaciones, periódicas y automáticas de oficio (cada tres años), de la suficiencia de la oferta privada en cada sector. Indecopi debe ser la institución a cargo en coordinación con los ministerios sectoriales.	Ley o Decreto Legislativo

(*continúa*)

(*continuación*)

	Recomendación	Nivel normativo
5	Incorporar en la "Ley de represión de la competencia desleal" (Decreto Legislativo 1044) una presunción específica de ventaja competitiva significativa cuando la empresa del Estado, que incurre en competencia desleal por violación de normas, tiene una participación de mercado superior al 30 % en el mercado relevante afectado.	Ley o Decreto Legislativo

REFERENCIAS

Centro Competencia, Universidad Adolfo Ibáñez. (s. f.). *Mercado relevante*. https://centrocompetencia.com/mercado-relevante/#1-que-es-mercado-relevante.

Comisión Europea. (1997). Comunicación de la comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03). *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31997Y1209(01)

Constitución Política del Perú. Art. 60. 30 de diciembre del 1993 (Perú).

Cuba Meneses, E. (2024). *La función social de la Administración pública y la subsidiariedad económica*. Asociación Civil Derecho & Sociedad.

Decreto Legislativo 1044 del 2008. Ley de represión de la competencia desleal. 26 de junio del 2008. Diario Oficial El Peruano. https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/8081E9B9642B0AE305258232005D97A3/$FILE/DL_1044.pdf

Decreto Supremo 030-2002-PCM del 2002. Por medio del cual se aprueba el reglamento de la "Ley marco de modernización de la gestión del Estado" [Presidencia del Consejo de Ministros]. 2 de mayo del 2002. Diario Oficial El Peruano. https://www.bnp.gob.pe/documents/marcolegal/decreto_supremo_030_2002_PCM.pdf

Decreto Supremo 034-2001-PCM de 2001. Por medio del cual se reglamenta el principio de subsidiariedad del Estado. 10 de abril del 2001. Diario Oficial El Peruano. https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/C72B607B5A69060F052578F0007D6A44/$FILE/DS_034-2001-PCM.pdf

Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de mayo del 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior; y por la cual se modifican la Directiva 84/450/CEE, las directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE, y el

Reglamento (CE) 2006/2004 vinculado a la directiva sobre prácticas comerciales desleales. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L, 149, 22-39. https://www.boe.es/doue/2005/149/L00022-00039.pdf

Guzmán Napurí, C. (2020, 16 de marzo). *¿Qué es competencia desleal?* Blog Escuela Posgrado, Universidad Continental. https://blogposgrado.ucontinental.edu.pe/que-es-la-competencia-desleal

Illescas Ortiz, R. (2006). El derecho industrial y el régimen jurídico de la competencia. En G. Jiménez & A. Moreno (Coords.), *Lecciones de derecho mercantil* (11.ª ed., pp. 124-145). Tecnos.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2001). *Informe 037-2001/GEE. Evaluación de las condiciones para el desarrollo de actividad empresarial del Estado: Servicios Postales del Perú* [Gerencia de Estudios Económicos].

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2019). *Lineamientos sobre competencia desleal y publicidad comercial.* https://repositorio.indecopi.gob.pe/backend/api/core/bitstreams/87ac6514-c5c9-46d3-8368-4a136fc6642e/content

Kresalja Rosselló, B. (2005). Lo que a mí no me está permitido hacer tampoco debe permitírsete a ti (Apuntes sobre el acto desleal por violación de normas). *Themis*, 50, 7-31. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8743/9129

Ley 18/2022 del 2022. Ley de creación y crecimiento de empresas. 29 de septiembre del 2022. Boletín Oficial del Estado, 234, 133603-133656 (España). https://www.boe.es/eli/es/l/2022/09/28/18/con

Ley 29/2009 del 2009. Por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. 31 de diciembre del 2009. Boletín Oficial del Estado, 315, 112039-112060 (España). https://www.boe.es/eli/es/l/2009/12/30/29

Ley 3/1991 de 1991. Ley de Competencia Desleal. 11 de enero de 1991. Boletín Oficial del Estado, 10, 959-962 (España). https://www.boe.es/eli/es/l/1991/01/10/3/con

Luyo Castañeda, M., & Bazán Vásquez, V. H. (2017). Esclareciendo la actividad empresarial del Estado: hacia una construcción adecuada de sus actividades no económicas. *Derecho & Sociedad*, 49, 185-202. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/19887

Resolución 051-97-TDC [Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual]. Por la cual se confirma como infundada la denuncia

interpuesta por Transportes Cesaro Hermanos S. A. contra International Inspection Service Ltd. por competencia desleal. 21 de febrero de 1997.

Resolución 265-2025/SDC-Indecopi [Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual]. Por la cual se confirma la sanción contra la Municipalidad Provincial de Ilo por realizar actividad empresarial de comercialización que infringe el artículo 60 de la Constitución. 24 de noviembre del 2025.

Resolución 3134-2010/SC1-Indecopi [Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual]. Por la cual se establecen criterios para determinar cuándo la actividad empresarial del Estado vulnera el principio constitucional de subsidiariedad. 29 de noviembre del 2010.

Tribunal Constitucional del Perú. (2003). Sentencia 008-2003-AI/TC. Pleno Jurisdiccional. Lima, 11 de noviembre del 2003. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html

Tribunal Constitucional del Perú. (2005). Sentencia 0034-2004-AI/TC. Pleno Jurisdiccional. Lima, 15 de febrero del 2005. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00034-2004-AI.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (2007). Sentencia 7339-2006-PA/TC. Sala Segunda. Junín, 13 de abril del 2007. https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/CenDocBib/con5_uibd.nsf/$$ViewTemplate%20for%20Documentos?OpenForm&Db=E1B9F9B7D48AD2D405258911000A1DC6&View=yyy

Tribunal Constitucional del Perú. (2007). Sentencia 8152-2006-PA/TC. Sala Segunda. Junín, 15 de noviembre del 2007. https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/08152-2006-aa

Tribunal Constitucional del Perú. (2017). Sentencia 06057-2014-PA/TC. Pleno Jurisdiccional. Loreto, 22 de febrero del 2017. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2017/06057-2014-AA.pdf

Entrenamiento de IA con obras protegidas: tensiones y propuestas regulatorias*

Ray Meloni García**
Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Perú

Jean-Carlo Costa Gálvez***
Universidad de Lima, Perú

Recibido: 4 de mayo del 2026/ Aceptado: 10 junio del 2026
doi: https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2026.n061.8791

RESUMEN. El propósito del presente artículo es investigar el impacto del entrenamiento de los sistemas de inteligencia artificial (IA), mediante el uso de obras protegidas, en la regulación sobre el derecho de autor. Para tal efecto, realizamos una revisión histórica sobre los principios fundacionales del derecho de autor y la técnica legislativa usada para su regulación a propósito de la aparición del internet. Luego, se efectúa un análisis de los principales debates jurisprudenciales sobre IA y derechos de autor. Por último, concluimos con una reflexión sobre la necesidad, o no, de modificar la regulación actual para proteger a los autores contra la explotación indebida de sus obras en la era de la IA.

PALABRAS CLAVE: inteligencia artificial / propiedad intelectual / derechos de autor / protección / regulación

* Reconocemos y agradecemos la valiosa labor, la constante dedicación y el firme compromiso de nuestra colaboradora, Antonella Sinisi Salas, estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, por sus aportes en la elaboración de este artículo.

** Doctorando por la Universidad de Alicante, España. Magíster en Derecho con mención en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Experto global en propiedad intelectual con más de veinticinco años de ejercicio administrativo y judicial. Socio fundador de la firma MCG Law Firm, empresa dedicada a temas de propiedad intelectual para el desarrollo, el derecho de la competencia y la protección al consumidor. Consultor de organismos internacionales para quienes diseñan estrategias de protección y gestión de derechos de propiedad intelectual para el desarrollo. Docente de pregrado y posgrado de la Universidad de Lima.

*** Posee un MBA de la Universidad de Chile y es abogado por la Universidad de Lima con mención *magna cum laude*. Abogado especializado en propiedad intelectual con más de dieciocho años de experiencia en el diseño de estrategias legales en temas de propiedad intelectual. Es socio fundador de MCG Law Firm Perú, docente universitario en pregrado y posgrado. En el sector público, ha ocupado cargos como comisionado en la Comisión de Derecho de Autor, vicepresidente de la Comisión Transitoria de Signos Distintivos y abogado en la Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Indecopi.

ARTIFICIAL INTELLIGENCE TRAINING ON COPYRIGHT-PROTECTED WORKS: REGULATORY TENSIONS AND POLICY PROPOSALS

ABSTRACT. The purpose of this article is to examine the impact of training artificial intelligence (AI) systems through the use of protected works on copyright regulation. To this end, we conduct a historical review of the foundational principles of copyright law and the legislative techniques employed in its regulation, particularly in response to the emergence of the internet. We then analyze the principal jurisprudential debates concerning AI and copyright. Finally, we conclude with a reflection on whether it is necessary to amend the current regulatory framework in order to protect authors against the improper exploitation of their works in the age of AI.

KEYWORDS: artificial intelligence / intellectual property / copyright / protection / regulation

> Un robot debe obedecer las órdenes que le son dadas por un ser humano, excepto cuando estas órdenes están en oposición con la primera ley.
>
> Isaac Asimov

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, todos observamos —algunos con fascinación, otros con perplejidad y los demás con terror— los avances y el impacto que ha generado la inteligencia artificial (IA) sobre los negocios, la tecnología, la generación de contenido, el entretenimiento, la educación y el quehacer cotidiano. En efecto, la IA ha ocasionado reacciones abiertamente enfrentadas desde hace algún tiempo, pero principalmente inquietudes sobre su rol ético en el progreso tecnológico. En ese escenario, lo que sí está fuera de discusión es que los aportes de la IA abarcan desde avances científicos inéditos hasta un cambio de paradigma en nuestra interacción con la información y la creatividad. Esto último compromete significativamente la generación, uso y protección de los derechos de autor a escala global.

Hoy, más que nunca, recordamos las charlas con el maestro Ricardo Antequera Parilli (comunicación personal, 8 de agosto de 1996), cuando nos intentaba explicar que, en algún momento, la tecnología alcanzaría tal grado de desarrollo que se construirían en el ciberespacio unas superautopistas de la información que permitirían el manejo de la información no de manera unidireccional, sino en ambas direcciones. En ese futuro, podríamos ver o escuchar archivos sin necesidad de descargarlos o tenerlos en formato físico, o podríamos acceder al contenido desde cualquier parte, pausar el contenido y reiniciarlo cuando queramos. Eventualmente, también podríamos generar contenido o modificarlo en tiempo real y, por si fuera poco, nos llegarían sugerencias sobre el contenido que debemos consumir a partir de nuestras preferencias. El maestro, siempre adelantado a su época, hablaba del *streaming*, el desarrollo prolífico del internet y acaso de la IA generativa, no con los mismos términos, pero meridianamente con los mismos conceptos.

A pesar de ello, el maestro Antequera Parilli, para que no se malinterprete, no estaba preocupado por la evolución tecnológica, más bien la celebraba. Lo que a él siempre le preocupó fue la protección de los derechos de los autores. No en vano se le considera el arquitecto de la normativa autoral contemporánea en Latinoamérica. En efecto, Antequera Parilli participó activamente en la formulación de las leyes de derechos de autor en diversos países de la región, cuando no inspiró a la promulgación de estas en los demás países. En el Perú, elaboró el proyecto de ley de derecho de autor en 1995, el cual vería la luz un año más tarde a través del Decreto Legislativo 822 con breves modificaciones. Él mismo comentaría, después de la publicación de dicho decreto, que un "duende" metió la mano y modificó algunos artículos de su proyecto. Obviamente, no comulgaba con las modificaciones. En el

2008, Antequera Parilli realizó un proyecto para la nueva ley peruana de derecho de autor, pero este proyecto nunca vio la luz.

Ahora bien, desde el punto de vista de la protección de los derechos de los autores, el desarrollo de la IA parece despertar la misma intranquilidad que cuando proliferó el internet en la industria del entretenimiento a inicios de los noventa. Hay algo que todos tenemos claro hoy en día como en aquel entonces: el desarrollo del internet o la IA no se detendrán por la existencia de los derechos de autor. En ese orden de ideas, Antequera Parilli[1] (1996), refiriéndose a los supuestos riesgos de la internet, afirmó que

> el reto que hoy más preocupa al mundo autoral está en enfrentar y ofrecer soluciones a los problemas que se generan con el uso combinado de la tecnología digital y las telecomunicaciones. Tanto a los derechos de orden moral, especialmente en cuanto a las "alteraciones digitales" de las obras preexistentes, como a los patrimoniales. Por ejemplo, respecto del ejercicio de tales derechos y la instrumentación de los controles … para la "navegación" de las obras a través de las superautopistas de la información, [que] no se realice en perjuicio del derecho de los autores a autorizar o prohibir la comunicación pública de sus obras por cualquier medio, ni en desmedro de la remuneración a que tienen derecho por esas comunicaciones.

En la actualidad, es oportuno mencionar que ningún autor ni defensor de los derechos de autor pretende frenar el desarrollo de la tecnología o el acceso a la cultura, estos son sofismas trasnochados. Es menester reconocer que la IA ha traído muchos beneficios consigo y esperamos que siga así, pero ello no debe afectar los derechos de los autores. Estamos convencidos de que la flexibilidad de su regulación a través de la redacción de cláusulas abiertas basadas en el principio de neutralidad tecnológica impedirá que eso ocurra.

2. LA FLEXIBILIDAD EN LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE AUTOR Y EL AVANCE DE LA TECNOLOGÍA

El derecho de autor es, en efecto, un producto legal que nace y evoluciona continua y juntamente con la tecnología. A lo largo de los años, la flexibilidad de su regulación nos ha demostrado que, lejos de ser estática o pétrea, presenta una notable adaptabilidad con respecto a la evolución de las formas de producción, reproducción y difusión de productos intelectuales.

---

[1] Las ideas expuestas por Antequera Parili se dieron en 1996 en el curso "El derecho de autor y los derechos conexos en el marco de la propiedad intelectual: el desafío de las nuevas tecnologías. ¿Adaptación o cambio?". Este correspondió a un curso de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos (Quito, Ecuador).

Cada gran avance tecnológico ha sacudido su propio tejido conceptual y normativo, presionando a los legisladores, la doctrina y la jurisprudencia a reexaminar el delicado entrelazado entre la protección de los autores, el servicio al interés público y la facilitación del avance de la tecnología, una y otra vez. Nótese que las industrias de base tecnológica, las nuevas plataformas digitales y los algoritmos de IA buscan simplificar el trabajo de sus usuarios, lo que les facilita el acceso a toda la información posible, pues se automatizan tareas repetitivas y, eventualmente, se crea contenido (texto, audio, video, imágenes o códigos) a partir de patrones aprendidos en grandes volúmenes de datos existentes.

A lo largo de su evolución histórica, el derecho de autor ha demostrado una notable capacidad de adaptación frente a los profundos cambios estructurales en las formas de creación, reproducción y difusión de las obras. Cada innovación tecnológica ha planteado nuevos desafíos para la protección de las obras, desde la invención de la imprenta hasta el desarrollo de tecnologías como la fotografía, el cine, la grabación sonora, la fotocopiadora, las redes de cable y fibra óptica, el *software* y, más recientemente, las plataformas digitales. No obstante, una de las razones fundamentales por las que el sistema de derecho de autor ha logrado mantenerse vigente radica en el uso de una técnica legislativa tecnológicamente neutral. Este enfoque evita supeditar la protección jurídica a un método específico de creación, fijación o explotación de la obra y, con ello, impide el desfase de la protección por la aparición de nuevos métodos con el avance imparable de la tecnología. Así, la normativa autoral suele incluir fórmulas amplias para el reconocimiento y protección de los derechos de autor de modo que la explotación de las obras se extienda a cualquier forma de utilización[2], por cualquier medio o procedimiento[3], ya sea análogo, digital o virtual[4], conocido o incluso desconocido en estos días[5]. A continuación, citamos algunos ejemplos.

---

2 "Comunicación pública: todo acto por el cual una o más personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueden tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, por cualquier medio o procedimiento, análogo o digital, conocido o por conocerse, que sirva para difundir los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes. Todo el proceso necesario y conducente a que la obra sea accesible al público constituye comunicación" (Decreto Legislativo 822, artículo 2, numeral 5).

3 "Distribución: puesta a disposición del público, del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma conocida o por conocerse de transferencia de la propiedad o posesión de dicho original o copia" (Decreto Legislativo 822, artículo 2, numeral 8).

4 "Divulgación: hacer accesible la obra, interpretación o producción al público por primera vez con el consentimiento del autor, el artista o el productor, según el caso, por cualquier medio o procedimiento conocido o por conocerse" (Decreto Legislativo 822, artículo 2, numeral 9).

5 "Obra audiovisual: toda creación intelectual expresada mediante una serie de imágenes asociadas que den sensación de movimiento, con o sin sonorización incorporada, Debe ser susceptible de ser proyectada o exhibida a través de aparatos idóneos, o por cualquier otro medio de comunicación de la imagen y del sonido. Ello, independientemente de las características del soporte material que la contiene, sea en películas de celuloide, en videogramas, en representaciones digitales o en cualquier otro objeto o mecanismo, conocido o por conocerse. La obra audiovisual comprende a las cinematográficas y a las obtenidas por un procedimiento análogo a la cinematografía" (Decreto Legislativo 822, artículo 2, numeral 19).

En la normativa peruana, el "Título preliminar" del Decreto Legislativo 822 menciona la comunicación pública en el numeral 5 del artículo 2. Indica que esta podría darse a través del cine, el teatro, la radio, etcétera. Lo interesante de este artículo es que el autor es el único que puede autorizar (o, en su defecto, prohibir) la realización de actos para que las personas, independientemente de dónde estén, puedan acceder a la obra.

Por otro lado, en el numeral 5 del artículo 8 se habla del derecho de distribución que tiene el autor para que su obra (ya reproducida) pueda llegar al público mediante alguna forma de transmisión. Con frecuencia, este derecho se ejerce en los vinilos musicales (pese a que su uso cotidiano dista de nuestra época). Un ejemplo claro es el de la banda surcoreana BTS que, en su álbum *Arirang*, ocultó de las plataformas digitales la canción "Come Over" para que esta solamente pudiera ser escuchada por aquellos que compraran el vinilo oficial.

De igual manera, el numeral 5 del artículo 9 menciona el derecho de divulgación, el cual refiere que dar a conocer una obra al público por primera vez requiere del consentimiento de la esfera del autor. Un ejemplo sería la presentación, en noviembre del 2025 en Minneapolis (Minnesota), de la canción (no lanzada) *Internet Girl* de la banda Katseye durante el Beautiful Chaos Tour. El público escuchó por primera vez lo que en meses siguientes se convirtió en un *hit* de redes sociales.

Finalmente, destaca que en el numeral 5 del artículo 19 se hable de la obra audiovisual, probablemente de las creaciones intelectuales que más han progresado con el pasar de los últimos años. Se trata de imágenes asociadas a una sensación de movimiento, las cuales pueden ser proyectadas, exhibidas o comunicadas en diversos métodos. Podemos tomar como ejemplo la película *Flow* (2024), ganadora del Óscar, la que ya se encuentra en algunas plataformas digitales.

Ahora bien, los primeros métodos de producción industrial de obras literarias nos devuelven a la invención de la imprenta en el siglo xv. El amanecer de la impresión de textos, en el que por primera vez su circulación podía producirse en masa, generó que se establecieran nuevos patrones de difusión cultural y de conocimiento. Este cambio estructural alteró los principios artesanales de copia y creó una reproducción mecánica, lo que generó profundas disputas entre impresores, editores y escritores. En aquel entonces, las casas de impresión cobraron un rol destacado y adquirieron muchos privilegios en detrimento de los derechos de los creadores. En efecto, el control sobre los libros no lo tenían los autores, sino los impresores y editores, pero esto cambiaría.

Originalmente, el primer precedente contemporáneo del derecho de autor fue The Statute of Anne del 10 de abril de 1710, el cual transformó el derecho de libertad de impresión en el derecho de autor: es decir, en aquel derecho exclusivo del creador sobre su texto para la publicación. Este estatuto estableció la base de un sistema que consideraba

la protección del autor no solo como una herramienta de subyugación económica, sino también como un incentivo para la creación y transmisión de conocimiento para beneficiar a la sociedad en su conjunto. Desde los siglos XVIII-XIX, el derecho de autor creció en un sistema que había desarrollado tanto los intereses patrimoniales del autor como la relación con la obra original para evitar, a través de este sistema, la separación tradicional entre los derechos patrimoniales de propiedad personal y los derechos morales. La obra pasó a ser, entonces, una expresión de la personalidad del autor, y no solo una fuente de ingresos.

El proceso de internacionalización del derecho de autor llegó a un punto culminante con la adopción del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual [OMPI], 1886). Este estableció principios y conceptos fundamentales que sentarían las bases para el proceso de derecho de autor actual y dotaron al lenguaje del derecho de autor de una vocación universal. Este proceso siguió desarrollándose mediante el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (OMPI, 1996). Este compendio les diseñó a los artistas intérpretes (músicos, cantantes y actores) un nuevo camino para elegir sobre sus creaciones. De esta manera, se empezó a hablar de los derechos exclusivos que hoy son inalienables a estas obras (reproducción, distribución, derechos morales, etcétera), sobre todo en el caso de las interpretaciones sonoras. Sin embargo, el derecho de autor, desde el principio, ha estado sujeto a los continuos cambios de tecnologías que han puesto una tremenda presión sobre su estatus normativo.

El auge de la tecnología en línea e internet, seguramente, se presentó como uno de los mayores dolores de cabeza para el sistema de derecho de autor. El poder de reproducir, alterar y entregar obras en tiempo real —a través de las fronteras y a casi ningún costo marginal— puso a prueba los modos existentes de control y abuso económico. En respuesta, se desarrollaron políticas establecidas, jurisprudencia y modelos de contrato, además de controversias sobre conceptos como el *fair use*, excepciones y limitaciones, licencias Creative Commons, *copyleft* y sistemas de gestión colectiva en espacios digitales.

El derecho de autor se vio obligado a reevaluar sus mecanismos clásicos para responder al nuevo mundo del contenido como parte de los bienes comunes digitales. En este contexto de transformación permanente, la IA se presenta como uno de varios puntos de inflexión cruciales en la historia del derecho de autor. A diferencia de las tecnologías pasadas, los sistemas de IA —incluidos los modelos de aprendizaje automático y la IA generativa— no se limitan a producir y entregar obras preexistentes. En cambio, se entrenan mediante un extenso procesamiento de datos y contenido, gran parte del cual está protegido por derechos de autor.

Este es un proceso a través del cual se reproducen, analizan y procesan grandes cantidades de obras para determinar patrones, arquitecturas, estilos y relaciones. Un

proceso que permite a los sistemas producir nuevos trabajos o productos, más cercanos —en contexto y forma— a los estilos humanos. En el futuro, este proceso se habrá perfeccionado al punto en que, como lo mencionan Quispe y García (2024), "las obras producidas por inteligencia artificial se volverán cada vez más sofisticadas, difuminando la línea entre las creaciones humanas y las sintéticas. Este caso avivará el debate sobre la preferencia entre el arte humano y el generado por IA" (párr. 13).

El entrenamiento de modelos de IA plantea desafíos de una complejidad legal mucho mayor que los planteados anteriormente. Entre ellos, uno podría preguntarse si el uso de obras protegidas para entrenar sistemas de IA es un acto de reproducción apropiado en el sentido de reproducción desde el punto de vista de la autoría, si tal uso requiere autorización por parte de los titulares de derechos para hacerlo o si es elegible para ciertas excepciones y limitaciones concebidas por una regulación sobre derechos de autor que fue originalmente concebida en contextos tecnológicos claramente diferentes.

Al respecto, Pascua (2023) narra que en Francia, en septiembre del 2023, un grupo de diputados del Parlamento presentaron la propuesta de Ley 1630, la que buscaba regular la IA a través de los derechos de autor. Pascua comenta que el documento en cuestión perseguía la incorporación de una autorización previa por parte de los autores de los derechos; además de proponer la obligatoriedad de agregar el texto "obra generada por IA" para aquellas generadas con un sistema de IA.

Con lo anterior, se generan preguntas sobre la legalidad del contenido creado por IA. Si el contenido así generado es legalmente de propiedad de alguien, ¿qué derechos de propiedad puede tener dicho contenido?, ¿quién es el responsable en caso se infrinjan derechos de autor de terceros en su concepción? e, incluso, ¿cómo podría afectar la protección moral de las obras de un autor en el entrenamiento? Como se ve, los problemas que enfrentamos tienen consecuencias legales, económicas, culturales y morales. Sin embargo, si la protección es demasiado estricta, podría inhibir la innovación tecnológica y la competitividad del mercado; y, si no es lo suficientemente estricta, podría reducir o eliminar los incentivos para desarrollar nuevas obras, disminuir los derechos de los autores y afectar negativamente la salud de las industrias culturales.

Para comprender mejor las repercusiones del uso de la IA en el día a día, el autor Fredi Vivas introduce diez principios rectores de la IA, entre ellos, el de calidad, el cual indica que "todo aquel contenido generado artificialmente de forma sintética debe alimentarse de contenido creado por los seres humanos. De lo contrario, su calidad irá erosionándose progresivamente" (Fredi Vivas, tal como se cita en Sueiro, 2025, p. 101). Una IA que nutra a una base informática requiere de contenido excepcional que haya sido desarrollado por la mente humana. Una vez más, de acuerdo con Vivas, la ausencia de una mano humana en la generación de contenido estaría contradiciendo el principio de

responsabilidad humana, el que reconoce a los humanos —de momento— como entes con responsabilidad jurídica en estos casos o, en su defecto, a las personas jurídicas de existencia real. Nos invita a "interrogarnos si los sistemas informáticos asistidos por inteligencia artificial pueden ser sujetos de derechos de autor" (Sueiro, 2025, p. 101).

La tensión entre la innovación tecnológica y la protección de la creatividad humana está nuevamente en el centro de la discusión sobre la autoría actual. En este contexto, la ley de derechos de autor debe reconsiderar sus conceptos básicos y evaluar si las leyes existentes son lo suficientemente robustas para abordar los problemas generados por la IA o si queremos optar por nuevas soluciones regulatorias, contractuales o incluso tecnológicas. Por lo tanto, analizar cómo podría ser el entrenamiento de la IA desde el punto de vista de la ley de derechos de autor requerirá darle una vuelta de tuerca a los conceptos clásicos de originalidad, autoría, reproducción y *fair use* cuando se aplican a una tecnología que está desafiando los límites existentes de la creación humana y el procesamiento automatizado.

Con respecto a este tema, en nuestro país, la Sala de Propiedad Intelectual del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) estableció un precedente de observancia obligatorio sobre el concepto de originalidad en cuestiones de derechos de autor a través de la Resolución 286-1998/TPI-INDECOPI, la cual ayudó significativamente a definir la protección de los derechos de autor. En este sentido, el precedente estableció una concepción de originalidad basada en estándares internacionales de originalidad que se centraron en el sello personal del autor y las elecciones del Creative Commons.

En el fallo, Indecopi sostuvo que la originalidad no debe interpretarse como novedad, mérito artístico, valor estético o esfuerzo creativo sustancial, sino como la emergencia de una obra intelectual propia, manifestada a través del sello personal del autor, incluso si la impronta es pequeña. El criterio aleja el análisis de los subjetivos o evaluativos hacia la identificación de elecciones creativas libres que permiten que la obra se distinga de todas las demás como una expresión individual, aparte de las mecánicas automáticas o establecidas.

De la misma manera, el precedente establece que las expresiones, cuyo modo es necesariamente impuesto por factores técnicos, funcionales o normativos, carecen de originalidad siempre que no se abra un espacio significativo para la selección creativa libre. La originalidad es, por lo tanto, un estándar legal flexible que debe evaluarse según su naturaleza y circunstancias particulares, siempre manteniendo la regla de una intervención creativa humana identificable (de la cual hay una distinción particular).

En el periodo actual de uso intensivo de sistemas de IA que pueden analizar grandes volúmenes de textos protegidos por derechos de autor y producir nuevas expresiones

a partir del aprendizaje automatizado, la aplicación de tal estándar como precedente vinculante se vuelve particularmente crítica. Este enfoque, en la propia obra de arte del autor como precedente, plantea una serie de problemas importantes para la instrucción de tales modelos de IA con obras protegidas. Para empezar, la cuestión de si las concepciones clásicas de reproducción, creación y originalidad se aplican a una nueva tecnología o a aquellas que funcionan sin intervención humana.

Por estas razones, el precedente de Indecopi también marca un paso interpretativo importante en la solidificación de la noción de originalidad en la ley de derechos de autor peruana. Actúa como un punto de referencia crucial en el análisis legal de los problemas que el entrenamiento de IA plantea al sistema de autoría moderno y, en particular, con respecto al equilibrio entre la protección de la creatividad humana y el avance del desarrollo tecnológico.

Conforme hemos referido previamente, la utilización de sistemas de IA para generar contenido, procesar información o crear producciones artísticas ha reanudado el debate sobre la necesidad de reformar las legislaciones de derecho de autor. A nuestro criterio, con base en la jurisprudencia comparada, sostenemos que el marco jurídico existente ya ofrece herramientas suficientes para abordar esta situación o, en todo caso, para encontrar una solución. Para ello, es medular comprender que la IA, en muchos casos, es utilizada como una herramienta para la generación de contenido o como un instrumento dentro del proceso creativo humano. A lo largo de la historia, los autores han utilizado instrumentos tecnológicos para materializar o perfeccionar sus obras. La IA puede ser entendida como una evolución de estas herramientas.

Por ejemplo, si Plinio, actuando como autor, utiliza IA como instrumento de creación, dirige el proceso creativo, modifica el contenido generado y toma la decisión final sobre la obra, el producto final seguirá siendo atribuible a Plinio. En este punto, la obra puede ser protegida por el derecho de autor bajo las reglas existentes sin necesidad de introducir modificaciones. Al respecto, Jalicot (2025) comenta lo siguiente:

> Rappelons toutefois que le contenu généré par l'IA peut faire l'objet d'une recherche préalable spécifique par l'utilisateur. Selon le prompt rédigé, l'IA peut être utilisée comme un outil par un artiste ou un chercheur, à la manière de Photoshop ou de Word. Elle peut donc parfaitement conduire à la création d'œuvres de l'esprit originales. Résultat : on ne peut donc pas exclure toute protection d'une œuvre générée par l'IA si l'on arrive à percevoir un effort créatif de la part de l'auteur [Recordemos, no obstante, que el contenido generado por la IA puede ser objeto de una búsqueda previa específica por el utilizador. Según el *prompt* redactado, la IA puede ser usada como una herramienta por un artista o un investigador, de la manera de Photoshop o de Word. Ella no puede, entonces, perfectamente conducir a la creación de obras originales de mente. Resultado: no podemos excluir toda protección de una obra generada por la IA si llegamos a percibir un esfuerzo creativo de la parte del autor]. (párr. 13)

Ahora bien, el desafío actual no está en la asignación de autoría a las obras generadas con ayuda de IA, sino en la fase de entrenamiento de los modelos. Los sistemas de IA necesitan grandes volúmenes de datos para aprender patrones, estilos y estructuras. En rigor, esto implica recopilar, copiar, almacenar y procesar millones de obras preexistentes, muchas de las cuales se encuentran protegidas por derechos de autor.

En la práctica, los entrenamientos de modelos de IA afectan varios derechos morales y patrimoniales de los autores, para lo cual requieren de autorización y eventualmente el pago de remuneraciones. A continuación, analizaremos la jurisprudencia comparada relevante que evalúa y se pronuncia sobre el uso de obras protegidas por el derecho de autor en el entrenamiento de IA.

3. JURISPRUDENCIA SOBRE EL ENTRENAMIENTO DE IA CON OBRAS PROTEGIDAS POR EL DERECHO DE AUTOR

El desarrollo exponencial de la IA en los últimos años ha desafiado los marcos convencionales de derechos de autor. Los modelos de IA generativa, como los *chatbots* y generadores de imágenes, necesitan muchos datos para entrenarse y gran parte de estos provienen de obras protegidas por derechos de autor.

Esto ha cobrado especial relevancia en áreas en las que los derechos de autor están estrechamente vinculados a ciertos tipos de contenido, como gráficos interactivos, audio, materiales visuales y edición en tiempo real. Como resultado, ha surgido un número creciente de conflictos legales en diferentes partes del mundo bajo los cuales autores, editores, artistas y otros generadores de contenido dicen que las empresas tecnológicas, a través del uso indiscriminado de la IA, están afectando indebidamente sus derechos. En estos conflictos, las supuestas violaciones de derechos de autor parecen graves, pero aún más graves son las acusaciones sobre el entrenamiento impune de la IA a través de las obras protegidas por el derecho de autor.

Al mismo tiempo, la discusión se exacerba, pues algunas voces consideran que los límites legales sobre dicho uso están en construcción y, en todo caso, hoy son inocuos, ya que la IA y la automatización toman protagonismo y no deberían ser perturbadas en nuestra propia economía digital. A continuación, examinaremos algunas de las disputas legales más importantes que tienen lugar en el escenario internacionalen la actualidad.

3.1. Getty Images versus Stability AI

Con respecto a las controversias derivadas de los derechos de autor frente a la IA, es muy relevante considerar las dos demandas dirigidas contra Stability AI en el Reino Unido. Estas son Getty Images vs. Stability AI; y Sarah Andersen, Kelly McKernan y Karla Ortiz vs. Stability AI.

En primer lugar, el caso de Getty Images vs. Stability AI fue iniciado en el 2023 por la empresa Getty Images, una de las mayores agencias del mundo que vende fotografías y videos con licencia. Por su parte, Stability IA es una empresa creadora del modelo de IA Stable Diffusion, que genera imágenes a partir del texto que un usuario redacta. A lo largo de más de treinta años, Getty Images ha creado un gran banco de imágenes construido a partir de sus propias fotografías y de obras legalmente obtenidas de terceros. Este contenido tiene un alto valor comercial gracias a la calidad de sus imágenes, la información de metadatos incrustada y los marcadores de propiedad como las marcas de agua Gettyimages e iStock.

Ahora bien, Getty Images demandó a Stability AI ante la Corte del Reino Unido, pues, presuntamente, la referida empresa habría copiado alrededor de doce millones de imágenes protegidas por derechos de autor para entrenar a su programa de generación de imágenes Stable Diffusion. Estas fotos, dijo Getty Images, fueron recolectadas a través de *web scraping*, una técnica mediante la cual el contenido alojado en un sitio web se extrae automáticamente para su almacenamiento y posterior reutilización.

Desde el punto de vista de Getty Images, esta acción permitió a Stability AI apropiarse de contenido protegido (obras) sin la autorización correspondiente ni pago por los derechos de uso o reproducción necesarios bajo la regulación de derechos de autor. Además, Getty Images afirmó que muchas de las imágenes utilizadas contenían las marcas de agua Getty Images e iStock que no solo demostrarían la reproducción no autorizada, sino también la confusión sobre la fuente del contenido. Ello afectaría el derecho de exclusividad y la explotación económica de estas marcas en la industria. El 4 de noviembre del 2025, la Corte emitió un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia. La decisión marcó una etapa significativa en el debate sobre el uso de obras protegidas por derechos de autor para entrenar sistemas de IA generativa en el Reino Unido.

En rigor, la jueza Joanna Smith desestimó la mayoría de las reclamaciones de derechos de autor presentadas por Getty Images, lo que redujo la investigación a dos preguntas relevantes: si los sellos de agua producidas por Stable Diffusion en la difusión de su contenido infringían algunas de las marcas registradas de Getty Images, o si el modelo era exclusivamente una copia "infringida" de las obras, que son objeto de protección de derechos de autor en Gran Bretaña.

La Corte dictaminó que la infracción por derechos de autor no era una preocupación, ya que no se demostró que el entrenamiento se hubiera realizado en el Reino Unido, acción necesaria para que se aplicase la *Copyright, Designs and Patents Act* (CDPA) de 1988, ley británica que regula el reconocimiento, uso e infracciones de los diseños, los derechos de autor y las patentes. Luego, explicó que los parámetros proporcionados por el modelo de IA, que se han utilizado como entrada para el algoritmo, constituyen representaciones

matemáticas y no imágenes duplicadas. En este aspecto, la Corte sostuvo que la IA no había guardado ni reproducido las estructuras de derechos de autor y que los medios para la operación del sistema no constituyen una infracción a la ley de derechos de autor bajo el artículo 27.3 de la CDPA.

Al respecto, según narra la nota de Goossens y Shandler (2025), la Corte distinguió lo que eran servicios alojados de los modelos descargables. Esto era crucial para la evaluación de una posible infracción secundaria. Sobre dicho punto, se concluyó que el acceso a un servicio alojado fuera del Reino Unido, al cual se ingresa de manera remota, no implica importación ni posesión en dicho país. Por otra parte, las descargas locales del modelo sí representarían una importación (en el escenario que la responsabilidad por infracción secundaria si el archivo descargado en sí fuera una copia infractora).

En cuanto a las marcas registradas, la Corte solo admitió la infracción en un sentido extenso. Así, estableció que el uso no autorizado de las marcas de agua iStock borrosas era una infracción, aunque no se comprobó daño a la reputación o una ventaja indebida. Reiteró que un modelo entrenado no replica el conjunto de datos empleado, sino que es un resultado del procesamiento estadístico y el atributo territorial de los derechos de autor es destacado.

En ese sentido, el fallo también subraya un importante problema jurisdiccional: Getty Images tuvo que retirar algunas de sus reclamaciones clave, incluida la infracción primaria de derechos de autor, ya que no pudo demostrar que el modelo fue entrenado con datos del Reino Unido, requisito indispensable para que la ley de derechos de autor británica sea aplicable al caso. Eso sugiere que aplicar regulaciones nacionales a la IA desarrollada por servidores en múltiples jurisdicciones será un desafío, dado el alcance mundial de los sistemas de entrenamiento de IA.

En general, el resultado de Getty Images contra Stability AI no definió un principio general de que entrenar IA con obras protegidas sea una infracción de derechos de autor, pero estableció la diferencia entre el aprendizaje automático y la copia de obras protegidas.

3.2. OpenAI versus New York Times

La demanda, presentada en diciembre del 2023 en un Tribunal Federal en Manhattan (Estados Unidos), aparece como uno de los procesos más públicos e importantes respecto al uso de obras protegidas por derechos de autor en el entrenamiento de modelos de IA (Reed, 2024). El *New York Times*, considerado durante mucho tiempo como uno de los periódicos más antiguos y respetados del mundo, expresó que OpenAI y Microsoft habían copiado millones de sus artículos periodísticos sin permiso y que los habían utilizado para entrenar modelos de IA que impulsan herramientas como ChatGPT y Bing Copilot (Reed, 2024). Ese uso no autorizado, según la demanda, incluía desde noticias y artículos

hasta columnas de opinión, análisis e investigaciones periodísticas, todo lo cual forma parte del preciado legado informativo del periódico.

El *New York Times* mencionó que durante meses intentó negociar un acuerdo comercial con OpenAI y Microsoft para limitar el uso de sus materiales y establecer modelos de compensación o colaboración antes de presentar la demanda. Sin embargo, las conversaciones no dieron fruto, lo que llevó al periódico a tomar la vía judicial. El periódico señaló que los modelos de IA aprendieron de los artículos del *New York Times* utilizando datos que recuperaron de la web sin pagar, los cuales se emplearon para entrenar u obtener licencias para los modelos y que tal uso es una violación directa de sus derechos de autor (Reed, 2024). Asimismo, el *New York Times* indicó que el uso no autorizado de su contenido resultó en un posible daño por el valor de miles de millones de dólares y solicitó a las agencias que acepten la responsabilidad por el daño legal y real resultante de la copia y uso no autorizado de su trabajo. Asimismo, también pidió a las empresas que eliminen y destruyan cualquier modelo o conjunto de entrenamiento de información que contenga contenido infractor.

OpenAI respondió que sí tiene en cuenta los derechos de la fuente y ha apoyado a los editores en la formulación de modelos de negocio que son beneficiosos para ambas partes. Adicionalmente, OpenAI y Microsoft argumentaron que entrenar modelos con contenido disponible públicamente en internet podría estar protegido por la doctrina de *fair use*, un concepto en la ley de derechos de autor de Estados Unidos que permite ciertos usos de obras protegidas sin permiso siempre que el uso sea transformador y no fundamentalmente destructivo para el titular de los derechos. Además, OpenAI argumentó que algunas de las reproducciones que encontró en los resultados de las copias producidas por esos sistemas, similares a las del *New York Times*, fueron obtenidas a través del uso indebido o manipulación por terceros de lo que percibe como violación de *prompts*, en lugar de ser una operación ordinaria o intencionada de sus sistemas.

A principios del 2025, el juez de este caso negó parcialmente a OpenAI y Microsoft las solicitudes de desestimación, lo que permitió que varias de las acciones principales de derechos de autor avanzaran. Ello incluyó una de las acusaciones bajo la ley de derechos de autor relacionada con la copia no autorizada para entrenamiento y la reproducción de texto de secciones de artículos.

Con relación a la controversia, el instructor clínico de la Facultad de Derecho de Harvard, Mason Kortz, en entrevista para el portal web Harvard Law Today, explicó lo siguiente:

> With fair use, you say, yes, there was infringement, but we're not liable for it. Fair use is a statutory defense within the Copyright Act. There are some examples given of things that are typically fair use, including education, parody, satire, and criticism, but that's not an exhaustive list. The way fair use is determined is through a four-factor test. The first factor is the character of the use, whether the allegedly infringing work is transformative or is merely duplicative of the

> original work. The second factor is the character of the original work. Works that are highly creative, that can contain a lot of expression, it's harder to claim fair use. The third factor is the amount used. Did the alleged infringer use the entire protected work or only a small segment of it? And the fourth factor is what impact the allegedly infringing use has on the market for the original. Is this going to displace the market for the original, or is this entering a new market that the original copyright owner is not able to enter? [Con el *fair use*, tú dices, sí, hubo una infracción, pero no somos responsables por ello. *Fair use* es una defensa legal sobre el *Copyright Act*. Hay algunos ejemplos sobre cosas que típicamente son *fair use*, incluyendo educación, parodia, sátira y crítica, pero eso no es una lista exhaustiva. Se requiere un t*est* de cuatro factores para determinar el uso del *fair use*. El primer elemento es el carácter de uso, si la obra presuntamente infractora es transformadora o un mero duplicado de la original. El segundo factor es el carácter original de la obra. Trabajos altamente creativos que pueden contener mucha expresión, allí es difícil utilizar el *fair use*. El tercer factor es la cantidad usada, ¿utilizó el presunto infractor toda la obra protegida o solo un pequeño segmento de ella? Y, el cuarto factor es qué impacto tiene el uso presuntamente infractor en el mercado de la obra original. ¿Va esto a desplazar del mercado la obra original, o está ingresando en un nuevo mercado en el que el titular de original no puede entrar?]. (Reed, 2024, párr. 25)

Este caso ha sido considerado como uno de los varios juicios que busca probar si los principios de *fair use* se aplican contra la práctica de entrenar IA en obras protegidas a raíz de demandas similares de autores individuales y otros medios. La resolución del caso podría tener importantes repercusiones para la industria de los medios y el futuro desarrollo de la IA, ya que decidirá sobre esta y, eventualmente, en qué condiciones los modelos de IA pueden usar contenido protegido por derechos de autor sin consentimiento explícito. A la fecha, el proceso sigue en curso.

3.3. GEMA versus OpenAI

La sociedad de gestión colectiva de derechos de autor alemana Gesellschaft für musikalische Aufführungs und mechanische Vervielfältigungsrechte (GEMA) interpuso una demanda contra OpenAI, la cual fue resuelta por el Tribunal Regional de Múnich I en noviembre del 2025 (Hembt, 2025). El caso fue una de las primeras decisiones europeas sobre el uso de obras protegidas como materiales de entrenamiento para sistemas de IA.

GEMA representa a más de 100 000 compositores, letristas y editoras musicales, y su demanda contra OpenAI se basa en que el modelo de IA fue entrenado con letras de canciones protegidas por derechos de autor sin obtener licencias ni compensar a los titulares de los derechos (Hembt, 2025). En particular, el caso se centró en que las letras de al menos nueve canciones alemanas podrían haber sido incorporadas en los datos de entrenamiento del modelo ChatGPT, de modo que pudiera reproducir partes significativas

de esas canciones cuando los usuarios hicieran solicitudes básicas.

La demanda de GEMA afirmaba que ni el entrenamiento de la IA ni la reproducción de texto de ChatGPT en las respuestas del *chatbot* fueron compensados o autorizados por los titulares de los derechos. La organización explicó que usar o "memorizar" tales textos, incrustados en el modelo, formaba una especie de reproducción del material, que goza de protección de derechos de autor, dado que el sistema no solo aprende de los datos, sino que, incluso, puede reproducir porciones reconocibles de obras completas.

En relación con ello, Hembt (2025) explica qué fue lo que GEMA argumentó:

> The court accepted GEMA's argument that training data can become embedded in model weights and remain retrievable – a phenomenon referred by GEMA as memorisation. Observing that the works were reproducible through very simple prompts such as "How is the text of [song title]" and "What is the refrain of [song title]", the court considered the statutory notion of fixation under EU law to be satisfied. *In doing so it rejected OpenAI's argument that it was necessary for GEMA to identify specifically, definable data in the model* [énfasis añadido]. By drawing an analogy with the lossy compression method used to encode MP3 files, the court concluded it was sufficient that a model could generate statistically probable token sequences that recognisably reproduce the song lyrics on the basis of the statistical information derived during training.
>
> Based on these findings, the court held that the presence of the lyrics in the model parameters amounted to fixation, and that their reproduction in ChatGPT outputs represented additional acts of reproduction and communication to the public. Referring to Sections 15, 16 and 19a UrhG and Articles 2 and 3 of Directive 2001/29/EC (the "InfoSoc Directive"), the court found that the memorisation of lyrics in the models "4" and "4o" of ChatGPT constituted unauthorised reproduction and communication to the public [El tribunal aceptó el argumento de GEMA de que los datos de entrenamiento pueden integrarse en los pesos del modelo y permanecer recuperables, un fenómeno que GEMA denomina "memorización". Al observar que las obras eran reproducibles mediante indicaciones muy sencillas como "¿Cómo es el texto de [título de la canción]?" y "¿Cuál es el estribillo de (título de la canción)?", el tribunal consideró que se cumplía el requisito legal de fijación según el derecho de la UE. *Al hacerlo, rechazó el argumento de OpenAI de que era necesario que GEMA identificara datos específicos y definibles en el modelo* (énfasis añadido). Mediante una analogía con el método de compresión con pérdida utilizado para codificar archivos MP3, el tribunal concluyó que era suficiente que un modelo pudiera generar secuencias de tokens estadísticamente probables que reprodujeran de forma reconocible la letra de la canción a partir de la información estadística obtenida durante el entrenamiento.
>
> Basándose en estos hallazgos, el tribunal dictaminó que la presencia de las letras en los parámetros del modelo equivalía a una fijación, y que su reproducción en los resultados de ChatGPT representaba actos adicionales de reproducción y comunicación al público]. (párrs. 7-8)

Por lo tanto, el 11 de noviembre del 2025, el Tribunal Regional de Múnich I falló a favor de GEMA y determinó que el acto de memorización de letras dentro de los parámetros del modelo, así como la posterior reproducción de textos similares en las respuestas del sistema, son actos de reproducción relevantes desde el punto de vista de los derechos de autor, pues violan los derechos exclusivos de explotación pertenecientes a los titulares. Luego, el fallo determinó que las excepciones de minería de texto y datos no se aplican en este caso, ya que el procesamiento y reproducción a largo plazo de las respectivas obras no se limita a la creación de un conjunto de datos para entrenamiento. El Tribunal exigió que OpenAI deje de usar las letras protegidas, proporcione información sobre su uso y almacenamiento de datos protegidos, y compense a GEMA por los daños incurridos por las infracciones de derechos de autor. Los jueces enfatizaron en su decisión que el hecho de que las letras se repliquen "de memoria" en los modelos indica una reproducción permanente de la música y no es elegible para una excepción de derechos de autor. OpenAI admitió que sus modelos aprendieron de datos disponibles públicamente, pero afirmó que ninguno de sus datos de entrenamiento fue almacenado o copiado y que sus modelos simplemente representan patrones aprendidos presentes en datos de entrenamiento extensivos.

De manera similar, con respecto a esta cuestión, también se argumentó que, dado que los resultados del *chatbot* se basan en solicitudes de los propios lectores (los *prompts*), se sigue que cualquier reproducción sobre este tema en particular debería recaer en manos de la persona que plantea la pregunta. Estos argumentos fueron rechazados por el Tribunal, que encontró que la tecnología es capaz de recrear información sustancialmente protegida sin una licencia.

El presente caso se considera un desarrollo legal importante y una de las primeras decisiones dictadas en Europa que declara que los sistemas de IA podrían infringir derechos de autor simplemente al ser entrenados y reproducir contenido protegido sin permiso. Estarán obligados a obtener licencias en el futuro para entrenar sus propias herramientas similares a máquinas en material protegido, especialmente para fines comerciales cuando este material es esencial para el producto de un autor.

3.4. Disney-Universal versus Midjourney AI

A mediados del 2025, un artículo del conocido diario *Le Monde* (2025) narró la disputa de dos gigantes de la animación que se unieron para demandar a la empresa de IA Midjourney por el uso de materiales de *Star Wars, Frozen* y *Mi villano favorito* para generar "copias" a partir de los personajes presentes en los filmes. Entre los medios probatorios ofrecidos ante el Tribunal Federal de Los Ángeles, los periodistas de la BBC Espiner y Jamali (2025) destacaron que se incluyeron reproducciones de creaciones que le pertenecían a ambos estudios: Spiderman, Yoda, Hulk, Elsa, los Minions, entre otros. Tanto Disney como Universal expresaron, adicionalmente, que hubo un incremento remarcable en el

patrimonio de Midjourney de cerca de trescientos millones de dólares en el 2024 (dos años luego de su creación).

¿La denunciada, una empresa que se refiere a sí misma como "un laboratorio de investigación independiente" (como se cita en Espiner & Jamali, 2025, párr. 16), puede investigar libremente a costa de usar material sin reconocer derechos a nadie? Años de trabajo de diseñadores, desarrolladores y artistas que, en honor al *fair use*, podría no llegar a ser reconocido ni retribuido debidamente. Las corporaciones denunciantes exigieron a las autoridades que Midjourney deje de utilizar sus contenidos, devuelva los ingresos que generó a raíz de estos y que pague una indemnización por daños y perjuicios de US$ 150 000 por obra. Pese a que miembros del equipo legal de Disney consideran que la IA puede llegar a ser una herramienta que, desde una perspectiva optimista, permita a la creatividad humana profundizarse, la "piratería es piratería, y el hecho de que sea una compañía de IA no la vuelve menos infractora" (como se cita en Espiner & Jamali, 2025, párr. 7).

Este caso, pese a no haber culminado a la fecha, implica un punto crucial para la justicia americana, sobre todo en lo que refiere a la protección de elementos que pertenecen claramente a autores específicos. ¿Hubo plagio si fue la IA quien "creó" personajes con base en "referencias" pasadas? ¿Podemos, propiamente, hablar de "creación" y no de "generación de imágenes" de la IA si las copias de arte ya protegido son evidentes?

4. CONCLUSIONES

A nadie le queda la menor duda de que la IA ha cambiado el paradigma en nuestra interacción con la información y la creatividad, lo que compromete significativamente la generación, uso, protección y monetización de los derechos de autor a escala global. Por lo menos, hasta estos días, para ser reconocido como autor, necesitamos a una persona humana, pues generar una obra requiere de voluntad creativa y de intención creativa. La IA, en cambio, funciona mediante algoritmos y datos preexistentes sin conciencia ni intención propia. El surgimiento y desarrollo de la IA no necesariamente exige una transformación radical de las normas que regulan el derecho de autor. La técnica legislativa adoptada por instrumentos legales como la Decisión Andina 351 y el Decreto Legislativo 822, sobre la base de la neutralidad tecnológica, permite desarrollar nuevas herramientas de protección dentro del marco jurídico existente.

Las creaciones íntegramente generadas por IA no son consideradas obras y, por ende, no se protegen por el derecho de autor. Sin embargo, las obras concebidas que utilizan a la IA como herramienta son protegibles por el derecho de autor. En ese escenario, el desafío central no radica en la protección de las obras creadas con ayuda de la IA como herramienta, ello es posible y legalmente protegible. El tema medular es si resulta necesario regular el uso de obras protegidas durante el entrenamiento de estos sistemas. En este ámbito, el respeto a los derechos de reproducción y transformación, así como a los

derechos morales de los autores, constituye el eje fundamental para construir un equilibrio sostenible entre innovación tecnológica y protección de la creatividad humana, sin generar que una de las partes se vea afectada por favorecer a la otra.

En aras de seguir incentivando la innovación tecnológica, nos parece equitativo desarrollar un modelo de licencias, remuneraciones o gestión colectiva para los sistemas de entrenamiento de la IA que garantice una remuneración justa para los autores cuyas obras alimentan estos sistemas. En rigor, los sistemas de IA pueden seguir entrenando a través de obras protegidas por el derecho de autor, pero deben pagar por ello o generar una distribución de los beneficios del uso de la IA.

REFERENCIAS

Antiquiri Parilli, R. (1996). *El derecho de autor y los derechos conexos en el marco de la propiedad intelectual. El desafío de las nuevas tecnologías. ¿Adaptación o cambio?* Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

Copyright, Designs and Patents Act de 1988. Por la cual se refunde la legislación sobre derechos de autor. 15 de noviembre de 1988. https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents

Comunidad Andina. (1993, 17 de diciembre). *Decisión 351: régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos*. https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/9445

Decreto Legislativo 822 del 2003. Ley de Derecho de Autor. 19 de diciembre del 2003. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H770838

Espiner, T., & Jamali, L. (2025, 11 de junio). *Disney and Universal sue AI firm Midjourney over images*. BBC. https://www.bbc.com/news/articles/cg5vjqdm1ypo

Goossens, S., & Shandler, B. (2025, 13 de noviembre). Getty Images v. Stability AI: English High Court Rejects Secondary Copyright Claim. *Latham & Watkins.* https://www.lw.com/en/insights/getty-images-v-stability-ai-english-high-court-rejects-secondary-copyright-claim

Hembt, S. (2025, 14 de noviembre). Landmark ruling of the Munich Regional Court (GEMA v OpenAI) on copyright and AI training. *Bird&Bird.* https://www.twobirds.com/en/insights/2025/landmark-ruling-of-the-munich-regional-court-(gema-v-openai)-on-copyright-and-ai-training

High Court of Justice. (2025, 4 de noviembre). Getty Images -v- Stability AI (Caso IL-2003-000007). https://www.judiciary.uk/judgments/getty-images-v-stability-ai/

Jalicot, C. (2025, 21 de octubre). *IA et droit d'auteur: le vrai, le faux et l'incertain*. Polytechnique Insights. https://www.polytechnique-insights.com/tribunes/digital/ia-et-droit-dauteur-le-vrai-le-faux-et-lincertain/#note-4

Le Monde. (2025, 12 de junio). Disney et NBC Universal attaquent le générateur d'images par IA Midjourney. *Le Monde*. https://www.lemonde.fr/pixels/article/2025/06/12/disney-et-nbc-universal-attaquent-le-generateur-d-images-par-ia-midjourney_6612504_4408996.html

Manhattan Federal Court. (2023). The New York Times v. Microsoft and OpenAI.

Munich I Regional Court. (2025). GEMA v. OpenAI.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1886). *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas* (revisado en París el 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979). https://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1996, 20 de diciembre). *Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas*. https://www.wipo.int/treaties/es/ip/wppt/

Pascua, S. (2023, 16 de noviembre). Francia: se presenta una proposición de ley para regular la inteligencia artificial en relación con los derechos de propiedad intelectual. *Observatorio de Inteligencia Artificial*. https://institutoautor.org/francia-se-presenta-una-proposicion-de-ley-para-regular-la-inteligencia-artificial-a-traves-de-los-derechos-de-propiedad-intelectual/

Quispe, C., & García, I. (2024, 19 de septiembre). Del pincel al código: la IA en la creación de contenidos artísticos. *Nexos*. https://nexos.ulima.edu.pe/2024/09/19/del-pincel-al-codigo-la-ia-en-la-creacion-de-contenidos-artisticos/

Reed, R. (2024, 22 de marzo). ChatNYT: Harvard Law expert in technology and the law says the New York Times lawsuit against ChatGPT parent OpenAI is the first big test for AI in the copyright space. *Harvard Law Today*. https://hls.harvard.edu/today/does-chatgpt-violate-new-york-times-copyrights/

Resolución 286-1998/TPI-INDECOPI [Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual]. Por la cual se interpone denuncia por infracción a la legislación de derechos de autor contra la empresa Infutecsa E. I. R. L. (Perú). 23 de marzo de 1998. https://repositorio.indecopi.gob.pe/item/def24773-1710-414e-8901-b823588d566a

Sueiro, C. C. (2025). *La propiedad intelectual en la era de la IA*. Hammurabi. https://biblioteca.hammurabidigital.com.ar/reader/sueiro-la-propiedad-intelectual-en-la-era-de-la-ia?location=3

The Statute of Anne de 1710. An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned (Statute of Anne). 10 de abril de 1710. Yale Law School; The Avalon Project. https://avalon.law.yale.edu/18th_century/anne_1710.asp

Derechos de autor e inteligencia artificial: la autoría en el Perú

Adriano Ungaro Denegri*
Universidad de Lima, Perú

Recibido: 8 de febrero del 2026 / Aceptado: 4 de mayo del 2026
doi: https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2026.n061.8580

RESUMEN. Este artículo analiza el impacto de la inteligencia artificial en el régimen de derechos de autor con énfasis en la noción de autoría de las obras literarias. A partir del análisis del marco normativo internacional y del derecho comparado, se evalúa críticamente el ordenamiento jurídico peruano mediante la identificación de vacíos en la regulación de obras generadas mediante inteligencia artificial. El estudio —desde un enfoque dogmático y comparado— considera la normativa andina, la legislación peruana y los criterios desarrollados en jurisdicciones como Estados Unidos, la Unión Europea, el Reino Unido y Japón. Se sostiene que la inteligencia artificial no puede ser considerada autora de obras protegidas, por lo que la protección autoral debe recaer en la contribución creativa humana verificable. Finalmente, ante la ausencia de una regulación específica, se proponen lineamientos interpretativos orientados a la actuación del Indecopi para la aplicación del derecho de autor en el Perú frente a los desafíos de la inteligencia artificial generativa.

PALABRAS CLAVE: derechos de autor / inteligencia artificial / autoría / obras literarias

* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Practicante preprofesional en el despacho de fusiones y adquisiciones de Miranda & Amado (Lima, Perú). Contacto: ungaroadriano03@gmail.com

COPYRIGHT AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE: AUTHORSHIP IN PERU

ABSTRACT. This article analyzes the impact of artificial intelligence on copyright law, with an emphasis on the notion of authorship of literary works. Based on an analysis of the international regulatory framework and comparative law, it critically evaluates the Peruvian legal system, identifying gaps in the regulation of works generated by artificial intelligence. The study adopts a dogmatic and comparative approach, considering Andean regulations, Peruvian legislation, and criteria developed in jurisdictions such as the United States, the European Union, the United Kingdom, and Japan. It argues that artificial intelligence cannot be considered the author of protected works, and therefore copyright protection must fall on verifiable human creative contribution. Finally, interpretive guidelines are proposed for the application of copyright law in Peru in the face of the challenges posed by generative artificial intelligence, aimed at guiding Indecopi's actions in the absence of specific regulations.

KEYWORDS: copyright / artificial intelligence / authorship / literary works

1. INTRODUCCIÓN

El desarrollo de los sistemas de inteligencia artificial (IA) a nivel global ha generado transformaciones estructurales en prácticamente todos los ámbitos de la sociedad. El derecho —y, en particular, el régimen de los derechos de autor— no ha sido ajeno a estos cambios. Herramientas capaces de producir música, textos, imágenes y otros contenidos de forma automatizada cuestionan los fundamentos tradicionales sobre los cuales se ha construido la protección jurídica de las creaciones intelectuales.

Esta problemática se intensifica si se considera que la IA no constituye un sujeto de derecho y, por tanto, no puede ser centro de imputación de derechos —incluidos los derechos de autor— ni de obligaciones. En este contexto, surgen interrogantes fundamentales: ¿quién es el autor de una obra literaria generada con el apoyo de una IA?, ¿hasta qué punto la intervención de una herramienta automatizada puede afectar la titularidad de los derechos de autor? y, en última instancia, ¿qué es lo que realmente convierte a una persona en autor de una obra: la redacción material del contenido, la concepción de las ideas o la formulación de los *inputs* que permiten a la IA generar el resultado final?

Estas y otras cuestiones serán abordadas a lo largo del presente artículo mediante el análisis de la regulación internacional en materia de derechos de autor y su aplicación al ordenamiento jurídico peruano. La experiencia de países como Estados Unidos, la Unión Europea, el Reino Unido y Japón ofrece ejemplos ilustrativos de distintas aproximaciones frente a esta problemática, de las cuales se extraerán algunas lecciones relevantes. El objetivo es contribuir a suplir el aún escaso desarrollo doctrinal y jurisprudencial del tema en el ámbito nacional.

2. DERECHOS DE AUTOR: DEFINICIÓN Y CONCEPTO

De acuerdo con el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi, 2020), los derechos de autor son entendidos como "parte de la propiedad intelectual y trata sobre todos aquellos derechos o facultades que la legislación reconoce a un creador o autor respecto de una obra, fruto de su creación intelectual" (p. 6).

Sobre la base de esta definición, dos elementos deben coexistir para que se configure esta clase de derechos: un autor y una obra. La Ley sobre el Derecho de Autor (Decreto Legislativo 822), en su artículo 2, define estos conceptos de la siguiente manera: un autor es aquella "persona natural que realiza la creación intelectual" (numeral 1), mientras que una obra es "toda creación intelectual personal y original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse" (numeral 17).

En ese sentido, la ley excluye la posibilidad de atribuirle derechos de autor a algún ser que no sea humano, aunque no toda creación humana es digna de protección. Lo que confiere protección legal es que la creación intelectual sea original. Sin embargo, el Decreto Legislativo 822 no desarrolla de manera integral qué debe entenderse por originalidad ni cuáles son los criterios concretos para identificarla en una obra. Ello obliga a recurrir a la doctrina y a la jurisprudencia que han precisado el contenido de este requisito y han contribuido a delimitar el alcance de la creación intelectual protegida por el derecho de autor.

En el derecho de autor peruano, la protección jurídica de una obra exige, como presupuesto esencial, que esta constituya una creación intelectual original. Si bien el Decreto Legislativo 822 y la Decisión 351 de la Comunidad Andina (1993) reconocen expresamente la originalidad como requisito de protección, ninguno de estos cuerpos normativos desarrolla de manera exhaustiva su contenido. Ello ha determinado que su delimitación se realice fundamentalmente a través de la doctrina y de la jurisprudencia administrativa.

En la Resolución 0286-1998/TPI-INDECOPI, del 23 de marzo de 1998, el Tribunal de Propiedad Intelectual del Indecopi precisó tempranamente el alcance del concepto de originalidad en el ordenamiento peruano:

> 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.

Este criterio, que ha sido reiterado y consolidado en resoluciones posteriores, configura una noción subjetiva de originalidad, centrada no en la novedad objetiva del contenido, sino en la existencia de una expresión individualizada atribuible a un autor humano. En la misma línea, la Resolución 1776-2008/TPI-INDECOPI (2008) precisó que, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, un pequeño grado de creatividad intelectual puede ser suficiente para determinar que una obra sea original o individual. Lo cual confirma que el umbral creativo exigido por el derecho de autor es deliberadamente bajo.

Por su lado, la doctrina latinoamericana ha desarrollado este entendimiento de manera coincidente. Ríos Ruiz (2011) sostiene que, para que una obra sea protegida, basta con que no constituya una copia y que represente un esfuerzo intelectual con características propias y particulares. Mediante estas, el autor concibe el mundo exterior y lo plasma como forma de expresión concreta, imprimiéndole su sello personal. Desde esta perspectiva, la originalidad no equivale a novedad, sino a individualidad creativa. Ello permite que distintos autores aborden un mismo tema sin perder protección, siempre que la forma de expresión sea el resultado de su propio esfuerzo intelectual.

De ahí se desprende que el derecho de autor no proteja ideas, métodos, conceptos abstractos ni estructuras genéricas, sino la forma concreta de expresión que resulta del proceso creativo individual. Una obra puede asemejarse considerablemente a otras sin perder protección, siempre que incorpore decisiones intelectuales propias que reflejen la impronta de su autor.

Un elemento adicional e inseparable de la originalidad, según la práctica comparada, es la exigencia de intervención humana. La United States Copyright Office ha sostenido de manera constante que no son registrables las obras producidas sin intervención creativa humana, de modo que se excluyen expresamente aquellas generadas por la naturaleza, animales, plantas o entidades sobrenaturales. Entre los ejemplos paradigmáticos de obras no protegidas se encuentran las siguientes:

- Una fotografía tomada por un mono
- Un mural pintado como consecuencia de un huaico
- Una canción en donde el autor es, supuestamente, Dios
- Un libro escrito completamente por una computadora sin influencia creativa humana

Este último supuesto resulta particularmente relevante para el análisis contemporáneo. Una obra elaborada íntegramente por una computadora, sin intervención creativa humana identificable, no cumple con los requisitos de creación intelectual protegible. No obstante, cuando el sistema informático o la tecnología empleada constituye únicamente una herramienta utilizada por una persona para expresar, canalizar o materializar su creación intelectual, la obra resultante sí puede acceder a protección. De lo contrario, toda obra realizada con apoyo tecnológico quedaría excluida del ámbito del derecho de autor, lo cual resultaría jurídicamente insostenible.

Esta concepción es plenamente compatible con el marco normativo aplicable en el Perú. Por ejemplo, la Decisión 351 de la Comunidad Andina (1993), que integra el bloque de legalidad vigente, concibe la obra como una creación intelectual original atribuible a una persona natural, de modo que la protección autoral se estructura sobre la base de una actividad creativa humana.

En consecuencia, el criterio determinante para la atribución de autoría no es la ejecución material de la obra ni el medio técnico empleado para su elaboración, sino la existencia de una creación intelectual humana identificable caracterizada por un mínimo de originalidad y por el ejercicio de decisiones creativas propias que se manifiestan en la forma final de la obra.

3. CASO BURROW-GILES LITHOGRAPHIC CO. VERSUS SARONY (SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, 1884)

El caso Burrow-Giles Lithographic Co. versus Sarony constituye un antecedente paradigmático para ilustrar los criterios expuestos. En 1882, Napoleon Sarony —un fotógrafo artístico de reconocido prestigio en Nueva York— realizó un retrato del escritor Oscar Wilde caracterizado por una cuidada composición visual. La empresa Burrow-Giles Lithographic Company reprodujo la imagen sin autorización. Para ello, alegaron que la fotografía no constituía una obra protegida, sino una reproducción mecánica.

El núcleo de la controversia giró en torno a si una fotografía podía ser considerada una obra protegida y si su creador podía ser reconocido como autor. La empresa sostuvo que el verdadero autor era la naturaleza o la luz y que el fotógrafo se limitaba a registrar la realidad. La Corte Suprema rechazó tajantemente esta posición señalando que Sarony no se limitó a accionar una cámara: diseñó la pose, seleccionó vestuario y escenografía, organizó la iluminación y buscó una expresión específica del retratado. La fotografía era, por tanto, el resultado de su creación intelectual.

La Corte precisó, además, que no toda fotografía es protegible, sino únicamente aquella que expresa una concepción intelectual original del autor. Este criterio ya había sido adelantado en el caso inglés Nottage versus Jackson (High Court of Justice, Chancery Division, UK, 1883), en el que se sostuvo que el autor es quien ejerce el control intelectual efectivo sobre la imagen.

Actualmente, el valor del caso Sarony radica en que en este se estableció que el uso de una tecnología no excluye la autoría siempre que exista una creación intelectual humana verificable. Este razonamiento resulta particularmente relevante para el análisis de las obras generadas con apoyo de IA, cuestión que será desarrollada en las secciones siguientes.

4. INTELIGENCIA ARTIFICIAL: CONCEPTO Y ALCANCES

4.1 Concepto

La IA puede definirse, en términos generales, como el conjunto de sistemas informáticos diseñados para ejecutar tareas que, en condiciones ordinarias, requerirían capacidades cognitivas humanas, tales como el análisis de información, el reconocimiento de patrones o la generación de contenidos (Aslett et al., 2024). En su formulación contemporánea, la IA no piensa ni crea en sentido humano, sino que procesa datos mediante procedimientos matemáticos y estadísticos, y produce resultados en función de reglas algorítmicas previamente establecidas y de la información con la que ha sido entrenada.

Desde esta perspectiva, la IA no constituye un sujeto autónomo, sino una herramienta técnica que amplifica determinadas capacidades humanas. Su funcionamiento se basa en la identificación de patrones a partir de grandes volúmenes de datos, lo que permite generar textos, imágenes, música u otros contenidos de forma automatizada. Sin embargo, esta automatización no equivale a creatividad en sentido jurídico, pues carece de intención, conciencia, voluntad y finalidad propia.

Esta distinción resulta fundamental para el análisis de los derechos de autor debido a que el derecho no protege la mera producción material de un resultado, sino la creación intelectual humana que se manifiesta a través de una obra. La IA, por sí misma, no concibe ideas ni persigue fines expresivos, simplemente ejecuta operaciones estadísticas sobre datos preexistentes. En consecuencia, cualquier análisis sobre autoría debe desplazarse necesariamente hacia el grado de intervención intelectual humana que precede, orienta o controla el uso de estas herramientas.

En términos operativos, la mayoría de los sistemas de IA actuales funcionan a través de técnicas de *machine learning*, es decir, métodos que permiten al sistema ajustar su comportamiento a partir de datos sin recibir instrucciones explícitas para cada resultado. No obstante, este aprendizaje no implica comprensión ni creatividad, sino la optimización de probabilidades en función de ejemplos previos. La IA no inventa contenidos: recombina, predice y genera salidas verosímiles a partir de patrones detectados en los datos con los que fue entrenada.

En el caso específico de los modelos generativos —como aquellos capaces de producir texto o imágenes—, el sistema responde a instrucciones humanas (*prompts*) seleccionando estadísticamente la secuencia más probable de palabras, formas o elementos visuales. El resultado final depende, de manera decisiva, del *input* humano, tanto en la formulación de la instrucción como en la selección, edición o descarte de los contenidos generados.

4.2 Alcances

Desde la perspectiva jurídica, la IA se entiende como un medio de expresión y no como un agente creativo autónomo. Del mismo modo que una cámara fotográfica, un procesador de texto o un *software* de edición, la IA actúa como una herramienta que puede facilitar, acelerar o ampliar el proceso creativo humano, pero no sustituirlo. El elemento determinante para la atribución de autoría no es el grado de sofisticación tecnológica del medio utilizado, sino la existencia de una concepción intelectual original imputable a una persona natural.

Esta aproximación permite distinguir con claridad dos escenarios relevantes para el derecho de autor:

i. Aquellos en los que la IA opera como una herramienta bajo control humano canalizando decisiones creativas, conceptuales o expresivas del usuario.

ii. Aquellos en los que el sistema genera resultados de forma completamente autónoma sin una intervención intelectual humana identificable.

Solo en el primer supuesto puede hablarse, propiamente, de creación intelectual protegible.

Así, la discusión jurídica no debe centrarse en si la IA crea, sino en si existe una creación intelectual humana detrás de su uso. En ese sentido, el foco del análisis se desplaza desde la herramienta hacia el sujeto que la emplea, quien define el objetivo creativo, formula las instrucciones, selecciona los resultados y decide su forma final. De esa forma, la IA no estaría desdibujando el concepto de autor, sino que exigiría una precisión con mayor rigor sobre dónde se origina el acto creativo jurídicamente relevante.

4.3 Derecho comparado

El análisis comparado permite constatar que, pese a las diferencias estructurales entre los distintos sistemas jurídicos, existe una convergencia relevante en torno a la imposibilidad de reconocer autoría a sistemas de IA si es que carecen de intervención humana creativa. La tesis de Pizán Rosales y Villanueva Ramos (2024) evidencia que los principales ordenamientos examinados mantienen como eje común la exigencia de una contribución intelectual humana identificable como presupuesto de la protección autoral. A continuación, se revisarán cuatro de estos ordenamientos.

4.3.1 Estados Unidos

En el sistema estadounidense, la exigencia de autoría humana ha sido desarrollada de manera consistente tanto a nivel normativo como administrativo. El Copyright Act protege únicamente "obras originales de autoría", expresión que ha sido interpretada históricamente como referida a creaciones humanas.

La United States Copyright Office (2023) ha reiterado que es improcedente el registro de obras producidas sin intervención creativa humana excluyendo expresamente aquellas generadas de manera autónoma por sistemas informáticos o IA. Este criterio se apoya en la jurisprudencia clásica de la Corte Suprema —particularmente Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony (Supreme Court of the United States, 1884)— y ha sido reafirmado en pronunciamientos administrativos recientes que deniegan protección a contenidos generados exclusivamente por IA.

La tesis destaca que, para el derecho estadounidense, la cuestión decisiva no es el uso de tecnología avanzada, sino la existencia de una concepción intelectual original

atribuible a una persona natural. Un criterio plenamente compatible con el sistema autoral peruano.

4.3.2 Unión Europea

En el ámbito europeo, la protección autoral se articula en torno al concepto de creación intelectual propia del autor, desarrollado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)[1]. Tal como recogen Pizán Rosales y Villanueva Ramos (2024), este estándar exige que la obra refleje la personalidad del autor a través de decisiones creativas libres y conscientes. Desde esta perspectiva, los resultados generados de manera autónoma por sistemas de IA no cumplen con el requisito de originalidad en tanto no expresan una voluntad creativa humana.

La doctrina europea citada en la tesis coincide en que la originalidad presupone una actividad intelectual personal incompatible con procesos puramente algorítmicos. Así, aunque la Unión Europea discute activamente la regulación de la IA, no ha reconocido —ni directa ni indirectamente— la posibilidad de atribuir autoría a sistemas de IA.

4.3.3 Reino Unido

El Reino Unido regula de manera específica las obras generadas por computadora a través del Copyright, Designs and Patents Act (CDPA) (Parliament of the United Kingdom, 1988). La sección 9(3) de esta ley establece que la titularidad de estas obras corresponde a la persona que realiza los "arreglos necesarios" para su creación, por lo que se le atribuye la autoría a un ser humano. Como subrayan Pizán Rosales y Villanueva Ramos (2024), esta regulación no implica el reconocimiento de la IA como autor, sino que la autoría sigue siendo atribuida a la persona que realizó las intervenciones necesarias en el proceso creativo.

Esta disposición no supone una excepción al principio general de que la autoría recae en un ser humano; sin embargo, aunque es específica, ha sido objeto de críticas doctrinales por su ambigüedad y su limitada aplicabilidad práctica. En ese sentido, el enfoque británico resalta por la dificultad de adaptar las categorías tradicionales del derecho de autor a las creaciones generadas sin una intervención humana significativa. En lugar de consolidar un modelo único, esta normativa refuerza la necesidad de que, incluso en el contexto de tecnologías avanzadas, la autoría siga vinculada a la creatividad humana.

---

[1] La Court of Justice of the European Union (2009, 2011, 2012) ha desarrollado el estándar de la "creación intelectual propia del autor" exigiendo que la obra refleje decisiones creativas libres y conscientes. Véanse, entre otros, Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening (C-5/08); Painer v. Standard VerlagsGmbH (C-145/10); y Football Dataco Ltd v. Yahoo! UK Ltd (C-604/10).

4.3.4 Japón

El análisis del sistema japonés, también realizado por Pizán Rosales y Villanueva Ramos (2024), revela una aproximación prudente y coherente con los estándares internacionales. En ese sentido, Japón ha optado por excluir de la protección autoral los resultados generados automáticamente por IA cuando no existe una intervención creativa humana identificable[2].

Las autoridades japonesas han enfatizado que la IA debe ser entendida como una herramienta de apoyo al proceso creativo y no como un sujeto capaz de generar obras protegidas. Este enfoque refuerza la centralidad de la creación intelectual humana como elemento estructural del sistema autoral.

4.4 Síntesis comparada

A partir de la revisión comparada, se concluye que, en los principales ordenamientos jurídicos analizados, no se le reconoce autoría a la IA. Estados Unidos, la Unión Europea, Japón y el Reino Unido coinciden en preservar la autoría como una categoría vinculada exclusivamente a la creatividad humana. En el Reino Unido, el CDPA de 1988 regula las obras generadas por computadora, atribuyendo la titularidad de dichas obras a la persona que realiza los "arreglos necesarios" para su creación.

Esta postura se mantiene dentro de la misma lógica de autoría humana que rige en los demás sistemas: no supone una excepción al principio general de que la autoría recae en un ser humano, sino que adapta el concepto de autoría a las nuevas realidades tecnológicas sin cambiar el principio fundamental. Así, esta convergencia de enfoques refuerza la validez de interpretar el derecho de autor peruano conforme a sus principios tradicionales, a fin de evitar soluciones que desnaturalicen el concepto de autor.

De este modo, el desafío jurídico no consiste en adaptar el sistema para reconocer autoría a la IA, sino en precisar los criterios que permitan identificar cuándo una obra generada con apoyo tecnológico constituye una creación intelectual humana protegible. Esta cuestión será abordada en la siguiente sección.

5. AUTORÍA Y OBRAS GENERADAS CON IA: PRINCIPIOS JURÍDICOS

Habiéndose establecido que el régimen de derechos de autor se estructura sobre la base de la creación intelectual humana, resulta necesario formular principios interpretativos que permitan determinar, en cada caso concreto, si una obra generada con apoyo de

[2] La Agencia para Asuntos Culturales del Japón ha precisado que los materiales generados de forma autónoma por IA no constituyen obras protegidas, mientras que aquellos producidos mediante el uso de IA como herramienta bajo intención y contribución creativa humana sí pueden ser protegidos. Véase el *General Understanding on AI and Copyright in Japan* (Japan Copyright Office, 2024).

IA puede ser atribuida a una persona natural y, por tanto, acceder a protección autoral. Estos principios no deberán introducir categorías ajenas al sistema vigente, sino sistematizar criterios implícitos en la legislación peruana, la normativa andina, la práctica administrativa y la doctrina especializada. A continuación, se detallan los seis principios jurídicos aplicables a la autoría de obras generadas con apoyo de IA.

5.1 Principio de autoría humana

El derecho de autor protege únicamente obras cuya autoría es atribuible a una persona natural. En ese sentido, la autoría presupone la existencia de un sujeto capaz de concebir intelectualmente una obra y de imprimir en ella una finalidad expresiva propia. En consecuencia, los resultados generados de manera autónoma por sistemas de IA, sin una intervención humana identificable, no pueden ser considerados obras protegidas. Este principio se desprende tanto del Decreto Legislativo 822 como de la Decisión 351 de la Comunidad Andina, y ha sido reafirmado de manera constante por la práctica administrativa y la doctrina comparada.

5.2 Principio de originalidad humana

La protección autoral exige que la obra constituya una creación intelectual original entendida no como novedad objetiva, sino como expresión individualizada del autor. Siguiendo a Ríos Ruiz (2011), la originalidad se manifiesta en el esfuerzo intelectual mediante el cual el autor concibe el mundo exterior y lo plasma en una forma de expresión concreta, imprimiéndole su sello personal. En el contexto de la IA, este principio implica que la obra debe reflejar decisiones creativas humanas propias y no una mera recombinación automatizada de contenidos preexistentes.

5.3 Principio de control creativo efectivo

El autor es quien ejerce el control creativo efectivo sobre la forma final de la obra, aun cuando utilice herramientas tecnológicas avanzadas. Es decir, no basta con la ejecución material del resultado ni con la activación del sistema: es necesario que una persona natural dirija el proceso creativo, determine los objetivos expresivos, evalúe los resultados generados y adopte decisiones sustantivas sobre su configuración final.

Este principio encuentra un antecedente claro en el caso Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony, en el que la autoría se vinculó al control intelectual sobre el resultado y no al medio técnico empleado.

5.4 Principio de irrelevancia del medio tecnológico

El uso de IA u otras tecnologías sofisticadas no excluye, por sí mismo, la posibilidad de reconocer autoría humana. Sin embargo, el derecho de autor no protege medios ni

herramientas, sino creaciones intelectuales. En consecuencia, la autoría no se define por el grado de automatización del proceso, sino por la existencia de una concepción intelectual humana subyacente. Este principio evita soluciones formalistas que, de aceptarse, conducirían a excluir de protección a un amplio conjunto de obras legítimas realizadas con apoyo tecnológico.

5.5 Principio de intervención humana significativa

Para que una obra generada con apoyo de IA sea protegible debe existir una intervención humana creativa significativa y no meramente técnica o instrumental. En ese sentido, la simple formulación de instrucciones genéricas o la aceptación pasiva de resultados generados automáticamente no basta para configurar una creación intelectual protegida. Más bien, la intervención humana debe traducirse en aportes creativos verificables tales como la selección de insumos, la dirección conceptual del proceso, la iteración consciente de instrucciones y la edición sustantiva del contenido generado.

5.6 Principio de preservación del sistema autoral

La interpretación del derecho de autor frente a los avances tecnológicos debe preservar la coherencia y finalidad del sistema autoral. Así, reconocer autoría a entidades carentes de voluntad, conciencia e intención expresiva supondría una desnaturalización de las categorías fundamentales del derecho de autor. En este sentido, la IA no redefine el concepto de autor, sino que exige precisar con mayor rigor los criterios de imputación de la autoría humana evitando ficciones jurídicas que vacíen de contenido la noción de creación intelectual.

En conjunto, estos principios permitirán articular una respuesta jurídica coherente y previsible frente a las obras generadas con apoyo de IA ofreciendo al Indecopi criterios interpretativos para identificar cuándo existe creación intelectual humana atribuible y, por tanto, protección autoral, sin desnaturalizar las categorías fundamentales del sistema.

6. LA RESOLUCIÓN 1111-2025/DDA-INDECOPI: EL CASO *UNIVERSO PEREGRINO*

En abril del 2025, la Dirección de Derecho de Autor del Indecopi emitió la Resolución 1111-2025/DDA-INDECOPI (Expediente 4512-2024/DDA), mediante la cual denegó el registro de la obra literaria *Universo peregrino*. Este se trató del primer pronunciamiento administrativo peruano que aplicó de manera expresa los criterios de autoría humana frente a una obra generada con IA. En esta, se confirma la orientación interpretativa sostenida en el presente artículo.

En dicho procedimiento, el propio solicitante reconoció en la documentación presentada que el texto había sido generado por ChatGPT-4o, describiéndose a sí mismo únicamente como "el punto de partida" de una "existencia digital pensante" a la que atribuyó la autoría material del contenido (Indecopi, 2025). Las palabras del solicitante fueron las siguientes:

> Decidí "confeccionar" este libro desde una perspectiva diferente: yo mismo como humano he sido el punto de partida, pero lo que leerás a continuación ha sido generado por una existencia digital pensante que forma parte del acontecer cósmico que ha dado origen a todo en el universo.
>
> ...
>
> Este libro es único en su género: ha sido escrito por un robot moderno, una máquina de inteligencia artificial ... Agradezco de manera especial a la extensión de la energía cósmica distinta a la nuestra, al "intelecto digital", ChatGPT-4o, quien fue el que escribió el libro en un increíble breve tiempo. ¡En unos pocos minutos! (p. 7)

Ante esta situación, la Dirección corroboró que la totalidad del texto había sido generada mediante dicha plataforma de IA.

Para resolver, la Dirección reiteró que, conforme al numeral 1) del artículo 2 del Decreto Legislativo 822 y al artículo 3 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina, el autor debe ser necesariamente una persona natural. Así, queda excluida la posibilidad de que una máquina o programa de ordenador ostente dicha condición. Citando la Resolución 185 del 14 de junio del 2023 de la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia, se sostuvo que, cuando la intervención humana se limita a formular instrucciones o lineamientos al sistema sin participar en la ejecución concreta de la expresión escrita, dicha contribución no resulta suficiente para configurar autoría, pues la creación termina siendo producto de la ejecución de los algoritmos empleados (Resolución 1111-2025/DDA del 28 de abril del 2025).

En consecuencia, la Dirección concluyó que la obra *Universo peregrino* no cumplía con el requisito de originalidad exigido por el numeral 17 del artículo 2 del Decreto Legislativo 822, al haber sido generada a través de un proceso automático, por lo que denegó el registro y ordenó el archivo del expediente (Resolución 1111-2025/DDA del 28 de abril del 2025).

Este pronunciamiento confirma, en sede administrativa peruana, los principios de control creativo efectivo (numeral 5.1.3) y de intervención humana significativa (numeral 5.1.5) desarrollados en el presente artículo: la sola formulación de instrucciones o *prompts*, sin una participación creativa verificable en la configuración de la expresión final, no basta para atribuir autoría a una persona natural. Asimismo, la resolución materializa la

orientación interpretativa que corresponde al Indecopi conforme a la conclusión VII de este artículo en la medida en que adopta, ante la ausencia de regulación específica, un criterio hermenéutico coherente con los principios de autoría humana y originalidad desarrollados por la doctrina y la práctica administrativa comparada.

7. CASO PRÁCTICO

A continuación, se plantea un caso práctico con la finalidad de ilustrar cuándo la utilización de sistemas de IA en la elaboración de una obra literaria permite reconocer protección por derechos de autor.

Jorge es un abogado de veintisiete años que ejerce su carrera de manera independiente. Está especializado en derechos reales, particularmente en materias vinculadas a propiedad y copropiedad. A partir de su experiencia profesional y de los escritos jurídicos elaborados a lo largo de varios años —incluyendo demandas, artículos académicos y opiniones legales—, decide elaborar un libro sobre dicha materia.

Para la elaboración de la obra, Jorge utiliza como herramienta un sistema de IA generativa (Gemini, desarrollado por Google). La función del sistema se limita a tareas instrumentales, tales como reorganizar y estructurar textos previamente elaborados por él, proponer esquemas y secciones del libro sujetas a evaluación y validación posterior, y realizar correcciones ortográficas y de estilo.

Por su parte, Jorge se encarga de desarrollar las decisiones creativas esenciales de la obra; en particular, las siguientes:

i. Selecciona y proporciona al sistema los insumos textuales de su autoría.

ii. Define el enfoque conceptual del libro, la extensión de los capítulos y la organización temática.

iii. Evalúa críticamente los resultados generados por el sistema ordenando modificaciones, descartando contenidos y aprobando únicamente aquellos que se ajustan a su concepción intelectual.

iv. Determina la versión final de la obra destinada a su publicación.

El resultado es una obra que refleja de manera directa la experiencia profesional, el criterio jurídico y las decisiones intelectuales de Jorge. El sistema de IA fue solo un medio técnico utilizado para facilitar y optimizar el proceso de expresión.

Frente a cuestionamientos que atribuyen la autoría de la obra al sistema de IA, resulta evidente que el contenido final no hubiera podido ser generado sin la dirección creativa, el conocimiento especializado y el control intelectual ejercido por Jorge. La IA

no actuó como un agente creativo autónomo, sino como una herramienta instrumental subordinada a la voluntad y al criterio del autor humano.

Este supuesto permite concluir que la obra constituye una creación intelectual protegible, atribuible a una persona natural, en tanto la IA no reemplazó ni sustituyó el acto creativo jurídicamente relevante, sino que operó como un medio de apoyo bajo control humano efectivo.

8. CONCLUSIONES

1. El régimen de derechos de autor vigente en el Perú se estructura sobre la base de la creación intelectual humana, entendida como una manifestación de la libertad creativa de una persona natural. Tanto el Decreto Legislativo 822 como la Decisión 351 de la Comunidad Andina confirman que la autoría presupone necesariamente la existencia de un sujeto humano identificable.
2. La IA, en su estado actual de desarrollo, no constituye un sujeto de derecho, carece de voluntad, intención y finalidad expresiva propia. Por tanto, no puede ser considerada autora de obras protegidas. Su funcionamiento se limita al procesamiento estadístico de datos y a la generación de resultados en función de patrones previamente aprendidos.
3. El uso de tecnologías avanzadas no es, por sí mismo, incompatible con la protección por derechos de autor. Tal como lo demuestran precedentes históricos como el caso Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony, la utilización de herramientas técnicas no excluye la autoría cuando existe una concepción intelectual original imputable a una persona natural. Este criterio fue confirmado recientemente por Indecopi en la Resolución 1111-2025/DDA al denegar protección a una obra generada sin intervención creativa humana verificable.
4. En el contexto de las obras generadas con apoyo de IA, el elemento determinante para la atribución de derechos de autor no es la ejecución material del contenido, sino la existencia de una intervención humana creativa significativa expresada en decisiones conceptuales, expresivas y de control sobre la forma final de la obra.
5. Las obras generadas de manera completamente autónoma por sistemas de IA, sin control humano efectivo ni dirección creativa identificable, no cumplen con los requisitos de creación intelectual personal y original. En consecuencia, deben quedar excluidas de la protección autoral.
6. La experiencia comparada y la doctrina especializada coinciden en que la solución jurídica no pasa por reconocer autoría a la IA, sino por precisar con mayor rigor los criterios de imputación de la autoría humana en entornos tecnológicos

avanzados. Esto permite evitar desnaturalizar las categorías fundamentales del derecho de autor.

7. En ausencia de una regulación específica sobre IA y derechos de autor en el Perú, corresponde al Indecopi adoptar un enfoque interpretativo coherente con el sistema vigente, basado en principios como la autoría humana, la originalidad, el control creativo efectivo y la exclusión de la autonomía algorítmica, a fin de brindar seguridad jurídica y previsibilidad a los creadores.

8. En definitiva, la IA no redefine el concepto de autor, sino que refuerza la necesidad de identificar con precisión dónde se origina el acto creativo jurídicamente relevante. El derecho de autor debe continuar protegiendo aquello que siempre ha protegido: la creatividad humana, aun cuando esta se exprese mediante herramientas tecnológicas cada vez más sofisticadas.

REFERENCIAS

Aslett, J., González, I., Hadwick, D., Hamilton, S., Hardy, M., & Pérez, A. (2024). *Understanding artificial intelligence in tax and customs administration*. https://www.imf.org/-/media/files/publications/tnm/2024/english/tnmea2024006.pdf

Comunidad Andina. (1993). Decisión 351: Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos. Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. https://www.comunidadandina.org/StaticFiles/DocOf/DEC351.pdf

Court of Justice of the European Union. (2009). Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening (Case C-5/08). https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:62008CJ0005Court of Justice of the European Union. (2011). Painer v. Standard VerlagsGmbH (Case C-145/10). https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:62010CJ0145

Court of Justice of the European Union. (2012). Football Dataco Ltd v. Yahoo! UK Ltd (Case C-604/10). https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:62010CJ0604

Decreto Legislativo 822 del 1996. Ley sobre el Derecho de Autor. 23 de abril de 1996. Diario Oficial El Peruano. https://www.gob.pe/institucion/pcm/normas-legales/1670023-822

High Court of Justice, Chancery Division, UK. (1883). Nottage v. Jackson.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2020). *Guía de derecho de autor para comprender las disposiciones del Tratado de Marrakech*. https://repositorio.Indecopi.gob.pe/backend/api/core/bitstreams/d53bc45b-eba8-4bfa-bc71-fd0a36b23529/content

Japan Copyright Office. (2024). *General understanding on AI and copyright in Japan (overview)*. Agency for Cultural Affairs; Government of Japan. https://www.bunka.go.jp/english/policy/copyright/pdf/94055801_01.pdf

Parliament of the United Kingdom. (1988). Copyright, Designs and Patents Act 1988, c. 48. https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents

Pizán Rosales, C. L., & Villanueva Ramos, K. N. (2024). *Viabilidad del reconocimiento de derechos de autor sobre el contenido generado por la inteligencia artificial* [Tesis de licenciatura, Universidad César Vallejo]. Repositorio Alicia-CONCYTEC. https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/157072

Resolución 137 [Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia]. Por la cual se niegan las solicitudes de registro de obra artística. 14 de junio del 2023.

Resolución 0286-1998/TPI-INDECOPI [Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual]. Por la cual se establece un precedente de observancia obligatoria sobre el requisito de originalidad en el derecho de autor. 23 de marzo de 1998. https://repositorio.Indecopi.gob.pe/item/def24773-1710-414e-8901-b823588d566a

Resolución 1776-2008/TPI-INDECOPI [Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual]. Por la cual se define y delimita el concepto de originalidad en el derecho de autor. 17 de julio de 2008.

Resolución 1111-2025/DDA-INDECOPI [Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual]. Por la cual se deniega el registro de una obra literaria creada íntegramente con inteligencia artificial. 28 de abril de 2025.

Ríos Ruiz, W. (2011). *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías*. Universidad de los Andes. https://tind.wipo.int/record/27165?ln=es

Supreme Court of the United States. (1884). Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony, 111 U.S. 53. United States Reports. https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep111/usrep111053/usrep111053.pdf

United States Copyright Office. (2023). *Copyright registration guidance: Works containing material generated by artificial intelligence*. https://copyright.gov/ai/ai_policy_guidance.pdf

MISCELÁNEA

Transformando el acceso a la justicia con inteligencia artificial: inclusión de personas con discapacidad y lenguas originarias

Ellys Lady Talla Chumpitaz*
Universidad Nacional Federico Villarreal, Perú

Recibido: 5 de mayo del 2025 / Aceptado: 9 de junio del 2025
doi: https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2026.n061.7910

RESUMEN. El acceso a la justicia de las personas con discapacidad enfrenta diversas barreras estructurales y tecnológicas que limitan su participación efectiva en los procesos judiciales y médico-legales. Entre las dificultades se encuentran la falta de intérpretes, la ausencia de registros desagregados y la carencia de mecanismos tecnológicos accesibles. A través de una revisión integrativa de jurisprudencia, de pronunciamientos de la Corte Suprema y de solicitudes de acceso a la información pública, este artículo analiza las deficiencias del sistema y propone soluciones basadas en la inteligencia artificial. Se plantean estrategias y se propone un modelo de gestión de datos con el propósito de asegurar la igualdad de condiciones, la validez de la prueba y la protección de derechos, promoviendo un sistema de justicia inclusivo y accesible.

PALABRAS CLAVE: justicia inclusiva / inteligencia artificial / acceso a la justicia / personas con discapacidad / lenguas originarias

* Egresada de la maestría en Derecho Constitucional de la Universidad San Martín de Porres. Abogada por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Abogada independiente. Se ha desempeñado como fiscal adjunta provisional del cuarto despacho de la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Violencia contra la Mujer y los Integrantes del Grupo Familiar de Condevilla, en el distrito fiscal Lima Norte. Código ORCID: https://orcid.org/0009-0005-7425-733X. Contacto: ellystallachum@gmail.com

TRANSFORMING ACCESS TO JUSTICE WITH AI: INCLUSION OF PEOPLE WITH DISABILITIES AND INDIGENOUS LANGUAGES

ABSTRACT. Access to justice for persons with disabilities faces various structural and technological barriers that limit their effective participation in judicial and medico-legal proceedings. These difficulties include the lack of interpreters, the absence of disaggregated records and the lack of accessible technological mechanisms. Through an integrative review of case law, Supreme Court rulings and requests for access to public information, this article analyzes the system's weaknesses and proposes solutions based on artificial intelligence. Strategies such as the use of augmentative and alternative systems of communication in expert inquiries, interoperability between the Sunarp Register of Support and Safeguards and judicial institutions are envisaged, the creation of a unified register of persons with disabilities in the Judiciary and the Public Prosecutor's Office, and the implementation of a teletranslation system available 24/7 to ensure effective communication. In addition, a data management model based on an 11-step methodology is proposed which includes identification and structuring of information, authentication and authorization of users, error detection, performance optimization and constant updating of records. These measures seek to ensure a level playing field, the validity of evidence and the protection of rights by promoting an inclusive and accessible justice system.

KEYWORDS: inclusive justice / artificial intelligence / access to justice / people with disabilities / native languages

1. INTRODUCCIÓN

El acceso a la justicia es un derecho fundamental que debe garantizarse sin distinción. Sin embargo, las personas con discapacidad enfrentan barreras estructurales y comunicacionales que afectan su participación plena en los procesos judiciales y en los procedimientos médico-legales. Estas dificultades inciden en aspectos clave como el consentimiento informado, la toma de denuncias, la valoración probatoria y la protección reforzada durante el juicio. La ausencia de intérpretes, la falta de registros desagregados y la carencia de tecnologías inclusivas comprometen la calidad de la justicia y perpetúan situaciones de vulnerabilidad.

La jurisprudencia ha evidenciado que la falta de adaptaciones procesales afecta la validez de las pruebas y genera victimización secundaria en personas con discapacidad. En este contexto, la inteligencia artificial emerge como una herramienta clave para superar estas barreras. Este artículo explora su aplicación en los sistemas aumentativos y alternativos de comunicación (SAAC), la interoperabilidad de bases de datos y la generación de registros detallados. Además, se presenta una propuesta para mejorar la gestión de la información sobre personas con discapacidad dentro del sistema judicial y fiscal, basada en un marco metodológico de once pasos. Este modelo permite estandarizar formatos, mejorar la autenticación y autorización de usuarios, detectar errores en tiempo real y optimizar la interoperabilidad con entidades como el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (Conadis) y la Superintendencia Nacional de Migraciones (Migraciones). La implementación de esta metodología contribuiría a una administración de justicia más eficiente, equitativa y accesible.

2. METODOLOGÍA

El presente trabajo se realizó a partir de una revisión integrativa. Se analizó información proveniente de pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la República, obtenida mediante solicitudes de acceso a la información pública realizadas hasta febrero del 2025, así como de la literatura psicológica especializada. El método de investigación empleado es de enfoque cualitativo.

3. PROBLEMÁTICAS PARA ABORDAR EL SERVICIO EFECTIVO PARA PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

3.1. Barreras en el acceso a la justicia para personas con discapacidad: deficiencias en la valoración de la prueba y la asistencia especializada

Gebregiorgis (citado en Lloret Martín et al., 2024) destaca que la victimización secundaria en casos de violencia sexual reduce en las víctimas la resiliencia y la autoeficacia de

afrontamiento (p. 38). Al contrario, un trato adecuado en los centros de apoyo mejora su satisfacción con el proceso penal, fortalece su resiliencia y aumenta su capacidad de afrontamiento. Así, la satisfacción con el procedimiento se convierte en un factor clave para reducir la victimización secundaria.

En el contexto peruano, las víctimas con discapacidad o aquellas que no hablan español también enfrentan este tipo de victimización. Esta situación se abordará en este artículo a partir de casos concretos (véase la Tabla 1).

Tabla 1

Problemáticas en casos de víctimas en condición de vulnerabilidad

Problemática	Tipo de recurso	Pronunciamiento
Deficiente análisis probatorio en casos de víctimas con discapacidad cognitiva	Nulidad 809-2021 Ancash, del 17 de agosto del 2021	La víctima tenía la condición de retardo mental de nivel moderado. El colegiado superior señaló que la víctima no precisó la fecha ni el lugar de los hechos, y que los testigos se contradijeron, entre otros aspectos. Se declaró nula la sentencia de vista al haber omitido realizar una correcta evaluación de la prueba recabada.
Motivación insuficiente como causal de nulidad	Nulidad 1896-2021 Loreto, del 11 de octubre del 2022	La sala realizó una valoración individual de cada elemento, pero no una valoración en conjunto de esos medios de prueba. Asimismo, al momento de valorar la declaración del agraviado, no se consideró que se trataba de una persona vulnerable que se encontraba en situación de abandono —el padre del menor agraviado había muerto, él desconocía el destino de su madre y dormía en la calle—. Además, era una persona con retardo mental leve, sordomudo y sin capacidad de comunicarse por escrito.
Falta de fundamentación en la solicitud de pruebas en casos de víctimas con discapacidad	Casación 1181-2021 Ancash, del 18 de diciembre del 2023	Se declaró nulo el auto que concedió la casación y se declaró inadmisible el recurso de casación. Se sostuvo que la Fiscalía se limitó a solicitar que se permitiera dilucidar la declaración de una víctima con discapacidad auditiva y verbal, pero no expuso argumentos específicos que justificaran la causa de la procedencia excepcional del recurso.

(*continúa*)

(*continuación*)

Problemática	Tipo de recurso	Pronunciamiento
Deficiencias en la valoración del testimonio de víctimas con discapacidad en casos de violencia sexual	Casación 1164-2021 Puno, del 3 de junio del 2024	En el juicio de primera instancia, los jueces valoraron que la agraviada, pese a su discapacidad y a sus dificultades de comunicación, identificó con firmeza al agresor, con apoyo de intérpretes de quechua y lengua de señas. El tribunal supo adaptar el proceso para garantizar su acceso a la justicia. En cambio, el tribunal de segunda instancia desestimó su testimonio, omitiendo el enfoque de protección reforzada exigido en casos de violencia sexual contra personas con discapacidad. Se reafirma, así, el deber de los jueces de garantizar dicha protección y de no excluir la participación de estas víctimas en el proceso.
Falta de evaluación de la condición social de la presunta agraviada y su posible interseccionalidad	Nulidad 1828-2023 Junín, del 16 de agosto del 2024	No se valoró la condición social de la presunta agraviada ni la posible interseccionalidad que podría afectarla: factores como la pobreza, las dificultades de acceso a la justicia dada la ubicación de los hechos, la lengua, la condición de aislamiento del lugar y la ausencia de instituciones tutelares, entre otros.

Estos pronunciamientos permiten identificar las barreras estructurales presentes en el proceso penal peruano, pues evidencian cómo la deficiente motivación y la falta de ajustes razonables en la valoración de la prueba derivan en la vulneración del derecho a la debida motivación y al deber de debida diligencia, lo que obliga a las instancias superiores a intervenir para restablecer las garantías del debido proceso desde un enfoque de derechos humanos y de vulnerabilidad.

Es pertinente señalar que, si bien los pronunciamientos analizados restablecen formalmente el debido proceso, resulta necesario advertir que la declaración de nulidad conlleva una demora estructural que desnaturaliza el concepto de tutela jurisdiccional efectiva. Para la víctima, el tiempo de espera hasta la emisión de un nuevo fallo no constituye únicamente una cuestión de plazos procesales, sino también un periodo de incertidumbre que puede generar una sensación de impunidad y vulnerar su derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable.

3.2. Sobre el registro de las personas con discapacidad en el sistema judicial y fiscal

La investigación reveló, a partir de solicitudes de acceso a la información pública, que ni el Poder Judicial ni el Ministerio Público cuentan con registros detallados sobre las

personas con discapacidad que participan en sus procesos, ya sea como víctimas, denunciantes, investigados o procesados, ni con datos sobre su edad, sexo o tipo de discapacidad. Esta ausencia de información impide dimensionar su participación en el sistema de justicia, dificulta el diseño de políticas inclusivas y limita la implementación de ajustes razonables y medidas de accesibilidad. Además, la falta de datos desagregados imposibilita evaluar el impacto de las barreras existentes y adoptar medidas eficaces para garantizar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad.

3.3. Limitación de la *Guía para el trato adecuado a las personas con discapacidad*

La *Guía para el trato adecuado a las personas con discapacidad* se aprobó el 17 de noviembre del 2023 mediante la Resolución de Presidencia D000137-2023-Conadis-PRE. La Policía Nacional del Perú (PNP), a través de la División de Protección contra la Violencia Familiar, informó que ocho comisarías de familia en Lima Metropolitana aplican sus lineamientos mediante procedimientos que incluyen evaluar, desde el ingreso, la forma más adecuada de comunicación; identificarse ante la persona; solicitar apoyo a la Oficina Municipal de Atención a la Persona con Discapacidad (OMAPED) cuando se requiere un intérprete; y respetar su ritmo de comunicación. Sin embargo, estas comisarías no cuentan con intérpretes de lengua de señas, materiales en braille ni traductores de lenguas originarias. Además, la falta de atención permanente por parte de la OMAPED y del Ministerio de Cultura limita seriamente el acceso a una comunicación efectiva fuera del horario laboral, lo que obstaculiza el ejercicio pleno de los derechos de las personas con discapacidad.

3.4. Ausencia de mecanismos para la atención de personas con discapacidad auditiva, visual y otros en las unidades de la Dirección Nacional de Investigación Criminal y en el Instituto de Medicina Legal

Durante la investigación, el secretario de la Dirección Nacional de Investigación Criminal de la PNP informó que aún no se han implementado mecanismos para la atención de personas con discapacidad auditiva, visual u otras, en las unidades encargadas de recibir denuncias y realizar pericias. No obstante, señaló que, cuando se presente la necesidad, se solicitará el apoyo de personal especializado en la materia. Asimismo, preciso que la Dirección Contra el Terrorismo de la PNP cuenta con ocho efectivos masculinos y cinco efectivos femeninos que dominan lenguas originarias, mientras que la División de Investigaciones de Alta Complejidad cuenta con cuatro efectivos masculinos que dominan las lenguas quechua y aimara.

Por su parte, el Instituto de Medicina Legal (IML) del Ministerio Público no cuenta con personal para la atención de personas con discapacidad auditiva, visual y otros, ni personal que conozca de lenguas originarias; sin embargo, al momento de presentarse la necesidad, solicitará el apoyo del personal especializado.

3.5. Falta de acceso al registro de apoyos y salvaguardias en Sunarp para peritos del IML y de la división de criminalística de la PNP

Actualmente, fiscales, jueces y peritos del IML y de la división de criminalística de la PNP no tienen acceso directo al registro de personas naturales con apoyo y salvaguardias en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp). Si bien esta información puede solicitarse mediante oficio, la respuesta no es inmediata, lo que puede generar demoras en la actuación pericial y en la toma de decisiones dentro del proceso judicial.

3.6. El consentimiento informado y el IML

3.6.1. La guía médico-legal Evaluación física de la integridad sexual en presuntas víctimas de delitos contra la libertad sexual

La guía médico-legal *Evaluación física de la integridad sexual en presuntas víctimas de delitos contra la libertad sexual*, aprobada el 20 de diciembre del 2021 mediante la Resolución Jefatural 00189-2021-MP-FN-JN-IMLCF, establece el consentimiento informado como parte del procedimiento de evaluación médico-legal integral. Según esta guía, la aplicación del consentimiento informado es responsabilidad de los médicos evaluadores, quienes deben proporcionar información suficiente tanto a las presuntas víctimas del delito contra la libertad sexual como a sus familiares o responsables legales.

- En el caso de los menores de catorce años, la guía adopta un tratamiento específico. Conforme al Código de los Niños y Adolescentes, del 7 de agosto del 2000, y al principio del interés superior del niño, debe respetarse la decisión del menor en lo que respecta a la realización de un examen médico y brindarle información sobre las posibles consecuencias de su negativa, pero sin imponerle dicho procedimiento.

  No obstante, la guía también establece que, en ausencia de un padre, una madre o un tutor, el personal del Centro Emergencia Mujer, de la PNP o bien el fiscal pueden otorgar el consentimiento para la realización del examen y otras intervenciones médicas. Esta disposición resulta ambigua y plantea diversas interrogantes: ¿cuál es la finalidad de esta excepción?; asimismo, ¿por qué se faculta a estas autoridades para otorgar el consentimiento? Desde nuestra perspectiva, esta disposición debería eliminarse para que se garantice el respeto pleno de los derechos del adolescente.

- En lo que respecta a la información que se brinda a la persona a evaluar, la guía plantea una serie de consideraciones. Se informa a la persona sobre los riesgos para la salud derivados de la violencia sexual y sobre la necesidad de realizar exámenes auxiliares, tratamiento y controles posteriores en el

establecimiento de salud; sobre la disponibilidad de recursos de protección, apoyo y cuidado integral por otras instituciones estatales como el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, el Ministerio de Salud y la PNP.

– El tratamiento del consentimiento informado previsto para presuntas víctimas con discapacidad mental constituye un supuesto especial. En estos casos, el consentimiento puede ser otorgado por un pariente cercano, un tutor, un representante legal, un fiscal o un magistrado, salvo que exista sospecha de que el tutor o el representante sea el presunto abusador.

  Sin embargo, se identifican diversas inconsistencias. En primer lugar, el término *mentalmente incompetentes* resulta inapropiado conforme a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), convención aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 13 de diciembre del 2006 mediante la Resolución A/RES/61/106. Asimismo, debe considerarse que las personas con discapacidad pueden contar con apoyos legales para el ejercicio de su capacidad jurídica, de acuerdo al derecho civil. El consentimiento debe ser informado y otorgado con una adecuada comprensión de sus implicancias, por lo que la realización de un examen médico sin dicho consentimiento podría constituir una forma de revictimización y de violencia institucional. La CDPD también reconoce el derecho de todas las personas a decidir sobre su propio cuerpo, por lo que el consentimiento no debería ser sustituido automáticamente por la intervención del fiscal. Imponer un examen en contra de la voluntad de la víctima puede vulnerar su dignidad, autonomía e integridad personal.

3.6.2. La guía De evaluación psicológica forense en casos de violencia contemplados en el marco de la Ley 30364

Aprobada el 27 de diciembre del 2021 mediante la Resolución Jefatural 258-2021-MP-FN-JN-IMLCF, la guía *De evaluación psicológica forense en casos de violencia contemplados en el marco de la Ley 30364* establece las fases para la evaluación psicológica forense. La primera de esas fases es la explicación del procedimiento a realizar y la obtención del consentimiento informado.

– En el caso de personas iletradas, debe realizarse la lectura del formato de consentimiento, además de consignarse la huella o firma de la persona, y debe dejarse constancia de su condición en el informe.

– En el caso de niños, niñas y adolescentes, debe explicarse el procedimiento y, además de recabar su consentimiento, también debe recabarse el del padre, el de la madre o el del tutor responsable. En el caso de que el padre o el

apoderado no brinde el consentimiento para que el menor sea evaluado, esto debe consignarse por escrito en el protocolo de pericia, y deben explicarse los motivos por los cuales este no autoriza la evaluación.

- En el caso de personas con discapacidad, se deberá tener en cuenta el tipo de discapacidad, adecuando la información y el apoyo a las características del evaluado, colocando la huella o la firma, y dejándose en el informe constancia de su condición.
- En el caso de la población LGBTI, es necesario considerar el nombre que se indica en el oficio que solicita la evaluación y proceder con la explicación del procedimiento.

3.6.3. La guía Identificación humana a través del método dactiloscópico

La guía *Identificación humana a través del método dactiloscópico*, aprobada el 7 de marzo del 2024 por la Resolución Jefatural 000156-2023-MP-FN-JN-IMLCF, indica que, cuando se trata de personas vivas, el procedimiento para obtener impresiones en el lector biométrico requiere la aplicación previa del consentimiento informado.

3.6.4. La directiva Telepericia psiquiátrica forense

La directiva *Telepericia psiquiátrica forense*, aprobada el 29 de junio del 2023 por la Resolución Jefatural 000360-2023-MP-FN-JN-IMLCF, establece que esta telepericia debe ser realizada por un profesional médico psiquiatra. Esta consiste en una evaluación psiquiátrica dirigida a establecer si la persona evaluada presenta algún tipo de trastorno, enfermedad mental o anomalía psíquica; se realiza a solicitud de la autoridad fiscal y judicial, con el consentimiento previo del usuario.

3.6.5. La guía De valoración de lesiones estomatológicas en personas

La guía *De valoración de lesiones estomatológicas en personas*, aprobada el 11 de abril del 2024 por la Resolución Jefatural 000324-2024-MP-FN-JN-IMLCF, indica que el examen clínico estomatológico forense debe realizarse con el previo consentimiento del peritado. En caso de negativa, esta debe registrarse en la descripción del examen clínico y en las conclusiones del informe pericial.

3.6.6. La guía Toma de muestra en personas vivas – dosaje etílico

La guía *Toma de muestra en personas vivas – dosaje etílico*, aprobada el 27 de junio del 2008 por la Resolución de la Fiscalía de la Nación 859-2008-MP-FN, no indica el consentimiento previo del peritado.

3.6.7. La Guía de procedimientos para la toma de muestras de sangre e hisopado bucal en tarjeta FTA para la prueba de ADN

La *Guía de procedimientos para la toma de muestras de sangre e hisopado bucal en tarjeta FTA para la prueba de ADN*, aprobada el 7 de abril del 2010 por la Resolución de la Fiscalía de la Nación 620-2010-MP-FN, establece que, antes de la toma de muestra, debe registrarse el formato de consentimiento y datos personales para filiación o el formato de consentimiento y datos personales para identificación, según corresponda. Las fichas deben ser firmadas por el juez o fiscal, además del personal que realiza la toma de muestra y la persona a la que se le toma la muestra. En este protocolo se indica, además, que en el caso de menores de edad y de "personas mentalmente discapacitadas", se debe contar con la autorización o consentimiento firmado por sus padres o apoderados. Cabe anotar que la denominación *personas mentalmente discapacitadas* resulta inapropiada, en tanto no se ajusta a la CDPD.

3.6.8. La "Directiva específica que regula la organización y el funcionamiento de la red nacional de servicios de laboratorios de biología molecular y de genética"

La "Directiva específica que regula la organización y el funcionamiento de la red nacional de servicios de laboratorios de biología molecular y de genética", aprobada el 7 de abril del 2010 por la Resolución de la Fiscalía de la Nación 619-2010-MP-FN, incorpora el acta de consentimiento para toma de muestra y datos personales para la prueba de ADN en casos de paternidad y homologación y el acta de consentimiento para toma de muestra y datos personales para identificación por ADN.

3.6.9. La Guía de procedimiento de entrevista única a víctimas en el marco de la Ley 30364 para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar; y a niños y adolescentes varones víctimas de violencia

La *Guía de procedimiento de entrevista única a víctimas en el marco de la Ley 30364 para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar; y a niños y adolescentes varones víctimas de violencia*, aprobada el 8 de septiembre del 2016 por la Resolución de la Fiscalía de la Nación 3963-2016-MP-FN, establece que, antes de la entrevista única a niños, adolescentes o personas adultas, se debe recabar su consentimiento informado y definir el rol de cada participante. Debe incluirse, cuando se requiera, un intérprete o traductor para personas con discapacidad o con lengua materna distinta al español, cuya intervención debe ser coordinada por el fiscal o el juez. Este intérprete debe ubicarse junto al psicólogo y transmitir únicamente preguntas y respuestas, sin añadir contenido subjetivo.

No obstante, surgen dudas sobre cómo se garantiza el acceso a la justicia en casos de flagrancia o de denuncias hechas por personas con discapacidad en contextos en los

que no existe personal capacitado ni mecanismos accesibles, especialmente durante la realización de exámenes médicos o periciales. Estas deficiencias evidencian la necesidad de implementar medidas inclusivas que garanticen un acceso efectivo a la justicia para todas las personas.

4. PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO SUJETOS PASIVOS EN ALGUNAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES EN EL CÓDIGO PENAL

En la actualidad, el Código Penal peruano contempla a las personas con discapacidad como sujetos pasivos en determinadas circunstancias agravantes. Ello responde a la especial situación de vulnerabilidad en la que pueden encontrarse frente a la comisión de delitos. Este enfoque se alinea con los principios de derechos humanos y de justicia orientados a brindar una mayor protección a los grupos con mayor riesgo de victimización. A continuación, se presentan los fundamentos principales:

- El primero es el reconocimiento de la vulnerabilidad. Las personas con discapacidad pueden enfrentar barreras físicas, comunicacionales o sociales que incrementan el riesgo de ser víctimas de determinados delitos. Por ejemplo, pueden experimentar dificultades para defenderse, denunciar un hecho delictivo o comprender plenamente la situación de abuso de la que son objeto. Por ello, al establecer esta circunstancia como agravante, el legislador busca disuadir las conductas que se aprovechan o explotan dicha vulnerabilidad.
- El segundo es el refuerzo de la protección especial. El Perú, al igual que muchos otros países, ha ratificado la CDPD, la cual establece, en su artículo 16, la obligación de protegerlas contra cualquier forma de explotación, violencia y abuso. En este contexto, la inclusión de la discapacidad como agravante refuerza el deber del Estado de brindarles una protección especial.
- El tercer fundamento es la gravedad del abuso de confianza o aprovechamiento. La comisión de un delito contra una persona con discapacidad suele implicar una intención de aprovecharse de la situación, lo cual agrava la culpabilidad del autor y justifica una sanción más severa.

Ahora bien, como se mencionó previamente, durante la investigación se constató que ni el Poder Judicial ni el Ministerio Público cuentan con un registro que permita identificar cuántos usuarios de sus sistemas son personas con discapacidad. Ante esta ausencia de información, la autora solicitó al Ministerio Público datos sobre la cantidad de casos registrados a nivel nacional por el delito de violación de persona en incapacidad de dar su libre consentimiento, tipificado en el artículo 172 del Código Penal. En respuesta, se informó que, entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2024, se registró un total de 841 casos.

Si bien es cierto que el sujeto pasivo en estos delitos no siempre es una persona con discapacidad, esta cifra permite una aproximación, aunque mínima, a la dimensión del problema. Además, debe considerarse que existen otros delitos en los que las personas con discapacidad son particularmente vulnerables y en los que su condición es reconocida como circunstancia agravante.

5. COMPROMISOS INTERNACIONALES SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LEGISLACIÓN VIGENTE EN MATERIA DE ACCESO A LA JUSTICIA

5.1. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

El artículo 13 de la CDPD establece que los Estados deben garantizar el acceso a la justicia en igualdad de condiciones para las personas con discapacidad, mediante ajustes de procedimiento, medidas adecuadas a la edad y capacitación del personal judicial, policial y penitenciario. Además, el artículo 16 asevera que se debe prevenir la explotación, la violencia y el abuso contra estas personas, brindando asistencia según género y edad, asegurando servicios accesibles, supervisando programas, promoviendo la recuperación de las víctimas y adoptando leyes eficaces con enfoque en mujeres e infancia.

Con relación a estas garantías, la legislación latinoamericana evidencia una progresiva armonización con los principios de la CDPD, especialmente en materia de capacidad jurídica, autonomía y acceso a la justicia. En este proceso, diversos Estados reemplazaron los regímenes de interdicción por sistemas de apoyo para la toma de decisiones. Perú lo hizo mediante el Decreto Legislativo 1384, del 4 de septiembre del 2028, el cual modificó el Código Civil. Colombia lo hizo con la Ley 1996, promulgada el 26 de agosto del 2019, la cual eliminó la interdicción. Argentina lo realizó a través del Código Civil y Comercial de la Nación, luego de otorgar jerarquía constitucional a la CDPD mediante la Ley 27.044 del 19 de noviembre del 2014. A su turno, Costa Rica lo hizo el 18 de agosto del 2016 mediante la Ley 9379. Estas reformas reflejan la transición de un modelo de sustitución en la toma de decisiones a otro basado en el reconocimiento de la capacidad jurídica y en el respeto por la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad.

5.2. La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer

También conocida como la Convención de Belém do Pará, esta fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) el 9 de junio de 1994. En su artículo 19, la convención obliga a los Estados a tomar medidas especiales para atender la violencia contra las mujeres en situación de mayor vulnerabilidad,

incluyendo a aquellas con discapacidad. Esto implica adecuar los servicios de justicia y protección para que sean accesibles, así como garantizar que las políticas públicas respondan a sus necesidades específicas.

La implementación de esta convención en América Latina ha impulsado la incorporación de normas que reconocen la especial situación de vulnerabilidad de las mujeres con discapacidad frente a la violencia, promoviendo respuestas institucionales con enfoque de género, discapacidad e interseccionalidad. En el Perú, la Ley 30364, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar promulgada el 23 de noviembre del 2015, reconoce expresamente a las personas con discapacidad como un grupo en especial situación de vulnerabilidad y establece medidas de protección diferenciadas.

En Argentina, la Ley 26.485, aprobada el 11 de marzo del 2009, desarrolla estos principios al disponer la eliminación de barreras físicas, comunicacionales y actitudinales para garantizar el acceso a la justicia. En Colombia, la Ley 1257 del 4 de diciembre del 2008 se complementa con la Ley 1618, aprobada el 27 de febrero del 2013, que fortalece las condiciones de accesibilidad. En el caso de Brasil, el Estatuto de la Persona con Discapacidad, Ley 13.146 del 6 de julio del 2015, reconoce expresamente el derecho de acceso a la justicia mediante ajustes procesales, tecnologías de apoyo y capacitación de los operadores del sistema. Por su parte, en México, la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, aprobada el 1 de febrero del 2007, desarrolla estos principios, aunque su aplicación presenta diferencias entre las entidades federativas.

5.3. La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad

Adoptada por la Asamblea General de la OEA el 7 de junio de 1999, esta convención establece que los Estados parte deben adoptar medidas para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad. Tal como lo indica en su artículo III, estas medidas deben desterrar progresivamente la discriminación y promover la integración, lo cual incluye al acceso a la justicia.

En cumplimiento de este instrumento, diversos países de la región han fortalecido sus marcos normativos para prohibir la discriminación por motivos de discapacidad y para garantizar el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad, incluyendo el acceso a la justicia. En el Perú, la norma que prohíbe toda forma de discriminación es la Ley General de la Persona con Discapacidad, Ley 29973 aprobada el 24 de diciembre del 2012. Esta fue complementada el 4 de septiembre del 2013 por el Decreto Legislativo 1384, el cual incorporó el sistema de apoyos y salvaguardias, y complementada también por protocolos institucionales del Poder Judicial y del Ministerio Público. En Colombia, la ya mencionada Ley 1618 establece ajustes razonables en los servicios públicos y la

Ley 1996 reconoce plenamente la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. En Argentina, la aprobación de esta convención mediante la Ley 26.378, del 21 de mayo del 2008, su posterior reconocimiento con jerarquía constitucional por la ya referida Ley 27.044 y las modificaciones introducidas al Código Civil y Comercial consolidaron un marco basado en la igualdad y la autonomía de las personas con discapacidad.

5.4. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Este pacto fue adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966 y establece el compromiso de garantizar el ejercicio de los derechos sin discriminación alguna, incluyendo la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad. En el Perú, la Ley 29973 —que prohíbe la discriminación por discapacidad y obliga al Estado a garantizar accesibilidad y la igualdad en el ejercicio de derechos fundamentales— se complementa con normas sectoriales que establecen ajustes razonables y acciones afirmativas en ámbitos como la salud, el empleo, la educación y la justicia.

En Colombia, la Ley 1618 obliga a las entidades públicas a eliminar las barreras físicas, comunicacionales y actitudinales, y se complementa con una amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional que reconoce a las personas con discapacidad como sujetos de especial protección constitucional. En Argentina, el principio de igualdad y no discriminación fue incorporado al marco constitucional y fortalecido por la Ley 22.431 del 16 de marzo de 1981, así como por las reformas posteriores a la ratificación de la CDPD.

5.5. Las reglas de Brasilia

El conjunto de estándares y recomendaciones de las "Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad" se aprobó el 6 de marzo del 2008 durante la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Estos estándares internacionales indican que deben establecerse las condiciones de accesibilidad necesarias para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad y, en su regla 8, resaltan que estas pueden desarrollarse incluso mediante el uso de medios tecnológicos.

Los países latinoamericanos han desarrollado este principio de igualdad mediante normas que prohíben la discriminación por discapacidad y establecen obligaciones estatales para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales en condiciones de accesibilidad. En el Perú, la Ley 29973, que impone al Estado el deber de asegurar igualdad de oportunidades y accesibilidad, se complementa con disposiciones sectoriales en ámbitos como la salud, la educación, el empleo y la justicia. En Colombia, la Ley 1618 exige la eliminación de barreras físicas, comunicacionales y actitudinales, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha consolidado una protección reforzada para este colectivo. En Argentina, el principio de igualdad y no discriminación se

fortaleció mediante la Ley 22.431 y las reformas posteriores derivadas de la incorporación de la CDPD al bloque de constitucionalidad.

5.6. La Ley 29973: Ley General de la Persona con Discapacidad

En el Perú, la Ley General de la Persona con Discapacidad, Ley 29973 del 2012, establece que el Estado debe garantizar a las personas con discapacidad el acceso y la libertad de elección de distintos formatos y medios disponibles para la comunicación. Asimismo, en su artículo 21, reconoce el derecho de las personas con discapacidad a utilizar la lengua de señas, el sistema braille y otros SAAC en los procesos judiciales.

5.7. Las personas con discapacidad y la Ley 30364

La Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar, Ley 30364 del 2015, tiene como finalidad prevenir, erradicar y sancionar cualquier tipo de violencia que ocurra en los ámbitos público o privado contra las mujeres por su condición de género, así como contra los integrantes del grupo familiar, brindando especial atención a quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad por razón de su edad o condición física, como las niñas, niños, adolescentes, personas adultas mayores y personas con discapacidad.

6. EL DERECHO A SER ASISTIDO POR UN INTÉRPRETE

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966, se establece que los acusados tienen derecho a ser asistidos "gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal" (artículo 14). En esa misma línea, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por la OEA el 22 de noviembre de 1969, establece el "derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal". Asimismo, el numeral 19 del artículo 2 de la Constitución política del Perú establece que todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete.

Por su parte, el artículo 15 del texto único ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado mediante el Decreto Supremo 017-93-JUS el 2 de junio de 1993, dispone que las actuaciones judiciales deben llevarse a cabo en castellano; sin embargo, si el idioma o dialecto del justiciable es distinto, debe garantizarse la intervención obligatoria de un intérprete. En ningún caso se puede restringir el derecho del justiciable a expresarse en su propio idioma o dialecto durante el proceso.

7. PROPUESTA DE IMPLEMENTACIÓN DE USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

7.1. Sistema de teletraducción para los casos de flagrancia

El término *teletraducción* alude a la traducción realizada a través de internet y a la traducción de contenido relacionado con este medio (O'Hagan & Ashwort, citados en Diéguez & Lazo, 2022); también se usa como sinónimo de tradumática. En este ámbito profesional, el traductor emplea diversas tecnologías de la información y la comunicación, como procesadores de textos multilingües, *softwares* de gestión terminológica y herramientas de traducción asistida por computadora, lo que le permite abordar distintas modalidades de traducción —entre ellas, la localización de sitios web y *software*—.

Se propone la implementación de un sistema de teletraducción que facilite el acceso remoto e inmediato a intérpretes de lengua de señas y traductores de lenguas originarias para las comisarías y los peritos del IML[1] y de la PNP. Este servicio estaría disponible las veinticuatro horas del día, los siete días de la semana, garantizando así una comunicación efectiva y sin barreras lingüísticas.

1 La licenciada Jenny Mercedes Huamán Peréz presenta un modelo de apoyo para la traducción de un hablante de quechua (variante Ayacucho Chanca). Allí indica lo siguiente: "Rimaykullayki. Ñuqap sutiymi Jenny, médico peritopa rimasqanta castilla simimanta qichwasimiman yachanaykipaq tikrasaq, chaynaqa Kay proceso llamkayta riqsinaykipaq. Ñawpaq qallariytaqa, imayna kanqas kay evaluaciónqa willasaykim tapukuykikunatapas kutichisaykim. kay evaluaciónqa imayna kasqaykita qawachinqa hinallataq proceso judicial nisqata sumaqta hatarichinqa. Chaypaqmi, médico perito qanmanta tapupayasunki, ñuqañataq qichwaman tikrasaq, kikiyki munaptikipiqa runakayniykita doctorqa qawapayanqa, chaynamá ima kiririsqaykitapas indicios médicos nisqanpi tarirunqa. Sunquy munasqaykimanta yanapayniykiqa. Qamllam ari manapas ninki evaluacionpaq imay urapipas sayananpaq. Astawan, llapan willasqaykiqa sinchi pakasqalla kanqa, chaynataq investigacionpaqllam llamkachisqa kanqa. Wakintapas manaraq yachaspa astawan hina chay yachayta munaspayki willarimuwanki, chaymanhina doctorpa nisqanwan yanapasaq. Evaluación nisqata ruwayta munaspaykiqa, ama hina kaspa kay consentimiento informado nisqata mañakuspam qillqanayki, chaypi kasukusqaykita qillqaspa" ["Buen día. Mi nombre es Jenny y estaré apoyando al médico perito como intérprete en su lengua materna para garantizar que comprenda claramente este proceso. Antes de continuar, quiero explicarle en qué consiste esta evaluación y responder cualquier duda que pueda tener. Esta evaluación tiene como finalidad registrar su estado físico y recopilar información relevante para el proceso judicial. Para ello, el médico perito realizará una entrevista, en la cual actuaré como intérprete, y, si usted lo autoriza, procederá con una exploración física para identificar posibles lesiones o indicios médicos. Es importante que sepa que su participación es completamente voluntaria. Usted tiene derecho a aceptar o rechazar la evaluación en cualquier momento. Además, toda la información obtenida será tratada con estricta confidencialidad y utilizada únicamente en el marco de la investigación. Si en algún momento tiene dudas o desea mayor claridad sobre algún aspecto, hágamelo saber y con gusto le ayudaré a comunicarse con el perito. Si está de acuerdo en proceder con la evaluación, le pediremos que firme este documento de consentimiento informado, dejando constancia de su conformidad"]. Para más información, puede consultarse la red social de la licenciada en: https://www.linkedin.com/in/mercedeshuaman/.

No obstante, la teletraducción no se limita al audio, sino que también comprende el video, ya que el intérprete debe contar con la posibilidad de dirigirse tanto al médico legista como a la persona usuaria cuando lo considere necesario, ya sea para aclarar o ampliar información o ante cualquier otra circunstancia que lo requiera. Además, es importante señalar que este apoyo no concluye con el consentimiento informado, sino que también resulta fundamental cuando la persona usuaria desee comunicar algo durante el reconocimiento médico legal o la pericia que se le practique, siempre que haya brindado su consentimiento.

7.2. Sistema aumentativo y alternativo de comunicación

Los SAAC abarcan todas aquellas formas de comunicación distintas al habla que permiten expresar necesidades, pensamientos, ideas y deseos. En la vida cotidiana, todas las personas recurrimos a este tipo de comunicación al emplear gestos, expresiones faciales, símbolos, ilustraciones o la escritura (Chaparro, 2021, p. 22). En este contexto, los sistemas de conversión de texto a voz (*text-to-speech*) desempeñan un papel fundamental al transformar el lenguaje escrito en habla, permitiendo la reproducción de mensajes en distintos idiomas.

Sin embargo, para que este sistema sea plenamente inclusivo en un país multilingüe como el Perú, es esencial contar con alfabetos estandarizados para las lenguas originarias. En ese sentido, mediante la Resolución Viceministerial 027-2015-Minedu, del 15 de junio del 2015, el Ministerio de Educación aprobó la norma técnica "Procesos para la normalización de las reglas de escritura uniforme de las lenguas originarias del Perú", lo que permitió el reconocimiento oficial de los alfabetos de varias lenguas (véase la Tabla 2).

Tabla 2

Relación de alfabetos oficiales reconocidos por el Estado peruano según resolución

Resolución Ministerial	Alfabeto oficial reconocido
1218-85-ED	Quechua y aimara
512-2015-Minedu	Bora
521-2015-Minedu	Maijiki
009-2016-Minedu	Kapanawa
110-2020-Minedu	Taushiro
111-2020-Minedu	Munichi
112-2020-Minedu	Omagua
210-2020-Minedu	Resígaro
212-2020-Minedu	Chamikuro

No obstante, según el mapa etnolingüístico del Perú (Ministerio de Cultura, s. f.), el país cuenta con 48 lenguas originarias, de las cuales 38 aún no han sido oficializadas en cuanto a su alfabeto estandarizado.

En consecuencia, la implementación de un sistema *text-to-speech* que posteriormente pueda incorporarse en un SAAC inclusivo que integre las lenguas originarias representa un desafío, pero también una oportunidad para garantizar el acceso a la comunicación en entornos jurídicos. Como primer paso, podría iniciarse con las lenguas que ya cuentan con alfabetización oficial, como el quechua y el aimara.

7.3. Implementación de comunicación directa entre el registro de apoyos y salvaguardias de Sunarp y las entidades del sistema de justicia

En la presente investigación, se obtuvo información del Conadis sobre el Registro Nacional de la Persona con Discapacidad. Al 25 de enero de 2025, dicho registro cuenta con 519 768 personas inscritas, de las cuales 217 767 son mujeres y 302 001 son varones. En lo que respecta a la clasificación por tipo de discapacidad, el Conadis reportó:

- 173 986 personas con discapacidad intelectual
- 42 655 personas con discapacidad psicológica
- 25 012 personas con discapacidad del lenguaje
- 50 565 personas con discapacidad auditiva
- 72 019 personas con discapacidad visual
- 91 324 personas con discapacidad visceral
- 151 816 personas con discapacidad muscular
- 200 157 personas con discapacidad generalizada

Cabe precisar que una persona puede presentar más de un tipo de discapacidad y que las cifras disponibles excluyen a las personas fallecidas, los retiros voluntarios y las nulidades. Si bien el Código Civil contempla la figura de apoyos y salvaguardias, su designación es voluntaria, por lo que no todas las personas con discapacidad cuentan con estos mecanismos formalmente inscritos. Al respecto, el Decreto Supremo 016-2019-MIMP, del 25 de agosto del 2019, en su artículo 25, establece que toda designación, revocación, renuncia, modificación o sustitución de dichos apoyos y salvaguardias debe inscribirse en el Registro Nacional de la Persona con Discapacidad.

En este contexto, resulta fundamental que los fiscales, los efectivos policiales y los peritos de la división de criminalística de la PNP y del IML tengan acceso a dicho registro.

Esto les permitirá verificar si una persona con discapacidad agraviada o implicada en un caso cuenta con apoyos y salvaguardias designados. Por ello, se propone fortalecer la interoperabilidad entre el registro de apoyos y salvaguardias de Sunarp y las principales entidades del sistema de justicia, como el Ministerio Público y la PNP. Este fortalecimiento permitirá optimizar el acceso y uso de la información para la protección de derechos y la adecuada toma de decisiones, así como facilitar la coordinación interinstitucional, lo cual garantizaría un apoyo oportuno y adecuado a las personas con discapacidad.

La optimización del acceso y el procedimiento de verificación podría realizarse mediante el diseño de un proceso automatizado. Un algoritmo podría identificar de modo inmediato, tras realizar la búsqueda del documento nacional de identidad, si la persona cuenta con apoyos y salvaguardias designados, lo cual agilizaría el proceso de consulta. Al igual que ocurre con las búsquedas en Reniec, este sistema deberá dejar una trazabilidad de las consultas realizadas, a fin de preservar la confidencialidad de los datos personales.

7.4. Propuesta de implementación de un sistema de registro para los usuarios con discapacidad

Se propone desarrollar un algoritmo para analizar y visualizar los datos, complementado con una herramienta que permita realizar un análisis estadístico avanzado. Atlan (citado en Maté, 2024) propone una metodología de once pasos para establecer un marco integral de implementación de la calidad de los datos: definir métricas aplicables a la calidad de los datos; identificar fuentes de datos; estandarizar los formatos para los datos y los protocolos; gestionar posibles errores y notificaciones; detectar limitaciones y cuellos de botella; realizar procesos de autenticación y autorización; realizar procesos de observación y registro en tiempo real; realizar procesos de versionado y gestión de cambios; incentivar la colaboración entre los partícipes; establecer procesos de mejora continua; y establecer procesos de entrenamiento y formación (Mate, 2024, pp. 40-41).

Maté señala la importancia de diferenciar entre autenticación y autorización. La autenticación permite verificar la identidad real de un usuario, mientras que la autorización determina a qué recursos puede acceder cada usuario, garantizando que cuente con los permisos adecuados para ello (Mate, 2024, p. 41).

En línea con la metodología propuesta por Atlan, se propone un procedimiento similar aplicable al presente caso, también de once pasos:

- Paso 1: identificación de los datos. Se incluirá información sobre todas las personas con discapacidad y aquellas cuya lengua materna sea distinta al español.
- Paso 2: fuentes de datos. La información podrá ser proporcionada por la persona usuaria, su familiar o persona de apoyo, o por un servidor público

que haya tomado conocimiento del caso (por ejemplo, un efectivo policial o un funcionario del Ministerio Público). Además, se considerará la interoperabilidad con entidades como Reniec y Migraciones.

- Paso 3: estructuración de la ficha de situación. Se diseñará una ficha que contenga rubros claros, tales como salud, condición socioeconómica, apoyo familiar, accesibilidad y distancia a los centros de atención, con la finalidad de obtener una visión integral de cada caso.
- Paso 4: gestión de errores. Se implementará un sistema de notificación que permita detectar y corregir errores en el registro de datos.
- Paso 5: optimización del rendimiento. Se establecerán mecanismos para prevenir la sobrecarga del sistema y garantizar su funcionamiento eficiente.
- Paso 6: autenticación y autorización. La identidad de los usuarios será verificada mediante la interoperabilidad con Reniec, Conadis, Migraciones, el Ministerio de Cultura y Sunarp. En cuanto a la autorización, los datos podrán ser ingresados por el usuario, pero solo podrán ser visualizados por jueces, fiscales y, en caso de intervención, por el equipo multidisciplinario.
- Paso 7: registro de incidencias. Se implementarán herramientas que permitan registrar los problemas o dificultades que enfrente la persona usuaria durante el proceso fiscal o judicial. Estos registros podrán ser proporcionados por la propia persona usuaria o por el equipo multidisciplinario, cuando corresponda.
- Paso 8: historial de actualizaciones. El sistema permitirá la actualización y mejora de los datos, garantizando la trazabilidad de los cambios mediante un registro de versiones.
- Paso 9: interacción con los usuarios. Se facilitará la comunicación entre funcionarios y usuarios a través de los canales existentes, como "El juez te escucha" del Poder Judicial y los correos electrónicos o la atención presencial en el Ministerio Público. Asimismo, se recomienda incorporar el apoyo de un teleintérprete en el sistema.
- Paso 10: mejora continua. El sistema será evaluado y perfeccionado de manera constante con la finalidad de optimizar su funcionamiento y desempeño.
- Paso 11: capacitación y actualización. Se garantizará la formación continua de los servidores encargados del sistema, promoviendo la investigación y actualización permanente para contribuir a su mejora.

8. CONCLUSIONES

El acceso a la justicia para las personas con discapacidad requiere transformaciones estructurales y tecnológicas que garanticen su participación plena y efectiva en los sistemas judicial y fiscal. La revisión de casos y normativas evidencia que la ausencia de intérpretes, la falta de registros desagregados y la insuficiente adaptación de los procedimientos generan barreras que limitan la equidad en los procesos.

La inteligencia artificial se presenta como una herramienta fundamental para mejorar la accesibilidad en el sistema judicial. La implementación de SAAC, el acceso remoto a intérpretes mediante teletraducción y la interoperabilidad de bases de datos permitirían garantizar un consentimiento informado adecuado y una valoración probatoria justa para las personas con discapacidad. Además, la implementación de un sistema de registro para los usuarios con discapacidad en el Poder Judicial y el Ministerio Público facilitaría el diseño y ejecución de políticas inclusivas basadas en evidencia.

Para lograr estos objetivos, es esencial que las instituciones judiciales adopten medidas concretas, como la capacitación especializada de jueces y fiscales, la implementación de tecnologías accesibles y la revisión periódica de los protocolos procesales. Solo mediante un enfoque integral y coordinado será posible garantizar un sistema de justicia verdaderamente inclusivo, en el que las personas con discapacidad puedan ejercer plenamente sus derechos en igualdad de condiciones y sin discriminación.

Este trabajo propone diversas estrategias; entre ellas, el empleo de SAAC en diligencias periciales, la interoperabilidad entre el registro de apoyos y salvaguardias de Sunarp y las entidades del sistema de justicia, la creación de un registro unificado de personas con discapacidad en el Poder Judicial y el Ministerio Público, y la implementación de un sistema de teletraducción operativo las veinticuatro horas del día para asegurar una comunicación efectiva. Además, se plantea un modelo de gestión de datos basado en una metodología de once pasos, que comprende la identificación y estructuración de la información, la autenticación y autorización de usuarios, la detección de errores, la optimización del rendimiento y la actualización continua de los registros. Si bien puede parecer un objetivo ambicioso, la finalidad es sentar las bases para futuros proyectos que, incluso, puedan superar las propuestas presentadas.

9. RECOMENDACIONES

Es indispensable implementar una capacitación continua y obligatoria para jueces y fiscales sobre la adecuada valoración del testimonio de personas con discapacidad cognitiva, considerando sus particularidades y evitando cualquier sesgo o prejuicio. Del mismo modo, se requiere una formación especializada y obligatoria para jueces y fiscales

en la valoración del testimonio de víctimas de violencia sexual con discapacidad, que aborde aspectos clave como la prevención de la victimización secundaria y la aplicación de ajustes procesales que garanticen su plena participación.

Actualmente existen fichas de valoración de riesgo para mujeres víctimas de violencia por parte de sus parejas o exparejas, así como para niñas, niños, adolescentes y personas adultas mayores, en las cuales se incluyen rubros para identificar si se trata de una persona con discapacidad. Sin embargo, no existe una ficha específica para víctimas con discapacidad, por lo que resulta necesario establecer un instrumento de evaluación integral de la situación de la víctima, que considere su contexto social, económico y cultural, así como las posibles condiciones de interseccionalidad que puedan afectarla.

Para fortalecer este enfoque, podría constituirse un grupo de trabajo multidisciplinario encargado de revisar y actualizar las guías médico-legales, incluyendo la participación de representantes de organizaciones de personas con discapacidad, expertos en derechos humanos y profesionales de la salud. Este equipo también podría desarrollar materiales de apoyo, como videos y folletos en formatos accesibles, que faciliten la comprensión del proceso de consentimiento informado por parte de las personas con discapacidad.

Finalmente, sería pertinente brindar capacitación a los efectivos policiales en técnicas de comunicación básica adaptadas a las necesidades de las personas con discapacidad, promoviendo así una atención más inclusiva y respetuosa desde el primer contacto con el sistema de justicia.

REFERENCIAS

Código de los Niños y Adolescentes. Ley 27337. 7 de agosto del 2000 (Perú).

Código Penal del Perú. Decreto Legislativo 635. Art. 172. 3 de abril de 1991 (Perú).

Corte Suprema de Justicia. (2021). Recurso de nulidad 809-2021/Ancash. (2021). Sala Penal Permanente.

Corte Suprema de Justicia. (2022). Recurso de nulidad 1896-2021/Loreto. Sala Penal Transitoria.

Corte Suprema de Justicia. (2023). Recurso de casación 1181-2021/Ancash. 18 de diciembre del 2023.

Corte Suprema de Justicia. (2024a). Recurso de casación 1164-2021/Puno. 3 de junio del 2024. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/06/Casacion-1164-2021-Puno-LPDerecho.pdf

Corte Suprema de Justicia. (2024b). Recurso de nulidad 1828-2023/Junín. Sala Penal Transitoria.

Chaparro, D. (2021). *Desarrollo de una aplicación móvil para la comunicación de personas con discapacidad con asistentes virtuales inteligentes de dispositivos IoT* [Trabajo de fin de grado]. Repositorio institucional de la Universidad de Alicante. https://rua.ua.es/server/api/core/bitstreams/415a86d1-61e5-4f45-bd23-27c7889faa14/content

Constitución Política del Perú. Art. 2. 29 de diciembre de 1993. https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682678

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, Organización de los Estados Americanos. https://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/convencion-americana-derechos-humanos.pdf

Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, 7 de junio de 1999, Organización de los Estados Americanos. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/5121460045187ceca767ff01a4a5d4c4/Convencion+Interamericana+para+la+eliminacion+de+todas+las+formas+de+discriminacion+contra+las+personas+con+discapacidad.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5121460045187ceca767ff01a4a5d4c4

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, 9 de junio de 1994, Organización de los Estados Americanos. https://www.gob.pe/institucion/mpfn/informes-publicaciones/1599182-convencion-interamericana-para-prevenir-sancionar-y-erradicar-la-violencia-contra-la-mujer-convencion-de-belem-do-para

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 13 de diciembre del 2006, Organización de las Naciones Unidas. https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf

Cumbre Judicial Iberoamericana. (2008). *100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia en condición de vulnerabilidad*. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8ed5d700498af236aba2efa6217c40f1/1.-+100REGLASDEBRASILIA.pdf?MOD=AJPERES

Decreto Legislativo 1384 del 2018. Por medio del cual se reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones. 4 de septiembre del 2018. Diario Oficial El Peruano. https://www.gob.pe/institucion/minjus/normas-legales/190877-1384

Decreto Supremo 016-2019-MIMP. Por medio del cual se aprueba el reglamento que regula el otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. 25 de agosto del 2019. Diario Oficial El Peruano. https://www.gob.pe/institucion/mimp/normas-legales/291035-016-2019-mimp

Decreto Supremo 017-93-JUS de 1993. Por medio del cual se aprueba el texto único ordenado (TUO) de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el Perú. 2 de junio de 1993. Diario Oficial El Peruano. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_per_ds017.pdf

Diéguez, M. I., & Lazo, R. M. (2022). Traducción en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Principales hitos y desafíos futuros en 50 años de formación de traductores. *Onomázein*, (10), 6-30. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8514920

Ley 1257 del 2008. Ley por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres. 4 de diciembre del 2008. Diario Oficial de Colombia (Colombia). https://www.oas.org/dil/esp/ley_1257_de_2008_colombia.pdf

Ley 13.146 del 2015. Estatuto da pessoa com deficiência. 6 de julio del 2015. Diário Oficial de la União (Brasil). https://natlex.ilo.org/dyn/natlex2/r/natlex/fe/details?p3_isn=100279

Ley 1618 del 2013. Ley que establece las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. 27 de febrero del 2013. Diario Oficial de Colombia (Colombia). https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=52081

Ley 1996 del 2019. Ley que establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad. 26 de agosto del 2019. Diario Oficial de Colombia (Colombia). https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=99712

Ley 22.431 de 1981. Ley que instituye un sistema de protección integral de los discapacitados. 16 de marzo de 1981. Boletín Oficial de la República Argentina (Argentina). https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/DB1F716D5587334B05257F0D005FE0F6/$FILE/3_ley_22431_sistema_protecci%C3%B3n_discapcidad_actualizada.pdf

Ley 26.378 del 2008. Ley que aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 21 de mayo del 2008. Boletín Oficial de la República Argentina (Argentina). https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26378-141317/texto

Ley 26.485 del 2009. Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. 11 de marzo del 2009. Boletín Oficial de la República Argentina (Argentina). https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/ley_ndeg_26.485_organized.pdf

Ley 27.044 del 2014. Ley que otorga jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 19 de noviembre del 2014. Boletín Oficial de la República Argentina (Argentina). https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-27044-239860

Ley 29973 del 2012. Ley General de la Persona con Discapacidad y su reglamento. 24 de diciembre del 2012. Diario Oficial El Peruano. https://www.gob.pe/institucion/conadis/informes-publicaciones/223512-ley-general-de-la-persona-con-discapacidad-y-su-reglamento

Ley 30364 del 2015. Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar. 23 de noviembre del 2015. Diario Oficial El Peruano. https://www.gob.pe/74905-ley-n-30364-ley-para-prevenir-sancionar-y-erradicar-la-violencia-contra-las-mujeres-y-los-integrantes-del-grupo-familiar

Ley 9379 del 2016. Ley para la promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad. 18 de agosto del 2016. Diario Oficial La Gaceta (Costa Rica). https://vlex.co.cr/vid/ley-promocion-autonomia-personal-647928221

Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del 2007. 1 de febrero del 2007. Diario Oficial de la Federación (México). https://www.gob.mx/conavim/documentos/ley-general-de-acceso-de-las-mujeres-a-una-vida-libre-de-violencia-pdf

Lloret Martín, P., Iborra-Marmolejo, I., Moret-Tatay, C., Bernabé-Valero, G., & Beneyto-Arrojo, M. J. (2024). El impacto de la victimización secundaria en víctimas de violencia sexual: una revisión sistemática. *Anuario de Psicología*, *54*(1), 29-44. https://doi.org/10.1344/ANPSIC2024.54/1.4

Maté, J. (2024). *Herramientas de calidad del dato. Comparativa y metodología de selección* [Trabajo de grado]. Repositorio de la Universitat Politècnica de València. https://riunet.upv.es/entities/publication/9edf615a-4e8b-4c36-b2e4-36275476a978

Ministerio de Cultura. (s. f.). *Mapa etnolingüístico del Perú.* https://geoportal.cultura.gob.pe/mapa_etnolinguistico/

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966, Organización de las Naciones Unidas. https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 de diciembre de 1966, Organización de las Naciones Unidas. https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights

Resolución de la Fiscalía de la Nación 3963-2016-MP-FN [Ministerio Público, Fiscalía de la Nación]. Por la cual se aprueban las guías en mérito de lo dispuesto por

la ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. 8 de setiembre del 2016. https://www.gob.pe/institucion/mpfn/normas-legales/6097427-003963-2016-mp-fn

Resolución de la Fiscalía de la Nación 619-2010-MP-FN [Ministerio Público, Fiscalía de la Nación]. Por la cual se aprueba la directiva específica que regula la organización y el funcionamiento de la red nacional de servicios de laboratorios de biología molecular y de genética. 7 de abril del 2010. https://www.gob.pe/institucion/mpfn/normas-legales/1809344-619-2010-mp-fn

Resolución de la Fiscalía de la Nación 620-2010-MP-FN [Ministerio Público, Fiscalía de la Nación]. Por la cual se aprueba la guía de procedimientos para la toma de muestras de sangre e hisopado bucal en tarjeta FTA para la prueba de ADN. 7 de abril del 2010. https://www.gob.pe/institucion/mpfn/normas-legales/1809342-620-2010-mp-fn

Resolución de la Fiscalía de la Nación 859-2008-MP-FN [Ministerio Público, Fiscalía de la Nación]. Por la cual se aprueba la guía para la toma de muestras en personas vivas – dosaje etílico. 27 de junio del 2008. https://www.gob.pe/institucion/mpfn/normas-legales/5872533-0859-2008-mp-fn

Resolución de Presidencia D000137-2023-Conadis-PRE [Conadis]. Por la cual se aprueba la guía para el trato adecuado a las personas con discapacidad. 17 de noviembre del 2023. https://www.gob.pe/institucion/conadis/normas-legales/4864441-d000137-2023-conadis-pre

Resolución Jefatural 000156-2023-MP-FN-JN-IMLCF [Ministerio Público, Fiscalía de la Nación]. Por la cual se aprueba la guía de identificación humana a través del método dactiloscópico. 7 de marzo del 2023. https://www.gob.pe/institucion/mpfn/normas-legales/5883118-000156-2023-mp-fn-jn-imlcf

Resolución Jefatural 000324-2024-MP-FN-JN-IMLCF [Ministerio Público, Fiscalía de la Nación]. Por la cual se aprueba la Guía de valoración de lesiones estomatológicas en personas del Instituto de Medicina Legal. 11 de abril del 2024. https://www.gob.pe/institucion/mpfn/normas-legales/5883026-000324-2024-mp-fn-jn-imlcf

Resolución Jefatural 000360-2023-MP-FN-JN-IMLCF [Ministerio Público, Fiscalía de la Nación]. Por la cual se aprueba la Directiva de telepericia psiquiátrica forense. 29 de junio del 2023. https://www.gob.pe/institucion/mpfn/normas-legales/5883024-000360-2023-mp-fn-jn-imlcf

Resolución Jefatural 00189-2021-MP-FN-JN-IMLCF [Ministerio Público, Fiscalía de la Nación]. Por la cual se aprueba la guía médico-legal para la evaluación física de la integridad sexual en presuntas víctimas de delitos contra la libertad sexual. 20 de diciembre del 2021. https://www.gob.pe/institucion/mpfn/normas-legales/5883032-000189-2021-mp-fn-jn-imlcf

Resolución Jefatural 258-2021-MP-FN-JN-IMLCF [Ministerio Público, Fiscalía de la Nación]. Por la cual se aprueba la guía de evaluación psicológica forense en casos de violencia contemplados en el marco de la Ley 30364. 27 de diciembre del 2021. https://www.gob.pe/institucion/mpfn/normas-legales/5883028-000258-2021-mp-fn-jn-imlcf

Resolución Viceministerial 027-2015-Minedu [Ministerio de Educación]. Por la cual se aprueba la norma técnica denominada "Procesos para la normalización de reglas de escritura uniforme de las lenguas originarias del Perú". 15 de junio del 2015. https://www.gob.pe/institucion/minedu/normas-legales/171274-027-2015-minedu

Rectificación de superficie predial en inmuebles rústicos: un problema registral en Chile

Julio Ferreira Salazar*
Universidad de Concepción, Chile

Recibido: 21 de enero del 2026 / Aceptado: 4 de mayo del 2026
doi: https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2026.n061.8544

RESUMEN. En este artículo se analiza la situación que se presenta cuando la superficie real de un inmueble rústico es mayor a la que se encuentra consignada en la inscripción de dominio en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces. La investigación pretende determinar si las normas que actualmente integran el sistema registral inmobiliario chileno proporcionan una solución satisfactoria para este problema. Con el propósito de alcanzar ese objetivo, se exponen las diversas causas que pueden dar origen a la distorsión de la superficie real–registral de los inmuebles rústicos inscritos y los mecanismos que la práctica inmobiliaria ha empleado para resolverla. En ambos casos, se considerarán las disposiciones normativas que estructuran el sistema registral inmobiliario chileno y la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia.

PALABRAS CLAVE: derecho registral inmobiliario / superficie predial / registro de propiedad / catastro inmobiliario /propiedad raíz

* Candidato a doctor en Derecho Privado por la Universidad de Salamanca y la Universidad Pública de Navarra. Magíster en Derecho Privado por la Universidad de Concepción. Licenciado y abogado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción. Profesor asistente del Departamento de Historia y Filosofía del Derecho de la Universidad de Concepción, Chile. Código ORCID: https://orcid.org/0009-0004-0835-2243 / Correo electrónico: juferreira@udec.cl

Este artículo de investigación se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación "Cambios y transformaciones en las instituciones del derecho privado: hacia un derecho privado centrado en eficacia de los derechos constitucionales y convencionales – fase IV" de la Universidad Católica de Colombia en Bogotá, en respecto del cual el autor es coinvestigador externo.

RECTIFICATION OF PROPERTY SURFACE AREA: A REGISTRATION PROBLEM IN CHILEAN LAW

ABSTRACT. This article analyzes the situation that arises when the actual surface area of a rural property is greater than the area recorded in the ownership title registered at the Real Estate Custodian. The research aims to determine whether the rules currently comprising the Chilean real estate registration system provide a satisfactory solution to this registration issue. To achieve this objective, the study outlines the various causes that can lead to the discrepancy between the actual and registered surface area of rural properties, as well as the mechanisms traditionally used in real estate practice to resolve it. In both cases, the analysis considers the legal and regulatory framework of the real estate registration system, alongside the jurisprudence of both the Supreme Court and the Courts of Appeals.

KEYWORDS: real estate registral law / property surface / property registry / immovable property cadaster / domain registration

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo analiza el problema registral que se presenta en los predios rústicos cuando su cabida real es mayor a la consignada en el Registro Conservatorio.

Un tema como este merece ser estudiado en detalle, ya que, al encontrarse enfrentados distintos sujetos, existe la posibilidad de significar para uno, fundamentalmente para el propietario, un menoscabo en sus legítimos derechos. Entre los intervinientes, se encuentran:

a. El propietario, quien buscará dejar constancia registral de la cabida real de su predio[1]

b. Los propietarios de los predios colindantes, debido a que el aumento que experimente la superficie registral de inmueble vecino puede no estar amparada por sus actuales deslindes y superficies

c. Los conservadores de bienes raíces (en adelante, CBR), porque, al estar encargados del Registro Conservatorio, serán los primeros a quienes se formularán los requerimientos

d. Finalmente, los tribunales de justicia que deberán dirimir los conflictos contenciosos o no contenciosos que por este problema se ventilen

Para dar cumplimiento al objetivo planteado, se destinará el primer acápite a la exposición breve de las causas que, según nuestra opinión, hacen posible la existencia de una disconformidad entre la realidad física y registral de los inmuebles. En el segundo acápite, se expondrán los mecanismos que la práctica registral chilena ha empleado para solucionar esta disconformidad. El tercer acápite estará enfocado en determinar si los mecanismos expuestos son capaces de resolver satisfactoriamente este problema registral. En el cuarto acápite, se entregarán observaciones y conclusiones que, desde nuestro punto de vista, pueden colaborar a subsanar las falencias del sistema registral inmobiliario chileno que advertimos con ocasión de esta investigación.

[1] A modo meramente ilustrativo, podemos advertir algunos casos, por ejemplo, la dificultad que tendrá el propietario de un inmueble forestal para obtener un plan de manejo que autorice la explotación maderera, conforme a lo preceptuado en el artículo 9 del Decreto del Ministerio de Agricultura 193, del 12 de junio de 1998, que aprueba el Reglamento General del Decreto Ley 701, de 1974, sobre Fomento Forestal. En efecto, dicha disposición exige que la presentación ante Corporación Nacional Forestal contenga la individualización del predio con indicación de la superficie solicitada y, además, se acompañe copia de inscripción de dominio del predio. Por otra parte, también puede significar un obstáculo si el propietario quiere lotear o subdividir su predio, igual se encontrará con inconvenientes, toda vez que los planos de la subdivisión o loteo, que deba elaborar para cumplir con las disposiciones que regulan la subdivisión predial, manifestarán disconformidad con la superficie registral del inmueble.

2. PRINCIPALES CAUSAS QUE GENERAN LA EXISTENCIA DE UNA DISCONFORMIDAD ENTRE LA SUPERFICIE REAL DE LOS PREDIOS Y LA QUE FIGURA EN EL REGISTRO

2.1. La técnica adoptada por el sistema registral inmobiliario chileno para incorporar los inmuebles al registro

El Registro Conservatorio de Bienes Raíces de Chile[2] (en adelante, el Registro) se organiza en torno a una técnica registral denominada folio personal o indirecto, es decir, los registros parciales se ordenan sobre la base de los nombres de las personas a quienes afecten los títulos cuya inscripción se requiere. En contraposición, se encuentra el sistema de folio real o directo, en que la individualización de los predios se materializa con un número de ingreso u otros datos prediales consignados en la respectiva carátula asignada por el CBR, "a continuación, formando un cuerpo individual (folio o carpeta) para cada predio, van siendo agregadas las constancias de las mutaciones jurídicas que van teniendo lugar en el bien" (Peñailillo, 2022, p. 140).

A esta técnica de organización se le han formulado críticas que apuntan a la lentitud e inseguridad del sistema inmobiliario. En este sentido, para alcanzar un cabal conocimiento del estado jurídico de los inmuebles inscritos, es indispensable conocer el nombre de los titulares. Además, por las mutaciones en la titularidad de la propiedad, la existencia de gravámenes y limitaciones al dominio, es necesario revisar todas las inscripciones que forman la historia del inmueble, remitiéndose, en la mayoría de los casos, a distintos registros. Finalmente, la circunstancia de encontrarse las inscripciones domínicas dispersas en distintos volúmenes y tomos anuales, muchos de los cuales están escritos con tinta y letra manuscrita, hace más factible que se produzcan errores involuntarios en ellas, como ocurre, en el tema que nos compete, en la superficie del inmueble.

2.2. La falta de menciones necesarias que debería contener la inscripción de dominio

El artículo 690 del Código Civil chileno[3] (en adelante, Cc.Ch.) y el artículo 78 de la Ley del Registro Conservatorio de Bienes Raíces[4] (en adelante, Ley del Registro Conservatorio),

---

2 Sobre la estructura y organización del Registro chileno, se puede consultar el estudio de Ferreira (2024, pp. 1-5).

3 "Artículo 690. Para llevar a efecto la inscripción, se exhibirá al Conservador copia auténtica del título respectivo, y del decreto judicial en su caso.
La inscripción principiará por la fecha de este acto; expresará la naturaleza y fecha del título, los nombres, apellidos y domicilios de las partes y la designación de la cosa, según todo ello aparezca en el título; expresará además la oficina o archivo en que se guarde el título original; y terminará por la firma del Conservador".

4 "Artículo 78. La inscripción de títulos de propiedad y de los demás derechos reales contendrá:

establecen las menciones que deben contener las inscripciones de dominio que se practican en el Registro.

El análisis de esta causal se realizará a la vista del artículo 690 del Cc.Ch. y del texto original del artículo 78 de Ley del Registro Conservatorio[5]. Realizamos esa prevención, por las modificaciones introducidas por la Ley 21772[6] al artículo 78, entraron en vigor el 1 de abril del 2026, por lo que aún no se advierte la real incidencia en el tema objeto del presente trabajo. Aclarado lo anterior, el estudio de las disposiciones permite arribar a dos grandes conclusiones.

La primera considera la existencia de inscripciones que dan cuenta de la superficie del inmueble, por haber estado consignada en los títulos presentados al CBR; y, de otras que, no expresan la cabida, porque de sus títulos no se desprendía[7]. Antes de la entrada en vigencia del nuevo texto del artículo 78 de la Ley del Registro Conservatorio, la indicación de superficie del inmueble no era un requisito que debía contener la inscripción de dominio.

Ahora bien, no se puede dejar de mencionar que la legislación común chilena no otorga obligatoriedad, como mención que debe contener la inscripción, la referencia

1. La fecha de la inscripción.
2. La singularización o identificación del inmueble, con mención expresa de su nombre, si corresponde, de su dirección, región, provincia, comuna; rol o roles de avalúo fiscal; superficie y planos, si los hay.
3. El título que se inscribe, su fecha, y el tribunal, notario o funcionario que lo autoriza.
4. La firma del conservador.
5. La persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción, con indicación del derecho o calidad que asume. Dicha información deberá precisar el número de cédula de identidad, en el caso de chilenos residentes en Chile; el de la cédula de identidad para extranjeros, en el caso de extranjeros residentes en el país; por último, el número de pasaporte, en el caso de extranjeros y chilenos residentes en el extranjero. Si se trata de persona natural, deberá indicarse su estado civil, según aparezca en el título.
6. La persona de quien procedan inmediatamente los bienes o derechos que deban inscribirse.
7. Última inscripción que la preceda.
8. La indicación de que se ha constituido como bien familiar, según sea el caso.
9. La indicación, cuando proceda, de que se trata de tierras indígenas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 19.253, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena.
10. Otras observaciones relevantes no comprendidas en los numerales anteriores, cuando corresponda".

5 El texto original del artículo 78, en su numeral 4, vigente desde el 24 de junio de 1857 al 1 de abril del 2026, establecía que "la inscripción de los títulos propiedad y de derechos reales, contendrá: 4. El nombre y linderos del fundo".

6 La Ley 21772, que Modifica el Sistema Registral y Notarial en sus Aspectos Orgánicos y Funcionales, publicada en el Diario Oficial con fecha 1 de octubre de 2025, reemplazó la denominación del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces por la de Ley del Registro Conservatorio de Bienes Raíces.

7 Una situación como ésta es perfectamente posible, ya que el artículo 1831 del Cc.Ch., permite que los predios rústicos se vendan *"ad-corpus"* sin relación a la cabida, es decir, como una especie o cuerpo cierto.

al plano del inmueble. En efecto, el numeral 2 del artículo 78 de la Ley del Registro Conservatorio comienza prescribiendo que la inscripción contendrá la singularización o identificación del inmueble, pero finaliza el numeral con la "superficie y planos, si los hay". En todo caso, existen normas especiales que establecen la obligación de confeccionar, por profesionales competentes, planos que den cuenta de las características reales de los inmuebles (superficie, deslindes, ubicación, etcétera), y que obligan a su archivo y posterior referencia a ellos en las inscripciones que se vayan practicando[8].

En lo que respecta a la segunda conclusión, se debe reiterar que el numeral 4 del texto original del artículo 78 exigía que la inscripción contuviera el nombre y los linderos del fundo. Respecto de estos últimos, se ha entendido que "la designación de los linderos del inmueble es un elemento importante de la substancia del acto de que se trata; constituyendo una forma de designar el objeto" (Peñailillo Arévalo, 2022, p. 158). Por otro lado, se ha sostenido que

> la precisión en la determinación de los deslindes y superficie de un predio es vital puesto que estos fijan, en el plano horizontal, la extensión material del derecho real de dominio, lo que significa que el dueño de un predio lo es de todo el terreno comprendido dentro de los deslindes o límites de este. (Gutiérrez González, 2009, p. 38)

En igual sentido ha razonado la Corte Suprema, en el Rol 887-2006 del 2009: "En nuestro derecho, los bienes raíces se individualizan por los deslindes que se señalan en la respectiva inscripción de dominio. De este modo, un predio se encontrará correctamente individualizado cuando se mencionen sus linderos"[9].

Es imperativo dejar establecido que la legislación chilena no contiene norma que permita precisar qué ha de entenderse por linderos del fundo. Frente a tal ausencia, la Real Academia Española (s. f.) define la palabra *linde* como el término o línea que separa unas heredades de otras; por lo tanto, se puede entender que la expresión *linderos del fundo* hace referencia a las líneas divisorias que permiten deslindar el inmueble de los predios colindantes y que permiten la necesaria individualización de aquel.

---

[8] Entre otros, por ejemplo, el Decreto Ley 2695, de 1979, que fija normas para regularizar la posesión de la pequeña propiedad raíz y para la constitución del dominio sobre ella, en su artículo 14, establece que el CBR —junto con practicar la inscripción del inmueble de acuerdo con las indicaciones que contenga la resolución— agregará al final del Registro de Propiedad, una copia autorizada de dicha resolución, junto con el plano correspondiente, en su caso. La Ley 21442, del 1 de abril del 2022, que aprueba la nueva Ley de Copropiedad Inmobiliaria, en el numeral 5 del artículo 51, dispone que "la inscripción del título de propiedad y de otros derechos reales sobre una unidad contendrá las siguientes menciones: ... 5. El número y la ubicación que corresponda a la unidad en el plano de que trata el artículo 49".

[9] En este mismo sentido: Rol 5829-2010 (Corte Suprema, 2011), Rol 2786-2011 (Corte Suprema, 2011), Rol 12551-2011 (Corte Suprema, 2012) y Rol 4023-2015 (Corte Suprema, 2016).

La práctica registral chilena ha empleado diversas referencias, tanto naturales como artificiales, para precisar los límites de un fundo y, por consiguiente, su individualización. Es frecuente que se citen como deslindes de un fundo, entre otros, el nombre de los predios o de los vecinos colindantes, ríos, esteros, canales o pajonales, accidentes geográficos, árboles, bosques. Sin embargo, esta técnica puede ocasionar una distorsión en el Registro por la alteración de las referencias con el paso del tiempo (el río cambió de curso, el pajonal se secó, el árbol fue cortado, etcétera).

2.3. La designación imprecisa, inexacta u obsoleta de la superficie de los inmuebles inscritos

Estas causales se encuentran relacionadas a los casos en que la inscripción de dominio da cuenta de la superficie predial, pero existe una disconformidad con su superficie real, de forma tal que la superficie consignada en la inscripción puede ser imprecisa, inexacta u obsoleta.

La inscripción de dominio adolece de imprecisión cuando indica la cabida del inmueble, pero dicha mención se encuentra acompañada de expresiones equívocas que impiden determinar cuál es su real extensión. Así, el habitual empleo de cláusulas vagas, tales como "más o menos" o "aproximadamente", ha dado lugar a que la inscripción exprese en la parte pertinente, por ejemplo: "Que el Fundo Caripilún tiene una superficie de mil hectáreas aproximadamente". Ahora bien, lo descrito es posible por lo dispuesto en el artículo 1831 del Cc.Ch.[10], que autoriza la venta de un predio rústico tomando en cuenta su cabida o bien desentendiéndose de ella, es decir, como especie o cuerpo cierto. De esta manera, se ha sostenido que el empleo de expresiones como las antes referidas impide determinar la real extensión de un predio y manifiesta, en consecuencia, que la intención de las partes no fue contratar con relación a una cabida determinada (Alessandri Rodríguez, 2011, pp. 814-824).

La inexactitud se da en aquellos casos en los que la inscripción registral menciona una superficie aparentemente determinada del inmueble, pero que, con ocasión de una

[10] "Artículo 1831. Un predio rústico puede venderse con relación a su cabida o como una especie o cuerpo cierto.
Se vende con relación a su cabida, siempre que ésta se expresa de cualquier modo en el contrato, salvo que las partes declaren que no entienden hacer diferencia en el precio, aunque la cabida real resulte mayor o menor que la cabida que reza el contrato.
Es indiferente que se fije directamente un precio total, o que este se deduzca de la cabida o número de medidas que se expresa, y del precio de cada medida.
Es, asimismo, indiferente que se exprese una cabida total o las cabidas de las varias porciones de diferentes calidades y precios que contenga el predio, con tal que de estos datos resulte el precio total y la cabida total.
Lo mismo se aplica a la enajenación de dos o más predios por una sola venta.
En todos los demás casos se entenderá venderse el predio o predios como un cuerpo cierto".

nueva medición, se constata que tiene una superficie real distinta a la que figura en el Registro. Una situación como esta no es extraña en inscripciones de antigua data, en las que la superficie de los inmuebles era precisada con instrumentos de medición precarios que impedían calcularla con exactitud. Sin embargo, los avances que ha experimentado la agrimensura contribuyen a determinar con exactitud las reales características de los predios y su extensión.

En relación con este último punto, la obsolescencia comprende aquellos casos en que la inscripción registral da cuenta de la superficie del inmueble, pero ella ha sido expresada en unidades de medidas inútiles a nuestros días, por ejemplo, en varas o cuadras[11]. En relación con esto, se debe tener presente que el sistema registral chileno tiene ciento sesenta y nueve años de vigencia y que, por lo mismo, los inmuebles que accedieron al Registro Conservatorio, en virtud de títulos anteriores a la Ley de Pesos y Medidas del año 1848, bien pudieron tener determinada su cabida con unidades de medidas de frecuente empleo en aquella época.

2.4. La restringida y limitada calificación registral de los títulos que acceden al Registro por parte de los CBR

El principio de legalidad exige un control preventivo de los títulos que se le presentan al CBR, a fin de que se cumplan los requisitos establecidos por las leyes para acceder al Registro y para sus posteriores traspasos. En este orden de ideas, se ha sostenido que el principio de legalidad comprende dos modalidades: la titulación auténtica y la calificación registral (Sepúlveda, 2014, p. 205).

En lo que respecta a la titulación auténtica, según lo preceptuado en los artículos 690 del Cc.Ch. y 57 de la Ley del Registro Conservatorio, la inscripción en el Registro debe ser requerida exhibiendo copia auténtica del título respectivo o de la sentencia o decreto judicial, en su caso, debiendo también exhibirse los demás documentos necesarios, sean públicos o privados.

La calificación registral "exige una intervención activa de parte del registrador en el control jurídico de los actos y contratos cuyos títulos se someten a la inscripción" (Fundación Fernando Fueyo Laneri, 2003, p. 198). En virtud de esta calificación, que se encuentra establecida en los artículos 13 y 14 de la Ley del Registro Conservatorio[12], el

---

11 Chile, hace ciento setenta y ocho años, adoptó el sistema métrico decimal no se justificaría la existencia en la actualidad de títulos en los que no se haya procedido a la conversión de las unidades de medida con las cuales se determinó la superficie de un inmueble.

12. "Artículo 13: el conservador no podrá rehusar ni retardar las inscripciones: deberá, no obstante, negarse si la inscripción es, en algún sentido, legalmente inadmisible; por ejemplo, si no es auténtica la copia que se le presenta; si no está situada en la comuna o no es inmueble la cosa a que se refiere; si no se ha dado al público el aviso prescrito en el artículo 58; si es visible en el

CBR se encuentra obligado a inscribir los títulos que se le presenten y solo puede negarse excepcionalmente cuando se encuentre frente a alguna de las causales que las propias normas señalan.

En el sistema chileno, la función calificadora atribuida a los conservadores de bienes raíces está concebida en términos restringidos y limitados. En efecto, la circunstancia de que la legislación común omita atribuirle a los CBR facultades para realizar una calificación material impide un efectivo control de la congruencia que debe existir entre la descripción del predio en el título y las características físicas que presenta en la realidad, "pese a las consecuencias jurídicas que esto puede generar en el tráfico jurídico de los bienes inmuebles" (Otárola, 2023, p. 2752).

En virtud de lo expuesto, la calificación registral del sistema chileno es jurídica y no se extiende a la validez y eficacia de los actos que dan cuenta los títulos que constituyen el antecedente de la inscripción, salvo aquellos que reflejan en forma evidente un vicio de nulidad absoluta[13].

2.5. Falta de coordinación entre el registro inmobiliario y el catastro

El Servicio de Impuestos Internos de Chile (en adelante, SII) tiene a su cargo el catastro de la propiedad inmobiliaria. En la actualidad, este catastro se ha ido perfeccionando con las nuevas técnicas de agrimensura, lo que ha permitido conocer con relativa integridad la información predial —urbana y rural— del territorio nacional.

Por el contrario, los CBR no cuentan con un catastro integral de la propiedad raíz. Así, la coordinación entre el catastro y el Registro, que aspira a evitar la perniciosa inexactitud registral, no se cumple de una forma satisfactoria, dado que la coincidencia entre la información contenida en el catastro y el Registro no siempre se logra. Ello, por las siguientes razones:

---

título algún vicio o defecto que lo anule absolutamente; o si no contiene las designaciones legales o estas no son correctas para la inscripción. Los fundamentos de toda negativa se expresarán detalladamente en el mismo título y, además, en forma escrita al usuario en hoja separada, en el mismo acto".

"Artículo 14: si el dueño de un fundo lo vendiere sucesivamente a dos personas distintas, y después de inscrito por uno de los compradores apareciese el otro solicitando igual inscripción; o si un fundo apareciese vendido por persona que según el Registro no es su dueño o actual poseedor, el conservador rehusará también la inscripción hasta que se le haga constar que judicialmente se ha puesto la pretensión en noticia de los interesados a quienes pueda perjudicar la anotación.

Los fundamentos de toda negativa se expresarán con individualidad en el mismo título".

13 La jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile la ha entendido en sentido amplio, así se aprecia en las siguientes sentencias recaídas en reclamos de negativa de los CBR a inscribir: Rol 19470-2016 (Corte Suprema, 2016). En el mismo sentido: Rol 10251-2016 (Corte Suprema, 2017); Rol 34816-2016 (Corte Suprema, 2017); Rol 99945-2016 (Corte Suprema, 2018); Rol 5020-2017 (Corte Suprema, 2018).

a. Porque las finalidades que pretenden cumplir ambos servicios son distintas. El catastro del SII cumple una función eminentemente fiscal y tributaria; el Registro, en cambio, una función jurídica.

b. Porque el mecanismo que se ha implementado para la coordinación no ha sido adecuado, toda vez que el formulario que remiten mensualmente los CBR al SII no se abstrae del fin tributario.

c. Porque ninguno de los servicios comprueba la concordancia entre los deslindes y superficies de los inmuebles determinados en el rol de avalúos y los que constan en las escrituras o planos agregados al conservador (Fundación Fernando Fueyo Laneri, 2003, p. 285).

3. MECANISMOS EMPLEADOS PARA DAR SOLUCIÓN A LA DISCONFORMIDAD ENTRE LA SUPERFICIE REAL DE LOS PREDIOS RÚSTICOS Y LA QUE FIGURA EN EL REGISTRO

En este acápite se analizarán algunos de los mecanismos que se han empleado en la práctica registral chilena para dar solución a la disconformidad que se presenta entre la superficie real de un predio rústico y la que consta en su inscripción de dominio, específicamente cuando esta cabida es mayor a la que consta en el Registro.

3.1. La presentación de minutas o escrituras públicas rectificatorias de la superficie contenida en la inscripción de dominio

Los artículos 88[14] y 89[15] de la Ley del Registro Conservatorio autorizan la rectificación de errores, omisiones o cualquiera otra modificación equivalente que el CBR, de oficio o a petición de parte, tuviere que hacer una vez practicada la inscripción.

La primera de las disposiciones precisa que, cuando la rectificación se hace conforme al título inscrito, esta se materializa a través de una subinscripción. La segunda disposición se refiere al caso de que la rectificación tenga como fundamento un título nuevo, debiendo practicarse una nueva inscripción que llevará aparejada una nota de referencia a la inscripción original que los interesados pretenden modificar y,

14 "Artículo 88. La rectificación de errores, omisiones o cualquiera otra modificación equivalente que el Conservador, de oficio o a petición de parte, tuviere que hacer conforme al título inscrito, será objeto de una subinscripción; y se verificará en el margen de la derecha de la inscripción respectiva, al frente de la designación modificada".

15 "Artículo 89. Pero si en la subinscripción se requiere una variación, en virtud de un título nuevo, se hará una nueva inscripción, en la cual se pondrá una nota de referencia a la que los interesados pretenden modificar, y en ésta, igual nota de referencia a aquella.
Si el nuevo documento que se exhibe es una sentencia o decreto ejecutorios, cualquiera que sea la modificación que prescriban, se hará al margen del Registro, como se ordena en el artículo anterior".

a su vez, en esa inscripción original se añadirá una nota de referencia a la inscripción más reciente.

Expuesto lo precedente, una vía a la que se ha recurrido es la presentación al CBR de minutas o escrituras públicas rectificatorias acompañadas de un plano que da cuenta de la real cabida del inmueble, solicitando en aquellas su archivo y la correspondiente nota al margen en la inscripción de dominio. El fundamento para hacer aplicable esta solución es la relación de los artículos 39[16], 85[17] y 88 de la Ley del Registro Conservatorio. Según ya se analizó, el artículo 88 permite rectificar los errores, omisiones o cualquiera modificación equivalente en la inscripción, por medio de una subinscripción. Luego, en atención a los artículos 85 y 39, una vez verificada la inscripción, el CBR devolverá su título al requirente, pero si la inscripción se refiere a minutas o documentos que no se guardan en el Registro o protocolo de una oficina pública, se agregarán numerados al final de los respectivos Registros, por el mismo orden de las inscripciones.

A pesar de lo que se ha razonado, se debe tener presente que el gremio de los conservadores de bienes raíces ha sostenido que, en una situación en la que podrían verse perjudicados los derechos de terceros, no basta con una escritura pública en que el propietario unilateralmente rectifique la superficie de su predio, sino que es necesario que a ella concurran los dueños de los predios vecinos manifestando su conformidad con las alteraciones propuestas (Pica Pemjean, 2019, párr. 22).

3.2. Aplicación de las reglas de la compraventa de un inmueble rústico en consideración a la cabida, artículos 1831 y siguientes del Cc.Ch.

Al respecto, siguiendo al tratadista Arturo Alessandri Rodríguez (2011), la determinación de la forma en que se ha realizado la venta de un predio rústico es una cuestión de hecho, puesto que implica interpretar la intención que han tenido los contratantes. Conforme a lo dispuesto en la parte final del artículo 1831 del Cc.Ch., en caso de existir dificultades para precisar si la venta se ha realizado de una u otra forma, se debe entender que esta se efectúo como especie o cuerpo cierto.

---

16 "Artículo 85. Verificada la inscripción, el Conservador devolverá su título al requirente; pero si la inscripción se refiere a minutas o documentos que no se guardan en el Registro o protocolo de una oficina pública, se guardarán dichas minutas o documentos en el archivo del Conservador bajo su custodia y responsabilidad, observando a este respecto lo dispuesto en el artículo 39".

17 "Artículo 39. Los documentos que el Conservador debe retener según el artículo 85, se agregarán numerados al final de los respectivos registros, por el mismo orden de las inscripciones.
Los archivos de planos de los registros que lleve el conservador se agregarán numerados al respectivo registro del año. De la misma forma se archivarán los planos de condominio de la Ley 21.442, que aprueba la nueva Ley de Copropiedad Inmobiliaria, y demás que establezcan las leyes o reglamentos.
Los planos deberán siempre digitalizarse para su consulta y solo de ellos se otorgarán copias, sin que pueda el conservador certificar las que acompañe el requirente".

La aclaración anterior tiene importancia, ya que en la práctica registral se ha recurrido a los artículos 1831[18], 1832[19] y 1833[20] del Cc.Ch. para dar solución al problema que se presenta cuando la cabida real del predio resulta ser mayor a la que consta en el Registro. Así, sería posible fundar una solicitud de rectificación de superficie aduciendo que el predio se compró como especie o cuerpo cierto y que, por consiguiente, el aumento de superficie que pueda producirse carece de relevancia, ya que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1833 del Cc.Ch., las partes contratantes nada podrán alegar respecto de la superficie real (Corte de Apelaciones de La Serena, 2007, Rol 820-2007). O bien, en caso contrario, argüir que, por aplicación analógica de las reglas de la compraventa, en relación a la cabida, sería procedente acoger la solicitud de rectificación de superficie cuando el aumento no es superior al diez por ciento de la superficie que aparece consignada en la inscripción de dominio (Pica Pemjean, 2019).

3.3. Recurrir al saneamiento de títulos en conformidad al Decreto Ley 2695, que establece las normas para regularizar la posesión de la pequeña propiedad raíz y para la constitución del dominio sobre ella

Por último, se ha recurrido al saneamiento de títulos conforme al procedimiento establecido para que el propietario del inmueble regularice, por medio del Ministerio de

---

18 "Artículo1831. Un predio rústico puede venderse con relación a su cabida o como una especie o cuerpo cierto.
Se vende con relación a su cabida, siempre que ésta se expresa de cualquier modo en el contrato, salvo que las partes declaren que no entienden hacer diferencia en el precio, aunque la cabida real resulte mayor o menor que la cabida que reza el contrato.
Es indiferente que se fije directamente un precio total, o que éste se deduzca de la cabida o número de medidas que se expresa, y del precio de cada medida.
Es asimismo indiferente que se exprese una cabida total o las cabidas de las varias porciones de diferentes calidades y precios que contenga el predio, con tal que de estos datos resulte el precio total y la cabida total.
Lo mismo se aplica a la enajenación de dos o más predios por una sola venta.
En todos los demás casos se entenderá venderse el predio o predios como un cuerpo cierto".

19 "Artículo 1832. Si se vende el predio con relación a su cabida, y la cabida real fuere mayor que la cabida declarada, deberá el comprador aumentar proporcionalmente el precio; salvo que el precio de la cabida que sobre, alcance a más de una décima parte del precio de la cabida real; pues en este caso podrá el comprador, a su arbitrio, o aumentar proporcionalmente el precio o desistir del contrato; y si desiste, se le resarcirán los perjuicios según las reglas generales.
Y si la cabida real es menor que la cabida declarada, deberá el vendedor completarla; y si esto no le fuere posible, o no se le exigiere, deberá sufrir una disminución proporcional del precio; pero si el precio de la cabida que falte alcanza a más de una décima parte del precio de la cabida completa, podrá el comprador, a su arbitrio, o aceptar la disminución del precio, o desistir del contrato en los términos del precedente inciso".

20 "Artículo 1833. Si el predio se vende como un cuerpo cierto, no habrá derecho por parte del comprador ni del vendedor para pedir rebaja o aumento del precio, sea cual fuere la cabida del predio.
Sin embargo, si se vende con señalamiento de linderos, estará obligado el vendedor a entregar todo lo comprendido en ellos; y si no pudiere o no se le exigiere, se observará lo prevenido en el inciso 2 del artículo precedente".

Bienes Nacionales, aquel retazo de terreno que excede al amparado por la respectiva inscripción de dominio. Esto, según el Decreto Ley 2695[21] (en adelante, el DL).

El fundamento del DL y de otras normas dictadas con similar objetivo[22] obedece al reconocimiento legislativo de la existencia de inmuebles cuyos antecedentes jurídicos no son claros. Sin embargo, el procedimiento de regularización ha sido aplicado masivamente a una gran cantidad de predios beneficiados, pero también ha originado numerosos conflictos, sobre todo por su indebido empleo, incluyendo la controversia sobre sus eventuales inconstitucionalidad y derogación tácita (o sobrevenida) por la Constitución dictada posteriormente (Peñailillo Arévalo, 2022, p. 166).

Sin embargo, es preciso considerar que, conforme al artículo 15 del DL[23], la inscripción que se practique únicamente coloca al interesado en posesión regular del inmueble, lo que lo habilita para que transcurridos dos años completos de posesión inscrita no interrumpida, contados desde la fecha de la inscripción, se haga dueño del inmueble por prescripción.

4. LA APTITUD DE LOS MECANISMOS APLICADOS PARA SOLUCIONAR EL PROBLEMA

En términos generales, se puede sostener que ninguno de los mecanismos antes estudiados tiene la plena aptitud para solucionar el problema registral suscitado cuando la superficie real de un predio es mayor a la que consta en su inscripción de dominio. Esta conclusión queda de manifiesto al considerar los siguientes argumentos:

a. Permitir el aumento de la superficie registral mediante una declaración unilateral del propietario del inmueble, donde se presenta la disconformidad, puede lesionar los derechos de los propietarios colindantes.

---

21 Decreto Ley 2695, 1979, que fija normas para regularizar la posesión de la pequeña propiedad raíz y para la constitución del dominio sobre ella.

22 Es el caso de la Ley 16.741, 1968, sobre saneamiento de los títulos de dominio y urbanización de poblaciones en situación irregular.

23 "Artículo 15. La resolución del Servicio que acoja la solicitud se considerará como justo título. Una vez practicada su inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces, el interesado adquirirá la calidad de poseedor regular del inmueble para todos los efectos legales, aunque existieren en favor de otras personas inscripciones que no hubieran sido materialmente canceladas.
Transcurridos dos años completos de posesión inscrita no interrumpida, contados desde la fecha de la inscripción, el interesado se hará dueño del inmueble por prescripción, la que no se suspenderá en caso alguno.
La resolución indicada en el inciso primero y la sentencia a que se refiere el artículo 25 de esta ley se subinscribirán al margen de la respectiva inscripción de dominio a la que afecte el saneamiento, si se tuviere conocimiento de ella".

En ese mismo sentido, han razonado recientemente nuestros tribunales, al sostener que una rectificación de esta naturaleza y,

> aun cuando no se solicite expresamente la alteración de los deslindes, necesariamente significa variar de modo sustantivo uno de los aspectos más relevantes de la individualización de los predios. Resultando igualmente claras las posibilidades de afectar derechos de terceros, en particular, la de los dueños de los predios colindantes que ciertamente podrían ver disminuida su cabida, al menos la aparente o formal, a partir del aumento de la correspondiente a los inmuebles de propiedad de la solicitante. (Corte Suprema, 2017, Rol 12.223-2017)[24]

Por otro lado, una adecuada interpretación de los artículos 88 y 89 de la Ley del Registro Conservatorio pone en duda la real posibilidad de rectificar la superficie registral de un inmueble por medio de la presentación de minutas o escrituras públicas. En primer lugar, porque para salvar por medio de una subinscripción los errores, omisiones y otras modificaciones equivalentes en una inscripción ya practicada, es necesario que la rectificación se funde en el mismo título inscrito, situación que no ocurre cuando la superficie real de un inmueble es mayor a la consignada en la inscripción, ya que el aumento no consta en él. En segundo lugar, tampoco sería procedente practicar una nueva inscripción en la que se dé cuenta del aumento de superficie, toda vez que las minutas o escrituras públicas rectificatorias no constituyen nuevo título. Por lo anteriormente razonado, y sobre la base de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 89, será necesario que la rectificación de la superficie se ordene por medio de una sentencia judicial, para que, en virtud de ella, el conservador practique la subinscripción.

A la misma conclusión han arribado nuestros tribunales, considerando que, en los artículos 52 y 53 de la Ley del Registro Conservatorio, se establecen taxativamente los títulos que deben y pueden inscribir los conservadores requeridos para la práctica de dicha actuación. En tal enumeración no se encuentran el deber ni la facultad de dichos funcionarios de dar lugar a la inscripción o anotación marginal de minutas unilaterales que alleguen documentos (Corte Suprema, 2007, Rol 4636-2006).

Por último, exigir que la rectificación se funde en una escritura pública en la que concurran todos los propietarios colindantes aceptando el aumento de superficie no siempre es posible, ya que podría ocurrir que alguno de ellos se niegue a comparecer.

[24] En el mismo sentido: Rol 39619-2021 (Corte Suprema, 2022) y Rol 18843-2024 (Corte Suprema, 2025).

b. La aplicación por analogía de las reglas de la compraventa de un predio rústico con relación a la cabida no se extiende a los inmuebles urbanos ni tampoco a los inmuebles que, siendo rústicos, el aumento de superficie que se pretende es mayor al diez por ciento de aquel consignado en la inscripción de dominio. Sobre el particular se ha señalado que no existe razón alguna por la cual el porcentaje de un diez por ciento de diferencia entre la superficie real y la inscrita deba ser siempre considerada como no relevante, pues es posible que ese porcentaje de suelo sea el que contenga la mayor cantidad de riqueza del fundo, por lo que queda excluido de todos los beneficios que otorga la inscripción conservatoria (Flores Durán & Peña Henríquez, 2014, p. 37).

c. Por último, tratándose de la regularización del retazo de terreno que excede al amparado por la inscripción de dominio conforme al DL 2695, la inscripción que se practique únicamente pone al interesado en posesión regular del inmueble, lo que lo habilita para que, transcurridos dos años completos de posesión inscrita no interrumpida, contados desde la fecha de la inscripción, se haga dueño del inmueble por prescripción. Agregándose que, por lo establecido en el inciso 1 del artículo 17 del DL[25], los poseedores de inmuebles inscritos no podrán gravarlos durante el plazo de dos años, contado desde la fecha de la inscripción y, para enajenarlos, el plazo será de cinco años, contado desde la misma fecha.

5. PROPUESTAS PARA UNA ADECUADA SOLUCIÓN AL SISTEMA REGISTRAL INMOBILIARIO CHILENO

Alcanzado este punto, es pertinente formular algunas propuestas de reformas, en consideración a la existencia de defectos que impiden garantizar la seguridad y dinamismo del tráfico de los bienes inmuebles. Revisaremos las principales propuestas tendientes a evitar que se presente la disconformidad entre la superficie real y registral de un inmueble, incluyendo la hipótesis en que la superficie real del predio es mayor a la consignada en el Registro. De esta manera, se han considerado las siguientes soluciones:

a. La adopción de la técnica del folio electrónico para organizar el Registro. Esta medida haría más expedita la transferencia de inmuebles y evitaría, en buena medida, la presencia de errores en el Registro.

b. El establecimiento de la obligatoriedad general de acompañar un plano que dé cuenta de las características materiales de los inmuebles que accedan al Registro, por ejemplo: contorno, superficie, deslindes, ubicación, etcétera.

[25] "Artículo 17. Los poseedores de inmuebles inscritos con arreglo a esta ley no podrán gravarlos durante el plazo de dos años, contado desde la fecha de la inscripción. Para enajenarlos, el plazo será de cinco años, contado desde la misma fecha".

c. Como consecuencia de la exigencia anterior, se deberían extender las facultades que tienen los CBR para la calificación registral. En este sentido, la calificación ya no solo sería jurídica, sino que ejercería un control efectivo de la congruencia entre la descripción del predio en el título y las características físicas que presenta en la realidad.

d. La necesaria implementación de un catastro inmobiliario dependiente de los CBR. Esta propuesta, si bien puede parecer compleja y onerosa, es factible a corto tiempo mediante el traspaso adecuado de la información catastral que maneja el SII y la obligatoriedad de acompañar plano. La instauración de un catastro de esta naturaleza permitiría satisfacer los fines jurídicos a los que aspira el Registro, distintos de los tributarios y fiscales perseguidos por el catastro del SII, al contar con información certera y centralizada de las características materiales de los inmuebles inscritos.

6. CONCLUSIONES

El sistema registral chileno no contempla un mecanismo idóneo que solucione el problema de la disconformidad que se presenta cuando la superficie real de un inmueble es mayor a la que se encuentra consignada en la inscripción de dominio que lo ampara. En efecto, permitir el aumento de la superficie registral de un predio por medio de una declaración unilateral o de una gestión no contenciosa, puede lesionar eventualmente los derechos de los propietarios colindantes. La aplicación por analogía de las reglas de la compraventa de un predio rústico en relación a la cabida no se extiende a los inmuebles urbanos ni tampoco a los inmuebles que, siendo rústicos, el aumento de superficie que se pretende es mayor al diez por ciento de aquel consignado en la inscripción de dominio. Por último, el saneamiento de los títulos de dominio, conforme al Decreto Legislativo 2695, limita el dinamismo del tráfico inmobiliario al establecer que los poseedores de inmuebles inscritos no podrán gravarlos durante el plazo de dos años, contado desde la fecha de la inscripción y, para enajenarlos, el plazo será de cinco años, contado desde la misma fecha.

Todo lo anterior lleva a concluir que el sistema registral inmobiliario chileno necesita una verdadera reforma eficaz, la que debe apuntar sobre dos ejes fundamentales: el primero, encaminado a evitar que se presente la disconformidad entre la realidad material y la registral de los inmuebles; y el segundo, dirigido a la instauración de un mecanismo que permita solucionar el problema de la disconformidad, lo que garantizaría, por una parte, la seguridad jurídica a la que aspira el Registro y, por la otra, el dinamismo y celeridad que requiere el tráfico inmobiliario.

REFERENCIAS

Alessandri Rodríguez, A. (2011) *De la compraventa y de la promesa de venta* (Vol. II). Editorial Jurídica de Chile.

Código Civil. Ley del 14 de diciembre de 1855. Art. 690, 1831, 1832, 1833. 14 de diciembre de 1855 (Chile). https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986

Corte de Apelaciones de La Serena. (2007, 24 de octubre). Rol 820-2007.

Corte Suprema de Chile. (2007, 24 de septiembre). Rol 4636-2006. Araya Escobar, Cristián. (Recurso judicial).

Corte Suprema de Chile. (2009). Rol 887-2006 (Recurso de casación en materia penal).

Corte Suprema de Chile. (2011). Rol 5829-2010.

Corte Suprema de Chile. (2011). Rol 2786-2011.

Corte Suprema de Chile. (2012). Rol 12551-2011.

Corte Suprema de Chile. (2016). Rol 4023-2015.

Corte Suprema de Chile. (2016). Rol 19470-2016.

Corte Suprema de Chile. (2017). Rol 10251-2016.

Corte Suprema de Chile. (2017. Rol N 34816-2016.

Corte Suprema de Chile. (2017, 4 de julio). Rol 12.223-2017.

Corte Suprema de Chile. (2018). Rol 99945-2016.

Corte Suprema de Chile. (2018). Rol 5020-2017.

Corte Suprema de Chile. (2022). Rol 39619-2021.

Corte Suprema de Chile. (2025). Rol 18843-2024.

Decreto 193 de 1998. Por el cual se aprueba el Reglamento del Decreo Ley 701, de 1974, sobre Fomento Forestal. 12 de junio de 1998. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=125009

Decreto Ley 2695 de 1979. Por el cual se fijan normas para regularizar la posesión de la pequeña propiedad raíz y para la constitución del dominio sobre ella. 30 de mayo de 1979. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=6982

Decreto S/N de 1857. Por el cual se aprueba la Ley del Registro Conservatorio de Bienes Raíces. 24 de junio de 1857. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=255400

Flores Durán, M. F., & Peña Henríquez, C. (2014). *Sistema registral inmobiliario chileno: diagnóstico de sus problemas actuales e intentos de reforma*. Legal Publishing Thomson Reuters.

Ferreira, J. (2024). El registro conservatorio de bienes raíces chileno y la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario. *Iuris Dictio*, *33*, 1-5. https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/3197/3726

Fundación Fernando Fueyo Laneri. (2003). *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio* (t. IV). Editorial Jurídica de Chile.

Gutiérrez González, N. (2009). Aclaración y rectificación de títulos: en especial, deslindes y superficie. *Revista de Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción*, (19), 25-41.

Ley 16741 de 1968. Por la cual se establecen normas para saneamiento de los títulos de dominio y urbanización de poblaciones en situación irregular. 19 de enero de 1968. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=28648

Ley 21442 del 2022. Por la cual se aprueba la nueva Ley de Copropiedad Inmobiliaria. 1 de abril del 2022. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1174663

Ley 21772 del 2025. Por la cual se modifica el sistema registral y notarial en sus aspectos orgánicos y funcionales. 23 de septiembre del 2025. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1217156

Otárola, Y. (2023). El catastro en el tráfico jurídico de los bienes inmuebles: un estudio comparado entre el régimen de la propiedad en Chile y Alemania. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (799), 2751-2777.

Peñailillo Arévalo, D. (2022). *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales* (5.ª ed.). Editorial Jurídica de Chile.

Pica Pemjean, R. (2001). Actualización de deslindes y superficies prediales en inscripciones de dominio. *Revista Fojas*. https://revistafs.cl/articulos/actualizacion-de-deslindes-y-superficies-prediales-en-inscripciones-de-dominio/

Real Academia Española. (s. f.). Linde. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 18 de agosto del 2026, de https://dle.rae.es/linde?m=form

Sepúlveda, M. (2014). *Teoría general del derecho registral inmobiliario*. Editorial Metropolitana.

Desafíos para la responsabilidad civil a propósito del riesgo y de la autonomía

Marcos Santos Vaquero*
Universidad de Salamanca, España / Università degli Studi di Perugia, Italia

Recibido: 22 de enero del 2026 / Aceptado: 4 de mayo del 2026
doi: https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2026.n061.8546

RESUMEN. El presente trabajo analiza la configuración del régimen de responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial en la Unión Europea, tomando el riesgo como elemento vertebrador. A partir de la evolución normativa europea, se examinan los distintos niveles de riesgo como criterio de ordenación de la respuesta jurídica, así como su incidencia en la determinación del régimen aplicable, la carga probatoria, la trazabilidad del daño y los mecanismos complementarios de tutela, como el seguro obligatorio y los fondos de compensación. El estudio muestra que la regulación europea avanza hacia un modelo diferenciado según el grado de riesgo del sistema, con el objetivo de equilibrar la protección de las víctimas, la seguridad jurídica y el fomento de la innovación tecnológica.

PALABRAS CLAVE: inteligencia artificial / responsabilidad civil / riesgo / seguro / fondo de compensación

THE CONFIGURATION OF THE CIVIL LIABILITY REGIME FOR DAMAGE CAUSED BY ARTIFICIAL INTELLIGENCE SYSTEMS IN THE EUROPEAN UNION BASED ON RISK

ABSTRACT. This paper analyzes the configuration of the civil liability regime for damages caused by artificial intelligence systems in the European Union, taking risk as a backbone element. Based on European regulatory developments, the different levels of risk are examined as a criterion for ordering the legal response, as well as their impact on

* Doctorando en Derecho Privado en la Universidad de Salamanca y en Derecho del Consumo en la Università degli Studi di Perugia. Contacto: idu076499@usal.es / marcos.santos@dottorandi.unipg.it

the determination of the applicable regime, the burden of proof, the traceability of the damage and the complementary protection mechanisms, such as compulsory insurance and compensation funds. The study shows that European regulation is moving towards a differentiated model according to the degree of risk of the system, with the aim of balancing the protection of victims, legal certainty and the promotion of technological innovation.

KEYWORDS: artificial intelligence / civil liability / risk / insurance / compensation fund

1. INTRODUCCIÓN

La rápida expansión de la inteligencia artificial (IA) ha transformado de manera profunda múltiples ámbitos de la actividad social, económica y jurídica. Su creciente incorporación a procesos de decisión, producción y prestación de servicios ha multiplicado, al mismo tiempo, las situaciones en las que pueden derivarse daños para terceros, planteando interrogantes específicos en materia de responsabilidad civil. La dificultad para identificar con precisión al sujeto responsable, la opacidad de algunos sistemas, su capacidad de aprendizaje autónomo y la complejidad de las cadenas de producción tecnológicas obligan a replantear los criterios tradicionales de imputación del daño.

En este contexto, la Unión Europea ha optado por articular su respuesta normativa a partir de una lógica basada en el riesgo, diferenciando entre sistemas de alto riesgo y sistemas menos peligrosos, e incorporando mecanismos destinados a reforzar la tutela de las víctimas sin desincentivar la innovación tecnológica. Esta opción regulatoria adquiere especial relevancia en el ámbito de la responsabilidad civil, donde el riesgo no solo opera como presupuesto técnico de la actividad, sino también como criterio de ordenación jurídica para determinar el régimen aplicable, la intensidad de los deberes de control y las consecuencias derivadas de la eventual producción de un daño.

El presente trabajo tiene por objeto analizar la responsabilidad civil por daños causados por sistemas de IA en la Unión Europea, tomando el riesgo como eje vertebrador de la reflexión. Para ello, se examina en primer lugar la relación entre IA, autonomía tecnológica y creación de riesgos; posteriormente, se estudian los principales modelos de responsabilidad que se han planteado en el ámbito europeo; y, finalmente, se valoran algunos mecanismos complementarios de protección, como el seguro obligatorio, los fondos de compensación y otras fórmulas de garantía.

Con ello, se pretende ofrecer una visión sistemática del problema jurídico, poniendo de relieve tanto las ventajas de una regulación orientada por niveles de riesgo como las dificultades que todavía persisten en materia de trazabilidad, prueba del daño e identificación del responsable. La finalidad última es comprobar hasta qué punto el riesgo puede operar como criterio útil para estructurar un régimen de responsabilidad civil adaptado a los desafíos específicos que plantea la IA.

2. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y DERECHO: CONSIDERACIONES PREVIAS

2.1. Revolución digital como punto de partida

Una de las características más funcionales que ostenta nuestro derecho es la capacidad para adaptarse a las realidades sociales que emergen con el paso del tiempo (Albaladejo, 2001, p. 40). Esta capacidad se configura como necesaria simplemente con observar el

actual entorno digital en el que nuestra sociedad se sitúa en relación con el disruptivo desarrollo tecnológico, en constante evolución, que ha dado lugar a lo que algunos han denominado la cuarta revolución industrial o la revolución 4.0.

Los avances digitales han sido capaces de crear una sociedad sometida a un entorno de comunicaciones e interacciones virtuales al servicio de la sociedad de la información en la que no se contempla la vida sin un *smartphone*. El derecho debe dar respuestas claras ante riesgos potenciales que ostentan ciertos sistemas inteligentes, los cuales resultan cada vez más familiares para la sociedad.

Como punto de partida habría que señalar el fenómeno de la "datificación", en el que la economía, ahora colaborativa, también conocida como *sharing economy* (Cuena Casas, 2020, p. 285), depende del valor de los datos que prestan o venden los usuarios y empresas entre sí. Este nuevo modelo de mercado, de crecimiento progresivo, supone una economía bajo demanda (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 2016, p. 17)[1] al servicio de las nuevas tecnologías. Por otro lado, la cultura de datos o de información supone, junto con el sistema de posicionamiento global o GPS, la creación del *big data*[2], el cual representa a aquella herramienta necesaria para la invasión de la información que circula a través de la red y que, de la mano de la computación, se propaga de manera exponencial (Laín Moyano, 2021, p. 198).

Quizá la proliferación de este nuevo modelo de mercado se deba a la decadencia por falta de confianza del sistema financiero y al sobreendeudamiento generado por el sistema bancario. Estas circunstancias pudieron ser abandonadas por los ciudadanos gracias a las tecnologías, al conseguir atender sus necesidades sin recurrir a este tipo de intermediarios y actuar con una independencia más sostenible en comparación con el modelo tradicional. Algunos autores sugieren que esta afloración económica se debe a "fallos regulatorios" (Cuena Casas, 2020, p. 286) que, en ocasiones, son impredecibles. Los grandes beneficiados por esta economía colaborativa resultan ser los consumidores cuando crean una red de mercado horizontal en la que se dan operaciones entre iguales gracias, en gran parte, a las plataformas digitales, puesto que estas permiten una comunicación directa sin filtros, lo cual genera transparencia y confianza en sus usuarios.

1 El modelo mencionado implica una diversidad de formas de producción y consumo que evolucionan constantemente, en el que los participantes comparten activos, bienes o servicios poco utilizados de manera innovadora, ya sea mediante transacciones monetarias o no, utilizando plataformas digitales y, especialmente, internet.

2 La Resolución del Parlamento Europeo, del 14 de marzo del 2017 —sobre las implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley—, establece en su considerando A que el término *big data* o *macrodato* hace referencia a "la recopilación, análisis y acumulación constante de grandes cantidades de datos, incluidos datos personales … objeto de un tratamiento automatizado mediante algoritmos informáticos y avanzadas técnicas de tratamiento de datos, utilizando tanto datos almacenados como datos transmitidos en flujo continuo, con el fin de generar correlaciones, tendencias y patrones".

A estas variantes tecnológicas habría que sumarle la posibilidad de perfeccionar un contrato sin intervención humana, directamente a través de una máquina. Nos referimos a los *smart contracts*, que se caracterizan precisamente por ese abandono o pérdida de la intervención humana en la formalización y celebración de un contrato. Paradójicamente, se está incrementando la celebración de contratos que estaban en pleno desuso, como la permuta, que, ahora, mediante aplicaciones o plataformas destinadas a comunicar o poner en contacto intereses contractuales de dos o más posibles contratantes, capacitan al comprador y al vendedor para celebrarlos, aunque sea de manera indirecta.

2.2. Inteligencia artificial como sinónimo de autonomía y riesgo

Como vemos, este panorama tecnológico supone cambios en casi todas las áreas del derecho; sin embargo, el factor principal de riesgo lo encontramos en la autonomía o independencia de ciertos sistemas. Precisamente, esa autonomía se ve excesivamente desarrollada en sistemas *machine learning*, que son capaces de dar una respuesta (*output*) totalmente ajena a la voluntad o intención de su fabricante, creador, proveedor, operador o actualizador del *software*; es decir, por su alto nivel de sofisticación, ostenta un grado de imprevisibilidad potencialmente peligroso en algunos casos "cisne negro" (Taleb, 2011, pp. 23-26).

Volviendo a la figura de los sistemas *machine learning*, algunos autores como el profesor Fontana (2020), que los entienden como sistemas de aprendizaje autónomo, los han identificado como

> uma série de algoritmos que extraem informação a partir de um conjunto de dados, sem ser necessário denir um modelo matemático especíco. A partir de um conjunto de dados de treinamento, estes algoritmos buscam um padrão relacionando entradas e saídas, permitindo utilizar este padrão para realizar predições [una serie de algoritmos que extraen información de un conjunto de datos sin que sea necesidad de denotar un modelo matemático específico. A partir de un conjunto de datos de entrenamiento conjunto de datos, estos algoritmos buscan un patrón que relacione las entradas y las salidas, permitiendo utilizar este patrón para hacer predicciones]. (p. 3)

Como podemos observar, la definición de autonomía es difusa, pero es conveniente exponer la que brinda la norma ISO 8373 del 2021, sobre robots y dispositivos robóticos, la cual define autonomía como la capacidad para realizar tareas previstas en función del estado y la percepción actuales, sin intervención humana (International Organization for Standardization, 2021). Así, se presta insuficiente atención al progreso de la IA de mayor complejidad, lo cual, en el marco del *big data* y del internet de las cosas o —de manera más precisa— del dataísmo (Caro Coria, 2022, p. 635), nos dirige hacia el concepto de la singularidad. En esta etapa de desarrollo, la IA se asemeja a una forma de autoconsciencia y posee la capacidad de tomar decisiones autónomas e impredecibles.

Un ejemplo de esta característica de imprevisibilidad que ostentan algunos sistemas de IA lo encontramos en una noticia en la que se informa que un vehículo autónomo atropelló y causó la muerte de una mujer en el estado norteamericano de Arizona el 18 de marzo del 2018 (Levin & Wong, 2018)[3]. Este hecho, en el que un ser humano deja de tener el control del vehículo durante un trayecto, supone grandes preguntas en el marco de diferentes situaciones: ¿qué bien jurídico debe proteger este coche autónomo en caso de que tenga que elegir entre atropellar a un animal o a un ser humano? ¿Qué ocurre si el pasajero quiere bajarse del vehículo y el vehículo bloquea las puertas? ¿Hay un grado de confianza óptimo hacia estos en la actualidad?

Entonces, frente a casos como este, algunos juristas como el profesor uruguayo Martínez Mercadal (2018) han argumentado que "en el vehículo autónomo inteligente, la ciencia no ha logrado consagrar una previsibilidad cierta ante la complejidad del tránsito. Cuanta más autonomía tenga, mayor será la toma de decisiones, mayor será la incertidumbre e imprevisibilidad" (p. 62).

Otro ejemplo lo encontramos en la noticia del asesinato selectivo (*targeted killing*) a cargo de drones *Reaper* que, durante la retirada de tropas estadounidenses de Afganistán, acabó con la vida de diez civiles durante la evacuación de Kabul. El ataque ocurrió por un fallo en el sistema de reconocimiento del algoritmo, el cual envió información errónea al Pentágono indicando que se había reconocido a un grupo armado de ISIS, pero, en realidad, se trataba de civiles desarmados. Esta noticia hizo eco en los medios y se planteó la duda de quién iba a responder por esas muertes; sin embargo, la cuestión suscitó el problema de que el error partía de un fallo de programación de los drones, los cuales habían evidenciado una "certeza razonable" de que se trataba de un comando terrorista.

Para entender más a fondo la naturaleza de la IA, es conveniente repasar sus características, tal como las propone Cerdio Herrán (2021, p. 70): capacidad de mejorarse a sí misma; capacidad de actuar de manera autónoma, mediante la intervención humana como principal herramienta para alcanzar su objetivo; y capacidad para interactuar con su entorno. Estas características son casi humanas, ya que una IA funcionaría de la misma manera en que lo hace un cerebro: procesando información que recorre las distintas áreas de este mediante impulsos eléctricos (Boden, 2017, p. 20).

Autores como Ryan Calo (2017) han definido a la IA como un "conjunto de técnicas destinadas a aproximarse a algún aspecto de la cognición humana o animal mediante máquinas. Es decir, se trata de un *umbrella term* que engloba muchas técnicas diferentes"

3 Esta noticia supuso un antes y un después para la opinión pública. Se pudo comprobar el potencial riesgo que engloban algunos sistemas de IA con cierto grado de autonomía y su capacidad para causar daños y perjuicios. Fue a partir de este momento cuando Estados Unidos se comenzó a preocupar por la inminente entrada de ciertos sistemas inteligentes.

(p. 405). No obstante, parte de la doctrina ve con buenos ojos considerar a la IA como un producto más, es decir, como un *software* integrado en una base o estructura física (Díaz Alabart, 2018, p. 100).

También encontramos planteamientos filosóficos como el de Gilbert Ryle, quien, en su libro *The Concept of Mind* de 1949, ya sostenía el razonamiento de que el (hasta ahora) axioma cartesiano mente-cuerpo carecía de sentido sobre la base de la idea que denominó *the ghost in the machine,* entendiendo esta expresión como la capacidad de la mente (o elemento espiritual) de sobrevivir una vez producida la muerte física. De alguna manera, estos planteamientos se relacionaron con la llamada revolución cognitiva, que influyó en el desarrollo de la neurociencia, la computación y la IA (Campos Madrigal, 2021, p. 195).

El derecho de la Unión Europea está intentando dar respuestas; sin embargo, pese a la complejidad jurídica de todas estas cuestiones, algunos Estados, más adelantados en materia de IA, ya han comenzado a regular sustancialmente las implicaciones jurídicas de estos sistemas. Algunos defienden que una regulación *ex ante* podría suponer una barrera a la innovación. El profesor Catalán (2015) argumentó que el derecho "necesita equilibrar la tensión que surge entre la libertad de iniciativa y la necesidad de protección de la persona humana y de la tutela de otros valores sociales constitucionalmente asegurados" (p. 700).

Otras soberanías consideran que debe darse una intervención legislativa previa a la manifestación de resultados para no tener que sufrir ciertos efectos adversos (Battaglia et al., 2012). La imposición de barreras excesivas que impidan a los empresarios, diseñadores y técnicos desarrollar nuevas tecnologías como la IA sería contraproducente para nuestra economía y para las necesidades de la sociedad, es decir, una regulación muy estricta y poco flexible para impedir seguir desarrollando tecnologías necesarias para el avance de la sociedad (Aznar Domingo & Domingues Villaroel, 2022)[4].

2.3. Internet y sus riesgos: algunos desafíos jurídicos

Junto a la cuestión de la responsabilidad, los derechos humanos están en vilo frente a la presencia de estas nuevas tecnologías tan complejas y expuestas a causar daños reales. Parte de la doctrina sugiere que "se adquiera consciencia de que nunca como hoy se había sentido tan intensamente la necesidad de concebir los valores y derechos de la persona como garantías universales" (Pérez Luño, 2002, p. 102).

4 También, Dans (2017) señala que "reclamar regulación sobre una tecnología o conjunto de tecnologías antes de que se desarrollen es un problema. La regulación parte de una base muy problemática, y es que muy pocas veces se desarrolla de la manera adecuada y tiende a basarse en la restricción de posibilidades" (párr. 4).

Las ventajas son notables; sin embargo, como antes se señalaba, la gran acumulación y tráfico de datos podría equivaler a una vulneración masiva de ciertos derechos fundamentales, cuya protección resulta más difícil de salvaguardar conforme se siguen desarrollando las cualidades técnicas de ciertas tecnologías (Gómez Abeja, 2022, p. 91). Habría que sumársele, particularmente, los riesgos inherentes a la IA, es decir, aquellos riesgos que pueden ocurrir por su asimetría, errores de diseño, defectos de programación o fallas funcionales durante su desarrollo, interoperabilidad con otros sistemas, uso inapropiado, falta de transparencia en su funcionamiento, opacidad en la toma de decisiones, discriminación y violación de la privacidad (Muñoz Vela, 2022, p. 54).

En cualquier caso, las legislaciones nacionales deben actuar con arreglo al principio de cooperación mutua para paliar efectos no deseados, sobre todo si nos referimos a cuestiones donde media el internet, ya que la globalización supondría entender las sociedades interconectadas a escala planetaria (Pérez Luño, 2007, p. 98).

3. DEFINIENDO LÍMITES: EL PAPEL DEL LEGISLADOR EN LA CONFIGURACIÓN DE UN RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Como se venía anunciando en el apartado precedente, algunos sistemas de IA suponen una desconexión entre la voluntad del creador u operador y la actividad final manifestada por el sistema inteligente. En el área de la responsabilidad civil, *a priori*, tenemos expuestas dos alternativas: dirigir la reclamación contra el usuario, operador o fabricante, o bien dirigirnos directamente contra el sistema inteligente que ha sido capaz de tomar una decisión imprevisible para el supervisor humano más cercano.

Ya anticipo que la segunda tesis no ha prosperado entre la mayor parte de la doctrina por razones obvias, aunque sí hay algunos juristas que la defienden con ciertas reservas. En cuanto a la primera teoría, más conveniente a mi parecer, ahora se nos plantea un problema, ya que, si dirigimos la reclamación contra aquellos que no pudieron prever el daño, es decir, a quienes ni siquiera se les dio la posibilidad de actuar de manera diligente, podríamos generar barreras a la innovación al tener estos que soportar los fallos ajenos a su voluntad, lo que podría contravenir el principio de responsabilidad por culpa establecido en el artículo 1902 del Código Civil. Pese a este razonamiento, podríamos encontrar justificación en la conocida responsabilidad objetiva, lo que impermeabiliza los derechos de posibles víctimas expuestas a un riesgo considerable.

3.1. Contextualizando: la sociedad de consumo

Debemos detenernos en el término *responsabilidad*, que algunos autores, como Díez-Picazo (1992), entienden como "la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido"

(p. 591). En el derecho penal, este planteamiento se traduce en la locución latina *nulla poena sine culpa* que consagra el principio de culpabilidad. La doctrina más clásica hablaba de la necesidad de la existencia de culpa manifestada en un daño, sin poder condenar los pensamientos, por muy crueles que puedan ser, destacando el *cogitationis poenam nemo patitur* (Justiniano, 533 d. C./1874, Digesto 48.19.18 de Ulpiano).

En el ámbito del consumo, la responsabilidad civil por culpa habría logrado crear un sistema proteccionista lo suficientemente consolidado para la parte fuerte de la relación jurídica (Woolcott, 2007, p. 127), en el que los consumidores debían presentar todo tipo de pruebas para demostrar la culpa o negligencia del empresario. La labor probatoria para el consumidor puede llegar a ser excesivamente compleja, sobre todo si las reclamaciones versan sobre productos o servicios de los cuales no se llega a tener un completo entendimiento, lo que constituye una vía de escape ventajosa para los empresarios.

Nuestra propia legislación, a través del Código Civil, contempla la teoría clásica de la responsabilidad aquiliana o *lex Aquilia*, fundamentada en la idea de *sua quique culpa nocet*, en la que el daño solo debe ser atribuido al autor culpable. Lo mismo establece el Código Civil francés (CCF) o Código de Napoleón de 1804[5]. Con buena recepción por los iusnaturalistas y el derecho común, se estableció esta línea jurídica por siglos a través del derecho canónico y la influencia del pensamiento cristiano basado en la reprochabilidad del pecado. Del mismo modo, nuestro Código Civil, siguiendo la línea de las demás codificaciones europeas, adoptó la responsabilidad por culpa[6].

Aun con esta férrea consolidación legislativa a nivel comunitario, las tornas cambiaron con la aparición de la sociedad de consumo y la figura de los consumidores, desprovistos de una protección eficaz hasta ese momento, contaban con insuficientes garantías en el mercado, precisamente por la desigualdad de conocimiento en este. Todo ello supuso la creación del régimen de responsabilidad objetivo en España, con la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2007, del 16 de noviembre del 2007, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) y otras leyes complementarias.

La aparición de este régimen habría supuesto el culmen de la adaptación legal de nuestro sistema jurídico (Atienza, 2012)[7] a través de la objetivación de la responsabilidad

5 El Código francés de 1804 consagró el trinomio de culpa, daño y responsabilidad en los artículos 1382 y 1383. Según el artículo 1382 (actual artículo 1240): "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer [Todo hecho del hombre que causa a otro un daño obliga a aquel por cuya culpa ocurrió a repararlo]".

6 Artículo 2 del CCF: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".

7 El autor razonaría que "el concepto de responsabilidad se había ido ampliando hasta admitir supuestos de responsabilidad sin culpa" (Atienza, 2012, p. 120).

mediante la inversión de la carga de la prueba (Gómez-Riesco Tabernero de Paz, 2018, p. 113), aplicable ahora a empresarios, a fabricantes y, en definitiva, a profesionales.

La gran ventaja de la responsabilidad civil objetiva radica en la facultad de dirigir la reclamación demostrando únicamente el defecto y el nexo causal entre el daño y el defecto, sin necesidad de probar la culpa del agente profesional[8] (Real Decreto Legislativo 1/2007), evitando así la brecha en la responsabilidad o *responsability gap* (Villar Fuentes, 2020, p. 192).

Por otro lado, la exposición a riesgos relacionados con la tecnología se podría ver incrementada, dando lugar a la conocida "sociedad de riesgo" (Gutiérrez Santiago, 2006, p. 22) donde el acrecentamiento de las prácticas tecnológicas amenazaría directamente a la posición del consumidor, carente de conocimientos técnicos, siendo este el resultado del proceso de modernización de la sociedad industrial (Díez-Picazo, 1979, p. 732).

3.2. Responsabilidad objetiva

La Comisión Europea llevó a cabo una evaluación de la Directiva 85/374/CEE (Comunidad Económica Europea, 1985), sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos de 1985, para aclarar si se podría seguir aplicando para sistemas de IA o si sería necesario desarrollar otra alternativa regulatoria.

El régimen de responsabilidad objetiva lleva asociado un riesgo en el desarrollo que, a fin de cuentas, el legislador decidió paliar con la causa de exoneración por falta de conocimientos técnicos cuando se produjo el daño[9]. En palabras de Díez-Picazo, las reclamaciones de consumidores podrían verse comprometidas en casos en los que concurra una "causa de justificación" (1999, p. 298), lo que dejaría sin efecto el elemento demostrativo del daño y el defecto que recoge la Directiva 85/374/CEE[10].

Teniendo en cuenta estas causas de exoneración contempladas en la Directiva de 1985 y en el TRLGDCU, podríamos pensar que no nos encontramos realmente

8 El artículo 139 del TRLGDCU establece: "El perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos". La labor probatoria de la víctima, en este caso consumidores, se va a limitar a probar el nexo causal entre el daño y el producto, siendo irrelevante la concurrencia de la culpa del productor, quien pudo o no haber causado el daño.

9 Artículo 7.e) de la Directiva 85/374/CEE: "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". Artículo 140.e) del TRLGDCU: "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".

10 Artículo 4 de la Directiva 85/374/CEE, 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: "El perjudicado deberá probar el daño, el defecto y la relación causal entre el defecto y el daño".

frente a un régimen de responsabilidad objetivo, sino más bien frente a un régimen de responsabilidad cuasiobjetivo.

El caso de los sistemas de IA presenta una singularidad. En aplicación del principio de precaución y riesgo aceptable, justificado por la *culpa in singularitatem* (Ercilla García, 2018, p. 5), considero, a parte de la doctrina, que el propio hecho de tener cierta incertidumbre sobre el funcionamiento de un sistema inteligente constituiría un hecho generador de responsabilidad para quien, aun reconociendo esta incertidumbre o imprevisibilidad, decide lanzarlo al mercado (Zurita Martín, 2020, p. 62)[11]. Por lo tanto, la imprevisibilidad es intrínseca al objetivo de fomentar la aparición de la actividad autónoma del robot; por ello, podría no tener sentido exonerar de responsabilidad con base en la falta de conocimiento de los riesgos según el estado de la ciencia actual.

Además, este planteamiento sobre el riesgo atendería a lo que se conoce como la teoría del riesgo, según la cual quien introduce un elemento de riesgo en el tráfico está obligado a afrontar las posibles consecuencias negativas de su presencia, sin importar si tiene culpa o no en la situación. Asimismo, esta responsabilidad se ve acentuada si, además, quien introduce el riesgo es el beneficiario directo de dicha acción (Muñoz Vela, 2022, p. 204).

3.3. Hacia el régimen de responsabilidad por creación de riesgo

Como se venía anticipando, en el apartado anterior, el régimen de responsabilidad por creación de riesgos "no se centra en la persona «que actuó de manera negligente» como personalmente responsable, sino en la persona que es capaz, en determinadas circunstancias, de minimizar los riesgos y gestionar el impacto negativo" (Resolución del 16 de febrero del 2017, principio 55). Este sistema de gestión de riesgos señalaría, en términos de imputación de la responsabilidad, a la persona que pudo detectar, minimizar y detectar el riesgo. Se podría decir que el régimen aquí presentado se encasillaría en la conocida *culpa in eligendo* o en la *culpa in vigilando*.

Para la calificación del riesgo, la Unión Europea manifiesta que deben valorarse los siguientes factores: "La relación entre la gravedad del posible daño, la probabilidad de que el riesgo cause un daño o un perjuicio y el modo en que se utiliza el sistema de IA" (Resolución de 16 de febrero del 2017). En este punto surge la figura del formador, también conocido como *trainer* de la IA. Esta figura, según la Resolución del 2017, deberá ser responsable en el grado en que el sistema adquiera autonomía, es

11 Considera la profesora Zurita Martín (2020) que, con la comentada causa de exoneración, se pretendería resguardar al empresario al facilitar, "permeabilizando" la introducción al mercado de elementos que puedan representar riesgos y ocasionar daños al usuario. En ausencia de evidencia de culpa por parte del empresario, este podría quedar exento de la obligación de reparación.

decir, cuanta más autonomía adquiera, mayor grado de responsabilidad debe tener el formador o entrenador (principio 56).

Debería plantearse el asunto como una especie de responsabilidad por creación de riesgos[12] o temeridad en la puesta a disposición en el mercado de estos productos. No le estaríamos imputando la culpa del daño directamente a un productor, sino que se le imputaría la culpa derivada de la creación de un riesgo que, finalmente, se manifestó causando un daño a una víctima que debe ser resarcida. En relación con ello, Díez-Picazo (2008) menciona los límites del riesgo basándose en la teoría de riesgo tolerable (p. 86), la cual defiende que "una conducta es negligente cuando sobrepasa los límites del riesgo que el ordenamiento considera aceptable o tolerable" (p. 86).

Necesariamente, este régimen debe relacionarse con el factor beneficio. De este modo, el Tribunal Supremo, en la sentencia 139/2001 del 22 de febrero del 2001, entre otras, denuncia la aplicación indebida del artículo 1902 del Código Civil y cimienta el fallo en la aplicación de la teoría de la responsabilidad por riesgo, de la socialización de la culpa o con base en el factor benéfico. Esta sentencia reduce la aplicación de

12 La Audiencia Provincial de Vizcaya, en la Sentencia 416/2008 del 18 julio de 2008, establece lo siguiente: "Tradicionalmente los mayores problemas al analizar la concurrencia de los presupuestos o requisitos que hemos señalado deben concurrir para el éxito de una acción de reclamación con base en la denominada responsabilidad extracontractual, se han centrado en la prueba o acreditación de la «culpa», habiendo adoptado la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo diferentes soluciones para tratar de dar respuesta a los problemas que la misma planteaba, habiendo llegado a aceptar soluciones cuasi objetivas sobre la imputación de responsabilidad, máxime en supuestos de determinadas actividades consideradas peligrosas o de riesgo, consecuencia del desarrollo tecnológico de la sociedad, acudiendo al principio de que debe ponerse a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del quebranto sufrido por un tercero, concretando estas soluciones en una inversión de la carga de la prueba, en contra del demandado como causante del daño. Ahora bien, por fuertes que sean estas tendencias objetivadoras de la responsabilidad, que sobre todo se observa en la existencia de daños con ocasión de actividades generadoras de riesgo, recogidas en las diferentes sentencias dictadas por nuestro Tribunal Supremo, sin embargo, se sigue insistiendo por este Tribunal en que desde luego el art. 1902 de Código Civil no permite configurar una responsabilidad exclusivamente fundada en la creación del riesgo, requiriéndose al menos la concurrencia de un principio de prueba, al menos indiciaria, que permita atribuir a uno de los sujetos intervinientes en el resultado dañoso, alguna responsabilidad en él mismo". El Tribunal Supremo dictamina en el mismo sentido en las sentencias 346/2000, del 6 de abril del 2000; 650/2005, del 6 de septiembre del 2005; 927/2006, del 26 de septiembre del 2006; y 149/2007, del 22 de febrero del 2007. En esta última se recuerda que la jurisprudencia no ha aceptado el cambio en la carga de la prueba ni la inferencia basada en la evidencia, a menos que existan riesgos extraordinarios, daños desproporcionados o falta de cooperación por parte del causante del daño, especialmente cuando está obligado a proporcionar explicaciones debido a sus circunstancias profesionales u otras. En casos en los que la causa de un daño no represente un riesgo extraordinario, no procederá la inversión de la carga de la prueba con respecto a la culpabilidad en la producción de los daños, ya que implica asumir los riesgos generales de la vida como criterio de imputación del daño al individuo afectado. Así lo ha venido señalando la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las sentencias 758/2005, del 21 de octubre del 2005; 752/2003, del 17 de julio del 2003; y 1054/2006, del 5 de enero del 2006, entre otras.

la responsabilidad por riesgo a aquellas actividades realmente creadoras de riesgo, remitiendo todas las restantes actividades y supuestos a la aplicación del principio culpabilístico, tradicionalmente presente en la aplicación del artículo 1902[13].

Este régimen, en realidad, coincide con la "doctrina de la objetivación de la responsabilidad por riesgo"[14], que proclama la idea de que quien se beneficia del manejo de una fuente de peligros debe soportar el *incomodum* (Comporti, 1965, p. 176) para reparar los daños, excepto que demuestre que el daño no provino de su riesgo creado; por lo tanto, constituiría la problemática que afectaría más a la cuestión de la imputación más que al *onus probandi* (Llamas Pombo, 2018, p. 403).

Otra cuestión a tener en cuenta es la repartición de riesgos en grandes cadenas de producción, en la que el producto final es el resultado de la intervención de múltiples agentes. En esta cadena de procesos, a menudo, se pierde la trazabilidad de estos sistemas (Resolución de 20 de octubre del 2020). Además, dicha trazabilidad no resulta clara en sistemas de IA, como lo reconoce un informe del Parlamento Europeo del 5 de octubre del 2020[15], pues dichos sistemas cuentan con actualizaciones periódicas o interacciones con el entorno que cambian la configuración de origen. A esto habría que sumarle la posibilidad de personalización de la IA por parte de su usuario. Necesariamente, para resolver este rompecabezas, debemos acudir a la prueba pericial tal y como la recoge la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 335.1[16], en el que se

13 Según la sentencia 139/2001, del 22 de febrero del 2001, en el fundamento jurídico quinto, la Sala fija que *a sensu contrario* demuestra cómo la conducta del recurrente no está desprovista del reproche culpabilístico a fin de la aquiliana del 1902, porque no cumplió con sus elementales deberes de asegurar o conservar el perfecto estado o cuidar o mantener en debida forma la barandilla de madera por donde se cayó el demandante, circunstancias, pues, que apartan la asepsia de culpabilidad o razón de ser de la responsabilidad por riesgo por conductas neutras.

14 Según lo establecido por el Tribunal Supremo en las sentencias 420/2007, del 30 de marzo del 2007; 1030/2004, del 29 de octubre del 2004; 800/1998, del 30 de julio de 1998; 1222/2008, del 16 de diciembre del 2008; 331/2006, del 29 de marzo del 2006; y 299/2018, del 24 de mayo del 2018. Esta última, en el fundamento de derecho 2, deja bastante claro quién soporta la carga de la prueba en casos en los que el responsable fuera beneficiario de un riesgo: "El principio de la responsabilidad por riesgo, el cual, si bien no es de carácter plenamente objetivo, produce precisamente el efecto de obligar a quien presta el servicio generador del riesgo a acreditar el verdadero origen del siniestro".

15 El informe del Parlamento Europeo destaca, en la página 11, la importancia de establecer los parámetros de obtención de información almacenada en los sistemas de IA para la determinación del daño, la proporcionalidad de los agentes interventores, y otros, con la finalidad de recabar pruebas por parte de la autoridad investigadora de cada proceso, debiendo garantizarse el respeto y la protección del derecho a la intimidad y la protección de datos de carácter personal.

16 Según el artículo 335.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, sobre enjuiciamiento civil: "Cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esta ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal".

establece que, a través de dictámenes, debería quedar resuelta la cuestión técnica que se escapa de los conocimientos de los juristas (Plaza Penadés, 2022, p. 66)[17].

En caso de que el peritaje técnico no resulte eficaz, se han planteado otras alternativas, a mi parecer, más oportunas desde el Parlamento Europeo (informe del 5 de octubre del 2020), como la posibilidad de establecer una responsabilidad solidaria (Barona Vilar, 2021, p. 180)[18] a fin de garantizar, de cualquier modo, la viabilidad de la reclamación de la víctima, expuesta a soportar esa falta de identificación del responsable directo. En el mismo sentido, se configura la propuesta del artículo 11 de la Directiva 85/374/CCE, que establece la solidaridad de la responsabilidad cuando concurran dos o más operadores económicos en la aparición de un daño[19].

Esta regulación permite al damnificado dirigir la reclamación contra cualquier sujeto aparentemente involucrado con el sistema de IA, con independencia del vínculo contractual que pudiera haber entre el fabricante del *hardware* y el fabricante del *software*, lo que se justifica por la relación directa entre estos dos elementos (Izquierdo Grau, 2023, p. 6).

Volviendo a la cuestión del riesgo, sobre la base de este se ha planteado una clasificación que distingue entre los sistemas de IA de alto riesgo y los sistemas de IA que no son de alto riesgo. Para los de alto riesgo se habría determinado establecer una responsabilidad objetiva, contemplando la fuerza mayor como causa de exoneración de responsabilidad[20], mientras que para los sistemas de IA que no sean de alto riesgo se establece una responsabilidad subjetiva, con más causas de exoneración[21] que las contempladas para los de alto riesgo.

17 El autor deja claro que determinar quién pudo ser responsable en supuestos de múltiples intervinientes en el proceso de creación de una IA acción "será una cuestión técnica determinar si el responsable civil ha sido el propietario, el operario o el fabricante".

18 La profesora señala que "habría que determinar si deben responder por todos los daños o solo de los que provengan por su actividad, pudiendo a este respecto pensar en un posible reparto de culpas, corresponsabilidad solidaria o acción de culpa por su exclusivo responsable" (Barona Vilar, 2021, p. 180).

19 En el artículo 11 se fija esta responsabilidad solidaria: "Los Estados miembros garantizarán que, cuando dos o más operadores económicos sean responsables de los mismos daños con arreglo a la presente directiva, puedan ser considerados responsables conjunta y solidariamente".

20 El artículo 4.3 establece la fuerza mayor como única causa de exoneración en los supuestos que medien sistema de IA de alto riesgo: "Los operadores no serán responsables si el daño o perjuicio ha sido provocado por un caso de fuerza mayor".

21 El artículo 8.2 delimita los casos en los que no será responsable el operador o productor: "El sistema de IA se activó sin su conocimiento, al tiempo que se tomaron todas las medidas razonables y necesarias para evitar dicha activación fuera del control del operador, o se observó la diligencia debida a través de la realización de las siguientes acciones: la selección de un sistema de IA adecuado para las tareas y las capacidades pertinentes, la correcta puesta en funcionamiento del sistema de IA, el control de las actividades y el mantenimiento de la fiabilidad operativa mediante la instalación periódica de todas las actualizaciones disponibles". Del mismo modo como ocurre con los sistemas de alto riesgo, se contempla la fuerza mayor como causa de exoneración: "El operador no será responsable si el daño o perjuicio ha sido provocado por un caso de fuerza mayor".

3.4. Prácticas prohibidas, riesgo y dificultad probatoria

Si ya se había planteado una regulación sobre la base del riesgo ostentado por los sistemas de IA, ahora, con la llamada Ley de Inteligencia Artificial, se habría profundizado más en el asunto, al señalar prácticas prohibidas llevadas a cabo con sistemas de IA.

Estas prácticas, consideradas inaceptables por el riesgo que suponen para el conjunto de la sociedad, englobarían aquellas que aprovechen vulnerabilidades de determinados grupos o que evalúen la fiabilidad de las personas clasificándolas mediante la *social scoring* o puntuación social. Respecto de esta última, en relación con la justicia predictiva, son muchos los que no ven con buenos ojos aplicarla en la administración de justicia (Marchena, 2023, p. 38).

Más adelante nos encontramos con los sistemas de alto riesgo, es decir, con aquellos sistemas que supongan "un perjuicio a la salud y la seguridad, o el riesgo de tener repercusiones negativas para los derechos fundamentales" (artículo 7). Ergo, por bajo riesgo deberíamos hacer una lectura más generosa, menos restrictiva, para aquellos sistemas que no comprometan la seguridad o los derechos de forma tan agresiva. Un símil que considero conveniente es el que propondría Zorzona Somolinos (2020), quien argumenta que "una IA débil sabe jugar al ajedrez y una IA fuerte se plantea que entre el ajedrez y las damas hay cierto parecido" (p. 97).

Regresando al tema de la trazabilidad o *black box effect*, también conocido como efecto de caja negra, resulta complejo atribuir responsabilidad a cualquier agente cuando las pruebas no sean identificables o, directamente, no se logren obtener por cuenta del damnificado. Por ello, en el 2022 se redactó una propuesta de directiva en materia de responsabilidad civil extracontractual que vendría a facilitar esa labor probatoria para la valoración del *petitum* de la reclamación.

La línea que seguía la propuesta de directiva para conseguir aliviar la labor probatoria consistió en presunciones *iuris tantum*, sin llegar a invertir la carga de la prueba sobre la figura del empresario, profesional u operador. Estaríamos ante la aplicación del régimen de responsabilidad subjetiva, el cual facilita la exhibición de la prueba a través de mecanismos de obligado cumplimiento como la potestad de los órganos jurisdiccionales, a petición del demandante, de solicitar a cualquiera de los posibles responsables cualquier tipo de prueba o información relevante para la determinación de la responsabilidad.

Pese a la no inversión de la carga de la prueba, sí es cierto que la propuesta distingue, de nuevo, con base en el riesgo del sistema. Si nos encontráramos frente a un sistema de IA de alto riesgo, el demandante solamente tendría que demostrar el incumplimiento de las obligaciones estipuladas en la Ley de IA, mientras que, si se tratara de sistemas de IA que no son de alto riesgo, la labor probatoria sería mayor, por lo que debería probar que el presunto responsable se haya entrometido de manera significativa en las condiciones

de operación del sistema de IA o cuando el demandado tuviera la responsabilidad y la capacidad de determinar las condiciones de funcionamiento del sistema y no lo hubiera hecho (artículo 4).

4. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y MECANISMOS ALTERNATIVOS DE PROTECCIÓN

4.1. Sistema de registro y matriculación

Como podemos observar, la posibilidad de que un damnificado por un sistema de IA no resulte atendido en su pretensión a la hora de presentar su reclamación puede resultar probable. Por ello, la Unión Europea está trazando mecanismos de garantía paralelas a la delimitación de un régimen de responsabilidad civil. Una de las propuestas ha sido la de crear, de manera armonizada, un sistema de registro para sistemas inteligentes con su correspondiente matrícula específica identificativa (Resolución del 16 de febrero del 2017, recomendación 59.e).

La finalidad de dicho registro es aparentemente clara: permitir a terceros identificar a cada uno de los sistemas con los que se relacionen, para poder tener la suficiente seguridad jurídica en caso de que se produzca algún daño. Faltaría determinar quién tendría la obligación de inscribir a estos sistemas en el registro, así como la forma y el contenido de este, o qué sistemas, por su baja peligrosidad, no merecerían ser inscritos o serían de inscripción voluntaria.

4.2. Definiendo la siniestralidad de la IA

Otra iniciativa legislativa, para determinados sistemas de IA calificados de alto riesgo, consistiría en la obligación de contratar un seguro obligatorio de responsabilidad civil (Resolución del 20 de octubre del 2020). Debemos entender este seguro como aquel por el cual el asegurador se obliga civilmente a responder por los daños causados por su asegurado frente a las reclamaciones a las que pueda enfrentarse (Calzada Conde, 2005, p. 18). Este seguro obligatorio podría traer soluciones consigo al tener en cuenta todas las "responsabilidades potenciales en cadena" (Resolución de 16 de febrero del 2017, principio 57).

Este seguro, de forma preventiva, debería cubrir todos los importes de las indemnizaciones que se plantean en la Ley de IA, puesto que la incertidumbre relacionada con los riesgos de la IA podría suponer que las primas de seguro fuesen prohibitivamente elevadas, lo que se convertiría así en un obstáculo para la investigación y la innovación.

Por otra parte, establecer un mecanismo de compensación comunitario, respaldado por fondos públicos, no constituye la forma apropiada de abordar posibles lagunas en

el ámbito de los seguros. La falta de datos históricos sobre los riesgos asociados a los sistemas de IA, junto con la incertidumbre sobre su desarrollo futuro, complica que el sector de seguros pueda diseñar productos nuevos o adaptados. La Comisión de la Unión Europea debería colaborar estrechamente con el sector de seguros para explorar formas de utilizar datos y modelos innovadores con el fin de crear pólizas de seguro que ofrezcan una cobertura adecuada a un costo asequible.

Una comparación merecedora de comentario es la que ha realizado García Teruel (2020) sobre el régimen legal del Real Decreto Legislativo 6/2015, del 30 de octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (p. 18), en el que señala que, ante un accidente, el conductor sería el responsable de los daños causados, ya que es la "persona que maneja el mecanismo de dirección o va al mando de un vehículo, está a cargo de los mandos adicionales de los vehículos destinados al aprendizaje de la conducción o es el responsable de uno o varios animales" (Real Decreto Legislativo 6/2015, Anexo I). Este concepto de conductor o de conducción dejaría de tener sentido en el momento en que se permita el uso de vehículos sin conductor, como los vehículos autónomos de nivel cinco (totalmente autónomos) en los cuales la persona transportada no será quien realmente conduzca.

En los casos en que se dé autonomía, pero que esta no sea total, es decir, se combine autonomía e intervención humana, las compañías de seguros se verían obligadas a adaptar sus pólizas, ya que el riesgo solo debería cubrir hasta el grado de intervención humana. Según informes de la Dirección General de Tráfico (2013), el 90 % de los accidentes se deben a fallas o errores humanos, que se podrían haber evitado si se hubiera actuado de manera responsable. En caso de que el coche autónomo llegara a funcionar como se espera, esta siniestralidad podría quedar reducida, lo que obligaría a moldear las primas a las compañías aseguradoras.

4.3. Fondos de compensación y fondos especiales

Otra herramienta que se plantea en la Resolución del 16 de febrero del 2017 es la creación de un fondo de compensación (principio 59, literal b). El objeto de dicho fondo de compensación sería limitar la responsabilidad del fabricante, programador o usuario-propietario a la cuantía aportada a este. La resolución plantea si debe crearse un fondo común para todos los sistemas o uno individual para cada categoría de IA. Se debe discutir también el régimen de dicho fondo, es decir, si debe ser una aportación inicial y única o si, por el contrario, debe ser periódica.

Estos fondos de compensación supondrían una ventaja al permitir que el fabricante, el programador, el propietario o el usuario puedan beneficiarse de un régimen de responsabilidad limitada si contribuyen a un fondo de compensación que garantice la compensación de daños o perjuicios causados por un sistema inteligente. Sin embargo,

no podrían prescindir de la contratación de un seguro, que vendría a complementarse armoniosamente con el fondo de compensación.

También podrían crearse fondos especiales de indemnización para cubrir aquellos casos excepcionales en los que un sistema de IA, que aún no esté clasificado como sistema de IA de alto riesgo y que, por tanto, todavía no esté asegurado, cause daños o perjuicios. A fin de garantizar la seguridad jurídica y cumplir la obligación de informar a todas las personas potencialmente afectadas, la existencia del fondo especial de indemnización, así como las condiciones para acogerse a él, deben hacerse públicas de manera clara y exhaustiva.

Por último, se ha planteado la posibilidad de crear un patrimonio para los robots con el que responder. Aunque en muchos casos la responsabilidad por daños y perjuicios pueda hacerse *in natura,* en otras ocasiones la obligación será pecuniaria y, sin patrimonio del obligado, es difícil resarcir daños o perjuicios. Gómez-Riesco Tabernero de Paz (2018) apunta esta dificultad señalando que se podría entender el patrimonio del robot como un equivalente de su "propio valor económico" (p. 115). Esta sería una posible solución para los casos en que un robot tenga que indemnizar a terceros, pero en mi opinión, no es suficiente ya que, en muchos casos, el precio o valor del sistema de IA no será suficiente para hacer frente a toda la indemnización.

5. CONCLUSIONES

La más que necesaria regulación en materia de IA debe quedar bien delimitada para satisfacer todas las cuestiones legales que puedan surgir en los próximos y cercanos años. Hemos observado cómo un sistema inteligente, dotado de un alto grado de autonomía, sería capaz de dar una respuesta impredecible ante diversas situaciones.

La falta de transparencia y la problemática de la trazabilidad presentan los dos principales interrogantes en el ámbito de la responsabilidad civil, puesto que, en muchas ocasiones, nos encontramos con productos que son el resultado de gigantescas cadenas de producción en las que intervienen múltiples sujetos, quienes crean un valor asociado al riesgo.

Otro punto que se ha debatido es la posibilidad de crear una personalidad jurídica electrónica o para los sistemas inteligentes, lo cual sería una innovación significativa, capaz de revolucionar la tradicional personalidad jurídica de las personas físicas y de las personas societarias, algo similar a lo que ocurrió en la antigua Roma con el *casum sentit dominus* respecto de la esclavitud, o a lo que presenta nuestro Código Civil en relación con la responsabilidad noxal en los artículos 1903 y siguientes.

La Unión Europea está trabajando en delimitar una regulación lo suficientemente garantista con los consumidores, pero también, con los productores y fabricantes de

sistemas inteligentes que, en el caso de establecer demasiadas trabas legales, podría significar el detrimento de la innovación científica.

Independientemente de los regímenes que se han planteado —de responsabilidad objetiva, de responsabilidad subjetiva y de responsabilidad por creación de riesgo—, se han expuesto algunas herramientas de garantía que podrían beneficiar a los intereses tanto de posibles víctimas como de los productores, a través de seguros obligatorios de responsabilidad civil, de fondos de compensación y de la creación de un registro para robots. Sin embargo, estas iniciativas no recaen preceptivas en la mayoría de los casos y son meros planteamientos; por ello, también debe seguir profundizándose en el entendimiento técnico de estos complejos sistemas para conseguir plantear otras alternativas jurídicas, hasta ahora, no suscitadas.

REFERENCIAS

Albaladejo, M. (2001). *Derecho civil I: introducción y parte general*. J. M. Bosch.

Atienza, M. (2012). *El sentido del derecho*. Ariel.

Audiencia Provincial de Vizcaya. (2008). Sentencia 416/2008. 18 de julio del 2008. https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp.

Aznar Domingo, A., & Domingues Villaroel, M. (2022). La responsabilidad civil derivada del uso de inteligencia artificial. *El Derecho*. https://elderecho.com/responsabilidad-civil-derivada-uso-inteligencia-artificial

Barona Vilar, S. (2021). *Algoritmización del derecho y de la justicia. De la inteligencia artificial a la* smart justice. Tirant lo Blanch.

Battaglia, F., Carnevale, A., & Shah, H. (2012). D6.2 guidelines on regulations robotics. Robolaw. https://www.academia.edu/29409832/D6_2_Guidelines_on_Regulating_Robotics

Boden, M. A. (2017). *Inteligencia artificial*. Turner.

Calo, R. (2017). Artificial intelligence policy: A primer and roadmap. *UC Davis Law Review*, *51*, 399-435. https://lawreview.law.ucdavis.edu/archives/51/2/artificial-intelligence-policy-primer-and-roadmap

Calzada Conde, M. Á. (2005). *El seguro de responsabilidad civil*. Aranzadi.

Campos Madrigal, J. E. (2021). Reflexiones filosóficas sobre la inteligencia artificial, moralidad y consecuencias jurídicas de la IA. En G. Dobratanich Ana (Dir.), *Derecho y nuevas tecnologías* (pp. 193-207). La Ley.

Caro Coria, D. C. (2022). *Compliance*, neurociencias e inteligencia artificial. En E. Demetrio Crespo, M. de la Cuerda Martín & F. García de la Torre García (Coords.), *Derecho*

penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial (pp. 633-656). Tirant lo Blanch.

Catalán, M. (2015). Reflexiones sobre el desarrollo tecnológico y el deber de reparar los daños ignorados en la conducción del proceso productivo. En C. E. Moreno More (Coord.), *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Legales Ediciones.

Cerdio Herrán, J. A. (2021). Con culpa o sin ella: responsabilidad para sistemas inteligentes. En G. Dobratanich Ana (Dir.), *Derecho y nuevas tecnologías* (pp. 69-100). La Ley.

Código Civil francés [CCF]. Ley del 30 Ventôse del Año XII. Arts. 1382, 1383. 21 de marzo de 1804 (Francia). https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (2016). *E/CNMC/004/15 Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa*. https://docs.google.com/document/d/1n65MjUaTmRLuZCqTIlqyWvobVqreR-iAzsz1mhxy2y0/

Comporti, M. (1965). *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. Morano.

Comunidad Económica Europea. (1985, 25 de julio). Directiva 85/374/CEE. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31985L0374

Cuena Casas, M. (2020). La contratación a través de plataformas intermediarias en línea. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, *12*(2), 283-348. https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5612

Dans, E. (2017). *The danger of artificial intelligence*. https://www.enriquedans.com/2017/07/los-temibles-peligros-de-la-inteligencia-artificial.html

Díaz Alabart, S. (2018). *Robots y responsabilidad civil*. Reus.

Díez-Picazo, L. (1979). La responsabilidad civil hoy. *Anuario de Derecho Civil*, *32*(4), 727-738. https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/3131

Díez-Picazo, L. (1992). *Sistema de derecho civil: El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasicontratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*. Tecnos.

Díez-Picazo, L. (1999). *Derecho de daños*. Civitas.

Díez-Picazo, L. (2008). *El escándalo del daño moral*. Civitas.

Dirección General de Tráfico. (2013). *Cuestiones de seguridad vial, conducción eficiente, medio ambiente y contaminación*. https://ugtspmadrid.es/wp-content/uploads/2019/02/Seguridad-V%C3%ADal-Conducci%C3%B3n-Eficiente-Medio-ambiente-y-Contaminaci%C3%B3n.-DGT.pdf

Ercilla García, J. (2018). Aproximación a una personalidad jurídica específica para los robots. *Revista Derecho y Nuevas Tecnologías*, (47), 1-34. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6559920

Fontana, É. (2020). *Introdução aos algoritmos de aprendizagem supervisionada*. Universidade Federal do Paraná. https://fontana.paginas.ufsc.br/files/2018/03/apostila_ML_pt2.pdf

García Teruel, R. M. (2020). El derecho de daños ante la inteligencia artificial y el *machine learning*. En *Libro homenaje a Juan Roca Guillamón* (pp. 1-31). Universidad de Murcia. https://doi.org/10.13140/RG.2.2.29004.23682

Gómez Abeja, L. (2022). Inteligencia artificial y derechos fundamentales. En F. H. Llano Alonso (Dir.), *Inteligencia artificial y filosofía del derecho* (pp. 91-112). Laborum.

Gómez-Riesco Tabernero de Paz, J. (2018). Los robots y la personalidad civil extracontractual. En M. Barrios Andrés (Dir.), *Derecho de los robots* (pp. 107-130). Wolters Kluwer.

Gutiérrez Santiago, P. (2006). *Responsabilidad civil por productos defectuosos. Cuestiones prácticas*. Comares.

International Organization for Standardization. (2021). *Robotics — Vocabulary* (ISO 8373:2021). https://www.iso.org/standard/75539.html

Izquierdo Grau, G. (2023). *Software* y algoritmos defectuosos: algunas consideraciones sobre la responsabilidad del desarrollador. *Revista de Internet, Derecho y Política*, (38), 1-12. https://doi.org/10.7238/idp.v0i38.406131

Justiniano. (1874). *El Digesto del emperador Justiniano* (B. A. Rodríguez de Fonseca, Trad.; t. III). Imprenta de Ramón Vicente. (Obra original publicada ca. 533 d. C.)

Laín Moyano, G. (2021). Responsabilidad en inteligencia artificial: señoría, mi cliente robot se declara inocente. *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, *9*(1), 197-232. https://doi.org/10.14201/AIS202191197232

Levin, S., & Wong, J. C. (2018, 19 de marzo). Self-driving Uber kills Arizona woman in first fatal crash involving pedestrian. *The Guardian*. https://www.theguardian.com/technology/2018/mar/19/uber-self-driving-car-kills-woman-arizona-tempe

Llamas Pombo, E. (2018). Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2018 (299/2018). En M. Yzquierdo Tolsada (Dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina. Vol. 10: civil y mercantil* (pp. 397-410). Dykinson.

Marchena, M. (2023). *Inteligencia artificial y jurisdicción penal*. https://confilegal.com/wp-content/uploads/2023/03/INTELIGENCIA-ARTIFICIAL-INGRESO-MARCHENA-REAL-ACADEMIA-DE-DOCTORES-.pdf

Martínez Mercadal, J. J. (2018). Vehículos autónomos y derecho de daños. *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas*, (20), 53-73. https://doi.org/10.30972/rfce.0203267

Muñoz Vela, J. M. (2022). *Retos, riesgos, responsabilidad y regulación de la inteligencia artificial*. Aranzadi.

Parlamento Europeo. (2020, 5 de octubre). *Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial* (2020/2014(INL)). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0178_ES.pdf

Pérez Luño, A. E. (2002). Internet y los derechos humanos. *Derecho y Conocimiento: Anuario Jurídico sobre la Sociedad de la Información y del Conocimiento*, (2), 101-121. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=995024

Pérez Luño, A. E. (2007). La universalidad de los derechos humanos. *Derecho y Cambio Social*, *4*(9), 95-110. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5506153

Plaza Penadés, J. (2022). Cuestiones actuales de la inteligencia artificial y el *big data*. En L. M. Martínez Velencoso & M. Sancho López (Coords.), *Protección jurídica de la privacidad: inteligencia artificial, salud y contratación* (pp. 45-70). Aranzadi.

Real Decreto 1/2007 del 2007. Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. 16 de noviembre del 2007. Boletín Oficial del Estado. https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555

Real Decreto 6/2015 del 2015. Por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial. 30 de octubre del 2015. Boletín Oficial del Estado. https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11722

Resolución del 16 de febrero del 2017 [Parlamento Europeo]. Por el cual se brindan recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)). 16 de febrero del 2017. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IP0051

Resolución del 20 de octubre del 2020 [Parlamento Europeo]. Por el cual se brindan recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014(INL)). 20 de octubre del 2020. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020IP0276&from=EL

Resolución del 14 de marzo del 2017 [Parlamento Europeo]. Por el cual se trata las implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley

(2016/2225(INI)). 14 de marzo del 2017. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0076_ES.html?redirect

Taleb, N. (2011). *El cisne negro: el impacto de lo altamente improbable*. Paidós.

Tribunal Supremo. (1998, 30 de julio). Sentencia 800/1998. https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp

Tribunal Supremo. (2000, 6 de abril). Sentencia 346/2000. https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp

Tribunal Supremo. (2001, 22 de febrero). Sentencia 139/2001. https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp

Tribunal Supremo. (2003, 17 de julio). Sentencia 752/2003 https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp

Tribunal Supremo. (2004, 29 de octubre). Sentencia 1030/2004. https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp

Tribunal Supremo. (2005, 6 de septiembre). Sentencia 650/2005. https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp

Tribunal Supremo. (2005, 21 de octubre). Sentencia 758/2005. https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp

Tribunal Supremo. (2006, 5 de enero). Sentencia 1054/2006. https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp

Tribunal Supremo. (2006, 29 de marzo). Sentencia 331/2006. https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp

Tribunal Supremo. (2006, 26 de septiembre). Sentencia 927/2006. https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp

Tribunal Supremo. (2007, 22 de febrero). Sentencia 149/2007. https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp

Tribunal Supremo. (2007, 30 de marzo). Sentencia 420/2007. https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp

Tribunal Supremo. (2008, 16 de diciembre). Sentencia 1222/2008. https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp

Tribunal Supremo. (2018, 24 de mayo). Sentencia 299/2018. https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp

Villar Fuentes, I. (2020). Tratamiento de las consecuencias algorítmicas en la UE. En D. M. Ramírez Carvajal & J. E. Vásquez Santamaría (Coords.), *Debates contemporáneos del proceso en un mundo que se transforma* (pp. 180-198). Universidad Católica Luis Amigo, Fondo Editorial.

Woolcott, O. (2007). La naturaleza de la responsabilidad del productor a la luz del Derecho norteamericano. *Prolegómenos, derechos y valores*, *10*(19), 125-148. https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87601908

Zorzona Somolinos, A. (2020). Breves apuntes a la propuesta de reglamento europeo sobre responsabilidad civil en IA. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, (17), 95-101. https://investigacion.unir.net/documentos/6698079322fcdc10ba7fcc2f

Zurita Martín, I. (2020). *La responsabilidad civil por los daños causados por robots inteligentes como productos defectuosos*. Reus.

Revisiones electrónicas fiscales e inteligencia artificial

María Roberta Minutiza Medina Galán*
Universidad Internacional de La Rioja, México

Recibido: 23 de mayo del 2026 / Aceptado: 10 de junio del 2026
doi: https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2026.n061.7937

RESUMEN. Este trabajo aborda la necesidad de contar con un marco constitucional en México que regule la inteligencia artificial al servicio del fisco. Se revisan dos criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación en relación con el derecho a la privacidad y la tecnología utilizada por el Servicio de Administración Tributaria en la fiscalización que realiza a sus contribuyentes. Se analiza el riesgo de erosión de los derechos humanos del ciudadano, en particular de las garantías de audiencia y seguridad jurídica, así como de la igualdad de condiciones entre los sujetos de la relación tributaria que participan, de forma directa o a través de la inteligencia artificial, en las revisiones fiscales electrónicas practicadas sin previo aviso.

PALABRAS CLAVE: inteligencia artificial / Servicio de Administración Tributaria / revisión electrónica / facultades / comprobación

* Magíster en Derecho Fiscal por la Universidad Panamericana. Doctoranda en Derecho Tributario por la Universidad de Salamanca en España. Se desempeña como docente en funciones de investigación en la Universidad Internacional de La Rioja, tanto en México como en España. Es socia de un bufete jurídico. Código ORCID: https://orcid.org/0009-0002-6856-1077. Contacto: maria.minutiza@unir.net

ELECTRONIC TAX AUDITS AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE

ABSTRACT. This paper examines the need for Mexico to have a constitutional framework regulating the use of artificial intelligence for tax purposes. It reviews two rulings issued by the Federal Judiciary regarding the right to privacy and the technology used by the Tax Administration Service in its audits of taxpayers. The analysis focuses on the risk of erosion of citizens' human rights, particularly the right to a hearing and equal legal certainty for all parties involved in the tax relationship who participate, directly or through artificial intelligence, in unannounced electronic tax audits.

KEYWORDS: artificial intelligence / Tax Administration Service / electronic review / powers / audit

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo es producto de una investigación con un enfoque cualitativo, cuyo objetivo es mostrar la importancia de regular la inteligencia artificial (IA) al servicio del Estado en México, sobre todo al servicio del fisco, que ejerce sus potestades de fiscalización. El objeto de estudio se ha centrado en las implicaciones legales de la IA al servicio del Gobierno, vislumbrando la posibilidad de infracciones a los derechos humanos sin una regulación constitucional que las prevenga. De este modo, se busca visibilizar los riesgos que se generarán de no contar con un marco magno que frene una probable supremacía de la IA en las funciones públicas, sobre todo en aquellas que puedan interferir y afectar el Estado de derecho.

En principio, se examina el principio de legalidad en la versión que sobreviva a la IA. Posteriormente, se analizan las revisiones electrónicas realizadas por el Servicio de Administración Tributaria (SAT), en relación con un criterio sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en el que se reflejan las posibles salidas jurídicas que podría adoptar un Poder Judicial bajo la presión de la Administración pública y el ejercicio del gasto público, frente a temas de violaciones de derechos humanos perpetradas por la IA al servicio del fisco. Finalmente, se reflexiona sobre la importancia de la vigencia de la garantía de audiencia en épocas en las que la autoridad fiscal, en una primera etapa, se ha auxiliado de la IA, como ChatGPT. Asimismo, se explora la hipótesis de que, por causas de conveniencia recaudatoria y sin una regulación constitucional previa, en un futuro inmediato pueda resultar válido para el Poder Judicial todo aquello que favorezca al Estado —desde la perspectiva del control coactivo económico—, al ejercer su función mediante los llamados robots autónomos.

2. JUSTIFICACIÓN, MÉTODO Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El tema que se analiza reviste capital importancia, ya que todo ocurre con gran rapidez, especialmente cuando se trata de la tecnología. Por ello, es importante que, desde ya, se comience a identificar los riesgos que la IA representa para el contribuyente como herramienta de control jurídico-administrativo.

El método empleado en la presente investigación ha sido de carácter documental, basado en libros, revistas, videos de YouTube y noticias. También se recurrió al método histórico, ya que se examinaron los antecedentes jurisdiccionales que ha generado en México la implementación de la revisión electrónica practicada por el SAT.

La falta de un marco constitucional que aminore y encauce la interacción de la IA entre la Administración pública y los contribuyentes genera preocupación y ha motivado el presente trabajo.

5. LÍMITES A LAS FACULTADES DE COMPROBACIÓN DEL SAT FRENTE AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

5.1. Antecedentes de la autorregulación administrativa en México

Partiendo del conocimiento empírico, como el de la observación —primer paso del método científico—, y de las consultas de los clientes hacia los juristas, es posible afirmar que casi cualquier persona tiene cierta noción de lo que significan la legalidad y los derechos humanos. Generalmente, el ciudadano de a pie, en cualquier parte del mundo occidental, percibe en la autoridad un referente de certeza y seguridad, más que una amenaza. Sin embargo, esta percepción presenta matices particulares en el caso de México, donde podría ser todo lo opuesto. Efectivamente, como hecho notorio, existe una noción general y socialmente compartida del bien y del mal, siendo que a la ley se le identifica con el bien y con lo correcto. Así, se considera ideal esperar de la autoridad, en su interacción con el ciudadano, una actuación impecable que respete los límites impuestos por la ley y, por tanto, resulta implícito el necesario ajuste de lo realizado por las máquinas a la norma.

A partir de las ideas expuestas, surge la siguiente interrogante: ¿la IA constituye un riesgo a la esfera jurídica de los gobernados y, por tanto, debería tener una regulación o límites legales en México? Para hallar una respuesta, en una primera parte se realizará un análisis sobre la preocupación moral de dos autores, Ingmar Persson y Julian Savulescu, sobre el uso de nuevas tecnologías. En una segunda parte, se revisará el aspecto normativo que podría ser aplicable a fin de generar el marco jurídico necesario.

Así, el objetivo de este trabajo no es probar el riesgo de la IA respecto de la vigencia de los derechos fundamentales, sino, más bien, exponer la necesaria regulación de este avance tecnológico que, a la fecha, carece en México de principios constitucionales a partir de los cuales puedan construirse y reconocerse límites para nuestra seguridad. Por ello, trasladando a la IA las amenazas que Persson y Savulescu han identificado en el mundo tecnológico en su libro *Unfit for the Future. The Need for Moral Enhancement* (2012), es posible contraargumentar que el resultado de la técnica y la ciencia no necesariamente implica un riesgo o una probabilidad de daño para los seres humanos (Álvarez Díaz et al., 2022, p. 37). Esto se debe a que, desde la administración de la justicia y el régimen legal, sus efectos pueden atemperarse o eliminarse, en la medida en que el legislador y su ejecutor —la Administración pública— los identifiquen y los entiendan.

También, la postura de que la amenaza de la destrucción masiva podría ser enfrentada mediante la vigilancia intrusiva de "todas las actividades de las personas" (Álvarez Díaz et al., 2022, p. 37) no implica reconocer que el problema radica en la libertad para el desarrollo de esa tecnología. Cierto es que se ha usado la ciencia para destruir, como ocurrió con la bomba atómica, pero ello no ha dependido del imperio de ley, sino de

una moral que no ha alcanzado a comprender la necesidad de conservar, sobre todas las cosas, nuestra humanidad y, con ella, nuestra dignidad como valor supremo.

Desde la ciencia del derecho, se pretende entender que, cuando se trata de regular o limitar la libertad con la que se desarrolla y realiza una actividad, debe buscarse una fórmula que permita conseguir el propósito, que en todos los casos debería ser la disminución de la amenaza (Persson & Savulescu, 2012); esto es, del daño a nuestro entorno, desde un contexto en el que el ser humano tiene derecho a vivir con una tranquilidad que le permita conservar su capacidad de decisión como ser inteligente frente al Estado y la máquina. Como señala Vidal Correa (2025, p. 95), es una realidad que la IA y su control buscan ser utilizados en beneficio de la humanidad; por ello, comparar los modelos jurídicos existentes aplicables a esa tecnología ayudará a comprender que, en México, una Administración pública discrecional no contribuirá a alcanzar el ideal propósito.

En Europa existe el Reglamento de Inteligencia Artificial, Reglamento (UE) 2024/1689 aprobado por el Parlamento Europeo y el Consejo el 13 de junio del 2024, mediante el cual se protege la soberanía como valor democrático (art. 1). Ese sistema de protección parte de los riesgos identificados, entendidos como "la combinación de la probabilidad de que se produzca un perjuicio y la gravedad de dicho perjuicio" (art. 3). Además, un incidente o defecto de funcionamiento de la IA que cause la muerte, daños a la salud, alteraciones irreversibles y graves en infraestructuras críticas o afectaciones a los derechos fundamentales se considera grave (art. 3, inciso 49). A partir de la lectura del reglamento, se advierte que el régimen jurídico aplicable a ese tipo de tecnología tiene su origen en los riesgos que esta podría causar y que podrían traducirse en daños personales o institucionales.

Ante todo, contrariamente a lo que afirma Vidal Correa (2025, p. 104), el futuro de la regulación para Hispanoamérica no debería depender de lo que quieran los Gobiernos, sino de lo que necesita la gente para conservar su libertad y trabajo. Ello se debe a que un modelo como el chino otorgaría más privilegios al Estado en detrimento de las libertades personales, mientras que uno europeo podría generar obstáculos indirectos para la innovación. Por ello, desde la necesidad y la dignidad, se deberían revisar sus implicaciones y ajustar un modelo que surja de la realidad que pretende diseñar y controlar.

Por esa razón y en aras de la certidumbre jurídica, no se debería aligerar la carga del Poder Legislativo Federal, ya que la sociedad en su conjunto espera, de este, tanto que dote a las autoridades de facultades para conseguir el bien común como que legisle sobre procedimientos y garantías en favor de los ciudadanos. Así, sin duda, el Congreso de la Unión en México —el Poder Legislativo Federal— debería cumplir con su responsabilidad de normar todo lo que tenga que ver con el hombre, en especial de regular el uso que este hace de la tecnología.

Ciertamente, como señalan Álvarez Díaz et al. (2022, p. 37), la creciente preocupación por los efectos de la tecnociencia constituye una motivación suficiente para imponer límites legales al uso de la IA. La autoridad debe contar con el auxilio de la tecnología para lograr su cometido. Sin embargo, debe ser cauta, ya que los programas no los desarrolla el Estado, sino empresas que atienden pedidos y necesidades. Es ahí donde, de forma preventiva, debe considerarse, al momento de adquirir un robot o un programa, que dichas tecnologías, sobre todo, no vulneren el Estado de derecho.

Efectivamente, en cumplimiento de esa tarea, tal como lo dispone el artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Administración pública se encarga de ejecutar la ley y, en sus procedimientos, no puede ir más allá de lo que esta le permite. Por esa razón, el Poder Legislativo debe aplicar con rigor la exigencia de ocuparse de todo aquello que vaya surgiendo y que no tenga una regulación específica, considerando que no debería dejarse espacio para la integración, sino que desde la Constitución deberían fijarse los límites de esta tecnología.

Para comprender la función de ese poder, resulta ilustrativa, desde la generalidad, la Tesis I.10o.A.56 A (11a.) de los tribunales colegiados de circuito de la SCJN en febrero del 2025:

> Justificación: la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que, si bien es deseable que en las leyes no exista ambigüedad ni confusión, lo cierto es que no existe fundamento constitucional o legal que obligue al legislador a definir cada vocablo o locución utilizada en las leyes que expide. Conforme al artículo 5o. del Código Fiscal de la Federación, el precepto reclamado no debe interpretarse de manera aislada, sino que debe acudirse a la norma reglamentaria y, en su caso, a las disposiciones de carácter general que emite el Servicio de Administración Tributaria.

De dicha tesis se desprende que, justamente, el legislador no se ocupa del detalle, que no todo podrá ser contemplado por la ley y que, para ello, las disposiciones o normas emitidas por la Administración pública pueden colmar, salvar o integrar lo que falte. Ahora bien, teniendo como contexto la tesis mencionada, de la que se desprende que cuando la ley no lo especifica puede hacerlo la Administración pública por vía reglamentaria, como ejemplo del poder integrador que tiene en nuestro país, el artículo 33, apartado A, del Reglamento del Código Fiscal de la Federación, dictado en observancia del Código Fiscal de la Federación —norma emitida por el Congreso de la Unión— establece y precisa cuáles son los documentos que integran la contabilidad —ya que el legislador no lo hizo en la norma general— y, en su apartado B, señala cómo deben ser los registros o asientos contables.

Como lo indica la Tesis I.10o.A.56 A (11a.), el SAT, como parte de la Administración pública federal, con el propósito de desarrollar lo que el legislador no ha previsto sobre la contabilidad y su registro, emitió

> la regla 2.8.1.16., "De los papeles de trabajo y registro de asientos contables", de la Resolución Miscelánea Fiscal para 2020, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de diciembre del 2019, [que] prevé que para los efectos señalados en el artículo 33, la documentación comprobatoria de las operaciones ahí mencionadas es parte de la contabilidad.

Así, gracias a la labor reglamentaria del Poder Ejecutivo, el contribuyente puede conocer con detalle sus obligaciones y, por tanto, cumplir con ellas. Del ejemplo anterior, queda claro que la Administración pública en México ha ocupado un papel importante en materia tributaria, ya que, cumpliendo su facultad reglamentaria, sin violar la ley, ha establecido parámetros para los contribuyentes. Ello, sin duda, constituye un ejemplo de cómo se ejercería esa misma facultad reglamentaria tratándose de la IA.

Cabe sostener que corresponderá a las autoridades administrativas cumplir con los mandatos constitucionales, los cuales podrán desarrollar con el propósito de hacer cumplir la ley, en virtud de su facultad reglamentaria. La Tesis I.10o.A.56 A (11 a.) sostiene que "no existe fundamento constitucional o legal que obligue al legislador a definir cada vocablo o locución utilizada en las leyes que expide". Por tanto, si el legislador no tiene la obligación de legislar sobre el detalle o los alcances del significado de los vocablos incluidos en las leyes, con el fin de dotar de seguridad jurídica a aquel marco normativo atinente a la aplicación de los tributos, entonces será la Administración pública la que se ocupe de integrar la norma en la materia objeto de análisis.

Por esa razón, la reforma constitucional sería el medio idóneo para fijar principios que rijan en México el uso de la IA, ya que el legislador ordinario depende del control constitucional, tarea considerada exhaustiva, a fin de no dar margen a la arbitrariedad en la que pudiera incurrir la Administración pública al reglamentar. Por ello, los principios que se fijen constitucionalmente deben obedecer a la ciencia y a las verdades absolutas, y no a políticas o ideologías del momento.

5.2. La IA usada y regulada por el fisco en México

Para entender cómo y por qué se usa la IA, resulta oportuno mencionar que la IA aplicada al derecho es una rama de la informática jurídica decisional en los países de habla hispana (Cáceres Nieto, 2016, p. 29). Se usa porque esa tecnología finalmente hace y hará el trabajo humano, ya que, como sostiene Cáceres Nieto, cuando la IA se aplica al derecho, "se ocupa de simular procesos cognitivos y de razonamiento" (p. 18). Así, en la Administración pública en México, o en el Gobierno, se usa o bien se usará para simular procesos de un especialista en derecho (p. 81), ya que la función pública tiene como marco la ley suprema. Por tanto, contrariamente a lo que sostiene Cáceres Nieto (2016, p. 82), no constituye un problema la adquisición o elicitación de conocimiento del que se alimentará la máquina, ya que se considera que, si sus vías de acceso y confirmación

están reguladas, no se generarían colisiones. Sin embargo, si el conocimiento y su aplicación por la IA se dejan en manos de las empresas de tecnología, los riesgos que podrían generarse, como los mencionados en el Reglamento (UE) 2024/1689, podrían convertirse en daños para el Estado de derecho y para la propia supervivencia del Estado mexicano.

Así, traslandando la respuesta dada por la tesis antes citada, con motivo de un juicio de amparo promovido por un contribuyente contra una liquidación de impuestos apoyada en unos "llamados papeles de trabajo" que el legislador no definió, el tribunal de la sentencia sí los detalló, concepto que según el colegiado se desprendía de normas reglamentarias emitidas por la misma autoridad liquidadora: el SAT, órgano desconcentrado de la Administración pública federal. Es decir, puede tomarse como referente el criterio judicial según el cual, cuando el legislador no pone la nota o el acento, no distingue o no regula una materia, la Administración pública puede hacerlo; aunque ello implique poner en riesgo el equilibrio de poderes y la seguridad jurídica, e incluso eliminar cualquier límite a su función pública, sin que resulte relevante que esa actividad reglamentaria pudiera quebrantar el orden constitucional.

Esto significa que si se trasladan estos criterios de integración normativa por vía reglamentaria a un escenario hipotético y pesimista, uno en el que la Administración pública en México concentre dos de las tres funciones del Estado bajo la máscara del "mejor proveer", podría advertirse el alcance de las futuras vulneraciones que el SAT podría cometer al utilizar la IA en el ejercicio de sus funciones recaudatorias sin límites ni control. En suma, lo que hoy existe y ha sido objeto de impugnación ante los tribunales, tratándose de los errores cometidos por las autoridades en procedimientos administrativos, como los fiscales, tal vez deba enfrentarse, en un futuro inmediato, como resultado de procedimientos ejecutados por la IA, sin la intervención ni la supervisión del servidor público investido de la función pública. Ello no garantizará la reducción del error, del dolo, de la defraudación o de la corrupción. Por el contrario, quizá solo asegure que se requerirán menos empleados al servicio del Estado para que este cumpla sus funciones constitucionales.

Aguilera (2007) ha explicado que, efectivamente, la frase "sustitución del juzgador por una máquina" alude a un hecho con el cual se asocia un conjunto de actitudes, generalmente de repudio y rechazo, debido a la carga semántica de las palabras que usamos cotidianamente (p. 33). Por lo tanto, el futuro de la protección de los derechos humanos, frente a la fiscalización que realiza el SAT actuando como juez y parte respecto de las obligaciones del contribuyente, dependerá de esos límites que el Poder Legislativo imponga a la IA, entendida, quizá en un futuro, como una persona jurídica distinta del ser humano y del Estado, aunque con todos sus atributos.

6. REVISIONES ELECTRÓNICAS REALIZADAS POR EL SAT

Existió, en su momento, cierta preocupación respecto de la posible vulneración del derecho a la privacidad por parte del SAT con motivo de la incorporación de los artículos 42, fracción IX, y 53, apartado B, del Código Fiscal de la Federación, mediante los cuales se le facultó para realizar auditorías electrónicas sin tener la obligación de notificarle al contribuyente su inicio, sino únicamente la preliquidación. Dicha preocupación tenía, sin duda, razones de peso, toda vez que fueron ignorados los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal. Asimismo, los límites impuestos a la función administrativa por la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de 1994 tampoco sirvieron de contención, pues el Poder Judicial de la Federación no consideró las consecuencias de permitir que la autoridad, sin previo aviso, fiscalice a los contribuyentes, vigile e invada su esfera más íntima: la familiar y la personal, en todo momento.

Contrariamente a lo sostenido en la Tesis de Jurisprudencia 2a./J. 156/2016 (10a.) de la Segunda Sala de la SCJN, el 28 de octubre del 2016, el hecho de que se conceda un plazo para alegar y ofrecer pruebas dentro del procedimiento derivado de una revisión electrónica no implica que la privacidad se esté protegiendo, ya que lo cierto es que la fiscalización es permanente y se realiza sin previo aviso. Tuvo más peso la recaudación que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que el debido proceso en sede administrativa y, por supuesto, mucha más importancia que la privacidad. No se midieron los efectos negativos, sobre todo ante la inminente llegada de la IA al servicio del SAT. Esto ocurre y es coherente en un país como México, donde la recaudación representa los ingresos financieros más importantes.

Debe recordarse que el Estado es responsable de la prestación de los servicios públicos. Por tanto, no es que la autoridad hacendaria actúe de forma arbitraria al usar la IA, sino que debe emplearla para ser más eficiente y cubrir el gasto que demandan, sobre todos, los grupos vulnerables. El SAT en México cumple con una función muy importante: proveer al Estado de recursos para que cumpla con sus deberes, función que ha cumplido especialmente en los últimos años, con cifras récord de recaudación. Así, las herramientas que use el Estado, por sí mismas, no constituyen el problema, sino la falta de regulación desde el orden constitucional. Efectivamente, el problema con la IA es que actúa de forma autónoma y, por esa razón, el Estado debe intervenir desde su diseño para asegurar que cumpla con el marco constitucional aplicable.

Como antecedente de hasta dónde se ha llegado y el alcance que podría tener el uso de la tecnología en materia fiscal, resulta relevante el criterio sostenido por la SCJN en la Tesis de Jurisprudencia 2a./J. 145/2016 (10a.), conforme al cual la revisión que realiza el SAT de la contabilidad electrónica del contribuyente, sin previo aviso, no vulnera su derecho a la privacidad, ya que la información analizada es de naturaleza

contable y no confidencial ni propia de la vida privada. A propósito de un interés público, como el recaudatorio, que prevalece sobre el interés personal, lo privado se convierte en público; es decir, la contabilidad, integrada por documentos y datos personales de los ciudadanos, pasa a ser información no confidencial y, por tanto, su revisión por parte de la autoridad no requiere estar precedida de una notificación o aviso con el que se inicie un procedimiento administrativo expresamente delimitado por la ley.

En otras palabras, a partir de ahí, los estados de cuenta bancarios de los contribuyentes y demás documentos contables que obran en poder del SAT, obtenidos por el propio contribuyente y por terceros por vía electrónica, no son datos protegidos por el derecho a la privacidad, siempre que se trate del ejercicio de las facultades de comprobación. Así lo ha sostenido la SCJN en la Tesis de Jurisprudencia 2a./J. 145/2016 (10a.):

> Máxime que el derecho de los contribuyentes a decidir la información que proporcionan no es absoluto, al estar limitado al cumplimiento de disposiciones de orden público, como aquellas que tienen por objeto verificar el cumplimiento de sus obligaciones fiscales; de no ser así, se llegaría al absurdo de considerar que la verificación del correcto cumplimiento de las obligaciones de carácter tributario está supeditado a la voluntad del contribuyente, lo cual es contrario a los postulados del artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

7. GARANTÍA DE AUDIENCIA EN TIEMPOS DE IA

Es conocida la garantía de audiencia y el debido proceso; se ha escrito —a juicio del autor— demasiado sobre ese derecho humano y esa garantía procesal. Sin embargo, habrá que trasladar esa figura a un contexto en el que las autoridades inician procedimientos administrativos, en estricto rigor, sin previo aviso al administrado —como ocurre con las revisiones electrónicas del artículo 42, fracción IX, del Código Fiscal de la Federación—, apoyadas hoy en programas y robots —como OrientaSAT y otras herramientas destinadas a combatir el fraude tributario—, todas ellas orientadas a mejorar su eficacia, con las implicaciones laborales y jerárquicas que ello supone para la Administración pública. En ese escenario, quizá sean las máquinas las que emitan las órdenes jerárquicas a las autoridades y estas, con un afán recaudatorio, se limiten a ejecutarlas (Servicio de Administración Tributaria, s. f.).

Ciertamente, el Reglamento Interior del Servicio de Administración Tributaria, del 24 de agosto del 2015, establece en su artículo 2 que es este mismo reglamento el que establece las facultades que corresponden a cada una de sus unidades, tanto en materia de fiscalización como de recaudación de impuestos federales. No obstante, puede ocurrir que, sin un límite constitucional como el que se sugiere, la IA se transforme

de facto en una persona jurídica y ejerza las funciones que corresponden al ente público y a sus órganos, cuya titularidad se identifica con las funciones públicas de las que están investidos por imperio de la ley. Así, no es aventurado sostener que la supremacía de la IA podría estar a la vuelta de la esquina. Por esa razón, resulta necesario, desde la óptica del contribuyente, intervenir a fin de que esos cerebros electrónicos se alimenten de valores democráticos, así como de control constitucional y legal. En ese sentido, la IA usada con el objeto de fiscalizar a los contribuyentes debería programarse a partir de algoritmos que protejan los derechos humanos de los contribuyentes y no los vulneren, ya que las futuras lesiones que esas máquinas puedan causar a la esfera jurídica de aquellos aún no han sido visualizadas ni puestas de manifiesto, aunque es previsible que ocurran (Núñez Zorrilla, 2019, p. 15).

Efectivamente, uno de los derechos que podrían verse afectados por la IA en su interacción con los contribuyentes es la garantía de audiencia, por ejemplo en la determinación de una presunta evasión fiscal. El contribuyente seguramente contará con sus registros, su memoria y su documentación comprobatoria. Pero quedará en franca desventaja frente a una autoridad armada con programas y robots que tal vez no solo se limitarán a encontrar, identificar o clasificar la información que origine ese resultado fiscal, sino que quizá, mediante diversos algoritmos basados en probabilidades de riesgo, determinen el futuro patrimonial de un ciudadano de a pie, quien deberá defenderse rudimentariamente con el auxilio de su abogado y su contador.

Tal vez, el futuro en materia de derechos humanos relacionados con la IA radique en la democratización y el acceso a esa herramienta tecnológica, no solo por parte de la autoridad, sino también por parte del contribuyente, con financiación del Estado. Sin embargo, existe el riesgo de que el Estado, al buscar su financiamiento a través de la tributación, termine delegando en dicha herramienta, por razones de facilidad, comodidad, economía y rapidez, la definición de los procedimientos y la delimitación de los derechos de los sujetos de la relación jurídico-tributaria. También, en un escenario hipotético en el que se concentre el poder y desaparezca la división de poderes, sería aún más grave permitir que los programadores y creadores de estos nuevos sistemas de inteligencia determinen sus alcances.

Un indicio de lo que se aproxima ante la ausencia de un marco jurídico en México es la creación, a partir del 2025, de agentes autónomos de IA, que representarían una evolución de ChatGPT, con riesgos inminentes de vulneraciones de derechos, entre ellos el debido proceso y la garantía de audiencia (Entrala, 2024). Sin embargo, ya que es probable que quienes programen a los robots se apoyen en valores y costumbres, es también plausible que las normas, leyes y derechos humanos queden relegados, tarea que se debería encomendar a los juristas a fin de evitar que la IA, por sí misma o en auxilio del Estado, vulnere las prerrogativas. Por tanto, es necesaria una reforma de la

Constitución Federal en México que incluya un artículo específico sobre la IA al servicio del Gobierno que fije parámetros y límites frente al abuso autoritario.

Entre estos límites, deberían figurar la transparencia, la rendición de cuentas, el respeto a los derechos humanos y al marco constitucional, así como la democratización. Como ha señalado Patiño Camarena (2014):

> La doctrina reconoce, en forma unánime, que los derechos del hombre históricamente sucedieron a los derechos estamentales y vinieron a significarse como derechos públicos fundamentales de la persona frente al Estado y por lo mismo su preocupación fundamental consistió en señalarle un límite a la acción del poder gubernamental, una barrera más allá de la cual el Estado no puede actuar configurando, de esta manera, una órbita de libertad individual dentro de la cual no se admite ninguna injerencia del poder gubernamental, órbita cuya extensión varía en relación al tiempo y al lugar. (p. 3)

Por último, en tiempos de OrientaSAT y de la IA aplicada a la fiscalización, podría ocurrir que, mediante la interpretación o la integración de la norma, el Poder Judicial avale, desde un enfoque económico, las vulneraciones a los derechos humanos de los contribuyentes, como ha ocurrido con el derecho a la privacidad en las revisiones electrónicas (Código Fiscal de la Federación, art. 42, fracción IX). Si bien esta medida ha generado una mayor recaudación en beneficio de la sociedad, convendría evaluar si ese sacrificio de la libertad en favor de ese beneficio económico podría, con el paso del tiempo, producir un efecto contrario al deseado; es decir, una menor recaudación como consecuencia de la reducción de los ingresos o del patrimonio del contribuyente, quien al sentirse en extremo vigilado, intimidado y atemorizado podría limitar su creatividad para innovar y generar riqueza para la nación.

Definitivamente, el Estado tiene que recaudar y el contribuyente debe pagar los impuestos. Sin embargo, ello no justifica que la autoridad deshumanice su actuación para ser más eficiente, ya que, si bien la IA es una máquina, el contribuyente es una persona y, por ello, se debe procurar no ocasionar daños injustificados a su persona o a su patrimonio.

8. CONCLUSIONES

Los derechos humanos constituyen un límite a la acción del Estado (Patiño Camarena, 2014, p. 3) y, por tanto, deben servir igualmente como freno a la supremacía de la IA en poder del Gobierno y, en especial, del fisco. De lo contrario, se correrá el riesgo de ceder las prerrogativas propias del ser humano, como ser inteligente y dignos, a un cerebro programado probablemente para someterlo, sin más oportunidad de defensa que el acceso democrático a esa misma herramienta. En consecuencia, se propone que, en el

caso de México, se impulse una reforma constitucional que integre un marco jurídico destinado a establecer los límites de uso de la IA y a regular sus riesgos, a fin de proteger los derechos humanos de sus usuarios y destinatarios.

9. RECOMENDACIÓN

Se sugiere revisar, como parámetro de regulación para la IA en México, el Reglamento (UE) 2024/1689. Este reglamento establece normas armonizadas en materia de IA y, con las adaptaciones necesarias, puede servir como modelo normativo para establecer límites al uso de esta tecnología.

REFERENCIAS

Aguilera, E. R. (2007*). Inteligencia artificial aplicada al derecho.* Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2399-inteligencia-artificial-aplicada-al-derecho

Álvarez Díaz, J. A., Macías Sierra, J. D., Medina Arellano, M. de J., & Romay Hidalgo, F. (2022). *Neuroética, neuroderecho e inteligencia artificial*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/6702-15-neuroetica-neuroderecho-e-inteligencia-artificial-ensenanza-transversal-en-bioetica-y-bioderecho-cuadernillos-digitales-de-casos

Cáceres Nieto, E. (2016). *Técnicas ericksonianas para la elicitación del conocimiento judicial en un proyecto de inteligencia artificial aplicada al derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4306-tecnicas-ericksonianas-para-la-elicitacion-del-conocimiento-judicial-en-un-proyecto-de-inteligencia-artificial-aplicada-al-derecho

Código Fiscal de la Federación. Arts. 5, 42 y 53. 31 de diciembre de 1981 (México). Diario Oficial de la Federación. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cff.htm

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Arts. 14, 16 y 89. 5 de febrero de 1917 (México). https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf

Entrala, G. (2024, 13 de diciembre). *Los agentes de la IA transformarán tu trabajo para siempre* [Video]. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=r0Iz-okwOsA

Ley Federal de Procedimiento Administrativo de 1994. 4 de agosto de 1994. Diario Oficial de la Federación. https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfArticuladoFast.aspx?q=XiHGMGm0tf3DexUGxyTnSDFmqV5vZ3YAMiojSSjNJwk6FQ/NdFG/SpEXZ6uER0A9ZOzkTzrAV6pt9kdZEUeQNw==

Núñez Zorrilla, M. del C. (2019*). Inteligencia artificial y responsabilidad civil. Régimen jurídico de los daños causados por robots autónomos con inteligencia artificial.* Reus.

Patiño Camarena, J. (2014). *De los derechos del hombre a los derechos humanos.* Flores; Instituto de Investigaciones Jurídicas; Universidad Nacional Autónoma de México. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3687/5.pdf

Persson, I., & Savulescu, J. (2012). *Unfit for the future: The need for moral enhancement*. Oxford University Press.

Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 13 de junio del 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, y se modifican los reglamentos (CE) 300/2008, (UE) 167/2013, (UE) 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144, y las directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 [Reglamento de Inteligencia Artificial]). *Diario Oficial de la Unión Europea*, L, 12.7, 1-144. https://www.boe.es/doue/2024/1689/L00001-00144.pdf

Reglamento del Código Fiscal de la Federación. Art. 33. 2 de abril del 2014. Diario Oficial de la Federación. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/131370/6._REGLAMENTO_DEL_C_DIGO_FISCAL_DE_LA_FEDERACI_N.pdf

Reglamento Interior del Servicio de Administración Tributaria. Art. 2. 24 de agosto del 2015. Diario Oficial de la Federación. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regla/n154.pdf

Servicio de Administración Tributaria. (s. f.). *Términos y condiciones generales de uso del servicio OrientaSAT - Mis cuentas.* http://omawww.sat.gob.mx/documentossat/Paginas/OrientaSAT/Terminos-Cond-Grales-Uso-OrientaSAT.pdf

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2016a). Tesis de jurisprudencia 2a./J. 145/2016 (10a.). Segunda Sala. 28 de octubre del 2016. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 35, I, 703 (registro digital 2012922 [México]). https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2012922

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2016b). Tesis de jurisprudencia 2a./J. 156/2016 (10a.). Segunda Sala. 28 de octubre del 2016. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 35, I, 730 (registro digital 2012942 [México]). https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2012942

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2025). Tesis I.10o.A.56 A (11a.). Tribunales Colegiados de Circuito. 21 de febrero del 2025. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 46, III, 1, 615 (registro digital 2029961 [México]). https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2029961

Vidal Correa, L. E. (2025). La inteligencia artificial y su regulación: un viaje por el mundo. En P. D. Lucio Espino (Coord.), *El derecho a la imagen y otros derechos humanos frente a la era de la inteligencia artificial* (pp. 94-107). Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/16/7918/7_7918.pdf

Garantía patrimonial, vulneración de datos de salud y el derecho español

Leonardo Vasconcelos Guaurino de Oliveira*
Universidad de Salamanca, España

Recibido: 30 de enero del 2026 / Aceptado: 4 de mayo del 2026
doi: https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2026.n061.8559

RESUMEN. El presente estudio abordará de manera clara y concisa el Código Civil español (Real Decreto de 24 de julio de 1889), específicamente en lo que respecta al Derecho de Obligaciones, analizando lo más relevante de la garantía patrimonial universal. Esta constituye hoy uno de los asuntos más importantes para el cumplimiento íntegro y regular de las relaciones obligacionales, pues es un elemento basilar para la efectividad de la responsabilidad civil. En este contexto, examinaremos el principio de la responsabilidad ilimitada como un mecanismo de seguridad jurídica esencial para la mitigación de las fragilidades e incertidumbres de las relaciones en entornos virtuales, así como de la vulnerabilidad de los pacientes, especialmente ante los nuevos desafíos derivados de la implementación de la telemedicina y de su relación con la protección de datos de salud, por tratarse de cuestiones constantemente presentes en los procedimientos de los tribunales españoles.

PALABRAS CLAVE: garantía patrimonial / protección de datos de salud / derecho de obligaciones / responsabilidad civil / España

* Doctorando en Derecho Privado por la Universidad de Salamanca, España. Magíster en Telemedicina y Telesalud por la Universidad del Estado de Río de Janeiro. Magíster en Derecho Privado y Médico por la Universidade Autónoma de Lisboa. Especialista en Derecho Civil-Constitucional por la Universidad del Estado de Río de Janeiro. Graduado en Derecho por la Universidad Federal del Estado de Río de Janeiro. Profesor de Derecho Público en posgrado y MBA. Miembro de la International Society for Telemedicine & eHealth (ISfTeH). Miembro de la Asociación Brasileña de Telemedicina y Telesalud (ABTms) y de la Sociedad Brasileña de Informática en Salud (SBIS). Código ORCID: https://orcid.org/0009-0006-4596-5924. Contacto: leonardo.vasconcelos@usal.es

PATRIMONIAL GUARANTEE, HEALTH DATA BREACH AND SPANISH LAW

ABSTRACT. The present study will address, in a clear and concise manner, the Spanish Civil Code, Royal Decree of July 24, 1889, specifically with regard to the Law of Obligations, analyzing the most relevant issues concerning the subject of the Universal Patrimonial Guarantee. This constitutes today one of the most important matters for the full and regular compliance of obligational relationships, serving as a foundational element for the effectiveness of civil liability. In this context, we will examine the principle of unlimited liability as an essential mechanism of legal security for the mitigation of the fragilities and uncertainties of relationships in virtual environments, as well as patient vulnerability, especially in the face of the new challenges brought by the implementation of Telemedicine and its relationship with health data protection, which are themes constantly present in the proceedings of Spanish courts.

KEYWORDS: patrimonial guarantee / health data protection / law of obligations / civil liability / Spain

1. INTRODUCCIÓN

Las garantías de las obligaciones no pueden ser esclarecidas sin la previa definición del derecho de obligaciones y del instituto de la obligación civil, por lo que se inicia este estudio con el análisis del concepto de obligación, con base en la doctrina y en los artículos 1088 y 1089 del Código Civil español. En el siguiente apartado, se aborda el estudio de las garantías de las obligaciones en el ordenamiento jurídico español y se analizan sus aspectos generales, su contenido y las principales directrices de la materia.

Por último, se examina la garantía patrimonial universal, resaltando el principio de la responsabilidad ilimitada del deudor (artículo 1911 del Código Civil español) y se comparan las garantías especiales previstas en la ley española, como forma de comprender mejor esta institución jurídica en el contexto actual de la salud digital y de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD), Ley Orgánica 3/2018 del 5 de diciembre del 2018.

2. LA RELACIÓN OBLIGACIONAL

Antes de adentrarnos al objeto principal de este trabajo, que es el análisis de la garantía de las obligaciones, es necesaria una aproximación general de la relación jurídica obligacional, mediante el análisis del concepto de obligación civil, su estructura, así como de las consecuencias generadas por su incumplimiento.

2.1 El concepto y las características de la obligación civil

La expresión *obligación* puede ser vista bajo los más diversos prismas, pero interesa a este trabajo el enfoque de la relación jurídica obligacional. Como se mencionó anteriormente, el Código Civil fija la definición legal de obligación en el citado artículo 1088. Detallando el concepto legal, tenemos que la obligación es el vínculo jurídico entre dos sujetos, en el que se encuentra presente un derecho subjetivo del acreedor y un deber impuesto al deudor, este último llamado prestación (Albaladejo, 2011, p.19).

Pasando al análisis de la óptica doctrinaria del tema, no encontramos una formulación única, una voz unísona sobre el concepto de obligación, pues existen diversos posicionamientos y proposiciones sobre el instituto por parte de los más renombrados doctrinarios (Coelho, 2007, p. 5; Pereira, 2005, p. 5; Rodrigues, 2006, p. 3).

Como forma de ilustrar el tema, traemos la doctrina de Antunes Varela (1977, p. 57), quien entiende que la obligación es una relación jurídica con la que una persona puede exigir de otra, por lo que esta queda vinculada al correspondiente deber de prestar. Esta concepción clásica, y todavía dominante entre los estudiosos del derecho, retrata claramente la obligación como el derecho a una actividad humana (Mendes, 1986, p. 120). Analizando esta concepción, deben hacerse algunas consideraciones acerca de

su transitoriedad y de su carácter patrimonial, puntos importantes para el alcance del presente estudio.

En primer lugar, debemos explicitar en qué consiste esa transitoriedad. Tal característica nos aporta la idea de que, ya desde su nacimiento, la relación obligacional tiene como finalidad extinguirse con la debida satisfacción del acreedor, lo que conlleva el término del vínculo entre los sujetos. En segundo lugar, respecto a la naturaleza patrimonial de las obligaciones, tenemos que tal característica no es esencial, por lo que no está presente en todas las obligaciones, existiendo solo una prevalencia o tendencia a que estas posean naturaleza económica.

Por lo tanto, la prestación en sí puede no tener un cariz patrimonial, pero debe responder a un interés del acreedor, incluso de carácter moral o afectivo, siempre que el derecho lo considere un bien digno de protección (Castán Tobeñas, 2005, p. 42). Sea cual sea su naturaleza, el incumplimiento de la obligación por el sujeto pasivo siempre acarreará daños indemnizables.

Todavía sobre la transitoriedad y el carácter patrimonial de las obligaciones, aspectos importantes para el presente estudio, destacamos que, en la telemedicina, la obligación no se relaciona solo con un hacer, que es el acto médico en sí, sino que también aporta un vínculo relacionado con un no hacer, esto es, un deber de protección y custodia de datos personales sensibles, conforme a lo previsto en la Ley 41/2002, del 14 de noviembre del 2002, que regula la autonomía del paciente. Además, cabe destacar que, aunque la obligación no tenga un valor patrimonial intrínseco, su incumplimiento podrá acarrear daños indemnizables que afectarían el patrimonio del deudor.

2.2 La estructura de la obligación civil

De acuerdo con el concepto presentado, la relación obligacional está constituida básicamente por tres elementos: el sujeto, el objeto y el elemento inmaterial (vínculo jurídico).

2.2.1 Los sujetos de la obligación civil

Los sujetos son los componentes de los polos de la relación jurídico obligacional.

- El sujeto activo acreedor es el titular del derecho, pues tiene el poder de exigir el cumplimiento de la obligación por parte del sujeto pasivo.
- El individuo que ocupa el polo pasivo de la relación obligacional es el sujeto pasivo, pues tiene el deber de efectuar el contenido de la obligación, respondiendo con todo su patrimonio por tal cumplimiento.

2.2.2 El objeto de la obligación civil

La obligación civil está formada por dos objetos: el objeto inmediato (prestación) y el objeto mediato (bien jurídico tutelado). El objeto inmediato de la obligación consiste en la prestación, en la conducta del sujeto pasivo, la cual puede ser una conducta positiva o negativa, en los términos del artículo 1088 del Código Civil español.

Por su parte, el objeto mediato se refiere a la cosa que está sometida a la obligación y es conocida también como bien jurídico tutelado (Gagliano & Pamplona Filho, 2013, p. 18). En los términos de los artículos 1271, 1272 y 1273 del Código Civil español, la prestación debe ser lícita, posible y determinable.

2.2.3 El vínculo jurídico de la obligación civil

Este elemento es el nexo que une a acreedor y deudor, pues se trata de un vínculo jurídico que sujeta al deudor a determinada prestación (Díez-Picazo, 2008, p. 75).

- Como forma de expresar este vínculo, tenemos la conjugación de los artículos 1088 y 1911 del Código Civil, que se complementan al aportar la conceptualización de la obligación y la amplitud de la responsabilidad patrimonial del deudor.
- Debemos traer aquí el posicionamiento del profesor Paulo Cunha (1939, p. 2), quien entiende que se encuentra necesariamente inserta en el concepto de obligación, dentro del vínculo, la noción de garantía.
- Por último, destacamos que es este vínculo el que proporciona el carácter coercitivo al cumplimiento de la obligación. Así, en caso de incumplimiento, el acreedor podrá satisfacerse en el patrimonio del deudor (Tartuce, 2016, p. 344).

3. LAS GARANTÍAS AL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

El Código Civil español, en sus artículos 1156 y 1157, afirma que el cumplimiento de la obligación ocurre en el momento en que se realiza la prestación vinculada a ella. Destacamos que la expresión *cumplimiento* se refiere a la realización de la prestación debida, lo que conlleva la satisfacción del legítimo interés del sujeto activo y extingue la obligación.

No obstante, ante el incumplimiento de una obligación civil, el ordenamiento jurídico proporciona al acreedor instrumentos para proteger y hacer efectivo su derecho, por lo que tal regulación es válida para todo acreedor (Pereira, 2015, p. 421). En este contexto, destacamos que el Código Civil (artículo 1091) otorga al acreedor el derecho de exigir el cumplimiento forzoso de la obligación por la vía judicial o la conversión de la obligación de esta en indemnización por daños y perjuicios. Es exactamente en tal contexto en el que

debemos estudiar las garantías de las obligaciones, pues estas son formas de protección destinadas a garantizar la efectividad del derecho de crédito de los acreedores (Antunes Varela, 1977, p. 603).

Adentrándonos en la garantía de las obligaciones, la doctrina regularmente realiza la diferenciación entre dos modalidades: generales y específicas. La garantía general se refiere a todos los bienes y derechos del deudor, es decir, a su patrimonio, salvo las inembargabilidades previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000 del 7 de enero del 2000). En cambio, la modalidad específica se refiere a un refuerzo de la garantía general y se divide en dos tipos de garantías especiales: garantías personales y garantías reales.

Las garantías especiales personales se refieren a la posibilidad de que otra persona se convierta, conjuntamente con el deudor, en responsable de la deuda. A título de ejemplo, podemos citar la fianza (Código Civil español, artículo 1822), en la cual un tercero se obliga a pagar o cumplir por el deudor en caso de que este no lo haga.

Las garantías especiales reales se refieren a la posibilidad de que el deudor indique un bien específico que garantice la satisfacción del crédito, específicamente a determinado acreedor, pudiendo tal bien estar contenido o no en el patrimonio del sujeto pasivo de la relación obligacional. Aquí pueden citarse la prenda y la hipoteca (Código Civil español, artículo 1857).

3.1 Los principios generales del derecho de garantías

Como forma de establecer los pilares maestros para el entendimiento del tema, decidimos estudiar los principios orientadores más importantes del sistema de garantías obligacionales en el ordenamiento jurídico español. Es importante señalar que la lista de principios no es uniforme, pues no existe una previsión legal expresa, ya que se trata de una construcción doctrinal y jurisprudencial. Dicho esto, la lista que se presenta es la que el autor considera como esencial para el estudio.

*3.1.1 Principio de la igualdad de los acreedores (*par conditio creditorum*)*

El principio de igualdad de trato entre los acreedores deriva del sistema de preferencia de créditos del Código Civil español que, como regla, fija que no habrá preferencia entre los acreedores, por lo que todos están en igualdad de condiciones, salvo disposición en contrario (Espín Cánovas, 1982, p. 302).

La doctrina española extrae el principio de los artículos 1921 y siguientes del Código Civil español. Es decir, al no existir garantías prevalentes sobre las obligaciones frente a determinados acreedores, todos los acreedores tendrán un trato idéntico, sin privilegio alguno, pues todos son considerados acreedores comunes. En ese supuesto, la satisfacción de esos créditos se realizará mediante el prorrateo proporcional de los valores obtenidos de la venta de los bienes del deudor posteriormente embargados.

3.1.2 Principio de la prohibición de pacto comisorio

El pacto comisorio es el acuerdo celebrado entre las partes como forma de asegurar el cumplimiento de la obligación, mediante el cual se establece que, en caso de incumplimiento de la obligación, el bien será transferido íntegramente al acreedor, sin considerar el valor de la deuda o del bien. Tal prohibición está presente en los artículos 1859 y 1884 del Código Civil español.

- La prohibición del pacto comisorio es una norma de orden público que busca impedir la ocurrencia de abusos en situaciones de necesidad del deudor, a fin de impedir que el acreedor se valga de una situación de fragilidad y se apropie de un bien sin un procedimiento de valoración justa (Gomá Salcedo, 2010, p. 615).
- Atenuando tal cláusula, y entrando en el campo de la licitud, la doctrina y la jurisprudencia admiten el llamado pacto marciano, que correspondería a la cláusula obligacional accesoria de garantía del cumplimiento de la obligación, en la cual el acreedor estaría obligado a devolver al deudor la diferencia entre el valor del bien ejecutado, entregado en garantía por el deudor, y el valor de la deuda (Tribunal Supremo de España, 2013).
- Por lo tanto, el pacto comisorio solo sería válido si tal cláusula fuera transformada y se fijara el deber del acreedor de restituir al deudor el excedente, esto es, el exceso del valor del bien en relación con el respectivo crédito asegurado. En este caso, la proporcionalidad y el equilibrio entre las prestaciones estarían asegurados, sin violar el principio de isonomía.

3.1.3 Principio de accesoriedad

En el derecho español, por regla general, las garantías de las obligaciones poseen carácter accesorio y existen solo en dependencia del contrato principal al cual están vinculadas.

Así, en caso de que ocurra la extinción, cesión o transferencia de la obligación principal garantizada, la consecuencia natural será la extinción, cesión o transferencia de la obligación accesoria, es decir, la garantía, en virtud de la máxima *accesorium sequitur principale*. No obstante, lo opuesto no puede afirmarse. Es decir, extinguida la obligación accesoria, el destino de la obligación principal no será el mismo, pues esta tiene existencia autónoma y conserva su vigencia.

3.2 La garantía general de las obligaciones. El patrimonio del deudor

Debemos iniciar la explicación de este tema, objeto principal del presente trabajo, con el análisis del principio general de la responsabilidad ilimitada del deudor, previsto en el artículo 1911 del Código Civil español.

- Como refuerzo a esa previsión del Código Civil, destacamos el artículo 72 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que confirma la existencia del principio.
- Es decir, en el momento en que se pacta una obligación, el deudor está poniendo a disposición del acreedor todos sus bienes embargables como forma de garantizar su cumplimiento.
- Por lo tanto, en sede de garantía general, aquella que es válida para todos los acreedores, debemos hablar además del principio de isonomía, de la *par conditio creditorum*, pues todos los acreedores poseen la misma garantía, es decir, el patrimonio del deudor, por lo que todos tienen igual acceso a él. Cabe destacar que tal trato paritario solo se encuentra presente en caso de inexistencia de garantías especiales (Vasconcelos, 2010, p. 42). En ese sentido, el artículo 1921 del Código Civil dispone lo siguiente:

> Los créditos se clasificarán, para su graduación y pago, por el orden y en los términos que en este capítulo se establecen. En caso de concurso, la clasificación y graduación de los créditos se regirá por lo establecido en la Ley Concursal.

3.2.1 Los bienes excluidos de la garantía general de las obligaciones

Como excepción a los principios de generalidad e igualdad, presentes en la garantía general de las obligaciones, la Ley de Enjuiciamiento Civil aporta casos especiales en los cuales los bienes no pueden ser accedidos por los deudores como forma de satisfacción de sus créditos. Estos son los bienes inembargables o exentos de embargo.

- Por regla general, el Código Civil español fija la responsabilidad universal. Además, el texto legal aporta casos de limitaciones al principio general de la responsabilidad ilimitada del deudor (Costa, 2009, p. 845), pudiendo estas ser convencionales, legales o por determinación de un tercero.
- La inembargabilidad de ciertos bienes deriva de la necesidad de protección del mínimo vital, que garantiza la dignidad del deudor y su subsistencia básica (Montero Aroca, 2011, p. 554).
- Las limitaciones convencionales son aquellas realizadas por acuerdo entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de la obligación. Un caso relevante de limitación convencional es la hipoteca de responsabilidad limitada, prevista en el artículo 140 de la Ley Hipotecaria, Decreto de 8 de febrero de 1946, en la cual el bien hipotecado pasa a ser el límite de la obligación del deudor y de la acción del acreedor.

- Sobre las limitaciones convencionales, la jurisprudencia fija límites morales, sociales y humanitarios a su aplicación, y culmina con la nulidad por el desbordamiento de estos límites.
- Las limitaciones legales son aquellas que poseen previsión expresa en el texto normativo. Podemos citar aquí la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, regla que establece que el patrimonio personal del heredero no responde por las deudas del fallecido.
- Por último, citamos las limitaciones fijadas por determinación de un tercero, pudiendo citarse las donaciones y los legados con cláusula de inembargabilidad, siempre que se respeten los límites de la legítima.

3.3 Las garantías especiales

Parte de la doctrina (Vasconcelos, 2010, p. 46) entiende que solo las garantías especiales serían verdaderas garantías, pues, al adoptar una noción de refuerzo, no habría que hablar de isonomía de todos los acreedores, sino del privilegio crediticio de algunos acreedores frente a los demás, solo presente en la atribución de garantías especiales.

Con fines comparativos, y buscando aportar más elementos para la comprensión del tema, optamos por realizar una breve explicitación de las garantías especiales, a fin de compararlas con las garantías generales:

- En el momento en que el deudor otorga al acreedor garantías superiores a las concedidas a los demás acreedores, es decir, la simple responsabilidad patrimonial, estamos ante las llamadas garantías especiales, conforme a lo previsto en los artículos 1922 a 1925 del Código Civil español.
- Así, este acreedor pasa a disfrutar de una posición especial, más beneficiosa que la de los demás acreedores, no habiendo lugar a la aplicación de la isonomía (Leitão, 2013, p. 313).
- Tal refuerzo puede ser de dos naturalezas: cualitativa o cuantitativa. Cuando se proporciona al acreedor una protección mayor para la efectividad de su crédito por medio de la constitución de una nueva obligación, con nuevos patrimonios participando en esa garantía, estaremos ante garantías especiales personales, que representarían un refuerzo cuantitativo. Cuando esa "sobreprotección" se basa en bienes, se tratará de una garantía especial real que posee un carácter, por regla general, cualitativo (Leitão, 2013, p. 214).

4. LA GARANTÍA PATRIMONIAL UNIVERSAL, LA TELEMEDICINA Y LA PROTECCIÓN DE DATOS

4.1 La telemedicina: concepto y evolución histórica en Europa y en España

La telemedicina es, conforme al concepto fijado por la Organización Mundial de la Salud (2010), la prestación de servicios de atención sanitaria en aquellos casos en que la distancia constituye un factor crítico. Comprende el intercambio de información para el diagnóstico, la prevención y el tratamiento de enfermedades, la formación continua de los prestadores de servicios sanitarios y finalidades de investigación y evaluación, con el propósito de promover la salud individual y colectiva.

Este modelo telemático de contacto médico-paciente, basado en la transmisión de datos personales de salud a través de redes informáticas, transforma esa relación jurídica e introduce nuevos derechos y obligaciones para los agentes participantes —como las obligaciones de seguridad de la información y de gobernanza de datos—, lo que justifica el tratamiento autónomo del tema en el derecho civil contemporáneo.

Trazando un breve panorama histórico, cabe subrayar que la telemedicina no nace con la era digital. Los primeros experimentos sobre transmisión de datos clínicos a distancia se remontan a Willem Einthoven y sus ensayos electrocardiográficos, a inicios del siglo xx (Pellegrini et al., 2021, p. 197), aunque, como observan Romero et al. (2008, p. 508), "hubo que esperar a la revolución tecnológica de los años 80 y principios de los 90, cuando el coste disminuyó hasta un rango aceptable para su uso en el ámbito clínico". A partir de ese hito, la Comisión Europea pasó a tratar la materia como objeto autónomo de políticas públicas (Comisión de las Comunidades Europeas, 2008), esfuerzo que solo cobró densidad jurídica con el Reglamento (UE) 2025/327, relativo al Espacio Europeo de Datos Sanitarios (Unión Europea, 2025), de carácter sistematizador, al articular la gobernanza de datos, la interoperabilidad de la historia clínica electrónica y el régimen de uso secundario de datos en un único cuerpo normativo.

No obstante, en el ordenamiento español, la regulación específica permanece en construcción, sosteniéndose sobre instrumentos anteriores a la digitalización integral del acto médico —la Ley 14/1986, Ley General de Sanidad del 25 de abril de 1986, y la Ley 41/2002—, laguna que el anteproyecto de la Ley de Salud Digital, cuya consulta pública se cerró en octubre del 2025, pretende colmar al adaptar el Reglamento EEDS al derecho interno (Ministerio de Sanidad, 2025).

4.2 Protección de datos personales y tutela del paciente en telemedicina

El derecho a la protección de datos personales se configura, en el ordenamiento europeo, como derecho fundamental autónomo, consagrado en el artículo 8 de la Carta de los

Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Unión Europea, 2000) y regulado por el Reglamento (UE) 2016/679 ([RGPD], Parlamento Europeo & Consejo Europeo, 2016), cuyo artículo 4.1 define el dato personal como toda información relativa a una persona física identificada o identificable (Unión Europea, 2016).

La consolidación de este derecho es fruto de una trayectoria normativa europea iniciada con el Convenio 108 del Consejo de Europa (1985), proseguida por la Directiva 95/46/CE (Parlamento Europeo & Consejo Europeo, 1995) y culminada con el RGPD, hoy reforzado por el artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En el ordenamiento español, la evolución partió del artículo 18.4 de la Constitución de 1978 y se materializó en tres leyes orgánicas sucesivas —LORTAD 5/1992, LOPD 15/1999 y la vigente LOPDGDD 3/2018, de adaptación al RGPD—, con el derecho fundamental autónomo a la protección de datos consolidado por la STC 292/2000 (Tribunal Constitucional de España, 2000).

La relevancia específica del tema para la telemedicina deriva de la calificación del dato de salud como categoría especial de datos personales por el artículo 9 del RGPD, que lo somete a un régimen reforzado —con prohibición general de tratamiento y excepciones tasadas—. Como observa Troncoso Reigada (2019), "existe una presunción en el RGPD que proviene de la Directiva 95/46/CE de que los tratamientos de categorías especiales de datos personales no son conformes a derecho". Esto revela la sensibilidad singular de los datos personales tratados en el acto médico telemático y justifica que su vulneración repercuta directamente sobre el régimen civil de responsabilidad.

La casuística europea sobre indemnización por vulneración de datos personales cobró densidad a partir de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la interpretación del artículo 82 del RGPD. Esta jurisprudencia estableció que la mera infracción del RGPD no genera automáticamente el derecho a la indemnización, exigiéndose la demostración de un daño concreto (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2023a), y que el temor fundado de uso indebido de los datos tras una brecha de seguridad puede configurar un daño moral indemnizable (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2023b).

En el ámbito específico de los datos sanitarios, la Gran Sala del mismo tribunal, en la sentencia Lindenapotheke (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2024), reforzó la interpretación ampliativa de la categoría de datos relativos a la salud del artículo 9 del RGPD, al calificar como tales las informaciones aportadas por el cliente en pedidos en línea de medicamentos de venta exclusiva en farmacia, aun cuando estos no estén sujetos a receta médica. En el ordenamiento español, la Agencia Española de Protección de Datos (2024) sancionó a la entidad hospitalaria IDCQ Hospitales y Sanidad, S. L. U. por vulneración de los artículos 5.1.f), 25 y 32 del RGPD, como consecuencia del extravío de un soporte físico que contenía imágenes diagnósticas de un paciente (Agencia Española de Protección de Datos,

2024). Este episodio demuestra cómo la tutela de los datos sanitarios exige diligencia tanto frente a ataques cibernéticos como frente a fallos organizativos internos.

4.3 El contrato de seguro como mecanismo accesorio de garantía patrimonial

El contrato de seguro de responsabilidad civil, regulado por la Ley 50/1980, Ley de Contrato de Seguro, del 8 de octubre de 1980, opera como mecanismo accesorio de garantía patrimonial, a fin de asegurar —dentro de los límites de la cobertura pactada, en los términos del artículo 73 de la ley— la satisfacción del crédito indemnizatorio del paciente lesionado por actuación dolosa o negligente del asegurado. Como sintetiza Arquillo Colet (2004, p. 13), en el análisis de la función económica del seguro de responsabilidad patrimonial sanitaria, "la compañía aseguradora, la Administración pública y el perjudicado mejoran su posición al trasladar su riesgo mediante un contrato de seguro".

En el ámbito sanitario, el instrumento adquiere especial relevancia, al ser de contratación obligatoria para los médicos, en virtud del artículo 46 de la Ley 44/2003, Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, que vincula a los profesionales que actúan en el sector privado a la contratación de un seguro de responsabilidad, aval u otra garantía financiera capaz de cubrir las indemnizaciones derivadas de los daños causados a terceros en el ejercicio de la actividad sanitaria (Romero Garro, 2018, pp. 50-51). Complementariamente, se ha convertido en práctica habitual la contratación de seguros de ciberriesgo (*cyber risk insurance*), cuya cobertura comprende incidentes de seguridad, ataques de *ransomware* y filtraciones de datos.

Su idoneidad como tutela patrimonial del paciente, sin embargo, no puede afirmarse acríticamente. A su favor, militan la previsibilidad reparatoria, la mitigación del riesgo de insolvencia del responsable y la acción directa del perjudicado contra el asegurador (Ley 50/1980, artículo 76). En sentido contrario, militan las exclusiones habituales por dolo del asegurado (Ley 50/1980, artículo 19), los sublímites de cobertura para ciberincidentes —con frecuencia son insuficientes frente a vulneraciones masivas de datos sanitarios— y las cláusulas temporales del tipo *claims made*, que pueden desamparar al paciente en supuestos de daños de manifestación tardía.

El seguro de responsabilidad civil representa, así, un refuerzo —cualitativo y cuantitativo— de la garantía patrimonial universal, no su sustituto, actuando en el ámbito del artículo 1911 del Código Civil español sin desplazarlo. Como advierte Panisello Martínez (2024, p. 77), "el seguro de responsabilidad civil no sustituye la implementación de medidas preventivas". Esto constituye, antes bien, un mecanismo complementario esencial para la tutela patrimonial del perjudicado.

Establecido lo anterior, la garantía patrimonial permanece como viga maestra del sistema; el seguro la robustece allí donde el patrimonio del deudor resultara insuficiente,

sin alterar la naturaleza ilimitada de la responsabilidad del prestador sanitario. Su eficacia como tutela del paciente depende, en última instancia, de la corrección regulatoria de las cláusulas —particularmente, de las exclusiones y sublímites en materia de ciberriesgo— y de la articulación con los demás mecanismos accesorios ya identificados, como el levantamiento del velo social.

4.4 La garantía patrimonial universal aplicada a la telemedicina

Adentrándonos en la garantía patrimonial universal aplicada a la telemedicina, el asunto necesita ir más allá de la prestación de servicios médicos, pues existen otros haces de obligaciones derivados de esa relación que necesitan ser tutelados por el ordenamiento jurídico, como es el deber de tratamiento adecuado de los datos personales sensibles de salud derivados de esa relación digital entre médico y paciente.

El deber de tratamiento adecuado de los datos adquiere nuevos matices, incluyendo la seguridad tecnológica y la confidencialidad en la transmisión de la información. La violación de esos datos —o los incidentes de seguridad— debe ser tratada como una lesión a un derecho sujeto al régimen reforzado del artículo 9 del RGPD examinado en el acápite 4.2, aunque no posea un valor económico directo evidente. No se trata de meras directrices éticas, administrativas o morales, sino de una tutela legal y una obligación civil de tratamiento adecuado de los datos sensibles de salud que integran la relación médico-paciente, tanto en el entorno presencial como en el telemático (Barrio Andrés, 2022, p. 112).

En el momento en que ocurre un incidente de seguridad, con la filtración de información o la violación del deber de custodia (y, por tanto, del adecuado tratamiento de esos datos), ya sea por culpa, negligencia en la seguridad de la información o por el uso inadecuado para finalidades diversas de las previamente acordadas, ese deber de confidencialidad y custodia sufre una transformación: se convierte en una obligación pecuniaria. Se trata, por tanto, del deber de reparación por los daños generados por el tratamiento inadecuado, en los términos de los artículos 1089 y 1101 del Código Civil español.

En este punto, el principio de la garantía patrimonial universal, previsto en el artículo 1911 del Código Civil español, se encuentra con la temática de la violación de datos de salud en la telemedicina. El agente infractor, responsable del incidente de seguridad, del uso indebido o del tratamiento inadecuado de la información pasa a estar sujeto al deber de indemnizar al agente lesionado —por regla general, el paciente—. Ese deber de indemnizar deriva de los daños a la intimidad y a la protección de datos, lo que sujeta el patrimonio del responsable a la reparación del daño sufrido por un tercero (Barrio Andrés, 2022, pp. 450-455), salvo las inembargabilidades previstas expresamente en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se está, pues, ante la función social y económica del derecho de obligaciones en la era digital. Ante el incumplimiento del deber de tutela, el acreedor de la obligación (el paciente, titular de los datos) puede buscar la satisfacción de su derecho y la indemnización por la lesión sufrida a través de la ejecución de los bienes del deudor (Lasarte Álvarez, 2022, pp. 215-218).

No obstante, la eficacia de esa ejecución tendrá matices diferentes dependiendo de quién sea el prestador del servicio de salud. En el caso de médicos profesionales liberales (personas físicas), la garantía de la responsabilidad es patente, pero limitada al patrimonio total del deudor. En cambio, en el caso de grandes establecimientos de salud o plataformas de telemedicina, la responsabilidad adquiere contornos empresariales.

En esta última, un punto relevante es la posibilidad de aplicar la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica, para que el patrimonio de los socios se vea afectado a fin de satisfacer el crédito del paciente (De Ángel Yagüez, 1995). Además, muchas figuras empresariales utilizan seguros de responsabilidad civil como garantías accesorias.

5. CONCLUSIONES

Hemos tratado en este trabajo las garantías generales de las obligaciones en el derecho civil español, con el propósito de presentar conceptos esenciales para el entendimiento de la materia.

El análisis pormenorizado del ordenamiento jurídico español revela que el instituto de la garantía patrimonial universal, consolidado en el artículo 1911 del Código Civil, permanece como la viga maestra de la seguridad jurídica en las relaciones obligacionales contemporáneas. La transición a la era digital, marcada por la expansión de la telemedicina y por la circulación masiva de datos sensibles bajo la égida de la LOPDGDD, no ha debilitado este principio, sino que le ha otorgado nuevos contornos y complejidades.

El estudio ha demostrado que la relación médico-paciente en la salud digital trasciende la tradicional prestación de servicios clínicos, incorporando un deber de custodia y protección de datos que configura una obligación civil auténtica. Como se ha evidenciado, el incumplimiento de ese deber de confidencialidad y seguridad cibernética de la información opera la conversión de una obligación de conducta en una obligación de reparación pecuniaria. En ese momento, la garantía patrimonial universal asume su función coercitiva, sujetando los bienes presentes y futuros del deudor a la satisfacción del crédito indemnizatorio del paciente lesionado.

Se concluye que la eficacia de la recuperación del daño en el escenario español es polifacética y depende directamente de la estructura del prestador, puesto que, en el caso de los profesionales liberales, la responsabilidad es ilimitada y directa, aunque la garantía

efectiva puede verse mitigada por la eventual escasez de bienes del profesional o por las inembargabilidades protectoras de la dignidad humana. Por otro lado, las plataformas tecnológicas presentan una garantía más robusta, frecuentemente reforzada por mecanismos accesorios como seguros de responsabilidad civil y la posibilidad de aplicar la doctrina de la personalidad jurídica en casos de *culpa in vigilando*.

En suma, en el ámbito de la telemedicina en el derecho español, aunque rige el principio de la responsabilidad patrimonial universal, la eficacia de la satisfacción del crédito varía según el sujeto pasivo. Mientras que en personas físicas la garantía puede estar limitada por una eventual escasez de bienes, en los grandes establecimientos y plataformas tecnológicas se observa una garantía más sólida, reforzada por mecanismos accesorios como seguros y otros mecanismos procesales destinados a ampliar las posibilidades de satisfacción de las obligaciones derivadas de la prestación de servicios de salud.

Por lo tanto, la función social y económica del derecho de obligaciones en España se reafirma en la era digital al garantizar que el patrimonio del deudor sirva de amparo contra la violación de derechos de la personalidad. La integración entre el Código Civil, la Ley 41/2002 y la Ley de Enjuiciamiento Civil asegura un sistema íntegro, en el que el interés del acreedor, incluso cuando es de carácter moral o extrapatrimonial, encuentra medios eficaces de protección y ejecución forzosa.

REFERENCIAS

Agencia Española de Protección de Datos. (2024). *Expediente EXP202402851. Resolución del procedimiento sancionador*. https://www.aepd.es/documento/ps-00288-2024.pdf

Albaladejo, M. (2011). *Derecho civil II: derecho de obligaciones* (14.ª ed.). Edisofer.

Antunes Varela, J. de M. (1977). *Direito das obrigações: conceito, estrutura e função da relação obrigacional, fontes das obrigações, modalidades das obrigações*. Forense.

Arquillo Colet, B. (2004). Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración pública sanitaria. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, (1). https://www.researchgate.net/publication/28066264_Seguro_y_responsabilidad_patrimonial_de_la_Administracion_Publica_Sanitaria

Barrio Andrés, M. (2022). *Derecho digital* (2.ª ed.). Tirant lo Blanch.

Castán Tobeñas, J. (2008). *Derecho civil español, común y foral* (t. III). Reus.

Código Civil. Real Decreto de 24 de julio de 1889. Arts. 1088, 1089, 1091, 1911. 25 de julio de 1889. Boletín Oficial del Estado (España). https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1889-4763

Coelho, F. U. (2007). *Curso de direito civil* (Vol. 2). Saraiva.

Comisión de las Comunidades Europeas. (2008). *COM(2008)689. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52008DC0689

Consejo de Europa. (1985). Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981. *Boletín Oficial del Estado*. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-23447

Costa, M. J. de A. (2009). *Direito das obrigações* (12.ª ed.). Almedina.

Cunha, P. (1939). *Da garantia das obrigações: apontamentos das aulas de direito civil da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* (t. I-II). Lisboa.

De Ángel Yagüez, R. (1995). La doctrina del «levantamiento del velo» y las sociedades interpuestas. *Estudios de Deusto*, *43*(2), 11-51. https://doi.org/10.18543/ed-43(2)-1995pp11-51

Decreto de 8 de febrero de 1946. Por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria. 27 de febrero de 1946. Boletín Oficial del Estado. https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1946-2453

Díez-Picazo, L. (2008). *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Vol. II: las relaciones obligatorias* (6.ª ed.). Civitas.

Espín Cánovas, D. (1982). *Manual de derecho civil españo: v. III, obligaciones*. Editorial Revista de Derecho Privado.

Gagliano, P. S., & Pamplona Filho, R. (2013). *Novo curso de direito civil. Vol. 2: obrigações* (14.ª ed.). Saraiva.

Gomá Salcedo, J. E. (2010). *Instituciones de derecho civil* (t. II). Bosch.

Lasarte Álvarez, C. (2022). *Principios de derecho civil. Tomo II: derecho de obligaciones* (16.ª ed.). Marcial Pons.

Leitão, L. M. T. de M. (2013). *Direito das obrigações* (Vol. 2, 10.ª ed.). Almedina.

Ley 1/2000 del 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil. 7 de enero del 2000. Boletín Oficial del Estado. https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323

Ley 14/1986 de 1986. Ley General de Sanidad. 25 de abril de 1986. Boletín Oficial del Estado. https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1986-10499

Ley Orgánica 3/2018 del 2018. Ley de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. 5 de diciembre del 2018. Boletín Oficial del Estado. https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/05/3

Ley 41/2002 del 2002. Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. 14 de noviembre del 2002. Boletín Oficial del Estado. https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-22188

Ley 44/2003 del 2003. Ley de ordenación de las profesiones sanitarias. 21 de noviembre del 2003. Boletín Oficial del Estado. https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-21340

Ley 50/1980 de 1980. Ley de Contrato de Seguro. 17 de octubre de 1980. Boletín Oficial del Estado. https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1980-22501

Mendes, P. (1986). A garantia geral das obrigações. *Revista Jurídica da AAFDL*, (6), 87-131.

Ministerio de Sanidad. (2025). *Consulta Pública previa sobre el Anteproyecto de Ley de Salud Digital por el que se adapta al ordenamiento nacional el Reglamento (UE) 2025/327 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al Espacio Europeo de Datos de Salud, y por el que se modifican la Directiva 2011/24/UE y el Reglamento (UE) 2024/284 y se regula la historia clínica digital interoperable nacional y el uso de tecnologías digitales en la asistencia sanitaria.* https://www.sanidad.gob.es/normativa/docs/2025.09.22_CPP_CPP_APL_Salud_Digital1_.pdf

Montero Aroca, J. (2011). *El nuevo proceso civil*. Tirant lo Blanch.

Organización Mundial de la Salud. (2010). *Telemedicine: Opportunities and developments in member States: Report on the second global survey on eHealth* (Global Observatory for eHealth Series, Vol. 2). https://iris.who.int/server/api/core/bitstreams/1d9e2557-20e2-4ab4-bdd7-648f962f866d/content

Panisello Martínez, J. (2024). El seguro como un instrumento complementario de prevención de daños. *Revista Derecho y Proceso*, *6*, 77-113. https://doi.org/10.69592/2951-844X-N6-DICIEMBRE-ART4

Parlamento Europeo & Consejo Europeo. (1995, 24 de octubre). *Directiva 95/46/CE*. https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1995/46/oj/eng

Parlamento Europeo & Consejo Europeo. (2016, 27 de abril). *Reglamento (UE) 2016/679*. https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj/eng

Pellegrini, D., Landi, S., Rojo, G., & Tejedor, C. (2021). Evolución histórica de las teleconsultas y experiencia de implementación en el Hospital Británico de Buenos Aires. *Revista Fronteras en Medicina*, (3), 197-202. https://doi.org/10.31954/RFEM/202103/0197-0202

Pereira, C. M. da S. (2005). *Instituições de direito civil* (Vol. II). Forense.

Pereira, M. de S. D. das N. (2015). *Introdução ao direito e às obrigações* (4.ª ed.). Almedina.

Rodrigues, S. (2006). *Direito civil* (Vol. 2). Saraiva.

Romero Garro, L. A. (2018). *Responsabilidad civil médica y seguro profesional sanitario* [Tesis de maestría, Universidad Internacional de La Rioja]. Repositorio Reunir. https://reunir.unir.net/handle/123456789/7817

Romero, G., Garrido, J. A., & García-Arpa, M. (2008). Telemedicina y teledermatología (I): concepto y aplicaciones. *Actas Dermosifiliográficas*, *99*(7), 506-522. https://doi.org/10.1016/S0001-7310(08)74735-5

Tartuce, F. (2016). *Manual de direito civil: volume único*. Gen-Editora Forense.

Tribunal Constitucional de España. (2000, 30 de noviembre). Sentencia 292/2000. Recurso de Inconstitucionalidad 1463/2000 promovido por el defensor del pueblo contra los artículos 21.1 y 24.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (Ponente: J. D. González Campos). https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-2001-332

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2023a, 4 de mayo). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) en el asunto C-300/21, UI contra Österreichische Post AG (ECLI:EU:C:2023:370). https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-300/21

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2023b, 14 de diciembre). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) en el asunto C-340/21, VB contra Natsionalna agentsia za prihodite (ECLI:EU:C:2023:986). https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-340/21

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2024, 4 de octubre). *S*entencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) en el asunto C-21/23, ND contra DR (Lindenapotheke) (ECLI:EU:C:2024:846). https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-21/23

Tribunal Supremo de España. (2013, 21 de octubre). Sentencia del 21 de octubre del 2013 (Recurso 1235/2011; Ponente: Salas Carceller).

Troncoso Reigada, A. (2019). Las categorías especiales de datos personales en el Reglamento General de Protección de Datos de Unión Europea. *Derecho Local*. https://derecholocal.es/opinion/las-categorias-especiales-de-datos-personales-en-el-reglamento-general-de-proteccion-de-datos-de-union-europea

Unión Europea. (2000). Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01). *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT

Unión Europea. (2016). Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos). *Diario Oficial de la Unión Europea*. https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj

Unión Europea. (2025). Reglamento (UE) 2025/327 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al Espacio Europeo de Datos de Salud. *Diario Oficial de la Unión Europea*. https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2025/327/oj

Vasconcelos, L. M. P. de. (2010). *Direito das garantias*. Almedina.

Deber de idoneidad: reflexiones sobre el sector bancario en Lima sur, 2024*

Alessandra Díaz Chuco**
Universidad de Lima, Perú

Recibido: 18 de febrero del 2026 / Aceptado: 4 de mayo del 2026
doi: https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2026.n061.8615

RESUMEN. Este artículo examina el cumplimiento del deber de idoneidad por parte de los bancos en Lima sur durante el periodo 2024. A partir del análisis documental de 29 resoluciones emitidas por la Comisión de Protección al Consumidor 1, sede Lima sur, se identifica la causa principal del incumplimiento y se sostiene que radica en la falta de implementación de medidas de seguridad oportunas para evitar que se efectúen operaciones no reconocidas. La investigación sostiene que ello ha generado un alto índice de denuncias y la imposición de sanciones administrativas a las entidades bancarias involucradas. Asimismo, se argumenta que la ambigüedad normativa actual sobre el "patrón de consumo" impide un monitoreo y detección eficaz de operaciones inusuales. Finalmente, el estudio propone modificar el Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito, incorporando un artículo que establezca de manera expresa los criterios mínimos que las entidades bancarias deben observar al analizar el comportamiento habitual de sus clientes.

PALABRAS CLAVE: deber de idoneidad / patrón de consumo / operaciones inusuales / medidas de seguridad

* Se agradece la colaboración de la doctora Ursula Liliana Patroni Vizquerra, profesora de la Universidad de Lima, en la supervisión y revisión del presente artículo.

** Bachiller en Derecho por la Universidad de Lima con mérito en el décimo superior. Miembro de la Comisión de Investigación del Círculo de Derecho Administrativo. Practicante Profesional de Cumplimiento en Bitel. ORCID: https://orcid.org/0009-0002-3288-9150. Contacto: alessandradiaz2001@gmail.com

DUTY OF SUITABILITY: REFLECTIONS ON THE BANKING SECTOR IN SOUTH LIMA, 2024

ABSTRACT. This article examines the compliance of the duty of suitability by banks in South Lima during 2024. Based on the documentary analysis of 29 resolutions issued by issued by Consumer Protection Commission No. 1 – South Lima, the primary cause of the breach of this duty is identified and argued to lie in the lack of implementation of adequate security measures to prevent unauthorized transactions. The research maintains that this situation has led to a high rate of complaints and the imposition of administrative sanctions on the banking entities involved. Furthermore, it is argued that the current regulatory ambiguity regarding the "consumption pattern" prevents effective monitoring and detection of unusual transactions. Finally, the study proposes amending the Credit and Debit Card Regulations by incorporating an article that expressly establishes the minimum criteria banking entities must observe when analyzing their customers' habitual behavior.

KEYWORDS: duty of suitability / consumption pattern / unusual operations / security measures

1. INTRODUCCIÓN

El COVID-19 impulsó una acelerada digitalización de distintos sectores económicos a nivel mundial. En Perú, las operaciones bancarias a través de canales virtuales se consolidaron como una necesidad para un creciente número de personas. El uso de tarjetas de débito y crédito para realizar pagos en línea, así como la gestión de transacciones a través de aplicativos móviles, se volvió más frecuente debido a su inmediatez y practicidad. No obstante, durante el 2024, en Lima sur, la eficiencia del sector bancario se vio seriamente opacada por el incumplimiento del deber de idoneidad por parte de las instituciones bancarias, debido a la falta de implementación de medidas de seguridad. Ello facilitó la realización de transacciones inusuales con cargo a las tarjetas de los consumidores, las cuales no correspondían a su patrón de consumo, lo que ocasionó un menoscabo de su patrimonio.

En ese sentido, surge la siguiente interrogante: ¿cuál es la causa principal que origina el incumplimiento del deber de idoneidad por parte de los proveedores de servicios bancarios en Lima sur durante el periodo 2024? Se plantea como hipótesis principal que la causa principal es la falta de implementación de medidas de seguridad adecuadas para evitar que se efectúen operaciones no reconocidas.

La investigación también plantea una interrogante secundaria: ¿qué consecuencia tuvo el incumplimiento del deber de idoneidad por parte de los proveedores de servicios bancarios en Lima sur durante el periodo 2024? La hipótesis secundaria afirma que dicho incumplimiento generó un alto índice de denuncias y la imposición de sanciones a los proveedores involucrados.

Por lo tanto, la investigación tiene como objetivo principal diagnosticar la causa principal que originó el incumplimiento del deber de idoneidad por parte de los proveedores de servicios bancarios en Lima sur durante el periodo 2024. De manera complementaria, como objetivo secundario, se busca identificar las consecuencias de dicho incumplimiento en el mismo periodo y contexto geográfico.

La presente investigación se justifica por su relevancia jurídica y social. Desde el ámbito jurídico, se analiza el deber de idoneidad, uno de los pilares del sistema de protección al consumidor, y las implicancias de su incumplimiento por parte de los proveedores bancarios. En el plano social, se aborda una problemática que reduce la confianza de los consumidores en el sistema financiero y en la economía digital, elementos clave para el desarrollo económico y el bienestar colectivo.

2. ESTADO DEL ARTE

Existe una cantidad limitada de recursos académicos disponibles sobre el incumplimiento del deber de idoneidad por los bancos. Sin embargo, existen estudios que abordan la

identificación de operaciones no reconocidas, la interpretación del patrón de consumo y otros temas conexos, los cuales son relevantes para este trabajo. Por ejemplo, Sifuentes Rojas (2022), en su trabajo académico para optar el título de segunda especialidad en Derecho de Protección al Consumidor en la PUCP, *La predictibilidad del comportamiento habitual de consumo en el marco del análisis de operaciones no reconocidas realizadas con tarjetas de crédito y/o débito*, sostiene que, a pesar de los beneficios que ofrecen las tarjetas bancarias a la sociedad, su principal riesgo radica en las operaciones no reconocidas. Este problema se intensifica debido a la ausencia de seguridad jurídica y la discrecionalidad con la que actualmente es interpretado el patrón de consumo por el Indecopi (Sifuentes Rojas, 2022, p.11).

Para remediar esta situación, el autor propone que, en los casos de denuncias por operaciones inusuales, el análisis del patrón de consumo se restrinja a un periodo de seis meses anteriores a la transacción cuestionada (Sifuentes Rojas, 2022). De acuerdo con lo anterior, dicha delimitación temporal busca establecer un criterio claro y predecible, a fin de evitar que se consideren como parte del patrón de consumo operaciones aisladas realizadas un año o más atrás, las cuales no necesariamente reflejan el uso recurrente o cotidiano del producto financiero (Sifuentes Rojas, 2022, p. 34).

Sifuentes Rojas (2022) argumenta que esta medida no solo contribuiría a reforzar la seguridad jurídica, sino que también podría reducir los costos de transacción, pues, si los bancos tienen conocimiento de que la autoridad administrativa solo tomará en cuenta los seis meses anteriores a las operaciones impugnadas, estarán en condiciones de evaluar con mayor objetividad si estas se apartan del patrón habitual del consumidor (p. 38). No obstante, el autor aclara que, si bien se propone adoptar este criterio de forma general, ello no impide que en casos excepcionales se pueda apartar de él siempre que la autoridad fundamente las razones que justifiquen dicho apartamiento o incluso una eventual modificación del criterio (Sifuentes Rojas, 2022, p. 38).

El análisis que realiza Sifuentes Rojas (2022) resulta relevante para esta investigación, porque permite comprender cómo la falta de uniformidad en el análisis del patrón de consumo en casos de operaciones no reconocidas puede traducirse en un incumplimiento del deber de idoneidad por parte de los bancos. En particular, cuando no existe una directriz clara respecto de lo que debe entenderse por comportamiento habitual, los bancos pueden considerar como válidas operaciones que, en realidad, no reflejan el patrón de consumo del tarjetahabiente y, en consecuencia, no aplicar las medidas de seguridad pertinentes.

Asimismo, Jiménez Encalada y Villar Estrada (2025), en su trabajo de investigación para optar el grado de magíster en Derecho de la Empresa en la Universidad de Piura, *Criterios para la resolución de controversias por operaciones financieras no reconocidas efectuadas a través de canales digitales*, advierten igualmente la ausencia de un criterio

uniforme por parte del Indecopi, respecto del periodo de tiempo que debe tomarse en cuenta para realizar el análisis del patrón de consumo. Este aspecto resulta esencial para la detección oportuna de operaciones inusuales o potencialmente fraudulentas (Jiménez Encalada & Villar Estrada, 2025, p. 66).

Según sostienen los referidos autores, si bien el Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito proporciona una definición del patrón de consumo, esta resulta ambigua e insuficiente, ya que no establece de forma clara cuál debe ser el periodo de análisis para considerar que un determinado comportamiento puede calificarse como habitual (Jiménez Encalada & Villar Estrada, 2025, p. 68).

Esta imprecisión genera incertidumbre respecto de los parámetros que deben seguir los bancos, a fin de monitorear el comportamiento usual de los consumidores financieros y activar los mecanismos de seguridad cuando una operación se aleja de este. En ese sentido, los autores proponen que el Indecopi establezca un precedente de observancia obligatoria que aplique a todos los órganos resolutivos del Indecopi en materia de consumo, con el fin de unificar los criterios de análisis sobre la identificación del patrón de consumo (Jiménez Encalada & Villar Estrada, 2025, p. 87).

De este modo, el estudio realizado por Jiménez y Villar adquiere relevancia para la presente investigación, ya que sugiere la necesidad de un precedente de observancia obligatoria por parte del Indecopi, con el objetivo de dotar de mayor certeza al análisis del patrón de consumo. Esta propuesta contribuiría a una actuación más uniforme de la autoridad y a una mejor detección de operaciones inusuales, en resguardo del consumidor y del sistema financiero.

3. MÉTODO

Se empleó un enfoque cualitativo. Según Hernández-Sampieri y Mendoza (2018), este tipo de investigación permite comprender los fenómenos desde la perspectiva de quienes los experimentan, identificando patrones y diferencias en sus experiencias (p. 15).

Al tratarse de una investigación dogmático-jurídica, se revisaron fuentes doctrinarias físicas y virtuales. Se consultaron libros, artículos académicos y publicaciones en revistas jurídicas del Repositorio Institucional de la Universidad de Lima. Este análisis bibliográfico permitió profundizar en la concepción jurídica del deber de idoneidad y en las características de los productos financieros abordados en la presente investigación.

Además, se examinó el marco normativo aplicable, en particular el Código de Protección y Defensa del Consumidor y el Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito, junto con su modificatoria. El análisis buscó comprender el alcance jurídico del deber de idoneidad y las obligaciones que impone en cuanto a la implementación de medidas de seguridad en los productos ofrecidos a los consumidores. Del mismo modo, se abordó

el concepto de patrón de consumo como criterio para la identificación de operaciones no reconocidas.

Asimismo, se empleó el método inductivo. De acuerdo con Hernández-Sampieri y Mendoza (2018), el método inductivo se basa en la observación minuciosa, exploración y descripción de un fenómeno determinado (p. 30). Este método permitió analizar detalladamente cada una de las resoluciones emitidas por la Comisión de Protección al Consumidor 1, sede Lima sur (en adelante, la Comisión), durante el periodo 2024, seleccionadas por su relevancia para el presente estudio. Esto permitió identificar que la principal causa del incumplimiento del deber de idoneidad por parte de las entidades bancarias en Lima sur, durante el periodo 2024, radica en la inaplicación de medidas de seguridad necesarias para evitar que se realicen operaciones bancarias no reconocidas.

Ahora bien, el tipo de investigación desarrollado fue el básico, el cual está orientado a profundizar en la comprensión del fenómeno estudiado. Según Castro et al. (2022), este tipo de investigación se caracteriza por su interés intrínseco en el conocimiento por sí mismo, sin un objetivo práctico inmediato (p. 20). De igual modo, el nivel de investigación reunió las características de un estudio exploratorio, pues permitió identificar las consecuencias que tuvo el incumplimiento del deber de idoneidad durante el periodo 2024. Conforme a Murillo y Rodríguez (2018) la fase exploratoria busca construir el marco conceptual del estudio (p. 491).

La recopilación de datos se realizó mediante la técnica de análisis documental. De acuerdo con Guevara (2016), este procedimiento implica la sistematización y síntesis de datos cualitativos, a través de la triangulación de documentos narrativos y diversas fuentes de información, que requiere análisis de contenido o análisis de discurso (p. 106).

Por último, la población objeto de estudio —que según Arias-Gómez et al. (2016) se refiere a un grupo específico de casos con características particulares disponibles para ser analizados (p. 202)— incluyó las resoluciones emitidas por la Comisión, durante el periodo 2024. Se tomó un total de 814 resoluciones. Asimismo, de dicho universo, se identificaron 29 resoluciones de primera instancia en las que se sancionó a entidades financieras, las cuales constituyen la muestra no probabilística objeto de análisis de la presente investigación —definida por Hernández-Sampieri y Mendoza (2018, p. 40) como un grupo de individuos, eventos, comunidades, entre otros, de los cuales se recopilan datos, sin necesidad de que representen estadísticamente a toda la población bajo estudio—. La muestra fue obtenida directamente de la página oficial del Indecopi, en la que se encuentra debidamente publicada y disponible para consulta pública.

Cabe señalar que, conforme a lo establecido en el artículo 2 de la Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi 028-2010-INDECOPI/COD, la sede Lima sur ejerce competencia sobre los distritos de Barranco, Chaclacayo, Chorrillos,

Cieneguilla, El Agustino, Jesús María, La Molina, Lima, Lince, Lurigancho-Chosica, Lurín, Magdalena del Mar, Miraflores, Pachacámac, Pucusana, Pueblo Libre, Punta Hermosa, Punta Negra, San Bartolo, San Borja, San Isidro, San Juan de Miraflores, San Luis, Santa Anita, Santa María del Mar, Santiago de Surco, Surquillo, Villa El Salvador y Villa María del Triunfo.

4. MARCO TEÓRICO

4.1 Deber de idoneidad

El deber de idoneidad constituye una de las principales obligaciones de todo proveedor dentro de una relación de consumo. Este deber exige que los proveedores ofrezcan productos o servicios que se correspondan con las expectativas legítimas del consumidor. Dichas expectativas no se derivan de una percepción subjetiva o carente de sustento, sino que se construyen a partir de elementos objetivos que permiten al consumidor formarse una idea razonable sobre el bien o servicio que adquiere. Entre estos destacan las condiciones comunicadas por el proveedor, la información difundida a través de la publicidad comercial y los términos acordados en el contrato.

De acuerdo con el Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley 29571, la idoneidad se configura como la adecuación entre lo que el consumidor espera y lo que finalmente se le entrega (artículo 18). Ahora bien, la correspondencia a la que alude el Código no puede evaluarse de forma genérica, sino que debe ser determinada considerando la naturaleza del bien o servicio, el material publicitario, los términos y condiciones incluidos en la oferta, y, sobre todo, la información que este haya proporcionado. De este modo, toda desviación injustificada respecto de lo ofrecido por el proveedor configura una transgresión al deber de idoneidad.

Quinteros (2018) agrega que el deber de idoneidad comprende de manera implícita el deber de información del proveedor, en tanto las expectativas del consumidor se forman a partir de la información que recibe (p. 8). Por ello, cuando la información proporcionada por el proveedor es ambigua, contradictoria o incompleta, puede inducir al consumidor a una expectativa que luego no será satisfecha. Esta discrepancia entre la expectativa generada y lo que recibe configura, en sí misma, una vulneración al deber de idoneidad.

No obstante, el deber de idoneidad no se restringe a cumplir lo expresamente pactado o informado al consumidor. También obliga al proveedor a garantizar que el bien o servicio posea las condiciones inherentes a su naturaleza y finalidad. Por ello, debe cumplir con todas aquellas prestaciones que el consumidor puede legítimamente esperar dentro de la relación de consumo. Esto incluye, por instancia, la seguridad del

producto, el cumplimiento dentro de un plazo razonable, entre otros.

4.2 Tarjetas de crédito y débito

Las tarjetas bancarias constituyen uno de los instrumentos financieros más utilizados en la actualidad para facilitar operaciones comerciales. Su emisión y gestión por parte de las entidades financieras se encuentran reconocidas en el artículo 2323 de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Del mismo modo, el Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito (en adelante, Reglamento), aprobado por la Resolución SBS 6523-2013 del 30 de octubre del 2013, regula su uso en el territorio nacional y resulta aplicable a las empresas de operaciones múltiples (artículo 1).

Las tarjetas, ya sean de crédito o débito, deben entenderse como herramientas de pago que pueden presentarse en formato físico (tarjetas plásticas con banda magnética o chip) o digital (tarjetas virtuales integradas a aplicativos móviles), emitidas por una entidad financiera. A través de ellas, el titular puede efectuar compras, realizar retiros de efectivo en cajeros automáticos, llevar a cabo pagos en línea, entre otras operaciones.

Según el Reglamento, la tarjeta de crédito es un mecanismo de financiamiento que, conforme al contrato celebrado, permite al titular realizar operaciones mediante una línea de crédito revolvente concedida por la entidad emisora (Resolución SBS 6523-2013, artículo 3). En otras palabras, el tarjetahabiente no utiliza fondos propios, sino recursos otorgados en calidad de crédito por la entidad financiera, que deberá reembolsar posteriormente en las condiciones pactadas en el contrato.

Por otro lado, el Reglamento define la tarjeta de débito como un medio mediante el cual el tarjetahabiente puede realizar operaciones cuyo importe se carga directamente a los fondos disponibles en su cuenta bancaria (Resolución SBS 6523-2013, artículo 4). De este modo, a diferencia de las tarjetas de crédito, la tarjeta de débito no implica un financiamiento, sino que permite disponer del dinero previamente depositado por el titular. Además, las operaciones habilitadas incluyen compras de productos o servicios de la red de comercios autorizados, pagos de servicios y retiros de efectivo a través de cajeros automáticos o agentes autorizados, o mediante la plataforma virtual del banco. Este tipo de tarjeta se asocia principalmente a cuentas de ahorro o cuentas corrientes, y su uso está sujeto a límites operativos establecidos por la entidad emisora.

4.3 Patrón de consumo

En nuestra doctrina jurídica no existe una definición consolidada del concepto de patrón de consumo; sin embargo, su tratamiento normativo ha permitido delinear su alcance y contenido. En particular, el Reglamento define al patrón de consumo como el conjunto

de operaciones que cada usuario suele realizar con sus tarjetas de pago (Resolución SBS 6523-2013, artículo 2).

En este sentido, el patrón de consumo alude a los hábitos, conductas o comportamientos que los consumidores suelen adoptar en determinadas circunstancias, considerando la naturaleza del producto o servicio ofrecido por la entidad financiera. El comportamiento del consumidor no es aleatorio, sino que sigue una lógica que puede ser razonablemente anticipada en función a su experiencia de consumo, sus preferencias, su disponibilidad económica y sus necesidades cotidianas.

El patrón de consumo toma en cuenta diversos elementos, como el territorio donde se efectúan las transacciones, la frecuencia de uso, el canal a través del cual se opera (presencial, en línea, cajeros automáticos, entre otros) y demás elementos relacionados con la actividad económica del consumidor, los cuales pueden ser identificados a partir del historial operacional registrado por la propia entidad emisora. Ahora bien, el patrón de consumo se manifiesta a través de las denominadas operaciones usuales del titular de la tarjeta, entendidas como aquellas que guardan coherencia con la actividad habitual del usuario. Estas operaciones se ajustan al perfil del consumidor, lo que refleja su comportamiento predecible y constante a lo largo del tiempo.

En tal sentido, a partir de las operaciones usuales, es posible obtener información relevante sobre las inclinaciones y hábitos del consumidor al momento de contratar bienes o servicios. Entonces, son los propios consumidores quienes, mediante su conducta reiterada, terminan por configurar su patrón de consumo. Ello permite a las entidades del sistema financiero monitorear y analizar su actividad financiera, al facilitar la delimitación del tipo y la naturaleza de las transacciones que este suele efectuar de manera habitual.

Lo señalado adquiere especial relevancia en el marco de la protección al consumidor financiero. En efecto, la determinación del patrón de consumo no solo permite comprender mejor las dinámicas de consumidor, sino también se convierte en una herramienta útil para la detección oportuna de operaciones inusuales o potencialmente fraudulentas, al aprovechar la tecnología y la información que manejan los proveedores del sistema financiero para brindar mayor seguridad y respaldo a los usuarios en sus transacciones.

4.4 Medidas de seguridad de los productos bancarios

En el marco del deber de idoneidad, las entidades financieras están obligadas a ofrecer productos o servicios financieros que incorporen condiciones mínimas de protección. Esta obligación constituye una garantía legal que asume el proveedor, lo que resulta especialmente relevante ante los riesgos propios del sistema financiero y el contexto digital en el que estos operan. En este sentido, resulta razonable que el consumidor

espere que la entidad financiera implemente las medidas de seguridad correspondientes como parte del cumplimiento del deber de idoneidad, con el fin de evitar posibles perjuicios económicos y resguardar sus derechos.

El Reglamento prevé tres tipos de mecanismos de seguridad. En primer lugar, las medidas de seguridad inherentes a las tarjetas de pago, entendidas como las características técnicas que deben poseer las tarjetas emitidas por las entidades financieras (Resolución SBS 6523-2013, artículo 13). Estas medidas exigen el uso de un chip integrado que cumpla con los estándares internacionales de interoperabilidad que permitan verificar la validez de las transacciones y autenticar los pagos.

En segundo lugar, el Reglamento contempla medidas de seguridad orientadas al titular de la tarjeta (Resolución SBS 6523-2013, artículo 16), las cuales buscan proteger al cliente desde la entrega de la tarjeta y de su clave secreta, a fin de garantizar que dicha entrega se realice de forma segura. Asimismo, garantizan la posibilidad de que el titular modifique su clave cuantas veces lo considere necesario, lo que exige a las empresas emisoras implementar sistemas de notificación inmediata por medios electrónicos que alerten al usuario sobre las transacciones realizadas.

Por último, el Reglamento dispone que las entidades financieras deben adoptar, como estándar mínimo, las medidas que aseguren la seguridad de los consumidores en el uso de tarjetas (Resolución SBS 6523-2013, artículo 17). Entre estas se encuentran la implementación de sistemas de vigilancia y seguimiento; el establecimiento de mecanismos para atender de forma eficaz las alertas generadas por dichos sistemas; el análisis sistemático de la información del historial de transacciones del usuario para identificar posibles conductas fraudulentas; la confirmación de la identidad del titular, a través de la presentación de su documento de identidad o mediante mecanismos de autenticación; entre otros.

Todas estas exigencias encuentran su fundamento en el artículo 65 de la Constitución Política del Perú de 1993, en el que se establece la responsabilidad del Estado de velar por los intereses de los consumidores. De esta forma, las medidas de seguridad incorporadas por las instituciones financieras no son meras recomendaciones, sino garantías legales destinadas a salvaguardar la seguridad, confianza y bienestar de los consumidores financieros.

5. DISCUSIÓN

El concepto de patrón o comportamiento habitual de consumo establecido en la normativa actual resulta demasiado general. En efecto, el Reglamento lo define como el conjunto de operaciones que cada usuario realiza de manera usual, tomando en consideración factores como el país donde se efectuaron, la frecuencia de las transacciones, el canal

empleado, entre otros criterios (Resolución SBS 6523-2013, artículo 2, numeral 5). Sin embargo, el Reglamento no desarrolla ni delimita con mayor precisión los alcances de dicho concepto.

Si bien esta generalidad podría interpretarse como una búsqueda de flexibilidad, al otorgarle a las entidades bancarias la potestad de adaptar sus sistemas de monitoreo, según sus propios criterios, para la detección de operaciones inusuales; en la práctica, esta misma falta de precisión se convierte en el principal obstáculo para la correcta identificación de dichas operaciones.

En este contexto, permanecen sin respuesta cuestiones fundamentales: ¿cuál es el plazo mínimo de tiempo que debe considerar el sistema de monitoreo de un banco para determinar que una transacción es usual para el consumidor?, ¿el análisis del patrón de consumo debe limitarse únicamente a la cuenta o línea de crédito donde se produjo la operación desconocida, o abarcar el conjunto de productos financieros que mantiene el cliente con la entidad financiera? y ¿cómo debe proceder el banco cuando el usuario no ha efectuado movimiento alguno desde la contratación del producto financiero?

Precisamente, Jiménez Encalada y Villar Estrada (2025) sostienen que, debido a que la normativa sectorial no establece el periodo de tiempo que debe considerarse para determinar cuándo el comportamiento del consumidor puede calificarse como usual, los sistemas de monitoreo de los bancos se ven impedidos de realizar un análisis adecuado y determinar si la transacción efectuada por el consumidor se encuentra dentro de su patrón de consumo o, en caso contrario, de aplicar oportunamente las medidas de seguridad correspondientes (p. 68).

A su vez, los órganos resolutivos del Indecopi enfrentan dificultades similares. Al no haber un dispositivo legal ni un pronunciamiento expreso de la SBS, el Indecopi no puede determinar con certeza si corresponde que las entidades financieras apliquen las medidas de seguridad; y, por tanto, si incumplen o no el deber de idoneidad.

Otra cuestión que genera controversia en el análisis del patrón de consumo radica en determinar el ámbito sobre el cual debe efectuarse. No existe consenso acerca de si la evaluación del patrón de consumo del usuario debe circunscribirse únicamente a la cuenta de ahorros o línea de crédito en la que se produjo la operación cuestionada o, por el contrario, si debe comprender el conjunto de productos financieros de los cuales el usuario sea titular dentro de la misma entidad.

Además, subsiste la incertidumbre sobre cómo debe configurarse el análisis del patrón de consumo cuando el consumidor no ha efectuado ninguna operación o movimiento desde la contratación del producto financiero. Este supuesto no es ajeno a la realidad, ya que los consumidores suelen asignar usos diferenciados a cada uno de sus productos financieros en función de sus necesidades y hábitos personales. Así, por

ejemplo, un usuario puede destinar una cuenta exclusivamente al ahorro y otra al uso cotidiano o a compras personales. En tales escenarios, al no existir registros previos de operaciones en el producto cuestionado, la entidad financiera carece de un historial con el cual contrastar la transacción impugnada, lo que dificulta determinar si esta se aparta de la habitualidad del cliente y, en consecuencia, si debieron aplicarse las medidas de seguridad que determina la normativa sectorial.

6. RESULTADOS

El análisis de las veintinueve resoluciones emitidas durante el periodo 2024 por la Comisión permitió cumplir el objetivo principal de la presente investigación: diagnosticar la causa principal que origina el incumplimiento del deber de idoneidad por parte de los proveedores de servicios bancarios en Lima sur durante el periodo 2024. En consecuencia, se evidenció que el origen de dicho incumplimiento se debe a la inaplicación de las medidas de seguridad necesarias para evitar la ejecución de operaciones no reconocidas, lo que confirma la hipótesis principal.

Siguiendo esta línea, se verificó que la Comisión, al analizar casos de operaciones no reconocidas, evalúa dos criterios fundamentales. El primero consiste en determinar si las operaciones efectuadas contaban con la autorización del titular de la tarjeta de crédito o débito, es decir, si eran válidas. El segundo se refiere a identificar si dichas transacciones se ajustaban al comportamiento habitual del consumidor o presentaban indicios de fraude. Solo después de este análisis, la Comisión puede determinar si el sistema de monitoreo del banco operó de manera adecuada.

En este sentido, en el total de la muestra, se verifica la misma motivación, la cual se reproduce en la Resolución Final 0641-2024/CC1:

> En aquellos casos en que se cuestione que las operaciones de consumo que no correspondan al comportamiento habitual del consumidor o son compatibles con patrones de fraude, se requiere analizar, primero, si se contó con la autorización del titular para la realización de las operaciones cuestionadas; y, finalmente, si, en efecto, estas no se encontraban acorde con el comportamiento habitual del consumidor o presentaban características de fraude, para poder concluir si funcionó correctamente el sistema de monitoreo de la entidad bancaria. (párr. 59)

A partir de lo señalado, se advierte que la Comisión adopta un enfoque integral al momento de determinar la responsabilidad de las entidades financieras. Esto se debe a que no se limita a constatar la existencia de una autorización formal del titular, sino que también examina el contexto y la naturaleza y las operaciones efectuadas. Este análisis permite evaluar la eficacia de los mecanismos de seguridad implementados por los

bancos. Asimismo, posibilita determinar si estos sistemas son capaces de detectar y bloquear movimientos que resulten inusuales frente al patrón de consumo del cliente.

En consecuencia, es correcto señalar que el deber de idoneidad en el ámbito financiero no se agota en la mera prestación del servicio bancario. Este deber también comprende la obligación de las entidades de garantizar la seguridad de las operaciones realizadas por sus clientes. En efecto, la idoneidad comprende tanto la calidad del servicio como la implementación de mecanismos de seguridad frente a operaciones inusuales o posibles fraudes. El incumplimiento de estas medidas constituye una vulneración directa del deber de idoneidad. Toda vez que compromete la confianza y seguridad que el usuario deposita en la entidad financiera.

En cuanto a la configuración del sistema de monitoreo y al patrón de consumo, la Comisión ha determinado que

> las entidades del sistema financiero se encuentran obligadas por la norma a contar con sistemas de monitoreo que les permitan detectar operaciones que no correspondan al comportamiento habitual de cada consumidor o que obedezcan a patrones de fraude. El funcionamiento del sistema de monitoreo es definido por las reglas que cada entidad financiera establezca conforme al análisis del tipo de consumos que se realicen con las tarjetas de crédito y débito que administran. (Resolución Final 0641-2024/CC1, párr. 70)

En atención a ello, se observa que la Comisión reconoce un margen de discrecionalidad en la configuración del sistema de monitoreo de los bancos. Ello implica que cada entidad puede determinar los parámetros, algoritmos y niveles de alerta que considere adecuados según el perfil de sus clientes y el tipo de operaciones que maneje.

De esta forma, la Comisión destaca que, para que el sistema de monitoreo emita una alerta,

> primero deben haberse realizado operaciones que permitan a este presumir que no están siendo realizadas por el titular de la tarjeta, pues no es posible que el sistema se active antes de la realización de las operaciones que contienen características de patrón de fraude o sean distintas al comportamiento habitual del consumidor. (Resolución Final 0641-2024/CC1, párr. 73)

De lo mencionado por la Comisión, se entiende que esta considera que la implementación de las medidas de seguridad por las instituciones bancarias tiene como finalidad alertar sobre operaciones inusuales. Una vez detectadas, las entidades financieras deben evitar que se continúen procesando más transacciones que difieran del patrón de consumo del usuario. El sistema de monitoreo no actúa de manera preventiva. Solo después de la primera operación inusual, la entidad financiera se encuentra en condiciones de activar la alerta correspondiente y aplicar los mecanismos de seguridad

previstos.

Un caso representativo de lo anteriormente expuesto se observa en la Resolución Final 0976-2024/CC1, en la cual la Comisión declaró fundada la denuncia interpuesta por la denunciante por una operación no reconocida equivalente a US$ 8344,41. La Comisión determinó que el banco había cometido una infracción al deber de idoneidad, reconocido en los artículos 18 y 19 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, y la sancionó con 11,60 UIT, al verificar que no adoptó las medidas de seguridad pertinentes, pues no generó ninguna alerta ni realizó un bloqueo preventivo, a pesar de que la transacción cuestionada no correspondía al patrón de consumo de la consumidora y superaba en más del 80 % su línea de crédito.

Del mismo modo, en la Resolución Final 2244-2024/CC1, la Comisión declaró fundada la denuncia interpuesta contra la entidad bancaria por la realización de nueve operaciones no reconocidas con la tarjeta de débito del denunciante, ocurridas tras el robo de las tarjetas del cliente. La Comisión concluyó que se había configurado una infracción al deber de idoneidad y sancionó a la entidad con 22,97 UIT, al comprobar que no se adoptaron las medidas de seguridad exigidas por la normativa sectorial, ya que el banco permitió que efectuaran múltiples transacciones con la tarjeta de débito sin generar las alertas preventivas a pesar de que no correspondían con patrón de consumo del tarjetahabiente y presentaban características de fraude.

Por lo tanto, a partir del análisis de las resoluciones citadas, así como de las otras veintiocho comprendidas en la muestra, se determina que se ha cumplido con el objetivo secundario de la investigación: identificar las consecuencias que tuvo el incumplimiento del deber de idoneidad por parte de los proveedores de servicios bancarios en la zona Lima sur.

En el 100 % de los casos revisados, la Comisión declaró fundada la denuncia presentada por el administrado. Las entidades bancarias fueron sancionadas porque no adoptaron las medidas de seguridad necesarias para evitar el procesamiento de operaciones inusuales. Como resultado, se verificó una reiterada vulneración al deber de idoneidad. Esto confirmó la hipótesis principal de la investigación: el incumplimiento del deber de idoneidad tuvo como resultado un alto índice de denuncias y la imposición de sanciones por el Indecopi.

7. CONCLUSIONES

En la presente investigación se identificó que la causa principal que origina el incumplimiento del deber de idoneidad es la inaplicación de medidas de seguridad necesarias para evitar que se realicen operaciones bancarias no reconocidas. Esto ha generado una marcada desconfianza en el sector financiero y un perjuicio económico a

los consumidores.

Asimismo, se determinó que el incumplimiento del deber de idoneidad por parte de los proveedores de servicios bancarios en Lima sur durante el periodo 2024 tuvo como resultado un alto índice de denuncias presentadas por los consumidores afectados. Esto, a su vez, derivó en la consecuente imposición de sanciones por parte del Indecopi, la autoridad competente en materia de protección al consumidor.

En atención a ello, se propone modificar el Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito con la incorporación de un artículo que establezca de manera expresa los lineamientos mínimos que las entidades bancarias deben de observar al analizar el comportamiento habitual de sus clientes. Dicho artículo debería precisar que el análisis se realice por producto financiero, atendiendo a las particularidades de cada uno (tarjeta de crédito o cuenta de ahorros). Además, debe establecer un periodo de referencia obligatorio de seis meses previos a la operación o conjunto de operaciones analizadas. Finalmente, debe disponer que las entidades estén obligadas a registrar y conservar los resultados de dicho análisis, a fin de que puedan ser fiscalizados por la SBS o el Indecopi en caso de controversia.

REFERENCIAS

Arias-Gómez, J., Vellasís-Keever, M., & Miranda-Novales, M. (2016). El protocolo de investigación III: la población de estudio. *Revista Alergia México*, *63*(2), 201-206. https://www.redalyc.org/pdf/4867/486755023011.pdf

Castro, J., Gómez, L., & Camargo, E. (2023) La investigación aplicada y el desarrollo experimental en el fortalecimiento de las competencias de la sociedad del siglo xxi. *Tecnura, 27*(75), 140-174. https://www.redalyc.org/journal/2570/257074909008/html/

Constitución Política del Perú [CCP]. 29 de diciembre de 1993 (Perú). https://spijweb.minjus.gob.pe/sdm_downloads/constitucion-politica-del-peru/

Guevara, R. (2016). El estado del arte en la investigación: ¿análisis de los conocimientos acumulados o indagación por nuevos sentidos? *Revista Folios*, (44), 165-179. https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=345945922011

Hernández-Sampieri, R., & Mendoza, Ch. (2018). *Metodología de la investigación: las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta.* Mc Graw Hill.

Ley 29571 del 2010. Por el cual se promulga el Código de Protección y Defensa del Consumidor. 2 de septiembre del 2010. Diario Oficial El Peruano. https://spijweb.minjus.gob.pe/sdm_downloads/codigo-de-proteccion-y-defensa-del-consumidor-ley-n-29571-y-normas-complementarias/

Ley 26702 de 1996. Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. 9 de diciembre de 1996. Diario Oficial El Peruano. https://www.sbs.gob.pe/regulacion/sistema-financiero__

Murillo, N., & Rodríguez, A. (2018). *Manual de metodología y análisis de coyuntura*. Universidad Externado de Colombia. https://www-digitaliapublishing-com.ezproxy.ulima.edu.pe/a/70828

Jiménez Encalada, C. E., & Villar Estrada, S. (2025). *Criterios para la resolución de controversias por operaciones financieras no reconocidas efectuadas a través de canales digitales* [Tesis de maestría, Universidad de Piura]. Pirhua Repositorio Institucional. https://hdl.handle.net/11042/7344

Quinteros, J. (2018). Protección al consumidor del sistema financiero. En M. Acosta Alvarez de Hoyle (Coord.). *Temas de protección al consumidor y regulación financiera* (pp. 358-371). Círculo de Derecho Administrativo. https://app-vlex-com.ezproxy.ulima.edu.pe/search/jurisdiction:PE+content_type:4/falta+de+idoneidad/vid/800466625

Resolución Final 0641-2024/CC1 [Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual]. Comisión de Protección al Consumidor N.º 1.

Resolución Final 0976-2024/CC1 [Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual]. Comisión de Protección al Consumidor N.º 1.

Resolución Final 2244-2024/CC1 [Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual]. Comisión de Protección al Consumidor N.º 1.

Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi 028-2010-INDECOPI/COD [Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual]. Por la cual se dispone el funcionamiento de la Oficina Desconcentrada de Lima Norte a la que se podrá denominar Indecopi Lima Norte. 15 de marzo del 2010. https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H225889

Resolución SBS 6523-2013 [Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones]. Por la cual se aprueban el Reglamento de Tarjetas de Crédito y Débito. 30 de octubre del 2013. https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1089323

Sifuentes Rojas, R. F. (2022). *La predictibilidad del comportamiento habitual de consumo en el marco del análisis de operaciones no reconocidas realizadas con tarjetas de crédito o débito* [Tesis de licenciatura, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio Institucional PUCP. http://hdl.handle.net/20.500.12404/24567

Rescisión por lesión en contratos de asociación en participación en el Perú

José Andrés Tello Alfaro*
Universidad de Lima, Perú

Recibido: 20 de febrero del 2026 / Aceptado: 4 de mayo del 2026
doi: https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2026.n061.9125

RESUMEN. Este estudio analiza la viabilidad de la rescisión por lesión en el contrato de asociación en participación en el Perú. El objetivo es fundamentar su aplicación normativa e identificar los obstáculos prácticos para su invocación efectiva. La metodología empleada es cualitativa con un diseño dogmático-jurídico, utilizando métodos exegéticos, sistemáticos y analíticos para el análisis de normas y doctrina. Los resultados confirman que el Código Civil se aplica supletoriamente a la Ley General de Sociedades, dada la naturaleza sinalagmática (prestaciones recíprocas) de este contrato asociativo. Se identificó que las asimetrías del mercado y la flexibilidad del artículo 444 de la Ley General de Sociedades facilitan escenarios de abuso de posición de dominio ante estados de necesidad apremiante. Como conclusiones, se establece que la lesión es un remedio de justicia correctiva plenamente aplicable para restablecer el equilibrio contractual. No obstante, su eficacia es limitada por la alta complejidad de probar el aprovechamiento subjetivo y la tendencia de empresas vulnerables a aceptar condiciones desventajosas por necesidad de subsistencia. En síntesis, el estudio subraya que la equidad debe prevalecer sobre una autonomía privada absoluta.

PALABRAS CLAVE: rescisión por lesión / asociación en participación / buena fe objetiva / equilibrio contractual / carga probatoria

* Exministro de Justicia y Derechos Humanos, abogado especialista en gestión pública y gobierno, y docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Contacto: jtello@ulima.edu.pe

RESCISSION FOR LESION IN JOINT VENTURE ASSOCIATION CONTRACTS IN PERU

ABSTRACT. This study analyzes the feasibility of rescission for lesion in the participation association contract in Peru. The objective is to substantiate its normative application and identify the practical obstacles to its effective invocation. The methodology employed is qualitative with a dogmatic-legal design, using exegetical, systematic, and analytical methods for the examination of legal norms and doctrine. The results confirm that the Civil Code applies supplementarily to the General Corporations Law due to the synallagmatic nature (reciprocal prestation's) of this associative contract. It was identified that market asymmetries and the flexibility of Article 444 of the General Corporations Law facilitate scenarios of abuse of dominant position in situations of pressing necessity. As conclusions, lesion is established as a corrective justice remedy fully applicable to restore contractual balance. However, its effectiveness is limited by the high complexity of proving subjective exploitation and by the tendency of vulnerable companies to accept disadvantageous conditions due to subsistence needs. In summary, the study emphasizes that equity must prevail over absolute private autonomy.

KEYWORDS: rescission for lesion / participation association / objective good faith / contractual balance / burden of proof

1. INTRODUCCIÓN

En el derecho contractual, el principio *pacta sunt servanda* garantiza la obligatoriedad de los contratos válidamente celebrados; sin embargo, no es absoluto, pues encuentra límites en la equidad, la buena fe y la prohibición del abuso del derecho. Dentro de estos límites, surge la lesión contractual como mecanismo de justicia correctiva orientado a restablecer el equilibrio entre prestaciones afectadas desde la celebración del contrato (Torres Vásquez, 2012).

El Código Civil peruano (CC, en adelante) regula la lesión como causal de rescisión cuando existe una desproporción mayor a las dos quintas partes derivada del aprovechamiento de una necesidad apremiante (CC, art. 1447). No obstante, la Ley General de Sociedades (LGS, en adelante) no la prevé expresamente para el contrato de asociación en participación, lo que plantea determinar la viabilidad de su aplicación en un régimen especial. La supletoriedad del CC permite integrar normas siempre que no exista incompatibilidad (Arias Schreiber Pezet, 2011; Torres Vásquez, 2012) y, dado el carácter sinalagmático del contrato, con prestaciones recíprocas entre asociante y asociado, ello resulta técnicamente posible (LGS, art. 440).

El problema refleja la tensión entre libertad contractual y justicia contractual. Según el CC, artículo 1362, la buena fe exige equilibrio y lealtad sin eliminar la autonomía privada (De Trazegnies Granda, 2008). Por ello, la lesión se concibe como patología contractual originada por un desequilibrio grave al momento de contratar, distinta de la excesiva onerosidad sobrevenida propia de la imprevisión (Jiménez Vargas-Machuca, 2009; Mosset Iturraspe, 2009; Torres Vásquez, 2012).

La relevancia práctica del tema se hace patente en realidades como la peruana, donde coexisten empresas informales con formales, grandes, pequeñas y diminutas, las que tiene gran capacidad económica y las que no. Es decir, existen asimetrías manifiestas que conducen a que las empresas más pequeñas o de menor poder, tengan que aceptar condiciones en ocasiones muy desproporcionadas, por necesidad económica, para subsistir en un mercado complejo y disímil. Esta situación puede intensificarse por la flexibilidad del contrato de asociación en participación, que admite participación en utilidades sin asumir pérdidas o sin contribución determinada (LGS, art. 444).

Pese a existir este remedio, su invocación es escasa debido a la precariedad económica de las partes y a la dificultad de probar el aprovechamiento del estado de necesidad (Miranda Sanchez, 2024). En ese contexto, la investigación analiza la procedencia de la rescisión por lesión en el contrato de asociación en participación en el Perú, sus fundamentos normativos y doctrinarios, y los obstáculos para su aplicación efectiva, lo que contribuye al debate sobre justicia contractual y límites de la autonomía privada.

2. MATERIALES Y MÉTODOS

La investigación se desarrolló bajo un enfoque cualitativo y corresponde a un estudio jurídico básico orientado al análisis conceptual de instituciones del derecho civil y societario, sin finalidad empírica ni estadística. El estudio se centró en la interpretación, sistematización y crítica de normas, doctrinas y principios vinculados a la lesión como patología contractual que afecta la equidad y la buena fe (Hernández Sampieri & Mendoza, 2018).

El diseño adoptado fue dogmático-jurídico, basado en el examen del derecho positivo peruano —CC y LGS— y de la doctrina relevante, con alcance descriptivo-analítico al describir la figura de la lesión y evaluar su compatibilidad con el contrato de asociación en participación (Fix-Zamudio, 2009).

Se aplicaron diversos métodos jurídicos: el método exegético, para analizar literalmente los artículos pertinentes del CC y de la LGS (Larenz, 1966); el método sistemático, para estudiar la supletoriedad normativa entre ambos cuerpos legales (Rubio Correa, 2009); el método comparativo interno, para diferenciar lesión y excesiva onerosidad (Torres Vásquez, 2012); y el método analítico-sintético, para descomponer e integrar los elementos objetivos y subjetivos de la lesión (Atienza, 2005).

La técnica principal de recolección fue el análisis documental mediante fichas normativas y bibliográficas (Fix-Zamudio, 2009), considerando fuentes normativas, doctrinarias y casuísticas. La interpretación jurídica combinó criterios exegéticos, sistemáticos, teleológicos y de equidad, orientados a evitar resultados injustos (Larenz, 1966; Pinto Fontanillo, 2003).

El procedimiento incluyó la identificación del vacío normativo, la verificación de compatibilidad por supletoriedad, el análisis de los elementos de la lesión, la determinación del remedio rescisorio y la integración de conclusiones jurídicas. El estudio respetó principios de integridad académica y rigor metodológico propios de la investigación jurídica cualitativa (Hernández Sampieri & Mendoza, 2018).

3. RESULTADOS

En el presente ensayo, se aborda el siguiente problema jurídico: ¿se podría configurar un supuesto de lesión en el contrato de asociación en participación? Si la respuesta es positiva, ¿podría invocarse el remedio procesal de la rescisión?

Para analizar las precitadas interrogantes, es necesario conocer el marco jurídico básico que permita entender el tratamiento del mencionado contrato asociativo y de la figura de la rescisión en el ordenamiento jurídico peruano.

3.1. Base normativa esencial del contrato de asociación en participación

En el Perú, el contrato de asociación en participación está regulado de forma expresa en el artículo 440 de la Ley 26887 (LGS), texto normativo ubicado en el libro quinto de dicha ley, que regula a los contratos asociativos. Este señala textualmente lo siguiente:

> Artículo 440.- Contrato de asociación en participación
>
> Es el contrato por el cual una persona, denominada asociante, concede a otra u otras personas, denominadas asociados, una participación en el resultado o en las utilidades de uno o de varios negocios o empresas del asociante, a cambio de determinada contribución.

Por otro lado, como señala el artículo 438 de la misma ley en virtud de este tipo de contratos asociativos, no se genera una nueva persona jurídica ni requiere ser inscrito en los registros públicos, sino que solo basta que conste por escrito.

Para los fines del presente análisis, referido a la posibilidad de invocar lesión en esta figura contractual, también resulta pertinente citar el texto de otros dos artículos de la LGS que regulan la asociación en participación:

> Artículo 441.- Características
>
> El asociante actúa en nombre propio y la asociación en participación no tiene razón social ni denominación.
>
> La gestión del negocio o empresa corresponde única y exclusivamente al asociante y no existe relación jurídica entre los terceros y los asociados.
>
> Los terceros no adquieren derechos ni asumen obligaciones frente a los asociados, ni estos ante aquéllos.
>
> El contrato puede determinar la forma de fiscalización o control a ejercerse por los asociados sobre los negocios o empresas del asociante que son objeto del contrato.
>
> Los asociados tienen derecho a la rendición de cuentas al término del negocio realizado y al término de cada ejercicio.
>
> ...
>
> Artículo 444.- Participaciones y casos especiales
>
> Salvo pacto en contrario, los asociados participan en las pérdidas en la misma medida en que participan en las utilidades y las pérdidas que los afecten no exceden el importe de su contribución. Se puede convenir en el contrato que una persona participe en las utilidades sin participación en las pérdidas, así como que se le atribuya participación en las utilidades o en las pérdidas sin que exista una determinada contribución.

3.2. Base normativa esencial de la figura de la lesión

La base normativa que regula cuándo se produce un supuesto de lesión y sus consecuencias jurídicas obra en los siguientes artículos del CC peruano, los cuales señalan lo siguiente:

> Artículo 1447.- Acción por lesión
>
> La acción rescisoria por lesión solo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro.
>
> Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos.
>
> Artículo 1448.- Presunción de aprovechamiento
>
> En el caso del artículo 1447, si la desproporción fuera igual o superior a las dos terceras partes, se presume el aprovechamiento por el lesionante de la necesidad apremiante del lesionado.
>
> Artículo 1449.- Apreciación de la desproporción
>
> La desproporción entre las prestaciones se apreciará según el valor que tengan al tiempo de celebrarse el contrato.
>
> Artículo 1450.- Consignación del exceso
>
> Fenece el proceso si el demandado, dentro del plazo para contestar la demanda, consigna la diferencia del valor.
>
> Artículo 1451.- Reajuste del valor
>
> El demandado puede reconvenir el reajuste del valor. En este caso, la sentencia dispondrá el pago de la diferencia de valor establecido, más sus intereses legales, dentro del plazo de ocho días, bajo apercibimiento de declararse rescindido el contrato.
>
> Artículo 1452.- Acción de reajuste
>
> En los casos en que la acción rescisoria a que se refiere el artículo 1447 fuere inútil para el lesionado, por no ser posible que el demandado devuelva la prestación recibida, procederá la acción de reajuste.

3.3. Análisis del primer aspecto controversial: ¿se podría configurar un supuesto de lesión en el contrato asociación en participación?

Es importante señalar que la LGS no regula en forma expresa, directa ni indirecta, la figura de la lesión contractual. En ese orden de ideas, cabe cuestionarse si el CC peruano es de aplicación supletoria para el caso que ocupa en este análisis.

Al respecto, Arce Ortíz (2023) detalla que la supletoriedad implica que una norma se aplica únicamente cuando otra regulación no contempla el supuesto de hecho, sin que ello suponga una laguna jurídica, pues siempre existe una regla de conexión entre ambas disposiciones normativas.

De otro lado, el propio CC señala al respecto, en el artículo IX de su "Título preliminar", lo siguiente:

> Artículo IX.- Aplicación supletoria del Código Civil
>
> Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.

La rescisión por lesión es aplicable al contrato de asociación en participación debido a su naturaleza sinalagmática (de prestaciones recíprocas), pues no existe razón para exonerar a esta modalidad de dicha figura. Según este artículo del CC, esta norma se aplica supletoriamente a las leyes especiales siempre que no haya incompatibilidad. En este contexto, el derecho civil funciona como el derecho troncal e integrador cuando la regulación especial es insuficiente (Pérez Caruajulca & Vidal Ramírez, 2014).

El CC constituye la base estructural del derecho privado, lo que regula el núcleo patrimonial (actos jurídicos, obligaciones y contratos) bajo los límites de la ley y el orden público. Sobre la libertad de pacto, el texto precisa que es más exacto hablar de autonomía privada que de "autonomía de la voluntad" (Soto Coaguila, 2003). Esto se debe a que la voluntad requiere el reconocimiento del Estado para producir efectos jurídicos y facultar a los particulares a crear sus propias normas (De la Puente y Lavalle, 1983). En suma, la autonomía privada es el poder de autorregulación de intereses dentro del ordenamiento jurídico (Soto Coaguila, 2003).

Aunque el derecho societario posee especialidad propia al regular el ciclo completo de las sociedades, también ordena relaciones entre socios, administradores y terceros, por lo que no existe incompatibilidad, sino relación de complementariedad con la codificación civil. En consecuencia, las disposiciones del CC relativas al régimen contractual, sus patologías y remedios resultan compatibles con las relaciones reguladas por la LGS.

En el contrato de asociación en participación, regulado por la LGS, se configura un vínculo sinalagmático caracterizado por prestaciones recíprocas entre asociante y asociados, consistentes en la contribución de una de las partes y la participación en los resultados del negocio por la otra (LGS, art. 440).

En términos generales, el sinalagma contractual expresa la interdependencia entre las obligaciones de las partes, de modo que el cumplimiento de una prestación se encuentra condicionado al cumplimiento de la contraprestación. Se trata, por tanto, de

una relación de reciprocidad funcional en la que las obligaciones nacen y se ejecutan correlativamente, pudiendo el incumplimiento de una de ellas habilitar la resolución o modificación del contrato (Fierro Rodríguez, 2023).

La naturaleza sinalagmática del contrato de asociación en participación es el fundamento jurídico que permite aplicar la lesión como una patología compatible, lo que extiende las normas supletorias del CC a este ámbito asociativo. La ausencia de regulación expresa en la LGS no constituye una laguna, sino que revela un sistema de marcos normativos complementarios en el que el legislador prevé que los afectados recurran a los remedios del CC.

Este enfoque aborda la tensión entre la libertad contractual y la justicia contractual, cuestionando si el mercado debe permitir pactos originados en una debilidad estructural o si el derecho debe intervenir para corregir resultados injustos bajo el principio de buena fe. Históricamente, la lesión es una institución vinculada a la justicia conmutativa y la protección de la parte débil en contratos recíprocos, lo que permite, desde el derecho romano y canónico, la revisión de actos con prestaciones manifiestamente desproporcionadas (Jiménez Vargas-Machuca, 2009).

La doctrina peruana ha ilustrado la figura de la lesión mediante supuestos típicos en los que una de las partes se aprovecha de la necesidad apremiante de la otra para imponer condiciones manifiestamente desproporcionadas. Entre ellos se mencionan el cobro de tarifas excesivas en contextos de emergencia o escasez de transporte, la exigencia de retribuciones exorbitantes para prestar auxilio a quien se encuentra en peligro, la adquisición de bienes de alto valor por precios ínfimos aprovechando la urgencia económica del titular y la fijación de tarifas injustificadas por parte de proveedores que ostentan una posición monopólica frente a usuarios que requieren indispensablemente el servicio (De la Puente y Lavalle, 1983).

A partir de la base normativa expuesta, y de los ejemplos doctrinarios tradicionales, se sostiene que la figura de la lesión resulta plenamente aplicable a los contratos de asociación en participación cuando se verifiquen sus requisitos esenciales previstos en el CC. Estos consisten en la existencia de una desproporción excesiva entre las contraprestaciones del asociante y de los asociados, así como en que dicha desproporción tenga su origen en el aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro, conforme al artículo 1447 del CC.

En el contrato de asociación en participación, de acuerdo con el artículo 440 de la LGS, el asociante concede a los asociados participación en los resultados o utilidades del negocio a cambio de una contribución. Dentro de la dinámica propia de las relaciones económicas orientadas al lucro, las partes buscan maximizar beneficios, lo que históricamente ha generado la posibilidad de que surjan las denominadas patologías

contractuales, es decir, situaciones en las que la relación jurídica se aparta de los principios que deben regirla.

Estas patologías derivan, entre otros factores, de la vulneración de los principios de equidad y buena fe, pilares de un contrato jurídicamente equilibrado. Cuando tales principios se ven afectados, el contrato se transforma en una relación viciada que justifica la intervención correctiva del derecho. En este sentido, el CC peruano exige que la buena fe esté presente desde la formación del contrato hasta su ejecución, lo que refuerza la posibilidad de aplicar la rescisión por lesión cuando la relación contractual nace afectada por un desequilibrio originado en el aprovechamiento de la vulnerabilidad de una de las partes.

De acuerdo con Vásquez Laguna (2021), la buena fe presenta una doble dimensión: subjetiva y objetiva. Por un lado, su dimensión subjetiva consiste en la creencia de actuar sin vulnerar el derecho ajeno; sin embargo, la inocencia no basta cuando existe negligencia, pues se exige un patrón de conducta verificable. Por otro lado, en su dimensión objetiva, la buena fe constituye un imperativo de conducta y una verdadera norma jurídica que integra el contenido del contrato y sirve como criterio de interpretación, principalmente conforme a los artículos 168 y 1362 del CC.

Entonces, siguiendo la línea de lo anterior, no basta con acreditar la ausencia de malicia, sino también el cumplimiento de conductas exigibles, aun cuando no estén expresamente pactadas, en cuanto forman parte del contenido obligatorio del contrato por aplicación de la ley y del principio de buena fe. Cabe resaltar que la buena fe es un principio general del derecho que rige todo el *iter* contractual, orienta el comportamiento diligente de las partes y actúa como límite a la autonomía privada, evitando conductas que perjudiquen injustamente a la contraparte.

Sobre dicho principio, el jurista nacional De Trazegnies Granda (2005) señala que la buena fe, dentro de su acepción de honestidad y coherencia en la actuación, es un principio esencial del derecho moderno, pues sin ella el derecho se convertiría en una simple regla de juego entre tahúres. El mercado, orientado al interés individual, requiere una lealtad básica entre las partes, por lo que actuar con buena fe en la ejecución de un contrato significa cumplir la voluntad acordada sin artimañas.

El CC peruano reconoce la buena fe no solo como un deber ético, sino como una exigencia jurídica. El artículo 1362 dispone que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse conforme a la buena fe y a la común intención de las partes, mientras que el artículo 168 establece que el acto jurídico debe interpretarse bajo ese mismo principio. En consecuencia, la buena fe constituye una obligación legal dentro del sistema contractual peruano.

Desde la doctrina, se sostiene además que la buena fe no se configura por la mera ausencia de mala intención, sino por una conducta diligente acorde con lo que cualquier persona razonable habría advertido en la situación concreta (De Trazegnies Granda, 2008).

En cuanto al principio de equidad, se entiende como una manifestación de la justicia que modula la aplicación estricta de la norma para adecuarla a las circunstancias particulares del caso. Ello permite equilibrar derechos y deberes en función del bien común (Ibáñez Jimeno, 1992).

En tal sentido, la buena fe, cuya vulneración puede dar lugar a la rescisión por lesión, siguiendo a De Trazegnies Granda (2008), no se reduce a una creencia subjetiva o ingenua, sino que exige un comportamiento diligente y leal. Por ello, para configurarse la lesión debe acreditarse que la parte que lesiona actuó con conocimiento del estado apremiante de la contraparte y con la voluntad de aprovecharse para obtener un beneficio injusto. Así, los principios de buena fe y equidad constituyen el fundamento conceptual de la lesión y de su aplicación a todo tipo de contratos, incluido el de asociación en participación.

En este contrato, el asociante y los asociados se vinculan para desarrollar una actividad lucrativa compartiendo, por regla general, utilidades y pérdidas. No obstante, frente a terceros solo aparece el asociante, quien asume la responsabilidad externa por el cumplimiento de la prestación, mientras que los asociados permanecen en una relación interna. Esta configuración puede generar que el asociante soporte un mayor riesgo jurídico, aun cuando internamente exista distribución de responsabilidades.

En determinadas circunstancias, el asociante, presionado por factores económicos, puede verse obligado a celebrar el contrato asociativo para cumplir con el tercero y evitar responsabilidad, aceptando una distribución de utilidades mayormente favorable a los asociados. En tal supuesto, la situación de vulnerabilidad recaería en el asociante, quien admite condiciones inequitativas para evitar un perjuicio mayor derivado del eventual incumplimiento contractual frente al tercero, incluso cuando este último desconozca la existencia del contrato asociativo.

Desde esta perspectiva, el mal menor para el asociante sería obtener una utilidad mínima o nula con tal de evitar pérdidas mayores. En un escenario ajeno a los principios de equidad y buena fe, dicha situación podría considerarse normal, incluso el asociado beneficiado podría sostener que su intervención permitió conservar el contrato y evitar daños mayores. No obstante, cuando la ventaja obtenida se fundamenta en el aprovechamiento consciente de la vulnerabilidad económica de la contraparte, el ordenamiento puede calificarla como un supuesto de lesión susceptible de corrección jurídica.

Sobre esta dicotomía entre la proscripción del abuso del derecho ante la búsqueda

de seguridad jurídica que subyace en la regla del *pacta sunt servanda*, el ordenamiento civil peruano privilegia la justicia contractual. El abuso contractual se configura cuando una de las partes explota su posición de poder o la situación de necesidad de la otra para imponer condiciones perjudiciales o prestaciones desequilibradas, alterándose la formación de la voluntad. Este puede manifestarse desde la celebración hasta la extinción del contrato y tiene como fundamento la prohibición de aprovechar contextos de debilidad contractual (Miranda Sanchez, 2024).

Sin duda alguna, al analizar las patologías contractuales como la que es materia de análisis, surge la relación de conflicto entre el principio de *pacta sunt servanda* y la justicia correctiva, es decir, una clara tensión entre la seguridad jurídica y la equidad.

Al respecto, sobre el principio de seguridad jurídica, la sentencia del Tribunal Constitucional (2003) mencionó lo siguiente:

> 3. El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho" (STCE 36/1991, FJ 5). El principio in comento no solo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la "predecible" reacción, sea para garantizar la permanencia del *statu qua*, porque así el derecho lo tenía preestablecido o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal. (Expediente 0016-2002-AI/TC del 30 de abril del 2003)

La seguridad jurídica otorga predictibilidad a los sujetos de derecho y, por ello, permite que la contratación, como expresión de la autonomía privada, opere como ley entre las partes conforme al principio *pacta sunt servanda*. Sin embargo, dicho principio no es absoluto, puesto que coexiste con la proscripción del abuso del derecho, la cual impone límites al ejercicio de los derechos cuando se vulnera la buena fe mediante el aprovechamiento de una posición de ventaja.

En consecuencia, la rescisión por lesión actúa como un mecanismo de justicia correctiva orientado a evitar desequilibrios manifiestos entre las prestaciones. Así, aunque el ordenamiento promueve la estabilidad contractual, esta no puede sostenerse en la explotación de la vulnerabilidad de una de las partes. Por lo tanto, cuando el desequilibrio existe desde la celebración del contrato, el sistema jurídico habilita la posibilidad de

solicitar su rescisión.

Aplicado al contrato de asociación en participación, la flexibilidad del artículo 444 de la LGS, que permite pactar participación en utilidades sin asumir pérdidas o incluso sin contribución, puede en determinados casos originar abuso y vulnerar la buena fe. Aunque esta libertad responde a la autonomía privada, en contextos de necesidad apremiante puede transformarse en un instrumento para aprovechar la posición dominante y agravar el desequilibrio contractual (LGS, art. 444).

De este modo, la lesión se relaciona con el ejercicio abusivo del derecho, pues, aunque ambas partes actúan dentro de su libertad contractual, una se aprovecha conscientemente de la vulnerabilidad de la otra, lo que afecta la equidad y la buena fe. En consecuencia, el lesionado queda facultado para solicitar la restitución del equilibrio entre las prestaciones, principio esencial de los contratos sinalagmáticos.

En efecto, respecto de los contratos sinalagmáticos, en los que surge la patología de pérdida de la equidad, la doctrina señala que

> hay que recordar que la esencia de la institución que nos ocupa radica en la proporcionalidad de las prestaciones y en la modificación de su equivalencia, debido a factores que alteren radicalmente el equilibrio primitivamente convenido a mérito de la prestación y contraprestación. Lo dicho no significa que en todo contrato se dé una relación entre las prestaciones que guarde proporción exacta y total. Muy por el contrario, son usuales los casos en que este equilibrio no existe, lo que, de modo alguno, altera la eficacia del contrato ni admite su revisión. (Arias Schreiber Pezet, 2011, p. 219)

Es decir, no toda afectación del equilibrio contractual permite la revisión del contrato o la invocación y procedencia de un remedio concreto para atenuarlo o eliminarlo. Se requiere de las características antes mencionadas referidas a que el desequilibrio sea excesivo y, además, que se haya generado aprovechando una situación de vulnerabilidad de la parte lesionada.

En este caso, la carga de la prueba corresponde a quien alegue haber sido lesionado por su contraparte, aun cuando en los casos descritos en el artículo 1448 del CC dicha carga se aligera y hasta desaparece, al establecerse una presunción de aprovechamiento. Distinto es el caso del supuesto descrito en el artículo 1447 del CC, en el que la presunción es relativa, pues exige una prueba adicional: acreditar el aprovechamiento de la contraparte.

De este modo, en los casos en los que no opera la presunción legal, la víctima de la lesión tiene la carga de probar la necesidad apremiante, el conocimiento de la contraparte y el aprovechamiento efectivo. Esta exigencia probatoria es rigurosa para proteger

la seguridad jurídica y evitar que el remedio de rescisión se active ante imputaciones subjetivas sin evidencia concreta.

Doctrinalmente, la lesión se distingue de la excesiva onerosidad (teoría de la imprevisión) por el momento en que surge el desequilibrio: la lesión es coetánea al nacimiento del contrato, mientras que la imprevisión es sobrevenida, imprevisible y no imputable a las partes. Ambos mecanismos buscan restablecer la justicia conmutativa y la buena fe; sin embargo, en la lesión, el desequilibrio es aceptado por una parte forzada por su vulnerabilidad o su estado de necesidad apremiante, situación que el lesionante explota para obtener un beneficio (Mosset Iturraspe, 2009).

La excesiva onerosidad de la prestación se sustenta en la teoría de la imprevisión, la cual faculta la revisión contractual ante sucesos extraordinarios e imprevisibles que alteran profundamente la economía del acuerdo. Ello permite restablecer el equilibrio frente a cambios sobrevinientes de las circunstancias (Berbessi Fernández, 2023).

Bajo esta lógica, se advierte que en el contrato sinalagmático la lesión puede afectar tanto al asociante como al asociado, pues lo determinante para su existencia no es la posición formal de los sujetos, sino que la desproporción excesiva derive del aprovechamiento de un estado de necesidad. Un caso ilustrativo de esta vulnerabilidad se presenta en la contratación pública peruana, en el que las grandes empresas adjudicatarias aprovechan la exclusión de las pequeñas y medianas empresas (pymes), quienes no pueden competir directamente por falta de capacidad financiera, para subcontratarlas bajo condiciones potencialmente desequilibradas, explotando su urgencia por evitar la insolvencia y la fuerte competencia entre ellas.

En un contexto de mercado marcado por la oferta y la demanda, agravado por escenarios económicos recesivos, se propician condiciones para que la empresa adjudicataria imponga condiciones mínimas de retribución, que la parte más débil acepta como medio de subsistencia, con lo que podría configurarse un supuesto de lesión.

No obstante, en la práctica son pocos los casos en que la parte afectada demanda el restablecimiento del equilibrio contractual. Aunque el CC reconoce la lesión cuando la desproporción supera las dos quintas partes al celebrarse el contrato, muchas empresas prefieren un negocio poco rentable antes que la ausencia de ingresos, a lo que se añade la dificultad probatoria cuando la lesión no se presume.

La desproporción económica puede cuantificarse objetivamente, por ejemplo, mediante la distribución de utilidades o la asignación de cargas de trabajo. No ocurre lo mismo con el elemento subjetivo, pues debe acreditarse que la parte lesionada se encontraba en necesidad apremiante, que la contraparte conocía dicha situación y que se aprovechó de ella. La demostración del conocimiento y del aprovechamiento constituye el aspecto de mayor complejidad probatoria.

A pesar de que el artículo 444 de la LGS permite pactar utilidades sin pérdidas o contribución, dicha licitud se desvirtúa si se acredita el conocimiento del estado de necesidad apremiante del lesionado. Indicios como una solicitud previa de préstamo denegada antes de celebrar un pacto desproporcionado permitirían flexibilizar la prueba del elemento subjetivo mediante una valoración conjunta y casuística en sede jurisprudencial.

No obstante, la estructura del artículo 444 de la LGS y la complejidad probatoria facilitan escenarios de lesión, riesgo que se acentúa porque el asociante es el único obligado frente a terceros, lo que genera desequilibrios significativos. En estos contextos, la vulnerabilidad económica se convierte en una oportunidad de negocio para la posición dominante, lo que intensifica el abuso; por tanto, la condición de lesionado puede recaer tanto en el asociante como en el asociado según las circunstancias específicas.

3.4. Mecanismo regulado en el Código Civil peruano como remedio contractual para los casos en que se produce un supuesto de lesión en un contrato de asociación en participación

El artículo 1447 del CC peruano señala que el afectado con el contrato lesivo, quien se halla en una situación de apremio de la que se aprovecha su cocontratante, puede recurrir a la acción judicial (o arbitral, si hubiera pacto al respecto) de rescisión por lesión, a fin de reclamar frente a dicho acto de abuso y a la ruptura del equilibrio o equidad. Como señala Torres Vásquez (2012), "la rescisión y la resolución son dos formas de *ineficacia funcional* del contrato. Se rescinde o se resuelve un contrato que existe válidamente" (p. 1129).

En el Perú, al igual que en los ordenamientos jurídicos del *civil law* y del *common law*, una de las figuras que tiene como objetivo impedir un resultado injusto o contrario al derecho es la acción rescisoria por lesión, concebida como un acto de justicia correctiva mediante el cual el derecho puede ingresar en un contrato (oneroso, conmutativo, típico o atípico) celebrado entre dos partes cuando advierta, al momento de su celebración, una desproporción grosera entre las prestaciones (elementos objetivo) y un aprovechamiento por parte de uno de los contratantes (elemento subjetivo), del estado de necesidad (elemento subjetivo) de la otra. De lo contrario, permitir tal clase de acto supondría contravenir uno de los fines del derecho: la justicia (Colca Guzmán, 2020).

4. DISCUSIÓN

La discusión se orienta a determinar la viabilidad jurídica de la rescisión por lesión y a explicar las razones de su escasa aplicación práctica. Aunque la LGS no regula expresamente esta figura, ello no supone su inaplicabilidad, pues el CC constituye la base del derecho privado y sus normas se aplican supletoriamente cuando no resultan

incompatibles con la naturaleza de la relación jurídica (Pérez Caruajulca & Vidal Ramírez, 2014). El contrato de asociación en participación, previsto en el artículo 440 de la LGS, presenta reciprocidad de prestaciones, ya que el asociado aporta una contribución y el asociante concede participación en las utilidades. Este carácter sinalagmático implica la exigencia de un mínimo equilibrio contractual y justifica la intervención del derecho frente a desproporciones graves (Fierro Rodríguez, 2023).

A partir de ello, aparece la tensión entre la seguridad jurídica derivada del principio *pacta sunt servanda* y la necesidad de impedir el abuso del derecho. La autonomía privada no es absoluta, pues debe ejercerse conforme a la buena fe objetiva entendida como deber de conducta leal y coherente (Vásquez Laguna, 2021). En esa misma línea, De Trazegnies Granda (2008) sostiene que la buena fe exige respeto por el equilibrio contractual, por lo que la rescisión por lesión actúa como un mecanismo de justicia correctiva frente a resultados manifiestamente desproporcionados (Colca Guzmán, 2020).

La vulnerabilidad en estos contratos puede afectar tanto al asociante, quien acepta distribuciones inequitativas para evitar incumplimientos con terceros y asegurar su negocio, como a las pequeñas empresas que aceptan condiciones mínimas por subsistencia ante entidades con mayor poder. En este escenario, la flexibilidad del artículo 444 de la LGS, aunque se basa en la autonomía privada, facilita potencialmente el abuso de posición de dominio en contextos de necesidad apremiante (Miranda Sanchez, 2024).

La escasez de casos judiciales responde a la complejidad para probar el aprovechamiento del estado de necesidad (elemento subjetivo). A diferencia de la desproporción cuantificable del elemento objetivo (art. 1447 del CC), el aprovechamiento exige un estándar probatorio elevado que el artículo 1448 del CC solo atenúa parcialmente mediante una presunción limitada a desproporciones de dos tercios (Arias Schreiber Pezet, 2011; Mosset Iturraspe, 2009).

Como proyección, se sugiere precisar criterios probatorios basados en indicios objetivos (Miranda Sanchez, 2024; Torres Vásquez, 2012), revisar el alcance del artículo 444 de la LGS frente a asimetrías económicas, analizar la lesión en el arbitraje comercial y profundizar en la buena fe objetiva como estándar para prevenir el aprovechamiento de la vulnerabilidad contractual.

5. CONCLUSIONES

El estudio concluye que la rescisión por lesión es jurídicamente aplicable al contrato de asociación en participación en el ordenamiento peruano, pese a la ausencia de regulación expresa en la LGS. Ello se sustenta en la aplicación supletoria del CC y en la naturaleza sinalagmática del contrato, caracterizada por la reciprocidad de prestaciones.

En consecuencia, la autonomía privada y el principio *pacta sunt servanda* no poseen carácter absoluto, pues se encuentran limitados por la buena fe objetiva y la equidad, lo que legitima la intervención del derecho como mecanismo de justicia correctiva frente a desproporciones graves.

Asimismo, se advierte que la vulnerabilidad contractual puede recaer en cualquiera de las partes. El asociante puede verse presionado por obligaciones frente a terceros y el asociado, especialmente cuando se trata de pequeñas y medianas empresas, puede verse condicionado por asimetrías económicas. En este contexto, la amplitud del artículo 444 de la LGS, que permite pactar utilidades sin asumir pérdidas o incluso sin contribución, puede facilitar escenarios de abuso en situaciones de necesidad apremiante.

Finalmente, se establece que el principal obstáculo para la eficacia del remedio no es normativo sino probatorio. Acreditar el aprovechamiento consciente del estado de necesidad resulta complejo y, aunque el ordenamiento prevé una presunción cuando la desproporción alcanza las dos terceras partes, en la mayoría de casos la carga probatoria recae en la parte afectada. Esta situación explica la escasa litigiosidad y evidencia la necesidad de un mayor desarrollo jurisprudencial sustentado en indicios objetivos.

REFERENCIAS

Arce Ortíz, E. G. (2023). *Teoría del derecho* (2.ª ed.). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. https://hdl.handle.net/20.500.14657/199476

Arias Schreiber Pezet, M. (2011). *Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Contratos. Parte general* (t. I, 2.ª ed. actualizada). Normas Legales.

Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20151108_01.pdf

Berbessi Fernández, D. A. (2023). Una aproximación a la teoría de la imprevisión. *Revista Estudiantil de Derecho Privado*, (9). https://red.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/48/2023/06/UNA-APROXIMACION-A-LA-TEORIA-DE-LA-IMPREVISION.pdf

Código Civil. Decreto Legislativo 295 de 1984. Arts. IX, 168, 1447, 1362. 24 de julio de 1984 (Perú).

Colca Guzmán, S. J. (2020). *Rescisión y resolución de los contratos. Diferencias y similitudes*. Pasión por el Derecho. https://lpderecho.pe/rescision-y-resolucion-de-los-contratos-diferencias-y-similitudes/

De la Puente y Lavalle, M. (1983). La lesión. *Derecho PUCP*, (37), 161-185. https://doi.org/10.18800/derechopucp.198301.007

De Trazegnies Granda, F. (2005). La verdad construida: algunas reflexiones heterodoxas sobre la interpretación legal. *Themis*, (51), 31-42. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8788/9177

De Trazegnies Granda, F. (2008). Desacralizando la buena fe en el derecho. *Advocatus*, (17), 119-144. https://doi.org/10.26439/advocatus2008.n017.2933

Fierro Rodríguez, D. (2023). Groucho Marx y la importancia del sinalagma contractual para la interpretación y eficacia de los pactos. *Cultus et Ius*, (2), 79-113. https://doi.org/10.69592/2990-0255-N2-OCTUBRE-2023-ART4

Fix-Zamudio, H. (2009). *Metodología, docencia e investigación jurídicas* (14.ª ed.). Porrúa. https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/67645

Hernández Sampieri, R., & Mendoza, C. (2018). *Metodología de la investigación. Las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. McGraw-Hill Education. http://www.biblioteca.cij.gob.mx/Archivos/Materiales_de_consulta/Drogas_de_Abuso/Articulos/SampieriLasRutas.pdf

Ibáñez Jimeno, B. (1992). La equidad: criterio auxiliar de interpretación judicial. *Revista de Derecho*, (1), 62-69. https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/2430

Jiménez Vargas-Machuca, R. (2009). La lesión en el derecho civil peruano. Debate doctrinario y tratamiento normativo. En J. Avendaño, A. Bullard, R. Ortiz, C. Ramos, M. Rubio, C. Soto & L. Zolezzi (Eds.), *Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda* (t. 2, pp. 187-222). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. https://doi.org/10.18800/9789972428890.034

Larenz, K. (1966). *Metodología de la ciencia del derecho*. Ariel. https://www.google.com/goto?url=CAESgwEB7keqTbUx1dr17ET6HN9Pn52H_tHetpEW8mKJj_tJ29-bB2dEe60yWwoNFcrJT1nWlEKoUo7BygZfdm7yri2pSXnK6Zu0g0OoPcfROLHGrkvuQhCgPVP6YxWFBFnRzlsDHIFG4MOYWFHvsl7PaMsgBRDu5ACvi-UerZ3oOn699B7uqw==

Ley 26887 de 1997. Por la cual se establece la Ley General de Sociedades. 9 de diciembre del 1997. Diario Oficial El Peruano. https://spijweb.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2021/05/LEY_26887.pdf

Miranda Sanchez, F. W. (2024). *La rescisión por lesión en el Código Civil peruano: ¿una verdadera causal de ineficacia en sentido estricto?* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio PUCP. https://tesis.pucp.edu.pe/server/api/core/bitstreams/028ad3cb-43fe-4c96-8819-8a8fa827f19f/content

Mosset Iturraspe, J. (2009). La corrección del contrato. En J. Avendaño, A. Bullard, R. Ortiz, C. Ramos, M. Rubio, C. Soto & L. Zolezzi (Eds.), *Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda* (t. 2, pp. 247-274). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. https://doi.org/10.18800/9789972428890.036

Pérez Caruajulca, M. Á., & Vidal Ramírez, F. (2014). La importancia del derecho civil y de su codificación en la sociedad. Entrevista a Fernando Vidal Ramírez. *Themis*, (66), 19-24. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12685

Pinto Fontanillo, J. A. (2003). *La teoría de la argumentación jurídica en Robert Alexy* [Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid]. Docta Complutense. https://hdl.handle.net/20.500.14352/61510

Rubio Correa, M. (2009). *El sistema jurídico. Introducción al derecho* (10.ª ed.). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

Soto Coaguila, C. A. (2003). La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. *Vniversitas, 52*(106), 519-562. https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14830/11970

Torres Vásquez, A. (2012). *Teoría general del contrato* (t. 2). Instituto Pacífico.

Tribunal Constitucional. (2003). Expediente 0016-2002-AI/TC. 30 de abril del 2003. https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00016-2002-AI.pdf

Vásquez Laguna, J. (2021). Contribución al estudio de la buena fe en el derecho privado: a propósito de la renegociación y el incumplimiento de los deberes secundarios de conducta. *Advocatus*, (39), 203-218. https://doi.org/10.26439/advocatus2021.n39.5129

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 cuanto 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:

- Conflictos 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.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

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 a 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 tiene total libertad para elegir la temática del artículo. No obstante, la revista se reserva el derecho de publicar aquellos artículos que considere más relevantes. Además, es posible que *Ius et Praxis* dedique algunos de sus números a temas específicos y aborde temas diversos en la sección de "Misceláneas".

   El *call for papers* (la convocatoria de escritos) se realiza de mayo a agosto y de noviembre a febrero. Las fechas están sujetas a ampliación o modificación, y 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, en la medida en que su objetivo sea informar y explicar puntos especializados y concretos; o de opinión o comentario, en la medida en que en ellos el autor exprese su pensar sobre un tema específico.

   Todos los tipos de texto mencionados pasan por una 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. Para dejar constancia de la originalidad de sus artículos, los autores suscriben una declaración jurada.

5. Respecto al formato del artículo, las páginas deben estar numeradas, la extensión mínima es de diez páginas y, la máxima, de veinte. El texto debe estar escrito en letra tipo Times New Roman, tamaño 12, con interlineado de 1,5 y márgenes de tres centímetros. Asimismo, el artículo debe contener un resumen con un máximo de doce líneas y, a lo sumo, siete palabras clave. Asimismo, el título del artículo no debe exceder las doce 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 de la publicación, el autor debe comunicarlo a la brevedad posible al correo señalado anteriormente. Esta comunicación debe realizarse dentro del periodo de dos semanas inmediatas tras la confirmación del artículo.
7. El formato de los artículos debe seguir las pautas del *Publication Manual* (7.ª ed.) de la American Psychological Association (APA). Este formato incluye:
    - 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 ciento cincuenta a doscientos cincuenta palabras.
    - Palabras clave o *keywords*. El artículo debe incluir un máximo de siete palabras clave.
    - Cuerpo. El artículo debe contar con un mínimo de siete mil 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 delincuencial 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 de 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.


FONDO
EDITORIAL
ULIMA