



IUS^{ET} PRAXIS





IUS_{ET} PRAXIS

Ius et Praxis

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

N.º 59, enero, 2025

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2024.n059>

DIRECTOR GENERAL

Ronald Cárdenas Krenz

EDITOR

Erick Urbina Lovon

COORDINADORA DE EDICIÓN

Dayana Sofía Luján Sánchez

© Universidad de Lima

Fondo Editorial

Av. Javier Prado Este 4600

Urb. Fundo Monterrico Chico

Santiago de Surco, Lima, Perú

Código postal 15023

Teléfono (511) 437-6767, anexo 30131

fondoeditorial@ulima.edu.pe

www.ulima.edu.pe

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

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 2523-6296

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

Dr. Carlos Antonio Agurto Gonzales (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)
Mag. Dalia Suarez Salazar (Universidad de Lima, Perú)
Mag. Guadalupe Montenegro Ruiz (Universidad San Martín de Porres, Perú)
Mag. Alejandro Morales Cáceres (Universidad de Lima, Perú)
Dr. Raúl Gutierrez Canales (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú)
Dr. Rodrigo Galvez Martin (Universidad de Lima, Perú)
Mag. Monica Terry Gamarra (Universidad de Lima, Perú)
Abg. Miguel Bueno Olazábal (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú)
Mag. Josef Zielinski Flores (Universidad de Lima, Perú)
Dr. Carlos Hakansson Nieto (Universidad de Piura, Perú)
Mag. Javier Garcia Locatelli (Pontificia Universidad Católica del Perú, 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
Entrevista con María Ángeles Egúsquiza Balmaseda. Desafíos y soluciones en la protección de datos para consumidores de salud	11
<i>Dimar Mejía Mendieta y Dayana Sofía Luján Sánchez</i>	
ARTÍCULOS	21
El aseguramiento de la salud de personas con síndrome de Down. Comentarios a la Casación 7225-2022-Lima. Los confusos límites entre la libertad de contratación y la protección al consumidor	23
<i>Américo Hidalgo Gómez y César R. Pérez Gil</i>	
Conflictos en <i>marketplaces</i> : responsabilidad de plataformas digitales en relaciones de consumo modernas	41
<i>Alonso Morales Acosta</i>	
La prescripción y la caducidad en los procedimientos sancionadores de Susalud	59
<i>Frank García Ascencios</i>	
Asimetría de la información: reflexiones en torno a la publicidad engañosa	77
<i>Fabiana Sevillano Ono y Valentino Mamani Escajadillo</i>	
<i>Al washing</i> : una nueva modalidad de engaño al consumidor	89
<i>Malena Cárdenas Tello y Natalia Avalos Espinoza</i>	
Tecnología para la atención de personas con discapacidad: formando relaciones de consumo	101
<i>Próspero Martín Cortez</i>	

La compensación convencional bancaria desde la óptica de la protección al consumidor	119
<i>Ursula Patroni Vizquerra y Juan Sebastián Muñoz Valderrama</i>	
MISCELÁNEA	143
Derecho a los medicamentos esenciales: equilibrio entre salud y mercado	145
<i>Carmen Elisa Becerra Huertas, Juan David Giraldo Becerra y Ariel Emilio Cortés Martínez</i>	
Límites de la autoridad legislativa: el Estado laico en el Ecuador	163
<i>Doménico Carrillo Abad</i>	
La importancia de la competencia territorial en procesos de violencia	179
<i>Juliana Gabriela Kina</i>	
Infidelidades virtuales... ¿divorcios reales?: entre el derecho y el ciberderecho	201
<i>Miguel Ángel Bolaños Rodríguez</i>	
INFORMACIÓN ADICIONAL	215
Código de ética	217
Política editorial y normas para colaboradores	221

PRESENTACIÓN

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2024.n59.7733>

En el mundo en que vivimos, bombardeados de informaciones que se suceden interminablemente y que pasan de una a otra antes de que hayamos terminado de digerir la anterior, es importante detenernos en lecturas que nos lleven a la reflexión, más allá de lo anecdótico o lo pasajero; de allí la relevancia de las revistas académicas.

La edición 59.^a de *Ius et Praxis* trae una interesante entrevista a María Ángeles Egúsqüiza Balmaseda, distinguida jurista española y catedrática de la Universidad Pública de Navarra, quien analiza el tema de la protección de datos de los pacientes en el ámbito de la salud y los retos que plantea hoy en día, entre otras cuestiones, a propósito de la ponencia que presentara en el congreso internacional “Cuarenta años después: el Código Civil peruano y el derecho civil del futuro”, realizado en nuestra casa de estudios en noviembre último.

Tema central de la presente edición es el de los derechos del consumidor. Así, en la sección de artículos, Américo Hidalgo Gómez y César Pérez Gil, a propósito de una casación, tratan sobre el aseguramiento de la salud de las personas con síndrome de Down. También en el ámbito de la salud, Frank García Ascencios aborda la prescripción y la caducidad en los procedimientos sancionadores de Susalud. Y, sobre un tema tan vital como lo es el derecho a los medicamentos esenciales, escriben Carmen Elisa Becerra Huertas, Juan David Giraldo Becerra y Ariel Emilio Cortés Martínez.

A continuación, Alonso Morales Acosta se ocupa de un tema poco tratado en nuestro medio, como es el de los *marketplaces* y la responsabilidad de las plataformas digitales en relaciones de consumo. Cuestión novedosa, asimismo, es la del *AI washing*, sobre el que escriben Malena Cárdenas Tello y Natalia Avalos Espinoza.

Respecto a la publicidad engañosa y a la asimetría de la información, presentan un artículo conjunto Fabiana Sevillano Ono y Valentino Mamani Escajadillo, mientras que Úrsula Patroni Vizquerra y Juan Sebastián Muñoz Valderrama tratan sobre la compensación convencional bancaria desde la perspectiva del consumidor. A su vez, Próspero Martín Cortez se ocupa de diversos problemas de las personas con discapacidad como consumidores.

Aparte, como siempre, la revista —en su sección de misceláneas— contiene un artículo sobre los límites de la autoridad legislativa, de Doménico Carrillo Abad; y otro sobre la competencia territorial en procesos de violencia, a cargo de Juliana Gabriela Kina.

Finalmente, no podemos concluir sin agradecer la confianza del Rectorado de nuestra Universidad y el trabajo profesional del Fondo Editorial, que hacen posible nuestra revista, la cual se aproxima con el mayor entusiasmo a su 60.^a edición.

Ronald Cárdenas Krenz
Director

ENTREVISTA CON MARÍA ÁNGELES EGÚSQUIZA BALMASEDA* DESAFÍOS Y SOLUCIONES EN LA PROTECCIÓN DE DATOS PARA CONSUMIDORES DE SALUD

DIMAR MEJÍA MENDIETA Y DAYANA SOFÍA LUJÁN SÁNCHEZ**

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2024.n59.7649>

En su libro *Protección de datos: intimidad y salud*, usted analiza a profundidad los retos de la protección de datos en el ámbito de la salud. En su opinión, ¿qué desafíos legales persisten en la protección de datos médicos frente a la digitalización y cómo pueden impactar en los derechos de los consumidores?

Como he planteado en la ponencia, en el ámbito de los datos de salud —que afectan a la identificación de la persona en lo más profundo y de la que se derivan— yo creo que los sesgos y la discriminación son el principal problema, como ha señalado el director general de la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales.

Por razones de tiempo, no he podido incidir en las utilizaciones que están tajantemente prohibidas en el Reglamento del Espacio Europeo de Datos Sanitarios. Entre ellas se encuentra el artículo 35, que versa sobre el uso secundario de los datos para la toma de decisiones contractuales negativas o adversas para la persona. Los datos de salud no van a poder ser utilizados en tales casos. Lo más notorio y evidente es el ámbito de los seguros, pero este es también un tema relevante en otros entornos contractuales, como es el caso de los préstamos bancarios. La valoración sobre tu condición como buen o mal cliente depende de la salud que vayas a tener —las posibilidades de que no pierdas el empleo, de que no tengas bajas, etcétera—, afectan a la evaluación sobre el cumplimiento de devolución de un préstamo y, en definitiva, a la evaluación de tu solvencia futura.

* Directora de la cátedra y catedrática de Derecho Civil Foral de la Universidad Pública de Navarra, España. Vocal y profesora de la Scuola Dottorale Interateneo in Scienze Giuridiche Ca' Foscari, Venecia, Italia. Magistrada suplente en la Audiencia Provincial de Navarra, consejera del Consejo de Navarra, máximo órgano consultivo de la Comunidad Foral de Navarra y vocal del Consejo Asesor de Derecho Civil Foral de Navarra. Investigadora en múltiples proyectos en el ámbito español e internacional. Autora de más de un centenar de trabajos científicos sobre diversos temas de derecho civil. Miembro del consejo de redacción de diversas revistas.

** Integrantes del equipo de la revista *Ius et Praxis* y estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

Otra de las restricciones de acceso para el uso secundario de los datos de salud que se fijan en el Reglamento del Espacio Europeo de Datos Sanitarios, tema apuntado en el Congreso, es la utilización de los datos de salud para el desarrollo de productos y servicios que pueden perjudicar a las personas y manipular a los consumidores. El propio artículo 35 del reglamento reseña, como ejemplo de aquello, el diseño de sustancias que puedan ser adictivas —drogas ilícitas, bebidas alcohólicas, productos del tabaco—; tenemos ya no solo sustancias químicas, sino también productos de videojuegos que generan situaciones adictivas. Por ejemplo, está comprobada la interrelación de quien resulta adicto a opiáceos con la existencia de problemas respecto a neurotransmisores y niveles de dopamina, a los que se intenta dar respuesta a través de sustancias químicas. Significa que, en muchas ocasiones, nuestras propias conductas dependen de nuestra propia configuración biológica, morfológica y biogenética. Resulta totalmente peligroso que todo esto esté en manos de quienes nos quieren vender una sociedad de consumo —como la que tenemos—, y de empresas que éticamente lo que quieren es la obtención de un beneficio a cualquier precio.

Por ello, la estructura del Espacio Europeo de Datos Sanitarios está diseñada para que exista un control en el uso y acceso a los datos sanitarios. Este se llevará a cabo mediante organismos designados por los Estados. Serán estos los que, valorando las finalidades para las que se solicita la utilización de estos datos, faculten su uso, lo controlen y lo supervisen.

El uso de datos personales para alimentar la inteligencia artificial (IA) genera debate. ¿Qué riesgos y beneficios plantea esta práctica para los consumidores, y cómo se podría regular sin frenar la innovación tecnológica?

Es una buenísima pregunta porque, precisamente, la gran cuestión que en estos momentos se plantea en Europa es cómo aprovechar tecnológicamente el avance de la IA para mejorar la oferta de productos y servicios —y, en definitiva, que el consumidor pueda acceder a buenos servicios a un precio muy razonable— sin que esto vaya en detrimento de la propia persona. Esta preocupación se plantea no solo en relación al derecho a la intimidad personal, sino también respecto de la propia consideración sobre el rol que la IA pueda tener en la sociedad.

En el ámbito de la salud, por ejemplo, se plantean las oportunidades que la IA ofrece para implementar la asistencia sanitaria a través de la telemedicina y de aplicaciones diagnósticas. En un entorno como el que tienen ustedes, con una geografía muy complicada, esta sería una solución para ofrecer una cobertura médica y asistencial en zonas remotas con eficiencia y un coste muy razonable. Casi todo el mundo cuenta con un terminal telefónico: diagnósticos perentorios o tratamientos que pueden resultar muy costosos podrían llegar a tiempo a través de esta vía; pero, también, la asistencia sanitaria directa se podría lograr a través de aplicaciones. En estos momentos se están desarrollando diversas aplicaciones, las cuales se pueden encontrar en Google, que ayudan a los profesionales de la dermatología al

diagnóstico de enfermedades. Estas también prestan servicio directo al propio consumidor quien, al subir las fotos y datos de su afección, puede tener un diagnóstico de su enfermedad. Para que ello sea cada vez más fiable, se requiere alimentar a la IA con imágenes y datos de cómo se manifiestan determinadas enfermedades —erupciones, manchas, etcétera—, para así identificarlas y ofrecer un diagnóstico certero, con el consiguiente ahorro de desplazamiento o de atención. Esto va a suponer, sin duda, un gran avance para la medicina.

En el Perú, la telemedicina ha cobrado mayor relevancia desde la pandemia. Aunque contamos con una regulación marco, esta requiere ser actualizada y ajustada a la realidad del país, especialmente para abordar los desafíos que han surgido durante este periodo. La normativa de la Unión Europea, que muestra un desarrollo significativo en este ámbito y que incluye disposiciones avanzadas sobre protección de datos personales, se ha convertido en una referencia clave; es por ello que nuestro país la toma como modelo fundamental para fortalecer y mejorar nuestra legislación.

Está muy bien ver cuáles son las experiencias más avanzadas, pero sin olvidar cuál es la idiosincrasia y el entorno donde uno se mueve. Porque trasladar regulaciones sin ese punto crítico de cuál va a ser el entorno social y los medios que hay que implementar, puede terminar suponiendo que tengamos una legislación maravillosa, pero nada práctica ni aplicable.

Como experiencia y punto de reflexión, la normativa europea sobre protección de datos aplicados a ese ámbito resulta interesante. La Unión Europea no quiere perder la oportunidad, en la competencia que tenemos con el eje de Asia y el eje de Estados Unidos, de seguir estando a la cabeza en cuanto al uso de la IA, sin ceder en la defensa de la protección de datos, un derecho fundamental y estructural incorporado al Tratado de la Unión Europea y que es una salvaguarda para todos. Esta es una pieza fundamental para garantizar la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y, en definitiva, para hacer frente al avance que supone la tecnificación y lo que nos augura el futuro de una IA que puede terminar dominándonos. En ese punto, Europa se ha planteado como objetivo el establecimiento de varios espacios en los que se compartan datos para el aprendizaje profundo de los sistemas algorítmicos, a la vez que se fijan medidas que preservan los principios básicos para que la persona no pierda su condición y sus decisiones pasen a estar controladas por una máquina.

Entre los peores temores —los cuales compartimos— se encuentran las visiones que se plasman en las películas más apocalípticas, que nos muestran un futuro en el que las máquinas terminan dominándonos. Esto se vuelve aún más inquietante cuando lees declaraciones de ingenieros que admiten no comprender los mecanismos o las inferencias utilizadas por un sistema de *machine learning*. Por ejemplo, si una máquina cuenta con el sistema de *machine learning*, esta podría aprender todo un idioma a partir de una sola palabra. Este tipo de avances resulta realmente perturbador.

En este contexto, está claro que uno de los principales problemas es el de la trazabilidad: saber dónde se puede controlar y evitar que la máquina tome decisiones contrarias al ser humano. Muchas veces, el desafío radica en no saber de dónde proviene el conocimiento generado, aunque este pueda ser importante. De ahí también que me parezca fundamental que, si antes teníamos que estar todos muy bien formados, ahora esto sea más importante aún: ustedes, como estudiantes, no tienen que ahorrar tiempo y dedicación para pensar, estudiar y memorizar, ni deben dejar todo al albur de las máquinas, porque eso al final nos vuelve dóciles. Se necesita una formación profunda y crítica que nos permita saber y pensar con independencia del auxilio de la máquina.

Durante la pandemia del COVID-19, el uso de certificados de vacunación digitales planteó dilemas entre la privacidad y la salud pública. Desde su perspectiva, ¿cómo debió ponderarse el derecho a la privacidad de los consumidores con la necesidad de proteger la salud pública? ¿Qué opina sobre la obligatoriedad de presentar pruebas de vacunación y la divulgación de historiales médicos en este contexto?

Aquí estamos ante el gran debate que se ha extendido por todo el mundo, salvo en China, en donde, dado su sistema, todos los ciudadanos se sometían y no había ninguna posibilidad de discusión. Esto nos lo hemos planteado los países en los que los derechos fundamentales se protegen. Pero no hay que olvidar que los problemas de la pandemia no son de ahora, son históricos, y hay que adoptar decisiones razonables para evitar la propagación de las enfermedades.

En el Perú, en España y en el resto de países, las enfermedades infectocontagiosas se encuentran sometidas a un régimen jurídico especial de control y comunicación. Aquí, la ley, principio de legitimación, fija las medidas oportunas para que pueda conocerse cuál es el estado de los infectados y atajar los contagios. Todos sabemos que hay ciudadanos que son sensatos y respetuosos con el resto, y que, si han tenido un problema de salud, se han aislado; pero hay otros que no son tan responsables, que voluntaria o involuntariamente han propagado la enfermedad.

Como bien planteaba hoy la profesora Lourdes Zamudio, el derecho a la protección de datos no es un derecho incondicionado. Tiene límites y debe ser ponderado en su pugna con otros derechos, como el derecho a la vida, un ambiente socialmente protegido y la no producción de daños.

La gestión que se ha llevado a cabo me parece que se realizó como se pudo. Nos resultó sorprendente la situación. Nos habíamos olvidado de situaciones trágicas, como la peste que vivimos en Europa en el siglo xiv —1347 y 1352— o la epidemia de gripe de 1918. Se ha aprendido y, en ese aprendizaje, se han ido implementado mecanismos como, por ejemplo, las notificaciones a través de aplicaciones y el desarrollo de círculos de confianza. Estas herramientas permitían informar a las personas

de si se encontraban cerca de alguien que pudiera haber estado expuesto a la enfermedad, con el objetivo de promover entornos más seguros. No obstante, la situación se complicó, especialmente en lo relativo a los datos de salud, ya que, en algunos casos, la anonimización no resultó suficiente para cumplir con ciertos fines. La magnífica tesis doctoral del profesor Ronald Cárdenas va en esa línea del aprendizaje: las lecciones de la pandemia y los mecanismos para conseguir mejorar y aprender.

La siguiente pregunta se centra en el tratamiento que se da en el Perú cuando ocurre una vulneración de datos de salud. En nuestro país, cuando ocurre una filtración de información de salud, las clínicas tienen responsabilidad civil frente a los consumidores afectados por la filtración de su información. ¿Podría explicarnos cómo se aborda esta situación en el caso español y qué aspectos considera que podrían aplicarse al sistema peruano?

En el caso de España, dependiendo de si la sanidad es privada o pública, el régimen de responsabilidad es distinto. La mayor parte de los casos en los que ha habido una vulneración ha sido por accesos inconsentidos y, en el fondo, se trataba de actuaciones más bien reprochables, de cotilleo o búsqueda de información con fines espurios. De hecho, no conté [durante la ponencia] uno de los casos en los que se estableció una condena por revelación de secretos. Se trata de una sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas en la que el ginecólogo, quien trataba a su propia esposa, se hallaba en un proceso de ruptura conyugal. Este había accedido a su historia clínica y había anotado que la esposa padecía algún tipo de enfermedad mental, aspecto que se desveló en el pleito de divorcio. Desde luego, esta es una situación extrema y merecedora de la sanción penal impuesta.

Cuando la vulneración se produce dentro del marco de la sanidad pública, opera la responsabilidad patrimonial de la Administración con la reparación del daño irrogado por el funcionamiento normal o anormal de esta. En teoría, el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos conlleva una responsabilidad de carácter objetivo. Pero, en la práctica, tratándose del ámbito sanitario, resulta insostenible un sistema objetivo. La jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de España, de manera constante, indica que la Administración no es una aseguradora universal, y que, en el ámbito de la salud, hay que ver si la responsabilidad se produce como una consecuencia de la infracción de la *lex artis ad hoc* del profesional sanitario, esto es, por no haber aplicado este el grado de diligencia exigible a su quehacer profesional.

En las ocasiones en las que se ha reconocido responsabilidad patrimonial por acceso a los datos de la historia clínica, puede advertirse tanto la culpa de quien accede como de parte de la organización, cuando esta última no adoptó las medidas técnicas adecuadas. En general, los centros sanitarios tienen preestablecidos protocolos técnicos de acceso a la historia clínica informatizada, para salvaguardar el derecho a

la intimidad del paciente, a la vez que para permitir el trabajo del profesional. Cuentan con sistemas en los que, aparte de dejar la huella de quien entra, queda justificado el porqué del acceso, denegándose este si se carece de autorización. Tratándose de centros privados, la vía para instar la reparación del daño por vulneración de la normativa de protección de datos se produce a través de la responsabilidad civil, y hay que acreditar cada uno de los elementos que hacen nacer esta.

Uno de los extremos que resulta especialmente complicado de probar es el de la producción del daño, ya que la mera infracción de la normativa de protección de datos y el mero acceso, por sí mismos, no entrañan un daño. Se necesita acreditar que ha existido un daño. El daño que generalmente se suele invocar es el daño inmaterial, que se concreta en un daño moral. El problema del daño moral es que técnicamente su prueba siempre ha sido muy compleja. De ahí la importancia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 11 de abril del 2024, relativa a la consideración de que el temor a que determinados datos personales sean conocidos por terceros, siempre que acredites que tienes ese temor, puedes fundamentar un daño moral. De ahí la utilización e invocación que se ha venido efectuando, en España, de la Ley 1/1982 de “Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen”, cuyo artículo 93 ha permitido que, acreditada la situación de una infracción tipificada en la ley, automáticamente se valore la existencia de un daño moral.

En el marco de su ponencia, ¿qué acciones considera esenciales para que las instituciones de salud cumplan con su responsabilidad en la protección de datos de los pacientes y para que fortalezcan la confianza de los consumidores en sus servicios, a efectos de evitar problemas de responsabilidad civil?

Yo creo que todas las instituciones sanitarias, tanto en Europa como aquí, tienen muy interiorizada la necesidad del cumplimiento de la normativa de protección de datos, entre otras cosas porque el incumplimiento de esa normativa por parte del profesional puede conllevar pena de cárcel. El delito de revelación de secretos o de confiabilidad es uno de los mayores garantes, junto con las políticas que desarrolla la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales del Perú. La autoridad —ya lo ha comentado hoy el director general— depende del Ministerio de Justicia.

Una de las exigencias en Europa es que la autoridad sea un organismo independiente, que pueda actuar de una forma objetiva, viendo cuáles son las necesidades, y con una actividad pedagógica y didáctica constante de educación a los colectivos. Los cursos de sensibilización sobre la materia son fundamentales, así como las campañas que incentivan a los responsables del tratamiento de datos y a los delegados de protección de datos a redoblar esfuerzos para garantizar el cumplimiento normativo y evitar posibles sanciones.

En esta misma línea, como consumidores de servicios digitales, ¿qué medidas prácticas recomendaría a los ciudadanos para proteger sus datos personales, particularmente los datos de salud, frente a posibles vulneraciones?

Pues, no darlos; tan sencillo como ser muy celoso de la información que quieres compartir, solo compartirla cuando sea estrictamente necesario y ser consciente de la importancia del dato que ofreces. Por ejemplo, si ustedes van a contratar un arrendamiento para vivir, el arrendador no tiene por qué saber cuál es su estado de salud. Solemos encontrarnos con unas contrataciones en las que, sin querer, la petición de datos es indebida. El principio de licitud en el tratamiento de los datos y de la proporcionalidad en el acceso a estos vienen dados por la cuestión de para qué quiere usted los datos. Hay que ser exigentes y reivindicativos en este punto.

Entendemos, entonces, que esto está directamente relacionado con la necesidad de sensibilizar a la población sobre la importancia de proteger sus datos personales. Recuerdo haber leído una noticia en España sobre una gran filtración de datos en el Banco Santander debido a un ataque de *hackers*. Una situación similar ocurrió en el Perú con el banco Interbank, en el que se produjo el *hackeo* de datos de gran parte de sus clientes. Al consultar a las personas afectadas, muchas comentaron que no se preocupan porque no habían sufrido robos en sus cuentas bancarias. Sin embargo, no son completamente conscientes de que, ahora, terceros pueden acceder a información sensible, como su domicilio o su actividad financiera. Esta situación resaltaría la urgente necesidad de que nuestras autoridades implementen acciones que promuevan la concienciación y la información sobre la protección de estos datos.

Claro. Sin embargo, los recursos de la autoridad son limitados y no pueden llegar a todo. Otro ejemplo de la falta de conciencia con respecto a compartir nuestros datos es cuando queremos acceder a determinadas páginas. Muchas de ellas te dan la opción de “acepto todo” o “deniego todo”, y, a veces, la persona no lee qué es lo que acepta o no acepta. Si uno va rápido y necesita una determinada información, decidimos que sí, puesto que no tenemos paciencia. Con eso juegan también.

Todo lo que se ofrece gratis en internet tiene un precio: el precio eres tú. En este contexto, la Directiva (UE) 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, que fue incorporada al artículo 59 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en España, contempla la posibilidad de obtener bienes y servicios digitales a cambio de datos personales.

El Supervisor Europeo de Protección de Datos cuestionó la inicial redacción de la norma y que pudiera existir “pago” de bienes y servicios a cambio de datos personales, modelo de negocio que nos viene del ámbito anglosajón. Desde el punto de vista teórico, esto ha planteado el tema de la calificación del dato personal como un bien patrimonial o extrapatrimonial, pues todos los derechos fundamentales están sujetos a un régimen

extracomercial para poder tener control sobre los mismos. Por ejemplo, si obtienes un bien o servicio a cambio de proporcionar tus datos personales, esto podría entenderse como una contraprestación similar al pago en un contrato de compraventa. Si, en este contexto, decides no proporcionar los datos o retirar tu consentimiento después de haberlo dado, una vez que ya has recibido el bien o servicio, se generaría una situación comparable al incumplimiento de una de las partes en un contrato de compraventa.

En ese caso, ¿sería posible ejercer mis derechos? Por ejemplo, en el contexto de un contrato de compraventa, si decido no proporcionar mis datos o, habiendo ya recibido el bien o servicio, si quiero revocar mi consentimiento, pero la otra parte alega incumplimiento, ¿podría defender mi derecho a revocar el consentimiento argumentando que se trata de un derecho fundamental?

En teoría, sí; y eso es lo que se ha planteado en un sector de la doctrina. Sin embargo, si se revoca el consentimiento una vez que se ha obtenido el bien o servicio, podría generarse un enriquecimiento injustificado por parte del consumidor, lo que obligaría a resarcir a la otra parte. De hecho, respecto al negocio de los datos, resulta que los datos que más se pagan en la *deep web* son los datos de salud. En el fondo, el asunto de los datos genera los debates clásicos. Si hay un desplazamiento patrimonial o un beneficio a favor de una de las partes, si se pierde la causa de atribución, hay que reequilibrar la relación. Esta es una de las tantas situaciones o ejemplos del problema que generan los datos.

En el Perú, los datos de salud son clasificados como datos sensibles, lo que implica una regulación más estricta. Un ejemplo de ello es la Directiva Administrativa 294-MINSA/2020/OGTI, emitida por el Ministerio de Salud, la cual regula específicamente el tratamiento de este tipo de datos. Además, existe la norma técnica de historia clínica, que también aborda el manejo de estos datos dentro del marco normativo vigente. Al día de hoy pareciera que, al menos en este sector, estamos realizando mayores esfuerzos para continuar protegiendo los datos, garantizando que, por un lado, las empresas lleven a cabo su labor de manera eficiente y, por otro, que los consumidores se sientan seguros y satisfechos con el tratamiento de su información.

Desde luego, los centros de salud son muy conscientes de la importancia de tutelar adecuadamente estos datos. El problema es que, en unos determinados casos, las brechas de seguridad existen. Por mucho que se pretenda o intente poner “puertas”, hay ocasiones en las que ello no resulta suficiente.

En España, ¿qué infracciones enfrentan las empresas que no tutelan adecuadamente los datos de sus usuarios?

En España, el Reglamento General de Protección de Datos, el cual se aplica en toda la Unión Europea, establece un régimen sancionador basado en la valoración del incumplimiento. El sistema actual —a diferencia de lo que hemos tenido hasta fechas recientes— exige

que el responsable de la protección de datos diseñe un plan que contemple todas las circunstancias posibles que podrían surgir, tanto las comunes como las excepcionales. Esto implica una obligación general de protección de los datos, con responsabilidades tanto en los medios como en los resultados. Dependiendo del grado de negligencia en el cumplimiento de estas obligaciones, las infracciones y sanciones se fijan dentro de un rango amplio y se adaptan a la gravedad del incumplimiento.

Finalmente, ¿qué puede aprender el Perú de la experiencia de España y la Unión Europea en la protección de datos personales en sectores sensibles como la salud, desde la perspectiva de los derechos del consumidor?

Creo que, en el Perú, ya se está reflexionando sobre este tema. Las autoridades peruanas, como el director general [de la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales], el profesor Eduardo Luna, y la profesora Zamudio, mantienen un contacto constante con las autoridades encargadas de la protección de datos tanto de Iberoamérica como de Europa, lo que les permite intercambiar experiencias.

Hay que ir, primero, consolidando progresivamente la cultura en materia de protección de datos. Hay que dotar de medios al sistema de protección de datos y, en función de las experiencias que se van teniendo, adoptar decisiones que permitan ir avanzando, en el ámbito de la salud, hacia el mejor tratamiento de los datos por parte de los centros sanitarios, con las medidas y guías que puedan servir de ayuda. En ese mismo ámbito, en algún determinado momento, yo supongo que el hermanamiento de todos los países que integran esta parte tan preciosa del mundo implicará un movimiento transfronterizo —que ya existe— con la necesidad de la creación de un espacio de comunicación de datos. Ahí, la experiencia que pueda tener Europa puede resultar interesante en esa puesta en común de los datos para finalidades que, en el ámbito de la salud, son fundamentales para los investigadores y las profesionales que se dedican a la medicina.

El tema de la medicina personalizada parte de la obtención de una información no sesgada que permita conseguir que en el *machine learning* se produzca un aprendizaje profundo, y que, por ejemplo, según las características de una determinada persona, identifique la dispensación de la medicación que le sea necesaria. Este enfoque se complementa con otros elementos, como los *waivers*, aplicaciones que ajustan la medicación o el tratamiento según las necesidades de cada momento. Además, se considera la singularidad de ciertas enfermedades. Hoy, por ejemplo, bajo el término de cáncer hay una multiplicidad de situaciones en las que apreciamos un crecimiento masivo de células, pero no sabemos muy bien a qué responden; o bien, tenemos a las enfermedades neurodegenerativas: detrás de lo que se denomina Parkinson hay múltiples realidades. Así, una medicina personalizada y un aprendizaje de cada una de estas características permite que el tratamiento —incluso la anticipación a la problemática que uno pueda tener, por sus características genéticas en el momento en que se desenvuelvan— adelante la solución y nos ayude, en teoría, a vivir mejor.

En el ámbito de la investigación parece fundamental la utilización de los datos de salud para seguir avanzando. De hecho, la normativa española, la “Ley orgánica de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, en una de sus disposiciones adicionales (la decimoséptima), contempla la posibilidad de que —siempre que estén anonimizados o con posibilidades de pseudoanonimización— los consentimientos respecto de ese tratamiento permitan también utilizar esos datos para la investigación. Este es un planteamiento que, como experiencia, puede resultarles interesante.

Actualmente, estoy trabajando en un proyecto sobre los organismos de gestión altruista de datos en el ámbito sanitario. Estos entes, como fundaciones o asociaciones, recibirían los datos a través de una donación voluntaria por parte de los titulares de los mismos, que pueden ser tanto personas físicas como administraciones. ¿Con qué objetivo? El propósito es facilitar estos datos para los fines que ya hemos mencionado: mejorar la gestión en la atención y la previsión por parte de la Administración.

El proyecto que comenta podría ser de gran ayuda, especialmente para sectores sensibles, como el ámbito del cáncer, el cual plantea desafíos legales y éticos importantes.

Uno de los puntos importantes a considerar es la colaboración del sector médico con el jurídico y que las previsiones legales en materia de protección de datos no se vean como limitaciones. En este ámbito, se plantea un reto semejante al que se suscitó en la contratación electrónica con los profesionales de la ingeniería. La legislación no es una restricción, sino una salvaguarda de los derechos. Por ello, hay que pensar en un marco legal adecuado para proteger tanto los datos de los pacientes como los avances en la medicina.

ARTÍCULOS

EL ASEGURAMIENTO DE LA SALUD DE PERSONAS CON SÍNDROME DE DOWN.

COMENTARIOS A LA CASACIÓN 7225-2022-LIMA

Los confusos límites entre la libertad de contratación y la protección al consumidor

AMÉRICO HIDALGO GÓMEZ*

Universidad de Lima, Perú

CÉSAR R. PÉREZ GIL**

Pontificia Universidad Católica del Perú

Recibido: 29 de septiembre del 2024 / Aceptado: 30 de septiembre del 2024

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2024.n59.7425>

RESUMEN. En el presente artículo los autores analizan críticamente la sentencia en la Casación 7225-2022-Lima, que sancionó a una aseguradora por negarse a contratar un seguro de salud para una persona con síndrome de Down. Asimismo, se examinan los errores conceptuales de la decisión judicial y sus posibles impactos en el mercado asegurador peruano. Según el análisis, la sentencia incrementa las obligaciones de las aseguradoras sin considerar que los costos adicionales serán transferidos a los consumidores, lo que afectó el acceso de estos a los seguros y las prestaciones de salud. También, se destaca que el caso se resolvió en un contexto normativo limitado, lo que generó desafíos para aplicar principios constitucionales, como la no discriminación en contraposición con la libertad de contratación. Finalmente, los autores proponen que la intervención estatal en políticas públicas debe ser clara y evitar trasladar sus responsabilidades a actores privados a fin de garantizar la proporcionalidad entre derechos individuales y empresariales.

PALABRAS CLAVE: contrato de seguro / consumidor / discriminación / trato diferenciado / derecho administrativo / proceso judicial / seguros de salud

* Magíster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Con estudios de maestría en Derecho Procesal en la Universidad del Rosario, Argentina. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Experto en seguros y reaseguros de riesgos laborales, árbitro de la nómina del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia Nacional de Salud (Ceconar Susalud).

HEALTH INSURANCE OF PEOPLE WITH DOWN SYNDROME. COMMENTS ON CASEMENT 7225-2022 LIMA

THE CONFUSING BOUNDARIES BETWEEN FREEDOM OF CONTRACT AND CONSUMER PROTECTION

ABSTRACT. This article critically analyzes cassation ruling 7225-2022-Lima, which sanctioned an insurance company for refusing to provide health insurance to a person with Down syndrome. The authors also examine the conceptual errors in the judicial decision and its potential impacts on the Peruvian insurance market. According to the analysis, the ruling increases the obligations of insurance companies without considering that the additional costs will be passed on to consumers, thereby affecting access to insurance and health services. Additionally, it is highlighted that the case was resolved within a limited regulatory framework, which posed challenges in applying constitutional principles, such as non-discrimination, in contrast to freedom of contract. Finally, the authors propose that state intervention in public policies must be clear and avoid shifting its responsibilities to private actors in order to ensure proportionality between individual and business rights.

KEYWORDS: insurance contract / consumer / discrimination / differential treatment / administrative law / judicial process / health insurance

Dentro del campo del seguro, se entiende por enfermedad el desequilibrio gradualmente perturbador de las condiciones normales de vida médicamente acreditado y cuyas consecuencias son económicamente nocivas y, por ello, susceptibles de cobertura. Difieren del accidente en que Este es repentino e imprevisto.

Carlos Rodríguez

No falta quienes afirman que, si la razón de la normatividad relativas a los contratos del consumidor fuese tutelar al sujeto débil, sería sospechosa de inconstitucionalidad por el tratamiento dispar respecto a los otros sujetos débiles que no son consumidores finales.

Franceschetti Paolo

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Artículo 1 de la Constitución Política del Perú

1. INTRODUCCIÓN

La primera vez que abordamos y analizamos el debate de este caso fue en la edición 168 de la revista *Diálogo con la Jurisprudencia*. En aquel momento, septiembre del 2012, la comunidad del derecho de seguros y reaseguros mantuvo un álgido debate respecto a la decisión adoptada por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi en su Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI¹, promulgada el 11 de julio del 2012. En dicho acto, se confirmaba en todos sus extremos la decisión adoptada por la Comisión de Protección al Consumidor 2, que sancionó a un asegurador peruano por haber incurrido en prácticas discriminatorias contra la persona al negarse a contratar y suscribir una póliza de seguro de salud debido a que el solicitante-contratante pretendía incluir en las coberturas contratadas a su menor hija nacida con síndrome de Down.

Ante la decisión adoptada por el Indecopi, el asegurador decidió cuestionar la decisión ante el Poder Judicial por la vía de proceso contencioso administrativo ordinario. Doce años después, la Corte Suprema de la República sentenció de manera definitiva este caso al emitir la Casación 7225-2022-Lima, el 1 de agosto del 2024, jurisprudencia que no solo otorgó la razón al Indecopi, sino que aportó una serie de criterios interpretativos en materia de aseguramiento de la salud de las personas y protección al consumidor que

1 Para mayor información se puede revisar dicha resolución en el siguiente enlace: <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2017/08/04213221/sandra-celiz-vs-rimac.pdf>

merecen nuestra atención y análisis detallado (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, 2024).

De igual modo, el tiempo transcurrido desde nuestro primer abordaje del caso amerita volver a hacerlo y replantear nuestro análisis inicial. Esto se realiza en función de los nuevos principios y criterios que regulan el aseguramiento universal de la salud, la contratación de seguros y el aseguramiento de enfermedades y dolencias preexistentes o enfermedades congénitas en el Perú.

En el presente artículo, pretendemos analizar los fundamentos conceptuales invocados por la Corte Suprema de la República para resolver de manera definitiva este caso, los alcances y efectos de la sentencia casatoria en nuestro ordenamiento jurídico y en el sistema de seguros en general, con especial énfasis en la contratación de planes privados de aseguramiento de la salud. Además, presentamos nuestras opiniones y conclusiones sobre la sentencia casatoria, exploramos las posibles afectaciones a los derechos del asegurador y, finalmente, proponemos algunas conclusiones.

Queremos agradecer a las revistas, tanto a la que nos publicó en el 2012 como a la que publica la presente edición, por brindarnos la oportunidad de contribuir al debate sobre este tema en beneficio de la comunidad de profesionales del derecho de seguros. Además, estamos agradecidos por permitirnos exponer nuestras opiniones y apreciaciones, y plantear nuestra interpretación y visión sobre este asunto.

2. RESUMEN DE ANTECEDENTES DEL CASO

El 27 de enero del 2011, un consumidor (en adelante, el denunciante) denunció a una reconocida aseguradora del mercado por presuntas infracciones a la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código), promulgada el 2 de septiembre del 2010. Sustentó sus argumentos en que, en el mes de octubre del 2010, solicitó la suscripción —entiéndase contratación— de un seguro de asistencia médica a favor de su hija recién nacida. Informó de máxima buena fe que la menor padecía de una condición genética congénita conocida como síndrome de Down.

El denunciante argumentó y demostró ante el Indecopi que, mediante diversos correos electrónicos, la aseguradora le comunicó que no suscribiría ni emitiría la cobertura y póliza de seguro solicitada para su hija, pues en ejercicio de su autonomía privada y libertad de contratar, tenía la plena capacidad de determinar libremente las políticas de suscripción y contratación de sus seguros. Asimismo, consideró que las personas con síndrome de Down mantienen altas probabilidades de padecer patologías colaterales o recurrentes, motivos por los cuales el riesgo no sería asegurable.

El 28 de abril del 2011, la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor 2 de Lima Sur admitió a trámite la denuncia por la presunta infracción de los

artículos 1, literal d) del numeral 1.1, y 38 del Código, en tanto la aseguradora denunciada habría realizado actos de discriminación por motivos de origen al haber impedido injustificadamente la suscripción y cobertura del seguro de asistencia médica a favor de la hija del denunciante por la condición genética ya mencionada. Asimismo, mediante la Resolución 3329-2011/CPC, promulgada el 13 de diciembre del 2011, la Comisión de Protección al Consumidor de la sede Lima Sur 2 declaró fundada la denuncia contra la aseguradora por infracción a los artículos 1, literal d) del numeral 1.1, y 38 del Código, ya que llegó a la conclusión de que la aseguradora incurrió en un acto de discriminación al haber impedido injustificadamente el aseguramiento de la hija del denunciante. Ordenó que, en calidad de medida correctiva, en un plazo no mayor de cinco días hábiles, la aseguradora cumpliera con atender la solicitud de afiliación de la hija del denunciante. Además, sancionó a la aseguradora con una multa de 50 UIT.

La aseguradora apeló la decisión de la comisión tras argumentar que no contaba con un producto como el solicitado, es decir, un seguro de asistencia médica para personas con síndrome de Down, pues tienen un mayor riesgo de contraer enfermedades. Asimismo, la aseguradora argumentó en su recurso de apelación que su actuar calificaba como un trato diferenciado lícito, pues obedece a razones objetivas y justificadas, y que no contravenía la ley y no podía ser objeto de sanción.

El 11 de julio del 2012, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual confirmó la Resolución 3329-2011/CPC que emitió la Comisión de Protección al Consumidor de la sede Lima Sur 2. Declaró fundada la denuncia en contra de la aseguradora por infracción de los artículos 1, literal d) del numeral 1.1, y 38 del Código, debido a que la denunciada incurrió en un acto de discriminación al haber impedido injustificadamente la suscripción de la hija del denunciante al seguro de asistencia médica Red Salud. Asimismo, en calidad de medida correctiva, confirmó que, en un plazo no mayor de cinco días hábiles, la aseguradora debía cumplir con atender la solicitud de afiliación de la hija del denunciante. Además, redujo la multa impuesta a 45 UIT. Frente a ello, el asegurador demandó la nulidad del acto administrativo en la vía de proceso ordinario, por lo que el caso se resolvió con la Casación 7225-2022-Lima, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 1 de agosto del 2024.

3. ANÁLISIS

Cuando Indecopi recibió la denuncia del consumidor y tuvo que analizar y resolver el presente caso, todavía no se había promulgado la Ley del Contrato de Seguro, la Ley de Seguramiento Universal de la Salud, ni La Ley de Preexistencias Médicas² ni sus

2 Se puede consultar dicha ley en el siguiente enlace: <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29561.pdf>

modificatorias. El supervisor especializado en salud y asistencia médica de aquel entonces no contaba con las competencias y funciones que ostenta actualmente, por lo que dejó la regulación de los planes privados de salud al regulador del mercado de seguros. Asimismo, el consumidor solo podía ampararse y reclamar con base en los derechos otorgados por el Código, compendio legislativo que a dicha fecha poseía menos de dos años de vigencia.

El cambio en nuestra legislación en materia de protección al consumidor, seguros, asistencia médica, preexistencias y funciones y competencias de los distintos organismos reguladores, supervisores y garantes de los derechos de las personas en la década del 2010 al 2020 fue mayúsculo y aportó cambios a varios paradigmas del mercado de seguros y de la prestación de servicios de asistencia médica y salud de las personas. En este contexto, la decisión adoptada por el Indecopi para resolver la presente denuncia inicialmente fue catalogada como errada y ampliamente criticada por los profesionales del derecho de seguros, incluyéndonos. El transcurrir del tiempo y de las diversas modificaciones normativas introducidas al sistema de planes de asistencia médica y seguros de salud, así como adoptar una línea de pensamiento más crítica e imparcial, nos obliga a replantear, casi en su totalidad, nuestro análisis inicial.

En el 2012, dicho análisis se enfocó en las posibles vulneraciones al derecho a la libertad de contratar, al libre mercado y a los derechos procesales y procedimentales del asegurador, quien actuaba y se comportaba en el mercado como un agente netamente privado amparado en el principio constitucional de que si no está prohibido, está permitido. En aquel momento, omitimos empatizar con la persona humana, analizar el marco constitucional y los derechos fundamentales en conflicto, interpretar ponderando derechos y plantear un análisis libre de sesgo. Por ello, pretendemos corregir dicha omisión en esta oportunidad.

Con esta finalidad, antes de analizar a detalle el fallo emitido por la Corte Suprema en la Casación 7225-2022-Lima, planteamos una revisión breve del marco jurídico vigente aportado por las reformas al sector realizadas a partir del 2012 con la promulgación de la Ley del Contrato de Seguros y las múltiples normas de reforma al aseguramiento universal de la salud y respecto al reconocimiento y tratamiento de enfermedades y dolencias preexistentes.

3.1. Legislación vigente sobre el aseguramiento privado de la salud en el Perú

Actualmente, se encuentra vigente la “Ley marco de aseguramiento universal en salud”, aprobada mediante Ley 29344 del 9 de abril del 2009, compendio normativo que también sufrió extensas modificaciones desde su vigencia, cuyo Texto Único Ordenado se promulgó mediante el Decreto Supremo 020-2014-SA del 12 de julio del 2014. Esta norma contiene los principios y fundamentos sobre los cuales todos los participantes

del sistema de aseguramiento de la salud, atención y asistencia médica regulan su accionar.

Los principios más resaltantes del artículo 4 del TUO de la Ley 29344 son los siguientes: universalidad, en virtud a que se declara que el acceso a un plan de aseguramiento de la salud es una garantía para toda persona residente en el Perú; integralidad, en virtud a que la persona tiene derecho a acceder a todas las prestaciones de salud necesarias para solucionar determinados problemas de salud; y equidad, en virtud a que se prioriza la atención de dolencias de poblaciones vulnerables y se establecen mecanismos de subsidios, prohibiendo todo mecanismo de selección adversa.

En el numeral 4 del artículo 5 de esta ley, se precisa que el “aseguramiento universal de la salud” es un sistema “regulado”, por lo que todo actor que participe en él, sea administrando o financiando fondos de atenciones médicas, queda adscrito a sus regulaciones, a las que emita el supervisor y regulador del sistema (Susalud) y a las modificaciones a la normativa que posteriormente se emitan. Esto, en aplicación del principio de irreversibilidad que rige al sistema y en virtud de que no es posible retroceder o revertir los efectos de derechos previamente adquiridos por los usuarios del sistema de aseguramiento universal de la salud.

Asimismo, podemos observar que la normativa vigente favorece el libre ejercicio del derecho fundamental de toda persona de acceder a un sistema de aseguramiento de su salud, ya sea público, privado o mixto. Por ello, debemos interpretar que, actualmente, el criterio de suscripción, incorporación o contratación de un seguro de salud es irrestricto, por lo que corresponde incorporar automáticamente a la cobertura contratada por los padres al hijo nacido durante la vigencia de la relación contractual del seguro, sin distinción alguna por motivo de origen, raza, sexo o condición económica.

En consecuencia, el padecimiento de una condición cromosómica congénita, como el síndrome de Down, actualmente no representa una causa justificada ni un trato diferenciado de selección entre consumidores. Eso es así, sobre todo, si tenemos presente la interpretación de nuestro Tribunal Constitucional, a través del expediente 00419-2022-PA/TC del 2022, respecto al principio de dignidad humana y trato igualitario, el cual refiere que corresponde tratar de manera equitativa a quienes presenten similares condiciones y de manera diferente a quienes ostenten, objetiva y justificadamente, una situación diferente (Tribunal Constitucional, 2023, fundamento 36³).

3 El referido expediente 00419-2022-PA/TC afirma lo siguiente: “Efectivamente, es uniforme, pacífico y reiterado el criterio de este Tribunal Constitucional en virtud del cual, ‘no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribire todo tipo de diferencia de trato

Lo expuesto hasta este punto permite arribar a la conclusión preliminar que, de haber ocurrido el caso bajo análisis durante la vigencia de las normas del sistema de aseguramiento universal de la salud, la sanción impuesta al asegurador hubiera sido mayor. Esto, debido a que omitió actuar pruebas, en el procedimiento de denuncia, que demostraran de manera objetiva que no era posible suscribir o contratar el riesgo.

3.2. El seguro de salud en la Ley del Contrato de Seguros

Nuestra vigente Ley del Contrato de Seguros posee tres artículos que regulan la contratación de seguros de salud, los cuales procederemos a analizar detalladamente en párrafos posteriores. Previamente, advertimos al lector que debemos tener presente que no podemos confundir un plan privado de aseguramiento de la salud —seguro de salud— con un plan de asistencia médica por crédito de aportaciones a la seguridad social en salud —planes EPS—, ya que, si bien ambos solventan atenciones médicas, la forma de financiamiento de estas son bastante diferentes; sin embargo, ambos tipos de aseguramiento se encuentran adscritos al sistema de aseguramiento universal de la salud y poseen supervisión y regulación por parte de Susalud.

El primero de los artículos que analizaremos de la Ley del Contrato de Seguros es el siguiente:

Artículo 117.- Seguro de salud

Por el seguro de salud el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a reparar las consecuencias económicas producidas por la enfermedad del asegurado. La prestación del asegurador podrá consistir en el reembolso al asegurado de los gastos derivados de la asistencia médica, una indemnización a suma alzada en caso de invalidez temporal o permanente u otras contingencias acordadas en la póliza. La prestación podrá consistir también en garantizar al asegurado los servicios de asistencia médica, debiendo el asegurador poner a disposición del asegurado dichos servicios y asumir directamente su costo. (Ley 29946 del 27 de noviembre del 2012)

Para tal efecto, los planes de seguro de salud y el tratamiento de preexistencias se rigen por la Ley 29344, “Ley marco de aseguramiento universal en salud”, su reglamento y normas complementarias. Lo mencionado se expresa en el artículo 118 de la Ley 29946, el cual considera que “las enfermedades preexistentes están cubiertas dentro

en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. ... La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables’ (Sentencias 00048-2004-PI/TC, fundamento 61; 00012-2010-PI/TC, fundamento 5)” (Tribunal Constitucional, 2023, fundamento 36).

del sistema de seguros y de EPS, como mínimo, hasta los límites del contrato original o anterior". Se entiende por preexistencia a cualquier condición de alteración del estado de salud diagnosticada por un profesional médico colegiado, conocida por el titular o dependiente y no resuelta en el momento previo a la presentación de la declaración jurada de salud.

En la misma línea, el artículo 119 de la ley antes citada dispone lo siguiente respecto a los exámenes genéticos: "El asegurador está prohibido de exigir exámenes genéticos previos a la celebración de contratos de seguro y no puede condicionar la aceptación, vigencia o renovación de coberturas de seguro a la realización de dichos exámenes" (Ley 29946).

Las definiciones propuestas por los artículos citados de la Ley del Contrato de Seguro nos permiten afirmar que, al contratar un plan privado de salud, el objeto o prestación principal de dicho contrato consiste en la restitución económica de las consecuencias producidas por el padecimiento de una dolencia o condición en la persona asegurada. Esta definición permite concluir que no es el asegurador quien presta directamente el servicio de asistencia médica, sino que puede ejecutar su prestación valiéndose de la ayuda de terceros, en este caso particular, hospitales, clínicas, centros de salud y médicos en general.

También se consideran cubiertas las preexistencias, tanto en planes de seguro como en planes EPS, es decir, a cualquier condición que altere el estado de salud del asegurado que haya sido diagnosticada por un profesional médico y que no haya sido resuelta antes de la presentación de la declaración jurada de salud. Las enfermedades crónicas, progresivas, degenerativas, incurables o que requieren tratamiento continuado son, por naturaleza, condiciones preexistentes que todo asegurador debe asumir desde la entrada en vigencia de la Ley del Contrato de Seguro y de la "Ley marco de aseguramiento universal en salud".

Previamente, publicamos nuestra interpretación y análisis sobre la actual regulación de preexistencias y el alcance de la cobertura en los distintos planes de aseguramiento de la salud. Ahora, deseamos comentar con mayor detalle la particular disposición del artículo 119 de la Ley del Contrato de Seguros, ya que prohíbe al asegurador exigir exámenes genéticos como condición previa a la celebración y suscripción del riesgo.

Dicha disposición posee amplio fundamento lógico y jurídico. Permitir que se realicen exámenes genéticos al solicitante del seguro como condición previa a la suscripción del riesgo implica implementar un sistema de selección de personas, lo que asegura únicamente a aquellas que no presenten riesgo genético, lo que constituye una práctica discriminatoria prohibida. Además, se eliminaría el riesgo del contrato de seguro, lo que implicaría la nulidad absoluta del pacto contractual debido a que el riesgo es la característica principal y naturaleza del contrato de seguro.

A manera de reflexión, de haber ocurrido el caso bajo análisis después de la entrada en vigor de las disposiciones de la Ley del Contrato de Seguro, el Indecopi hubiera tenido a su disposición mejores definiciones jurídicas que le permitieran resolver la denuncia. También hubiera existido evidencia más relevante y contundente respecto a la práctica discriminatoria en que habría incurrido el asegurador. Sin embargo, la dificultad y riqueza del caso bajo análisis, justamente, radica en que todas estas reformas que llenaron vacíos normativos e integraron el sistema de seguros con el de aseguramiento universal de la salud son posteriores al acto administrativo que puso fin a la instancia del Indecopi.

Entonces, podemos apreciar que el Indecopi tuvo que resolver el caso amparándose únicamente en las disposiciones del Código y los principios constitucionales que protegen derechos fundamentales de las personas. De igual modo, el asegurador afrontó un procedimiento de denuncia por infracciones a las normas de protección al consumidor bastante serio y delicado a pocos meses de la entrada en vigor del Código, pues carecía de un marco regulatorio en materia de contratación de seguros y se limitó a defender su postura con base en su interpretación de las costumbres del mercado asegurador, reguladas en el vetusto y ahora derogado Código de Comercio.

Complicando más las cosas, la ausencia de personal debidamente capacitado en la nueva normativa de protección al consumidor establecida por el Código generó un escenario de “tormenta perfecta” en el que el asegurador no pudo plantear una óptima estrategia de defensa ante el Indecopi, pues este no contaba con personal capacitado para resolver controversias de esta complejidad. Asimismo, el sistema jurídico se encontraba plagado de vacíos normativos que permitían resolver la solicitud del denunciante fuera del procedimiento administrativo.

3.3. El principio de no discriminación por motivos de origen y su tratamiento en el Código de Protección y Defensa del Consumidor

El Código de Protección y Defensa del Consumidor prohíbe expresamente toda práctica de discriminación en contra de los consumidores y usuarios. Contiene dos artículos que abordan por separado y de manera uniforme este límite. El primero de ellos lo hace desde la óptica de la protección general o de la garantía al libre ejercicio de los derechos del consumidor. La segunda adopta la óptica de la prohibición general de un tipo de conducta del proveedor frente al consumidor.

La primera aproximación a la prohibición de prácticas discriminatorias la encontramos en el literal d) del numeral 1.1 del artículo 1 del Código establecido por la Ley 29571. Esta norma legal dispone que,

en los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen derecho ... a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial y a no

ser discriminados por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

La segunda aproximación a la prohibición de prácticas discriminatorias la encontramos en los numerales 38.1 y 38.3 del artículo 38 del mismo código (Ley 29571, 2010):

38.1. Los proveedores no pueden establecer discriminación alguna por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, respecto de los consumidores, se encuentren estos dentro o expuestos a una relación de consumo.

...

38.3. El trato diferente de los consumidores debe obedecer a causas objetivas y razonables. La atención preferente en un establecimiento debe responder a situaciones de hecho distintas que justifiquen un trato diferente y existir una proporcionalidad entre el fin perseguido y el trato diferente que se otorga.

En materia de contratación de seguros, por tratarse de un contrato por adhesión en el que puede presumirse una relación vertical y de asimetría informativa entre proveedor y consumidor, esta implica que todo análisis de una posible práctica discriminatoria debe efectuarse con mucho cuidado, detalle y conocimiento técnico de las materias que involucran el conflicto, ya que colisionan derechos constitucionalmente protegidos de ambas partes. En efecto, tanto el derecho a la dignidad humana como los de la libertad de empresa y de la libertad de contratar, entraron en conflicto durante el presente caso, que tuvo que resolverse aplicando técnicas interpretativas de ponderación, razonabilidad y hermenéutica, ante la ausencia de un marco normativo específico que determine un método de tutela en particular.

A la fecha, la solución al conflicto entre el denunciante y su asegurador es de conocimiento público. Cuando el caso fue resuelto por el Tribunal del Indecopi, fuimos bastante críticos a la decisión adoptada por dicho órgano, principalmente debido a las múltiples infracciones al derecho al debido procedimiento del asegurador. Adicionalmente, consideramos que la multa y sanción impuesta resultaba cuantiosa y exagerada, desde la óptica que nos proporcionaba la palestra de los intereses del asegurador y su comportamiento como una entidad netamente privada.

En ese sentido, las reformas al sistema de seguros y de aseguramiento universal de la salud aportaron como criterio interpretativo que los planes privados de aseguramiento de salud, los planes asistenciales y las prestaciones de asistencia médica constituyen servicios extensamente regulados y supervisados. Además, se encuentran obligados a respetar y cumplir su marco normativo, sobre todo, el marco constitucional vigente.

Previamente, concluimos que, de haberse resuelto el presente caso durante la vigencia de nuestro ordenamiento actual, la sanción impuesta al asegurador hubiera sido mayor. Y nos reafirmamos en ello no solo porque nuestra normativa vigente posee disposiciones expresas respecto a la obligación de admitir la afiliación a un plan de aseguramiento de la salud de personas que poseen condiciones preexistentes, sino porque, en aplicación del principio de primacía de la constitución, toda práctica discriminatoria contra la persona o que afecte la dignidad humana es severamente sancionada por nuestra legislación actual, incluyendo responsabilidad penal, administrativa y civil.

Entonces, resulta plausible que, al momento de adoptar la decisión final sobre el presente caso, el Tribunal del Indecopi afrontó gran incertidumbre al ponderar la tutela de los derechos constitucionalmente protegidos en conflicto, al inclinarse, con justa razón, hacia la tutela del derecho fundamental a la salud y a no ser discriminado por motivos de origen, frente al derecho al debido procedimiento del asegurador denunciado. Asimismo, respecto a la graduación de la sanción y la cuantía de la multa impuesta por Indecopi al asegurador, solo comentaremos que esta equivale a la cuarta parte de la multa o sanción que impondrá, actualmente, cualquiera de los reguladores y supervisores del mercado de seguros o del sistema de aseguramiento universal de la salud. En un mercado supervisado y regulado, las prácticas de discriminación hacia las personas y usuarios, o que afecten derechos de poblaciones vulnerables, son severamente sancionadas por las entidades supervisoras.

3.4. La Casación 7225-2022-Lima y sus efectos en el mercado asegurador de la salud peruano

Tal como hemos comentado, la aseguradora, una vez que fue sancionada por discriminación a nivel del Tribunal del Indecopi, interpuso una demanda contencioso administrativa ante el Poder Judicial, con la que cuestionó la legalidad de lo resuelto a nivel administrativo. En este sentido, explicaremos lo sucedido en sede judicial y lo resuelto por la Corte Suprema sobre la presente controversia.

3.4.1. De lo actuado en sede judicial

Mediante escrito de demanda, del 9 de octubre del 2012, la aseguradora solicitó al Poder Judicial, vía acción contencioso administrativa, las siguientes pretensiones. En primer lugar, solicitó que se declare la nulidad total de la Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI, emitida por la Sala de Defensa de la Competencia 2 del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, la cual confirma la Resolución 3329-2011/CPC-INDECOPI emitida por la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi. Como segunda pretensión, solicitó que, como consecuencia de la nulidad de la Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI, se reconozca y se declare que existen votos conformes entre los

vocales Oscar Darío Arrús Olivera, Francisco Pedro Ernesto Mujica Serelle y Hernando Montoya Alberti, de la Sala de Defensa de la Competencia 2 del referido tribunal, en el sentido de revocar la resolución de primera instancia que declaró fundada la denuncia por infracción de los artículos 1, literal d) del numeral 1.1, y 38 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, por haber incurrido en actos de discriminación. Reformándola, dispusieron declarar infundada la denuncia por actos de discriminación.

En relación con ello, la aseguradora adjuntó como medios de prueba diversos estudios, informes técnicos y análisis que acreditaban como causas objetivas y justificadas para no otorgar el seguro de salud solicitado por el señor Miguel Ángel Céliz Ocampo para su hija con síndrome de Down. Entonces, en sentencia de primera instancia, del 23 de agosto del 2009, el Vigésimo Sexto Juzgado Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró infundada la demanda interpuesta por la aseguradora.

Por su parte, el juzgado sustentó en su sentencia que, de la revisión del expediente administrativo, no se generó convicción a través de los estudios, informes técnicos y análisis, lo que permitió concluir que, en forma anterior a la comisión del trato desigual, la aseguradora contaba con tales elementos de prueba capaces de excluir la posibilidad de la existencia del trato desigual debido a especulaciones o prejuicios en su origen (Corte Suprema de Justicia de la República, 2024). Asimismo, el juzgado argumentó que

la sola probabilidad de que una persona nacida con síndrome de Down pueda tener un mayor riesgo de desarrollar determinadas enfermedades no constituye, *per se*, una causa suficiente de rechazo si es que antes de la denegatoria no hubo una evaluación en virtud a factores de riesgo específicos. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2024, p. 36)

Finalmente, el juzgado se pronunció sobre la determinación de la infracción imputada, es decir, si la conducta atribuida a la aseguradora a nivel administrativo constituía un supuesto de discriminación o si se configuraba en el tipo base de selección injustificada de clientela. Sobre ello, debemos precisar que la discriminación se manifiesta mediante una valoración negativa de características inherentes (naturales o adquiridas) de un determinado colectivo humano plasmada en una relación de consumo. En el presente caso, la negativa de brindar cobertura a las personas nacidas con síndrome de Down no se sustenta en criterios objetivos tomados sobre la base de la condición de este grupo de personas, sino en el riesgo del universo de madres aseguradas de concebir un hijo con una condición congénita de esta naturaleza, por lo que no se puede equiparar la conducta imputada a la selección injustificada de clientela. Por estos argumentos, la demanda debería ser declarada infundada.

Ante el recurso de apelación interpuesto por la aseguradora contra la sentencia de primera instancia, del 12 de septiembre del 2009, la Quinta Sala Especializada en

lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la sentencia de primera instancia que declaró infundada la demanda. Ante ello, el Colegiado Superior consideró que la aseguradora no acreditó una causa objetiva y justificó la denegación totalmente del seguro de salud solicitado por el denunciante para su hija con síndrome de Down. Esta causa objetiva y justificada, que debió acreditar la aseguradora, debió ser anterior al trato desigual, tal como lo ha indicado el juez de primera instancia.

Mediante la resolución del 28 de noviembre del 2022, la Corte Suprema declaró procedente el recurso de casación interpuesto por la aseguradora, en mérito de las siguientes causales:

1. *Infracción normativa del artículo VII del “Título preliminar” del Código Procesal Civil.* Se alega que la Sala Superior infringió la norma invocada, toda vez que ha omitido pronunciarse respecto de todos los errores y vicios denunciados en el recurso de apelación interpuesto por la parte de la aseguradora.
2. *Infracción normativa del artículo 197 del Código Procesal Civil.* Se argumenta que, en el caso de autos, se ha demostrado con medios probatorios contundentes que la aseguradora no discriminó de ninguna forma a la señorita Céliz. Conforme a lo estipulado en el artículo 39 del Código de Protección al Consumidor, se ha acreditado la existencia de una causa objetiva y justificada del trato diferenciado que pueda dar a alguno de los consumidores. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2024)
3. *Infracción normativa del artículo 15 de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi, aprobado por el Decreto Legislativo 1033.* Se alega que el 22 de diciembre del 2011 se interpuso el recurso de apelación, el cual fue resuelto por la Sala de Defensa de la Competencia 2 del Indecopi, mediante Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI, que es materia de impugnación mediante el presente proceso, por el cual se confirmó la Resolución 3329-2011/CPC. Conforme se aprecia en la referida resolución administrativa, esta fue aprobada con los votos favorables de los vocales Miguel Antonio Quirós García y Camilo Nicanor Carillo. Este último, al ser el presidente de la Sala, hizo un uso indebido del voto dirimente al considerar ilegalmente que existió empate respecto a la votación de la referida resolución. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2024)
4. *Infracción normativa del artículo 38 del Código de Protección al Consumidor.* Se alega que el trato desigual o diferenciado que el proveedor tiene frente a algún consumidor o grupo de consumidores sí se encuentra permitido, siempre y cuando se fundamente en causas objetivas y justificadas, tal como está demostrado en el presente caso. La Corte Suprema precisó que la cuestión que se

pretende afrontar en sede casatoria consiste en determinar si, dentro del procedimiento administrativo, se acreditó o no la existencia de razones objetivas y justificadas para que la empresa demandante se haya negado a afiliarse a Sandra Paloma Céliz Rossi al seguro general de salud Red Salud, y si, por ello, se habría infringido el artículo 38 del Código de Protección al Consumidor. Asimismo, corresponde determinar si el presidente de la Sala del Indecopi hizo uso indebido del voto dirimente al considerar que existió empate en la votación de la resolución administrativa impugnada y si se habría infringido el artículo 15 de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi, aprobado por el Decreto Legislativo 1033. (Corte Suprema de Justicia de la República, 2024)

Ahora bien, al analizar y resolver la Corte Suprema, sobre las causales admitidas y denunciadas por la aseguradora, concluye que la sentencia de la Sala Superior explica y justifica las premisas factuales y jurídicas elegidas por el Colegiado Superior, por lo que cumple con la exigencia de logicidad en la justificación interna de la resolución examinada. Asimismo, se verifica la realización de una valoración probatoria según los medios de prueba actuados en el proceso, lo que desestima las causales procesales del recurso casación que, según se alegaba, fue omitida de pronunciamiento por la instancia superior.

Asimismo, con respecto a la Resolución 3329-2011/CPC, materia de cuestionamiento en el presente proceso, el presidente de la Sala de la entidad administrativa demandada usó indebidamente el voto dirimente toda vez que no existió empate en la votación de la resolución, pues existían los votos conformes suficientes que declararon en mayoría infundada la denuncia por la comisión de actos de discriminación, por lo que se habría infringido la disposición normativa denunciada. La Corte Suprema concordó con lo expuesto en la Sala Superior, la cual detallaba que existían tres sentidos en la votación realizada por los vocales del Tribunal del Indecopi en la Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI, y que, habiéndose suscitado un empate en la votación, era el presidente del Tribunal de la Competencia y de la Propiedad Intelectual quien tenía el voto dirimente en el presente caso.

Por otro lado, con respecto a la causal de fondo, la Corte Suprema consideró que la aseguradora no acreditó una causa objetiva y justificada para denegar totalmente el seguro de salud solicitado por el denunciante para su hija con síndrome de Down. Ello se consideró en razón de que no todas las personas que padecen de síndrome de Down pueden presentar las mismas patologías colaterales, sino que depende de cada caso evaluar los riesgos en que estas patologías se produzcan. En otras palabras, si bien las personas con dicho síndrome pueden adolecer con mayor incidencia de ciertas patologías, ello no es una regla para todos los casos. En este sentido, una persona con síndrome de Down puede ser evaluada al igual que cualquier adulto que solicita el aseguramiento para determinar riesgos preexistentes. Esta situación podría justificar exclusiones por enfermedades congénitas o reajustes de las primas, pero no la denegatoria total.

Finalmente, con respecto a la razonabilidad de la medida de exclusión total de las personas con síndrome de Down, que soliciten su inscripción al seguro de salud Red Salud, la Corte Suprema concordó con lo resuelto por la Sala Superior, en el sentido de que existen otras opciones menos extremas que, sin llegar a la exclusión total, pueden satisfacer la prestación, como es el caso de exclusiones específicas o parciales, y ajustes a las primas del seguro de salud. Esto es así toda vez que la autonomía de la voluntad no resulta ser ilimitada, sino que debe de respetar diversos derechos constitucionales, entre ellos, el derecho del consumidor, el cual no puede ser excluido por tener alguna discapacidad. Por el contrario, el Estado peruano prohíbe la discriminación contra personas con discapacidad en la prestación de seguros de vida y garantiza que estos se presten de manera justa y razonable (Corte Suprema de Justicia de la República, 2024).

4. CONCLUSIONES

En forma previa a la exposición de nuestras conclusiones, queremos advertir que estas se enfocarán en el caso bajo estudio y en el ordenamiento vigente a la fecha en que fue resuelto por el Tribunal del Indecopi. Luego de la exposición de nuestro análisis, concluimos lo siguiente:

- De haber ocurrido la presente controversia después de la entrada en vigor de las disposiciones de la Ley del Contrato de Seguro y de la “Ley marco de aseguramiento universal en Salud”, el Indecopi hubiera tenido a su disposición mejores definiciones jurídicas que le permitieran resolver la denuncia. También hubiera existido evidencia más relevante y contundente respecto a la supuesta práctica discriminatoria en que habría incurrido el asegurador.
- Lamentablemente, este marco jurídico no había sido implementado y el caso tuvo que resolverse aplicando integraciones e interpretaciones del ordenamiento jurídico vigente en aquella fecha, lo que permitió cuestionar la tipicidad y legalidad de la infracción y sanción impuesta.
- El Tribunal del Indecopi, al momento de resolver la presente controversia (hace doce años), evidenció desconocer los alcances y regulaciones particulares del sistema de seguros, pues confundía los conceptos de suscripción, valoración del riesgo, siniestro y vigencia de cobertura. Asimismo, no tuvo en cuenta los conceptos, límites ni estructuras que regían el aseguramiento de la salud en el Perú, y confundían obligaciones del sistema de seguridad social con las del aseguramiento privado de la salud.
- No coincidimos con la postura de lo resuelto a nivel judicial, ya que, si bien es un derecho fundamental de las personas con discapacidad el acceder a servicios de salud de calidad, consideramos que la tutela e implementación de

garantías de ese derecho corresponde, en primer término, al Estado peruano en el marco de la seguridad social, protección de poblaciones vulnerables e integración de la persona con discapacidad, todas a cargo de un sector ministerial específico. Los privados que deseen implementar negocios o participar con fines de lucro en la implementación de estas políticas públicas deben otorgar su consentimiento y sometimiento a las reglas y normas que lo rigen. No puede obligarse a una entidad privada asumir y cumplir obligaciones y compromisos del Estado sustentándose únicamente en el criterio discrecional de un organismo estatal.

- No coincidimos con la postura de lo resuelto a nivel judicial, toda vez que consideramos que existió una vulneración flagrante del derecho a la defensa del asegurador en tanto fue sancionado por una imputación no admitida a trámite en la denuncia y porque fue sancionado sobre la base de interpretaciones e integraciones del sistema de protección al consumidor. Estos hechos implican vulneraciones a los principios de legalidad y tipicidad del derecho administrativo sancionador.
- Por último, podemos concluir que, si bien la autonomía de la voluntad no resulta ser ilimitada, sino que debe respetar diversos derechos constitucionales, entre ellos, los derechos fundamentales y los derechos del consumidor, no debemos confundir las obligaciones que emanan del sistema de seguridad social con las del aseguramiento privado de la salud. Mucho menos, debemos compeler, con base en dicha confusión, a un privado a asumir obligaciones fundamentadas en el criterio discrecional, y hasta arbitrario, de un organismo estatal.

REFERENCIAS

- Corte Suprema de Justicia de la Republica del Perú. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente. Casación 7225-2022-LIMA (J. S. P. Cartolin Pastor; 1 de agosto del 2024). <https://epdoc2.elperuano.pe/EpPo/Descarga.asp?Referencias=Q0EyMDI0MDgwMQ==>
- Decreto Supremo 020-2014-SA. Por medio del cual se aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley 29344. 12 de julio del 2014. Diario oficial El Peruano. <https://www.gob.pe/institucion/minsa/normas-legales/197192-020-2014-sa Ley 29344 del 2009>. Por la cual se establece el marco normativo del aseguramiento universal en salud. 9 de abril del 2009. Diario oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H984689>
- Ley 29571 del 2010. Por la cual se establece el Código de Protección y Defensa del consumidor. 2 de septiembre del 2010. Diario oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682697>

Ley 29946 del 2012. por la cual se establece la Ley de Contrato de Seguro. 27 de noviembre del 2012. Diario oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1068058>

Resolución 2135-2012/SC2-INDECOPI [Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual]. Por la cual se confirma la Resolución 3329-2011-CPC. 11 de julio del 2012.

Resolución Final 3329-2011/CPC [Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual]. Por la cual se protege los derechos de los consumidores frente a actos discriminatorios en el mercado de seguros.13 de diciembre de 2011

Tribunal Constitucional. (2023). Expediente 00419-2022-PA/TC (Pleno. Sentencia 303/2023). 6 de junio del 2023. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/00419-2022-AA.pdf>

CONFLICTOS EN *MARKETPLACES*: RESPONSABILIDAD DE PLATAFORMAS DIGITALES EN RELACIONES DE CONSUMO MODERNAS

ALONSO MORALES ACOSTA*
Pontificia Universidad Católica del Perú

Recibido: 29 de octubre del 2024 / Aceptado: 27 de noviembre del 2024

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2024.n59.7650>

RESUMEN. En este artículo se analizan los problemas en las relaciones de consumo en *marketplaces* o plataformas digitales de dos lados y se presta particular atención al régimen de responsabilidad aplicable a los titulares de las plataformas frente a los consumidores. Primero, se define el concepto de plataforma digital de dos lados, sus características y las externalidades generadas en este tipo de mercados. Además, se examinan las relaciones de consumo entre el consumidor, el establecimiento alojado en la plataforma y el titular de la misma. Luego, se abordan los problemas más comunes para los consumidores, como defectos de productos, fraudes e incumplimientos de servicio. Finalmente, se brindan lineamientos para determinar la responsabilidad del titular de la plataforma y se incluyen casos en los que cabría la responsabilidad solidaria con el establecimiento. Se concluye que la validez de la limitación de responsabilidad depende de las expectativas del consumidor y el grado de involucramiento de la plataforma en el contrato de consumo.

PALABRAS CLAVE: *marketplaces* / titular o intermediario de la plataforma / establecimiento alojado / relaciones de consumo / problemas de los consumidores / fallas de mercado / responsabilidad solidaria

* Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con estudios de doctorado en Derecho y de posgrado en Derecho Administrativo y Regulación Económica, en la Universidad de Salamanca, España. Además, cuenta con estudios de derecho empresarial en la Universidad de Sevilla, España. Es socio principal de Torres y Torres Lara Abogados y árbitro con especialización en arbitraje comercial internacional y arbitraje de inversiones por el Center on International Commercial Arbitration de la American University, Estados Unidos. Está inscrito en la nómina de diversos centros de arbitraje. Es profesor titular en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Perú.

CONFLICTS IN MARKETPLACES: LIABILITY OF DIGITAL PLATFORMS IN MODERN CONSUMER RELATIONSHIPS

ABSTRACT. This paper analyzes issues in consumer relationships within marketplaces or two-sided digital platforms, focusing on the liability regime applicable to platform owners in relation to consumers. First, the concept of a two-sided digital platform, its characteristics, and the externalities generated in this type of market are defined. The consumer relationships between the consumer, the establishment hosted on the platform, and the platform owner are examined. Then, the most common problems for consumers, such as product defects, fraud, and service non-compliance, are addressed. Finally, guidelines are provided to determine the liability of the platform owner, including cases in which joint and several liability with the establishment would be appropriate, and it is concluded that the validity of the limitation of liability depends on the consumer's expectations and the degree of the platform's involvement in the consumer contract.

KEYWORDS: marketplaces / platform owner or intermediary / hosted establishment / consumer relations / consumer problems / market failures / joint and several liability

1. INTRODUCCIÓN

Amadeo intentaba a cualquier costo que la compra se efectuara. Le encantaba “cazar” libros raros a través de su plataforma digital favorita, la Librería Mundial, una *startup* holandesa que atendía virtual y físicamente en el Perú. Ya había adquirido la crónica perdida de Felipe Guaman Poma de Ayala en esta plataforma. ¿Para qué complicarse la vida yendo a librerías o a los famosos lugares de Amazonas y Quilca si desde la comodidad de su escritorio podía adquirir los libros que siempre anheló? Era un día de invierno cuando concretó una nueva compra en la plataforma digital. ¡Qué bien, todo con normalidad!, se dijo cuando logró una de sus mejores adquisiciones, la Biblia de Gutenberg. Sin embargo, a los siete días, recibió en su casa un ejemplar de *La ciudad y los perros*¹. ¡Qué tal descuido!, pensó. Tomando aire para apaciguar su mortificación, llamó al centro de atención al usuario del *marketplace*:

—Hola, me gustaría que revisaran mi pedido. Me ha llegado algo totalmente distinto a lo que ofrecían en su página web.

—Buenas tardes, espere unos minutos, por favor —dijo el interlocutor que tenía al otro lado de la línea.

—Señor, revisando los términos y condiciones de uso de Librería Mundial, no somos responsables ni tenemos participación en la venta de los productos que ofertan los establecimientos usuarios, por lo que le recomendamos coordinar con su vendedor cualquier reclamo.

—Bueno, entonces reclamaré al establecimiento, pero dejo constancia de que confié en ustedes —respondió Amadeo con actitud contrita.

¿Quién es el responsable? ¿Solo el establecimiento alojado en la plataforma? ¿La plataforma tiene algún tipo de responsabilidad? ¿Se extiende solidariamente y sin limitaciones a la plataforma, o se circunscribe a lo expresamente asumido por esta?

Nuestra interacción con el mundo virtual, particularmente a través del comercio electrónico, se manifiesta claramente en las plataformas que actúan como intermediarias entre los establecimientos comerciales y los consumidores. Estos establecimientos se encuentran alojados en una plataforma digital, mientras que los usuarios se relacionan con dicha plataforma proporcionando sus datos personales (nombre, documento de identidad, usuario, clave de acceso), lo que permite identificarlos, rastrear sus preferencias de compra y autorizar el envío de publicidad. Este proceso facilita el conocimiento del cliente y la posibilidad de fidelizarlos. De este modo, la plataforma digital centraliza tanto la oferta como la demanda y optimiza la relación entre ambos

1 Obra icónica de Mario Vargas Llosa.

actores. No obstante, este ecosistema digital trae consigo desafíos legales únicos, especialmente en cuanto a la responsabilidad de las plataformas que intermedian estas transacciones. A medida que los consumidores enfrentan problemas como productos defectuosos, fraudes o incumplimientos de servicio, surge la pregunta acerca de qué grado de responsabilidad tienen los titulares de estas plataformas digitales.

En el presente trabajo revisamos brevemente lo que se entiende por plataforma digital de dos lados, así como cuáles son sus características principales y las externalidades, tanto positivas como negativas, que pueden generarse en este tipo de mercados. Luego, se examina la naturaleza de las relaciones de consumo que se establecen entre el consumidor, el establecimiento alojado en la plataforma² y el intermediario de la plataforma digital. Posteriormente, se abordan los principales problemas que enfrentan los consumidores en estos *marketplaces*, como defectos en los productos, fraudes, incumplimientos de servicio, entre otros. Finalmente, se brindan lineamientos para determinar el tipo de responsabilidad que puede atribuirse al titular de la plataforma digital, para lo cual se analizan supuestos en los que no cabe la responsabilidad solidaria, así como aquellos en los que sí corresponde; se discute la propuesta de establecer una responsabilidad solidaria general y, para tal fin, se consideran los posibles efectos negativos que ello podría tener sobre la viabilidad de los nuevos emprendimientos (*startups*).

2. ¿MERCADO DIGITAL O PLATAFORMA DIGITAL DE DOS LADOS?

2.1. Definición

Existen mercados digitales que pueden ser unidimensionales, es decir, enfocados únicamente en una relación directa entre el vendedor y el comprador. Tal es el caso de las tiendas en línea (*e-commerce*)³, pero también hay aquellos mercados que pueden ser más complejos, en los que existe un intermediario que implementa una infraestructura virtual para facilitar la interacción entre la oferta y la demanda. Esta sería la denominada plataforma digital de dos lados (también llamada mercado de dos lados), en cuya definición nos centramos en las siguientes líneas.

Si bien en nuestro ordenamiento no existe una definición legal de mercado digital de dos lados, podemos afirmar que, en una primera modalidad, este está compuesto

2 En adelante, usaremos de forma indistinta los términos *establecimiento* o *establecimiento alojado* para referirnos al empresario y a su organización (empresa) alojada en una plataforma digital. Recuérdese que una empresa es una organización que consiste en poner en funcionamiento a un establecimiento o un fondo empresarial.

3 Algunos ejemplos de tiendas en línea unidimensionales son *Zara.com*, *Walmart.com*, *Nike.com* y *Netflix* (en materia de servicios de *streaming*). Todas ellas, generalmente, son gestionadas por una entidad que controla el inventario, los precios y la experiencia de compra.

por un intermediario que, a través de una plataforma digital, relaciona a empresarios con consumidores. A esta se la conoce como B2C; Amazon, Buscalibre, Mercado Libre o AliExpress son ejemplos de ella. Una segunda es aquella en la que el intermediario, a través de una plataforma digital, relaciona a empresarios con otros empresarios. A esta se la conoce como B2B; Alibaba, ThomasNet o Amazon Business son algunos ejemplos. Por último, una tercera modalidad de mercado digital de dos lados es aquella en la cual el intermediario, a través de una plataforma digital, relaciona a consumidores con otros consumidores. A esta la conoce como C2C; Airbnb, Ebay o Facebook Marketplace son ejemplos de ella. Para efectos de este artículo, nos vamos a remitir a las relaciones que genera el intermediario de la plataforma digital en el grupo B2C, es decir, a empresarios y consumidores o, en términos de nuestra regulación del consumidor, a una relación entre proveedores (alojados en la plataforma) y consumidores (que acceden a la plataforma).

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) describe el mercado de dos lados del modo siguiente:

Una plataforma de dos lados (conocidas también como *two sided platforms*) es un espacio físico o virtual provisto por un agente económico, en donde distintos grupos de clientes —que se necesitan entre sí— se encuentran, lo que facilita la interacción entre ambos grupos. De esta manera, una plataforma brinda la posibilidad de que ambos lados se pongan en contacto y puedan realizar transacciones que generan varios beneficios económicos para las partes que interactúan. (Resolución 0084-2020/SDC-INDECOPI, 2020, p. 30)

En resumen, nuestra definición de mercado de dos lados es que se caracteriza por ser aquel que centraliza la oferta de proveedores y la demanda de consumidores a través de una plataforma digital intermediada por un titular que facilita, con su servicio, la relación entre ambos lados.

2.2. Clases de *marketplace*

En este escenario, existen dos clases de *marketplace*. Una en la que los proveedores tienen una oferta similar, dado que se dedican a la misma actividad, y otra en la que los proveedores tienen una oferta variada, dado que se dedican a diferentes actividades.

2.2.1. Los que tienen oferta similar

Los *marketplaces* que tienen una pluralidad de competidores de oferta similar, como Uber (taxi), Rappi (servicio de reparto), Buscalibre (libros), entre otros, equivalen en el mundo físico al establecimiento que cuenta con una serie de proveedores similares, como, por ejemplo, un área de restaurante o un patio de comidas (*food court*), un terminal terrestre, o una feria de corredores inmobiliarios. En estos casos, se centraliza la oferta de restaurantes, la de líneas de buses interprovinciales o la de corredores inmobiliarios en espacios físicos.

2.2.2. Los que tienen una oferta variada

Los *marketplaces* de oferta variada están conformados por empresarios de diferentes giros sociales. En el mundo de realidad física este negocio sería equiparable a un centro comercial. Naturalmente, las relaciones de consumo presentan una mayor variedad de problemas, simples y complejos, en el caso de una plataforma con oferta variada, a diferencia de lo que sucede con las plataformas con ofertas de tipo similar. En este trabajo, afrontaremos directamente las problemáticas de los *marketplaces* con oferta variada y esperamos, al centrar nuestra atención en este tipo de mercado, dar respuesta a la mayor cantidad de dudas que pueden generar las relaciones con el consumidor cuando surgen desavenencias o reclamos.

2.3. Externalidades y fallas del mercado

La corriente económica nos advierte de la inevitable existencia de externalidades. Sean estas negativas o positivas, las externalidades se acentuarán por las características de este mercado. Según Rysman (2009), un mercado o plataforma será de dos lados cuando

two sets of agents interact through an intermediary or platform, and ... the decisions of each set of agents affects the outcomes of the other set of agents, typically through an externality [dos conjuntos de agentes interactúan a través de una plataforma intermediaria, y ... las decisiones de cada grupo de agentes afectan el resultado del otro grupo de agentes, típicamente a través de una externalidad]. (p. 125)

Siguiendo esa misma línea, Evans (2003) identifica tres condiciones que definen estos mercados: la existencia de dos o más grupos diferentes de partícipes (establecimientos alojados y consumidores), la presencia de externalidades vinculadas entre estos grupos y la intermediación de un agente que las internaliza (plataforma) (pp. 7-10).

Este tipo de mercado produce una serie de beneficios positivos para las partes, como la competencia promovida por una pluralidad de proveedores y compradores, y la reducción de costos de transacción en una serie de aspectos (búsqueda de ofertas, acceso a información, facilidades para la celebración y ejecución de contratos de consumo, generación de confianza, entre otros). Así, también, produce algunas externalidades positivas del efecto red, pues una mayor cantidad de partícipes en ambos lados del mercado optimiza la oferta y la demanda incentiva la innovación, genera economías de escala y facilita el acceso a mercados globales, a datos y a preferencias de los consumidores, lo cual permite focalizar de manera más eficiente la oferta.

De otro lado, también pueden producirse algunas externalidades negativas y fallas de mercado. En relación con las externalidades negativas, podemos mencionar las siguientes: una cogestión por el crecimiento inesperado en la plataforma, lo cual genera lentitud en el servicio digital y demoras en la atención de los pedidos; una concentración

de poder de mercado; menos visibilidad y más dificultad en el posicionamiento para las nuevas empresas (*startups*) que ingresan al final; o un uso no autorizado o abusivo de los datos personales. Las externalidades negativas pueden promover serias fallas que tipifican infracciones a las reglas de mercado, como abuso de posición de dominio (por parte del intermediario de la plataforma o de algún proveedor alojado), concertación (entre los proveedores o bien facilitada por el intermediario de la plataforma), competencia desleal (publicación engañosa, denigratoria o discriminatoria) y serias afectaciones a la ley de protección al consumidor en materia de información, idoneidad, métodos comerciales coercitivos, atención de reclamos, etcétera.

2.4. Relaciones de consumo: dos proveedores y un consumidor

El título alude a la existencia de dos proveedores: el intermediario titular de la plataforma y el establecimiento alojado en la plataforma (proveedor). Este último es con quien se quiere relacionar el consumidor.

2.4.1. El establecimiento alojado y el consumidor

Aquí, nos referimos al empresario titular de un negocio o establecimiento que opera alojado en la plataforma y a su relación con el consumidor⁴. El proveedor y el consumidor buscan establecer una relación directa que aproveche las facilidades que le brinda la plataforma. Los proveedores se visibilizan más y el consumidor puede seleccionar al proveedor que le ofrece el producto que quiere, así como mejores descuentos y beneficios. Esto conduce a la celebración de un contrato de prestaciones recíprocas que crea una relación jurídica patrimonial de consumo, con arreglo a la Ley 29571, promulgada el 1 de septiembre del 2010, la cual establece el Código de Protección y Defensa del Consumidor. Según el artículo 45 del Código ("Contrato de consumo"), "el contrato de consumo tiene como objeto una relación jurídica patrimonial en la cual intervienen un consumidor y un proveedor para la adquisición de productos o servicios a cambio de una contraprestación económica" (Ley 29571, art. 45). Asimismo, el "Título preliminar" del Código define, en el numeral 5 del artículo iv ("Definiciones"), qué es una relación de consumo: "Es la relación por la cual un consumidor adquiere un producto o contrata un servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica. Esto sin perjuicio de los supuestos contemplados en el artículo III" (Ley 29571, art. iv, numeral 5).

El principio de buena fe orienta al ordenamiento jurídico y, por consiguiente, al régimen de protección al consumidor⁵, y obliga a las partes a negociar, celebrar y ejecutar

4 En estricto, se trata de una empresa, pues un fondo empresarial o establecimiento en marcha es, nada más y nada menos, que una empresa.

5 El título preliminar del Código, en el numeral 5 ("Principio de buena fe") del artículo v ("Principios"), establece lo siguiente: "Principio de buena fe.- En la actuación en el mercado y en el ámbito de

el contrato de consumo bajo esta guía de corrección. Esto significa, por el lado del proveedor, que debe brindar información relevante (veraz, suficiente, oportuna, de fácil acceso y comprensión, en idioma castellano) y garantizar la idoneidad de los bienes y servicios ofrecidos. Lo dicho incluye, desde luego, un buen servicio de posventa, mediante la atención de cambios, reclamaciones y devoluciones si fuere el caso, sin perjuicio de atender los daños y perjuicios ocasionados. Asimismo, por el lado del consumidor, el principio de buena fe exige que este actúe al menos con una diligencia ordinaria, que atienda a las circunstancias del contrato que está celebrando y, por consiguiente, que se informe en lo relevante, que haga el seguimiento y supervisión de su pedido y reclame lo que corresponde, oportunamente, mediante los mecanismos formales, en caso de advertir un problema de idoneidad u otro tipo de infracción en la relación de consumo. No cabe duda, entonces, que el proveedor será responsable por los problemas que genere su falta de entrega de información relevante, su afeción al deber de idoneidad, la estipulación de cláusulas abusivas, la aplicación de métodos comerciales coercitivos, la falta de atención a los reclamos, el no honrar las garantías, la realización de prácticas discriminatorias, así como incurrir en otras infracciones previstas en la legislación de protección al consumidor.

2.4.2. El intermediario de la plataforma y el consumidor

El mercado de dos lados tiene un protagonista que es la bisagra necesaria para su existencia. Se trata del titular de la plataforma, quien ha puesto a disposición de los proveedores (establecimientos) y consumidores una infraestructura que facilita las operaciones de compraventa entre estos. Dicho titular de la plataforma, en el mundo físico, emularía al titular de un centro comercial, es decir, brindaría una serie de servicios en ambos lados, tanto a los establecimientos como a los consumidores. Respecto de estos últimos, se configuraría una particular relación de consumo.

En esta suerte de centro comercial virtual, el proveedor de la plataforma será responsable de que la infraestructura que ofrece esté operativa. Vale decir, que se pueda acceder y navegar por ella, recibir información pertinente, formalizar en este ámbito el contrato de consumo, procesar los pagos (si es que este servicio es ofrecido por la plataforma) y brindar las facilidades que corresponden a la ejecución de las prestaciones si fuere el caso. Bajo este marco, la plataforma debe ofrecer información relevante sobre los términos y condiciones de su operatividad. Cuando quiera visibilizar y promover las

vigencia del presente Código, los consumidores, los proveedores, las asociaciones de consumidores, y sus representantes, deben guiar su conducta acorde con el principio de la buena fe de confianza y lealtad entre las partes. Al evaluar la conducta del consumidor se analizan las circunstancias relevantes del caso, como la información brindada, las características de la contratación y otros elementos sobre el particular" (Ley 29571, art. v).

bondades de la plataforma a través de la publicidad debe cuidar de no infringir la ley ni los principios de autenticidad⁶ y adecuación social⁷. En caso de presentar fallas en su operatividad, deberá satisfacer las garantías propias de su servicio y facilitar un libro de reclamaciones accesible dentro de la aplicación, o página web, en la que esta se encuentra.

Cabe resaltar que, en el contrato de consumo, mediante el cual la plataforma le brinda acceso al consumidor, deben quedar claramente definidas las prestaciones del proveedor (intermediario de la plataforma) para con el consumidor, aun cuando no exista una contraprestación o prestación recíproca del consumidor. Esta situación *sui generis* de relación de consumo (en la cual no hay contraprestación) se encuentra prevista en el artículo III del “Título preliminar” del Código de Protección y Defensa del Consumidor: “Están también comprendidas en el presente Código las operaciones a título gratuito cuando tengan un propósito comercial dirigido a motivar o fomentar el consumo” (Ley 29571, artículo III, numeral 3).

Como puede apreciarse, la relación entre el intermediario de la plataforma y el consumidor se adecúa a esta definición en la que caben liberalidades o prestaciones a título gratuito, pero con fines comerciales⁸. Podrá notarse que el consumidor recibe una serie de prestaciones de servicios directos del intermediario vinculadas a su acceso a la plataforma y no paga ninguna contraprestación. Sin embargo, el intermediario, al motivar o fomentar el consumo y propiciar mayor información para los establecimientos

6 El Decreto Legislativo 1044, promulgado el 26 de junio del 2008, Ley de Represión de la Competencia Desleal, establece, en su artículo 16 (“Actos contra el principio de autenticidad”), que son actos contra el principio de autenticidad aquellos que “consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, impedir que el destinatario de la publicidad la reconozca claramente como tal” (numeral 1). Asimismo, afirma que “constituye una inobservancia a este principio difundir publicidad encubierta bajo la apariencia de noticias, opiniones periodísticas o material recreativo, sin advertir de manera clara su naturaleza publicitaria. Es decir, sin consignar expresa y destacadamente que se trata de un publisreportaje o un anuncio contratado” (numeral 2).

7 El Decreto Legislativo 1044 establece, en su artículo 18 (“Actos contra el principio de adecuación social”), que son actos contra el principio de adecuación social aquellos que “consisten en la difusión de publicidad que tenga por efecto: (a) inducir a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto ilegal o un acto de discriminación u ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole; (b) promocionar servicios de contenido erótico a un público distinto al adulto. La difusión de este tipo de publicidad solamente está permitida en prensa escrita de circulación restringida para adultos y, en el caso de radio o televisión, dentro del horario de una (1:00) a cinco (5:00) horas” (Decreto Legislativo 1044, art. 18).

8 En un trabajo anterior (Morales Acosta, 2017), he sostenido que se trata de una relación de consumo indirecta. La razón es que el pago era producido indirectamente por el intermediario de la plataforma, el cual generalmente le factura al establecimiento alojado por dos conceptos: una renta fija por el alojamiento en la plataforma y una renta variable por las ventas. Si bien esto es cierto desde la perspectiva del pago del consumidor, debe apreciarse que, desde el punto de vista del proveedor, este ejecuta prestaciones directas al consumidor, según lo señalado en el presente trabajo.

alojados en su plataforma, también se beneficia, pues suele estipularse no solo una renta fija por establecerse en la plataforma, sino, adicionalmente, una renta variable sobre las ventas de cada proveedor alojado.

De esta manera, a semejanza de un centro comercial, el consumidor se sentirá atraído y seducido por las ofertas, promociones y obsequios de los proveedores; se desplazará por los pasillos virtuales de la plataforma; ingresará a los locales con un *click* en el ícono y seleccionará el producto a través de las imágenes de este o de la simulación que podría producir la realidad aumentada; y cada producto seleccionado irá al carrito de compras virtual (pudiendo ser varios carritos o uno solo para todas las tiendas del centro comercial digital). Asimismo, al finalizar sus compras, estas serán liquidadas y canceladas a través de una pasarela de pagos en la que se ofrecen, además, diversas opciones (transferencias bancarias, tarjetas de créditos, billeteras electrónicas) a las que se puede aplicar inclusive bonos y descuentos.

Una particularidad de la plataforma digital es que, a diferencia del centro comercial físico, en ella se ofrece una pasarela de pagos común a todos los establecimientos comerciales. A ello cabe agregar que se brindan el servicio de *delivery*, un servicio de atención de reclamos común, el procedimiento de cambio de producto y un servicio común de devoluciones. Estos servicios, que usualmente son propios y exclusivos de cada establecimiento alojado, son gestionados por el intermediario de la plataforma por cuenta de dichos proveedores para reducir los costos de transacción en la celebración y ejecución de los contratos de consumo subyacentes (establecimiento alojado-consumidor)⁹ con los establecimientos. Las particularidades con las que se facilitan estas transacciones nos llevan a interrogarnos si existe una responsabilidad compartida, entre el establecimiento alojado y el intermediario de la plataforma, cuando se presentan problemas de idoneidad o algún otro tipo de afectación a los derechos del consumidor en la ejecución del contrato de consumo subyacente.

De hecho, algunos proponen (Sotelo Dal Pont, 2022, p. 395) que esta responsabilidad compartida sea vista como una responsabilidad solidaria, en todo aspecto, desde el inicio de la relación de consumo, de tal manera que el intermediario responda, no solo por la idoneidad de la prestación de su servicio digital ante el consumidor, sino también por la idoneidad de la prestación del establecimiento alojado en su plataforma. Por el contrario, si el intermediario hubiese circunscrito su prestación y responsabilidad frente

9 Se les denomina subyacentes a las relaciones de consumo que el intermediario gestiona en favor del consumidor, pero en interés del titular del establecimiento alojado. En efecto, si bien el intermediario de la plataforma interactúa con el consumidor, a raíz de su propia relación de consumo, también lo hace, y de forma preponderante, en interés del proveedor titular del establecimiento; pues, en realidad, el consumidor ingresa a la plataforma en búsqueda de las relaciones de consumo con los establecimientos.

al consumidor al ofrecimiento de una simple plataforma que acerca y vincula a las partes, sin inmiscuirse en prestaciones tales como el pago, la entrega (*delivery*), la atención de devoluciones y cambios de mercaderías, o las respuestas a reclamaciones, desde luego se le hubiera considerado ajeno a los incumplimientos e infracciones del establecimiento y a esa relación de consumo. Sin embargo, esto no es así en todos los casos. La plataforma se ha involucrado en varias de las prestaciones del establecimiento y ha generado que pueda atribuirse al titular de la plataforma una responsabilidad conjunta.

3. ¿RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL O SOLIDARIA DEL INTERMEDIARIO DE LA PLATAFORMA DIGITAL FRENTE AL CONSUMIDOR?

Para resolver este asunto es necesario distinguir entre, por un lado, las prestaciones de la relación de consumo que involucran al titular de la plataforma y al consumidor, y, por otro lado, las que involucran al establecimiento alojado y al consumidor. Una vez hecho esto, nos enfocaremos en aquellas prestaciones que involucran de manera conjunta a los tres: al titular de la plataforma, al establecimiento alojado y al consumidor.

3.1. Supuestos en que cada uno es responsable de lo propio: el intermediario de la plataforma o el establecimiento alojado son responsables de sus propios servicios y relaciones de consumo

3.1.1. Prestaciones propias y responsabilidad del intermediario de la plataforma

En el marco de la gestión de la plataforma basada en la tecnología e infraestructura digital proporcionada por el intermediario, se establece una relación de consumo con los usuarios que acceden a ella para adquirir bienes o servicios. Bajo ese escenario, la plataforma ofrece un servicio de gestión y facilita el encuentro de los consumidores con los proveedores (establecimientos) afincados dentro de su infraestructura. Para el efecto, brinda las siguientes prestaciones:

- a. Mantiene la plataforma operativa y accesible. Se asegura de contar con una velocidad adecuada y de que el acceso a la plataforma no perjudique la operatividad de los dispositivos que interactúan con la misma.
- b. Muestra los anuncios con ofertas y promociones de los establecimientos. Se asegura de ser un canal de difusión de información de estos proveedores.
- c. Facilita la búsqueda, ubicación y descubrimiento. Se caracteriza como una herramienta de búsqueda avanzada, filtrado de productos y categorización para facilitar que los consumidores encuentren rápidamente lo que buscan.
- d. Brinda recomendaciones personalizadas. Analiza las preferencias y el comportamiento de compra de los consumidores y ofrece sugerencias de

productos, servicios o promociones que podrían interesarles, de tal forma que esto mejore la experiencia de compra.

- e. Se asegura de la ausencia de cláusulas abusivas. Garantiza que los términos de las cláusulas generales de contratación que permiten acceder a la plataforma no incluyan cláusulas abusivas.
- f. Cumple con la Ley de Protección de Datos Personales en el manejo de la base de datos.
- g. Cuenta con el anuncio y el libro de reclamaciones propio y relativo a sus servicios, y garantiza la accesibilidad a este.

Estas prestaciones son las que brinda el intermediario mediante su plataforma, de las cuales podría ser responsable si algo no es idóneo. Cabe especificar que ser un canal de difusión de información para cada establecimiento no responsabiliza al intermediario de las transacciones realizadas en su plataforma, pues ello es atribuible al establecimiento, como se verá en el siguiente punto. En resumen, el intermediario, a través de su plataforma de mercado de dos lados, facilita el encuentro, la interacción y la realización de transacciones entre consumidores y proveedores. Para el efecto, proporciona un puente digital seguro, confiable y eficiente para establecer contratos de consumo.

3.1.2. Responsabilidad del establecimiento cuando la plataforma es solo alojadora de ofertas o anuncios

Este supuesto se presenta cuando la plataforma solo actúa como alojadora de datos de los establecimientos, lo cual facilita el contacto entre estos y los consumidores sin necesariamente conocer o controlar el contenido de la información alojada o transmitida. En efecto, los establecimientos anuncian su publicidad y, mediante la plataforma, logran que los consumidores se enteren de las ofertas una vez que acceden a los recintos virtuales de los establecimientos e interactúan directamente con ellos. En este caso, los establecimientos alojados son los que gestionan exclusivamente sus relaciones de consumo, desde la celebración hasta la ejecución total de las prestaciones; esto incluye entregas, devoluciones, garantías, atenciones de reclamos, entre otros. Como puede apreciarse, el establecimiento responde por su relación de consumo y el intermediario, por la gestión de su plataforma.

Entre las prestaciones que recaen exclusivamente sobre el establecimiento, el cual ofrece sus bienes y servicios a través de la plataforma digital, tenemos las siguientes:

- a. Verifica que la publicidad sobre sus productos y servicios corresponda con las características ofrecidas a los consumidores, así como con sus promociones y descuentos.

- b. Asegura que la publicidad utilizada (imágenes, videos y contenido promocional) no infrinja derechos de propiedad intelectual ni configure infracciones de engaño, denigración, equiparación o comparación indebida, tanto si aparecen al ingresar al ícono del establecimiento como si aparecen en la vía común de la plataforma.
- c. Cumple con el deber de idoneidad de los bienes o servicios ofrecidos, y asume la responsabilidad por defectos de fábrica o de origen, entregas equivocadas o con características diferentes.
- d. Estipula los términos de las cláusulas generales de contratación de la relación de consumo conforme a ley y proscribire, por tanto, las cláusulas abusivas.
- e. Procesa eficientemente los pagos mediante transferencias, tarjetas bancarias, billeteras electrónicas, efectivo, etcétera.
- f. Organiza un buen servicio posventa para la entrega oportuna y atiende los cambios y devoluciones a cargo del establecimiento.
- g. Asegura la existencia y la disponibilidad del libro de reclamaciones.

En síntesis, bajo el escenario antes descrito los establecimientos alojados en la plataforma son los responsables de gestionar sus relaciones con los consumidores, incluyendo la publicidad, las cláusulas generales y particulares de su oferta, la calidad de los bienes y servicios, la entrega y la garantía, mientras que la plataforma se responsabiliza únicamente por la gestión de su funcionamiento.

3.2. Supuestos en los que sí cabe la responsabilidad solidaria

En primer lugar, esta situación suele presentarse solo en aquellos aspectos de la relación de consumo entre establecimiento y consumidor en los que el intermediario de la plataforma ha intervenido significativamente. No suele suceder que se le impute responsabilidad solidaria al establecimiento por los problemas de idoneidad derivados del mal funcionamiento o los problemas operativos de la plataforma digital. Más bien, sí suele suceder que se evalúa la responsabilidad solidaria del intermediario de la plataforma y del establecimiento según el grado de involucramiento del primero en las actividades del segundo. Ejemplos de lo señalado son los siguientes:

- a. Problemas con el procesamiento del pago. En general, la pasarela de pagos se ha convertido en una facilidad brindada, por la plataforma, para que el consumidor pueda comprar cualquier bien o servicio ofrecido por los establecimientos. Empero, si se produce algún defecto en el procesamiento del pago (como un retraso en el pago, un cobro indebido o inexacto, un retraso que afecta con mora o la falta de devolución de lo pagado cuando corresponde,

entre otros), el consumidor podrá reclamar solidariamente a ambos (plataforma y establecimiento). La razón es que el consumidor no tiene cómo saber en qué etapa de la relación contractual, entre el intermediario y el establecimiento, puede haberse producido el defecto.

- b. Problemas con la entrega. Cuando la plataforma se encarga del *delivery* pueden producirse problemas con la entrega (el producto no llegó, llegó tarde, llegó un producto distinto, hay un producto dañado por el traslado o existe un defecto de origen). Nuevamente, el consumidor no tiene cómo saber en qué etapa de las relaciones entre el intermediario y el establecimiento se produjo el defecto, por lo cual legítimamente podrá accionar contra ambos.
- c. Cambios y devoluciones. Si el intermediario de la plataforma se compromete a gestionar y procesar los cambios y las devoluciones, los defectos en ellos también acarrearán su responsabilidad solidaria.
- d. Atención de reclamos y solución de controversias privada. Si el intermediario de la plataforma se encarga de resolver los reclamos a través de la plataforma, mediante procedimientos o soluciones estandarizadas, los defectos relacionados con la falta de atención, atención fuera de plazo, o la atención no idónea del reclamo generan una responsabilidad solidaria. Generalmente, las soluciones de controversias privadas se vinculan al procesamiento de los reclamos y alguien con mayor criterio los negocia o dirime. Sin perjuicio de ello, pueden presentarse defectos también en esta etapa, tanto de oportunidad como de idoneidad.

Como puede apreciarse, la responsabilidad solidaria va a depender del grado de involucramiento de la plataforma desde el momento previo a la celebración del contrato y de la ejecución de su prestación, así como de las garantías y el servicio posventa.

3.3. ¿Cuál es la propuesta eficiente?

El hecho de que algunas plataformas como Amazon y Mercado Libre garanticen la entrega del producto y otras sean muy expeditivas en la atención de reclamos, con una participación determinante a lo largo de todo el procesamiento del contrato de consumo, ha generado que una parte de la doctrina promueva el criterio de que debe legislarse para establecer una responsabilidad solidaria en todo lo que concierna a las infracciones derivadas de la relación de consumo con el establecimiento alojado. Aunque esta propuesta propugna un ahorro de costo de transacción para la tutela del consumidor, podría afectar la viabilidad de algunos emprendimientos, pues no todas las plataformas se involucran en todas las etapas (por ejemplo, la plataforma podría no involucrarse en la pasarela de pagos); asimismo, tampoco tienen el mismo poder de mercado ni las

mismas espaldas financieras que otras. Muchas plataformas solo tienen el propósito de poner a disposición una infraestructura que opera como un puente entre proveedores y consumidores, y no con la idea de asumir los riesgos de otras actividades empresariales. Así, establecer una regla general podría perjudicar el mercado a través de una afectación a la viabilidad de futuros emprendimientos.

Por ello, consideramos que la propuesta eficiente sería tener en cuenta el grado de involucramiento de la plataforma para establecer la responsabilidad conjunta. Es más, en un extremo podría estipularse que esta responsabilidad se presuma *iuris tantum* hasta que el intermediario de la plataforma aporte prueba en contrario sobre su grado de involucramiento, o bien los hechos permitan deducir si existe tal responsabilidad. A modo de ejemplo, si el intermediario no participa en la etapa o parte del servicio en que se produjo el defecto (esto es, no participa en la entrega, el pago o el cambio), no cabría atribuirle responsabilidad por dichas prestaciones, las cuales serían íntegramente de cargo del establecimiento alojado.

En suma, la clave para una regulación eficiente radicaría en lograr un equilibrio que permita proteger a los consumidores sin obstaculizar la innovación y el crecimiento de las plataformas digitales. De este modo, una regulación que considere el nivel de participación de cada plataforma permitiría definir adecuadamente su responsabilidad, promover un entorno más justo, tanto para los consumidores como para los emprendimientos digitales y evitar, así, consecuencias indeseadas, como la desaparición de una pluralidad de ofertas. Este enfoque, flexible y proporcional, ayudaría a fomentar una relación de consumo más segura y equilibrada.

3.4. Problema pendiente

Otro problema es si es posible dar algún grado de efectividad y cumplimiento a resoluciones del Indecopi respecto de plataformas que no tienen domicilio en el país. El problema surge en torno a la viabilidad práctica de exigir a dichas empresas el cumplimiento de las decisiones de la autoridad de competencia nacional. Esta cuestión genera una incertidumbre sobre la efectividad real de la protección prometida a los consumidores que realicen operaciones mediante plataformas extranjeras no domiciliadas en el país.

Desde luego, hacer creer a los consumidores que existe una tutela efectiva podría inducirlos a confiar en una protección que, en la práctica, es limitada. Esto podría incentivar poco cuidado —o escasa diligencia— al momento de delimitar responsabilidad e incentivar la estipulación de cláusulas abusivas, dado que los consumidores continuarán contratando con la plataforma bajo la creencia de que tienen la posibilidad de procesar y reclamar, a través de la vía administrativa, tanto al intermediario de esta como al establecimiento alojado. Este virtual escenario resalta la urgencia de establecer

acuerdos internacionales de cooperación entre las agencias de protección al consumidor, para uniformizar la tutela y hacer viable algún tipo de rendición de cuentas ante la falta de respuesta o atención de las resoluciones administrativas de otros países. En ese camino, hay que tener en cuenta que el laudo de un arbitraje de consumo tendría menos objeciones jurídicas para un reconocimiento y ejecución en otra jurisdicción; empero, igual se requerirá cooperación para facilitar y reducir los costos de transacción de una ejecución.

Poniendo en agenda estos asuntos, se podrá enfocar la autoridad en encontrar medidas para una protección efectiva, que cumpla con las expectativas legítimas de los consumidores —expectativas cada vez más globalizadas— y que refuerce la credibilidad del sistema de protección al consumidor en nuestro país.

4. CONCLUSIONES

Los *marketplaces* son plataformas digitales operadas por un intermediario que promueve la vinculación jurídica entre diferentes grupos de consumidores y proveedores. Estos pueden ofrecer prestaciones similares o prestaciones diferentes según su tipo de actividad, lo que puede determinar la existencia de una responsabilidad solidaria según su grado de involucramiento en la relación de consumo (establecimiento-consumidor).

El intermediario de la plataforma tendrá responsabilidades propias en cuanto a la operatividad de la infraestructura digital, la protección de datos personales y la gestión de los reclamos. Su responsabilidad estará vinculada a los servicios que él directamente proporcione al consumidor. El establecimiento alojado en la plataforma será responsable de la idoneidad de los bienes y servicios ofrecidos, así como de cumplir con los términos contractuales y las condiciones de entrega y servicio. Este es el contexto en el que el proveedor de los servicios de la plataforma solo actúa como un intermediario, sin involucrarse en la ejecución de estos servicios.

La responsabilidad solidaria del intermediario de la plataforma digital dependerá, en gran medida, del nivel de involucramiento de este en cada etapa de la transacción entre el consumidor y el establecimiento alojado. Así, cuando el intermediario de la plataforma se involucre en aspectos críticos de la relación de consumo, como el procesamiento de pagos, la entrega de productos, la gestión de cambios y devoluciones, y la atención de reclamos, los consumidores legítimamente podrán exigir responsabilidad a ambos proveedores, debido a que no tienen cómo saber en qué etapa de las relaciones entre el intermediario y el establecimiento puede haberse ocasionado el defecto. El imputar una responsabilidad solidaria al intermediario de la plataforma y al establecimiento alojado tendrá naturaleza *iuris tantum*, pues deberá esclarecerse en el procedimiento el grado o etapa en que se involucró la plataforma en la actividad del establecimiento alojado.

Parte de la doctrina considera que, para contemplar en la legislación la responsabilidad solidaria, la propuesta legislativa debe ser analizada económicamente, pues podría amenazar la viabilidad de las pequeñas empresas o *startups* que han innovado con plataformas digitales. De otro lado, es necesario lograr la ejecución de resoluciones administrativas y laudos de consumo en el extranjero, respecto de proveedores domiciliados fuera del país, para poder fortalecer la tutela del consumidor y no brindar una falsa expectativa de protección. Ello requerirá el involucramiento y la cooperación internacional de las agencias de protección al consumidor.

REFERENCIAS

- Decreto Legislativo 1044 del 2008. Ley de Represión de la Competencia Desleal. 26 de junio del 2008. Diario Oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H967537>
- Evans, D. S. (2003). The antitrust economics of two-sided platform markets. *Yale Journal on Regulation*, 20(2), 325-381. <http://hdl.handle.net/20.500.13051/8032>
- Ley 29571 del 2010. Por la cual se promulga el Código de Protección y Defensa del Consumidor. 1 de septiembre del 2010. Diario Oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682697>
- Morales Acosta, A. (2017). La ampliación del ámbito de protección al consumidor: trascendiendo las fronteras de la relación de consumo. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, 72, 163-194. <https://rpde.tytl.com.pe/wp-content/uploads/2021/11/08-LA-AMPLIACION-DEL-AMBITO-DE-PROTECCION-AL-CONSUMIDOR-TRASCENDIENDO-LAS-FRONTERAS-DE-LA-RELACION-DE-CONSUMO.pdf>
- Resolución 0084-2020/SDC-INDECOPI [Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual]. Por la cual se declara infundada la denuncia contra Uber por presunta comisión de competencia desleal. 5 de agosto del 2020. <https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/Resoluci%C3%B3n-0084-2020-SDC-INDECOPI%20UBER.pdf>
- Rysman, M. (2009). The economics of two-sided markets. *Journal of Economic Perspectives*, 23(3), 125-143. <https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jep.23.3.125>
- Sotelo Dal Pont, R. J. (2022). *La conveniencia de regular la responsabilidad solidaria de los titulares de plataformas digitales en las relaciones de consumo* [Tesis de licenciatura]. Repositorio institucional de la Universidad de Lima. <https://hdl.handle.net/20.500.12724/17823>

LA PRESCRIPCIÓN Y LA CADUCIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES DE SUSALUD

FRANK GARCÍA ASCENCIOS*
Universidad de Lima, Perú

Recibido: 9 de agosto del 2024 / Aceptado: 18 de septiembre del 2024

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2024.n59.7338>

RESUMEN. La Administración pública no tiene la potestad para instruir y sancionar por tiempo infinito. Esta es una garantía constitucional y legal. La prescripción y la caducidad administrativas son figuras jurídicas reguladas en los procedimientos sancionadores. La primera se analiza desde la potestad para determinar la responsabilidad administrativa; la segunda, como la duración máxima del procedimiento sancionador. La Superintendencia Nacional de Salud (Susalud) cuenta con la potestad sancionadora para reprimir toda acción u omisión de las instituciones administradoras de fondos de aseguramiento en salud, las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPRESS) y las unidades gestoras de IPRESS, que afecten el derecho a la salud de los consumidores y usuarios de los servicios de salud. El artículo desarrolla, desde el ámbito doctrinal y casuístico, la prescripción y la caducidad en los procedimientos sancionadores de Susalud.

PALABRAS CLAVE: caducidad / prescripción / procedimiento sancionador / salud / Susalud

* Magíster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima, Perú. Magíster en Derecho por la Universidad de Hawái en Manoa, Estados Unidos. Magíster en Seguros y Gerencia de Riesgos por la Universidad Pontificia de Salamanca; España. Abogado por la Universidad de Lima. Profesor de la Facultad de Derecho en la Universidad de Lima. Contacto: frankgarciaascencios@gmail.com

STATUTE OF LIMITATIONS AND EXPIRATION IN HEALTH SANCTIONING PROCEDURES

ABSTRACT. The public administration does not have the power to instruct and sanction for an infinite time. This is a constitutional and legal guarantee. The statute of limitations and administrative expiration are legal figures regulated in sanctioning procedures. The authority analyzes the former to determine administrative liability. The second, as the maximum duration of the sanctioning procedure. The National Superintendence of Health Insurance (Susalud) has the sanctioning power to repress any action or omission of the Health Insurance Fund Management Institutions, Health Service Provider Institutions (IPRESS) and IPRESS Management Units, which affect the right to health of consumers and users of health services. The article develops from a doctrinal and practices cases, the prescription and expiration of Susalud's sanctioning procedures.

KEYWORDS: expiration / statute of limitations / sanctioning procedure / health / Susalud

1. INTRODUCCIÓN

La salud es un derecho inherente al ser humano. Es un derecho constitucional y un derecho humano. La persona goza del derecho a la salud por su sola condición de ser humano. Si hay un derecho esencial para la supervivencia, ese es el derecho a la salud. El Estado garantiza la protección del derecho a la salud de los consumidores y usuarios de los servicios de salud. Así, el artículo 65 de la Constitución Política del Perú establece que

El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

Por su parte, el artículo 7 de la Constitución reconoce que

Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona con discapacidad tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

En adición, los artículos 9, 10 y 11 de la Constitución declaran que

9. El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.

10. El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.

11. El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.

Resulta innegable la protección constitucional del derecho a la salud de los consumidores y usuarios de los servicios de salud. Sin embargo, surge la interrogante sobre lo que sucede si este derecho no se respeta en un centro médico. Por ejemplo, ¿qué ocurre si una clínica no atiende a una persona en emergencia y pone en peligro su vida? De igual modo, ¿qué sucede si una aseguradora no brinda la cobertura que ofreció al momento de contratar? Asimismo, ¿qué sucede si la clínica se niega a transparentar la historia clínica a los familiares directos del paciente? O bien, ¿qué sucede si una aseguradora declara nulo el contrato de seguro de salud por una declaración reticente o inexacta del usuario? Finalmente, ¿qué se hace ante una denuncia sobre una prestación médica no idónea que ocasiona un daño irreparable al paciente?

Si bien el reconocimiento constitucional e internacional del derecho a la salud es esencial, este es un derecho programático, es decir, el Estado debe garantizarlo mediante diversas acciones y políticas públicas. Como expresa Gordillo et al. (2007), “los derechos programáticos carecen de efectividad real mientras el Estado no instituya los instrumentos legales y administrativos complementarios necesarios para integrarlos en su funcionamiento real” (pp. ix-1).

El procedimiento sancionador es uno de los instrumentos legales esenciales en el marco de la protección del derecho a la salud. Si bien el Estado no busca reprimir y castigar, sino prevenir y disuadir conductas ilícitas contrarias al bienestar jurídico, nadie puede negar la trascendencia de la existencia del procedimiento sancionador a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud (Susalud). Susalud es la entidad encargada de promover, proteger y defender los derechos de los usuarios al acceso a los servicios de salud, mediante la supervisión de que las prestaciones se otorguen con calidad, oportunidad, disponibilidad y aceptabilidad, con independencia de quién la financie.

El objeto de este texto no es abarcar toda la problemática del derecho a la salud; lo que sí busca desarrollar es la aplicación de dos figuras jurídicas: la prescripción y la caducidad administrativa en el procedimiento sancionador a cargo de Susalud.

2. POTESTAD SANCIONADORA EN LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y LOS USUARIOS EN MATERIA DE SALUD

2.1. Potestad sancionadora en el derecho administrativo

La potestad sancionadora tiene su origen en el *ius puniendi* del Estado: la potestad de poder sancionar. Las sanciones tienen una doble naturaleza: penal y administrativa. En el segundo caso, se impondrá una sanción administrativa cuando se incumpla o vulnere una norma jurídica, cuyo quebrantamiento se haya previamente tipificado, con toda precisión, en la ley. La comisión de una infracción genera una sanción de naturaleza administrativa. Para ejercer la potestad sancionadora es necesario que se conduzca un procedimiento sancionador. Si bien se requiere de este procedimiento para castigar a un administrado, también es fundamental para lograr garantizar un debido procedimiento, conjuntamente con el respeto de las garantías procesales a favor del administrado denunciado.

Se podría concluir que la existencia de un procedimiento sancionador se sustenta en su enfoque garantista. El objeto es asegurar que no exista un desvío de poder por parte de la Administración pública. Sin embargo, en ocasiones esto es incomprendido por los operadores, quienes únicamente aprecian el procedimiento sancionador como un paso previo y necesario para imponer una sanción administrativa, lo que representa desconocer en el fondo la disciplina y los límites del derecho administrativo sancionador.

Para los profesores Manuel Rebollo Ruiz y Diego Vera Jurado (2021), el derecho administrativo sancionador es

aquella rama dentro del derecho administrativo que regula el ejercicio por parte de las administraciones públicas de su potestad sancionadora y las correspondientes garantías de los ciudadanos. Ya que se acepta una extensa potestad sancionadora de la Administración, como una especie de compensación, se la ha sometido a estrictos límites relativos a su forma y condiciones de ejercicio. Así, las sanciones administrativas tienen un régimen peculiar dentro del conjunto de la actividad de las administraciones públicas que se caracteriza por ofrecer más garantías a los ciudadanos que las que tienen entre otros tipos de actuaciones administrativas: unas garantías parcialmente similares a las del derecho penal y procesal penal. (p. 202)

Al reflexionar sobre sus límites y garantías, el profesor Alejandro Nieto (2012) señala que

la concepción autónoma de la potestad administrativa sancionadora no autoriza, con todo, su desarrollo arbitrario, despótico, puesto que al estar encajada en el *ius puniendi* general del Estado implica dos limitaciones de ejercicio: por un lado, que ha de estar sometido a las reglas de este, de nivel superior, incluidas las constitucionales; y, por otro, que está también sometido, como todos los actos de las administraciones públicas, al control superior de los tribunales contencioso-administrativos. Se trata, en definitiva, de una potestad de ejercicio limitado y, además, controlado *a posteriori*. Limitado por reglas materiales establecidas por el Poder Legislativo (principio de legalidad) y también formales, al tener que ajustarse a un procedimiento igualmente preestablecido por ley. (p. 122)

La potestad sancionadora está a cargo de la Administración pública. Si bien es única, esta se disgrega en desemejantes sectores del Estado producto de la diversidad del aparato público. La potestad sancionadora es otorgada a una determinada entidad por mandato de la ley o norma con rango de ley.

La noción del principio de legalidad, en su vertiente más estricta, consiste en que la ley o norma con rango de ley es la que otorga la competencia a una entidad para que pueda ejercer la potestad sancionadora, mientras que, en su vertiente amplia, significa que nadie puede ser sancionado por infracciones que, al momento de cometerse, no constituyan infracción administrativa. Sobre la vertiente estricta del principio de legalidad, el profesor José Esteve Pardo (2019) afirma que “la atribución de la potestad sancionadora a la Administración ha de realizarse por norma con rango de ley. No es posible, por tanto, la autoatribución de esa potestad por una norma reglamentaria de la propia Administración” (p. 409).

La Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo 004-2019-JUS, el 25 de enero del

2019, recoge la misma interpretación estricta del principio de legalidad en el numeral 1 del artículo 248:

Solo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.

Esta interpretación se aplica igualmente a los procedimientos sancionadores, disciplinarios y éticos. La potestad para sancionar debe ser conferida por ley o norma con rango de ley. En esa línea, merece especial atención el Informe Jurídico 016-2020-JUS/DGDNCR de la Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2020), el cual ha precisado que la atribución de la potestad sancionadora a una entidad u órgano público, ya sea en el ámbito ético o disciplinario, debe ser expresa, no implícita y debe brindarse por una ley o norma con rango de ley. En esa línea, el Informe recalca también que dicho reconocimiento expreso debe dejar de lado cualquier razonamiento que busque inaplicar el principio de legalidad a un procedimiento disciplinario y ético.

2.2. Susalud y su potestad sancionadora en materia de salud

El Decreto Legislativo 1158, del 6 de diciembre del 2013, dispone medidas destinadas al fortalecimiento y cambio de denominación de la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud (Sunasa) (Decreto Legislativo 1158, art. 10). Esta norma con rango de ley atribuye potestad sancionadora a Susalud sobre

toda acción u omisión que afecte: i) el derecho a la vida, la salud, la información de las personas usuarias de los servicios de salud y la cobertura para su aseguramiento; y ii) los estándares de acceso, calidad, oportunidad, disponibilidad y aceptabilidad con que dichas prestaciones sean otorgadas. (art. 10)

No obstante, como se indica en la segunda disposición complementaria final y en la quinta disposición final transitoria del Decreto Legislativo 1158, la potestad sancionadora de Susalud únicamente tendría vigencia desde la aprobación de los documentos de gestión, como el Reglamento de Organización y Funciones y el Cuadro de Asignación de Personal; además, de la necesaria constitución del Tribunal de Susalud, como máximo órgano administrativo resolutorio en los procedimientos sancionadores. Adicionalmente, se señala que debería aprobarse una norma reglamentaria que determine la transferencia de funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) a Susalud, respecto a la potestad sancionadora y las medidas correctivas por infracciones relativas a la protección de los usuarios en la relación de consumo de servicios de salud.

Con la aprobación de todos los documentos de gestión, la creación del Tribunal de Susalud y la emisión del Decreto Supremo 026-2015-SA, norma del 12 de agosto del 2015 que aprueba el reglamento del procedimiento de transferencia de funciones del Indecopi a Susalud, esta última adquiere competencia para conocer las infracciones cometidas a partir del 14 de agosto de dicho año. Las infracciones anteriores a dicha fecha permanecen bajo la competencia de Indecopi hasta su conclusión en la vía administrativa.

A la fecha, Susalud cuenta con la potestad sancionadora para reprimir toda acción u omisión de las instituciones administradoras de fondos de aseguramiento en salud (IAFAS), las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPRESS) y las unidades gestoras de IPRESS (UGIPRESS), que afecten el derecho a la salud de los consumidores y usuarios de los servicios de salud (Decreto Legislativo 1158, arts. 5-6). La primera categoría incluye a las instituciones públicas, privadas o mixtas que administran recursos destinados al financiamiento de prestaciones de salud o que ofrecen coberturas de riesgos de salud. La segunda categoría abarca los establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo, así como todo servicio auxiliar o complementario. Finalmente, la tercera categoría comprende las unidades administrativas que gestionan recursos destinados al funcionamiento de la IPRESS.

El procedimiento sancionador de Susalud tiene una estructura definida, en caso sea el procedimiento trilateral sancionador o el procedimiento administrativo sancionador puro. El primero se genera por una contienda entre administrados en el que la Administración es un tercero que resuelve la controversia administrativa, por ejemplo, una denuncia administrativa presentada por un usuario contra una aseguradora por no brindar la cobertura ofrecida en la póliza. El segundo se inicia únicamente por decisión de la Administración pública; por ejemplo, si la entidad prestadora de salud no actualiza el registro de afiliados en los plazos de ley, lo que genera que se le inicie un procedimiento administrativo sancionador por no actualizar dicho registro.

Si bien el procedimiento sancionador siempre se inicia de oficio, se ha generado esta diferenciación de los procedimientos especiales: procedimiento trilateral sancionador o procedimiento administrativo sancionador. En caso se esté frente a un procedimiento trilateral, la Intendencia de Protección de Derechos en Salud (IPROT) recepciona las denuncias de los usuarios. Luego de su recepción, se encarga de realizar actos de investigación, por lo que solicita información a la denunciada, como, por ejemplo, historias clínicas, contratos y condiciones generales y particulares del contrato, cartas de garantía rechazadas, liquidaciones realizadas, cargos de remisión de documentos al usuario, entre otros. Esta dependencia tiene un plazo definido para emitir su informe de intervención¹.

1 El Decreto Supremo 002-2019-SA regula que el informe de intervención se emita en un plazo no mayor a los veinticinco días hábiles una vez recibida la denuncia.

Si bien aún no se ha iniciado ningún procedimiento trilateral sancionador con las labores de la IPROT, resulta innegable la relevancia de su función, debido a que en su informe de intervención concluye si existen indicios o no de algún incumplimiento normativo del administrado denunciado. Este informe es luego recepcionado por la Intendencia de Fiscalización y Sanción (IFIS), oficina que evalúa para iniciar o no el procedimiento trilateral sancionador.

La IPROT es parte del procedimiento especial establecido por Susalud. Su actuación no debe limitarse o restringirse, ya que hacerlo significaría vulnerar el debido procedimiento. Por mandato de la Resolución de Superintendencia 014-2021-SUSALUD/S, del 16 de marzo del 2021, la cual establece los lineamientos para la tramitación de denuncias presentadas en el marco del Reglamento de Reclamos y Denuncias de Susalud, se faculta a la IFIS a poder realizar actuaciones previas con el objeto de determinar, con carácter previo, circunstancias que justifiquen el inicio de un procedimiento sancionador. Esto no implica, sin embargo, que la IFIS sustituya la labor de la IPROT, debido a que la IFIS debe acoger su recomendación, de forma total o parcial, o bien debe apartarse. Por otro lado, cuando se esté frente a un procedimiento administrativo sancionador, la IPROT podría remitir el expediente directamente a la IFIS para un inicio del procedimiento, por ejemplo, en casos en los que los administrados denunciados no entreguen información dentro del plazo a su despacho, producto de las denuncias de los usuarios.

De igual modo, la Intendencia de Investigación y Desarrollo podría remitir el caso a la IFIS para el inicio de un procedimiento sancionador cuando no se ha actualizado información de los afiliados en el registro de afiliados, u otros sistemas de información que maneja Susalud. También, se podrían iniciar procedimientos sancionadores producto de una supervisión o vigilancia a una IAFAS, IPRESS o UGIPRESS, cuando se advierta presuntas infracciones por parte de la Intendencia de Supervisión de las IAFAS, de la Intendencia de Supervisión de las IPRESS y de la Intendencia de Promoción de Derechos en Salud.

La IFIS, como órgano instructor, emite la resolución de inicio del procedimiento sancionador o trilateral sancionador, en el cual imputa los cargos, señala las normas vulneradas, indica la norma tipificadora, la posible sanción, realiza un análisis del caso y establece que la Superintendencia Adjunta de Regulación y Fiscalización (SAREFIS) será el órgano resolutor. La IFIS otorga diez días hábiles para presentar descargos al administrado, plazo que puede ser prorrogado por días hábiles adicionales. Luego, la IFIS emite su informe final de instrucción, en un plazo de treinta días hábiles, en el que recomienda sanción o absolución. La SAREFIS notifica el informe final de instrucción a los administrados, y se tiene un plazo de cinco días para presentar los alegatos escritos, con la posibilidad de solicitar el uso de la palabra. Una vez concluido el plazo, la SAREFIS tiene hasta treinta días hábiles para emitir su resolución final.

Finalmente, frente a esta resolución final del órgano resolutor, se podrá presentar el recurso de apelación, el mismo que deberá ser resuelto por el Tribunal de Susalud, el cual, antes de resolver, pondrá en conocimiento a la contraparte por un plazo de dos días hábiles, con la posibilidad de solicitar ambas partes el uso de la palabra. La conducción del procedimiento sancionador no puede ser indeterminada. En esa línea, surgen dos figuras esenciales que buscan restringir la omisión o desidia de los operadores, con el objeto de limitar en el tiempo la potestad para determinar la responsabilidad administrativa a los administrados. Estas dos figuras jurídicas son la prescripción y la caducidad, respectivamente.

3. LA PRESCRIPCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR DE SUSALUD

3.1. La prescripción para determinar infracciones administrativas

Salvador Dalí decía que “el tiempo es una de las pocas cosas importantes que nos quedan”. El tiempo resulta ser una garantía esencial en los procedimientos sancionadores. Nadie puede estar involucrado en un procedimiento sancionador eternamente.

El inciso 13 del artículo 139 de la Constitución Política reconoce que la prescripción produce los efectos de cosa juzgada. El Tribunal Constitucional peruano —al comentar esta garantía de la función jurisdiccional— ha señalado que

desde un punto de vista general, es la institución jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones. Y, desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al *ius puniendi*, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de ella. Es decir, que mediante la prescripción se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con ello, la responsabilidad penal del supuesto autor o de sus autores. (Tribunal Constitucional, 2005)

La prescripción es una garantía para el administrado; una garantía que simboliza que la Administración pública no tendrá el poder indeterminado para sancionarlo por la comisión de una infracción cometida. La prescripción es un reflejo de la seguridad jurídica, en un sistema en el que no se puede perseguir infracciones tardías, según los límites de la ley. Alberto Binder señalaba que:

la prescripción nace del hecho de que el otorgamiento al Estado de un poder de tal intensidad implica siempre un peligro potencial a la dignidad de las personas; y un Estado de derecho debe procurar reducir al mínimo las posibilidades de afectar esa dignidad. (tal como se cita en Pastor, 1993, p. 46)

La prescripción para determinar la responsabilidad administrativa fija un límite temporal a la potestad sancionadora, debido a que debe contabilizarse la posibilidad de sancionar desde la comisión de la infracción o su cese —dependiendo de la naturaleza de la infracción— hasta la fecha máxima para sancionar que está reglada en la vía administrativa especial o general, según corresponda.

La LPAG regula la figura jurídica de la prescripción al establecer que el plazo límite para determinar la existencia de infracciones administrativas se establece en las leyes especiales. En caso ello no hubiera sido determinado, la facultad de la autoridad prescribe a los cuatro años (Decreto Supremo 004-2019-JUS, art. 252). Con relación al régimen sancionador de Susalud, el Decreto Legislativo 1158 —su norma especial de creación— no regula ningún plazo sobre la prescripción en una ley o norma con rango de ley. En consecuencia, el plazo de prescripción para determinar la responsabilidad administrativa a cargo de Susalud es de cuatro años, según el régimen general de la LPAG. La misma línea interpretativa ha sido adoptada por Susalud, ya que, en su Reglamento de Infracciones y Sanciones, se ha precisado que el plazo de prescripción es de cuatro años (Decreto Supremo 031-2014-SA, art. 8).

La LPAG establece que la prescripción es declarada de oficio y da por concluido el procedimiento sancionador. El administrado puede plantear la prescripción como vía de defensa y la autoridad debe resolverla sin más trámite que la constatación de los plazos (Decreto Supremo 004-2019-JUS, art. 252). La autoridad administrativa podrá remitir el caso al secretario técnico de procedimientos administrativos disciplinarios, para que se inicien las investigaciones por la inacción de los servidores.

Al analizar la prescripción para determinar la existencia de infracciones administrativas, lo primero a examinar es la naturaleza de la infracción. La LPAG regula las siguientes: infracciones instantáneas, infracciones instantáneas de efectos permanentes, infracciones permanentes, e infracciones continuadas. Las infracciones instantáneas y las instantáneas con efectos permanentes son conductas que se cometen y consuman en un solo acto. Solo se diferencian en que, en la segunda, los efectos de la infracción persisten en el tiempo. El plazo de prescripción se contabiliza desde la fecha de comisión de la supuesta infracción administrativa. Por su parte, las infracciones permanentes son aquellas conductas reprochables que permanecen en el tiempo. La conducta es la que permanece en el tiempo, no los efectos. La contabilización de la prescripción se inicia desde el día en que la acción reprochable cesa. En cambio, las infracciones continuadas tienen su origen en el derecho penal y encuentran una respuesta a las diversas conductas infractoras. La prescripción se contabiliza desde la última comisión de la infracción.

Sobre el particular, el Acuerdo Plenario de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, realizado en la ciudad de Ica (Pleno Jurisdiccional Penal Nacional, 1998), fijó

lineamientos sobre estos delitos, los mismos que podríamos emplear para el derecho administrativo sancionador. Al respecto, el Acuerdo establecía que

Los hechos consumados en un solo acto deben reputarse como delitos instantáneos, independientemente de la permanencia en el tiempo que puedan mostrar sus efectos. Debe estimarse el hecho como delito continuado si él consiste en varias infracciones a la ley que responden a una única resolución criminal fraccionada en su ejecución ... debe estimarse el hecho como un delito permanente si, producida la consumación, esta se mantiene en el tiempo durante un periodo cuya duración está puesta bajo la esfera del dominio del agente. (Pleno Jurisdiccional Penal Nacional, 1998)

Conociendo ya desde cuándo se contabiliza la prescripción, debe precisarse que el plazo prescriptorio puede suspenderse. La LPAG únicamente establece un único supuesto para suspender el plazo de prescripción: con la notificación del inicio del procedimiento administrativo sancionador que contenga los cargos imputados (Decreto Supremo 004-2019-JUS, art. 252). La norma es literal al regular este único supuesto de suspensión de plazos. La suspensión no es indeterminada. La misma ley establece que el cómputo deberá reanudarse inmediatamente si el trámite del procedimiento sancionador se mantiene paralizado por más de veinticinco días hábiles, por causa no imputable al administrado (art. 252).

La LPAG primigeniamente recogía el término *interrupción*, y no el de *suspensión*. El primero significa que, fenecida la interrupción, el plazo vuelve a contabilizarse desde el inicio. En cambio, el segundo implica que, levantada la suspensión, el plazo transcurrido se mantiene y continúa su contabilización. Al respecto, Mendoza Antonioli (2021) señala que

siempre desde la perspectiva civilista, la interrupción del plazo genera que este regrese a cero y que vuelva a correr desde el inicio. En tanto que, con la suspensión, el plazo solo se paraliza y la cuenta vuelve a reanudarse una vez que se supera aquello que originó la paralización. Este problema se solucionó definitivamente con la modificación efectuada en el año 2008 por el Decreto Legislativo 1029 que reemplazó la palabra *interrupción* por la de *suspensión*, eliminando así toda duda respecto al tratamiento que se debe dar al plazo de prescripción cuando se inicia un procedimiento administrativo sancionador. (p. 66)

Susalud no puede prolongar sus actuaciones más allá de sus plazos legales, debido a que hacerlo significa una paralización, la misma que no debe ser imputable al administrado. Es decir, si culminado el plazo de treinta días hábiles del órgano instructor y vencido el plazo para presentar descargos, la IFIS no logra emitir su informe final de instrucción dentro del plazo, se cae en una paralización. Si esta paralización es mayor a veinticinco días hábiles, se genera la reanudación del plazo de prescripción. También, en caso el órgano resolutor, la SAREFIS, no notifique en el término de cinco días hábiles el

informe final de instrucción, el cual contiene la recomendación de sanción o absolución del órgano instructor, entonces se produce una paralización. De ser esta mayor a veinticinco días hábiles, se produce la reanudación del plazo de prescripción. Asimismo, una vez notificado el informe final de instrucción y finalizado el plazo para presentar los alegatos escritos respectivos por parte del administrado, si la SAREFIS no emite su pronunciamiento en un plazo de treinta días hábiles, se produce una paralización, la cual, en caso de ser mayor a veinticinco días hábiles, genera la reanudación del plazo de prescripción. Lo mismo sucede cuando en los alegatos escritos se solicita el uso de la palabra (audiencia), pero la SAREFIS no emite su pronunciamiento en el plazo de treinta días hábiles, hecho que genera una paralización, la que al superar los veinticinco días hábiles reanuda el plazo prescriptorio.

Una vez reanudado el plazo de prescripción, este reanudará su contabilización. De ser este el caso, la Administración pública no puede suspenderlo nuevamente, así se notifiquen nuevas actuaciones en el procedimiento sancionador, ya que la única forma de suspenderlo es la notificación del inicio del procedimiento sancionador con la imputación de cargos, no con otras actuaciones.

El Tribunal de Susalud ha adoptado esta posición en su línea interpretativa. Una interpretación diferente sería contradecir a la LPAG; además, una interpretación que se aleje de esta propiciaría una conducta maliciosa y poco ética de parte de los servidores, toda vez que implicaría que, una vez reanudado el plazo de prescripción, con cualquier actuación de mero trámite se podría suspender nuevamente el procedimiento sancionador, lo que significaría actuar fuera del marco de la ley. En caso los órganos del procedimiento sancionador, como la IFIS y la SAREFIS, procedan en sus plazos y no caigan en paralizaciones mayores a los veinticinco días hábiles, entonces la contabilización del plazo de prescripción no se reanudará, debido a que el mismo seguirá suspendido.

3.2. Caso de prescripción. Resolución 284-2023-SUSALUD-TRI-TSE

En el caso objeto de pronunciamiento de la Resolución 284-2023-SUSALUD-TRI-TSE, el usuario denunció a dos IAFAS, a la entidad prestadora de salud y a la aseguradora, debido a que, en una IPRESS, el 14 de febrero de 2018, se le negó el financiamiento de cuatro ampollas de Omeprazol de 40 mg, por lo que el propio afiliado tuvo que pagar el monto de ellas. Producto de este hecho, se denunció a ambas IAFAS por negativa de cobertura a pesar de las obligaciones contractuales asumidas.

Las denunciadas solicitaron la prescripción para determinar la responsabilidad administrativa ante la SAREFIS. Sin embargo, el órgano resolutor de primera instancia rechazó la solicitud y se pronunció sobre el fondo, sancionando individualmente a la entidad prestadora de salud y a la aseguradora con 59 UIT, lo que generó que se presente un recurso de apelación, para conocimiento y decisión del Tribunal de Susalud.

El Tribunal de Susalud resolvió declarando la prescripción de la potestad sancionadora y anulando el pronunciamiento de primera instancia administrativa, debido a que la IFIS no cumplió con emitir su informe final de instrucción a los treinta días hábiles. Al haberse extralimitado el plazo de paralización de veinticinco días hábiles, se reinició el plazo de prescripción. Esto generó que, a pesar de las actuaciones posteriores (como la notificación de la SAREFIS del informe final de instrucción, los alegatos escritos de los administrados, el informe oral y la decisión de primera instancia), todas se habrían producido cuando el plazo de prescripción se había reiniciado, superándose los cuatro años de la comisión de la infracción.

El pronunciamiento del Tribunal de Susalud es trascendental debido a que, con su aplicación, reitera que la única manera de suspender las actuaciones se produce con el inicio del procedimiento sancionador y la imputación de cargos. Así, el plazo de prescripción puede iniciar un nuevo conteo, y no suspenderse, por más que diversas actuaciones de los órganos de Susalud se realicen.

4. LA CADUCIDAD ADMINISTRATIVA EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR DE SUSALUD

4.1. La caducidad administrativa en el procedimiento sancionador de Susalud

La Administración pública tiene la obligación de impulsar de oficio sus procedimientos para concluirlos en los plazos máximos de duración. Es una obligación legal instruirlos y resolverlos dentro del plazo. Sin embargo, no es extraño que, por inacción de la misma Administración, los procedimientos sancionadores se prolonguen; en ocasiones debido a la ausencia de capital humano, ante la sobrecarga laboral, y, en otras, debido a indiferencia. Sea cual sea la razón, los administrados no pueden ser los que asuman las consecuencias por la inacción de la Administración. No por nada se ha llegado a afirmar en la doctrina que los procedimientos administrativos cuentan con “una válvula de seguridad introducida, que permite darlos por terminados cuando quien los promueve pierde interés por los mismos. Esa pérdida de interés se mide por el dato objetivo de la falta de actuaciones en determinados plazos” (Caballero Sánchez, 1999, p. 169).

Los juristas Gómez Tomillo y Sanz Rubiales (2010) afirman que el solo paso del tiempo inhabilita legalmente a la autoridad administrativa para proseguir con el procedimiento administrativo sancionador iniciado, sin importar la etapa en que se encuentre; o, exigir la resolución de sanción dispuesta y aún no notificada oportunamente (p. 771). Por su parte, los profesores Manuel Rebollo Puig y Diego Vera Jurado (2021) afirman que

como todo procedimiento administrativo, el sancionador ha de sustanciarse en un determinado plazo máximo que será el fijado en la norma que en cada caso lo regule ... La superación del plazo máximo sin notificación de la resolución comporta la caducidad automática del procedimiento sancionador. (p. 241)

La caducidad administrativa se diferencia de la prescripción de determinar la responsabilidad administrativa. La diferencia está en que, en la caducidad, el análisis es el aspecto adjetivo del procedimiento sancionador, es decir, se analiza la inacción desde la notificación de la resolución de inicio del procedimiento sancionador que contenga la imputación de cargos, no pudiendo suspenderse dicho plazo. En cambio, en la prescripción, el análisis es el aspecto sustantivo, ya que el estudio recae desde la comisión o cese de la infracción, dependiendo de la naturaleza de la infracción administrativa; se puede suspender el plazo de prescripción con la notificación del procedimiento sancionador que acompaña a la imputación de cargos. Asimismo, incluso, el plazo se reanuda con la inactividad de la Administración pública.

Podría concluirse que, en un procedimiento sancionador se contabilizará la prescripción desde la fecha de la infracción, pero la caducidad, desde la notificación del inicio del procedimiento con la imputación de cargos. El hecho de que caduque el procedimiento sancionador no significará que haya prescrito, por lo que —siempre que no prescriba— se podrá iniciar un nuevo procedimiento sancionador.

Hay que tener presente que, para la LPAG, un procedimiento caducado no interrumpe la prescripción. Es decir, según esta, la notificación de la resolución de inicio del procedimiento sancionador por caducidad no suspende el plazo de prescripción. Una vez prescrita la potestad sancionadora, no podrá iniciarse un nuevo procedimiento sancionador. La LPAG regula la caducidad administrativa y señala que

El plazo para resolver los procedimientos sancionadores iniciados de oficio es de nueve (9) meses contados desde la fecha de notificación de la imputación de cargos. Este plazo puede ser ampliado de manera excepcional, como máximo por tres (3) meses, debiendo el órgano competente emitir una resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación del plazo, previo a su vencimiento. (Decreto Supremo 004-2019-JUS, art. 259)

Transcurrido el plazo, el procedimiento sancionador caduca automáticamente.

Sobre la caducidad administrativa, Susalud no regula nada sobre el particular en una ley o norma con rango de ley, por lo que su procedimiento sancionador sigue lo regulado en la LPAG por el Decreto Legislativo 1272, del 8 de junio del 2017, el mismo que incorpora la figura de la caducidad.

Esta omisión normativa no ha sido un limitante para que el Tribunal de Susalud emita, el 23 de noviembre del 2018, un precedente vinculante sobre la materia mediante el Acuerdo 007-2018. Dicho acuerdo fija como precedente que únicamente la caducidad se aplica a los procedimientos administrativos sancionadores iniciados de oficio (procedimientos administrativos sancionadores puros), no aplicándose a los procedimientos trilaterales sancionadores. Adicionalmente, considera que, si un procedimiento trilateral posteriormente se reconduce como procedimiento

sancionador puro, a este también se le aplica la caducidad administrativa (Tribunal de la Superintendencia Nacional de Salud, 2018). El Tribunal de Susalud fundamenta su posición en que la LPAG está regulada exclusivamente para los procedimientos sancionadores, y no para los procedimientos trilaterales sancionadores. Así, en Susalud se conducen mayoritariamente procedimientos trilaterales que inician por la denuncia de los usuarios de los servicios de salud, por lo que en estos casos no se aplicaría la caducidad, según la interpretación del Tribunal de Susalud.

El acuerdo del Tribunal de Susalud es controversial. Principalmente, si se tiene en consideración que todo procedimiento sancionador inicia de oficio. Además, la LPAG no regula ninguna limitación sobre la aplicación de la caducidad administrativa. Finalmente, se deja de lado las garantías de protección al administrado, generándose una discriminación entre el administrado imputado y el administrado denunciante, sin que exista una regulación que le brinde algún tratamiento diferenciado en la ley. No se respetan las garantías y condiciones mínimas de protección reguladas en la LPAG.

4.2. Caso de caducidad administrativa. Resolución 165-2023-SUSALUD/TRI-TSE

De acuerdo con la Resolución 165-2003-SUSALUD/TRI-SSE, tras una supervisión realizada por Susalud a una IPRESS, se realizaron diversos hallazgos, como que la Unidad Productora de Servicios de Salud (UPSS) de Patología Clínica no contaba con un manual de calidad, un plan de mejoramiento continuo de la calidad y, menos aún, con los indicadores respectivos. Asimismo, la UPSS no contaba con cuarto de limpieza, vestidores ni servicios higiénicos para el personal, entre otros. Así, se inició el procedimiento administrativo sancionador, pero, ya que no se resolvió dentro de los nueve meses, esto generó que el procedimiento se amplíe con antelación por tres meses adicionales motivadamente. No obstante, no se cumplió con la emisión de la resolución final de primera instancia dentro de los doce meses, lo que provocó la caducidad del procedimiento sancionador.

5. CONCLUSIONES

La prescripción para determinar responsabilidad administrativa y la caducidad son figuras jurídicas aplicables a los procedimientos sancionadores, ya que la potestad para instruir y sancionar no puede ser perpetua. Ambas figuras limitan el uso abusivo de la potestad sancionadora de los operadores y sanciona su negligencia en la gestión de estos procedimientos.

Susalud, como organismo encargado de la protección y defensa de los derechos en salud, cuenta con potestad sancionadora para reprimir toda acción u omisión de las IAFAS, IPRESS y UGIPRESS. No obstante, esta también se encuentra limitada temporalmente por la prescripción y la caducidad administrativas. Susalud aplica la prescripción para

determinar la responsabilidad administrativa de cuatro años a sus procedimientos administrativos puros y procedimientos trilaterales. Los órganos instructor y resolutor, la IFIS y la SAREFIS, deben cumplir con sus funciones dentro de los plazos; y, en caso de no respetarlos, no deben caer en paralizaciones mayores a los veinticinco días hábiles, debido a que, de hacerlo, se reanuda el plazo de prescripción, previamente suspendido con la notificación de inicio del procedimiento sancionador con la imputación de cargos. Disímil proceder se presenta con la caducidad administrativa, pues Susalud la aplica únicamente a los procedimientos administrativos puros, no a los trilaterales, según el controvertido precedente vinculante adoptado en el Acuerdo 007-2018 por el Tribunal de Susalud (2018).

La prescripción se contabiliza desde la comisión o cese de la infracción, dependiendo de su naturaleza (instantáneas, instantáneas de efectos permanentes, permanentes, y continuadas). En cambio, la caducidad administrativa se cuenta a partir de la notificación del inicio del procedimiento sancionador con la imputación de cargos; por esta razón, los nueve meses se analizan desde esa fecha y se pueden prorrogar motivadamente por tres meses adicionales.

En general, Susalud cuenta con una regulación semejante a la de la LPAG en cuanto a la prescripción y la caducidad administrativas. Esto resulta positivo, debido a que refuerza la predictibilidad del sistema y el pleno respeto a las garantías del administrado. La prescripción y la caducidad son figuras esenciales en el ejercicio de la potestad sancionadora. No todo puede ser eterno, menos en un procedimiento especial como el sancionador puro y el trilateral. En términos cristianos, la eternidad solo es la de arriba, la de Dios.

REFERENCIAS

- Caballero Sánchez, R. (1999). *Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo*. McGraw-Hill Interamericana.
- Constitución Política del Perú. Art. 7. 29 de diciembre de 1993 (modificado el 11 de diciembre del 2024) (Perú).
- Constitución Política del Perú. Art. 9. 29 de diciembre de 1993 (Perú).
- Constitución Política del Perú. Art. 10. 29 de diciembre de 1993 (Perú).
- Constitución Política del Perú. Art. 11. 29 de diciembre de 1993 (Perú).
- Constitución Política del Perú. Art. 65. 29 de diciembre de 1993 (Perú).
- Constitución Política del Perú. Art. 139. 29 de diciembre de 1993 (Perú).
- Decreto Legislativo 1158. Por el cual se disponen medidas destinadas al fortalecimiento y cambio de denominación de la Superintendencia Nacional de Aseguramiento

- en Salud [Presidencia de la República]. 6 de diciembre del 2013. Diario Oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1091458>
- Decreto Legislativo 1272. Por el cual se modifica la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, y se deroga la Ley 29060, Ley del Silencio Administrativo. [Presidencia de la República]. 8 de junio del 2017.
- Decreto Supremo 004-2019-JUS. Por medio del cual se aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General [Ministerio de Justicia y Derechos Humanos]. 25 de enero del 2019. Diario Oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1226958>
- Decreto Supremo 026-2015-SA. Por medio del cual se aprueba el reglamento del procedimiento de transferencia de funciones de Indecopi a la Superintendencia Nacional de Salud [Ministerio de Salud]. 12 de agosto del 2015. Diario Oficial El Peruano. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1039871/026-2015-SA.pdf?v=1595962454>
- Decreto Supremo 031-2014-SA. Por medio del cual se aprueba el Reglamento de Infracciones y Sanciones de la Superintendencia Nacional de Salud [Ministerio de Salud]. 6 de noviembre del 2014. Diario Oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1114648>
- Esteve Pardo, J. (2019). *Lecciones de derecho administrativo* (10.ª ed.). Marcial Pons.
- Gómez Tomillo, M., & Sanz Rubiales, Í. (2010). *Derecho administrativo sancionador. Parte general: teoría general y práctica del derecho penal administrativo* (2.ª ed.). Thomson Reuters; Aranzadi.
- Gordillo, A., Flax, G., Loianno, A., Gordo, G. A., López Alfonsín, M., Ferreira, M., Tambussi, C. E., & Rondanini, A. (2007). *Derechos humanos* (6.ª ed.). Fundación de Derecho Administrativo.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2020). Informe Jurídico 016-2020-JUS/DGDNCR [Acerca de la sistematización de normas y jurisprudencia publicadas en el Diario Oficial El Peruano].
- Mendoza Antonioli, D. (2021). La prescripción de la facultad para determinar infracciones administrativas. *Advocatus*, 41, 63-70. <https://doi.org/10.26439/advocatus2021.n041.5651>
- Nieto, A. (2012). *Derecho administrativo sancionador* (5.ª ed.). Tecnos.
- Pastor, D. R. (1993). *Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal*. Editores del Puerto.
- Pleno Jurisdiccional Penal Nacional. (1998). Acuerdo Plenario de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia [Por el cual se acuerda proponer, a los poderes públicos, una modificación legislativa a fin de instaurar el juicio oral en todos los delitos].

lca. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/fe72148043eb780b936ad34684c6236a/II_PLENO_JURISDICCIONAL_PENAL_1998.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=fe72148043eb780b936ad34684c6236a

Rebollo Puig, M., & Vera Jurado, D. J. (2021). *Derecho administrativo. Tomo II. Régimen jurídico básico y control de la administración* (4.ª ed.). Tecnos.

Resolución 165-2023-SUSALUD/TRI-SSE [Superintendencia Nacional de Salud]. Por la cual se declara la nulidad de la Resolución Final en el procedimiento trilateral sancionador por ser contraria a ley. 19 de mayo del 2023. <http://app20.susalud.gob.pe:8080/wb-tribunal/getFicha.htm?urlArch=/d/d/workspace/SpacesStore/ca084a9f-dc62-486f-ac02-d27852a6bbf9/202311280243285.pdf>

Resolución 284-2023-SUSALUD/TRI-TSE [Tribunal de la Superintendencia Nacional de Salud]. Por el cual el tribunal se pronuncia sobre la prescripción de una denuncia a institución administradora de fondos de aseguramiento en salud.

Resolución de Superintendencia 014-2021-SUSALUD/S [Superintendencia Nacional de Salud]. Por la cual se aprueban lineamientos para la tramitación de las denuncias presentadas en el marco de lo establecido en el Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 002-2019-SA. 16 de marzo del 2021. <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/1938834-1>

Tribunal Constitucional. (2005). Sentencia 1805-2005-HC/TC. Sala Segunda. Lima, 29 de abril del 2005. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01805-2005-HC.html>

Tribunal de la Superintendencia Nacional de Salud. (2018). Acuerdo 007-2018 [Por el cual se acuerda establecer un precedente administrativo de observancia obligatoria sobre la aplicación de la caducidad en el procedimiento trilateral sancionador]. Lima, 23 de noviembre del 2018. <https://portal.susalud.gob.pe/blog/precedentes-administrativos/>

ASIMETRÍA DE LA INFORMACIÓN: REFLEXIONES EN TORNO A LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA

FABIANA SEVILLANO ONO*
Universidad de Lima, Perú

VALENTINO MAMANI ESCAJADILLO**
Universidad de Lima, Perú

Recibido: 12 de agosto del 2024 / Aceptado: 15 de noviembre del 2024

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2024.n59.7395>

RESUMEN. La publicidad engañosa no solo constituye un acto de competencia desleal, también vulnera los derechos del consumidor y deteriora la confianza en el mercado. Al exponer información incompleta o falsa, ya sea para influir en la decisión de compra, ocultar la mala calidad de los productos o como parte de una estrategia comercial, las empresas generan incertidumbre y colocan al consumidor en una posición de desventaja. En este artículo se analiza cómo, a través de casos emblemáticos ocurridos a nivel nacional, la publicidad engañosa ha afectado la relación entre empresas y consumidores. El enfoque se realiza desde dos perspectivas jurídicas fundamentales: la teoría del acto jurídico en el derecho civil, que examina la validez y consecuencias de los actos celebrados bajo información falsa o incompleta, y el delito de estafa en el derecho penal, que sanciona estas prácticas cuando constituyen un fraude. Ambas perspectivas subrayan cómo estas acciones vulneran el deber de información y la garantía de idoneidad, lo que afecta los derechos fundamentales del consumidor.

PALABRAS CLAVE: derechos del consumidor / publicidad engañosa / estafa / acto jurídico

* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Perú. Miembro de la Comisión de Investigación y Contenido del Círculo de Estudios de Derecho Civil.

** Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Perú. Practicante en Chipana Catalán Abogados. Coordinador en el Círculo de Estudios de Derecho Civil.

ASYMMETRIC INFORMATION: REFLECTIONS ON MISLEADING ADVERTISING

ABSTRACT. Misleading advertising is not only an act of unfair competition but also a violation of consumer rights, undermining trust in the marketplace. By disseminating incomplete or inaccurate information, whether to influence purchasing decisions, conceal product defects, or as part of a broader commercial strategy, businesses generate uncertainty and place consumers at a clear disadvantage. This article examines the impact of misleading advertising on the business-consumer relationship through an analysis of significant national cases. The study adopts two essential legal frameworks: the theory of legal act in Civil Law, which addresses the validity and enforceability of contracts formed under misleading or insufficient information, and the offense of fraud in Criminal Law, which sanctions such practices when they constitute criminal deception. Both approaches highlight how these actions breach the duty to provide clear, accurate information and the obligation to ensure product quality, ultimately violating fundamental consumer protection laws.

KEYWORDS: consumer rights / misleading advertising / scam / legal act

1. INTRODUCCIÓN

La ciencia jurídica, como toda ciencia que se ocupa de las humanidades, no debe estar alejada de la realidad. En ese sentido, en este artículo se abordan los derechos del consumidor como un ideal y se los contrasta con casos en los que se han transgredido tales derechos a nivel nacional. Este análisis casuístico tiene como objetivo la consolidación o posible escisión entre los hechos y el ordenamiento que tutela al consumidor. La asimetría de información es un común denominador en los casos a exponer, la que se evidencia como carácter inherente a la publicidad de productos. No es erróneo decir que el accionar empresarial, desde una publicidad engañosa, crea un desequilibrio en la posición del consumidor, pues la elección de un producto, con una voluntad viciada en error, no es realmente lo que el consumidor desea y obtiene. Es así que se desprende cómo la publicidad engañosa viola principios fundamentales de la convivencia social, tal es el caso de la buena fe. A través de las siguientes páginas, se presentarán reflexiones sobre el impacto de la publicidad engañosa en el ámbito social y en el ámbito jurídico, a partir de la prerrogativa sobre qué se espera de la relación entre empresas y consumidores.

2. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

En el año 2020, la empresa Clorox Perú S. A. fue sancionada con treinta unidades impositivas tributarias (UIT), equivalente a S/ 129 000, por promocionar su producto Quitamanchas Blanco Supremo, de la línea para ropa, como apto para todo tipo de telas blancas, cuando —en sus propiedades— se establecía que no podía ser usado sobre lana o seda, lo que afectaba a todos los usuarios que, debido a su característica distintiva y funcional, habían adquirido esta presentación (Redacción Diario Correo, 2022). El Quitamanchas Blanco Supremo de Clorox, de la línea para ropa, fue promocionado con estas características, calificado como apto por la empresa y, previamente, por los consumidores, quienes fueron inducidos a error en la compra.

El caso que precede este párrafo es un ejemplo de publicidad engañosa ocurrido en nuestro país no hace muchos años, aunque se pensaría que, con el auge de las *fake news*, las empresas buscarían garantizar la confianza en su relación con el consumidor, por lo que existe, a nuestro criterio, la inexistencia de un interés para subsanar ese quebrantamiento. La publicidad engañosa se refiere a toda comunicación difundida de forma masiva hacia un público con la intención de inducirlo a error sobre las características, condiciones y alcances de un bien o servicio (Stucchi, como se cita en Redacción Diario Correo, 2022), hechos característicos de la situación presentada con Clorox Perú S. A. en el 2020.

3. ¿CUÁNDO ESTAMOS FRENTE A PUBLICIDAD ENGAÑOSA?

La publicidad engañosa puede darse de dos maneras: por acción o por omisión. En el primer caso, la publicidad contiene información falsa o exagerada en torno a alguna característica o propiedad del producto, mientras que, en el segundo caso, se evita presentar información determinante sobre el producto, se oculta información o se presentan los datos de manera confusa o ininteligible (Vásquez & Colos, 2018).

Es importante aclarar que la publicidad por sí sola tiene dos aspectos: el subjetivo y el objetivo. En el lado subjetivo, se encuentra la intención del anunciante de generar una gran masa de consumidores y lo hará mediante la persuasión. Por otro lado, el elemento objetivo está más centrado en el producto como tal, es decir, en la información sobre este. Estos dos elementos se confabulan en la publicidad, por lo que esta tendrá dos fines relacionados: la persuasión y la información (Tello Alarcón, 2021). Entonces, hay dos conceptos clave, ya mencionados, que se examinarán para comprender las afecciones que causan la publicidad engañosa: el deber de información y la idoneidad.

4. LLAMADAS GRATIS DE POR VIDA A SOLO S/ 0,35 POR MINUTO

Una multa de 140,49 UIT fue la que recibió la empresa América Móvil S. A. C. (Claro) en el 2017, luego de afirmar en folletos y su sitio web lo siguiente: "Habla gratis para toda la vida a dos Claro móviles". Grande fue la expectativa de los consumidores de poder hablar gratis con sus contactos siempre que estén afiliados a la empresa. Sin embargo, en letras pequeñas se informaba que el costo cero sería solo por los tres primeros minutos de la llamada, luego se cobrarían S/ 0,35 por minuto (Redacción Diario Correo, 2022). Esta es una enorme contradicción.

Asimismo, se entiende como deber de información a la obligación que tiene el proveedor de presentar la información relevante y necesaria, de manera oportuna, al consumidor para que, una vez que cuente con toda la información recibida, pueda efectuar una decisión en torno a la compra del producto de manera consciente, válida y conforme a sus intereses (Tello Alarcón, 2021). Como bien establece el artículo 2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, promulgado el 1 de septiembre del 2010 en la Ley 29571, el deber de información es una obligación que solo le corresponde al proveedor. Entonces, se entiende que es este quien maneja toda la información que se ofrece a los posibles consumidores, es decir, toda la información que resulte relevante para la compra (o no) del producto o servicio para el cliente.

Por otro lado, el deber de idoneidad, como se establece en el artículo 18 del Código de Protección y Defensa del Consumidor (Ley 29571), comprende la correcta relación entre lo ofertado y lo recibido. Se refiere, entonces, a la expectativa generada y al cumplimiento (o no, como sería el caso de la publicidad engañosa) de lo ofertado al público.

Estos dos conceptos son importantes, porque resultan relevantes en el debate en torno a la publicidad engañosa como un acto contra el consumidor. Entonces, ¿debe considerarse la publicidad engañosa una infracción al deber de idoneidad, al deber de información o a ambos? Tello Alarcón (2021) sostiene que la publicidad engañosa es una afección contra el deber de idoneidad, considerando solo el objetivo de persuasión de la publicidad y apoyándose en la Directiva 001-2014/TRI-INDECOPI, promulgada el 3 de junio del 2014, y de la cual hablaremos más adelante.

5. LA FALACIA DE LA ALIMENTACIÓN NUTRITIVA

La publicidad en cuestión era la de los productos Pura Vida Nutrimax y Gloria Bonlé, en su presentación de leche evaporada, en la que se mostraban elementos que daban a entender que contenían leche de vaca, como la imagen de una vaca en el campo o vasos y cántaros con líquidos blancos, el uso del término *leche*, etcétera. Pronto, se demostró, desde un análisis químico a los componentes del producto, que se sustituía total o parcialmente lácteos con ingredientes no lácteos, por lo que promocionar este producto como leche, en verdad, era una mentira. La empresa Gloria fue sancionada con una multa de S/ 2 982 000 por los dos casos (Redacción Diario Correo, 2022).

La publicidad puede considerarse como uno de los principales medios de competencia entre empresas, ya que juega un papel importante para la adquisición de productos. Por esta razón, la publicidad engañosa resulta nociva también para la correcta competencia entre empresas. Mediante los actos publicitarios engañosos se crea una ventaja comercial a favor del que incurre en esta actividad sobre las demás empresas. Con el fin de evitar estos actos, la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal, perteneciente a Indecopi, se encarga de investigar la publicidad en busca de preservar el principio de veracidad en los actos publicitarios entre empresas. Asimismo, verifica la no realización de actos de engaño como los tipificados en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, que fue promulgada el 25 de junio del 2008 por el Decreto Legislativo 1044:

Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

En la Directiva 001-2014/TRI-INDECOPI, que tenía como fin delimitar las competencias entre la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal y los órganos

resolutivos en materia de protección al consumidor, se determinó que era una cuestión de competencia desleal lo referido a la veracidad de la información en la publicidad, mientras que la idoneidad y expectativa agredida del consumidor era competencia del órgano encargado de la protección de este.

A partir de lo señalado, se puede concluir que deben ser conocidas por el órgano resolutorio en materia de protección al consumidor correspondiente, como una infracción al deber de idoneidad, aquellas denuncias en las que concurran los siguientes elementos: (i) exista una relación de consumo preestablecida; (ii) el denunciante alegue que contrató sobre la base de la información difundida mediante la publicidad (sea este o no el único medio informativo); y, (iii) se compruebe que al consumidor se le afecta concretamente, pues recibe algo distinto a lo ofrecido. (Directiva 001-2014-TRI-INDECOPI, 2014)

Fue de esta manera que Indecopi dio a entender que el ente protector del consumidor solo actuaría cuando la expectativa generada en el público haya sido vulnerada a causa de una publicidad engañosa, lo que encierra al acto como una falta solo al deber de idoneidad.

El órgano resolutorio en materia de protección al consumidor respectivo es competente para tramitar denuncias en las cuales se invoca una afectación en concreto al consumidor derivada del incumplimiento de lo ofrecido en la publicidad, lo cual constituye una contravención al deber de idoneidad recogido en los artículos 18 y 19 del Código de Protección y Defensa del Consumidor y no una infracción al deber de información, ello sin perjuicio de las otras infracciones a dicho Código que pueden materializarse también mediante la actividad publicitaria. (Directiva 001-2014-TRI-INDECOPI, 2014)

6. TANTA EXCLUSIVIDAD COMO TODOS LOS DEMÁS

Sobre el Mundial Qatar 2022, el canal de televisión Latina promocionó su transmisión de la siguiente manera: “El evento más importante del mundo vívelo única y exclusivamente por Latina Televisión, canal oficial Qatar 2022”, “En televisión el mundial es Latina” y “Del 20 de noviembre al 18 de diciembre vive el mundial Qatar 2022 en Latina” (como se cita en Castillo, 2023). Sin embargo, fueron múltiples partidos los que no se transmitieron, lo que generó revuelta en los consumidores de este canal. En principio, no solo Latina transmitió el evento en vivo, por lo que “Vívelo única y exclusivamente por Latina Televisión” es una expresión falsa y exagerada. Por otro lado, se omitió avisar al público que no todos los partidos serían presentados. Las dos modalidades de publicidad engañosa se presentan en este caso: por acción y por omisión.

Considerar a la publicidad engañosa como un daño dirigido únicamente al deber de idoneidad es negar la estrecha relación entre la idoneidad y la información en un anuncio publicitario. La persuasión, en la publicidad, se realiza con la información del producto

(características, propiedades, alcances) que el anunciante desee usar. También es el uso indebido de esta información para publicitar que nos encontramos frente a la llamada publicidad desleal.

No debemos olvidar que, en el artículo 13 del Código de Protección y Defensa del Consumidor (CPDC), se establece que una de las finalidades del mismo, en torno a la publicidad, es proteger al consumidor de la asimetría informativa y la publicidad engañosa. El referido artículo prescribe:

La protección del consumidor frente a la publicidad tiene por finalidad proteger a los consumidores de la asimetría informativa en la que se encuentran y de la publicidad engañosa o falsa que de cualquier manera ... puedan inducirlos a error sobre el origen, la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios, limitaciones o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado Asimismo, atendiendo al impacto que la publicidad puede generar en las conductas sociales, la protección del consumidor frente a la publicidad persigue que los anuncios no afecten el principio de adecuación social, evitando que induzcan a cometer actos ilegales o anti-sociales o de discriminación u otros de similar índole. (Ley 29571 del 1 de septiembre del 2010)

Es certero considerar a este tipo de publicidad como una afección a la expectativa del consumidor, pero no debe olvidarse que esta expectativa fue generada, en principio, por la impartición de información falsa, engañosa o, en el otro caso, la falta de información. Son los datos plasmados en la publicidad los que serán determinantes o relevantes, en palabras del CPDC, para la elección del consumidor.

7. ÓPTICA DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA DESDE EL DERECHO PENAL

El italiano Carrara enseñó que el estelión o salamandra, animal de colores indefinibles que varían ante los rayos del sol, habría sugerido a los romanos el nombre de *stellionatus* como título del delito aplicable a todos los hechos cometidos en perjuicio de la propiedad ajena. Hechos que no constituyen ni verdaderos hurtos, ni verdaderos abusos de confianza, ni verdadera falsedad, pero que tienen elementos del hurto, pues atacan injustamente la propiedad ajena, del abuso de confianza, debido a que se abusa de la buena fe de otros y de la falsedad, porque a ella se llega mediante engaños y mentiras (Roy, 1983, como se cita en Salinas, 2019).

Es dable cuestionar si la ciencia penal ha tipificado a la publicidad engañosa. Partiendo de las definiciones previas en torno a la publicidad engañosa, tenemos que es una defraudación al consumidor. En ese sentido, aclaramos que antes de ser consumidor,

uno es sujeto de derecho —centro de imputación de derechos—, al cual se le ha afectado un patrimonio.

El artículo 196 del Código Penal peruano, promulgado el 8 de abril de 1991 por el Decreto Legislativo 635, prescribe lo siguiente: “El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta”. En consonancia, a nivel comparado y en una tipificación indubitable, el Código Penal español, promulgado el 23 de noviembre de 1995 por la Ley Orgánica 10/1995, prescribe en su artículo 282 lo siguiente:

Serán castigados con la pena de prisión ... los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos.

Retomando nuestra normativa, es pertinente la Casación 421-2015-Arequipa, en la cual se delimita cuatro elementos objetivos para el tipo penal de estafa, prescrito en el artículo 196 del Código Penal peruano. Los elementos que deben concurrir son los siguientes: el engaño, el error en la representación de la realidad, la disposición patrimonial y, por último, el perjuicio patrimonial (Corte Suprema de Justicia de la República, 2015, p. 6). En la misma línea, el juez Salinas relata, incluso en un estilo narrativo, la configuración del tipo penal en las siguientes palabras:

[Se] requiere primero el uso del engaño por parte del agente, acto seguido se exige que el engaño haya inducido o servido para mantener en error a la víctima y como consecuencia de este hecho, la víctima voluntariamente y en su perjuicio se desprende del total o parte de su patrimonio y lo entregue al agente en su propio beneficio ilegítimo o de tercero. (Salinas, 2019, p. 1499)

A ello agrega que “lo trascendente en este delito es que el engaño se convierte en el nexo causal ineludible que debe provocar el error en la víctima” (Salinas, 2019, p. 1499).

Sin ahondar en el pesar que aqueja al panorama de la educación superior en los últimos años¹, es relevante la siguiente situación expuesta en el Recurso de Nulidad 126-2015-Santa. En razón de un delito de estafa, se tiene en los hechos lo siguiente: las autoridades de la Universidad Privada Los Ángeles, pese al no licenciamiento de la institución, continuaron con las actividades académicas en diversas ciudades del país a

1 Esto referido a la modificatoria de los artículos 13 y 47 de la Ley 30220, así como la incorporación del artículo 15-A en la Ley de Reforma Universitaria. Uno de los resultados de esta ley fue el licenciamiento permanente de universidades, *contrario sensu* el objetivo perseguido por la sociedad en desarrollar una educación de calidad. Ahora, las casas de estudios superiores no deberán demostrar, periódicamente, sus aptitudes en el proceso formativo de profesionales en el país.

través de filiales, captando alumnos mediante engaño. De forma fraudulenta los indujeron a matricularse en una universidad sin existencia legal a cambio del desprendimiento de su patrimonio al pagar las tasas y pensiones de enseñanza (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, 2016).

El caso previo es un quebrantamiento a la buena fe social y, aún peor, a proyectos de vida de personas que se truncan a nivel económico y moral por el engaño y depósito de dinero sin sentido. Las personas que buscaban un surgimiento y desarrollo profesional han obtenido como respuesta solo engaño y malicia en la información de los productos y servicios que esperaban recibir.

8. ÓPTICA DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA DESDE EL DERECHO CIVIL

Según Torres (2021),

existe voluntad jurídica cuando concurren los requisitos internos: discernimiento, intención y libertad; y el requisito externo: la declaración o manifestación. Dado que el acto o negocio jurídico es una manifestación de voluntad, esta debe estar sanamente formada, libre de error o dolo que afecte la intención. Estos vicios son defectos congénitos que determinan la invalidez de los actos jurídicos que los padecen. (p. 1239)

El Libro II del Código Civil, promulgado el 25 de julio de 1984 por el Decreto Legislativo 295, regula el nexo entre el plano de la realidad y el plano jurídico a través de la autonomía de la voluntad. Para que un acto jurídico sea válido, no solo se requiere la manifestación de voluntad, sino que esta debe ser sana y libre de vicios que perjudiquen la libertad y conciencia del sujeto (Ospina & Ospina, 1980, como se cita en Vidal, 2019).

El error, como vicio de voluntad en la estructura formativa del acto jurídico, es definido por Torres Vásquez como la ignorancia o el conocimiento equivocado de la realidad que provoca efectos no deseados por el sujeto. Ergo, si el sujeto hubiera sido consciente de la situación errónea, no habría declarado su voluntad (Torres, 2021, p. 1243). Asimismo, Torres Vásquez especifica, haciendo uso de la normativa en el Código Civil, que el error esencial afectante de la voluntad se presenta cuando recae sobre la esencia del objeto de la prestación (artículo 202.1), las cualidades del objeto de la prestación (artículo 202.1), las cualidades personales de la otra parte (artículo 202.2), el derecho (artículo 202.3), la cantidad (artículo 204.3), el motivo manifestado como la razón determinante del acto y siempre que haya sido aceptado por la otra parte (artículo 205) o el nombre del acto, del objeto o de la persona (artículo 208) (2021, p. 1260).

Consideremos el siguiente ejemplo: supongamos que se ofrece en alquiler un inmueble que, aunque se describe como adecuado para cochera en una zona de alta demanda, en realidad tiene un suelo inestable que impide su habilitación como cochera

pública. El propietario del inmueble, consciente de la inviabilidad de usarlo como cochera, no menciona esta condición en la oferta. Esta omisión constituye un error esencial en la información proporcionada. Entonces, de celebrarse un arrendamiento con una entidad bancaria que busca usar el inmueble como cochera, este error esencial afecta la validez del contrato, ya que el banco ha sido inducido a error respecto a la idoneidad del inmueble para su propósito. En tal caso, el banco podría invocar el artículo 201 del Código Civil para solicitar la anulación del contrato. Así, el banco estaría protegido contra la inducción a error, aunque ya hubiera iniciado un proceso judicial al respecto².

9. A MODO DE CONCLUSIÓN

La publicidad engañosa, al trascender los límites de la simple competencia desleal, plantea desafíos significativos tanto en el ámbito jurídico como en el económico. Por ello, a lo largo de este artículo, se ha analizado cómo estas prácticas afectan no solo los derechos fundamentales de los consumidores (y con ello a los de la sociedad misma), sino también la integridad del mercado en general. Los casos emblemáticos examinados —como las sanciones a Clorox Perú S. A., Gloria y América Móvil S. A. C.—, ilustran de manera contundente las diversas formas en que la publicidad engañosa puede inducir a error y vulnerar la confianza del consumidor respecto al dinamismo que la economía (correcta oferta y demanda en el mercado) le ofrece.

Desde una perspectiva jurídica, hemos abordado la publicidad engañosa tanto desde el derecho civil como del derecho penal. El derecho civil nos ofrece una comprensión de cómo el error y el dolo pueden invalidar un acto jurídico, lo que resalta la importancia de la claridad y precisión en la información proporcionada. Por otro lado, el derecho penal proporciona un marco para la protección del consumidor contra actos fraudulentos que inducen a error, subrayando el papel crucial del engaño en la configuración del delito de estafa.

El análisis ha revelado que, aunque existe un marco normativo establecido para combatir la publicidad engañosa, persisten deficiencias en la implementación y aplicación de estas normativas. La asimetría de información y la falta de transparencia continúan siendo problemas persistentes que afectan negativamente la relación consumidor-empresa. Con esto, la evidencia sugiere que tanto el deber de información como el deber de idoneidad deben ser reforzados para garantizar una mayor protección al consumidor.

2 Este pesar se resalta debido a la tardía respuesta del aparato jurisdiccional, atribuido a la colosal carga procesal que enfrenta el país. Esto, irónicamente, lleva a buscar evitar el uso del sistema judicial, el cual debería ser la vía para obtener tutela jurisdiccional.

Del mismo modo, la integración de perspectivas desde el derecho penal y el derecho civil destaca la necesidad de un abordaje multidimensional para enfrentar eficazmente la publicidad engañosa. Las políticas y regulaciones deben evolucionar para responder a las nuevas formas de publicidad y los avances tecnológicos, y asegurar que la protección del consumidor se mantenga vigente y efectiva. La aparición de plataformas digitales y redes sociales ha exacerbado el desafío, lo que hace esencial la materialización de la idea de revisar a la par y continuamente la normativa para abarcar estos nuevos canales de comunicación.

En conclusión, el combate contra la publicidad engañosa requiere un esfuerzo coordinado entre legisladores, reguladores y empresas. Solo a través de una implementación rigurosa y un compromiso con la transparencia, se podrá restaurar la confianza del consumidor y asegurar un mercado justo y equitativo. La continua evaluación y adaptación de las normas vigentes serán clave para enfrentar los desafíos futuros y proteger los derechos fundamentales de los consumidores en un entorno comercial cada vez más complejo.

REFERENCIAS

- Castillo, M. (2023). Latina “el canal del mundial”: ¿publicidad engañosa? *Boletín Sociedades. Ius et Iustitia*. <https://boletinsociedades.com/2023/01/02/latina-el-canal-del-mundial-publicidad-enganosa/>
- Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2015). Casación 421-2015, Arequipa. Sala Penal Permanente. 21 de marzo del 2017. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/05/Casaci%C3%B3n-421-2015-Arequipa-Supuestos-de-estafa-con-fines-il%C3%ADcitos-no-son-tutelados-por-el-derecho-penal.pdf>
- Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2016). Recurso de Nulidad 126-2015. Santa. Sala Penal Transitoria. 30 de marzo del 2016. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/11/RN-126-2015-Santa-LPDerecho.pdf>
- Decreto Legislativo 1044 del 2008. Ley de Represión de la Competencia Desleal. 25 de junio del 2008. Diario Oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H967537>
- Decreto Legislativo 295 de 1984. Código Civil. 25 de julio de 1984. Diario Oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682684>
- Decreto Legislativo 635 de 1991. Código Penal. 8 de abril de 1991. Diario Oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682692>
- Directiva 001-2014-TRI-INDECOPI [Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual]. Por la cual se aprueba la directiva

- “Delimitación de la competencia funcional de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y los órganos resolutivos en materia de protección al consumidor, en los casos en los que la publicidad comercial confluye en el análisis de sus procedimientos”. 3 de junio del 2014. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1675807/DIRECTIVA%20N%C2%BA%20001-2014-TRI-INDECOPI.pdf.pdf?v=1613432395>
- Ley 29571 del 2010. Por la cual se pone en vigencia el Código de Protección y Defensa del Consumidor. 1 de septiembre del 2010. Diario Oficial El Peruano. <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/normas-legales/1244218-29571>
- Ley Orgánica 10/1995 de 1995. Por la cual se establece el marco legal que regula los delitos y sus correspondientes sanciones. 23 de noviembre de 1995. Boletín Oficial del Estado. <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>
- Redacción Diario Correo. (2022, 3 de diciembre). *Publicidad engañosa en Perú: qué es, cuánto es la multa y cuáles son los casos más resaltantes*. <https://ezproxy.ulima.edu.pe/login?url=https://www.proquest.com/newspapers/publicidad-engañosa-en-perú-qué-es-cuánto-la/docview/2746136633/se-2>
- Salinas, R. (2019). *Derecho penal. Parte especial* (8.ª ed., vol. 2). Iustitia.
- Tello Alarcón, V. (2021). *La estrecha relación entre el derecho a la información y la publicidad. Pasión por el derecho*. <https://lpderecho.pe/estrecha-relacion-derecho-informacion-publicidad/>
- Torres, A. (2021). *Acto jurídico* (7.ª ed., t. 2). Jurista Editores.
- Vásquez, L., & Colos, H. (2018). *Las afectaciones de la publicidad engañosa a los derechos del consumidor en la legislación peruana* [Tesis de licenciatura, Universidad Autónoma del Perú]. Repositorio Institucional de la Universidad Autónoma del Perú. <https://hdl.handle.net/20.500.13067/613>
- Vidal, F. (2019). *El acto jurídico* (11.ª ed.). Rimay Editores.

***AI WASHING*: UNA NUEVA MODALIDAD DE ENGAÑO AL CONSUMIDOR**

MALENA CÁRDENAS TELLO*
Universidad de San Martín de Porres, Perú

NATALIA AVALOS ESPINOZA**
Universidad de Lima, Perú

Recibido: 30 de septiembre del 2024 / Aceptado: 3 de octubre del 2024

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2024.n59.7652>

RESUMEN. El artículo desarrolla el concepto de *AI washing*, estrategia mayormente utilizada en el rubro del *marketing* para aparentar, frente a los consumidores, que los productos ofrecidos tienen mejores beneficios que los de la competencia debido al uso de la inteligencia artificial. Tras dar a conocer cómo se desarrolla esta práctica, se analiza por qué esta estrategia puede llegar a convertirse en una práctica engañosa y generar una ventaja competitiva frente a otros proveedores que concurren en el mercado. Bajo esta premisa, se revisan los impactos negativos que esta práctica genera en el consumidor, así como se abordan las regulaciones emergentes en el mundo para frenar esta práctica desleal. Por último, se aborda la cuestión acerca de la necesidad de regular el *AI washing* en el Perú.

PALABRAS CLAVE: *AI washing* / derecho del consumidor / engaño / publicidad / competencia desleal / decisión de consumo

* Magíster en Propiedad Intelectual e Industrial por la Universidad de Alicante, España. Abogada por la Universidad de San Martín de Porres, Perú. Actualmente se desempeña como *senior corporate attorney* en Belcorp. Contacto: malenacardenas@belcorp.biz

** Egresada de la carrera de Derecho en la Universidad de Lima, Perú. Actualmente se desempeña como *corporate attorney* en Belcorp. Contacto: nataliaavalos@belcorp.biz

AI WASHING: A NEW FORM OF CONSUMER DECEPTION

ABSTRACT. The article will begin by developing the concept of AI washing, for which this strategy—mostly used in the marketing sector—will be analyzed. Companies often employ AI washing to make their products appear more attractive or offer better benefits compared to others, capitalizing on the influence of new technologies in the market. Once we understand how this practice works, we will analyze why this strategy can become misleading and create a competitive advantage over other providers in the market. Based on this premise, we will review the negative impacts this practice has on consumers, as well as discuss emerging global regulations, which result from efforts by countries to curb this trend. Finally, we will attempt to answer the question: Is it necessary to regulate AI washing in Peru?

KEYWORDS: AI washing / consumer law / misleading / advertising / unfair competition / consumption decisions

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, se han desarrollado estrategias de *marketing* con el objetivo de atraer a los consumidores mediante el uso de herramientas que permitan ofrecer servicios o productos personalizados, según las necesidades de cada cliente. Como muestra, encontramos que se ha implementado el uso de la publicidad programática, la cual emplea bases de datos en las que se condensa la información recopilada y se brinda una oferta más precisa en función de las necesidades específicas de los clientes. Un ejemplo de cómo innova la publicidad es el uso de imágenes generadas por computadora que crean la ilusión de que un producto o personaje irrumpe en la mitad de las calles —cuando, en cambio, se trata solo de una realización digital—. Así, también existen múltiples ejemplos como chatbots, *software* de gestión de precios, entre otros. Lo importante es resaltar que el consumidor busca algo novedoso al momento de decantarse por un producto; no será suficiente conocer sus bondades, sino que este buscará mayor eficiencia y conveniencia en lo que se le ofrece.

En este contexto es en el que se inscribe la inteligencia artificial (IA), la cual puede generar un incentivo al momento de tomar la opción de compra. Según un estudio de investigación global, el 47 % de encuestados percibe el uso de la AI como una acción positiva, gracias a la recomendación personalizada de productos, mientras que el 38 % asegura que las herramientas mejoran su experiencia de compra (OMD, 2021). Ahora bien, pese a encontrarnos en un contexto positivo para el fomento del uso de la AI, gracias al incentivo que representa para las empresas el invertir en desarrollo tecnológico, muchas veces esta práctica desleal genera un incentivo perverso para que los anunciantes realicen comunicaciones sobre beneficios vinculados a la AI que carecen de sustento. Esta práctica es conocida como *AI washing*, nombre acuñado para identificar aquellas prácticas desleales en las que el anunciante comunica que el producto o servicio ofrecido brinda un beneficio sobre la base de la AI con la que fue desarrollado, cuando esto no es cierto. Partiendo del concepto de *AI washing*, esbozaremos su origen, brindaremos ejemplos de esta práctica que se evidencian hoy alrededor del mundo, así como nos referiremos a las acciones tomadas por algunas autoridades para contrarrestarlo y, así, salvaguardar los derechos de los consumidores.

2. AI Y LA NUEVA TENDENCIA AL WASHING

Antes de abordar la problemática generada por el *AI washing* en el consumidor y evaluar las herramientas legales existentes, o que deberían implementarse para frenarlo, es fundamental partir por comprender el origen de este concepto y sus implicancias. Así, este término proviene del inglés y combina inteligencia artificial (IA) con la idea de lavado. A continuación, procederemos a analizar los conceptos que han surgido en la actualidad.

La IA hace referencia a la capacidad o suficiencia que tienen las máquinas para realizar tareas que implican destreza y que requieren un determinado nivel de inteligencia humana; por ejemplo, casos en los que se necesite el aprendizaje, la toma de decisiones, el discernimiento en determinadas situaciones de contraste, el reconocimiento de patrones, entre otros (Russell & Norvig, 2004). Esto se refiere a actividades en las que un sistema computarizado puede ejecutar acciones básicas que haría el ser humano, las cuales, una vez alcanzado un determinado punto de desarrollo y evolución, logran una reducción del esfuerzo por parte de una persona.

El término inteligencia artificial fue introducido en 1956 por el Dartmouth College en un foro en el que se buscaba explorar la simulación de la inteligencia humana a través de una máquina. A partir de esto, diversos autores han ido elaborando definiciones. Por ejemplo, según Hernández Miranda y Haces Álvarez (2012), la inteligencia “es la potencia intelectual, la facultad de conocer o de entender” (p. 113) en la medida en que esta le permite a un sujeto lograr resolver una nueva situación o problema mediante la aplicación de lo aprendido (p. 113). Artificial es, en cambio, “lo hecho por mano y arte del hombre, [lo] falso, [lo] no natural” (p. 113). Esta IA, desarrollada por el humano, se viene aplicando en diversas acciones diarias de las personas y en distintos campos, como por ejemplo en el desarrollo de imágenes publicitarias, técnicas de aprendizaje y cualquier información a la que la IA puede acceder.

Una investigación de un comunicador de la Universidad de Catalunya incluyó la simulación de los pasos que realiza un centro publicitario para poder elaborar el material comercial. Es así que, según Bordeu Soto (2024), tenemos que el proceso se inicia en la generación de los guiones y luego pasa por la fase de *casting*, el prospecto de las locaciones en las que se podría grabar la pieza, los pasos de producción, el rodaje y la producción de sonido y locución; y esto es posible ya que existen millonarias plataformas y sistemas, entre gratuitos y de pago, que permiten identificar cuál es la mejor elección para la producción de una pieza publicitaria. Con este ejemplo, observamos que estas herramientas cuentan con un nivel de desarrollo sofisticado contrario a lo que se utilizaba anteriormente.

No obstante, si bien el objetivo de la IA es suplir la intervención humana, es un hecho que, por el momento, esta no ha logrado un desarrollo igualable a la creatividad inherente del ser humano. Pese a que busque entrenar a un programa para elaborar ideas o soluciones ingeniosas, por el momento esta únicamente se soporta en un banco de información disponible.

Por otra parte, para comprender con mayor facilidad el término *washing*, consideramos relevante tomar como ejemplo una idea mucho más conocida en el mercado, el *greenwashing*, el cual ya ha sido desarrollado y regulado por distintas autoridades administrativas alrededor del mundo. Por ejemplo, en el Perú, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

(Indecopi) ha elaborado una guía sobre la publicidad medioambiental engañosa. En estos lineamientos se señala cuál es el concepto del *greenwashing* (Indecopi, 2023), así como se dicta una serie de directrices para evitar caer en esta mala práctica, ya que los consumidores podrían ver defraudadas sus expectativas al adquirir un producto supuestamente beneficioso o inofensivo para el medio ambiente, cuando en realidad no posee dicha característica.

Partiendo de ese antecedente y con el emergente uso de la IA, surge el concepto de *artificial intelligence washing* (*AI washing*), el cual se refiere a aquella práctica engañosa empleada por las empresas para anunciar que los productos o servicios destacan por ofrecer beneficios valiéndose de la IA, cuando en realidad esto no es cierto. Así, esta práctica resulta desleal pues se aprovecha de la asimetría informativa existente entre el proveedor y el consumidor para distorsionar su decisión de compra. Un ejemplo en el que podemos identificar esta mala práctica es en anuncios difundidos en plataformas de internet de uso masivo, como las redes sociales. Además, de manera similar a lo que ocurre con el *greenwashing*, en el *AI washing* también existe un público específico conformado por aquellos consumidores que tienen especial predilección por adquirir productos tecnológicos e innovadores que ofrezcan funcionalidades nuevas, razón por la cual se ven especialmente atraídos hacia aquellos que afirman contar con IA.

Así, cada vez es más común encontrar alegaciones en las que se exageran las capacidades de los objetos o servicios ofrecidos, en las que se hace creer al consumidor que estos poseen algoritmos desarrollados con IA y con un desempeño sobresaliente frente a otros; o, por ejemplo, aquellas en las que se utiliza incorrectamente el término *inteligente*, cuando en realidad estamos frente a un algoritmo que no es capaz de aprender o tomar decisiones sobre la base de ese aprendizaje, sino que será necesario que un tercero atrás le brinde instrucciones.

De esta forma, surge una cuestión relevante, y es que las tecnologías y los mecanismos avanzan continuamente. Esto significa que, al actualizarse, también lo hacen las exigencias de los consumidores. Por ello, cuando un producto se promociona como equipado con IA, es lógico que el consumidor tienda a esperar que recibirá un producto o servicio sofisticado, cuyo proceso de desarrollo haya necesariamente implicado el uso de esta tecnología. Sin embargo, cada vez es más común que se tienda a comunicar ello como una simple exageración sin contar con el sustento de ello.

3. EL CONCEPTO LEGAL DE AI WASHING

Desde la perspectiva legal, el *AI washing* es entendido como aquel acto de competencia desleal que tiene como efecto inducir a error sobre los beneficios ofrecidos gracias a la presencia de la IA. Este acto genera una ventaja competitiva frente a otros actores que concurren en el mercado, mediante el uso de dicha práctica engañosa. Este engaño no

solo es una ventaja frente a los competidores, sino que se genera un grave perjuicio al consumidor, ya que inducirá a error a las personas a las que se dirige y, por su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico (Barcia Lehmann, 1999).

Resulta relevante el contexto de grandes cambios tecnológicos en el que nos encontramos, pues el consumidor promedio está atento a cazar las últimas tendencias que le permitan atender cada una de sus necesidades y, por lo general, deposita mayor confianza en aquellos productos que indiquen haber sido desarrollados con IA. Frente a las altas expectativas del consumidor, no resulta congruente que algunas empresas busquen aprovecharse, mediante la difusión de afirmaciones carentes de veracidad y de forma indiscriminada, con tal de atraer la preferencia de los consumidores; esto, sin contar con que estos actos conllevan el efecto de desalentar la innovación entre los competidores ya que, finalmente, los consumidores no distinguirán entre los productos que sí tienen propuestas reales y los que son solo estrategias de *marketing* y un aprovechamiento del vacío actual. Por lo tanto, consideramos que la ausencia de un marco conceptual sobre el *AI washing* impacta de forma determinante en los consumidores, toda vez que están expuestos a estas actividades anticompetitivas de los competidores, así como afecta negativamente en sus decisiones de compra.

4. LA REGULACIÓN COMPARADA SOBRE *AI WASHING*

Frente a los avances tecnológicos vemos cómo algunas autoridades administrativas no han sido ajenas a estas tendencias y han emitido, en algunos casos, guías con recomendaciones para que las empresas no incurran en estas prácticas. Cabe señalar que estas guías se basan en su propia legislación y que han evitado sobreregular el mercado. Por ejemplo, la Comisión Federal de Comercio (FTC) de los Estados Unidos emitió recientemente un documento en el que incorpora recomendaciones tales como ser transparente al momento de informar a los consumidores sobre cómo funcionan las herramientas automatizadas, ya que el consumidor no tiene acceso por sí solo a esta información, ya que muchas veces la IA operará en segundo plano, lejos de la experiencia del consumidor. Así, también, si se utiliza un chatbot para brindar respuestas creadas sobre la base de la información que el consumidor le traslada, se debe tener cuidado con no engañar a los consumidores sobre la naturaleza de la interacción.

Por otra parte, la Autoridad de Normas Publicitarias del Reino Unido (ASA) proporcionó algunos principios que deben tener en cuenta los anunciantes al momento de emitir declaraciones sobre la IA en su publicidad. ASA señala que los anunciantes deben evitar hacer afirmaciones falsas sobre un producto que utiliza IA; deben no exagerar respecto de lo que un producto puede hacer gracias a su desarrollo con IA; y deben evitar afirmar que un producto desarrollado con IA hace algo mejor que otro que no cuenta con esta tecnología, a menos que se cuente con sustentos robustos sobre ello.

Consideramos positivas las prácticas que vienen realizando las autoridades administrativas, pues brindan herramientas a las empresas para evitar caer en estas prácticas engañosas, así como educan a los consumidores respecto a ser más cautelosos al momento de evaluar aquellos anuncios que publiciten productos o servicios como desarrollados con IA.

5. CASOS REPRESENTATIVOS DE AI WASHING

Como indicamos al inicio de este artículo, la IA es una tendencia que viene posicionándose de forma transversal en todas las industrias y que, por ello, influencia el diario vivir de las personas. A modo de ejemplo, vamos a referir algunos de los casos que causaron conmoción en el mundo de la publicidad por la utilización de este término y que, afortunadamente, fueron detectados por las autoridades y sancionados. Sin embargo, esto no implica que, en estos momentos, no se encuentren millones de alegaciones que incurran en este novedoso engaño, sea que pasen desapercibidas o, en algunos casos, que quieran hacerse pasar como simples exageraciones y no como un evidente engaño que genera un perjuicio al consumidor.

5.1. Securities and Exchange Commission contra Delphia (sede USA) y Global Predictions

A la fecha, la FTC de los Estados Unidos ha iniciado diversas investigaciones contra empresas que utilizan el término *inteligencia artificial* para realizar ofertas engañosas en el mercado. Esto fue detectado debido a la incertidumbre y a las quejas de los consumidores en las redes sociales.

Un caso que en particular llamó la atención del mercado es la sanción impuesta a las empresas Delphia (fundada en Toronto) y Global Predictions (fundada en San Francisco) por un total de US\$ 400 000, además de una orden de cese y desistimiento. Estas empresas promocionaban un producto argumentando que, ya que había sido desarrollado con IA, este permitiría a sus clientes tomar decisiones más precisas al ejecutar sus inversiones, toda vez que supuestamente se basaría en datos recopilados y que, gracias a la IA, podrían predecir sin margen de error las últimas tendencias de inversión antes que cualquier competidor. En ese sentido, ambas empresas se promocionaban como asesores financieros infalibles gracias a la toma de decisiones soportadas en IA. No obstante, tras la investigación realizada por la FTC, se determinó que estas empresas realizaron declaraciones falsas y engañosas, ya que no era cierto que la IA les permitiera determinar cuál era la mejor decisión de inversión. En realidad, únicamente les permitía organizar los datos de los clientes y el servicio era determinado por seres humanos que asistían el *software*.

Lo relevante de este caso es que, luego de establecerse la sanción, el presidente del órgano regulador, Gary Gensler, advirtió que la entidad tiene la capacidad de supervisar las declaraciones de los gestores de fondos sobre las inversiones y que, si las empresas intentan engañar a los clientes a través de exageraciones sobre el vínculo de sus *softwares* y la IA, existirían graves consecuencias. En efecto, este caso sirvió para que los ojos del mercado recaigan en este sector financiero y para que las empresas tengan mayor cuidado al momento de comunicar sus servicios, toda vez que permite visibilizar que existen claras diferencias entre contar con una base de datos organizada, de un lado, y contar con un *software* que aprenda autónomamente de las tendencias del mercado y brinde asesorías de inversión infalibles, del otro.

5.2. Amazon just walk out

El caso de Amazon suscitó una polémica en los Estados Unidos. Si bien no implicó una sanción —pues la empresa actuó rápidamente retirando el servicio del mercado—, para efectos de este artículo resulta importante comentarlo. El nuevo ecosistema que intentó lanzar Amazon al mercado se denominó *just walk out*, el cual consistía en que los consumidores podrían ingresar a las tiendas, escoger los productos que deseaban adquirir y retirarse sin tener que exponerse a la agobiante tarea de pasar por una caja para finalizar con el pago. Así, Amazon promocionó este servicio indicando que había vinculado su sistema de productos, las ofertas y los pagos, a cámaras y sensores desarrollados con IA a fin de lograr este novedoso avance en el sector *retail*.

Esta nueva tecnología parecía un sueño para la mayoría de los inversores y empresas mayoristas de productos, pues les permitiría ahorrar la inversión que implica contratar a personal para gestionar los pagos físicamente en la tienda. Tras el lanzamiento de la publicidad en el mercado, se inició una investigación que permitió identificar que, tras los sensores y las cámaras del supermercado, había aproximadamente 1000 personas en la India encargadas de visualizar y etiquetar los videos para precisar los productos consumidos y emitir los comprobantes de pago. Así, contrario a tratarse de *softwares* inteligentes, lo cierto era que únicamente los cajeros se habían trasladado fuera del sitio y que vigilaban de forma remota. Se comprobó, entonces, que existía un aprovechamiento de parte de la empresa de la credulidad de los consumidores.

6. LA AFECTACIÓN DEL AI WASHING EN LA DECISIÓN DE CONSUMO

Para determinar cómo afecta el *AI washing* en la decisión de consumo, hay que determinar en primera instancia sobre la base de qué elementos se establece dicha decisión de compra. Según Kotler y Armstrong (2012), la publicidad tiene claros objetivos como tareas de comunicación para un público específico. Entre ellas, encontramos la necesidad de informar al público sobre un nuevo producto lanzado en el mercado;

generar persuasión en el consumidor para que prefiera el producto y desarrolle una convicción de compra; y, finalmente, el recordar para mantener en la conciencia de los compradores la existencia del producto. Entonces, resulta evidente que la publicidad influye directamente en la decisión de compra de las personas en diversos niveles, y que afecta directamente en la emotividad de las personas (Ponce, s. f., párr. 4). Así, se dice que esta lograría entrar a la mente de las personas con argumentos que justificarían la compra que están realizando, pero esta interacción debe ser lo suficientemente intensa como para captar la atención individual.

En ese sentido, el *AI washing*, conceptualizado líneas arriba, es engañoso, y genera desconfianza respecto de los productos que utilizan IA. Por ejemplo, en el caso del producto ofrecido por Delphia y Global Predictions, muchos clientes desistieron de su uso pues los servicios brindados no eran los esperados y, en vez de contar con una inteligencia “superior” para sus decisiones de inversión, las realizaban personas comunes y corrientes. En el caso de Amazon, luego de la decepción vino la desconfianza, pues en las redes sociales se comenzó a expandir el rumor de que si esos sistemas necesitaban vigilancia es porque no eran confiables y podrían causar problemas en el sistema de cobro.

En ese sentido, podemos concluir que, si bien estos *claims* acerca de la IA llaman la atención de los clientes rápidamente, cuando no se cumplen los ofrecimientos establecidos en la publicidad, pueden generarse resultados como devolución de productos, reclamos y hasta una mala reputación generada en el internet a largo plazo; el ciclo de desconfianza llevará a los consumidores a dudar de la veracidad de la publicidad que incluya IA y afectará claramente el mercado de nuevas tecnologías y de productos innovadores que sí podrían ser beneficiosos para el consumidor.

7. REFLEXIÓN FINAL: ¿ES NECESARIO REGULAR EL *AI WASHING* EN EL PERÚ?

Luego de haber analizado el término *AI washing* y su aplicación legal en diversas jurisdicciones, corresponde plantearse la interrogante: ¿es necesario emitir una norma que regule específicamente esta práctica desleal? O, si acaso, ¿es necesario modificar alguna de nuestras normas ya aplicables para introducir esta práctica desleal?

Desde la evaluación desarrollada en este artículo, consideramos que no es necesario emitir una norma específica para frenar el *AI washing*, toda vez que, al igual que con otros actos de engaño vinculados a nuevas tendencias y tecnologías, este fenómeno encaja dentro del concepto general de engaño regulado en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal. El artículo mencionado señala que serán considerados como un acto de engaño aquellos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a los consumidores en el mercado sobre la naturaleza, modo de fabricación, características, aptitud para el uso, calidad, atributos, beneficios o condiciones del producto o servicio.

No obstante, sí consideramos conveniente que se emita una suerte de *soft law*, como lineamientos en los que se establezca, de forma preventiva, qué frases, palabras o alegaciones pueden ser consideradas engañosas y, por tanto, sancionables. Consideramos que la práctica realizada por países como el Reino Unido y los Estados Unidos es beneficiosa para el mercado y, como consecuencia, para los consumidores.

8. CONCLUSIONES

Frente a la tendencia cada vez más fuerte de identificar productos o servicios ofrecidos en el mercado como inteligentes, es necesario singularizar estos actos engañosos y no aceptarlos como simples exageraciones que el consumidor descreerá. En la práctica, es usual encontrar objetos que alegan ser inteligentes, cuando en realidad únicamente están conectados a una aplicación, lo que no implica que sean capaces de funcionar de forma autónoma. Conviene no tomar esas alegaciones a la ligera y suponer que no tienen un efecto práctico.

Este fenómeno genera una afectación al consumidor, quien verá defraudada sus expectativas y terminará por adquirir un producto o servicio que no cumple las funciones ofrecidas. Así, vemos que alrededor del mundo se han incrementado los casos de sanciones a empresas que incurren en esta práctica engañosa. Sin embargo, consideramos que, además de ello, es necesario que previamente se emitan lineamientos en los que se explique en qué consisten estos actos y que brinden recomendaciones de cómo no caer en esta práctica, con el fin de alertar a todos los agentes que concurren en el mercado. En esta línea de ideas, cuando las empresas afirmen que un producto o servicio fue desarrollado con IA, sería recomendable que estas mencionen la tecnología o el algoritmo específico que utilizaron, de tal forma que el consumidor pueda conocer la razón del porqué este se publicita como IA. Para esto, las empresas tendrían que ser más transparentes al comunicar el algoritmo o los tipos de datos utilizados.

REFERENCIAS

- Barcia Lehmann, R. (1999). Algunas consideraciones sobre la publicidad ilícita en España y Europa. *Ius et Praxis*, 5(2), 269-292. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2278830>
- Bordeu Soto, F. (2024). *La inteligencia artificial en el futuro de la publicidad. Evaluando su impacto en la producción de spots publicitarios* [Tesis de grado]. Repositorio Institucional de la Universitat Oberta de Catalunya. <http://hdl.handle.net/10609/150304>
- Hernández Miranda, B., & Haces Álvarez, J. A. (2012). *Sistema para generar micromundos para la asignatura de álgebra* [Tesis de licenciatura]. Repositorio Facultad de

- Ingeniería, Universidad Nacional Autónoma de México. <http://www.ptolomeo.unam.mx:8080/xmlui/handle/132.248.52.100/219?show=full>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2023). *Guía de publicidad ambiental*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/5288796/4749865-guia-de-publicidad-ambiental-vf.pdf?v=1697551827>
- Kotler, P., & Armstrong, G. (2012). *Marketing* (14.ª ed.). Pearson Educación.
- OMD. (2021, 28 de septiembre). *OMD España presenta The retail revolution: bienvenido a 2025*. <https://www.omb.com/news/omb-espana-presenta-the-retail-revolution/>
- Ponce, J. M. (s. f.). *¿Cómo influye la publicidad en las personas?* Marketing y Servicios. Recuperado el 2 de agosto del 2024, de <https://marketingyservicios.com/influye-la-publicidad/>
- Russell, S. J., & Norvig, P. (2004). *Inteligencia artificial. Un enfoque moderno* (2.ª ed.). Pearson Educación.

TECNOLOGÍA PARA LA ATENCIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD: FORMANDO RELACIONES DE CONSUMO

PRÓSPERO MARTÍN CORTEZ*

Universidad de Lima, Perú

Recibido: 8 de agosto del 2024 / Aceptado: 18 de septiembre del 2024

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2024.n59.7336>

RESUMEN. La normativa de protección al consumidor asume que un consumidor razonable elegirá un producto o servicio idóneo a partir de la información relevante recibida sobre su compra; además, en el caso de que el proveedor falle al consumidor, la ley lo amparará. Sin embargo, qué ocurre con las personas con discapacidad sensorial (personas sordas, ciegas o mudas), quienes no pueden recibir información como la mayoría, aun cuando el proveedor cumpliera con trasladarle información por canales tradicionales de publicidad. De cumplir con la regulación vigente, y si esta acredita que no le falló, la ley no amparará a las personas con discapacidad sensorial y sería suya la responsabilidad de comprar mal. Por ello, el propósito de este artículo es proponer soluciones tecnológicas a favor de las personas con discapacidad con las que se pueden acceder y recibir información relevante a la hora de contratar productos o servicios de acuerdo con sus intereses (idóneo).

PALABRAS CLAVE: consumidor razonable / discapacidad sensorial / herramientas digitales

* Abogado por la Universidad de Lima, Perú. Candidato a magíster en Derecho Administrativo Económico por la Universidad del Pacífico, Perú. Especialista en derecho publicitario, competencia desleal y protección al consumidor. Actualmente, es miembro del Equipo Legal de Competencia y Relaciones de Consumo en América Móvil Perú S. A. C. (Claro Perú).

TECHNOLOGY FOR THE CARE OF PEOPLE WITH DISABILITIES: FORMING CONSUMER RELATIONSHIPS

ABSTRACT. Consumer protection regulations assume that a reasonable consumer will choose a suitable product or service, based on the relevant information received for their purchase; and, only if the supplier fails him, the law will protect him. However, what happens to people with sensory disabilities (deaf, blind and/or mute people) who cannot receive information like the majority, even if the provider complies with transferring information through traditional channels (advertising, brochures, messages, calls, face-to-face speeches). If they comply with the current regulation, and if they prove that they did not fail, the law will not protect people with sensory disabilities, making them responsible for buying wrong. Therefore, it is the purpose of this article to provide technological solutions that allow overcoming the problem that people with sensory disabilities have to receive relevant information and thus be able to contract products and/or services according to their interests (ideal).

KEYWORDS: reasonable consumer / sensory impairment / digital tools

1. INTRODUCCIÓN

La normativa de protección al consumidor asume que un consumidor razonable elegirá un producto o servicio idóneo a partir de la información relevante recibida sobre su compra; además, en el caso de que el proveedor falle al consumidor, la ley lo amparará. Sin embargo, ¿qué ocurre si el consumidor no tiene la posibilidad de recibir dicha información? Entonces, la probabilidad de que obtenga un producto no idóneo, o por lo menos fuera de lo esperado, es mayor. Esto ocurre con las personas con discapacidad sensorial (personas ciegas, sordas o mudas), para quienes resulta generalmente imposible tomar una decisión de acuerdo con sus intereses. Entonces, ¿cómo trasladar su consulta? ¿Cómo leer o escuchar las características del producto/servicio? ¿Cómo prestar su conformidad?

Incluso si las personas con discapacidad sensorial recibieran la información relevante a través de herramientas tradicionales y legalmente empleadas por el proveedor (publicidad, folletos, mensajes, llamadas, *speeches* presenciales), ¿hasta qué punto es responsabilidad del proveedor la decisión de compra informada del cliente? De cumplir con la regulación vigente, y si el proveedor acredita que no le falló, la ley no amparará a la persona con discapacidad sensorial.

A partir de estas reflexiones, el objetivo del presente artículo es proponer soluciones tecnológicas a favor de las personas con discapacidad sensorial para que puedan recibir información relevante y contraten productos o servicios de acuerdo con sus intereses (idóneos). Para ello, se desarrollarán los siguientes puntos:

- Analizar el problema que acarrearán las personas con discapacidad sensorial para contratar un producto o servicio idóneo.
- Reconocer el enfoque real de las soluciones propuestas por la regulación peruana.
- Proponer cuál debería ser el enfoque ideal de tales soluciones y, a partir del uso de herramientas digitales, explicar cómo deben ponerse en práctica.

2. EL PROBLEMA: ¿LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD SENSORIAL PUEDEN COMPRAR FÁCILMENTE?

Esta pregunta parece ser innecesaria, pero la respuesta negativa lógica a dicha pregunta servirá para determinar la magnitud del problema, entendido como la dificultad de las personas con discapacidad sensorial para contratar productos o servicios. A continuación, advertiremos que ni el Estado, ni el proveedor ni el consumidor cuentan con herramientas que faciliten la compra de productos o servicios para las personas con discapacidad sensorial. En realidad, es todo lo contrario. Incluso, la regulación del Estado muchas veces termina ampliando la brecha entre la solución y el problema.

2.1. El actuar del Estado

Es importante destacar la evolución legislativa que impulsó el Estado en materia civil con el objetivo de que las personas con discapacidad ejerzan con autonomía sus derechos, mediante el reconocimiento de sus capacidades de goce y ejercicio en igualdad de condiciones que el resto de las personas. La exposición de motivos de esta norma, en torno al Decreto Legislativo 1384, establece que,

en consecuencia, la línea que mantiene la formulación de la propuesta es el reconocimiento pleno de la personalidad jurídica de la persona con discapacidad y, por lo tanto, la necesidad de modificar la legislación nacional para que su capacidad jurídica sea ejercida de manera autónoma e independiente. Asimismo, en el caso de que dicha persona considere necesaria la asistencia de apoyos y aplicación de salvaguardas para el mejor ejercicio de su derecho, ello estará regulado por la ley nacional, eliminándose toda barrera de origen legal que impida su ejercicio en igualdad de condiciones. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018, párr. 10)

Sin embargo, en contraposición a la autonomía declarada por esta evolución legislativa y sus fundamentos, lo cierto es que las herramientas que brinda tal normativa siguen sugiriéndole a las personas con discapacidad depender de terceros para el ejercicio de sus derechos, es decir, de las figuras de apoyo y salvaguardas. En otras palabras, no existe autonomía para las personas con discapacidad si el propio Estado les sugiere recurrir a terceros para que les brinden asistencia. La necesidad de un trato distinto se termina traduciendo, en buena cuenta, en uno discriminatorio si dichas personas no pueden desenvolverse bajo las mismas condiciones que el resto, es decir, por sí mismas.

Lo anterior se analiza en el campo del derecho de protección al consumidor, en el que se sigue observando que la disposición referente a la información y la idoneidad de productos o servicios es insuficiente para explicar cómo aplicar los alcances de la “autonomía” dispuesta para las personas con discapacidad. En este sentido, la Ley 29571, la cual promulgó el Código de Protección y Defensa del Consumidor el 1 de septiembre del 2010, establece lo siguiente:

Artículo 2.- Información relevante

2.1 El proveedor tiene la obligación de ofrecer al consumidor toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

...

Artículo 19.- Obligación de los proveedores

El proveedor responde por la idoneidad y calidad de los productos y servicios ofrecidos; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben sus

productos o del signo que respalda al prestador del servicio, por la falta de conformidad entre la publicidad comercial de los productos y servicios y estos, así como por el contenido y la vida útil del producto indicado en el envase, en lo que corresponda.

Estas disposiciones, que son las más importantes para garantizar una atención integral, siguen siendo generales, pues están enfocadas en el resto de las personas que no tienen algún tipo de discapacidad y evidentemente pueden recibir información y elegir un producto idóneo con facilidad. El único apartado que se preocupa por las personas con discapacidad es el dispuesto en el artículo 41 de la citada ley, que establece la obligación para los proveedores de darles una atención preferente, pero, reitero, en cuanto al desarrollo de su atención, no se establece nada.

2.2. El actuar del proveedor

Los proveedores suelen ofrecer sus productos por canales tradicionales de publicidad, los cuales se enfocan en la comunicación con las personas en general, pero no necesariamente buscan la comprensión de las personas con discapacidad sensorial. Clara evidencia de esto son, por ejemplo, la atención presencial que nos brinda el personal de un establecimiento (accesible solo para quienes pueden oír o ver), las características de un producto que están en la caja/empaque (accesible solo para quienes pueden ver) o las llamadas en las que nos preguntan si queremos acceder a una promoción (accesible solo para quienes pueden hablar).

Lo anterior obedece a que la mayoría de las empresas no visualiza esta problemática como una necesidad urgente para sus fines comerciales. Generalmente, esto ocurre por no impulsar dos factores importantes en el ámbito de la discapacidad sensorial: sustentabilidad y promoción. De un lado, el factor de sustentabilidad refiere a un impulso propio generado por la empresa para generar un impacto positivo en la sociedad y reforzar su imagen o marca en el mercado. Esto, en último término, le sirve para fidelizar a un grupo moderno de consumidores (la generación *millennial*) que compra según la imagen o marca proyectada por la empresa, más que por la funcionalidad o precios de los productos en sí. Un informe de Datum Internacional lo expresa de la siguiente manera:

A pesar de las miles de marcas presentes diariamente en la vida del consumidor, se encontró que las cinco marcas favoritas en el Perú son: Adidas, Nike, Samsung, Apple y Coca Cola, coincidiendo las primeras tres con los *millennials* en todo el continente americano. Al profundizar, encontramos que los valores que apoyan por qué son favoritas (lo que deben tener las marcas) son: calidad, confiable, innovadora, mundial, diferente, exclusiva. Claramente, el precio, si bien es importante, no es la principal razón para elegir a su marca favorita. (Torrado, 2018, p. 2)

Ciertamente, si las empresas reforzaran el factor sustentabilidad, implícitamente reforzarían la accesibilidad para las personas con discapacidad sensorial, pues se trata de una acción social que permite captar la aprobación de nuevos clientes para cumplir con su objetivo directo: generar ingresos.

De otro lado, el factor promoción refiere a un impulso ajeno generado por el Estado para promover determinadas acciones de las empresas hacia fines sociales, como regulaciones, capacitaciones o incentivos, lo que hace más atractiva la inclusión de herramientas de accesibilidad de personas con discapacidad sensorial. Frente a ello, las autoridades únicamente se han ocupado del trato que deben recibir tal grupo de personas que, al igual que el resto, deben ser atendidas con respeto y amabilidad. Sin embargo, no se han ocupado en brindar lineamientos claros para el momento en que la persona con discapacidad sensorial recibe la atención: ¿cómo trasladar su consulta?, ¿cómo leer o escuchar las características del producto/servicio?, ¿cómo prestar su conformidad?, ¿qué herramientas concretas deben usar? Por ejemplo, el protocolo que ha emitido el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi, 2021a) para la atención de personas con discapacidad (sensorial, en nuestro caso materia de análisis) únicamente describe el trato respetuoso y amable que se debe tener con ellos, lo que se desarrolla solo en dos páginas de contenido.

Considero que puede hacerse más, pues, con lo que se cuenta, solo puede concluirse que los proveedores no cuentan con parámetros claros acerca de las herramientas legalmente aprobadas para atender a las personas con discapacidad. Y aun cuando existiesen, los proveedores no tienen los incentivos suficientes para su inclusión sostenible a largo plazo. Además, cabe precisar que, determinada normativa sectorial sí ha sugerido ciertas herramientas que pueden emplear las empresas para atender a personas con discapacidad sensorial; sin embargo, este será un aspecto que analizaré en el siguiente numeral para darle la importancia y rigurosidad que merece.

2.3. El actuar del consumidor

Al inicio de este capítulo, comentaba que encontrar una respuesta a si las personas con discapacidad sensorial pueden comprar fácilmente pareciera ser innecesario, pues la respuesta parece lógica. No obstante, me permito usarla como excusa para determinar la magnitud del problema.

Según el documento *Perú: Perfil Sociodemográfico. Censos Nacionales 2017: XII de Población, VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas*, el Perú cuenta con más de tres millones de personas con discapacidad (Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI], 2018). Ahora bien, de dicho número, el 48,3 % tiene problemas de visión; el 7,6%, problemas de audición; y el 3,1%, problemas para hablar o comunicarse. Se trata

de porcentajes más que considerables. Estas imposibilidades para ver, escuchar o hablar se traducen en dificultades para contratar productos o servicios en diversos establecimientos. Esto ya se evidenciaba —aunque considerando otro universo encuestado— en la Primera Encuesta Nacional Especializada sobre Discapacidad (INEI, 2013):

Los resultados de esta investigación estadística mostraron que el 29,3 % de las personas con discapacidad tienen dificultad para ingresar o desplazarse en un establecimiento de salud, 23,0 % en paraderos, 21,3 % en mercados, 18,9 % en centros de rehabilitación, 18,8 % en bancos o entidades financieras, 18,6 % en terminales y estaciones, 17,7 % en farmacias o boticas, 17,5 % en oficinas públicas, 17,4 % en plazas y plazuelas, 16,4 % en parques y alamedas, 15,9 % en restaurantes, 15,2 % en supermercados, 13,8 % en centros educativos, 13,5 % en centros comerciales, 12,0 % en cabinas de internet, 10,8 % en centros deportivos y 10,7 % en cines/teatros. (párr. 14)

Frente a ello, ya existen quienes han tomado la sabia decisión de denunciar a empresas por no brindarles la accesibilidad o facilidad que necesitan para concretar su compra. A continuación, presento algunos ejemplos:

- El caso de una persona con discapacidad visual a quien no le permitieron ingresar con su perro guía a un establecimiento de compra (Indecopi, 2022).
- El caso de una persona con discapacidad visual a quien le exigieron otorgar un poder de representación notarial en favor de un tercero para que acceda a un producto financiero (Indecopi, 2024).
- El caso de una persona con discapacidad visual a quien le exigieron la presencia de un tercero para que recién así pueda acceder a un producto financiero (Indecopi, 2021b).
- El caso de una persona con discapacidad auditiva que no recibió atención ni información mediante un intérprete de lengua de señas (Resolución Final 309-2023/INDECOPI-CUS del 26 de junio del 2023).
- El caso de unas personas con discapacidad auditiva a quienes les exigieron un acompañante para poder abordar o embarcarse en un vuelo (Resolución Final 060-2013/ILN-CPC del 23 de enero del 2013).

Gracias a estas reflexiones y los casos, podemos concluir que las personas con discapacidad sensorial no pueden concretar con facilidad su compra y, muchas veces, la participación de los agentes involucrados (Estado, proveedor y consumidor) ha terminado siendo ajena a superar esta brecha. Por ello, en lo sucesivo, detallaremos qué se ha hecho y qué se debe hacer para poder superar el problema planteado.

3. LA SOLUCIÓN REAL: ¿EN QUÉ HA PENSADO EL ESTADO?

Luego de repasar los problemas que se han generado, mas no menguado, por causa de los agentes involucrados, es menester evaluar cada una de las soluciones brindadas por el Estado. ¿En verdad, han funcionado? ¿Qué tan sencillas han sido de implementar?

Existen dos herramientas que se han erigido como principales para la regulación estatal y que, a su entender, permiten a las personas con discapacidad sensorial comunicarse con facilidad. Se definen de la siguiente manera, según Agüero (2022):

- *El braille*. Es un sistema de lectoescritura que se usa para interpretar un mensaje que puede estar en diversas lenguas. No es universal, sino que presenta algunas variaciones de región en región.
- *La lengua de señas*. Es una lengua natural de las distintas comunidades lingüísticas del mundo formadas por personas sordas, quienes han desarrollado una lengua que no es oral (pp. 33-34).

A continuación, las someteré a un riguroso juicio de evaluación a fin de determinar si realmente han sido y serán sostenibles.

3.1. Brecha de aprendizaje

Un punto negativo en torno al uso del sistema braille, es el expuesto en la nota del diario *El Comercio* del año 2021, redactada por Rodríguez (2021), en la que se indica lo siguiente: “En el planeta, hay cerca de 1300 millones de personas que sufren ceguera o alguna discapacidad visual. Tan solo en el Perú, y según el censo del 2017, hay aproximadamente un millón y, según la Unesco, solo el 6 % sabe utilizar este alfabeto”. De la misma manera, en el Perú no se cuenta ni siquiera con cincuenta intérpretes de lengua de señas¹. Además, para el año 2017, existían más de 200 000 personas con discapacidad auditiva y poco menos del 4 % registró a la lengua de señas como lengua materna².

La finalidad de una herramienta es que sea de utilidad para quien la usa, entonces, si tenemos un porcentaje tan bajo de personas que utilizan esta herramienta, ¿cuál sería el alcance que obtendríamos aun si consiguiéramos que la atención sea 100 % en braille o en lengua de señas? Satisfacer solo a un 6 % y dejar de lado al 94 % no es una solución, por lo menos, no es una eficiente. Lo mismo ocurre con las personas con discapacidad auditiva que han declarado no tener la lengua de señas como su lenguaje principal.

1 En el Perú, hacia el 2015, solo existían veintitrés personas intérpretes de lenguaje de señas, según la Defensoría del Pueblo (2015).

2 “Según el Censo Nacional de Población (INEI-2017), en el Perú hay 232 176 personas con dificultad para oír, cifra que representa el 7,6 % de las personas con discapacidad. De acuerdo a este censo, 8790 personas con discapacidad registraron la lengua de señas peruana (LSP) como lengua materna” (Defensoría del Pueblo, 2020, párr. 3).

El braille y la lengua de señas, así como cualquier otro lenguaje, debe estudiarse primero. En el Perú no existe un interés o posibilidad real de aprendizaje, según se evidencia en las personas con discapacidad visual ni de quienes no sufren esa discapacidad. Los incentivos son bajos. Entonces, existe aquí una gran brecha de aprendizaje, pues el mayor grupo de personas en el Perú con discapacidad sensorial no domina el braille físico o la lengua de señas, lo que genera un mayor costo de inversión de dinero y tiempo para poder aprender estas herramientas o lenguas.

3.2. Brecha de adaptación

Según la declaración de diversos testimonios (Consejo Internacional para la Educación de las Personas con Discapacidad Visual, 2020), el braille es una herramienta enfocada en la lectura y la escritura, aplicada al área de aprendizaje. No obstante, no está enfocada en las interacciones con otros que tengan la limitante de no haber estudiado en braille, como ocurre con la mayoría de las personas. Propiamente, el braille no se adapta para que el usuario pueda obtener información de manera sencilla, debido a que no todo receptor o personal de atención conocerá o poseerá cartillas de braille para interactuar con facilidad y así brindarle las características del producto. Y, aun cuando conociera el braille, no lo haría al mismo nivel que el consumidor.

Finalmente, el problema de la adaptación del sistema braille a favor de las necesidades ágiles del usuario radica en la lentitud con que se termina trasladando la información, pues no toda la información está en las cartillas braille. Esto quiere decir que alguna consulta que tenga el cliente no podrá ser absuelta al momento por el sistema braille. Eso mismo ocurre con la lengua de señas, pues se cuenta con data que revela que no existe una cantidad de intérpretes suficiente para cubrir la traducción de aquellas personas que dominen la lengua de señas.

En general, el problema de adaptabilidad de estos lenguajes consiste en que estos solo permiten tener una comunicación cerrada con quienes sí dominan el braille o lengua de señas, pero no una comunicación abierta con quienes no dominan el braille o lengua de señas. En la realidad, cuando un consumidor con discapacidad sensorial busque comprar un producto o servicio de manera presencial, casi siempre se topará con alguien del último escenario. Y, como ya se dijo, los incentivos de aprenderlo son bajos, pues no les resulta una necesidad primaria y ello se traduce en la necesidad de un intérprete o tercero que permita trasladar información entre ambos agentes, es decir, se reduce la proclamada autonomía del discapacitado.

Entonces, existe una brecha de adaptación, ya que el resto de las personas no conoce la traducción o interpretación del braille o la lengua de señas, lo que genera que solo pueda comprenderse para el grupo cerrado, pero no así para desenvolverse fuera de este grupo. De esta manera, el costo de adaptar todo el entorno del cliente a braille o a lengua de señas es sumamente alto, por no decir imposible.

3.3. Brecha de actualización

Es normal que el braille, y sobre todo refiriéndome al braille físico, termine quedando desfasado en el marco de una interacción entre un comprador y un vendedor, es decir, en una relación de consumo. Esto se debe a que el braille físico en la generalidad de casos se basa en cartillas preelaboradas o predefinidas para una atención en particular, lo que se traduce en que el consumidor con discapacidad visual solo pueda conocer aquello que está establecido en la cartilla y nada más.

Prueba de lo anterior es que las instituciones públicas (las que se han esforzado más en este campo) han elaborado con muy buena intención determinadas cartillas en braille para algún trámite en particular de usuario. A continuación, algunos ejemplos:

- *Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel)*. Esta institución ha elaborado una guía informativa en sistema braille sobre los derechos de los usuarios de servicios de telecomunicaciones (Oficina de Comunicación y Relaciones Institucionales, 2023).
- *Los Servicios Postales del Perú (Serpost)*. Esta institución ha elaborado cartillas informativas en braille a nivel nacional para acceder al servicio de Cecogramas (Servicios Postales del Perú, 2022).
- *Biblioteca Nacional del Perú (BNP)*. Esta institución elaboró el instructivo del Formulario Único de Trámite (FUT) en braille (Oficina de Comunicaciones de la Biblioteca Nacional del Perú, 2024).
- *Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (Conadis)*. Esta institución lanzó la guía del buen trato a niñez con discapacidad en formato braille (Conadis, 2024).

No obstante, aun cuando esta información pública pueda coadyuvar a una mayor agilidad en esa atención al consumidor con discapacidad sensorial, lo cierto es que ninguna se centra en el momento de la atención ni en los casos en los que el cliente tuviese nuevas consultas o deseara ingresar un nuevo tipo de solicitud. Aquí tenemos una brecha de actualización, debido a que el braille y la lengua de señas solo traducirá o interpretará aquello previamente aprendido, pero el mercado y los diferentes rubros crearán nuevos términos en el idioma español que seguramente luego costará que las herramientas antedichas se pongan al día y ello sea aprendido por el grupo reducido de conocedores de estas lenguas/herramientas.

3.4. ¿Cuál es la reflexión?

Contrario a lo que podría pensarse, el propósito de este apartado no es desmerecer la labor de las instituciones ni del Estado en materia de inclusión de personas con

discapacidad sensorial, sino evidenciar que su enfoque se está circunscribiendo a uno informativo en aras de que las personas con discapacidad accedan a información general. No obstante, se está obviando que ese enfoque no satisface la necesidad que tiene una persona con discapacidad sensorial cuando interactúa en una relación de consumo. Aquí es necesario un mecanismo que requiera un menor costo de aprendizaje que se adapte con mayor facilidad a la interacción y que tenga una actualización constante.

Pongo en alerta esta situación, pues la normativa vigente está obligando a los proveedores a contar necesariamente con dichas herramientas clásicas que, en el marco de una relación de consumo, terminan generando brechas de aprendizaje, adaptación y actualización. Asimismo, otras herramientas (como las que propondremos en el siguiente apartado) podrían ser rechazadas o tomadas como ilegales para estos efectos. Repito, considero que las herramientas tradicionales están desfasadas estrictamente para efectos de formar relaciones de consumo (comprar productos, por ejemplo), pues su falta de dinamismo así lo condiciona. A pesar de ello, se respeta y entiende a quienes consideran las herramientas tradicionales eficientes, pero para otros contextos (lectura y aprendizaje).

4. LA SOLUCIÓN IDEAL: ¿EN QUÉ DEBERÍA PENSARSE?

El Estado planteó un objetivo claro: promover la autonomía de las personas con discapacidad (sensorial, en el presente caso); sin embargo, en el marco de las relaciones de consumo, las herramientas tradicionales (braille y lengua de señas) generan dependencia directa de terceras personas (traductor o cartillas) y no su autonomía. Por ello, a continuación, presentamos herramientas basadas en la tecnología de los celulares y que no solo permiten cumplir con la finalidad prevista, sino superar las brechas de aprendizaje, adaptación y actualización generadas por las herramientas tradicionales en las relaciones de consumo. Las propongo porque he verificado el gran alcance que han tenido los celulares, incluyendo en aquella población con discapacidad sensorial, dentro del territorio nacional:

El celular es el medio más usado por la población de seis y más años de edad con discapacidad (65,4 %) y sin discapacidad (91,3 %). Comparando los resultados obtenidos para ambos grupos en estudio respecto al año 2021, observamos un incremento para la población con discapacidad de 0,8 % y un descenso para la población sin discapacidad de 0,9 %. (INEI, 2024, p. 50)

Asimismo, tal propuesta encuentra respaldo en la opinión del Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (Conadis) sobre el uso de celulares por parte de las personas con discapacidad (Conadis, 2023).

Conoce los tres aliados tecnológicos que acompañan a una persona con discapacidad visual en su día a día

...

3. Dispositivo móvil: puede sonar obvio, pero, en realidad, un celular puede sumar significativamente a la autonomía de una persona con discapacidad visual. Y es que, al hacer uso de un dispositivo móvil, se puede acceder a un lector de pantalla que identifica los elementos que se muestran en la pantalla y repite la información, ya sea como conversión de texto, voz o a través de dispositivos de salida braille. (párr. 4)

A partir de este punto, desarrollaré las soluciones mencionadas en la cita anterior, sobre todo por la transversalidad con que se han implementado en todos los equipos móviles (véase la Tabla 1), independientemente de la marca, y porque cumplen con suplir una relación de consumo exitosa realizada por una persona con discapacidad sensorial: comunicarse con el vendedor y revisar el producto.

Tabla 1

Herramientas móviles para superar la discapacidad auditiva y visual

	Comunicación	Revisión
Para personas con discapacidad auditiva	Transcripción instantánea	Subtítulos de multimedia
Para personas con discapacidad visual	Lector de pantalla	Reconocimiento de imágenes

4.1. Comunicación

En relación con las herramientas para comunicarse con el vendedor, proponemos algunas gratuitas inspiradas en las funcionalidades del aplicativo Yapaycuy, el cual ha sido validado por el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad del Perú, que está a cargo de velar por el derecho de las personas con discapacidad en el Perú (MIMP Conadis, 2023).

4.1.1. Persona con discapacidad auditiva

En el supuesto de una persona con discapacidad auditiva, para sostener una conversación, obtener información y trasladar consultas al vendedor, se requiere transformar la voz del vendedor a texto. Para estos casos, la herramienta que le será de utilidad es el de la transcripción instantánea (conversión de voz a escritura).

La transcripción instantánea es una herramienta móvil que permite transformar en escritura aquello que el celular recibe por voz en tiempo real. La generalidad de equipos móviles ya cuenta con esta función, la cual está incluida en los sistemas de Apple y Android. Asimismo, para responder al vendedor y considerando que la persona está posibilitada de ver, el cliente puede escribir en el equipo móvil por texto cualquier

consulta que tenga y verificar a tiempo real si la está trasladando correctamente, con lo que obtiene una respuesta por voz y, con la antedicha herramienta, nuevamente traducir la respuesta por voz a texto. De esta manera, las personas con discapacidad auditiva podrán sostener una conversación con el vendedor, sin necesidad de que aquel conozca un idioma distinto al español, como la lengua de señas. Entonces, el uso continuo de herramientas que permiten transformar voz a texto coadyuva la interacción de las personas con discapacidad auditiva. Un ejemplo de ello es el aplicativo Live Transcribe de los científicos Dimitri Kanvesky y Chet Gnegy (Accessible Madrid, 2022).

4.1.2. Persona con discapacidad visual

Si estamos en el supuesto de una persona con discapacidad visual, esta podría conversar fluidamente usando su lengua materna con el vendedor sin necesidad de otra herramienta de asistencia. No obstante, y frente a determinada información que el vendedor le pudiese brindar de manera visual (folletos, manuales, etcétera), le será útil un lector de pantalla (conversión de escritura a voz).

La lectura de pantalla es una herramienta móvil que permite a las personas con discapacidad visual escuchar el contenido de su pantalla. Diversas marcas de equipos móviles ya cuentan con esta función, entre ellas, Apple, Samsung, Xiaomi, Motorola, Honor y Vivo. Con esta herramienta, las personas con discapacidad visual pueden obtener toda la información relevante que no puedan obtener mediante la observación y, así, acceder a la lectura de contratos de productos, fichas técnicas u otros manuales virtuales. Será clave que las empresas digitalicen toda información relevante para el consumidor o, en general, brindar información clara para que, mediante el celular, pueda captarse y ser traducido. Herramientas que convierten el texto a voz han sido de mucha utilidad para personas ciegas, incluso se han lanzado al mercado dispositivos que lo hacen de manera más sofisticada. Un ejemplo de lector de pantallas es el OrCam MyEye, un sensor óptico que captura imágenes y la comunica de manera oral (Meganoticias, 2019).

4.2. Revisión

4.2.1. Persona con discapacidad visual

Si estamos en el supuesto de una persona con discapacidad visual, entonces aquel no puede ver directamente el producto que tiene en frente. Para ello, es clave que pueda revisarlo mediante una herramienta de reconocimiento de imágenes (conversión de imagen a audio). Esta herramienta permite que el usuario pueda identificar con su equipo celular los objetivos que pueda tener en frente mediante una captura vía foto o video. Incluso, si cuenta con conexión a internet, podrá encontrar mayor información que podría reproducir en audio. Entonces, la mayor evidencia de que este conversor de imagen a audio sirve a las personas con discapacidad visual es el continuo desarrollo de aplicaciones que cumplen con esa finalidad. Un ejemplo de ello es el aplicativo Lazzus (Neosentec, 2016).

4.2.2. Persona con discapacidad auditiva

Si estamos en el supuesto de una persona con discapacidad auditiva, entonces esta puede ver y revisar el producto que tiene en frente. No obstante, si gustase obtener mayor información mediante videos tutoriales u otro detalle audiovisual, puede recurrir a una herramienta de subtítulos (un agregado de texto a la imagen). Es más, con una captura de imagen podrá tener evidencia del estado en que le llegó el equipo y, si grabase la atención, puede agregarle subtítulos multimedia. La evidencia de que este agregado de texto a la imagen sirve a las personas con discapacidad auditiva es el continuo desarrollo de aplicaciones que cumplen con esa finalidad. Actualmente, se viene desarrollando un *software* en unas gafas que subtitula las voces del entorno en tiempo real (El Mundo, 2022).

5. CONCLUSIONES

Las herramientas móviles propuestas permiten superar con mayor agilidad las desigualdades propias de las personas con discapacidad sensorial frente al resto para formar por sí mismas relaciones de consumo con sus proveedores de productos o servicios, cuestionar lo que les parezca inadecuado y celebrar lo que les parezca adecuado. Asimismo, estas herramientas móviles no son la panacea para las personas con discapacidad sensorial, pero sí representan alternativas con un menor costo para superar las brechas de aprendizaje (por la frecuencia de uso del celular), adaptación (por las múltiples posibilidades que representa su uso) y actualización (por la evolución constante del sistema de los equipos móviles).

Adicionalmente, resulta clave que los actores involucrados, comenzando por el Estado, promuevan que las personas con discapacidad sensorial utilicen estas herramientas móviles mediante capacitaciones a los usuarios, disponibilidad de un equipo por parte de los proveedores, entre otros. De otro lado, las herramientas móviles dispuestas para las personas con discapacidad sensorial no se agotan en las descritas en el presente artículo, sino que se han buscado destacar las más comunes entre las marcas. A continuación, se enlistan los sitios web que contienen más herramientas brindadas por los equipos móviles según su marca:

- Samsung: <https://www.samsung.com/latin/sustainability/accessibility/overview/>
- Xiaomi: <https://www.mi.com/es/accessibility>
- Honor: <https://www.honor.com/pe/support/content/es-us15860533/>
- Motorola: https://es-latam.support.motorola.com/app/answers/detail/a_id/135797/~/habilita-y-deshabilita-las-opciones-de-accesibilidad-con-la-combinaci%C3%B3n-de

- Vivo: <https://www.vivo.com/pe/activity/accessible>
- Apple: <https://www.apple.com/la/accessibility/>

Finalmente, las herramientas móviles mencionadas son únicamente las que vienen preinstaladas en los celulares; no obstante, en la gama de aplicaciones que ofrece cada tienda de aplicaciones, seguramente encontraremos algunas más sofisticadas como las ejemplificadas en los videos de YouTube citados en el acápite 4 de la presente investigación.

REFERENCIAS

- Accessible Madrid. (2022, 7 de febrero). *Android accessibility Live Transcribe* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=KAZTbViRCks>
- Agüero, A. (2022). Uso inclusivo de la lengua. En S. De Mauro (Ed.), *Lenguaje inclusivo: ¿cómo, por qué, para qué?* (pp. 33-40). Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Filosofía y Humanidades. https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/202566/CONICET_Digital_Nro.0c3a04af-730a-4ac8-8fb8-99c394a16eb4_L.pdf?sequence=6&isAllowed=y
- Consejo Internacional para la Educación de las Personas con Discapacidad Visual. (2020). *La vigencia del sistema braille en el siglo XXI*. <https://www.foal.es/sites/default/files/ICEVI%20LATINOAM%C3%89RICA%20VIGENCIA%20DEL%20SISTEMA%20BRAILLE%20EN%20EL%20SIGLO%20XXI.pdf>
- Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad. (2023, 1 de febrero). *Conoce los tres aliados tecnológicos que acompañan a una persona con discapacidad visual en su día a día*. <https://www.gob.pe/institucion/conadis/noticias/695474-conoce-los-tres-aliadostecnologicos-que-acompanan-a-una-persona-con-discapacidad-visual-en-su-dia-a-dia>
- Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad. (2024, 4 de enero). *“Incluir para crecer sin barreras”: lanzan guía del buen trato a niñez con discapacidad en formato braille*. <https://www.gob.pe/institucion/conadis/noticias/890153-incluir-para-crecer-sin-barreras-lanzan-guia-del-buen-trato-a-ninez-con-discapacidad-en-formato-braille>
- Defensoría del Pueblo. (2015, 30 de septiembre). *Defensor del pueblo exhortó al Minedu a aprobar el reglamento de la ley que reconoce como oficial a la lengua de señas peruana*. <https://www.defensoria.gob.pe/defensor-del-pueblo-exhorto-al-minedu-a-aprobar-el-reglamento-de-la-ley-que-reconoce-como-oficial-a-la-lengua-de-senas-peruana/>
- Defensoría del Pueblo. (2020, 24 de septiembre). *Defensoría del Pueblo: debe facilitarse el aprendizaje de la lengua de señas peruana y promover la identidad lingüística y cultural de las personas sordas*. <https://www.defensoria.gob.pe/defensor-del-pueblo-exhorto-al-minedu-a-aprobar-el-reglamento-de-la-ley-que-reconoce-como-oficial-a-la-lengua-de-senas-peruana/>

- El Mundo. (2022, 2 de agosto). *El revolucionario invento para las personas sordas que subtitula el entorno en tiempo real* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=Ob6lliBhIVg>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2021a). *Protocolo para la atención de personas con discapacidad*. <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/2212749-protocolo-de-atencion-para-las-personas-con-discapacidad>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2021b). *Sala del Indecopi confirma sanción contra Caja Rural de Ahorro y Crédito Cencosud Scotia Perú S. A. por discriminar a persona con discapacidad* [Nota de prensa]. <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/339966-sala-del-indecopi-confirma-sancion-contra-caja-rural-de-ahorro-y-credito-cencosud-scotia-peru-sa-por-discriminar-a-persona-con-discapacidad>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2022). *Fiscalizan al restaurante “La Bodega de la Trattoria” por presunta discriminación a mujer con discapacidad visual* [Nota de prensa]. <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/619147-fiscalizan-al-restaurante-la-bodega-de-la-trattoria-por-presunta-discriminacion-a-mujer-con-discapacidad-visual>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2024). *Confirman sanción contra Caja Huancayo por discriminar a persona con discapacidad visual al negarle dar en garantía su inmueble* [Nota de prensa]. <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/904172-confirman-sancion-contra-caja-huancayo-por-discriminar-a-persona-con-discapacidad-visual-al-negarle-dar-en-garantia-su-inmueble>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2013, 15 de julio). *En el Perú existen 1 millón 575 mil personas con discapacidad* [Nota de prensa]. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3529782/Nota%20de%20Prensa.pdf?v=1661198586>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2018). Perú: perfil sociodemográfico. Censos Nacionales 2017: XII de población, VII de vivienda y III de comunidades indígenas. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1539/libro.pdf
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2024). *Perú: caracterización de las condiciones de vida de la población con discapacidad, 2022*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6051578/5357753-peru-caracterizacion-de-las-condiciones-de-vida-de-la-poblacion-con-discapacidad-2022.pdf>
- Ley 29571 del 2010. Por la cual se pone en vigencia el Código de Protección y Defensa del Consumidor. 1 de septiembre del 2010. Diario Oficial El Peruano. <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/normas-legales/1244218-29571>

- Meganoticias. (2019, 21 de mayo). *“Tecnología asistencial”: aparato permite autovalencia en personas ciegas o con deficiencia visual* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=5GZKnt3dTS0&t=106s>
- MIMP Conadis. (2023, 5 de abril). *Yapaykuy, la app que derriba las barreras de comunicación* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=nSWZawcnQjM>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2018). *Exposición de motivos*. <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2018/Setiembre/04/EXP-DL-1384.pdf>
- Neosentec. (2016, 1 de marzo). *Lazzus - La app para personas ciegas o con discapacidad visual* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=BvXC9PtKYU>
- Oficina de Comunicaciones de la Biblioteca Nacional del Perú. (2024, 4 de julio). *BNP accesibiliza el instructivo del formulario único de trámite (FUT) al sistema braille. Biblioteca Nacional del Perú*. <https://www.bnp.gob.pe/bnp-accesibiliza-el-instructivo-del-formulario-unico-de-tramite-fut-al-sistema-braille/>
- Oficina de Comunicación y Relaciones Institucionales. (2023, 5 de julio). *OSIPTEL elabora guía informativa en sistema braille sobre derechos de los usuarios de servicios de telecomunicaciones. Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones*. <https://www.osiptel.gob.pe/portal-del-usuario/noticias/osiptel-elabora-guia-informativa-en-sistema-braille-sobre-derechos-de-los-usuarios-de-servicios-de-telecomunicaciones/>
- Resolución Final 060-2013/ILN-CPC [Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual]. Por la cual se trata la denuncia de la Comisión de Protección al Consumidor sede Lima Norte a Peruvian Air Line S. A. por infringir el numeral 1 del artículo 38 del Código de Protección al Consumidor. 23 de enero del 2023. <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/baed07a7-2504-4d0f-b031-e23fd9d094b4>
- Resolución Final 309-2023/INDECOPI-CUS [Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual]. Por la cual se declara la nulidad parcial de la Resolución Final 099-2023/PSO-INDECOPI-CUS. 26 de junio del 2023. <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/5a993dd7-503a-4663-b40f-af7afd47d882>
- Rodriguez, J. (2021, 4 de enero). Día Mundial del Braille: la posibilidad de mirar con las manos. *El Comercio*. <https://elcomercio.pe/mundo/actualidad/dia-mundial-del-braille-la-posibilidad-de-mirar-con-las-manos-ciegos-peru-noticia/>
- Servicios Postales del Perú. (2022, 2 de febrero). *Serpost lanza servicio gratuito para personas invidentes*. <https://www.gob.pe/institucion/serpost/noticias/679562-serpost-lanza-servicio-gratuito-para-personas-invidentes>
- Torrado, U. (2018). *Millennials y su relación con las marcas*. Datum Internacional. https://www.datum.com.pe/new_web_files/files/pdf/Millennialsylasmarcas.pdf

LA COMPENSACIÓN CONVENCIONAL BANCARIA DESDE LA ÓPTICA DE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

URSULA PATRONI VIZQUERRA*

Universidad de Lima, Perú

JUAN SEBASTIÁN MUÑOZ VALDERRAMA**

Universidad de San Buenaventura, Colombia

Recibido: 13 de agosto del 2024 / Aceptado: 18 de septiembre del 2024

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2024.n59.7347>

RESUMEN. El presente artículo se ocupa de la aplicación de la compensación convencional en el ámbito de los servicios bancarios. En concreto, se hace un análisis de las decisiones que se han proferido en las sedes administrativa y judicial, en las que se termina por establecer que la compensación convencional, cuyos términos se pactan en las condiciones generales por las que se prestan servicios bancarios, no constituye una vulneración a la idoneidad del servicio brindado por las entidades del sistema financiero. Se arriba a aquella conclusión al establecer que las normas que gobiernan la aplicación de la compensación convencional no son las mismas que hacen lo propio respecto de la compensación unilateral. Asimismo, cuando las condiciones generales de los contratos que celebran las entidades bancarias con los consumidores financieros pueden perfectamente respetar el universo normativo de la compensación convencional y, en consecuencia, no constituyen una violación de los derechos de los consumidores.

PALABRAS CLAVE: compensación bancaria / compensación unilateral / compensación convencional / seguridad jurídica / derechos del consumidor

* Doctoranda en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú. Magíster en Derecho y Administración Local por la Universidad de Almería, España. Magíster en Administración de Empresas por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Magíster en Derecho de los Negocios por la Universidad Francisco de Vitoria y el Colegio de Abogados de Madrid, España. Profesora investigadora, responsable del Grupo de Investigación de Derecho Administrativo del Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima, Perú. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6233-3519> Contacto: upatroni@ulima.edu.pe

** Magíster en Derechos Fundamentales en Perspectiva Nacional, Supranacional y Global por la Universidad de Granada, España. Abogado con reconocimiento a la excelencia académica por la Universidad de San Buenaventura, Colombia. Investigador externo del Grupo de Investigación de Derecho Administrativo del Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima, Perú. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5275-1047> Contacto: juanbastianmunoz@gmail.com

BANKING COMPENSATION PRACTICES: CONSUMER PROTECTION PERSPECTIVE

ABSTRACT. The following article addresses the bilateral compensation in regard to its application to the banking services. Specifically, it contains an analysis of the decisions issued during the discussions that took place before the administrative authorities in charge of the consumers legislation and before the courts in which the lawsuit against the previously mentioned authority was filed in order to obtain an annulment ruling. The final decision states that the bilateral compensation, as agreed on the terms and conditions of the banking institutions, does not entail a lack of adequacy of the services rendered by financial institutions. That conclusion is reached, when it is established, that the bilateral compensation is governed by rules different from the unilateral compensation. Also, that the terms and conditions as agreed between the banking institutions and consumers, can perfectly uphold the legislation regarding the bilateral compensation, therefore there is not a violation of consumers' rights.

KEYWORDS: bank compensation / bilateral compensations / unilateral compensation / rule of law / consumes right

1. INTRODUCCIÓN

La compensación bancaria es una figura jurídica sumamente útil para dinamizar el acceso al crédito, pues permite a las entidades financieras asegurar el retorno de sus acreencias. La existencia de un riesgo bajo en la recuperación del crédito se traduce en tasas de interés más bajas. Bajo esta premisa, la compensación bancaria se ha introducido en las condiciones generales aplicadas a los productos y servicios que los clientes suscriben con las entidades financieras, en las que se acepta que estas últimas compensen las deudas, ya sea de manera unilateral o convencional.

Sin embargo, la jurisprudencia en materia de protección al consumidor relativa a la aplicación de esta figura jurídica no ha sido pacífica. Por el contrario, han existido pronunciamientos diversos y contrarios entre sí, incluso a nivel judicial y constitucional. No obstante, con el objeto de hacer prevalecer la finalidad de la compensación bancaria —pese a lo convulsionado de su aplicación— el Indecopi mantiene en estos últimos años una línea resolutive a favor de la aplicación de la compensación bancaria unilateral, en la que se privilegia la libertad contractual que tienen los consumidores y el dinamismo del mercado.

En las siguientes líneas, se hace un estudio sobre la compensación y sobre los tipos de compensación actualmente regulados y aplicables al sector bancario. Luego, se examina el desarrollo jurisprudencial a cargo del Indecopi sobre la compensación bancaria unilateral. Finalmente, se presenta el caso emblemático de compensación bancaria convencional, en el que el Poder Judicial tuvo que enmendarle la plana al Indecopi, al precisar no solo los elementos que se requieren para este tipo de compensación, sino además al señalar cómo opera la prescripción, situación de suma importancia cuando se pacta este tipo de compensación.

2. LA FIGURA JURÍDICA DE LA COMPENSACIÓN

La compensación es un medio legal para extinguir obligaciones, cuando el deudor es, a su vez, acreedor de su acreedor; es decir, cuando las partes son simultánea y recíprocamente deudoras y acreedoras en dos obligaciones vigentes. Conceptualmente la figura de la compensación es bastante eficiente y práctica, pues permite liberar a las partes de sus obligaciones y acreencias de manera sincrónica, sin necesidad de desplazamiento de dinero o de bienes.

La compensación se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en el Código Civil como en la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. Al respecto, el Código Civil señala en su artículo 1288 que por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas,

hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. Adicionalmente, establece que la compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo. Esto es que, por voluntad de ambas partes, no se puede aplicar esta figura jurídica a sus relaciones jurídicas patrimoniales.

A partir de lo señalado, se puede advertir que, para que se produzca la compensación (si es que no ha sido excluida por las partes), se requiere que se trate de obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas. Cuando se habla de obligaciones recíprocas, se entiende que se está frente a obligaciones en las que las partes ocupan tanto la posición acreedora como la deudora. Es decir, que existen acreencias entre los sujetos de cada relación patrimonial, y cada una de las partes es, a su vez, acreedor y deudor, de la otra parte. El que las obligaciones sean líquidas implica que las partes tengan certeza sobre la existencia de las obligaciones, así como de la cuantía de las mismas. Respecto de que las obligaciones sean exigibles, se debe entender que esa exigibilidad implica que el acreedor cuente con la facultad para requerir el cumplimiento de la obligación, judicial o extrajudicialmente.

Así, adicionalmente a los requisitos ya señalados (como son la reciprocidad, liquidez y exigibilidad de las obligaciones), para la compensación regulada en el artículo 1288 es indispensable que las prestaciones sean fungibles y homogéneas, entendiéndose por ello que el objeto de las prestaciones admita reemplazo por bienes de igual calidad, dado que, por su naturaleza, el uso del bien implica su consumo. Ahora bien, cuando se indica que sean obligaciones fungibles, no solo se trata de que el objeto de la prestación sea fungible, sino además que lo sea con el objeto de la otra prestación, lo que permite que exista reciprocidad entre las obligaciones.

Hasta aquí se ha efectuado una aproximación a la figura jurídica de la compensación regulada en el artículo 1288 del Código Civil, también conocida como compensación unilateral. Sin embargo, el Código Civil también contempla, en el artículo 1289, la compensación bilateral o convencional. En ese sentido, a partir de la lectura del citado artículo, se advierte que el Código Civil permite que las partes decidan compensar sus acreencias, aun cuando no se cumplan los requisitos previstos por el artículo 1288. Esto es, que las partes pueden aplicar la figura jurídica de la compensación —en este escenario, la compensación convencional— aun cuando las obligaciones no sean líquidas y exigibles ni las prestaciones sean fungibles y homogéneas.

Así, en un análisis de los requisitos propios de la compensación unilateral, se debe indicar que, con relación al requisito de reciprocidad, si bien el Código Civil no hace mención expresa a su existencia en la compensación convencional, lo cierto es que la figura de la compensación parte de la existencia de obligaciones recíprocas, por lo que la ausencia de este requisito hace imposible cualquier tipo de compensación. Por tal motivo, se considera implícito el requisito en la naturaleza jurídica de la compensación.

Al respecto, en relación con la compensación convencional, Osterling Parodi y Castillo Freyre (2009) han señalado lo siguiente:

Como advertimos oportunamente, la compensación puede ser unilateral o convencional. En el primer caso, la compensación opera a instancia de parte; esto es, sin que se requiera del asentimiento de la contraparte —vale decir, apoyándose en lo dispuesto por la ley—. En tanto que, en el segundo caso, tratándose de la compensación convencional, se requiere del acuerdo entre acreedor y deudor, configurándose como un medio bilateral de extinción de obligaciones ...

Para que opere la compensación bilateral, es evidente que no se deben presentar todos los requisitos de la compensación unilateral, porque si se presentaran estos en su integridad, no habría necesidad de un acuerdo entre las partes; bastaría con que una de ellas exprese su decisión de compensar las obligaciones para que ella se configure. Y es que, repetimos, de estar presentes todos los requisitos, lo que va a corresponder es la compensación unilateral y no la bilateral. (p. 8)

En ese sentido, a partir de lo estipulado en el Código Civil, se puede concluir que nuestro ordenamiento permite la compensación cuando existe reciprocidad en las obligaciones y cuando las partes no hayan expresamente desestimado su aplicación en sus relaciones jurídicas patrimoniales. Así, la compensación convencional nace a partir del acuerdo de voluntades de las partes que, inclusive cuando no se cumplan todos los requisitos para la compensación unilateral, pueden válidamente establecerla como mecanismo legal para extinguir obligaciones.

3. LA FIGURA JURÍDICA DE LA COMPENSACIÓN BANCARIA

Como oportunamente se ha mencionado, la compensación se encuentra también regulada en la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. En el numeral 11 del artículo 132, como parte de los mecanismos para atenuar los riesgos de los ahorristas —en aplicación del artículo 87 de la Constitución Política—, se faculta a las empresas del sistema financiero a compensar las acreencias y los activos del deudor que mantenga en su poder, hasta por el monto de aquellas, con el deber de devolver el exceso, si es que hubiese.

Independiente de la habilitación legal que el artículo 87 de la Constitución Política del Perú otorga para la procedencia de la compensación bancaria por parte de las empresas del sistema financiero, lo cierto es que en la compensación bancaria también se aplica la prohibición establecida en el artículo 1290 del Código Civil. Esta prohibición está referida a la aplicación de esta figura jurídica en los casos de restitución de bienes de los que el propietario haya sido despojado, en la restitución de bienes depositados o entregados en comodato y cuando se trate de créditos inembargables.

Ahora bien, es importante señalar que las entidades del sistema financiero contratan con sus clientes a través de la suscripción de condiciones generales aplicadas a los productos y servicios que ofrecen, que no son otra cosa que las cláusulas generales de contratación. Estas cláusulas son redactadas de forma previa y unilateral, de manera general y abstracta, con la finalidad de establecer el contenido de futuros contratos con sus usuarios. Se crea, entonces, un clausulado homogéneo que elimina la posibilidad de negociación del contrato, pues se trata de productos masivos.

Si bien las cláusulas generales de contratación están permitidas en nuestra legislación, para su validez deben cumplir los requisitos establecidos en el artículo 48 del Código de Protección y Defensa del Consumidor. En ese sentido, se exige concreción, claridad y sencillez en la redacción, que sea posible su comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato y a los que, en todo caso, debe hacerse referencia expresa en el documento contractual.

Asimismo, para que las cláusulas generales de contratación sean válidas, se exige la accesibilidad y legibilidad, de forma que el consumidor o usuario tenga conocimiento previo del contenido del contrato antes de su suscripción. A ello se suma la buena fe y el equilibrio necesario en los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

A partir de lo antes señalado, se puede concluir que la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros habilita a las empresas del sistema financiero a compensar las acreencias y los activos del deudor que mantenga en su poder, sin discriminar si se trata de una compensación unilateral o una compensación convencional. En este sentido, resulta válido que su aplicación en el mundo de los servicios financieros sea factible, en la medida que la figura jurídica de la compensación —sea unilateral, convencional o ambas— se encuentre establecida en las condiciones generales aplicadas a los productos y servicios que las entidades financieras ofrecen y que el clausulado cumpla los requisitos para ser válido.

Así, cuando se habla de la compensación bancaria, contrariamente a lo asumido por una parte de la doctrina, esta no debe ser entendida como la forma unilateral de compensación, pues esta restricción no tiene fundamentación jurídica que la respalde. Si bien es la figura jurídica más discutida en sede administrativa en materia bancaria, existe también la compensación bancaria convencional. En la medida que haya sido incluida de manera expresa en las condiciones generales aplicadas a los productos y servicios que en el sector financiero se ofertan y, claro está, que el consumidor las haya aceptado, es totalmente aplicable en el sector bancario.

4. LOS CRITERIOS DEL INDECOPI SOBRE LA APLICACIÓN DE LA FIGURA JURÍDICA DE LA COMPENSACIÓN BANCARIA SOBRE CUENTAS DE REMUNERACIONES

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante Indecopi), como autoridad de consumo, no ha sido ajeno a los problemas que han surgido entre las entidades financieras y los consumidores al respecto. Esto ha generado que el Indecopi se pronuncie sobre la aplicación de la figura jurídica de la compensación bancaria. Sin embargo, los criterios del Indecopi han ido cambiando, en algunos casos de conformidad con los criterios que a nivel judicial se han determinado, y en otros no.

A continuación, se efectuará un breve recuento de la jurisprudencia más relevante sobre compensación bancaria, en la que se analiza la influencia que los pronunciamientos judiciales han tenido al respecto.

En el año 2010, la Sala 2 del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi² (en adelante la Sala 2), en el Expediente 270-2008/CPC, mediante Resolución 0199-2010/SC2-INDECOPI, revocó la Resolución 1423-2008/CPC, en el extremo que declaró infundada la denuncia y, reformándola, la declaró fundada, al verificar que, entre otros, se realizó la compensación de la deuda de la denunciante mediante cargos en su cuenta de pago de haberes, por montos que superaron el límite permitido por ley. Así, la Sala 2, mediante este pronunciamiento prohíbe la compensación bancaria unilateral, respecto de remuneraciones, cuando estas no sean mayores a las cinco unidades de referencia procesal. Adicionalmente, indica que, sobre el exceso, solo podrá aplicarlo hasta una tercera parte, decisión que se fundamenta en las siguientes consideraciones:

19. Para el usuario de entidades financieras, el crédito está constituido por los fondos de las cuentas que el banco mantiene en su poder, respecto de los cuales tiene derecho a compensar. Así, las entidades financieras son deudoras respecto de los fondos de las cuentas de ahorro de titularidad de los usuarios, toda vez que el dinero depositado en ellas no es de propiedad del banco, y son acreedoras respecto de las obligaciones que estos usuarios tienen pendientes de pago a su favor, por lo que tiene derecho a compensar la acreencia a su favor, que es la deuda del usuario, con el activo de este, que es el dinero existente en su cuenta de pago de haberes, salvo las excepciones establecidas por la Ley.

20. Sobre el particular, la doctrina nacional señala que la exclusión del crédito inembargable del ejercicio del derecho de compensación ha sido establecida de manera expresa en el Código Civil, dada la protección prioritaria que el derecho otorga a dichos créditos en relación con otros derechos patrimoniales.

21. Al respecto, el Código Procesal Civil establece cuáles son los bienes calificados como inembargables, incluyendo a las remuneraciones, cuando no

exceden las cinco unidades de referencia procesal (en adelante, URP), siendo el exceso embargable hasta una tercera parte. (Resolución 0199-2010/SC2-INDECOPI, p. 6)

En ese sentido, la Sala 2 se aparta de lo establecido por el regulador bancario, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (en adelante la SBS), en discrepancia con lo establecido en el Oficio 34376-2009-SBS¹, al no estar de acuerdo con que las remuneraciones o pensiones percibidas por los trabajadores, cesantes y jubilados, al momento de ser transferidas a una cuenta bancaria, pierden el carácter de remuneración y se convierten en un depósito irregular.

La Sala 2 cierra este pronunciamiento al indicar, en su parte considerativa, que su decisión no vulnera el derecho de las partes a pactar libremente, ni tampoco deja sin efecto la cláusula de la compensación, sino que esta debe ser aplicada conforme al marco legal vigente, el cual establece limitaciones cuando se trata de remuneraciones o pensiones, “no admitiéndose pacto en contrario” (Resolución 0199-2010/SC2-INDECOPI, p. 11).

Posteriormente, en el año 2011, la misma Sala 2, con la misma conformación, en el Expediente 067-2010/CPC-INDECOPI-ICA y mediante Resolución 3448-2011/SC2-INDECOPI², revoca la Resolución 141-2010/INDECOPI-ICA, en el extremo que declaró fundada la denuncia, en la medida que no se ha acreditado que el denunciado hubiese realizado descuentos indebidos en la cuenta de haberes de la denunciante. Así, la Sala 2 cambia de criterio motivado, conforme a la siguiente argumentación:

17. A entender de este Colegiado, la prohibición de afectar remuneraciones y pensiones menores a cinco URP requiere diferenciar aquel caso donde el consumidor libre y voluntariamente decide afectar libremente los fondos de su cuenta de remuneraciones o pensiones para el pago de las obligaciones que mantiene con una institución bancaria, de aquel otro supuesto en que un acreedor recurre a la autoridad jurisdiccional para lograr forzosamente una medida de embargo sobre los fondos de la cuenta de remuneraciones

1 El Oficio 34376-2009-SBS, tal como es referido en la Resolución 0199-2010/SC2-INDECOPI, señala textualmente lo siguiente: “En ese contexto, es pertinente señalar que esta Superintendencia es de la opinión de que las remuneraciones o pensiones percibidas por los trabajadores, cesantes y jubilados según corresponda, pierden dicho carácter al momento de transferirse a una cuenta bancaria, pasando a convertirse en un depósito irregular como los demás existentes en la empresa depositaria (cuentas corrientes, cuentas de ahorro, etcétera) (sic), los cuales no son bienes inembargables, sino que se encuentran expuestos al eventual ejercicio del derecho de compensación a que se ha hecho referencia anteriormente. No obstante, debe reconocerse que el Tribunal Constitucional, a partir de la sentencia (no vinculante) expedida el 28 de junio de 2004 en el Expediente 0691-2004- AA/TC, asumió una postura distinta al sostener la aplicación del numeral 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil a las remuneraciones depositadas en cuentas bancarias, criterio que como se ha señalado no es compartido por esta Superintendencia” (p. 10).

2 El mismo criterio es utilizado en la Resolución 2483-2013/SPC-INDECOPI.

o pensiones, con el propósito de asegurar el cumplimiento de la prestación debida. (Resolución 3448-2011/SC2-INDECOPI, p. 6)

En ese sentido, la Sala 2 indica que, en la situación en la que el consumidor, libre y voluntariamente, decide afectar los fondos de su cuenta de remuneraciones, la compensación bancaria no siempre debe ser entendida como perjudicial para él, “como para generar una regla de prohibición absoluta” (Resolución 3448-2011/SC2-INDECOPI, p. 6). Adicionalmente, la Sala 2 pone sobre la mesa el argumento relacionado con que, dado que se trata de cláusulas de contratación aprobadas por la SBS, estas condiciones generales aplicadas a los productos y servicios que en el sector financiero se ofertan, gozan de legalidad.

Posteriormente, en el año 2014, la Sala 2, ya con una nueva conformación, en el Expediente 028-2013/CPC-INDECOPI-SAM, mediante Resolución 1706-2014/SC2-INDECOPI, revoca la Resolución 0068-2013/CPC-INDECOPI-SAM que declaró fundada la denuncia y, reformándola, la declara infundada, al no haberse acreditado que el denunciado hubiese realizado un descuento indebido en la cuenta de ahorros en la que la denunciante percibía sus remuneraciones. Así, la Sala 2, bajo el argumento del derecho a la libertad contractual, fundamenta su decisión, tal como se aprecia a continuación:

49. Entonces, teniendo en cuenta que los límites del ejercicio de la autonomía privada aluden a las normas de orden público y considerando que los acuerdos expresos y voluntariamente celebrados por los consumidores respecto a permitir a las entidades financieras a compensar sus adeudos respecto a los activos que mantuviesen, no contravienen norma imperativa alguna, conforme a lo desarrollado en la presente resolución, este Colegiado advierte que, tras verificarse el efectivo consentimiento de la consumidora para la realización de la compensación materia de controversia, el banco se encontraba facultado para descontar las sumas ... de la cuenta de ahorros 55023747466072, toda vez que eran obligación exigible y, en consecuencia, compensable. (Resolución 1706-2014/SC2-INDECOPI, p. 16)

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia de la República, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, mediante la Casación 11823-2015, del 4 de mayo del 2017, regresa al criterio primigenio del Indecopi al indicar lo siguiente:

3.14. En ese sentido, la Sala de mérito ha incurrido infracción de las normas denunciadas, toda vez que las remuneraciones depositadas en una cuenta de ahorros sueldo no pierden tal calidad y, por lo tanto, al ser inembargables conforme a lo dispuesto por el artículo 648 numeral 6 del Código Procesal Civil hasta el monto de cinco unidades de referencia procesal (5 URP), se encuentra prohibida su compensación a tenor de lo previsto en el artículo 1290 del Código Civil. (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, 2017, p. 15)

Este criterio fue aplicado también en la Casación 18161-2015, del 20 de junio del 2017, en la cual, de la misma forma, se señala (para declarar fundado el recurso de

casación) que las remuneraciones depositadas en una cuenta de ahorros no pierden tal calidad y, por lo tanto, al ser inembargables conforme a lo dispuesto por el inciso 6 de artículo 648 del Código Procesal Civil hasta el monto de cinco unidades de referencia procesal, se encuentra prohibida su compensación a tenor de lo previsto en el artículo 1290 del Código Civil.

De manera posterior y en cumplimiento de la sentencia emitida por la Quinta Sala Contenciosa Administrativa con Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima, la Sala 2, en el Expediente 1468-2010/CPC, mediante Resolución 3441-2017/SPC-INDECOPI, revoca la Resolución 1173-2012/CPC que declaró infundada la denuncia y, en consecuencia, la declara fundada, al haberse acreditado que el demandado descontó indebidamente de la cuenta de haberes de la consumidora para compensar una deuda que esta mantenía ante la referida entidad financiera. Así, la Quinta Sala Contenciosa Administrativa con Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima, fundamenta la Resolución Treinta que declara la nulidad, en los siguientes fundamentos:

SEXTO: En cuanto al argumento glosado en el apartado b) debemos precisar que en el inciso 3 del artículo 1290 del Código Civil, concordado con el artículo 648 del Código Procesal Civil, se deja claramente establecido que no procede la compensación de:

“Las remuneraciones y pensiones cuando no excedan de cinco unidades de referencia procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte ...”

Por consiguiente, la compensación irrestricta no es posible, sino que, en todo caso, se requiere un acuerdo específico y actual, para que los créditos y deudas que las partes mantienen entre sí puedan ser compensados si se encuentran en el supuesto de hecho mencionado ...

Por tanto, no puede afirmarse que el pacto contractual de compensación haya excepcionado la prohibición prevista en el inciso 3 del artículo 1290 del Código Civil. (Corte Superior de Justicia de Lima, 2017, considerando sexto)

Subsiguientemente y pese a lo establecido por la Corte Suprema en las Casaciones 11823-2015 y 18161-2015, el Indecopi se aparta de dicho criterio y, en el año 2018, la Sala 2 en el Expediente 15-2017/CPC-INDECOPI-CHT, mediante Resolución 1097-2018/SPC-INDECOPI, confirma la Resolución 921-2017/INDECOPI/LAL que declaró infundada en parte la denuncia al haberse acreditado que el denunciado se encontraba expresamente autorizado para efectuar la compensación de las deudas de la denunciante en las cuentas que mantenía bajo su administración.

En esta misma línea y al señalar de manera expresa que las Casaciones antes señaladas no constituyen jurisprudencia vinculante, en el año 2019, la Sala 2, en el Expediente 0088-2018/CPC-INDECOPI-LOR, mediante Resolución 3684-2019/SPC-INDECOPI, confirma la Resolución 126-2019/INDECOPI-LOR, que declaró infundada

la denuncia, en la medida que quedó acreditado que el débito efectuado por la entidad bancaria en la cuenta de ahorros del consumidor se encontraba debidamente justificado, en virtud de la autorización de compensación consignada en el contrato de tarjeta de crédito, debidamente suscrito por el denunciante.

De manera posterior, el Tribunal Constitucional, en el Expediente 01796-2020-PA/TC, mediante la Sentencia 670/2021, conserva la línea resolutive que establece que las cuentas de remuneraciones son embargables únicamente bajo los lineamientos establecidos por el inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil, lo cual se observa en el siguiente considerando:

14. Como ya se ha observado, esta normativa se aplica inclusive cuando existe un contrato que la contraviene. En este caso, la libertad de contratar (artículo 62 y el artículo 2.14 de la Constitución) debe interpretarse en concordancia con el derecho a la remuneración (artículo 24 de la Constitución). Es decir, la compensación que realice el banco del acuerdo celebrado debe ser interpretada en armonía con el artículo 648, inciso 6, del Código Procesal Civil, por lo que no resulta factible que el Banco de la Nación se apropie del íntegro de las remuneraciones del actor, pues solamente está permitido proceder en virtud del mencionado artículo. (Tribunal Constitucional, 2021, p. 8)

Como es de verse, el Indecopi ha mantenido su línea resolutive, pese a la existencia de pronunciamientos del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, siendo que la Comisión de Protección al Consumidor 1, actuando como segunda instancia, en el Expediente 1444-2020/PS2, mediante Resolución Final 0409-2021/CC1, revoca la Resolución Final 1690-2020/PS2 y la declara infundada, bajo el argumento de que las entidades financieras tienen el derecho de efectuar compensaciones frente a sus clientes que mantengan acreencias.

En el mismo sentido, la Sala, en el Expediente 0037-2020/CC1 mediante Resolución 1690-2021/SPC-INDECOPI, confirma la Resolución 0091-2021/CC1, en el extremo que declaró infundada la denuncia, al haber quedado acreditado que la entidad financiera efectuó de manera correcta la retención de los abonos depositados en la cuenta de ahorros del denunciante, con el fin de pagar la deuda que mantenía en su tarjeta de crédito, en razón a que el consumidor voluntariamente decide afectar su remuneración con la finalidad de extinguir las obligaciones exigibles que mantiene pendientes de pago, lo cual permite a las entidades financiera compensar los adeudos.

5. LA COMPENSACIÓN CONVENCIONAL BANCARIA DESDE LA ÓPTICA DE LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Como se ha desarrollado en el acápite anterior, hubo distintos pronunciamientos disímiles del Indecopi referidos a la compensación bancaria, en los que, a partir del

año 2011³, se establece una posición a favor de esta, que se aparta de lo señalado por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, en el entendido de que no se trata de pronunciamientos que constituyan precedentes vinculantes. Esta argumentación se sustenta básicamente en dos fundamentos: la libertad del consumidor a contratar y la exigibilidad de la deuda. Sin embargo, tal como ha sido previamente explicado, existe también la figura de la compensación convencional, que es aplicable también en materia bancaria y que, para su aplicación, mantiene el fundamento de la libertad del consumidor, pero no requiere la exigibilidad de las acreencias.

Para comprender la compensación convencional y su aplicación desde la óptica de la protección al consumidor, se procederá a efectuar el análisis del caso emblemático, que en sede administrativa condicionó su aplicación a la exigibilidad de las obligaciones. Sin embargo, ya en sede judicial y con base en un análisis sistemático del ordenamiento jurídico y en desarrollo de la libertad contractual, se determinó la diferencia entre la compensación convencional y la compensación unilateral, así como sus consecuencias, avalando que la primera sea válidamente aplicable en ámbito bancario, sin que esto signifique la vulneración de las normas de protección al consumidor.

5.1. Antecedentes del procedimiento administrativo

El señor Salas denunció a un banco por presuntas infracciones a la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, debido a que este último debitó dos importes de la cuenta de ahorros mancomunada en dólares que tenía con la sociedad conyugal conformada por la señora Salas y el señor Relayze (en adelante, la sociedad conyugal)⁴. Asimismo, la sociedad conyugal presentó una denuncia en contra del banco por presuntas infracciones al Código, por los mismos hechos, debido a que la cuenta de ahorro en dólares era mancomunada con el señor Salas.

La Comisión, mediante Resolución 443-2016/CC1, acumuló los procedimientos seguidos en los Expedientes 554-2015/CC1 y 1068-2015/CC1, toda vez que consideró que existía conexidad entre las pretensiones de ambos procedimientos. El banco, entre los argumentos expuestos en sus descargos, señaló que la cuenta en la que se había realizado el débito era una cuenta de ahorros mancomunada indistinta; es decir, que cualquiera de los titulares podía disponer de la totalidad de los fondos, sin que para dichos efectos se necesite de la autorización de cualesquiera de los otros cotitulares. Asimismo, refirió

3 Resolución 3448-2011/SC2-INDECOPI.

4 Se trata de dos denuncias presentadas ante la Comisión de Protección al Consumidor 1. La primera denuncia obedece al Expediente 554-2015/CC1, quien aparece como denunciante es el señor Salas. La segunda denuncia obedece al Expediente 1068-2015/CC1, quien aparece como denunciante es la sociedad conyugal conformada por la señora Salas y el señor Relayze. Ambos expedientes son posteriormente acumulados por la Comisión de Protección al Consumidor 1.

que existía una deuda pendiente de pago por parte de la sociedad conyugal, reconocida judicialmente, frente a la cual la Corte Superior de Justicia de Arequipa, mediante la Sentencia 188-2000, ordenó el pago, incluidos los intereses compensatorios, desde la emisión del pagaré hasta su vencimiento. De igual modo, indicó que los titulares de la cuenta de ahorros mancomunada han declarado haber leído y aceptado en su integridad las condiciones del contrato de condiciones generales de las cuentas y servicios del banco, documento en el cual se pacta expresamente la posibilidad que tiene la entidad financiera de compensar con los fondos existentes. Cabe indicar de manera adicional, que la cuenta en la que se efectuó la compensación no es una en la que se reciba el pago de remuneraciones o pensiones.

La Comisión, luego de la revisión de los actuados en los Expedientes 554-2015/CC1 y 1068-2015/CC1, emitió la Resolución Final 0070-2016/CC1 que declara infundada la denuncia en ese extremo. Motivó su pronunciamiento al indicar que, conforme a lo pactado por las partes, los cotitulares de la cuenta aceptaron que, en caso de existir una obligación pendiente de pago a favor del banco, este se encontraba en plena facultad de realizar el cargo o compensación de la deuda. Preciso, además, que no se pactó limitación alguna por el hecho de que la cuenta fuera de naturaleza mancomunada, pues al tratarse de una cuenta mancomunada indistinta, cada uno de los titulares de la referida cuenta podría disponer del 100 % de los fondos existentes, sin requerir para ello de la autorización de ninguno de los otros cotitulares. Se pronunció, adicionalmente, sobre la prescripción alegada por los denunciantes, respecto de lo cual señala que, si bien el banco no podría iniciar una acción judicial para el cobro de la deuda, el derecho mismo nacido de la obligación no estaba extinto, por lo que se encontraba completamente facultado a utilizar los mecanismos extrajudiciales que la ley dispone para el cobro de las obligaciones a su favor.

Posteriormente, mediante Resolución 2590-2017/SPC-INDECOPI, la Sala revoca la Resolución Final 0070-2016/CC1 y, al reformarla, la declara fundada en ese extremo, al haberse acreditado que la obligación objeto de compensación con cargo a los fondos existentes en la cuenta de ahorros mancomunada de los denunciantes no era exigible.

La Sala motivó su decisión en que, si bien el artículo 1289 del Código Civil señala que las partes pueden convenir la compensación aun cuando no concurren los requisitos exigidos por el artículo 1288 de dicho cuerpo normativo, en el caso concreto, el contrato que la sociedad conyugal suscribió con el banco no contemplaba dicho supuesto y, por el contrario, el clausulado suscrito lo excluía tácitamente, al señalar que solo podrían compensarse los montos de las obligaciones vencidas y exigibles.

Bajo este argumento, señala que la exigibilidad de una obligación implica la facultad que le asiste al acreedor de requerir, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de la obligación. Así, a entender de la Sala, no podría hablarse de una deuda compensable cuando el crédito que la originó había prescrito.

Con relación a la prescripción, la Sala refiere que se trata de un mecanismo de seguridad jurídica y de una sanción al acreedor por su inacción en exigir el cumplimiento de sus derechos. Además, la Sala señala que la prescripción brinda seguridad jurídica al deudor y a terceros, al determinar que el deudor no podrá ser forzado a cumplir la obligación prescrita. En ese sentido, considera válido que la sociedad conyugal haya empleado, como mecanismo de defensa frente al derecho del banco a requerir vía compensación el pago de la obligación vencida, la prescripción de dicha acción, la cual es de diez años, de conformidad con lo previsto en el artículo 2001 del Código Civil.

5.2. Análisis del pronunciamiento administrativo

Con relación al pronunciamiento de la Sala, lo primero que es importante resaltar es que los medios probatorios utilizados para revocar el pronunciamiento de primera instancia no fueron los correctos. En el expediente administrativo acumulado, existían varios modelos de contrato de condiciones generales de las cuentas y servicios del banco que los denunciantes habían firmado sucesivamente con la entidad financiera durante su relación comercial. Sin embargo, el último —y, por lo tanto, el vigente— era uno distinto al utilizado por la Sala.

En la Resolución Final 2590-2017/SPC-INDECOPI, la Sala analiza las siguientes condiciones generales de las cuentas y servicios del banco:

Cargar y compensar los montos de las obligaciones vencidas y exigibles, directas o indirectas [énfasis añadido] que el Cliente le adeude al Banco, incluso aquellas adquiridas de terceros acreedores del Cliente y/o derivadas de obligaciones de terceros que este haya garantizado, ya sea por capital, intereses, comisiones o gastos, salvo disposición en contrario (aceleración de plazos) contemplado en el contrato de crédito asociado, contra los montos de las obligaciones que el Banco mantenga a favor del Cliente por concepto de los créditos originados en depósitos efectuados por el Cliente o a favor del Cliente en las cuentas que este mantenga en el Banco, cualquiera sea su origen, concepto o naturaleza de las sumas depositadas que originaron los créditos. Para estos efectos, el Cliente autoriza al Banco a bloquear temporalmente sus cuentas. El cargo será informado al Cliente en su siguiente estado de cuenta, en el estado de cuenta correspondiente al crédito compensado, de ser aplicable, y en todos los medios en los que el Banco pone a disposición del Cliente el registro de movimientos de sus cuentas. (p. 12)

Sin embargo, las condiciones leídas y aceptadas en su integridad por los denunciantes obran en el documento denominado "Condiciones generales de cuentas y servicios del banco" (2012), de la escritura extendida ante el notario público de Lima Mario Gino Benvenuto Murguía el 11 de enero del 2012 (kardex 022265), documento que contiene un clausulado distinto al utilizado por la Sala para revocar la Resolución Final 0070-2016/CC1. Es así que las condiciones aceptadas expresamente por los denunciantes establecían lo siguiente:

1. El Cliente autoriza de manera expresa al Banco, respecto de sus cuentas, depósitos, tarjetas, bienes o valores, a: ...

b. *Cargar los montos de las obligaciones directas o indirectas que el Cliente le adeude al Banco* [énfasis añadido], incluso aquellas adquiridas de terceros acreedores del Cliente y/o derivadas de obligaciones de terceros que este haya garantizado, ya sea por capital, intereses, comisiones o gastos, incluidos los gastos de cobranza directa o encargada a terceros, contra los montos de las obligaciones que el Banco mantenga a favor del Cliente por concepto de los créditos originados en depósitos efectuados por el Cliente o a favor del Cliente en las cuentas que este mantenga en el Banco, cualquiera sea el origen, concepto o naturaleza de las sumas depositadas que originaron los créditos. Para estos efectos, el Cliente autoriza al Banco a bloquear temporalmente sus cuentas.

c. Efectuar cargos y/o imputar contra cualquier otra obligación que el Banco mantenga a favor del Cliente, distintas a las señaladas en el numeral precedente, *los montos de las obligaciones directas o indirectas* [énfasis añadido] que el Cliente le adeude al Banco, incluso aquellas adquiridas de terceros acreedores del Cliente y/o derivadas de obligaciones de terceros que este haya garantizado, ya sea por capital, intereses, comisiones o gastos, incluidos los gastos de cobranza directa o encargada a terceros. (Condiciones generales de cuentas y servicios del banco, 2012)

Sin que sea necesario adentrarse en la confusión de la Sala con relación a los medios probatorios que debió tener en cuenta —confusión no menor, pues, como ya ha sido señalado, por aplicación de unas condiciones que no correspondían a los denunciantes, revoca el pronunciamiento de primera instancia—, la Sala efectúa una correcta interpretación con respecto a la exigibilidad de las obligaciones a partir de la figura de la prescripción.

Según el entender de la Sala, la exigibilidad de una obligación implica la facultad que asiste al acreedor de requerir, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de la obligación, la cual no existe cuando esta se encuentra prescrita. Indica, así, la Sala que la prescripción existe como un mecanismo de seguridad jurídica y como una sanción al acreedor por su inacción en exigir el cumplimiento de sus derechos, brindando seguridad jurídica al deudor y a terceros, al determinar que el deudor no podrá ser forzado a cumplir la obligación prescrita. Sin embargo, el error en el que incurre la Sala es el de no analizar la figura de la prescripción en un sentido omnicompreensivo, limitándose en su análisis a determinar que ha operado la prescripción solo por el transcurso del tiempo y dejando de lado la otra condición importante para su configuración: que sea invocada, en vía de acción o excepción, a nivel judicial o arbitral.

Esta segunda condición es tan importante como el paso del tiempo, porque es mediante la actuación del deudor —la de invocar esta institución judicialmente por la

vía de la acción o la excepción, tal como se encuentra establecido en el Código Procesal Civil— que el transcurso del plazo establecido en el Código Civil puede obrar para liberar al deudor de su obligación. Como es de verse, la regulación de la prescripción es restrictiva, pues solo permite que el deudor ejerza su derecho de liberación dentro de un proceso judicial o arbitral.

Por lo tanto, queda claro que el solo transcurso del plazo no extingue la obligación del deudor. Lo que genera el paso del tiempo es la posibilidad de que el deudor se libere, siempre y cuando oponga la prescripción a nivel judicial o arbitral, como excepción o al iniciar un proceso. Así, se advierte que la motivación de la Sala para revocar la Resolución Final 0070-2016/CC1 ha sido incorrecta, tanto desde los medios probatorios analizados como desde la justificación de la prescripción. Esta situación generó que la Sala invalidara la aplicación de la compensación bancaria convencional para el caso en concreto.

5.3. Análisis del pronunciamiento judicial

Como era de esperarse, un pronunciamiento de esta naturaleza en sede administrativa sería impugnado mediante una demanda contenciosa administrativa en el Poder Judicial, con la finalidad de que se ejerza el control jurídico de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados⁵.

En primera instancia, la demanda le corresponde al Vigésimo Cuarto Juzgado Contencioso Administrativo que, en su momento, expide la Resolución Número 13 del 29 de marzo de 2021, dentro del Expediente 14243-2017-0-1801-JR-CA-24. Lo primero que debe traerse a colación en la citada providencia es que el fundamento normativo del que se sirve en su argumentación se concreta en el artículo 1288 del Código Civil, que versa sobre la compensación unilateral y sus requisitos. Así, el Juzgado de primera instancia se concentra en el requisito de la exigibilidad para establecer que, entre otras, las obligaciones naturales o prescritas no son exigibles y, por tanto, no son compensables (Corte Superior de Justicia de Lima, 2021, p. 23).

Por otro lado, hace un énfasis específico en la perspectiva estructural de la institución de la prescripción, conforme a la cual, según las consideraciones del Juzgado de primera instancia, a todo derecho le es inherente un plazo en el que debe ser ejercido, un ámbito temporal que se explica con la función y finalidad para el que ha sido concedido y merced al cual se garantiza la ausencia de un carácter antisocial en su ejercicio (Corte Superior

5 La Ley 27584, artículo 1 ("Finalidad"), establece lo siguiente: "La acción contenciosa administrativa prevista en el artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados".

de Justicia de Lima, 2021, p. 23). Seguidamente, se hace mención del numeral primero del artículo 2001 del Código Civil, para establecer que el término de prescripción de la acción de cobranza es de diez años. Así, al considerar que el crédito objeto de la controversia nació a la vida jurídica en el 2000 y fue compensado en el 2015, establece el Juzgado que aquella forma de extinguir la obligación ocurrió cuando esta no era exigible, pues había operado la prescripción del derecho de acción. En razón de lo cual encuentra verificada la infracción de los artículos 18 y 19 del Código de Protección y Defensa del Consumidor y declara infundada la demanda contenciosa administrativa.

Sin embargo, el Juzgado de primera instancia insiste en considerar que a la compensación que se pacta en un contrato bilateral, le son aplicables los requisitos de la compensación unilateral, no sin antes desestimar los argumentos que acusan falta de motivación, conforme a las condiciones por las cuales se contrató con el banco y que fueron tomadas como marco de la decisión administrativa que se demanda no eran las vigentes. Tal postura se asume al momento de establecer que la exigibilidad de las obligaciones era una de las condiciones para compensar, lo que se contiene en la expresión “vencidas y exigibles”, conforme a las cláusulas asumidas voluntariamente por las partes. El argumento concluye de la siguiente manera:

Lo que aunado a que se trata de un requisito señalado por ley para proceder a la compensación unilateral, hacían que su cumplimiento [el del requisito de la exigibilidad] para proceder a la misma resultara necesario y obligatorio. En tal sentido, tampoco corresponde amparar este extremo de la demanda. (Corte Superior de Justicia de Lima, 2021, p. 24)

Es de tal magnitud la confusión en la que incurre el Juzgado de primera instancia en materia de compensación, que insiste en calificar de “unilateral” la compensación para afirmar que las condiciones contractuales que la amparan no constituyen una renuncia al término de prescripción, de la que trata el artículo 1991 del Código Civil.

Posteriormente, en virtud de un recurso de apelación, la Quinta Sala Especializada de la Corte Superior de Justicia de Lima (en adelante la Quinta Sala) asume la competencia y emite la Sentencia 22 del 18 de noviembre del 2022. En esta providencia, la Quinta Sala establece, primero, cuál es el marco contractual que existía entre las partes, conforme al cual es posible establecer las condiciones que rigen la aplicación de la compensación. De ahí que, en un primer estadio de desarrollo de la decisión, se establece que —en la versión última de las condiciones del contrato— no se hace referencia a que la obligación sea exigible para ser compensada (Corte Superior de Justicia de Lima, 2022, p. 12).

Sin embargo, establece que la verificación del marco contractual no es suficiente, ya que la naturaleza de la controversia exige abordar la posibilidad de hacer efectiva la compensación, en tanto se encontraba amparada por las normas aplicables. En este punto de análisis, la Quinta Sala encuentra como hecho indiscutido la acreencia, cuya

existencia y ejecución se reconoce y ordena judicialmente; esto es, sin que se haya invocado la prescripción como acción o excepción, de acuerdo con lo establecido en el Código Procesal Civil. De ahí que hasta el momento sea forzoso concluir que la Quinta Sala acoge favorablemente los argumentos del banco, al punto de citarlos explícitamente para indicar que

la prescripción no se agota con el simple transcurso del plazo previsto en la ley para la prescripción de un derecho, sino que además es necesario que la contraparte invoque la prescripción a su favor, ya en vía de acción o excepción. (Corte Superior de Justicia de Lima, 2022, p. 14)

Así, establece la Quinta Sala que es precisamente sobre la base de esta orden judicial y de las condiciones contractuales aplicables (a saber, aquellas extendidas en la escritura pública, "Condiciones generales de cuentas y servicios del banco", 2012) que el Banco procede a la compensación de las acreencias, en el entendido de que estas representaban, conforme al clausulado aludido, obligaciones directas o indirectas. En ese sentido, para la Quinta Sala, la calidad de convencional de una compensación supera, como debería, el análisis del cumplimiento de aquellos requisitos legales establecidos para la compensación unilateral, interpretación que sistemáticamente es consistente con la libertad contractual que, como se sabe, es de naturaleza constitucional.

La Sentencia de segunda instancia cuenta con el voto singular de la magistrada Núñez Riva, en el que se comparte el sentido del pronunciamiento y se hace, además, una precisión: que en el expediente administrativo no obra una sentencia en la cual se haya declarado prescrita la deuda. De ahí que el banco, al haber pactado con sus clientes la compensación de deudas directas e indirectas, estaba premunido de dicha posibilidad, conforme con lo dispuesto en la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. Por lo tanto, bajo los argumentos antes reseñados, la Quinta Sala revoca la Resolución 13 y la reforma, pues declara fundada la demanda y, en consecuencia, anula la Resolución Final 2590-2017/SPC-INDECOPI. Deja entonces sin efecto la sanción, así como la medida correctiva de extorno impuesta contra el banco.

6. CONCLUSIONES

Conceptualmente, la figura de la compensación es bastante eficiente y práctica, pues permite liberar a las partes de sus obligaciones y acreencias de manera sincrónica, sin necesidad de desplazamiento de dinero o de bienes.

1. La compensación convencional nace a partir del acuerdo de voluntades de las partes; cuando no se cumpla con todos los requisitos para la compensación unilateral, esta puede establecerse como mecanismo legal para extinguir obligaciones.

2. La compensación bancaria se encuentra regulada en la Ley 26702, como parte de los mecanismos para atenuar los riesgos de los ahorristas. Es por este motivo que las empresas del sistema financiero se encuentran habilitadas a compensar, sin discriminar si se trata de una compensación unilateral o de una convencional, en la medida que se haya establecido en las condiciones generales aplicadas a los productos y servicios que ofrecen.
3. Luego de un cambio de criterio, el Indecopi ha mantenido su línea resolutoria, pese a la existencia de pronunciamientos del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, lo que permite la compensación bancaria bajo el argumento de que las entidades financieras tienen el derecho de efectuar compensaciones frente a sus clientes que mantengan acreencias.
4. La discusión en la instancia judicial culmina con una decisión de segunda instancia que establece que la compensación convencional se encuentra gobernada en su aplicación por reglas distintas a las que son propias de la compensación unilateral. Así también, que estas reglas pueden ser efectivamente proyectadas y respetadas por las condiciones generales que se establecen en los contratos por los que las entidades bancarias prestan servicios a los consumidores financieros.
5. Finalmente, queda claro que la prescripción, como institución jurídica que enerva la exigibilidad de las obligaciones, no ocurre por el simple paso del tiempo, sino que corresponde a una postura del deudor que debe ser ejercida, máxime cuando se trata de obligaciones cuya existencia ha sido refrendada por decisiones de índole jurisdiccional.

REFERENCIAS

- Código Civil. Decreto Legislativo 295 de 1984. Artículos 1288, 1289, 1290, 1991, 2001. 24 de julio de 1984 (Perú). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682684>
- Código Procesal Civil. Resolución Ministerial 010-93-JUS. Artículo 648. 22 de abril de 1993 (Perú). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682685>
- Código de Protección y Defensa del Consumidor. Ley 29571 del 2010. Artículos 18, 19, 48. 2 de septiembre del 2010. Diario Oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682697>
- Condiciones generales de cuentas y servicios del banco. (2012, 11 de enero). En escritura pública extendida ante el notario público de Lima Mario Gino Benvenuto Murguía (kardex 022265).

- Congreso Constituyente Democrático. (1993). Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 87. Diario Oficial El Peruano del 29 de diciembre de 1993. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682678>
- Corte Superior de Justicia de Lima. (2017). Sentencia. Resolución Número Treinta. Expediente 8486-2013. Lima: 12 de mayo de 2017. https://drive.google.com/file/d/1SqKQ7ttdMaFxfjGUOG_VGJIToZg96j1/view?usp=sharing
- Corte Superior de Justicia de Lima. (2021). Sentencia. Resolución Número Trece. Expediente 14243-2017-0-1801-JR-CA-24. Lima: 29 de marzo de 2021. <https://drive.google.com/file/d/19fx7SQxv1vr0zol2FbvBBAEv0czeYtp3/view?usp=sharing>
- Corte Superior de Justicia de Lima. (2022). Sentencia de vista. Resolución Número Veintidós. Expediente 14243-2017. Lima: 18 de noviembre de 2022. https://drive.google.com/file/d/1T4VLDcRlkXgCs04BI_CFlykOX-bsw8UF/view?usp=sharing
- Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2017). Casación 11823-2015/Lima. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente. Lima: 4 de mayo del 2017. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/07/Casaci%C3%B3n-11823-2015-Lima-Legis.pe_.pdf
- Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2017). Casación 181161-2015/Lima. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente. Lima: 20 de junio del 2017. <https://drive.google.com/file/d/1r9MTC7XZcvUID4F6hyEa-Pqge7zPGPGN/view?usp=sharing>
- Decreto Legislativo 1044 del 2008. Ley de Represión de la Competencia Desleal. 26 de junio del 2008. Diario Oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H967537>
- 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://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H773064>
- Ley 27584 del 2001. Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo. 7 de diciembre del 2001. Diario Oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H817703>
- Osterling Parodi, F., & Castillo Freyre, M. (2009). La compensación. *Revista Vox Iudex*, 3, 1-23. <https://castillofreyre.com/articulos/la-compensacion-3/>
- Resolución 0068-2013/CPC-INDECOPI-SAM [Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de San Martín]. Por la cual se declara fundada una denuncia contra el Banco de Crédito del Perú por infracción al artículo 19 de la Ley 29571. 17 de octubre del 2013. <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/668b33b6-929c-4f5b-baf6-95e6bc7aa061>

- Resolución 0199-2010/SC2-INDECOPI [Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual]. Por la cual se revoca la Resolución 1423-2008/CPC y se declara fundada una denuncia contra el Banco de Crédito del Perú. 29 de enero del 2010. <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/25b69520-cef3-4049-ac8a-252371bbfd7f>
- Resolución 1097-2018/SPC-INDECOPI [Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual]. Por la cual se revoca resolución que declaraba infundada una denuncia contra el Banco de Crédito del Perú y, en consecuencia, se declara fundada la denuncia por infracción de los artículos 18 y 19 de la Ley 29571. 14 de mayo del 2018. <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/914ec990-9355-47bc-aa3f-a804a7628151>
- Resolución 126-2019/INDECOPI-LOR [Comisión de la Oficina Regional de Indecopi de Loreto]. Por la cual se declara infundada una denuncia contra el BBVA Banco Continental por presunta infracción al artículo 18 y 19 de la Ley 29571. 29 de mayo del 2019. <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/59400569-d595-40cb-9aa2-7c0381d4de20>
- Resolución 141-2010/INDECOPI-ICA [Comisión de la Oficina Regional de Indecopi de Ica]. Por la cual se declara fundada una denuncia contra el Scotiabank por infracción del artículo 8 de la Ley 29571. 24 de setiembre del 2010. <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/5fee2fbf-e0ea-4baa-b9f7-91fa0be7fd9d>
- Resolución 1690-2021/SPC-INDECOPI [Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual]. Por la cual se confirma resolución que declaraba infundada una denuncia contra el Banco de Crédito del Perú por presunta infracción de los artículos 18 y 19 de la Ley 29571. 27 de julio del 2021. <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/2f51fd2b-c197-4eab-be7e-d4cbc6b98002>
- Resolución 1706-2014/SC2-INDECOPI [Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual]. Por la cual se revoca la resolución que declaraba fundada la denuncia contra el Banco de Crédito del Perú por presunta infracción del artículo 19 de la Ley 29571. 27 de mayo del 2014. <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/998b4e7c-99ef-4050-8a01-d489cc25d668>
- Resolución 3441-2017/SPC-INDECOPI [Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual]. Por la cual se revoca la Resolución 1173-2012/CPC que declaraba infundada la denuncia contra el Scotiabank y, en consecuencia, se declara fundada la denuncia por infracción del artículo 8 de la Ley 29571. 11

de diciembre del 2017. <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/56015d19-7dd3-4391-a3c2-32881f534f32>

Resolución 3448-2011/SC2-INDECOPI [Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual]. Por la cual se revoca la Resolución 141-2010/INDECOPI-ICA, que declaraba fundada una denuncia contra el Scotiabank Perú. 15 de diciembre del 2011. <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/afc1c105-9656-4fe6-b431-2a8af252ec8b>

Resolución 3684-2019/SPC-INDECOPI [Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual]. Por la cual se confirma la resolución que declaraba infundada una denuncia contra el BBVA Banco Continental por presunta infracción de los artículos 18 y 19 de la Ley 29571. 27 de diciembre del 2019. <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/2a9f17c6-d6c1-4bb7-b1aa-50e5253a499f>

Resolución 921-2017/INDECOPI/LAL [Comisión de la Oficina Regional de Indecopi de La Libertad]. Por la cual se declara infundada una denuncia contra el Banco de Crédito del Perú por presuntas infracciones al artículo 19 de la Ley 29571. 29 de setiembre del 2017. <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/d9b1849c-7979-46b2-ba12-b4220b9290d1>

Resolución Final 0070-2016/CC1 [Comisión de Protección al Consumidor 1]. Por la cual se declara infundada una denuncia contra el Banco de Crédito del Perú por presunta infracción a los artículos 18 y 19 de la Ley 29571. 13 de enero del 2017. <https://drive.google.com/file/d/1I5Tj68PyFPzw0nKKayqQ0SOHF10Mddi1/view?usp=sharing>

Resolución Final 0091-2021/CC1 [Comisión de Protección al Consumidor 1]. Por la cual se declara infundada una denuncia contra el Banco de Crédito del Perú por presunta infracción de los artículos 18 y 19 de la Ley 29571. 15 de enero del 2021. <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/ae49aea6-e83f-4e92-a9ea-039d06597263>

Resolución Final 0409-2021/CC1 [Comisión de Protección al Consumidor 1]. Por la cual se revoca la Resolución Final 1690-2020/PS2 y se declara infundada una denuncia contra el Banco de la Nación. 17 de febrero del 2021. <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/79054be3-c119-46c2-812c-763bee6eefd2>

Resolución Final 1173-2012/CPC [Comisión de Protección al Consumidor]. Por la cual se declara infundada una denuncia contra el Scotiabank por presunta infracción al artículo 8 del TUO de la Ley 29571. 3 de abril del 2012. <https://>

servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/3795829e-3e38-4f38-9224-fd9e39ce3fc4

Resolución Final 1423-2008/CPC [Comisión de Protección al Consumidor]. Por la cual se declara infundada la denuncia contra el Banco de Crédito del Perú por presunta infracción al artículo 8 de la Ley 29571. 23 de julio de 2008. <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/a6d625ae-5aea-4da5-b777-e5223ce0549e>

Resolución Final 2590-2017/SPC-INDECOPI [Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual]. Por la cual se revoca la resolución que declaraba infundada una denuncia contra el Banco de Crédito del Perú y, en consecuencia, se declara fundada la denuncia por infracción de los artículos 18 y 19 de la Ley 29571. 31 de agosto del 2017. <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/getDoc?docID=workspace://SpacesStore/ff721b73-0a1c-478c-9ac1-3b16bb19af6d>

Tribunal Constitucional. (2021). Sentencia 670/2021. Expediente 01796-2020-PA/TC Tumbes. Lima: 1 de julio de 2021. <https://www.studocu.com/pe/document/universidad-privada-del-norte/derecho-constitucional/grupo-1-tc-01796-2020-aa-remuneracion/106152416>

MISCELÁNEA

DERECHO A LOS MEDICAMENTOS ESENCIALES: EQUILIBRIO ENTRE SALUD Y MERCADO

CARMEN ELISA BECERRA HUERTAS*

Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Colombia

JUAN DAVID GIRALDO BECERRA**

Universidad Nacional de Colombia

ARIEL EMILIO CORTÉS MARTÍNEZ***

Pontificia Universidad Javeriana, Colombia

Recibido: 6 de agosto del 2024 / Aceptado: 15 de noviembre del 2024

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2024.n59.7333>

RESUMEN. Se examina la intersección entre el derecho fundamental a la salud y las dinámicas comerciales en el contexto colombiano, y se pone el foco en la evolución legislativa y judicial que ha fortalecido este derecho desde su consagración constitucional. Mediante un enfoque hermenéutico-interpretativo, se examinan las políticas farmacéuticas y los tratados internacionales, y la problemática se ilustra con estudios de caso como el conflicto con Novartis sobre el medicamento Imatinib. Se cuestiona la influencia del neoliberalismo en la privatización de servicios de salud y se sugiere la flexibilización de normativas, como las licencias obligatorias, para promover un acceso equitativo a medicamentos esenciales, conciliando derechos de propiedad intelectual con el acceso universal a la salud dentro de un marco de Estado social y de derecho.

PALABRAS CLAVE: política de la salud / medicamento / propiedad intelectual / instrumento internacional / Estado / derechos civiles

* Psicóloga por la Universidad de Santo Tomás, Colombia. Especialista en Administración Pública. Profesora de la Facultad de Ciencias de la Salud, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Colombia. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4325-652X> Contacto: carmen.becerra@unicolmayor.edu.co

** Abogado. Estudiante de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-0716-3726> Contacto: juadgiraldobec@unal.edu.co

*** Doctor en Medicina. Doctor en Epidemiología y Salud Pública. Magíster en Economía. Profesor asociado de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Pontificia Universidad Javeriana, Colombia. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1169-9086> Contacto: ariel.cortes@javeriana.edu.co

THE RIGHT TO ESSENTIAL MEDICINES: BALANCING HEALTH AND THE MARKET

ABSTRACT. The intersection between the fundamental right to health and commercial dynamics in the Colombian context is examined, focusing on the legislative and judicial evolution that has strengthened this right since its constitutional enshrinement. Through a hermeneutic-interpretive approach, pharmaceutical policies and international treaties are analyzed, illustrated with case studies such as the conflict with Novartis over Imatinib. The influence of neoliberalism on the privatization of health services is questioned, and the flexibility of regulations, such as compulsory licenses, is suggested to promote equitable access to essential medicines, reconciling intellectual property rights with universal access to health within the framework of a Social State governed by the rule of law.

KEYWORDS: health policy / medicines / intellectual property / international instrument
/ state / civil rights

La enfermedad puede desestabilizar economías y hasta sistemas políticos enteros.

Organización Mundial de la Salud

La pandemia del COVID-19 ha desestabilizado el sistema político y socioeconómico mundial.

Organización Mundial de la Salud

1. INTRODUCCIÓN

La Organización Mundial de la Salud (OMS) expresa que

la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades ... el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social ... considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, la cual es el patrón de referencia. (Como se cita en La Valle, 2017)

Este enfoque se refleja en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual establece que

toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. (Pretelt, 2017)

En Colombia, a partir de la década de 1990, se adoptaron los principios del modelo económico neoliberal del Consenso de Washington, como respuesta a las dificultades del estado de bienestar. Esto implicó una transferencia de servicios públicos al sector privado y una reducción del poder regulatorio estatal en lo económico, que lo dejó en manos del libre mercado (Echeverri Uruburu, 2013). Estas políticas se consolidaron con el tiempo y dieron lugar a reformas progresistas de corte neoliberal en el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) de Colombia (Martínez & Reyes, 2012).

Más allá, el marco del contrato social, reflejado en la Constitución Política de Colombia (CPC) de 1991, reconoce la salud como un derecho económico, social y cultural, consagrado en los artículos 44, 48, 49, 365 y 366. Sin embargo, la Sentencia T-760/08 la eleva a derecho fundamental y le otorga dos vías para su protección: la primera, la existencia de relación con un derecho de mayor amplitud (vida, dignidad humana o integridad personal), conocida por conexidad; la segunda, la protección de un derecho a través de la vía de acción de tutela consagrada constitucionalmente (Corte Constitucional,

2008). Posteriormente, la Ley 1751, del 16 de febrero de 2015, reafirmó este principio, pues declaró la salud como un derecho fundamental irrenunciable, tanto a nivel colectivo como individual, y le asignó al Estado la responsabilidad de desarrollar políticas para garantizar la igualdad de oportunidad de acceso a la salud para todos los ciudadanos (Pérez Cárdenas, 2017).

El SGSSS de Colombia, regido por la Ley 100, aprobada el 23 de diciembre de 1993, se basa en el aseguramiento, a través de subsidios, a la demanda (Bernal & Barbosa, 2015). Lo anterior implica que cada persona recibe una prima individual del fondo común —denominado Administradora de los Recursos del SGSSS—, a través de la unidad de pago por capitación, para cubrir un plan de beneficios en salud (PBS) explícito. Asimismo, la Ley 1955, aprobada el 25 de mayo del 2019, en su artículo 240, establece el abastecimiento de prestaciones que no se encuentran incluidas en el plan de beneficios en salud (No PBS) a través de la definición de techos máximos, denominados “lo no explícito” (Vallejo Zamudio, 2019).

En las actuales circunstancias de promoción del derecho a la salud en la generalidad de las sociedades, el adecuado acceso a los medicamentos se establece como una garantía indispensable para su materialización (Figueredo & Vargas, 2020). La disponibilidad de fármacos y medicamentos y las medidas que se deben asumir para garantizar las cantidades adecuadas para proveer esta prestación de manera idónea, es labor del Estado (Marín-Ospina, 2022).

El mercado farmacéutico se aborda en la Ley 100, en su artículo 162, que reúne un listado de medicamentos que son esenciales en su presentación genérica, con fundamento en el Decreto Ley 1650 de 1977 y sus reglamentaciones (Montero & Pizarro, 1999). En este punto, cabe considerar como parte fundamental de la estructura del SGSSS el impulso de la competitividad en el mercado farmacéutico, reglado por la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos en el artículo 245 de la Ley 100.

La inclusión de medicamentos genéricos ha significado una notable mejora en el acceso de la sociedad colombiana a tratamientos esenciales. Estos medicamentos, que contienen la misma composición cuantitativa y cualitativa de principios activos que sus contrapartes de marca, están disponibles en el mercado una vez que expira la patente original. Esta transición ha resultado en una reducción significativa (de hasta un 60 %), en los precios de venta, ya que no implican costos adicionales asociados con la investigación inicial del medicamento (Serna et al., 2018).

Con la entrada en vigor de la Ley 1438, del 19 de enero del 2011, se define, específicamente en su artículo 86, la política de insumos, farmacéutica y de dispositivos médicos. Esta normativa, que forma parte de una amplia reforma al SGSSS, tiene como objetivo desarrollar mecanismos para optimizar el uso de medicamentos y evitar

inequidades en su acceso y calidad. Además de los cambios en la legislación interna, organizaciones internacionales también han subrayado la importancia de que los países, especialmente aquellos en desarrollo, formulen políticas farmacéuticas efectivas.

Además, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que el derecho a la salud incluye el derecho a condiciones que aseguren el acceso a todos los servicios médicos y a asistencia en caso de enfermedad (Quijano Caballero, 2016). Esto abarca el acceso y la oportunidad igualitaria a los servicios de rehabilitación, curativos y preventivos, así como el adecuado suministro de medicamentos esenciales y tratamiento de enfermedades. También implica la organización del sistema de seguros y de servicios de salud.

Por otra parte, la CPC de 1991 en su artículo 88 plantea de manera expresa que “la libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades” (CPC, 1991). Asimismo, en su artículo 333 legitima:

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, son autorización de la Ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. (CPC, 1991)

Esta libre competencia es un derecho *sui generis*, concepto esencial de una economía de mercado neoliberal y objeto de interés de protección del Estado. Con ello se busca el crecimiento y el desarrollo económico, lo cual lo convierte en un asunto de interés público. Es un derecho colectivo y es un derecho individual (Acuña, 2015).

En este contexto, se ha decidido analizar cómo el derecho fundamental a la salud se ve afectado por las actividades comerciales de las compañías farmacéuticas, considerando que se restringe el acceso a algunos medicamentos, especialmente aquellos No PBS. El objetivo es mostrar la dualidad de la salud como un derecho fundamental y como una actividad comercial. Para ello, el presente trabajo se centrará específicamente en el conflicto que surge cuando una patente, propiedad de una empresa privada, es declarada de interés público, lo que lleva al Estado a regular su precio. Este análisis evidenciará el problema de que la investigación desarrollada por la empresa no sería adecuadamente compensada con el precio asignado, ya que este no estaría reflejando proporcionalmente la inversión realizada.

Consecuentemente, al observar la problemática, es evidente el enfrentamiento entre la salud como derecho fundamental y la salud como actividad comercial. En ese sentido, es crucial reconocer la primacía de los preceptos constitucionales sobre otras normas y, al mismo tiempo, destacar cómo el derecho y los entes reguladores protegen los derechos de los empresarios y la libertad de empresa. No obstante, también es importante considerar las restricciones que se imponen a la libertad empresarial en función de los intereses sociales nacionales. Se debe estudiar cómo se responde a los

derechos individuales de los empresarios para asegurarse de que, al beneficiar a una mayoría social, no se perjudique a particulares.

La pregunta central se enfoca en la dualidad entre la necesidad de fomentar y proteger la iniciativa privada empresarial y la salud como un derecho fundamental que el Estado debe garantizar a todos los ciudadanos. Este conflicto se manifiesta especialmente en el acceso de la sociedad a ciertos medicamentos. Aunque se espera que las organizaciones privadas, como las farmacéuticas, cumplan una función social, el Estado no puede ignorar los derechos que derivan de las inversiones realizadas en la obtención de patentes y en las utilidades esperadas por estas empresas.

¿Cómo responden los tratados internacionales que son ratificados y el ordenamiento jurídico de Colombia, de manera armónica y equilibrada, tanto al derecho a la salud de todos los habitantes (garantizando el acceso a medicamentos esenciales), como al desarrollo de la actividad privada y a los derechos asociados a sus investigaciones y patentes? Esto se analiza en el contexto de un Estado social y de derecho, respetando los principios y valores que este implica.

2. METODOLOGIA

Para abordar la problemática planteada, se llevó a cabo un estudio de tipo hermenéutico-interpretativo, que sigue el enfoque propuesto por Flores Macías (2018). El proceso metodológico se dividió en dos fases principales: la fase heurística y la hermenéutica.

Por un lado, en la fase heurística se realizó una búsqueda exhaustiva y recopilación de información a partir de diversos artículos indexados y libros relevantes relacionados con el tema de estudio. Se prestó especial atención a la literatura publicada entre los años 2000 y 2023 para asegurar la inclusión de los avances más recientes en el campo. Las fuentes de información se basan en literatura relevante publicada sobre el tema en idioma español e inglés. Por otro lado, en la fase hermenéutica se leyeron, analizaron, interpretaron y clasificaron los documentos.

Ahora bien, como unidades de análisis se definieron los medicamentos esenciales y el acceso a ellos en el contexto colombiano, contextualizados dentro de dos marcos de observación: el fenómeno de la globalización y el de los derechos de propiedad intelectual (DPI).

Para organizar y analizar la información recopilada, se elaboró una matriz en Excel, en la cual se registraron las ideas principales de los autores y se llevaron a cabo los análisis correspondientes.

Finalmente, el protocolo metodológico fue presentado ante la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia para su evaluación y aprobación.

3. LA GLOBALIZACIÓN EN EL ÁREA DE LA SALUD

La integración de la economía es un medio crucial para aumentar los ingresos de recursos a los países en desarrollo. Esta afirmación se valida al observar que los países en desarrollo abiertos a la inversión y al comercio experimentan un crecimiento económico significativo (Dollar, 2002). Esta apertura beneficia a los sectores pobres en una sociedad, como demuestran numerosos estudios que relacionan el aumento de ingresos con mejoras en la nutrición, la disminución de la mortalidad infantil y otros indicadores de salud (Urquizu, 2018). Sin embargo, para maximizar estos beneficios, es esencial mejorar el marco internacional, especialmente en lo concerniente a los DPI, principalmente de las empresas farmacéuticas.

Por otro lado, es necesario examinar la globalización de manera crítica. Algunos argumentan que este fenómeno, impulsado por el neoliberalismo, ha impuesto un modelo de pensamiento que promueve la privatización y la acumulación de capital, incluso en el sector de la salud (Fernández et al., 2017). Este modelo puede impedir una redistribución adecuada de la riqueza, ya que concentra el capital y generaba pobreza y desempleo. Por tanto, es un imperativo ético y político contrarrestar el neoliberalismo, mediante la creación de planes de trabajo que protejan la salud de los trabajadores y fomenten la conciencia y el activismo social (Feo, 2003).

Antes de la prevalencia del sistema económico neoliberal, existía la certeza de que la medicina y la ciencia podrían erradicar las enfermedades infecciosas en poco tiempo (Bartra, 2022). Asimismo, se creía que la salud pública y los servicios curativos atenderían adecuadamente las necesidades de salud de la población. De esta forma, con la caída del Estado benefactor, esta certeza se ha debilitado (Saad-Filho, 2020). Los altos costos de la medicina moderna y la creciente privatización han mercantilizado los servicios de salud. Para abordar estos desafíos, es necesario adaptar la salud a la realidad global mediante cambios paradigmáticos que implementen políticas centradas en una reconceptualización ética y moral de la salud (Llambías, 2003).

4. INTELECTUAL Y SALUD: UN BENEFICIO PARA LAS MULTINACIONALES

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) está compuesto por normas sobre patentes instauradas por los Estados Unidos por medio de la Organización Mundial del Comercio (OMC) (Schmitz Vaccaro, 2008). La lógica de los ADPIC se orienta a reforzar la protección de patentes y establecer estándares cada vez más altos y restrictivos. Algunos países han modificado sus leyes de patentes para permitir el libre acceso a ciertos componentes químicos cruciales en la industria farmacéutica (Drahos, 2005).

Con la entrada de los tratados de libre comercio (TLC), se busca intensificar la protección de los DPI, principalmente para beneficiar a los países industrializados, que,

como Estados Unidos, argumentan que estas políticas son necesarias para combatir la piratería (Rodríguez & Rodríguez, 2023). Colombia aprobó los Acuerdos firmados con Estados Unidos a través de la Ley 1143, aprobada el 4 de julio del 2007, y su protocolo modificatorio en la Ley 1166, del 21 de noviembre del 2007, los cuales fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional en Colombia a través de la Sentencia C-750/08. Sin embargo, al analizar los efectos del TLC sobre la salud pública, se han encontrado cifras preocupantes. Según la Organización Panamericana de Salud, por cada año que se extienden las patentes, 2,5 millones de personas ven negado su acceso a medicamentos esenciales (Lamata et al., 2017).

El sistema de concesión de licencias establecido por el Consejo General de la OMC ha recibido críticas, ya que se considera que no será una solución efectiva para mejorar el acceso a los medicamentos desde diversos puntos de vista. Colombia, por ejemplo, ha suscrito varios TLC con países altamente innovadores que favorecen los acuerdos ADPIC plus para proteger sus bienes inmateriales (Cristancho, 2017). Sin embargo, estos acuerdos también representan victorias políticas para las naciones en vías de desarrollo y las organizaciones no gubernamentales, trasladando el debate internacional sobre patentes del ámbito comercial al de la salud, y desafiando la política de poder de algunos países desarrollados con relación a las empresas farmacéuticas multinacionales, principalmente en Europa.

Los estándares más elevados, resultantes de acuerdos bilaterales, plurilaterales o multilaterales, se conocen comúnmente como ADPIC plus (Allard, 2015). Este concepto abarca tanto las disposiciones destinadas a elevar el nivel de protección para los titulares de derechos —más allá de lo estipulado en los ADPIC—, así como las medidas destinadas a la búsqueda de la reducción del alcance o la efectividad de las limitaciones a los derechos y de las excepciones derivadas del Acuerdo sobre los ADPIC. Esto tiene como efecto la reducción de la capacidad de los países en desarrollo para proteger el interés público (Lucyk, 2006).

Consecuentemente, existen posiciones críticas frente a los acuerdos bilaterales, ya que la brecha entre la Convención de Diversidad Biológica y los ADPIC es considerable. En materia de propiedad intelectual, los ADPIC plus tienen consecuencias negativas para los países en desarrollo, como Colombia, en aspectos como el conocimiento tradicional, la biodiversidad y, en sí misma, la salud (Gómez Uranga et al., 2008).

Definitivamente, las fuerzas del mercado predominan sobre las necesidades de las personas en un sistema económico y político de pensamiento único, en el que los beneficios de la modernidad no se distribuyen equitativamente y los bienes y servicios esenciales se convierten en mercancías, ignorando su función social. Esta situación crea una contradicción ética que no es exclusiva del neoliberalismo, y que resulta en un “fascismo social” que prevalece en la actualidad (Parra, 2013). La asimetría en el poder

económico mundial muestra a Estados extremadamente poderosos, capaces de crear normas deseadas e imponerlas a nivel multilateral (Morin, 2011).

5. SITUACIONES Y ACCIONES DESDE EL DERECHO

Como se ha discutido a lo largo de este trabajo y conforme a los artículos citados, se ha intentado abordar los problemas que surgen cuando la salud choca directamente con el afán de lucro económico empresarial. A continuación, realizaremos un estudio de la problemática actual, analizada desde la perspectiva del derecho comercial.

Un ejemplo práctico de estos conflictos es el enfrentamiento que ocurrió hace unos años entre el Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS) de Colombia y la farmacéutica suiza Novartis. El conflicto surgió cuando el MSPS intentó reducir el precio del medicamento Imatinib, comercialmente conocido como Glivec®, producido por Novartis. El MSPS declaró a Imatinib de interés público, lo que permitió la intervención del Estado en la fijación de su precio, con el objetivo de reducir los costos de los tratamientos para enfermedades como la leucemia mieloide crónica y otros tipos de cáncer (Vaca, 2016). Sin embargo, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo adoptó una postura más favorable a Novartis, reflejando las diferencias de interpretación dentro del propio Gobierno nacional. Finalmente, la presión de Estados Unidos sobre el gobierno colombiano, relacionada con la entrada de Colombia en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, llevó a revertir la decisión, favoreciendo a los intereses empresariales (Penchaszadeh, 2022).

En Colombia, en junio de 2023, el Gobierno nacional inicia de oficio el procedimiento administrativo de declaratoria de existencia de razones de interés público para someter las patentes de los medicamentos cuyo principio activo es el Dolutegravir® a licencia obligatoria, argumentando la inexistencia efectiva de suministro del medicamento, el aumento en los casos de virus de inmunodeficiencia humana (VIH), la necesidad de garantizar la salud pública, la ventaja del medicamento frente a otros, la migración de venezolanos infectados y el ahorro en costos. En menos de dos meses, los representantes de ViiV Healthcare Company, Shionogi & Co, LDT y Glaxosmithkline Colombia solicitaron a través de sus abogados la aclaración y la revocatoria directa del acto administrativo, fundamentando la inexistencia de una emergencia o circunstancia extraordinaria para expedirlo, el desconocimiento de la innovación y arguyendo que la decisión se toma sin conocer cabalmente las estadísticas nacionales de la enfermedad por VIH. El caso se encuentra actualmente en los tribunales judiciales en Colombia y muestra el conflicto del cual se ha ocupado el escrito¹.

1 Se puede mirar la situación en <https://www.minsalud.gov.co/salud/MT/paginas/medicamentos-propiedad-intelectual.aspx>

Otro ejemplo es la propuesta presentada por Sudáfrica e India al Consejo General de los ADPIC durante la segunda ola de la pandemia del COVID-19 (Cortés & Becerra, 2021). Sudáfrica y la India, con el objeto de acceder a las vacunas contra SARS-CoV-2, emitieron una propuesta al Consejo General de los ADPIC solicitando la exención de la aplicación de una serie de secciones (como 1, 4, 5 y 7) de la segunda parte del ADPIC, basándose en la necesidad de proteger la salud pública de los países subdesarrollados. La emergencia por la pandemia COVID-19 y las futuras ponen en el foco la efectividad de las flexibilidades de las exenciones, solamente hacia el 17 de junio de 2022 fue aprobada la propuesta para los estados admisibles (Hurtado, 2023). Es así, que fueron más rápidas soluciones como el COVAX Facility, plataforma multilateral colaborativa creada en el 2020 por la OMS a través del Acelerador de Acceso a las Herramientas de COVID-19, con el fin de favorecer y asistir globalmente a los países del tercer mundo y, además, para desarrollar, producir y promover un acceso equitativo a las vacunas, en al menos un 20 % de la población de los países (OMS, 2020), entre los cuales estuvo el nuestro.

Siguiendo con los ejemplos, las empresas farmacéuticas han optado por comprar otras para obtener ganancias multimillonarias. Se tiene, por ejemplo, el caso de la farmacéutica Gilead, que tuvo que ser vendida —a cambio de regalías— a Roche, una de las farmacéuticas más grandes. En otro caso se apostó por la compra de Pharmasset Inc., cuando estaba desarrollando el medicamento Sofosbuvir®, para posteriormente, una vez aprobado por la Administración de Alimentos y Medicamentos de los Estados Unidos, tener ingresos multimillonarios con la venta de medicamentos para la hepatitis C. En la actualidad, dicho medicamento acaba (en 95-98 % de los casos) con la hepatitis C, pero todavía mueren por esta enfermedad, según la OMS, alrededor de trescientas personas al año, ya que en países empobrecidos que no pueden pagar los precios que estipulan las multinacionales gracias a las patentes, solo se trata el 68 % de los casos. Colombia no es una excepción (Pérez de San Román Landa, 2023).

Colombia reconoce la iniciativa privada de las empresas y la protección que reciben por parte del Estado, dada la importancia que tienen en el desarrollo económico de la nación, lo cual se evidencia en el artículo 333 de la CPC. Sin embargo, este mismo artículo constitucional precisa también que el Estado tendrá que evitar los abusos de personas o empresas, dada su posición dominante en el mercado (en especial monopólicas y oligopólicas), y deberá delimitar la libertad económica cuando así lo exija el interés social. Así, si bien se protege en primera medida a las organizaciones privadas, la protección final de nuestro ordenamiento jurídico se concentra en el bienestar de la población civil. De esta manera, y centrándonos en el tema de las patentes de medicamentos, el código de comercio se refiere de manera concreta a la función que estas deben cumplir si se considerasen como de interés público. Consecuentemente, en casos en que los productos objeto de las patentes no cumplan con unos mínimos de cantidad y calidad suficientes para su normal consumo o cuando su precio sea excesivo, el Ministerio Público podrá

pedir al juez que se declare la licencia sobre dichas patentes como de interés público, para mitigar estos factores que, evidentemente, van en contravía del derecho de los colombianos a la salud.

Para Colombia, el Acuerdo sobre los ADPIC lleva a la adopción de un conjunto de cambios a nivel nacional para ajustar la legislación vigente a los nuevos patrones mínimos en propiedad intelectual introducidos en el marco de la OMC, los que incluyen incrementar a veinte años la protección de la patente. Esta protección de la patente ha tenido su efecto sobre el acceso a los medicamentos esenciales, como el financiamiento del SGSSS para adquirirlos y garantizarlos a las poblaciones más vulnerables, más aún si se le suma el costo del cambio de pesos colombianos a dólares norteamericanos, el cual ha aumentado sustancialmente después de la pandemia por COVID-19.

En dicho orden de ideas, como primera medida es importante buscar un equilibrio entre lo que se conoce como la libertad de acceso al conocimiento y la protección de la inversión orientada a la generación del conocimiento. Para explicar mejor este punto, es necesario hacer una consideración sobre el capitalismo, ya que, si bien es cierto que este busca la acumulación de capital, incentiva la privatización de distintos bienes y servicios, y genera en nuestra sociedad una cultura cada vez más insolidaria y egoísta, también promueve un avance científico y tecnológico muy acelerado, ya que el mismo lucro económico brinda mayores incentivos en las actividades comerciales. Es este el caso de las farmacéuticas, las cuales deben invertir grandes cantidades de dinero en la investigación de nuevos productos —en ocasiones con subvenciones públicas—, con la finalidad de crear innovaciones en la industria farmacéutica y luego, con la patente del producto creado, recuperar la inversión. Esto supone un conflicto de intereses, especialmente en los países subdesarrollados. La OMC con el ADPIC establece una serie de normas que protegen los derechos de patente. Estos derechos concedidos a las empresas generaron gran controversia, por lo que se crearon los acuerdos de Doha y Cancún, que consisten en facultar a los países miembros a producir medicamentos genéricos bajo licencia obligatoria (Wolfe, 2004).

La OMC ha tratado de armonizar este conflicto creando acuerdos (por ejemplo, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, cuyos objetivos son liberalizar el comercio de servicios y establecer las normas que lo rijan), varios de los cuales ya han sido ratificados por Colombia (Umaña Peña, 2016). Sin embargo, el mencionado Acuerdo ha contado con poca eficacia, ya que hemos encontrado poca jurisprudencia sobre sus normas, estando algunas de ellas aún en proceso de elaboración. Además de la poca relevancia que se le ha dado a este Acuerdo, es claro que representa una amenaza a los mecanismos de financiación de los servicios públicos. Al liberalizar el comercio de los servicios que prestan las farmacéuticas, se puede incurrir en entregarle un monopolio a un número reducido de farmacéuticas, las cuales acabarían por imponer elevados precios en el mercado. Para regular el tema del monopolio, se ha flexibilizado

la concesión de licencias obligatorias, generando así una mayor competencia en ese mercado y regularizando un poco más los precios.

6. A MANERA DE CIERRE

En síntesis, la salud, concebida como un derecho fundamental por la CPC y ratificada por la Ley 1751, enfrenta un constante dilema cuando se intercepta con el ámbito comercial, especialmente en el mercado farmacéutico. Este análisis revela la complejidad de equilibrar el derecho a la salud con los derechos empresariales derivados de las inversiones en investigación y desarrollo de medicamentos.

Desde la adopción del modelo económico neoliberal y las reformas impulsadas por la Ley 100, Colombia ha visto una privatización significativa de los servicios de salud, acompañada por la implementación de políticas que buscan promover la competencia y reducir los costos mediante el uso de medicamentos genéricos. Sin embargo, este enfoque ha generado tensiones evidentes entre el acceso equitativo a medicamentos esenciales y la protección de las patentes farmacéuticas.

El conflicto entre el MSPS y la farmacéutica Novartis, así como la propuesta de India y Sudáfrica al consejo general de los ADPIC durante la pandemia de COVID-19, son ejemplos que ilustran cómo la intervención estatal en la regulación de precios de medicamentos de interés público puede chocar con los intereses de las empresas farmacéuticas. Además, estas situaciones demuestran la dificultad de encontrar un equilibrio justo entre la protección de la salud pública y la compensación adecuada por las inversiones en investigación y desarrollo.

Cabe añadir que los TLC y la globalización, así como los ADPIC plus, han fortalecido la protección de los DPI, lo cual, si bien puede incentivar la innovación, también puede limitar el acceso a los medicamentos esenciales en países en vías de desarrollo. La presión de los países industrializados, como los Estados Unidos para la firma de estos acuerdos, ha llevado a un aumento en los estándares de protección de patentes, a menudo en detrimento de la salud pública en países con menores recursos.

En este contexto, la regulación y la promoción de la competencia en un mercado como el farmacéutico se torna crucial. La inclusión de medicamentos genéricos ha sido una estrategia efectiva para mejorar el acceso y reducir los costos, aunque la lucha por equilibrar este acceso con los DPI sigue siendo un desafío. El establecimiento de políticas farmacéuticas efectivas, como lo plantea la Ley 1438, es fundamental para optimizar el uso de medicamentos y garantizar su acceso equitativo.

La normativa colombiana, como el artículo 333 de la CPC, reconoce la importancia de la iniciativa privada y la necesidad de evitar abusos de posición dominante en el mercado. Esto subraya la responsabilidad del Estado de regular la actividad económica

para asegurar el bienestar de la población, incluso cuando se trata de patentes farmacéuticas.

En suma, el equilibrio entre el derecho a la salud y los derechos empresariales es delicado y requiere una regulación cuidadosa. La promoción de medicamentos genéricos, la intervención estatal en casos de interés público y la implementación de políticas farmacéuticas justas son esenciales para garantizar que el acceso a medicamentos esenciales no se vea comprometido por intereses comerciales. La protección de la salud pública debe prevalecer y siempre buscar armonizar los intereses económicos con la equidad y la justicia social en el marco de un Estado social de derecho.

REFERENCIAS

- Acuña, L. (2015). *Derecho a la libre competencia en la constitución política colombiana* [Tesis de licenciatura, Universidad Autónoma de Bucaramanga]. Repositorio Universidad Autónoma de Bucaramanga. <https://repository.unab.edu.co/handle/20.500.12749/647>
- Allard, R. (2015). Medicamentos esenciales y acuerdo sobre los ADPIC: colisión entre el derecho a la salud y el derecho de propiedad intelectual. *Salud Colectiva*, 11(1), 9-21. https://www.scielo.org/article/ssm/content/raw/?resource_ssm_path=/media/assets/scol/v11n1/v11n1a02.pdf
- Bartra, A. (2022). *Exceso de muerte: de la peste de Atenas a la COVID-19*. Fondo de Cultura Económica.
- Bernal, O., & Barbosa, S. (2015). La nueva reforma a la salud en Colombia: el derecho, el aseguramiento y el sistema de salud. *Salud Pública de México*, 57(5), 433-440. <https://www.medigraphic.com/cgi-bin/new/resumen.cgi?IDARTICULO=61818>
- Constitución Política de Colombia. Artículos 44, 48, 49, 88, 333, 365 y 366. 4 de julio de 1991 (Colombia). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4125>
- Corte Constitucional. (2008). Sentencia T-760/08. Bogotá. Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-760-08.htm>
- Cortés, A., & Becerra, C. (2021). Caracterización de la tendencia del COVID-19 en Colombia con regresiones polinomiales. *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, 20, 1-12. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.rgps20.ctcc>
- Cristancho, F. (2017). La propiedad intelectual en los acuerdos ADPIC plus suscritos por Colombia: una visión desde la teoría económica de los derechos de propiedad. *Revista CES Derecho*, 8(1), 124-138. http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S2145-77192017000100007&script=sci_arttext

- Dollar, D. (2002). ¿Es la globalización buena para la salud? *Boletín de la Organización Mundial de la Salud*, 6, 16-22. <https://iris.who.int/handle/10665/71392>
- Drahos, P. (2005). An alternative framework for the global regulation of intellectual property rights. *Austrian Journal of Development Studies*, 1. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=850751
- Echeverri Uruburu, Á. (2013). La noción del servicio público y el estado social de derecho: el caso colombiano. *Novum Jus*, 7(2), 111-127. <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/658>
- Feo, O. (2003). Reflexiones sobre la globalización y su impacto sobre la salud de los trabajadores y el ambiente. *Ciência e Saúde Coletiva*, 8(4), 887-896. https://www.scielo.org/article/ssm/content/raw/?resource_ssm_path=/media/assets/csc/v8n4/a11v8n4.pdf
- Fernández, C., García, O., & Galindo, E. (2017). *Escuela o barbarie. Entre el neoliberalismo salvaje y el delirio de la izquierda*. Ediciones Akal.
- Figueredo, D., & Vargas, I. (2020). El acceso a medicamentos en Colombia y los contornos de un derecho y una política farmacéutica a medio camino. *Justicia*, 25(37), 125-150. <https://doi.org/10.17081/just.25.37.3528>
- Flores Macías, G. (2018). Metodología para la investigación cualitativa fenomenológica y/o hermenéutica. *Revista Latinoamericana de Psicoterapia Existencial*, 17, 17-23. https://www.fundacioncapac.org.ar/revista_alpe/index.php/RLPE/article/view/3/pdf
- Gómez Uranga, M., López Gómez, M., & Araujo de la Mata, A. (2008). Los ADPIC plus en los actuales tratados bilaterales impulsados por Estados Unidos y consecuencias en los países en desarrollo. *Revista de Economía Mundial*, 20, 23-48. <https://www.redalyc.org/pdf/866/86613723002.pdf>
- Hurtado, M. (2023). Las patentes farmacéuticas de las vacunas contra el COVID-19 en contraposición al derecho a la salud en África: viabilidad de la exención del Acuerdo sobre los ADPIC. *Revista Boliviana de Derecho*, 35, 386-413. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8778756>
- La Valle, R. (2017). Sobre la definición de salud. *Archivos de Medicina Familiar y General*, 14(2), 27-31. <https://revista.famfyg.com.ar/index.php/AMFG/article/view/40>
- Lamata, F., Gálvez, R., Sanchez, J., Pita, P., & Puigventós, F. (Eds.). (2017). *Medicamentos. ¿Derecho humano o negocio? ¿Por qué los gobiernos no impiden el abuso de las patentes de medicamentos y toleran los elevadísimos precios que imponen las farmacéuticas?* Ediciones Díaz de Santos.
- Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. 23 de diciembre de 1993. Diario Oficial 41.148. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html

- Ley 1143 del 2007. Por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América”, y otros documentos suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006. 4 de julio del 2007. Diario Oficial 46.679 http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1143_2007.html
- Ley 1166 del 2007. Por medio de la cual se aprueba el “Protocolo Modificatorio al Acuerdo de Promoción Comercial Colombia – Estados Unidos”, firmado en Washington el 28 de junio de 2007 y la Carta adjunta de la misma fecha. 21 de noviembre de 2007. Diario Oficial 46.819 http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1166_2007.html
- Ley 1438 del 2011. Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. 19 de enero del 2011. Diario Oficial 47.957. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1438_2011.html
- Ley 1751 del 2015. Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. 16 de febrero de 2015. Diario Oficial 49.427. https://http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1751_2015.html
- Ley 1955 del 2019. Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”. 25 de mayo de 2019. Diario Oficial 50.964. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1955_2019.html
- Llambías, J. (2003). Los desafíos inconclusos de la salud y las reflexiones para el futuro en un mundo globalizado. *Revista Cubana de Salud Pública*, 29(3), 236-245. http://scielo.sld.cu/scielo.php?pid=S0864-34662003000300007&script=sci_arttext
- Lucyk, S. (2006). Patents, politics and public health: Access to essential medicines under the TRIPS agreement. *Ottawa Law Review*, 38(2), 191-216. https://rdo-olr.org/wp-content/uploads/2018/02/olr_38.2_Lucyk.pdf
- Marín-Ospina, J. (2022). *Incidencia del contrabando de medicamentos en el acceso al derecho a la salud en Colombia* [Tesis de bachiller, Universidad Católica de Colombia]. Repositorio Institucional Universidad Católica de Colombia. <https://hdl.handle.net/10983/27261>
- Martínez, R., & Reyes, E. (2012). El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina. *Política y Cultura*, (37), 35-64. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0188-77422012000100003&script=sci_abstract&tlng=pt
- Montero, E., & Pizarro, M. (1999). *Análisis de la prestación del servicio del plan obligatorio de salud régimen contributivo en el nivel III* [Tesis de bachiller, Universidad Simón Bolívar]. Repositorio Universidad Simón Bolívar. <https://bonga.unisimon.edu.co/items/9206f9a0-5d78-40b2-8772-e9d98bc0422d>

- Morin, J. (2011). The life-cycle of transnational issues: Lessons from the access to medicines controversy. *Global Society*, 25, 227-247. <https://doi.org/10.1080/13600826.2011.553914>
- Organización Mundial de la Salud. (2020). *¿Qué es el Acelerador ACT?* <https://www.who.int/initiatives/act-accelerator/about>
- Parra, L. (2013). *Medicamentos esenciales y propiedad intelectual: un análisis para países en desarrollo*. Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- Penchaszadeh, V. (2022). Bioética, salud y complejo médico-industrial-financiero. Una visión desde América Latina. *Siete Ensayos – Revista Latinoamericana de Sociología, Política y Cultura*, 4, 21-37. <https://publicaciones.sociales.uba.ar/index.php/7ensayos/article/view/7664>
- Pérez Cárdenas, J. (2017). Algunos comentarios sobre la Ley 1751 del 2015 que regula el derecho fundamental a la salud. *Biosalud*, 16(1), 5-6. <https://doi.org/10.17151/biosa.2017.16.1.1>
- Pérez de San Román Landa, U. (2023). *La hepatitis C y las multinacionales farmacéuticas. Un acercamiento al caso de la CAPV en los primeros años de tratamiento con antibióticos de acción directa*. Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional; Universidad del País Vasco.
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto Ley 1650 de 1977. Por el cual se determinan el régimen y la administración de los seguros sociales obligatorios, y se dictan otras disposiciones. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=65489>
- Pretelt, J. (2017). El derecho a la salud en Colombia: evolución y defensa frente a un Estado que dista de ser garante. *Revista Avances en Salud*, 1(2), 51-54. <https://doi.org/10.21897/25394622.1222>
- Quijano Caballero, O. (2016). La salud: derecho constitucional de carácter programático y operativo. *Derecho & Sociedad*, 47, 306-319. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/18893>
- Rodríguez, J., & Rodríguez, R. (2023). Propiedad intelectual en el metaverso. *Revista CES Derecho*. <https://hdl.handle.net/10946/7456>
- Saad-Filho, A. (2020). De la COVID-19 al fin del neoliberalismo. *El Trimestre Económico*, 87(348), 1211-1229. <https://doi.org/10.20430/ete.v87i348.1183>
- Serna, C., Salcedo, D., Rodríguez, L. I., & Alayón, R. (2018). Percepción de usuarios de Cali-Colombia acerca de medicamentos genéricos. *Revista Colombiana de Ciencias Químico-Farmacéuticas*, 47(2), 151-168. <https://doi.org/10.15446/rcciquifa.v47n2.73964>

- Schmitz Vaccaro, C. (2008). Evolución de la propiedad intelectual en los tratados de libre comercio suscritos por Canadá. *Interfaces Brasil/Canadá*, 8(9), 227-244. <https://periodicos.ufpel.edu.br/index.php/interfaces/article/view/7039>
- Umaña Peña, R. (2016). *El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Características y asociación con salud* [Tesis de doctorado, Universidad de Alicante]. Repositorio Universidad de Alicante. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/55024/1/tesis_umana_pena.pdf
- Urquizu, I. (2018). *La crisis de la socialdemocracia: ¿qué crisis?* Catarata.
- Vaca, C. (2016). La declaración de interés público de imatinib (Glivec®): entre lo dulce y lo amargo. *Salud*, 48(3), 273-274. http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-08072016000300001&script=sci_arttext
- Vallejo Zamudio, L. (2019). El plan nacional de desarrollo 2018-2022: "Pacto por Colombia, pacto por la equidad". *Apuntes del Cenes*, 38(68), 12-14. <https://doi.org/10.19053/01203053.v38.n68.2019.9924>
- Wolfe, R. (2004). Crossing the river by feeling the stones: Where the WTO is going after Seattle, Doha and Cancun. *Review of International Political Economy*, 11(3), 574-596. <https://doi.org/10.1080/0969229042000252909>

LÍMITES DE LA AUTORIDAD LEGISLATIVA: EL ESTADO LAICO EN EL ECUADOR

DOMÉNICO CARRILLO ABAD*

Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador

Recibido: 15 de septiembre del 2024 / Aceptado: 15 de noviembre del 2024

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2024.n59.7104>

RESUMEN. En este trabajo se analiza el significado del concepto de Estado laico en el contexto del ordenamiento jurídico ecuatoriano, con el propósito de examinar su relevancia y aplicación práctica dentro del mismo. Para ello, se toma como punto de partida un caso concreto relacionado con las autoridades legislativas del Ecuador, el cual permite identificar y reflexionar sobre cuestionamientos clave en torno a este principio. El análisis considera las circunstancias históricas que han moldeado su interpretación en el país, así como las corrientes de pensamiento jurídico que influyen en su aplicación. A partir de este estudio, se busca extraer lecciones relevantes sobre el Estado laico como un límite fundamental para la actuación de las autoridades legislativas, y se destaca su importancia en la consolidación de un Estado democrático, pluralista y respetuoso de la diversidad. Este enfoque permite comprender mejor el papel del Estado laico en el fortalecimiento del orden jurídico ecuatoriano y sus valores esenciales.

PALABRAS CLAVE: Estado laico / constitucionalismo / soberanía / pluralismo / igualdad / parlamentarismo

* Magíster en Derecho Constitucional y en Derecho Penal por la Universidad Espíritu Santo de Ecuador. Abogado con mención en Derecho Público por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Ecuador. Diplomado en Argumentación Jurídica por la Universidad de Génova, Italia. Socio fundador del Estudio Jurídico Carrillo & Mendoza. Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-3785-2379> Contacto: domenicocarrillo@uees.edu.ec

LIMITS OF LEGISLATIVE AUTHORITY: THE SECULAR STATE IN ECUADOR

ABSTRACT. This paper will analyze the meaning of the concept of secular state in the context of the Ecuadorian legal system, with the purpose of examining its relevance and practical application within it. For this purpose, a concrete case related to the legislative authorities of Ecuador will be taken as a starting point, which will allow identifying and reflecting on key questions about this principle. The analysis will consider the historical circumstances that have shaped its interpretation in the country, as well as the currents of legal thought that influence its application. From this study, it will seek to draw relevant lessons about the secular state as a fundamental limit for the actions of the legislative authorities, highlighting its importance in the consolidation of a democratic, pluralistic and respectful of diversity state. This approach will allow a better understanding of the role of the secular state in strengthening the Ecuadorian legal order and its essential values.

KEYWORDS: secular state / constitutionalism / sovereignty / pluralism / equality / parliamentarism

Al César lo que es del César, y a Dios lo que es de Dios.
Mateo 22, 21

1. INTRODUCCIÓN

El presente análisis parte de un caso reciente reportado por los medios de comunicación ecuatorianos. Según lo reportado por el diario El Universo, el 18 de diciembre del 2023, algunos de los principales representantes del poder legislativo participaron en la colocación de la primera piedra de lo que será una capilla católica, ubicada en la terraza del edificio de la Asamblea Nacional del Ecuador. En el acto también estuvo presente el arzobispo de Quito, quien bendijo la obra (Redacción, 2023, párr. 1).

Este hecho resulta al menos llamativo si se considera que el artículo 1 de la Constitución del Ecuador (2008) establece que el país es, entre otras características, “un Estado laico”. Además, el numeral cuarto de su artículo 3 establece como deber del Estado “garantizar la ética laica como sustento del quehacer público y del ordenamiento jurídico”. En el caso referido parecería que, *prima facie*, las autoridades legislativas estarían actuando en contra del carácter laico del Estado ecuatoriano. Y, precisamente, esa es la conclusión que busco sostener: dicha actuación es contraria a la Constitución del Ecuador. No obstante, como en todo, esta respuesta admite matices.

En este trabajo me propongo dar respuesta a esta problemática indagando acerca de lo que debe entenderse por Estado laico en el contexto normativo ecuatoriano, así como acerca de las implicaciones que este acarrea en cuanto al establecimiento de límites para las autoridades públicas.

2. MATERIALES Y MÉTODOS

Para este trabajo, emplearé una selección de referencias relacionadas con el tema en discusión, y seguiré un enfoque deductivo que partirá de una línea investigativa general, centrada en los conceptos de Estado laico, de cuya herencia se ha servido Ecuador, y de una específica, enfocada en la forma en que el Estado laico y la separación Estado-Iglesia se han forjado en el contexto ecuatoriano. A partir de ello, extraeré conceptos sobre las implicaciones del Estado laico en relación con las autoridades públicas ecuatorianas, y determinaré si el caso en discusión es justificable desde la perspectiva del ordenamiento constitucional ecuatoriano y las ideas que lo sustentan.

3. RESULTADOS

He establecido un marco de autores. En cuanto a las concepciones preliminares del hecho religioso, tomo como base lo expuesto por Émile Durkheim en *Las formas elementales*

de la vida religiosa (Durkheim, 1912/1995) y por Max Weber en *Economía y sociedad* (Weber, 1922/2014). Con respecto a las concepciones del Estado laico en los sistemas de influencia romano-germánica, me resultaron valiosos el *Leviatán*, de Thomas Hobbes (1651/1998), y la *Carta sobre la tolerancia*, de John Locke (1689/2014), los cuales sustentan visiones no clericales del Estado. Partiendo de esa base liberal-democrática, he acogido las visiones positivo-normativistas de Hans Kelsen en *Esencia y valor de la democracia* (1929/2013), así como las reflexiones sobre la tolerancia religiosa y el laicismo de Norberto Bobbio, que a su vez influyeron en autores de relevancia como Luigi Ferrajoli y Pierluigi Chiassoni, en Europa, y Pedro Salazar Ugarte, en Latinoamérica.

Para comprender las concepciones anglosajonas modernas sobre el tema, he recurrido a *El derecho de gentes* de John Rawls (1999) y a *Religión sin Dios* de Ronald Dworkin (2013), además de los comentarios al respecto en las obras de Jean L. Cohen, y Cécile Laborde. Este trabajo también se ha servido de las perspectivas sobre el post-secularismo expuestas por Jürgen Habermas y Charles Taylor. Han resultado igualmente útiles los estudios realizados por Roberto Blancarte y Mauricio León Cáceres sobre el laicismo. Por último, respecto a la experiencia laica en el Ecuador, he utilizado las obras del historiador Enrique Ayala Mora y de José Ruiz Navas, y el análisis de Marjorie Espinoza Plúa sobre el Estado laico y sobre el proceso constituyente del 2008.

Con esta selección de autores, considero que dispongo de una muestra representativa del estado de la cuestión y de las líneas de pensamiento que han influido en el caso ecuatoriano, lo que me permitirá delinear los distintos conceptos relacionados a esta temática tal como ha sido recibida y entendida en el país. Todos los demás autores mencionados constituyen referencias secundarias.

4. DISCUSIÓN

4.1. El hecho religioso

Hablar de religión es abordar un aspecto muy íntimo de las personas. Se podría decir que nadie escapa de la espiritualidad, y que lo que distingue a cada individuo, entre otras dimensiones de su ser, es la forma en que lidia con ella. Es importante recalcar que quien escribe estas palabras tampoco escapa de ella: tengo perspectivas sobre la espiritualidad y un bagaje cultural-familiar que se corresponde con el de una religión en concreto.

Si me preguntaran qué es religión, me quedaría con la imagen de mi abuela, una devota católica, sosteniendo una pequeña figura del niño Jesús en sus manos; una de rasgos achinados y una sonrisa contagiosa, que aún conservo. Comenzar a explicar lo que significa espiritualidad para mí, sería comenzar a desenterrar cada uno de esos pequeños momentos, a veces compartidos, a veces solitarios, pero al fin y al cabo míos,

que me distinguen fundamentalmente como persona. Y, de lo que puedo percibir del mundo que me rodea, cada uno tiene su propia perspectiva sobre esa vieja cuestión. Para algunos implica creer en algo, para otros no; o quizá es algo más complicado que eso... Con todo, la espiritualidad es algo vinculado fundamentalmente a la experiencia de ser un humano. O, como lo pondría Hobbes en su *Leviatán*: “Religion, in man only [la religión, solo en el hombre]” (1651/1998, p. 71). Por lo tanto, dado que define su forma de ser y de relacionarse, el hecho religioso debe ser considerado como un hecho social.

Esta afirmación es recurrentemente mencionada por los autores que han respaldado este trabajo (Bordón Lugo, 2020, p. 3; Del Picó Rubio, 2018, p. 43; Fernández, 2020, p. 153; Ruiz Navas, 2006, p. 147); y figuras clave de la sociología, como Émile Durkheim y Max Weber, fueron de las primeras en abordar esta problemática. Así, por ejemplo, resulta interesante observar que, en su estudio sobre los sistemas totémicos en Australia, plasmado en su libro *Las formas elementales de la vida religiosa*, Durkheim destacaba que la religión era una cosa “essentially social [eminentemente social]” (1912/1995, p. 426). Esto es algo con lo que —salvando las diferencias— podría estar de acuerdo Weber, quien, al sustentar su propia sociología de la religión, identificaba como su objeto de estudio “las condiciones y efectos de un determinado tipo de actuar en comunidad, cuya comprensión se puede lograr solo partiendo de las vivencias, representaciones y fines subjetivos del individuo” (1922/2014, p. 477). En definitiva, más allá de las formas concretas en que esta se encause, la religión es algo intrínseco del ser humano. Es por eso que, como mostraré más adelante, fue inevitable que se interrelacionara con el poder político, pues con la idea del hecho religioso se comprende la influencia que esta tiene en la formación de las instituciones de gobernanza, y la influencia de los entes religiosos como actores del juego político (Bordón Lugo, 2020; Del Picó Rubio, 2018).

4.2. Las ideas del Estado laico en Europa y América

Desde un análisis terminológico, la palabra *laico* (del griego *laikós*, ‘del pueblo’) tiene distintas acepciones. Originalmente acuñada en Francia para señalar aquello que no formara parte del clero (Salazar Ugarte, 2006), en la actualidad el término ha superado sus acepciones originarias e identifica, también, complejas concepciones políticas y jurídicas respecto al rol de la espiritualidad en el haber público. Salazar Ugarte (2006) señala que el laicismo admite dos vertientes: una que defiende el principio de autonomía o neutralidad respecto de la religión y otra que busca una confrontación directa contra los dogmas religiosos. En los siguientes párrafos, me concentraré exclusivamente en la primera de estas vertientes. Por otro lado, existe una distinción semántica entre los términos *laicidad* y *laicismo*, identificada por varios autores (Bobbio, 1999; Bordón Lugo, 2020; Castillo, 2009; Chiassoni, 2007; León Cáceres, 2021); aunque dicha discusión escapa al alcance de este artículo. Por lo tanto, a todo efecto práctico, ambos términos

serán utilizados indistintamente (lo que, en cualquier caso, no afecta la diferencia terminológica subyacente).

Desde una perspectiva histórica, se observa que el laicismo, o secularismo, surge de luchas sociales que, en palabras de Lambruschini (2021), van desde “la destrucción revolucionaria del orden tradicional en Occidente” (p. 121) hasta “la separación entre el Estado y la Iglesia con el establecimiento de un Estado laico” (p. 121). Siguiendo a Ferrajoli (2005) y Meyer (2000), puede afirmarse que, en términos generales, las líneas filosóficas e intelectuales que inspiraron estas revoluciones se rastrean desde Jean Bodin hasta Montesquieu y Rousseau, pasando por Hobbes (1651/1998) y Locke (1689/2014). Estas ideas posteriormente fueron asimiladas y puestas en práctica en las revoluciones francesa y americana, cuyos postulados, a su vez, inspiraron los procesos independentistas y republicanos en América Latina.

Así, la discusión moderna sobre laicismo y secularismo, desde esta perspectiva histórica, se divide en dos grandes corrientes derivadas de la experiencia francesa y estadounidense¹: la línea anglosajona que, asentada en los sistemas del *common law*, ha desarrollado una teoría del Estado secular basada en los postulados de autores como John Rawls y Ronald Dworkin y que ha sido discutida por autores como Cohen (2016) o Laborde (2016); y una línea de herencia romano-germánica, inspirada en las ideas de autores como Hans Kelsen y Norberto Bobbio, que a su vez ha influido en las discusiones de otros autores continentales como Ferrajoli, Chiassoni y, en el ámbito latinoamericano, Salazar Ugarte.

Enfocándonos en la segunda de estas corrientes —que, en cualquier caso, comparte puntos comunes con la primera—, observamos que el sentido del Estado laico o secular radicaría en conceptos fundamentales de la democracia republicana, como la soberanía, la libertad de conciencia y religión, la ciudadanía y la igualdad (todo ello según Blancarte 2000a, 2000b, 2009; Castillo 2009; Chiassoni, 2013; Cohen, 2016; Ferrajoli, 2005; y Kelsen, 1929/2013). Por esta razón, desde una perspectiva jurídico-positivista², el laicismo puede entenderse como un principio de regulación (conforme lo exponen Castillo, 2009; Del Picó Rubio, 2018; Espinoza Plúa, 2018; y Taylor, 2011); y desde una perspectiva política, como un régimen de convivencia (Blancarte, 2000a, 2000b; Bobbio, 1999).

Las aportaciones de Kelsen (1929/2013) resultan valiosas a esta discusión, ya que, al estudiar los fundamentos de la democracia, él identificó que, en el fondo, la cuestión subyacente es acerca de cuál debe ser la influencia de lo místico-religioso en el Estado; ya que aceptar su influencia sería aceptar la introducción en la república de nociones

1 Para mayor información, se pueden consultar los textos de Chiassoni (2013), Del Picó Rubio (2018) y Taylor (2011), quienes sostienen planteamientos similares.

2 Lo que se ha denominado *laicidad del derecho* (Salazar Ugarte, 2006, p. 40).

inexplicables por su propia naturaleza, y, por tanto, ajenas a la racionalidad que legitima la democracia liberal. Detrás de esto, estarían en juego los fundamentos mismos de la democracia frente a la autocracia, puesto que la respuesta espiritual al Estado implicaría dotar a un líder de “incomprehensible origins [orígenes incomprensibles]” (Kelsen 1929/2013, p. 92) cuyo “origin, selection, and creation [origen, selección y creación]” (p. 92) estarían “beyond question [más allá de cuestionamiento]” (p. 92). Con esta perspectiva, a pesar de las distancias, podría coincidir Habermas, pues, como señala, “a scientifically enlightened mind cannot be easily reconciled with theocentric and metaphysical worldviews [una mente científicamente iluminada difícilmente puede ser reconciliada con puntos de vista teocéntricos y metafísicos]” (2008, párr. 3). O, como diría Espinoza Plúa (2018), “la tradición del derecho racional construye una justificación no religiosa y posmetafísica de los fundamentos normativos del Estado constitucional” (p. 139).

Luigi Ferrajoli (2005) parte de presupuestos similares cuando afirma que la laicidad del Estado es uno de los cuatro postulados liberal-democráticos que se siguen de la separación entre derecho y moral y que, por la necesidad de garantizar el pluralismo político, religioso y la autonomía de la conciencia, “el Estado, el derecho y las instituciones no pueden ser utilizados como instrumentos de afirmación o de reforzamiento de una moral determinada o de una ideología oficial” (Ferrajoli, 2005, pp. 93-94). Como resultado, la laicidad como principio de legitimación del Estado, de acuerdo con Blancarte (2009) y Meyer (2000), implica características relevantes para el análisis normativo. Entre estas, se encontraría la característica o subprincipio de neutralidad que, como refiere Salazar Ugarte (2006), promueve una “esfera pública neutral que permite abrazar una (o ninguna) verdad en lo privado” (p. 43)³. Esto, a su vez, implica “la promoción de la convivencia de las religiones sin preferencia estatal por alguna de ellas” (Bordón Lugo, 2020, pp. 7-8).

Castillo (2009) refiere que en el Estado laico se “hace énfasis en la separación entre el Estado y las iglesias” (p. 306). Esto implica la idea de una sociedad en que los ámbitos de la religión y el Estado se encuentran separados (Del Picó Rubio, 2018, p. 51); aunque esta no sería una característica indispensable, como lo demuestran los estados seculares en que no existe una separación formal (Blancarte, 2000b, pp. 119-120). En ese sentido, como Chiassoni (2007) corrobora⁴, el “Estado laicista no tiene su propia moral” (p. 149).

3 Algo que se corrobora en Taylor (2011) y Del Picó Rubio (2018).

4 Sobre esto, Ferrajoli (2005) denota lo mismo que Chiassoni (2007), respecto a que no existe un nivel propio de moralidad en un Estado laico.

4.3. Las ideas del Estado laico en Ecuador

El historiador Enrique Ayala Mora (1996) señala que el laicismo en Ecuador fue un proceso que “afectó toda la estructura estatal” (p. 3). En cuanto a sus catalizadores, explica que es fundamental considerar el peso de las “continuidades coloniales” (p. 4), materializadas en el ejercicio del patronato por parte de los monarcas españoles. En consecuencia, el “cristianismo católico, impuesto por necesidad de conquista, se había constituido, a lo largo de la colonia, en uno de los más enraizados elementos de la identidad de los pueblos hispanoamericanos” (p. 6).

Según León Cáceres (2022), “América Latina exhibe un indiscutible pluralismo religioso, aunque con características particulares” (p. 1). Entre las que identifica destacan dos: un claro cooperativismo con la Iglesia católica, dado que “la gran mayoría de los Estados no confesionales de la región conservan disposiciones constitucionales que, al menos, son problemáticas respecto a un principio de laicidad o neutralidad” (León Cáceres, 2022, p. 2); y “la existencia de religiones vernáculos vinculadas a los pueblos originarios de la América precolombina” (p. 2). Este contexto es común a los países latinoamericanos, pero presenta características particulares en el caso de Ecuador.

En Ecuador, la fricción entre viejos y nuevos modelos no se consolidó con la inauguración de la república, como ocurrió en las experiencias francesa y norteamericana, sino varias décadas después de su fundación, tras un proceso de entrelazamiento con el clero. Este proceso tuvo lugar bajo el gobierno del presidente García Moreno, quien, a su vez, sentó las bases del descontento popular que conduciría al triunfo de la Revolución Liberal, liderada por el caudillo Eloy Alfaro, a fines del siglo XIX y principios del XX (Cárdenas, 1996). Aunque la propia Revolución Liberal parecía acoger puntos de vista contrapuestos respecto a la radicalidad con la que debía confrontarse a la Iglesia y a la religión, la postura de Eloy Alfaro, aunque anticlerical, no parecía estar en contra del hecho religioso —postura que se debió a contextos particulares que marcaron su vida y desarrollo, como la ausencia de la Iglesia en su natal Manabí (Ruiz Navas, 2006), así como su exposición a la francmasonería (Ayala Mora, 1996) y al espiritismo (Hidrovo, 2003)—.

La lucha contra la Iglesia parece haber girado en torno a varios puntos de tensión, como las relaciones entre la Iglesia y el Estado, principalmente en lo relacionado con la administración del registro y los actos de las personas; la libertad de conciencia; la educación laica; la libertad de prensa; y el estatus de los bienes de la Iglesia, tal como explican Ayala Mora (1996), Pacheco Montoya (2021) y Ruiz Navas (2006). Estos cinco puntos de tensión fueron el centro de atención de las luchas liberales y el origen de los cambios normativos que terminaron por afectar toda la estructura estatal de la nación ecuatoriana (Ayala Mora, 1996). Estos cambios comenzaron con la expedición de la Constitución de 1906, la cual implantó la separación Iglesia-Estado en el país y que “ratificó el principio de soberanía popular, eliminando la religión oficial del Estado”

(Ayala Mora, 1996, p. 14). Otras normas de menor jerarquía que consolidaron este cambio incluyen la Ley de Patronato de 1899, la Ley de Registro Civil de 1900, la Ley de Matrimonio Civil de 1902, la Ley de Cultos de 1904, la Ley de Beneficencia de 1908 y la Ley Orgánica de Instrucción Pública de 1912 (Ossenbach, 1996).

En el caso ecuatoriano, el proceso de separación y la interrelación entre el poder político y eclesiástico no concluyeron con la Revolución Liberal, sino que continuaron produciendo efectos en la nación mucho después del trágico fallecimiento de Alfaro y la desaparición del liberalismo como agrupación proselitista. Como señalan Ayala Mora (1996) y Espinoza Plúa (2018), la historia ecuatoriana demuestra que la fe y la religión siguieron desempeñando un rol preponderante en el manejo del poder durante el resto del siglo xx e incluso hasta la actualidad.

Bajo el marco constitucional actual derivado de la Constitución de 2008, uno de los rasgos fundamentales del Estado ecuatoriano es su carácter laico, tal como lo establece su artículo 1. Además, según el numeral 4 de su artículo 3, el Estado tiene el deber de garantizar la “ética laica” como sustento del “quehacer público” y del “ordenamiento jurídico”. Según Espinoza Plúa (2018), aunque se propuso definir al Estado laico mediante un artículo constitucional específico, esta propuesta no fue aceptada por la Asamblea Constituyente del 2008; por lo que, como suele ocurrir con los principios, los pormenores de lo que debe entenderse por este quedan abiertos a la interpretación.

Una visión parcial de estas nociones fue plasmada por el *Informe temático sobre libertad religiosa y Estado laico en el Ecuador* (Dirección Nacional de Investigación e Incidencia de Políticas Públicas & Defensoría del Pueblo del Ecuador, 2017). Aunque este informe no tiene carácter normativo vinculante, ofrece una muestra de las concepciones existentes en el país sobre este tema. Y, aparentemente, daría constancia de un ordenamiento jurídico que es consciente, al menos superficialmente, de las implicaciones filosóficas y políticas de las experiencias francesas y anglosajonas, así como de las obligaciones que la existencia de un Estado laico impone a las autoridades públicas. Es por esto que, haciendo un símil con las obligaciones internacionales sobre la protección de la libertad de conciencia, el informe en cuestión establece que el Estado ecuatoriano debe respetar, proteger y garantizar el hecho religioso (Dirección Nacional de Investigación e Incidencia de Políticas Públicas & Defensoría del Pueblo del Ecuador, 2017, pp. 35-38).

Por otro lado, ciertos elementos normativos sujetos a interpretación parecen haberse esclarecido con la Sentencia 51-17-IN/21 expedida por la Corte Constitucional del Ecuador el 13 de octubre de 2021. En esta sentencia, la Corte (que emite jurisprudencia vinculante) abordó, a propósito de la invocación a la Sagrada Virgen en un acto normativo del Ministerio de Turismo, varios conceptos relacionados con el Estado laico en el Ecuador. Así, ratificó que el Estado laico es un principio fundamental y definitorio del

Estado ecuatoriano (Corte Constitucional del Ecuador, 2021, párrs. 7, 22), sustentado en “dos elementos axiales”: el principio democrático (párr. 23) y el principio de neutralidad e imparcialidad (párr. 22). Este principio, a su vez, obliga al Estado a mantener un “lenguaje pluralista” (párr. 25) respecto a todos los credos, así como establece dos obligaciones concretas: no interferir ni impedir la práctica religiosa, y proteger las prácticas religiosas mediante la pluralidad y el respeto (párr. 42). Con base en estos fundamentos, la Corte declaró la inconstitucionalidad del acto normativo del Ministerio en la parte en que se invocaba la protección de dicha deidad religiosa.

Aunque esta sentencia consolida muchas de las nociones e implicaciones del Estado laico en el ordenamiento constitucional ecuatoriano, su tratamiento del tema resulta algo simplista y, en algunas secciones, parece incurrir en errores terminológicos, especialmente en relación con el término *secular* (Corte Constitucional del Ecuador, 2021, párrs. 38, 39, 47). Por ello, no debe considerarse que esta sentencia agota todas las consideraciones normativas sobre el tema y su discusión en Ecuador; aunque se ha refinado, sigue interpretativamente abierta.

4.4. Estado de la cuestión: el post-secularismo

Tras la experiencia secularista que definió gran parte de los procesos sociales liberales desde los siglos xvi al xx, se sugiere que estamos en el fin de esta era secular y que se abre paso una nueva etapa en la que la cuestión espiritual regresa al ámbito público, lo que se ha denominado *post-secularismo*. Como explican autores como Jürgen Habermas (2008) o Charles Taylor (2011), en el seno de las sociedades más desarrolladas se ha tenido que redefinir la relación entre el Estado y la religión, ya que un siglo de secularización estatal se ha mostrado incapaz de resolver los grandes problemas fundamentales sobre la relación del ser humano con la sociedad. Al mismo tiempo, este modelo no refleja adecuadamente el cambiante mapa cultural, marcado por un pluralismo cada vez más evidente en un mundo globalizado. En consecuencia, las sociedades que en el pasado buscaban alejarse de lo espiritual ahora parecen exigir un retorno hacia ello o, al menos, un reconocimiento del hecho religioso desde una perspectiva que no parta de la confrontación.

En la tradición anglosajona, esto tendría repercusiones prácticas significativas, como el llamado *nuevo paradigma integracionista*. Este, en el caso de los Estados Unidos, se ha invocado para sortear su *establishment clause* y permitir el financiamiento estatal —usualmente prohibido— de escuelas públicas religiosas, mediante el argumento de que lo contrario implicaría favorecer la irreligión sobre la religión, lo cual no sería políticamente neutral (Cohen, 2016, p. 128). Independientemente de las críticas que pueda suscitar en la experiencia estadounidense, esto se justificaría bajo la concepción rawlsiana que reconoce la complejidad de lidiar con diversas concepciones de lo bueno (Laborde, 2016, p. 246).

Lo anterior pondría de relieve una importante pregunta normativa que cobra especial relevancia en las sociedades contemporáneas:

How should we see ourselves as members of a post-secular society and what must we reciprocally expect from one another in order to ensure that in firmly entrenched nation states, social relations remain civil despite the growth of a plurality of cultures and religious world views? [¿Cómo deberíamos vernos a nosotros mismos como miembros de una sociedad post-secular y qué deberíamos esperar recíprocamente de uno a otro para asegurar que, en estados-nación firmemente arraigados, las relaciones sociales permanezcan civiles a pesar de la creciente pluralidad de culturas y puntos de vista religiosos?] (Habermas, 2008, párr. 15)

Este escenario plantea desafíos particulares para la experiencia ecuatoriana, la cual es influenciada por los giros en las tendencias del pensamiento global, pero que todavía se encuentra anclada a dinámicas entre religión y Estado que han persistido desde inicios del siglo xx y de las que no ha logrado desprenderse del todo. En este sentido, resulta esclarecedor el análisis de Espinoza Plúa (2018) sobre el trasfondo político del reconocimiento del carácter laico del Estado ecuatoriano durante el proceso constituyente del 2008. Aparentemente, las creencias personales de los legisladores constituyentes y del entonces presidente de la república jugaron un papel decisivo en el diseño de la nueva Constitución. Y, si bien se ratificó la laicidad del Estado, esta fue producto de una concesión negociada con los sectores conservadores religiosos, los cuales condicionaron su aceptación a la inclusión explícita de Dios en el preámbulo y al rechazo de propuestas como la constitucionalización del aborto y del matrimonio igualitario.

Esta dinámica pone de manifiesto un fenómeno que, años antes del proceso constituyente, ya había sido advertido: el uso político de la religión en países con institucionalidades frágiles, como las de muchas naciones latinoamericanas. En estos contextos, los principios liberales resultan insuficientes para garantizar la plena legitimidad de las autoridades políticas, lo que las impulsa a recurrir al respaldo del poder eclesiástico, el cual sigue ejerciendo una considerable influencia en sociedades mayoritariamente cristianas. Esto podría explicar por qué “la Iglesia se las arregla para seguir interviniendo en la esfera política” (Lambruschini, 2021, p. 121); pues, como señala Marey, “lo litúrgico [también] es político” (2020, p. 47).

A pesar de ello, aunque resulta tentadora la perspectiva de que no se trataría más que de rezagos de dinámicas estructurales que nuestros países aún no han superado, en el contexto de un mundo cada vez más post-secular, surge la pregunta de hasta qué punto la interrelación entre religión y política no es sino un reflejo válido de una sociedad que alberga concepciones espirituales profundamente arraigadas; las cuales, en lugar de ser rechazadas, deben ser comprendidas y encauzadas de manera que beneficien a la población en su conjunto.

Esto se puede ilustrar desde el caso que da pie a nuestro estudio. Si bien, desde una perspectiva secular clásica, la construcción de una capilla en la terraza de un edificio parlamentario podría considerarse una transgresión al principio laico de separación Iglesia-Estado, en una sociedad influenciada por el post-secularismo, la edificación de un espacio destinado a la manifestación de la fe podría, de hecho, ser perfectamente justificable dada la necesidad de ofrecer a parte de la población un lugar para profesar su espiritualidad. No obstante, para que sea verdaderamente valedera, esta justificación debería partir de una lógica de pluralismo y tolerancia (factores que precisamente fundan y, a la vez, ponen en riesgo la vigencia de la secularidad tradicional), en la que la expresión del credo o ideología de una persona no interfiera con las creencias de los demás.

Por ejemplo, desde una visión post-secularista, la justificación de la construcción de un espacio para la manifestación de la fe podría ser válida si, en lugar de una capilla católica, se erigiera un espacio multiconfesional que permitiese a diversos credos expresar su espiritualidad, o incluso un lugar destinado a la meditación para quienes no profesan ninguna fe en particular. Sin embargo, esta lógica se vería comprometida cuando una creencia específica, por muy mayoritaria que sea, ocupase de manera excluyente espacios públicos; que es lo que ha ocurrido en el caso del parlamento ecuatoriano.

5. CONCLUSIONES

Para concluir, quisiera traer a colación las lecciones que este tema deja para las autoridades parlamentarias ecuatorianas en concreto. Para ello vale hacer eco de Hans Kelsen, quien en *Esencia y valor de la democracia* advertía que “the fight for parliamentarism was a fight for political freedom [la lucha por el parlamentarismo fue una lucha por la libertad política]” (1929/2013, p. 48); una libertad que, desde las concepciones liberales racionales en que se funda la democracia, se ve interferida cuando nociones metafísicas invaden el ejercicio del poder. Como el mismo Kelsen expresara, este es un conflicto entre “basic political attitudes [actitudes políticas básicas]” (1929/2013, p. 103). Por ello, cuando las autoridades públicas buscan legitimarse a través de la religión, incurrir en una contradicción fundamental, ya que recurren a una fuente de legitimación ajena a la que les corresponde por su naturaleza.

Todo esto está en juego detrás de los términos *Estado laico* y *ética laica* establecidos en los artículos 1 y 3 de la Constitución de la República del Ecuador, e impone sobre la autoridad legislativa, siguiendo la terminología de Alexy (2012, p. 67), una regla de optimización que debe ser maximizada en su vigencia. Es decir, la autoridad legislativa debe velar por que sus acciones estén guiadas por los principios que sustentan el Estado laico, y fomentar un régimen de convivencia y tolerancia en el que cada persona pueda

profesar sus creencias dentro de un marco estatal neutral. Este marco no debe privilegiar ninguna creencia en particular, sino que debe garantizar la protección del ejercicio de todas las creencias en conjunto, así como el respeto hacia aquellos que no comparten visiones religiosas del mundo.

Esto impone una serie de deberes sobre las autoridades a fin de garantizar dicho régimen. Uno de estos es la neutralidad frente al hecho religioso y otro, la tolerancia frente a las manifestaciones religiosas. Esa tolerancia implica que las autoridades promuevan concepciones pluralistas del mundo, pues la fuente misma de su legitimación se encuentra en el poder otorgado mediante el proceso democrático, y no por cosmovisiones místicas o religiosas específicas. Esto es así, porque dichas creencias no son escrutables por la razón humana, son inexplicables por su propia naturaleza y, por lo tanto, un poder sustentado en ellas también estaría fuera de la explicación del ser humano y sería inescrutable; lo que supone una posición fundamentalmente opuesta a los principios que sostienen la democracia liberal y que no puede ser aceptada en su seno, pues lo contrario implicaría una reversión tacita a las autocracias de antaño.

Sin embargo, también es cierto que la pluralidad y la crisis en la ética de las sociedades poscapitalistas ha llevado a poner esa separación en tela de juicio, y a que algunos autores se atrevan a hablar de un post-secularismo o, por lo menos, de una redefinición de lo que el secularismo significa para la modernidad. Esto llevaría a entender que, contrario a los absolutos previamente mantenidos, quizá sí hay lugares para la expresión religiosa en la esfera pública. Pero su legitimidad devendría de que provenga de necesidades de integración y tolerancia. Lo contrario sería irse en contra de los propios desarrollos históricos que nos llevaron hasta este punto y a las ideas que los sustentan.

En el caso que dio inicio a nuestro análisis, es evidente que la construcción de una capilla vinculada a un credo específico en la terraza del edificio del parlamento ecuatoriano no cumple con los principios fundamentales de la democracia, lo que atenta contra los preceptos constitucionales que fundamentan al Estado ecuatoriano. En consecuencia, dicho actuar es contrario a la Constitución y representa un claro ejemplo de lo que la autoridad legislativa no debe hacer dentro de un Estado laico.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2012). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ayala Mora, E. (1996). El laicismo en la historia del Ecuador. *Procesos*, 8, 3-32.
- Blancarte, R. (2000a). Presentación. En R. Blancarte (Comp.), *Laicidad y valores en un Estado democrático* (pp. 7-15). El Colegio de México.

- Blancarte, R. (2000b). Retos y perspectivas de la laicidad mexicana. En R. Blancarte (Comp.), *Laicidad y valores en un Estado democrático* (pp. 117-140). El Colegio de México.
- Blancarte, R. (2009). El porqué de un Estado laico. En J. Muñoz Rubio (Coord.), *Contra el oscurantismo: defensa de la laicidad, la educación sexual y el evolucionismo* (pp. 315-331). Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bobbio, N. (1999, 17 de noviembre). Cultura laica y laicismo. *El Mundo*.
- Bordón Lugo, M. (2020). El hecho religioso como hecho social: implicancias para el Estado occidental. *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, 6(1), 1-12. [https://doi: 10.7764/RLDR.9.116](https://doi.org/10.7764/RLDR.9.116)
- Cárdenas, M. C. (1996). Laicismo e historia reciente en el Ecuador. ¿Modernización sin modernidad? *Procesos*, 8, 139-149.
- Castillo, E. (2009). Por los caminos de la laicidad. En J. Muñoz Rubio (Coord.), *Contra el oscurantismo: defensa de la laicidad, la educación sexual y el evolucionismo* (pp. 305-314). Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Chiassoni, P. (2007). El Estado laico según *Mater Ecclesia*. Libertad religiosa y libertad de conciencia en una sociedad democrática. *Isonomía*, 27, 143-169. <https://www.scielo.org.mx/pdf/is/n27/n27a6.pdf>
- Chiassoni, P. (2013). Laicidad y libertad religiosa. Compendio de política eclesiástica liberal. En P. Salazar Ugarte & P. Capdevielle (Coords.), *Para entender y pensar la laicidad. Tomo III* (pp. 119-180). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; Instituto Federal Electoral; Miguel Ángel Porrúa.
- Cohen, J. L. (2016). Rethinking political secularism and the American model of constitutional dualism. En J. L. Cohen & C. Laborde (Eds.), *Religion, secularism, and constitutional democracy* (pp. 113-156). Columbia University Press.
- Constitución de la República del Ecuador. Art. 1. 20 de octubre del 2008.
- Constitución de la República del Ecuador. Art. 3. 20 de octubre del 2008.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2021). Sentencia 51-17-IN/21 (M. P. Karla Andrade Quevedo). 13 de octubre del 2021.
- Del Picó Rubio, J. (2018). Estado y religión: tendencias conceptuales incidentes en la apreciación pública del fenómeno religioso. *Revista de Estudios Sociales*, 63, 42-54. <https://dx.doi.org/10.7440/res63.2018.04>
- Dirección Nacional de Investigación e Incidencia de Políticas Públicas & Defensoría del Pueblo del Ecuador. (2017). *Informe temático sobre libertad religiosa y Estado*

- laico en el Ecuador*. Defensoría del Pueblo. <https://repositorio.dpe.gob.ec/bitstream/39000/2125/1/IT-DPE-002-2018.pdf>
- Durkheim, E. (1995). *The elementary forms of religious life*. The Free Press. (Obra original publicada en 1912)
- Dworkin, R. (2013). *Religion without God*. Harvard University Press.
- Espinoza Plúa, M. G. (2018). El espejismo laico del Ecuador. Los debates constituyentes sobre el aborto, la adopción homosexual y el nombre de Dios en el preámbulo de la Constitución. *Foro*, 29, 135-168. <https://doi.org/10.32719/26312484.2018.29.7>
- Fernández, G. (2020). Estado laico, laicidad y laicismo. *Foro Educativo*, 34, 149-158. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7517003.pdf>
- Ferrajoli, L. (2005). Norberto Bobbio. De la teoría general del derecho a la teoría de la democracia. En L. Córdova Vianello & P. Salazar Ugarte (Coords.), *Política y derecho. (Re)pensar a Bobbio* (pp. 89-101). Siglo Veintiuno; Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Habermas, J. (2008, 18 de junio). *Notes on a post-secular society*. Signandsight.com. <http://print.signandsight.com/features/1714.html>
- Hidrovo, T. (2003). La modernidad radical imaginada por Eloy Alfaro. *Procesos*, 19, 97-115.
- Hobbes, T. (1998). *Leviathan* (J. C. A. Gaskin, Ed.). Oxford University Press. (Obra original publicada en 1651)
- Kelsen, H. (2013). *The essence and value of democracy*. Rowman & Littlefield Publishers. (Obra original publicada en 1929)
- Laborde, C. (2016). Liberal neutrality, religion, and the good. En J. L. Cohen & C. Laborde (Eds.), *Religion, secularism, and constitutional democracy* (pp. 249-272). Columbia University Press.
- Lambruschini, P. (2021). El enfoque weberiano de la relación y la separación entre la Iglesia y el Estado. *Temas y Debates*, 41, 111-126. <http://www.scielo.org.ar/pdf/tede/n41/n41a05.pdf>
- León Cáceres, M. (2021). *La libertad religiosa como derecho fundamental y el Estado laico: una concepción pluralista* [Tesis doctoral]. Repositorio Académico de la Universidad de Chile. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/185119>
- León Cáceres, M. (2022). Pluralismo religioso y Estado laico en Latinoamérica: neutralidad, cooperacionismo y reconocimiento. *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, 8(1), 1-15. <https://revistalatderechoyreligion.uc.cl/index.php/RLDR/article/download/49379/43549>
- Locke, J. (2014). *Ensayo y carta sobre la tolerancia*. Alianza Editorial. (Obras originales publicadas en 1666 y 1689, respectivamente)

- Marey, M. (2020). No tan distintos. El secularismo estatal, la politización eclesiástica y el imperativo del consenso. *Revista Argentina de Ciencia Política*, 1(24), 45-69. <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/169760>
- Meyer, J. (2000). El Estado laico: trayectoria histórica y significado presente. En R. Blancarte (Comp.), *Laicidad y valores en un Estado democrático* (pp. 141-152). El Colegio de México.
- Ossenbach, G. (1996). La secularización del sistema educativo y de la práctica pedagógica: laicismo y nacionalismo. *Procesos*, 8, 33-54. <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/procesos/article/view/2088/1874>
- Pacheco Montoya, P. (2021). La ética laica en el Estado laico. *Analysis: Claves de Pensamiento Contemporáneo*, 30(30), 229-235.
- Rawls, J. (1999). *The law of peoples; with "The idea of public reason revisited"*. Harvard University Press.
- Redacción. (2023, 18 de diciembre). Una capilla se edificará en la terraza del edificio de la Asamblea Nacional. *El Universo*. <https://www.eluniverso.com/noticias/politica/una-capilla-se-edificara-en-la-terraza-del-edificio-de-la-asamblea-nacional-nota/>
- Ruiz Navas, J. M. (2006). Eloy Alfaro y la Diócesis de Portoviejo. *Procesos*, 23, 135-150. <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/procesos/article/view/2379>
- Salazar Ugarte, P. (2006). Laicidad y democracia constitucional. *Isonomía*, 24, 37-49. <https://www.scielo.org.mx/pdf/is/n24/n24a3.pdf>
- Taylor, C. (2011). Por qué necesitamos una redefinición radical del secularismo. En E. Mendieta & J. Vanantwerpen (Eds.), *El poder de la religión en la esfera pública* (pp. 39-60). Trotta.
- Weber, M. (2014). *Economía y sociedad*. Fondo de Cultura Económica. (Obra original publicada en 1922)

LA IMPORTANCIA DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL EN PROCESOS DE VIOLENCIA

JULIANA GABRIELA KINA*
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Recibido: 19 de agosto del 2024 / Aceptado: 23 de septiembre del 2024

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2024.n59.7354>

RESUMEN. El presente artículo tiene por objeto visibilizar el impacto de la aplicación de las normas de procedimiento sobre competencia territorial de los tribunales en el marco de procesos centrados en hechos de violencia contra niñas ejercidos por adultos o por adolescentes, cuando el delito no encuadra en el concepto de violencia de género del derecho español. Ante un aumento creciente de violencia entre personas menores de edad y, en particular, contra niñas o jóvenes, corresponde evaluar críticamente —desde el derecho— la posible revictimización que puedan sufrir las damnificadas ante la aplicación de las reglas de competencia territorial, dada la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran. En este análisis, se hará referencia al derecho internacional a efectos de enriquecer las conclusiones.

PALABRAS CLAVE: violencia / género / niñas / competencia territorial / jurisdicción / revictimización / acceso a la justicia

* Doctoranda en el Programa de Derecho Privado de la Universidad de Salamanca, España. Profesora de Contratos Civiles y Comerciales de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Secretaria letrada de la Procuración General de la Nación (República Argentina). Contacto: julianakina@usal.es

THE IMPORTANCE OF DETERMINING TERRITORIAL COMPETENCE IN VIOLENCE CASES

ABSTRACT. The present work aims to highlight the impact of the application of procedural norms about territorial jurisdiction of the courts, within the context of proceedings involving acts of violence against girls perpetrated by adults or adolescents, when the offense does not fit within the concept of gender-based violence under Spanish law. Faced with a growing increase in violence among minors, particularly against girls or young women, it is important to undertake a critical assessment—from a legal perspective—regarding the potential re-victimization that the affected individuals may experience due to the application of territorial jurisdiction rules, given their situation of special vulnerability. In this analysis, reference will be made to international law to enhance the conclusions.

KEYWORDS: violence / gender / girls / territorial competence / jurisdiction / revictimization / access to justice

1. INTRODUCCIÓN A LA VIOLENCIA DE GÉNERO. PERSPECTIVA DE GÉNERO

La violencia contra las mujeres constituye una violación a los derechos humanos y es una forma de discriminación en razón del género. Según la Organización de Naciones Unidas (ONU) Mujeres (2024b): "La violencia contra las mujeres y las niñas es una de las violaciones más generalizadas de los derechos humanos en el mundo" (párr. 1). Este tipo de violencia, aun con la evolución constante en el dictado de regulaciones protectoras, persiste en todas las sociedades, cada una de ellas con sus contextos y matices, y no hace distinción de clase social, edad o raza, sino que cualquier mujer, por el solo hecho de serlo, puede ser víctima de hechos violentos o discriminatorios por parte de hombres. En tales condiciones, tiene un rol primordial el reconocimiento de estereotipos que sustentan las asimetrías de poder y que coadyuvan a sostener una realidad social desigual y discriminatoria, porque dicho reconocimiento permite modificar esa realidad sobre la base de la igualdad y la no discriminación (Ruiz, 2000).

Asimismo, ha señalado el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) que "en todas las esferas de la ley, los estereotipos comprometen la imparcialidad y la integridad del sistema de justicia, que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciantes" (CEDAW, 2015, p.14). En este sentido, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer (1993) define a la violencia contra las mujeres y las niñas como

todo acto de violencia basado en el género que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o mental para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada. (art. 1)

Asimismo, según el artículo 2 de dicha declaración, la violencia contra las mujeres y niñas abarca, con carácter no limitativo, la violencia física, sexual y psicológica que se produce en el seno de la familia o de la comunidad, así como la perpetrada o tolerada por el Estado.

La situación desventajosa de las mujeres y las niñas las enfrenta contra múltiples valladares al momento de ejercer sus derechos con plenitud, lo cual se advierte en mayor medida en procesos en los que se debaten cuestiones de violencia, en virtud de las graves consecuencias que se generan en las víctimas. El fenómeno de violencia contra la mujer se caracteriza por el alto grado de impunidad, frente a lo cual se le debe dar la mayor amplitud a la concreción y reconocimiento de denuncias sobre esos hechos (CEDAW, 2017).

El reconocimiento internacional de esta problemática exterioriza su gravedad y la complejidad de su solución a corto y mediano plazo. Al respecto, ya en 1945, la Carta de Naciones Unidas reafirmó el valor de los derechos fundamentales de todo ser humano

y el de la igualdad entre el hombre y la mujer. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979) reconoce las importantes discriminaciones de las que son objeto las mujeres y que para lograr la plena igualdad entre hombres y mujeres es necesario modificar el papel tradicional que se les asigna, aplicando medidas destinadas a suprimir esta discriminación en todas sus formas y manifestaciones (párr. 14).

Por lo anterior, las medidas y planes de acción que los Estados deben llevar a cabo en el marco de las responsabilidades internacionales asumidas deberán realizarse bajo una particular visión, que es la denominada perspectiva de género. Esta es una forma de interpretación de los hechos y del derecho que, además de constituir un imperativo ético, es una obligación impuesta por los tratados internacionales con jerarquía constitucional:

- Apartado 2 del artículo 49 del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha Contra la Violencia Contra las Mujeres y la Violencia Doméstica del 2011).
- Artículos 2 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976).
- Artículos 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1976.
- Artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1979.
- Artículos 1, 4, 5 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer de 1994.

Este particular prisma de análisis parte de la base de la igualdad y la no discriminación en razón del género y supone deconstruir un modelo de masculinidad hegemónica estructural y sistémico.

En la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de las Naciones Unidas en Beijing en 1995, se estableció la incorporación de la perspectiva de género como estrategia global para promover la igualdad de género (UN Women, 1995). El documento final de esta conferencia, la Plataforma de Acción de Beijing, identificó áreas de acción urgente para acelerar el logro de la igualdad de género y de oportunidades para mujeres y hombres. En cada una de ellas se realizó un llamado a los Gobiernos y otros actores a promover una política activa y visible de incorporación de una perspectiva de género en todas las políticas y programas, de modo que, antes de tomar decisiones, se analicen los efectos en mujeres y hombres, respectivamente (ONU Mujeres, 2014; UN Women, 2020).

A partir de ello, juzgar con esa mirada implica conocer la influencia de prejuicios y estereotipos impuestos por la sociedad que promueven y sostienen la desigualdad

de género; es necesario conocerlos y aceptar su existencia al momento de decidir en los tribunales de justicia (Medina, 2015). Entonces, se podría afirmar que la igualdad de género es el objetivo, mientras que la incorporación de la perspectiva de género se compone de todos los enfoques y procesos necesarios para lograr ese objetivo.

A nivel regional, el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha Contra la Violencia Contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (también denominado Convenio de Estambul, del 2011, pero que entró en vigor para España el 1 de agosto del 2014) afirma en sus considerandos que la realización de la igualdad con los hombres es una condición imprescindible para la prevención de la violencia contra la mujer. Por su parte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (también denominada Convención de Belém do Pará, de 1994) prevé en sus considerandos que la eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de la vida.

En línea con todo lo anterior, las conclusiones convenidas del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas (Ecosoc, 1997) definían la incorporación de una perspectiva de género como “el proceso de evaluación de las consecuencias para las mujeres y los hombres de cualquier actividad planificada, inclusive las leyes, políticas o programas, en todos los sectores y a todos los niveles” (párr. 1). De igual modo, la perspectiva de género es conceptualizada por el Consejo como una estrategia dirigida a hacer que las experiencias y preocupaciones de las mujeres y de los hombres sean una evaluación necesaria para que se impida la perpetuación de la desigualdad.

Esa igualdad sustantiva a la que se refiere en las conclusiones de Ecosoc parte del reconocimiento de que ciertas personas requieren la adopción de medidas especiales de equiparación o un trato diferenciado cuando existan circunstancias que afectan la igualdad de trato y que tengan como consecuencia empeorar o suprimir el acceso o ejercicio de derechos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019). Es decir, no es suficiente con la igualdad formal que se sustenta en que todos somos iguales ante la ley.

2. LA REGULACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL DERECHO ESPAÑOL

En España, la Ley Orgánica 1/2004, por la cual se presentan medidas de protección integral contra la violencia de género, promulgada el 28 de diciembre del 2004, señala que

la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respecto y capacidad de decisión. (Ley Orgánica 1/2004, 2004, Exposición de motivos, párr. 1)

En su concepto más amplio, la violencia doméstica o familiar es toda forma de violencia física, sexual o psicológica que pone en peligro la seguridad o bienestar de un miembro de la familia, y puede comprender la fuerza física o chantaje emocional, amenazas, o violencia sexual. Además, la Ley Orgánica 1/2004 afirma que

los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución. Esos mismos poderes públicos tienen, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud. (Ley Orgánica 1/2004, 2004, Exposición de motivos, párr. 2)

De esta manera, se introduce la noción de igualdad sustancial o estructural para este tipo de problemática, la cual no adhiere solo y exclusivamente a la idea de no discriminación (entendida como trato no arbitrario fundado en prejuicios), sino a un trato segregacionista y excluyente tendiente a consolidar una situación de grupo marginado. La idea de igualdad como no sometimiento no se opone al ideal de no arbitrariedad que subyace a la idea de igualdad como no discriminación, sino que lo concibe como insuficiente o incompleto (Saba, 2007).

En relación con lo anterior, resultan esclarecedoras las palabras de Cerezo García:

La violencia doméstica es el maltrato producido en el ámbito de una relación familiar, consistente en agresión física (golpes, palizas) o coacción intensa (agresión verbal, maltrato psicológico, contacto sexual no deseado, vejaciones, amenazas, destrucción de la propiedad, control del dinero) hacia la persona, normalmente, del cónyuge o de la persona con la que mantenga igual relación de afectividad o de los hijos, que provoca una situación de estrés y de miedo hacia el maltratador, la cual es aprovechada por él para mantener su estatus de poder y de privilegio dentro de ese entorno. Esta situación puede producirse de forma persistente en el tiempo o bien de vez en cuando mientras dura la convivencia.

Y es en ese ambiente oclusivo en el que el delito se desarrolla, esa persistencia, y los concretos sujetos pasivos que la padecen, lo que diferencia este tipo de agresiones del resto que constituye el de lesiones, en el que el sujeto pasivo es aleatorio, los ataques son ocasionales y referidos casi siempre a acometimientos físicos, y, por ende, sin continuación temporal. Por otra parte, es la actitud hostigadora lo que constituye el *factum* del delito de violencia doméstica, con independencia de que la misma se concrete en la infracción penal de lesiones que no es absorbida por él. (como se cita en Del Pozo, 2007, p. 253)

De allí surge la importancia de prevenir y detectar de manera temprana este tipo de violencia, para lo cual es necesario capacitar a la comunidad, permitir canales de acceso a la policía y a la justicia, y agilizar y mejorar los procesos judiciales.

La Ley Orgánica 1/2004, si bien significó un gran avance para el derecho español en términos de igualdad, en cuanto se refiere principalmente al fortalecimiento de herramientas y agilización de los procesos (por ejemplo, la creación de las órdenes de protección con medidas civiles y penales, y los juzgados de violencia sobre la mujer con competencias múltiples, civiles y penales), establece un concepto de violencia de género restrictivo. En efecto, en el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004 se dispone que

la presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. (art. 1)

Esto quiere decir que se requiere que concurran los siguientes requisitos:

- a. La existencia de un acto de violencia ejercida por un hombre sobre una mujer.
- b. Que el victimario sea o haya sido cónyuge o esté o haya estado ligado a ella por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

Al respecto, la Sentencia 677/2018 señala que, para la configuración del delito de violencia de género, no se exige la prueba del ánimo de dominar o de una actitud machista del hombre hacia la mujer, sino del comportamiento objetivo de la agresión. Los únicos elementos subjetivos van referidos a los elementos del tipo penal, no a otros distintos o al margen de la tipicidad penal (Tribunal Supremo, 2018, Conclusión 2).

La violencia de género, que es tratada en la Ley Orgánica 1/2004, no coincide con el concepto de violencia de género, el cual es utilizado en el derecho internacional con la inclusión de las nociones de violencia en el ámbito laboral, violencia institucional o la violencia obstétrica, entre otras¹.

Dicho concepto está claro, ya que deja de lado aquella violencia ejercida contra la mujer por un hombre al que no se encuentre relacionada en un vínculo afectivo, por lo

1 A modo de ejemplo, en la República Argentina, la violencia de género y la violencia doméstica tienen una relación de género a especie. Así, la Ley 26.485, "Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales", promulgada el 1 de abril del 2009, conceptualiza a la violencia de género como "toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes" (art. 4). Ese cuerpo legal considera violencia indirecta a "toda conducta, acción u omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón" (art. 1). Además, dicha ley clasifica los tipos de violencia en física, psicológica, sexual, económica y patrimonial, y simbólica (art. 5).

cual cobra una relevancia extrema la existencia de una relación de afectividad y cuál es el alcance que los tribunales exigen de esa relación. En cambio, el legislador español ha querido limitar la violencia de género al ámbito de las relaciones sentimentales de pareja, por ser la más habitual y más visible de las violencias ejercidas contra las mujeres y por presentar unas características singulares derivadas de la existencia de vínculos de dependencia, de diversa índole, entre víctima y agresor (Peramato Martín, 2007).

No obstante, la violencia de género, tratada en la Ley Orgánica 1/2004, a diferencia de la violencia doméstica, que tiene lugar dentro del núcleo de convivencia, tiene una proyección temporal más amplia, ya que se despliega hasta mucho después de finalizada la relación de pareja, incluso puede llegar a recrudecerse a partir de la ruptura de la relación. En muchas ocasiones, comienza antes de que se llegue a consolidar la relación de pareja mediante el vínculo del matrimonio o antes de que se llegue a dar la convivencia, es decir, en esos momentos incipientes o de formación de una pareja, lo que se conoce tradicionalmente como la fase de noviazgo (Tardón, 2009, p. 1). Se eliminan las características propias del matrimonio como son la convivencia (que no se exige) y la estabilidad.

En ese marco, surgen algunos interrogantes sobre qué se entiende por relación de afectividad y si un vínculo de noviazgo entre dos adolescentes califica en ese concepto. Para analizar esto, es necesario partir de la base de que la violencia de género es un obstáculo muy importante para el acceso de las niñas al derecho humano a la educación. Uno de cada tres estudiantes, entre 11 y 15 años de edad, sufrió acoso de sus compañeros en la escuela al menos en una ocasión, y las niñas tienen mayor probabilidad de sufrir acoso psicológico (ONU Mujeres, 2024a, párr. 13).

No obstante, en el contexto fáctico descrito, existe gran disparidad en la jurisprudencia al definir cuándo las relaciones afectivas de los adolescentes se enmarcan en lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004, aun cuando las jóvenes que no han alcanzado la mayoría edad gozan de plena capacidad para decidir el inicio de la relación sentimental que las involucra (Málaga Bermejo, 2017).

En tales condiciones, en mi opinión, los criterios restrictivos basados en la inexistencia de proyecto de vida en común con el victimario, depender económicamente de los progenitores, rupturas transitorias o por la modalidad de relación elegida (de poliamor, por ejemplo) desatienden las nuevas formas que pueden adquirir las relaciones en la actualidad y no protegen adecuadamente a las víctimas. Como un ejemplo de posturas limitativas de derechos, la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 4.^a, 367/2007 del 3 de octubre, en el marco de un proceso por malos tratos, consideró que este no reunía las condiciones exigidas por el artículo 153 del Código Penal, es decir, una relación que no se prolongó más de dos meses y en la que no medió convivencia. El Tribunal, en su desarrollo, señaló que debía evaluarse para tener por configurada

una relación afectiva similar a la conyugal que medie continuidad y estabilidad. Cabe señalar que se entiende por continuidad a la habitualidad en el modo de vida en común que exterioriza un proyecto compartido, y a la estabilidad como la idea de permanencia en el tiempo. En esos términos, consideró que una relación afectiva de dos meses no reunía los requisitos necesarios para tener por configurada la violencia de género.

Por otro lado, como señala Valiño Ces (2019)², está la línea jurisprudencial que sigue un criterio amplio y que no tiene en cuenta la existencia de planes o de un proyecto de vida conjunta, ni siquiera la mayor o menor duración de la relación. En ese sentido, a efectos de asimilar la situación a una matrimonial, se pondera como suficiente que exista cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando la pareja no tenga expectativas de futuro.

En ese esquema, y aún con un criterio más laxo, muchas situaciones de violencia cometidas contra niñas quedan fuera de la protección especial de la ley en comentario. Esta ley, para los casos sometidos a su regulación, prevé la competencia territorial de los juzgados de violencia sobre la mujer con jurisdicción en el domicilio de la víctima. Estos juzgados especializados son competentes para el conocimiento de la instrucción de los delitos relacionados con violencia de género y de las consecuencias civiles derivadas de ellos, según el artículo 44 de la Ley Orgánica 1/2004.

3. ROL DE LOS OPERADORES DE JUSTICIA

Ahora bien, los Estados asumieron —a través de la ratificación de los tratados internacionales, como el de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979) y el Convenio de Estambul (2011)— la obligación de adoptar medidas de protección para las mujeres víctimas de violencia. Esas normas internacionales y también las locales prohíben la discriminación y la violencia perpetrada por el Estado y sus agentes. Esa prohibición comprende, por ejemplo, que los legisladores no sancionen normas que tengan efectos discriminatorios, que los jueces no funden sus decisiones judiciales en estereotipos de género o que los agentes de las fuerzas de seguridad no cometan actos de violencia física contra las mujeres (Vásquez, 2019). En este punto cabe destacar el papel fundamental que cumple la capacitación.

2 A modo de ejemplo, la autora menciona la Sentencia 1376/2011 de la Segunda Sala del Tribunal Supremo, del 23 de diciembre, donde se consideró que el elemento sobre el que se va a aplicar la analogía no es tanto la existencia de un proyecto de vida en común, como la relación de afectividad propia del matrimonio. Esta sentencia señala lo siguiente: "El grado de asimilación al matrimonio de la relación afectiva no matrimonial no ha de medirse tanto por la existencia de un proyecto de vida en común, con todas las manifestaciones que caben esperar de éste, como precisamente por la comprobación de que comparte con aquél la naturaleza de la afectividad en lo que la redacción legal pone el acento, la propia de una relación personal e íntima que traspase con nitidez de una simple relación de amistad, por intensa que sea esta" (como se cita en Valiño Ces, 2019, párr. 14).

En orden a lo anterior, cabe precisar que el poder judicial tiene la obligación y la responsabilidad institucional de administrar justicia evitando la utilización y el fortalecimiento de estereotipos de género violatorios del principio de igualdad en sus decisiones judiciales (Gherardi, 2017). La incorporación de la perspectiva de género en el análisis de los casos es una obligación legalmente exigible de acuerdo con nuestro marco constitucional y de derechos humanos.

Además, la Recomendación General 33 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer explicita con claridad que

los estereotipos y los prejuicios de género en el sistema judicial tienen consecuencias de gran alcance para el pleno disfrute de los derechos humanos de las mujeres. Pueden impedir el acceso a la justicia en todas las esferas de la ley y pueden afectar particularmente a las mujeres víctimas y supervivientes de la violencia. Los estereotipos distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos. Con frecuencia, los jueces adoptan normas rígidas sobre lo que consideran un comportamiento apropiado de la mujer y castigan a las que no se ajustan a esos estereotipos. El establecimiento de estereotipos afecta también a la credibilidad de las declaraciones, los argumentos y los testimonios de las mujeres, como partes y como testigos. Esos estereotipos pueden hacer que los jueces interpreten erróneamente las leyes o las apliquen en forma defectuosa... En todas las esferas de la ley, los estereotipos comprometen la imparcialidad y la integridad del sistema de justicia, que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciantes. (CEDAM, 2015, párr. 26)

Justamente esto es lo que suele suceder en los casos de violencia de género y ha quedado plasmado en un reciente informe de Naciones Unidas (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, 2021), lo que no significa que los estereotipos de género no estén presentes en otros procesos judiciales. La falta de sensibilidad de género por parte de los operadores y operadoras de justicia no solo conlleva el riesgo de revictimización, sino que también puede representar un obstáculo para la conclusión satisfactoria de los casos. Además, los estereotipos de género a menudo interseccionan con otros estereotipos o formas de discriminación, por ejemplo, en el caso de mujeres menores de edad, indígenas, minorías de género, mujeres migrantes o con ciertas afiliaciones políticas.

4. DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE Y DISCRIMINACIÓN INTERSECTORIAL

En supuestos en que distintos factores discriminatorios confluyen respecto de una misma persona, se producen o se plantea el riesgo de situaciones discriminatorias distintas a las que puedan sufrir aquellas personas a las que estos factores las afecta por separado (Palacios González, 2019). El concepto de interseccionalidad se publicó oficialmente en 1989 por Kimberlé Crenshaw, abogada y activista. Esta idea parte desde una concepción

de género y raza, y fue de gran importancia, porque permitió indicar “de qué manera la raza y el género, interactuando, conforman las múltiples dimensiones de desventajas que definen las experiencias de las mujeres negras en los Estados Unidos” (La Barbera, 2017, p. 193).

Tal como señalan diferentes autores, la interseccionalidad dio nombre a un tipo de discriminación más grave que es sufrida por muchos colectivos y personas y que, al ser una discriminación con factores superpuestos, también existen consecuencias que, en general, son mayores (López et al., 2022, pp. 71-81). Es un problema que afecta a la sociedad entera, por lo que, para mitigar posibles efectos adversos y el impacto negativo sufrido en la vida y la salud de las personas más vulnerables, la solución para erradicarlos debe partir del Estado y de los particulares de manera conjunta. Esto combatiría cualquier tipo de discriminación y opresión.

Esta interseccionalidad en la que se solapan distintos factores de vulnerabilidad es la que ocurre cuando actos de violencia perpetrados contra mujeres menores de edad, en el marco de relaciones que no son calificados por la entidad suficiente para ser alcanzadas por el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004. Por ende, se excluyen a las víctimas niñas de las protecciones y medidas que prevé ese cuerpo normativo. Es decir, que el género se interrelaciona con otro elemento igual de discriminatorio, como la edad, lo que promueve una situación en la que la damnificada adquiere una mayor vulnerabilidad y multiplica su victimización; por ello, es necesario que tales actos sean identificados y visibilizados.

5. SITUACIONES DE VIOLENCIA CONTRA NIÑAS: NORMAS DE COMPETENCIA TERRITORIAL APLICABLES

5.1. Contexto

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS, 2024), más de los 176 000 homicidios en el mundo cada año suceden a jóvenes de entre 15 y 29 años, lo que supone el 37 % del total de homicidios. Además, los informes de ese organismo señalan que el homicidio es la tercera causa de muerte más frecuente en individuos de esa edad y que, cuando no resulta letal, la violencia juvenil tiene un grave impacto, a menudo de por vida, en el desarrollo físico y psicológico y en el funcionamiento social del individuo (OMS, 2024).

En lo que resulta pertinente para este estudio, la OMS informa que tres de cada diez adolescentes en el mundo sufren violencia de género durante el noviazgo. Los llamados noviazgos violentos son definidos por la OMS (2024) como “una de las formas más comunes de violencia contra la mujer e incluye maltrato físico, sexual o emocional y comportamientos controladores por un compañero íntimo” (p. 1). Asimismo, en la franja etaria 15-19 años el factor de riesgo más relevante es la violencia por parte del compañero íntimo. Una de cada cuatro mujeres de entre 15 y 24 años que han mantenido

alguna relación íntima son objeto de las conductas violentas de un compañero íntimo (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2024, p. 24).

Es así que

la fundación ANAR ha constatado un incremento de la violencia que sufren niñas y adolescentes en España, que ha aumentado un 39,7 % en cuatro años (2018-2022), con especial incidencia de la violencia machista (un 87 % más) y una tendencia a la normalización de determinadas conductas violentas, ya que el 70 % no denuncia. (Efeminista, 2023, párr. 1)

En el estudio denominado *Evolución de la violencia contra las mujeres en la infancia y adolescencia en España (2018-2022)*, según su propio testimonio, surge que la Fundación ANAR ha atendido a 20 515 niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia contra las mujeres y ha dado respuesta a 382 219 peticiones de ayuda (Fundación ANAR, 2023).

Estos datos alarman y sensibilizan³, y deberían activar políticas públicas de capacitación en las escuelas y los lugares de instrucción. Curiosamente, parece una información indirectamente proporcional con la toma de conciencia y con el dictado de normas protectorias que promueven la igualdad sustancial durante las tres últimas décadas en los países europeos y americanos. De igual manera, la evolución negativa de los datos de violencia en nuestros hijos e hijas puede tener distintas causas, pero como sociedad tenemos el deber de promover el cambio.

Las mujeres y niñas son las más afectadas, debido a las formas estructurales de violencia y abuso de poder que ponen en riesgo su integridad física y psíquica. Dicha violencia se manifiesta desde el ámbito físico, sexual, simbólico, psicológico, económico, patrimonial, laboral, institucional, ginecológico, doméstico, en los medios de comunicación, en la educación sistemática formal e informal, en la justicia, en la sociedad, entre otros, donde se estereotipa al colectivo de mujeres y se desconoce su dignidad y derechos humanos. Esto se debe a la prevalencia de esquemas patriarcales y una cultura androcéntrica que ha privado de un discurso y práctica jurídica de género a dicho colectivo (Tribunal Oral Federal de Bahía Blanca, 2022).

El maltrato a niñas por parte de adultos requiere también de medidas de protección reforzadas, dada la relación de desigualdad que se da entre ellos en un mundo patriarcal que responde al imaginario de hombre blanco, occidental, heterosexual y plenamente capaz. La imagen que tiene el adulto como centro y eje es la que construye estereotipos y prejuicios que retroalimentan la asimetría. Es lo que Unicef denomina de manera brillante adultocentrismo (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2024).

3 En Argentina, durante el año 2021 se registraron catorce feminicidios de niñas de 0 a 12 años (6 %), y cinco de adolescentes entre 13 a 17 años (2 %) (Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2021, p. 66).

En relación con ello, en la Sentencia 582/2022 se condenó por maltrato en el ámbito familiar al padre de una niña menor de cuatro años que le causó lesiones leves y señaló que “la bofetada no origina la necesidad de asistencia médica de la menor, pero no puede considerarse atípica” (Tribunal Supremo, 2022, fundamento de derecho 2). Es cuestionable el derecho de corrección que comporta violencia sobre el menor, por mínima que sea, y aun cuando en determinadas circunstancias la de muy liviano carácter no conlleve sanción penal si integra mero maltrato por simple discrepancia con el menor. Ningún amparo encuentra un fuerte azote en las nalgas a una menor de cuatro años, que causa lesiones, aunque no requiera asistencia facultativa (Tribunal Supremo, 2022, fundamento de derecho 2). Sin embargo, el Tribunal descartó que se tratara de violencia de género. Ninguna forma de violencia contra los niños y las niñas es justificable, y no deben recibir menos protección que los adultos (Magro Servet, 2021).

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989) estableció una nueva concepción jurídica y social respecto de las personas menores de edad, pues las reconoce como sujetos de derechos y deja de lado la antigua concepción tutelar del niño como objeto de protección y asistencia especial. Esta nueva cosmovisión marca un quiebre importante en el desarrollo de los derechos de la niñez y la adolescencia, debido a que consagra la doctrina de la protección integral frente a la doctrina que concebía al niño como objeto de protección del Estado, de la sociedad y de la familia.

En ese sentido, la consideración de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y libertades tiene impacto profundo en el derecho internacional y en los sistemas jurídicos locales, lo cual impone la necesidad de adecuar las legislaciones a esta concepción. Tal transformación se conoce como la sustitución de la doctrina de la situación irregular por la doctrina de la protección integral, que en otros términos significa pasar de una concepción de los menores —una parte del universo de la infancia— como objetos de tutela y protección segregativa, a considerar a niños y jóvenes como sujetos plenos de derecho (Bellof, 1999).

Este nuevo paradigma en el que a las personas menores de edad se les reconocen todos los mismos derechos que tenemos los adultos, más un plus de protección especial por estar en una etapa de desarrollo (Convención Americana sobre Derechos Humanos [Pacto de San José], 1978), obliga a modificaciones estructurales en el orden jurídico y en las políticas públicas. Además, el interés superior del niño actúa como una verdadera barrera frente al accionar del Estado y también sirve de regulador de las relaciones intrafamiliares. En este marco, el accionar de estos para ser válidos deberán estar guiados por ese tamiz (Feller, 2022). Al respecto, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989) dispone que

en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades

administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. (art. 3)

En tal sentido, los Estados tienen parte de la obligación de brindar especial protección al interés superior del niño, el cual es un derecho que merece el más alto reconocimiento normativo, de acuerdo con lo dispuesto por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989), el artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976) y el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976).

5.2. Reglas de competencia territorial y sus consecuencias directas

En este punto del análisis, corresponde señalar que la Ley Orgánica 1/2004, en causas sobre violencia de género, atribuye la competencia territorial al juez de violencia sobre la mujer correspondiente al lugar del domicilio de la víctima (Ley Orgánica 1/2004, art. 59)⁴. Esta regla protege a la mujer víctima de violencia, ya que ella pudo haber cambiado el lugar de residencia como consecuencia de los hechos denunciados para evitar asistir a los tribunales con sede en el lugar de los hechos.

Por su parte —y para el resto de las causas en las que se haya denunciado violencia, pero que no sea encuadrable, tal como fuera ya comentado, en la Ley Orgánica 1/2004—, la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé la competencia del juez de instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido. Esta diferencia basal en procesos en los que media violencia contra las niñas, ya sea por parte de otro adolescente o por parte de un adulto, importa, en mi opinión, una discriminación directa contraria a los principios de igualdad sustancial a los que tanto España como los países de Latinoamérica se han obligado internacionalmente.

En efecto, entiendo que sujetar a la víctima a cumplir en el foro del eventual agresor las diligencias propias de este tipo de asuntos expondría a la damnificada a su revictimización, lo cual es repudiado por el ordenamiento jurídico. Esta regla de competencia diferencial nos conduce a reflexionar sobre el nivel de protección que la ley provee —en particular y en cuanto es materia de análisis— a las niñas en supuestos de violencia que se encuentran en situación de vulnerabilidad y que, por ello, pudieron cambiar de residencia a efectos de resguardarse personalmente para evitar o mitigar los daños derivados de la cercanía con el agresor.

Los riesgos de sufrir una nueva victimización son mayores si la niña tiene que acudir a ejercer su derecho de defensa en el territorio donde ocurrieron los hechos,

4 Sin perjuicio de la adopción de la orden de protección, o de medidas urgentes que pudiera adoptar el juez del lugar de comisión de los hechos.

que generalmente coincide con el lugar de residencia del victimario. Esta solución procesal constituye un obstáculo para el acceso a la justicia que exige que los tribunales estén geográficamente cerca de la víctima y que el ejercicio del derecho de defensa no conduzca a una revictimización de la niña.

En la Argentina, por ejemplo, el artículo 716 del Código Civil y Comercial de la Nación, promulgado por el Decreto 1795/2014 el 7 de octubre del 2014, asigna el conocimiento de los procesos relativos a los niños, niñas y adolescentes al tribunal del foro en el cual se sitúa su centro de vida, entendido como el lugar donde la persona menor de edad hubiese transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Sin embargo, este principio cede ante situaciones de violencia en las que la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha admitido en innumerables fallos la competencia territorial del juez correspondiente a la residencia actual del niño o niña, teniendo en consideración que, ante ese tipo de contextos violentos, el traslado de jurisdicción es una consecuencia directa en busca de protección (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2023).

6. CONSIDERACIONES FINALES

La noción de igualdad estructural, sustancial o efectiva reconoce que ciertos sectores de la población están en desventaja en el ejercicio de sus derechos, ya sea por obstáculos legales y, de hecho, por el requerimiento de adopción de medidas especiales de equiparación. Además, en el caso de niñas, por encontrarse en una particular situación de vulnerabilidad para el ejercicio de sus derechos por su edad, es exigible mayor tutela, sobre todo en cuanto se refiere al acceso a la justicia.

La aplicación de una regla de competencia territorial que conduce al lugar de los hechos desentiende a la víctima y su padecimiento, y omite la perspectiva de género necesaria, lo que viola el derecho de defensa de la damnificada al obstaculizar el trámite del proceso. No debe omitirse, a los efectos de realizar esta valoración, que el lugar de los hechos en general coincide con el domicilio del agresor y que la víctima pudo haber adoptado la decisión de trasladar su residencia. Frente a ello, entonces, claro está que la mayor protección en materia de competencia territorial la brinda la Ley Orgánica 1/2004, pues asigna jurisdicción al juez del lugar del domicilio de la mujer víctima de violencia de género.

Sentado ello, es preciso ponderar que los procesos de violencia contra niñas (aun cuando no encuadren en la Ley Orgánica 1/2004) involucran los intereses de la comunidad en tanto el abordaje de las violencias ha sido explícitamente reconocido como un asunto de protección de derechos humanos, no solo por el Convenio de Estambul (2011), sino por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979) y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989,

artículo 9, apartado 1). En concordancia con ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resaltó que la violencia contra las mujeres constituye una violación de los derechos humanos y una ofensa a la dignidad humana que trasciende todos los sectores de la sociedad (2010, párr. 118).

En esa línea, el acceso a la justicia deviene el eje fundamental para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las niñas. Para ello, es necesario que se respeten las garantías procesales y se proteja a las víctimas. En efecto, el obstáculo más profundo que se presenta es la victimización secundaria que pueden sufrir las víctimas al intentar denunciar los hechos perpetrados: la falta de protecciones judiciales para proteger su dignidad y seguridad durante el proceso; el costo económico de los procesos judiciales; y la ubicación geográfica de las instancias judiciales receptoras de denuncias (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007).

En definitiva, a mi modo de ver, las regulaciones procesales y de fondo deberían tener por objetivo que quienes sufren violencia no tengan que afrontar el riesgo de una revictimización, que consiste en el daño que generan las instituciones policiales o judiciales al imponer reglas o restricciones irrazonables. En el supuesto en análisis, se obliga a las mujeres menores de edad a litigar en la jurisdicción correspondiente al lugar de comisión del delito que, como señalé, en la mayoría de los casos coincide con el lugar de residencia del agresor.

Sobre lo anterior, el artículo 56 del Convenio de Estambul (2011), sobre medidas de protección, exige que a los Estados les toca adoptar medidas legislativas o de otro tipo, las que son necesarias para proteger los derechos e intereses de las víctimas en todas las fases de las investigaciones y procedimientos judiciales; en especial, velando que, tanto ellas como sus familiares y testigos de cargo, estén al amparo de los riesgos de intimidación, represalias y nueva victimización.

En tales condiciones, en mi opinión, se torna necesario que los legisladores adopten las normas que resulten adecuadas para moderar los efectos negativos de la violencia sobre las niñas (victimización primaria). Además, deben velar por evitar la victimización secundaria⁵ que aumenta el daño, promoviendo que los procesos judiciales puedan ser iniciados y tramitados en el lugar de residencia de la damnificada, lo cual tiende a proteger su integridad física y psicológica.

Estas medidas de igualación positiva se dirigen a modificar una situación que, aplicada a un proceso sobre violencia contra niñas, evita la asimetría que la regla de competencia territorial vigente produce en la víctima respecto de su victimario. Todo lo

5 El Convenio de Estambul (2011) prevé, en el apartado 3 de su artículo 18, que “las partes velarán para que las medidas tomadas conforme al presente capítulo ... estén dirigidas a evitar la victimización secundaria”.

anterior debe realizarse valorando que las damnificadas, a efectos de resguardar su integridad física y psicológica, se trasladen a otras jurisdicciones.

Desde esa perspectiva, proteger a la víctima promoviendo que la competencia territorial de los tribunales sea la correspondiente a la de su domicilio constituye una solución que se adecúa al debido respeto de los derechos humanos y que prioriza el resguardo del principio de inmediatez, en procura de una eficaz tutela del acceso a la justicia. Además, esa inmediatez propende a garantizar la efectividad y celeridad del proceso, resguardando los derechos fundamentales de la víctima.

Como sociedad debemos aceptar que la violencia contra las niñas es una emergencia real, aunque no es nueva, ya que desde siempre las personas menores de edad han sufrido violencia por parte de los adultos sin que esa realidad fuera vista, oída (Pinheiro, 2010) o puesta en la agenda pública. En ese entendimiento, las medidas de protección deben encararse con una perspectiva de género y de la infancia, y en términos de igualdad y no discriminación, teniendo en cuenta especialmente que el debido y efectivo acceso a la justicia debe ser el punto central del cambio.

REFERENCIAS

- Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 4.ª. (2007, 3 de octubre). Sentencia 367/2007.
- Bellof, M. (1999): Un modelo para armar —y otro para desarmar!: protección integral de derechos vs. Derechos en situación irregular. *Justicia y Derechos del Niño*, (1), 1-27. <https://opcion.cl/wp-content/uploads/2016/03/BeloffModeloParaArmar.pdf>
- Código Civil y Comercial de la Nación. (2014). Decreto 1795/2014 del 2014. Art. 716. 7 de octubre del 2014 (Argentina). https://www.saij.gob.ar/docs-f/acción/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2007). *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. <https://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/CIDH/r/DMujeres/justicia.asp>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2019, 12 de febrero). *Compendio sobre la igualdad y no discriminación. Estándares interamericanos*. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio-IgualdadNoDiscriminacion.pdf>
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (2015, 3 de agosto). *Recomendación General 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf>
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (2017, 26 de julio). *Recomendación General 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer*,

- por la que se actualiza la recomendación general 19. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>
- Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas. (1997). *Principios fundamentales para el desarrollo social inclusivo* (E/1997/55). Disponible en <https://www.un.org/ecosoc>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). 11 de febrero de 1978. https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. 20 de noviembre de 1989. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém do Pará). 9 de junio de 1994. www.oas.org/es/mesecvi/docs/BelemDoPara-ESP.pdf
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. 18 de diciembre de 1979. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>
- Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha Contra la Violencia Contra las Mujeres y la Violencia Doméstica (Convenio de Estambul). 11 de mayo del 2011. <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010, 30 de agosto). *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Sentencia de fondo, reparaciones y costas. <https://www.corteidh.or.cr>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2023). Competencia CIV 53300/2019/1/CS1 C. C., O. A. c/, O., N. C. s/ incidente de familia. Buenos Aires: 7 de diciembre del 2023. <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7913041>
- Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer. 20 de diciembre de 1993. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-violence-against-women>
- Del Pozo, M. (2007). Reflexiones acerca de las últimas reformas procesales en materia de tratamiento de la violencia familiar y doméstica cuyas víctimas son las mujeres. En M. Velayos, O. Barrios, Á. Figueruelo & M. López (Eds.), *Feminismo ecológico. Estudios multidisciplinares de género* (pp. 249-294). Ediciones Universidad Salamanca.
- Efeminista. (2023, 26 de octubre). *Crece la violencia contra niñas y adolescentes en España: 39 % más y el 70 % no denuncia*. <https://efeminista.com/crece-violencia-ninas-adolescentes-espana/>

- Feller, M. (2022). *Capacidad e incapacidad de los niños, niñas y adolescentes*. Hammurabi.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. (2024). *¿Qué decimos cuando hablamos de violencia contra las niñas, niños y adolescentes?* <https://www.unicef.org/argentina/media/18461/file/Qu%C3%A9%20decimos%20cuando%20hablamos%20de%20violencia%20contra%20las%20ni%C3%B1as,%20ni%C3%B1os%20y%20adolescentes..pdf>
- Fundación ANAR. (2023). *Evolución de la violencia contra las mujeres en la infancia y adolescencia en España (2018-2022), según su propio testimonio*. <https://www.infocop.es/wp-content/uploads/2024/05/EstudioViolenciaContraLasMujeresInfanciaAdolescencia.pdf>
- Gherardi, N. (2017). Juzgar con perspectiva de género. Estrategias para avanzar en el acceso a la justicia. En P. Bergallo & A. Moreno (Eds.), *Hacia políticas judiciales de género* (pp. 285-286). Jusbaies.
- La Barbera, M. C. (2017). Interseccionalidad. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (12), 191-198. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3651>
- Ley 26.485 del 2009. Por la cual se dispone la protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. 1 de abril del 2009. Boletín Nacional. <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26485-152155/texto>
- Ley Orgánica 1/2004 del 2004. Por la cual se presentan medidas de protección integral contra la violencia de género. 28 de diciembre del 2004. Boletín Oficial del Estado. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21760>
- López, C., Vilaseca, C., & Serrano, J. (2022). Interseccionalidad, la discriminación múltiple desde una perspectiva de género. *Revista Crítica de la Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social*, (14), 71-81. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8928082>
- Magro Servet, V. (2021). La violencia contra los menores en el hogar y sus consecuencias tras la LO 8/2021, de 4 de junio. *La Ley Derecho de Familia. Revista Jurídica sobre Familia y Menores*, (32), 32-44. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8311596>
- Málaga Bermejo, E. (2017). *La análoga relación de afectividad sin convivencia en los delitos de violencia de género* [Tesis de maestría, Universidad de Salamanca]. Repositorio Documental Gredos. <http://hdl.handle.net/10366/131801>
- Medina, G. (2015). *Juzgar con perspectiva de género. ¿Por qué juzgar con perspectiva de género?, y ¿cómo juzgar con perspectiva de género?*. <https://graciamedina.com/juzgar-con-perspectiva-de-genero-por-que-juzgar-con-perspectiva-de-genero-y-como-juzgar-con-perspectiva-de-genero/>

- Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2021). *Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina*. <https://om.csjn.gob.ar/consultaTalleresWeb/public/documentoConsulta/verDocumentoById?idDocumento=115>
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. (2021). *Litigio Estratégico en Violencia de Género: Experiencias de América Latina*. <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/WRGS/LE-AmericaLatina-SP.pdf>
- ONU Mujeres. (1997). *Incorporación de la perspectiva de género*. <https://www.unwomen.org/es/how-we-work/un-system-coordination/gender-mainstreaming>
- ONU Mujeres. (2014). *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. Declaración política y documentos resultados de Beijing+5*. https://www.unwomen.org/sites/default/files/Headquarters/Attachments/Sections/CSW/BPA_S_Final_WEB.pdf
- ONU Mujeres. (2024a, 25 de noviembre). *Facts and Figures: Ending Violence Against Women*. <https://www.unwomen.org/en/articles/facts-and-figures/facts-and-figures-ending-violence-against-women>
- ONU Mujeres. (2024b, 27 de junio). *Preguntas frecuentes. Tipos de violencia contra las mujeres y las niñas*. <https://www.unwomen.org/es/articulos/preguntas-frecuentes/preguntas-frecuentes-tipos-de-violencia-contra-las-mujeres-y-las-ninas>
- Organización Mundial de la Salud. (2024, 31 de octubre). *Violencia juvenil*. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/youth-violence#:~:text=Violencia%20juvenil%201%20Datos%20y%20cifras%20M%C3%A1s%20de,Prevenci%C3%B3n%20>
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 23 de marzo de 1976. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 3 de enero de 1976. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>
- Palacios González, D. (2019). Discapacidad psíquica y maternidad. *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica sobre familia y menores*, (23), 55-62.
- Peramato Martín, T. (2007). *La violencia de género como manifestación de desigualdad*. Centro de Estudios Jurídicos.
- Pinheiro, P. (2010). *Informe mundial sobre la violencia contra los niños y las niñas*. Naciones Unidas. https://violenceagainstchildren.un.org/sites/violenceagainstchildren.un.org/files/document_files/world_report_on_violence_against_children_sp.pdf
- Ruiz, A. (2000). *Identidad femenina y discurso jurídico*. Biblos.
- Saba, R. (2004). (Des)igualdad estructural. En J. Amaya (Ed.), *Visiones de la Constitución, 1853-2004* (pp. 479-514). UCES.

- Tardón, M. (2009, 21-23 de octubre). *La interpretación de la análoga relación de afectividad, "aún sin convivencia"* [Ponencia]. III Congreso sobre Violencia Doméstica y de Género, Madrid, España. https://www.poderjudicial.es/stfls/PODERJUDICIAL/DOCTRINA/FICHERO/Tard%C3%B3n%20lmos,%20Mar%C3%ADa%20_1.0.0.pdf
- Tribunal Oral Federal de Bahía Blanca. (2022). Causa FBB 1163/2016/TO1. Bahía Blanca. 16 de diciembre del 2022. <https://www.mpf.gob.ar/wp-content/uploads/2024/03/15-Vitaliti-Rub%C3%A9n-Francisco-s-abuso-sexual-TOF.pdf>
- Tribunal Supremo. (2018). Sentencia 677/2018. España. Sala Segunda Penal. 20 de diciembre del 2018. <https://vlex.es/vid/754580829>
- Tribunal Supremo. (2022). Sentencia 582/2022. España. Sala Segunda Penal. 13 de junio del 2022. <https://vlex.es/vid/906790613>
- UN Women. (1995). *The United Nations Fourth World Conference on Women*. <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/platform/violence.htm>
- UN Women. (2020). *Gender mainstreaming: A global strategy for achieving gender equality & the empowerment of women and girls*. <https://www.unwomen.org/sites/default/files/Headquarters/Attachments/Sections/Library/Publications/2020/Gender-mainstreaming-Strategy-for-achieving-gender-equality-and-empowerment-of-women-girls-en.pdf>
- Valiño Ces, A. (2019, 8 de octubre). A vueltas con la expresión "análoga relación de afectividad": una cuestión jurisprudencial. *Diario La Ley*. <https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado>.
- Vásquez, G. (2019). Ley Micaela: una cuestión de derechos y no de creencias. *La Ley*.

INFIDELIDADES VIRTUALES... ¿DIVORCIOS REALES?: ENTRE EL DERECHO Y EL CIBERDERECHO

MIGUEL ÁNGEL BOLAÑOS RODRÍGUEZ*
Pontificia Universidad Católica del Perú

Recibido: 15 de septiembre del 2024 / Aceptado: 19 de noviembre del 2024

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2024.n59.6862>

RESUMEN. El presente artículo aborda el avance de las tecnologías de la información en las relaciones conyugales como generador de nuevas situaciones antes no pensadas por los legisladores. Lo que antes era ciencia ficción, ahora es una realidad paradójicamente no tangible, como lo es la virtualidad creada por el desarrollo de internet. Estos avances crean nuevos retos para el derecho, el cual, con sus reglas tradicionales, querrá regularlos por sí mismo. Sin embargo, al mismo tiempo se origina una nueva respuesta, el ciberderecho, que ofrece reglas propias diferentes a las reglas tradicionales. A todas luces, las nuevas tecnologías de la información, y las aplicaciones que surgen con ellas (WhatsApp, Facebook, Instagram, Snapchat, TikTok, etcétera), generan nuevos escenarios de relación entre las personas que podrían afectar las propias bases de las relaciones conyugales. Estas situaciones virtuales tienen impactos reales en las relaciones personales protegidas por el derecho y merecen ser abordadas desde todo punto de vista.

PALABRAS CLAVE: infidelidad virtual / ciberinfidelidad / ciberderecho / divorcio / deber de fidelidad

* Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado por la Universidad Nacional de San Agustín, Perú. Profesor universitario de Derecho. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5317-108X> Contacto: mbolanos@puccp.pe

VIRTUAL INFIDELITIES... REAL DIVORCES? BETWEEN LAW AND CYBERLAW

ABSTRACT. This article approaches the advance of information technologies in conjugal relations, as a generation of new situations previously not thought of by legislators and what was once science fiction is now a paradoxically non-tangible reality such as the virtuality created by the development of the Internet. These advances create new challenges for the Law, which with its traditional rules will want to regulate them by itself, but at the same time a new response arises, such as cyberlaw with its own rules different from the traditional rules. Clearly, the new information technologies and applications that appear, such as WhatsApp, Facebook, Instagram, Snapchat, TikTok, generate new relationship scenarios between people that could affect the very foundations of conjugal relationships. Virtual situations that have real impacts on personal relationships protected by law and that deserve to be addressed from every point of view.

KEYWORDS: virtual infidelity / cyber infidelity / cyber law / divorce / duty of fidelity

Like love, the www is changing everything.

Ian J. Lloyd

Una generación que nunca viajó en tranvía llega a la Facultad de Derecho, donde maneja voluminosos tratados y polvorientos repertorios. Al fin de su carrera, encuentra un mundo de computadoras y debe abrirse paso en él. No le sorprende: está habituada a los cambios y ha perdido correlativamente la capacidad de asombro.

Ricardo A. Guibourg

The internet will soon become the most common form of infidelity, if it isn't already.

Beatriz Mileham

1. NUEVOS RETOS DEL DERECHO DEBIDO A INTERNET

Casi todos conocen la historia de Jon Snow, hijo bastardo de Eddard Stark, en la famosa secuela *Juego de Tronos*, de George R. R. Martin (Martin, 1996). En la novela de ficción, ambientada en una suerte de Edad Media con dragones, lobos huargos y caminantes de hielo, la infidelidad tenía una forma evidente de demostración: el nacimiento del hijo. Incluso, dentro de la novela, se puede apreciar que existe una aceptación social hacia los hijos bastardos del padre, a los que la esposa —por más que no le gustase— tenía que aceptar, sin que fuera posible realizar un divorcio. Jon Snow vivía en la misma casa Stark, lo cual no era bien visto por Catelyn Stark, la sufrida esposa de Eddard. En dicha misma sociedad, estaba mal vista la infidelidad por parte de la mujer, por cuanto no le correspondían los mismos derechos del padre; tal como se argumentaba respecto del príncipe Joffrey, supuesto hijo de los hermanos gemelos Lannister, Cersei y Jaime, y al que, como tal, no le correspondería la sucesión regia del esposo de su madre, Robert Baratheon.

Desde el punto de vista clásico, el adulterio se consuma con las relaciones sexuales con la persona que no es el cónyuge. Este asunto, en la Edad Media, e incluso a mediados del siglo pasado, traía a colación un tema profundamente discriminatorio: el nacimiento de los “bastardos”. No había mejor prueba para sustentar el divorcio por causal de adulterio que el nacimiento efectivo de un hijo fuera del matrimonio.

Hace apenas cuarenta años, las personas se comunicaban por cartas o notas que eran dejadas en manos de la persona amada. En contraste con aquella época lejana, aparece ahora una nueva realidad “irreal” en la cual se envía mensajes de texto, de voz, memes, imágenes explícitas, avatares, entre otros. Existen sitios web de citas, de

conversaciones, de chats, dobles mundos; la variedad es caleidoscópica. El presente artículo nos acerca a un tema en boga: ¿puede solicitar el divorcio un cónyuge que descubre que su pareja, a través de un avatar, tiene otra vida, está casado y mantiene relaciones sexuales con otro avatar de una tercera persona a quien no conoce ni ha visto antes ni después, sino solo como avatar? Para los jueces británicos, esto sí constituye una causal de divorcio. Para ellos, se trata de una forma de adulterio o infidelidad. Ante esto, surge la pregunta: ¿cómo se afrontaría esta situación con los jueces peruanos? ¿Será posible que una infidelidad virtual pueda causar, en el Perú, un divorcio real? Ciertamente, la tecnología y el internet imponen al derecho nuevos retos, como regular conductas que antes no eran conocidas, o bien sospechadas, pero improbables: cibersexo, ciberinfidelidad, ciberespacio. El derecho, que siempre regula la realidad, se encuentra ahora con una realidad virtual. ¿Puede el derecho regular conductas que aparecen en el ciberespacio y convertirse en un ciberderecho?

Ante esta pregunta, nuestro pensamiento inicial fue recordar los tiempos de antaño cuando, de niños, jugábamos *Street Fighter*. Este juego representaba una pelea entre dos jugadores, cada cual con un peleador escogido. ¿Alguien podría defender la idea de que esos dos niños de diez años estaban peleando? Porque virtualmente pelean, pero, en el plano de la realidad, ellos no pelean: ellos juegan. La actividad real no es pelear, sino jugar. Y, si ahora, en el mismo ejemplo, son dos adultos que escogen a sus personajes y, en lugar de pelear, mantienen relaciones sexuales en la pantalla, ¿cuál es la actividad real? Existen dos respuestas: o están teniendo relaciones sexuales o están jugando en línea. Lo cierto es que esas dos personas no tienen relaciones íntimas en la realidad. La actividad real consiste en utilizar la computadora, ingresar a internet a realizar una actividad *online*.

La utilidad del presente trabajo es que nos introduce en la discusión sobre la ciencia del derecho. Al mismo tiempo, nos informa sobre la aparición de una nueva forma de ver el derecho, la cual intenta explicar y regular la realidad virtual que aparece en el ciberespacio: el ciberderecho. En el presente artículo analizamos la infidelidad virtual a fin de develar si estamos ante una causal de divorcio o no.

2. INTERNET SUPERA LA FICCIÓN

En la película *Demolition Man* (Brambilla, 1993), protagonizada por Sylvester Stallone y Sandra Bullock, el policía John Spartan es condenado a ser criogenizado por treintaiséis años. Al término de su condena, despierta en el año 2032 y se encuentra con la teniente Lenina Huxley, quien siente cierta atracción por el “fascinante” hombre del siglo xx y a quien decide proponerle tener relaciones sexuales. Obviamente, luego de treintaiséis años criogenizado, John Spartan acepta gustoso, pero no imagina que en el siglo xxi las relaciones sexuales ya no son las mismas. Incrédulo, ve cómo ambos se conectan a dos

artefactos de realidad virtual en la que comienzan a sentir los “placeres” virtuales. Harto de la fantasía, John Spartan le reclama que eso no es una relación amorosa, porque, en su concepto, las relaciones sexuales implican intercambio de besos, caricias y, sobre todo, contacto físico, mientras que Lenina Huxley defiende que sí es una relación íntima y más sana aún, por cuanto no hay intercambio de fluidos.

Esta situación cómica que, en su momento, era ciencia ficción, en apenas unas cuantas décadas se ha convertido en realidad. En efecto, nuestra sociedad de hace cuarenta años (fecha de vigencia del Código Civil peruano de 1984) no conocía la masificación del internet. Incluso, a inicios del milenio, en el Perú contar con internet era un bien suntuoso. En otros lares, el internet comenzó a tener mayor popularidad. En el 2008, en Gran Bretaña, una familia se divorció —nótese que esta era la sociedad cuyo referente medieval era el usado en el *Juego de Tronos* de Martin—. Un divorcio es un hecho común de nuestros días, pero este no sería un evento noticioso a no ser porque tenía una peculiaridad: la británica Amy Taylor había encontrado a su marido, David Pollard, mientras este mantenía una “relación sexual virtual” con una ciudadana estadounidense (De Bruxelles, 2008).

Ahora, es conocida la creación de avatares que interactúan en un mundo virtual. Amy Taylor había encontrado al avatar de su esposo con otro avatar femenino, en el papel de prostituta, mientras estos mantenían una relación virtual. A pesar de que solo ocurría en una pantalla de computador y nunca se habían siquiera conocido en la vida real, Taylor reclamó el divorcio y lo obtuvo. La demanda la presentó a la corte de Cornwall, Inglaterra, por la causal de “conducta irrazonable”. En el derecho anglosajón, como lo recuerda Oliver Wendell Holmes Jr., el derecho no vive en la lógica, sino la experiencia. Es decir, permiten asimilar la realidad al momento de juzgar. En la corte británica, logra tener un pensamiento acorde con su tiempo y llega a ser similar al de Lenina Huxley la protagonista de *Demolition Man* (Brambilla, 1993): el sexo virtual sí es una relación íntima. Ciertamente, el juzgador británico piensa y actúa como el siglo XXI; un juzgador que vive en el presente, que se adapta a la realidad cambiante de la sociedad y que amolda el derecho existente a lo que aparece en la sociedad. No es un juzgador que, como John Spartan, seguía pensando en los términos del siglo XX.

3. INFIDELIDAD VIRTUAL CON CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Detrás de la prohibición de las relaciones fuera del matrimonio está la *turbatio sanguinis*, la cual se consideraba como eje medular en el derecho romano. En caso de filiación fuera del matrimonio, esta implicaba introducir dentro del *pater familias* a un ser que no formaba parte de su descendencia. Si una mujer soltera tenía un hijo fuera del matrimonio, este pertenecía a la familia del padre de la madre. Si una mujer casada tenía un hijo con una persona distinta de su marido, esto implicaba introducir a un extraño, el

hijo ilegítimo, dentro de la familia de su marido —piénsese en el caso Joffrey, de *Juego de Tronos*, cuyo apellido debió de ser Lannister y no Baratheon—. Por ese motivo, la doctrina tradicional del derecho romano prohibió las relaciones adulterinas.

Esto podría explicarse en una época patriarcal, de carretas y caballos, sin ADN y sin internet. No obstante, la infidelidad es una institución jurídica que ha sido desbordada por el internet y el desarrollo de las redes sociales: WhatsApp, Facebook, Instagram, entre otras. Ahora, la interacción entre las personas ha sobrepasado el plano de la realidad y se ha encumbrado en el ciberespacio. ¿Hay realmente una infidelidad cuando dos individuos interactúan en la red? ¿Puede una “relación virtual” con una persona desconocida considerarse una infidelidad consumada? (Mimbela Cuadros, 2019).

En el caso ya referido de Amy Taylor, los dos supuestos amantes no se conocían en persona, solamente en el ciberespacio. No había peligro de ningún *turbatio sanguinis*. Sin embargo, lo que estaban haciendo los dos avatares en el sofá virtual ofendió de tal manera a Amy Taylor que esta solicitó el divorcio —curiosamente, poco después de su divorcio, Taylor declaró que consiguió una pareja por internet, concretamente en *World of Warcraft*, juego *online* al cual la joven británica era adicta—. Un caso semejante es el conocido caso Hoogestraat (Pfeiffer, 2012). Ric Hoogestraat era un hombre casado con dos mujeres, una real y otra virtual. Con su esposa virtual tenía un hogar, dos perros y amaba los viajes largos en su Harley-Davidson. Hoogestraat nunca había hablado ni personal ni telefónicamente con Janet Spielman, la mujer que, a miles de kilómetros de distancia, controlaba el avatar de la esposa virtual de Hoogestraat. Sue Hoogestraat, la esposa real de Ric, no encontraba nada amena la situación. Era extraño para ella que su esposo tenga intimidad virtual con una caricatura. ¿Esta relación de Ric constituye una infidelidad o es solo un videojuego? Ric aseguraba que era lo último y que la intimidad virtual no pasó a la vida real (Del Valle-Canencia et al., 2022).

En el caso Hoogestraat, sin embargo, la causal de divorcio no fue por una infidelidad propiamente dicha, sino por el estado de abandono a la que la cónyuge fue expuesta por el marido, debido a que este pasaba casi doce horas al día pegado a la computadora. Podemos perfilar, entonces, que las relaciones virtuales generan daños al cónyuge por falta de cuidados y por dejar solo a quien debe compartir su vida con uno.

4. EL AMOR VIRTUAL EXTRAMARITAL

Tomando como base la experiencia antes detallada, podemos definir la infidelidad virtual como aquella relación amorosa o amical, pero extramarital, que se establece a través de una red social virtual (Facebook, Twitter, Instagram, entre otras) o del metaverso. Además, contiene contenido sexual (conversaciones *hot*, es decir, subidas de tono e íntimas), en la que necesariamente no existe contacto físico y que indisponen al cónyuge para el cumplimiento de la vida marital (Betts, 2010).

Esta infidelidad puede ser de dos clases: la infidelidad virtual propiamente dicha (conocida como ciberinfidelidad), que significa iniciar una relación romántica extramarital con contenido sexual virtual o sin él, en la que no hay contacto físico con la otra persona; y la infidelidad virtual aparente (conocida como sospecha racional de infidelidad), que es la relación amical, exenta de contenido sexual virtual, que aparentemente es una relación romántica, como las conversaciones con los ex (excónyuge, exnovia, exenamorada, etcétera) o las conversaciones íntimas con amistades. La infidelidad virtual, o ciberinfidelidad, se basa en la primera acepción del término *virtual* según el Diccionario de la Lengua Española (DLE): “Tiene virtud para producir un efecto, aunque no lo produce de presente, frecuentemente en oposición a efectivo o real” (DLE, s. f.). En cambio, la infidelidad aparente, o sospecha racional de infidelidad, se refiere a las acepciones segunda y tercera de *virtual*: “Implícito, tácito” (DLE, s. f.), y “que tiene existencia aparente y no real” (DLE, s. f.). Frente a ello, el DLE incluyó la cuarta acepción “tiene lugar en línea, generalmente a través de internet” (DLE, s. f.).

Desde todo punto de vista, toda relación tiene consecuencias reales. En un mundo de recursos escasos, el tiempo que se dedica a una persona o a una relación es el mismo que se le quita a otra persona o a otra relación, como fue el caso Hoogestraat. Por lo tanto, los cariños y los mimos que se puedan ofrecer de manera virtual a otra persona implican que, en la realidad, dicho tiempo de afectos se pierda. Desde el punto de vista psicológico, siempre existe un impacto, porque el cerebro no distingue entre lo que es real y lo que es virtual. Asimismo, la otra pareja, que vive en el mundo real, siente el desapego y la falta de empatía de su compañero, quien se pierde en el mundo virtual (Fracapani, 2022). Esa falta de afecto y pérdida de tiempo de calidad afecta los sentimientos de la persona con quien se mantiene un matrimonio real. Ese dolor es real y es un daño moral que se le genera a la persona con la que se prometió vivir en la salud como en la enfermedad, en la riqueza como en la pobreza, en la alegría y en la tristeza. Hasta que el ciberespacio los separa.

5. LOS MUNDOS PARALELOS CREADOS POR INTERNET

En la *Historia sin fin* (Petersen, 1984), el joven Bastian, quien vive en el mundo real, descubre mediante un libro —no había internet en esa época— los sufrimientos del reino de Fantasía por el avance de la Nada. Con la ayuda del cazador Atreyu viaja del mundo real al mundo de Fantasía, montado en Falkor, el dragón blanco, para rescatar a la Emperatriz de la Nada y darle un nombre. En esta historia, un niño de la vida real entra a la realidad de un mundo de fantasía. Sin embargo, actualmente, no solo los niños pueden viajar al mundo “real” de la imaginación, sino también los adultos. La realidad virtual supone un tránsito del pensamiento a la materialización de la imaginación, en el que la fantasía se convierte en realidad. Este metaverso, que es un mundo de fantasía, permite un sinfín de vidas y de roles a disposición de cada uno de los usuarios. El metaverso

se convierte en una segunda vida, con casa, profesión, amigos y familia, en la que todo cambia —rico, pobre, popular o joven—, y en la que una persona puede ser su propio superhéroe o simplemente una persona anónima. Todo a su elección.

Esta innovación que nos trajo internet revoluciona los fenómenos sociales y, así, aparece la ciberinfidelidad. La teoría del derecho señala que la infidelidad se produce por la ruptura del deber de fidelidad. En efecto, el deber de fidelidad aparece en la clásica promesa nupcial: “prometo serte fiel y respetarte, en la riqueza y en la pobreza, en la salud y en la enfermedad, para amarte y cuidarte hasta que la muerte nos separe”. Por lo tanto, no solo es infiel el que comete adulterio, sino también quien comete violencia física y psicológica, quien atenta contra la vida del otro cónyuge, quien lo injuria gravemente, quien abandona injustificadamente la casa conyugal o cuando hay conducta deshonrosa de uno de los cónyuges, o abuso de drogas; y, como ahora se puede ver, cuando hay un abuso del ciberespacio o abuso de las redes sociales.

6. EL DEBER DE FIDELIDAD

Con el matrimonio no solamente surgen vínculos jurídicos respecto al patrimonio, sino principalmente vínculos inmateriales, los cuales muchas veces son dejados de lado. Estos vínculos suponen el lado moral del vínculo matrimonial, como es la ayuda y el desarrollo mutuo y recíproco, así como la salvaguarda de los intereses matrimoniales tanto en periodos de normalidad como en periodos de crisis (Bénabent, 1984).

La vida conyugal necesariamente descansa en esos derechos y deberes recíprocos, no solamente en el mantenimiento de un patrimonio común o en la necesidad de la procreación. Este cuidado recíproco es lo que se ha llamado fidelidad (Enneccerus et al., 1947). Entonces, esta fidelidad se convierte en la base de la familia (Belluscio, 1979). El deber de fidelidad no es solo para una de las partes, sino para ambas, conforme al principio jurídico de la buena fe conyugal. Como hemos visto en *Juego de Tronos*, el varón (Eddard Stark) podía llevar a la casa conyugal a su hijo extramatrimonial (Jon Snow) y la mujer (Catelyn Stark) no podía quejarse ni impedir que se quede.

La buena fe conyugal es el mutuo respeto y se basa en la comunicación entre ambas partes de la relación conyugal (Lledó Yagüe, 2000). El respeto significa no perjudicar al otro, tanto de manera activa como de manera pasiva, así como implica la obediencia del uno al otro. Es una relación paritaria, no como en la Edad Media o en el siglo XX, cuando se imponía la figura patriarcal por encima de la relación conyugal. La fidelidad implica afecto, cariño, ayuda mutua, solidaridad, tanto en los asuntos personales como en los problemas familiares. Ello con la finalidad de mantener el matrimonio como una fortaleza que les permita afrontar las diferentes vicisitudes de la vida (Gómez Piedrahita, 1992). Es un recordatorio de que no se está solo, sino que se cuenta con alguien de confianza en quien resguardarse y apoyarse cuando lleguen momentos aciagos.

El deber de fidelidad se compone de dos partes: el deber de fidelidad física es la exclusividad de trato íntimo entre esposos, lo cual implica el deber de inhibirse de toda actividad sexual con otras personas; y el deber de fidelidad moral, que comporta el deber de lealtad y obediencia mutua, la constancia en el afecto y los sentimientos de no ofender ni deshonrar o humillar al otro cónyuge (Monge Talavera, 2003). Como podemos observar, la infidelidad no solamente se refiere al contacto físico, sino a un tema emocional: sentirse cuidado y protegido por el otro cónyuge, por lo que la infidelidad no solo requiere para su configuración el elemento físico o material. El simple hecho de que aparezca una tercera persona a la que se le dedica el tiempo que debiera dedicarse a la pareja afecta a la relación. No importa si es por internet.

Usualmente, en nuestro medio judicial predomina el pensamiento del siglo xx de John Spartan: infidelidad sin fluido no es infidelidad. Para esta posición, toda relación que no se materializa físicamente no es infidelidad. Incluso, se llega a pensar que, si no hay hijos, no hay infidelidad. Sin embargo, esta situación olvida el otro binomio: el sentimiento del cónyuge (inocente) de sentirse traicionado por el engaño virtual. Desde todo punto de vista, las relaciones virtuales afectan la buena fe conyugal (el deber de fidelidad). Cuando las parejas prefieren pasar horas frente a una computadora en lugar de compartir juegos con los hijos o desempeñar roles en el hogar o en la cama con sus cónyuges, se genera una afectación no solo en el sentimiento de satisfacción de sus consortes, sino que constituye una afectación al deber de fidelidad: porque dicha pareja no está en las buenas ni en las malas, ni la salud ni en la enfermedad, ni la pobreza ni en la riqueza.

De hecho, descubrir que su pareja mantuvo un romance virtual le produce a la persona un dolor real, al igual que lo produciría una infidelidad real. Una infidelidad no solo se trata de compartir fluidos, sino que también existen factores emocionales vinculados. Hay traición cuando hay una doble vida, porque se afecta la buena fe conyugal (el deber de fidelidad). Quizá debemos verlo con los ojos de Lenina Huxley y pensar en los términos en que ella lo pensaba en su siglo xxi de ficción. De lo contrario, estaríamos permitiendo que los modernos Eddards puedan seguir llevando su doble virtual frente a las modernas Catelins, quienes deben cerrar los ojos y sufrir.

7. EL DAÑO MORAL AL CÓNYUGE

El daño moral afecta a la esfera sentimental y a la honorabilidad de la persona. Comprende los sufrimientos y los dolores íntimos, los cuales no tienen repercusión en el patrimonio (Barbero, 1977). El daño moral propone dos tipos de daños: el daño moral subjetivo, daño referido a la esfera interna del afectado, vinculada a los sentimientos, a la autoestima del agraviado, y que es conocida como el precio del dolor (*pretium doloris*); y el daño moral objetivo, daño referido a la esfera externa, a su vida de relación con los demás (Fernández Sessarego, 2000). El daño moral indemniza el daño causado directa

e inmediatamente al otro cónyuge, al causarle sufrimiento por haber dañado el deber recíproco de fidelidad moral o por reducir las posibilidades de cumplir con dicho deber.

8. LAS ARISTAS DE LA INFIDELIDAD VIRTUAL

En *El extraño caso del doctor Jekyll y el señor Hyde* (Stevenson, 1886), el profesor Jekyll inventa una pócima para desdoblar su personalidad. Así, al beberla, aparece el monstruoso asesino Hyde. De igual manera, a través de internet, las personas pueden desdoblar su personalidad y obtener la fórmula para un *alter ego*. En el metaverso, las personas pueden ser lo que quieran ser, aquel ser que el mundo real no permite, en una suerte de paralelo con Mr. Jekyll y Mr. Hyde. Algo que no pueden ser en la vida real por sus propios temores, en su segunda vida cobra realidad. Al mismo tiempo, y dado que se interactúa a través de un computador, se eliminan las inhibiciones y afloran, sin máscaras, las más bellas o perversas intenciones. Internet amplía la red de contactos y puede ser un campo fértil de relaciones íntimas resguardadas en avatares anónimos. Sin miedo a tener que defender la propia reputación.

Unos pueden pensar que esa es también una manera de realización personal y que el hecho de que su cónyuge no sepa comprenderlo también podría ser catalogado como un deterioro del deber de fidelidad. Por lo tanto, podría pensarse que el deber de fidelidad implicaría que el cónyuge excluido debe comprender esta doble vida. Sin embargo, el deber de fidelidad es recíproco por naturaleza. Por lo tanto, ambas partes del matrimonio deberían participar en las actividades del otro. Excluir a uno es una vulneración del derecho de fidelidad. Incluso, si una persona está en duelo por la muerte de un familiar y excluye a su cónyuge de las exequias y participa solo, es una vulneración al deber de fidelidad (Bossert & Zannoni, 2000). Ser excluido es una afectación a la esfera de los sentimientos, al deber de fidelidad conyugal moral. Por ende, la afectación del mismo corresponde a una indemnización por daño moral.

9. CONSECUENCIAS REALES: EL DIVORCIO

Existe un cuento en el que un forastero llega a una ciudad y encuentra a un hombre que asa carne en una parrilla. El forastero saca su pan seco y lo sitúa encima del humo que desprende la parrillada. Luego, se come su pan. El parrillero, que lo mira, le pregunta si le gustó y el forastero responde que sí, a lo cual el parrillero le increpa que le debe una moneda de plata por haberse servido de su humo. Frente a esto, el forastero alega que él no tocó la parrilla. Pero el parrillero le insiste que había utilizado su humo y que, igual, debía pagar. Ante el conflicto, se dirigen a un juez. Luego de escuchar sus dos versiones, el juez le pide al forastero una moneda. El forastero a regañadientes se la da y el juez la lanza al piso de madera. La moneda hace un sonido tintineante hasta que se queda quieta. El parrillero se dispone a recoger la moneda del piso, pero el juez lo detiene.

¿Escuchaste el sonido de la moneda?, le pregunta el juez al parrillero. Este responde que sí. Entonces, date por bien cobrado, sostiene el juez mientras recoge la moneda y se la entrega al forastero.

Esta historia calza perfectamente con el tema en cuestión. Como hemos podido observar, el juez observó la situación con creatividad: que el forastero realizó un aprovechamiento virtual de la carne, como es la utilización del humo. De igual manera, el juez encontró que la solución iba en la misma naturaleza, un pago virtual, por lo que el sonido de una moneda se asemeja a la utilización del humo de la carne asada. Esta solución fue creativa para solucionar el problema que tenía entre manos. Por lo tanto, frente a un problema jurídico virtual la respuesta debe ser brindada por el sistema jurídico virtual, que se denomina como ciberderecho.

En efecto, el problema de las ciberinfidelidades se podría resolver con jueces creativos y el ciberderecho. Sin embargo, en nuestro medio, los jueces son estrictos en la aplicación de la ley. En efecto, como acabamos de esbozar, existen dos caminos para concebir a las infidelidades virtuales como causales de divorcio: la creatividad y el ciberderecho. En el primer camino, necesitaríamos normas indeterminadas y estándares jurídicos emitidos por los legisladores, así como de jueces creativos (que no sean simplemente las bocas que repiten las leyes y que sean más como los jueces británicos que resolvieron el caso de Taylor contra Pollard). Con ello, el constante cambio tecnológico no afectaría la labor del derecho, lo cual significaría entender la infidelidad virtual como causal de divorcio vía conducta deshonrosa como grave falta al principio de buena fe conyugal.

Por otro lado, sin jueces creativos, tendríamos que recurrir al segundo camino: que el derecho genere leyes especiales para el ciberespacio, a las que se denomina ciberderecho, de manera tal que con ellas se norme que todo lo que ocurra en el ciberespacio se entienda como producido en la realidad. El ciberderecho plantea que se puede regular las conductas y situaciones virtuales en el ciberespacio. En otras palabras, el ciberderecho es la adecuación del derecho al ciberespacio. Al igual que se semeja como el sonido de la moneda con el humo del asado.

En este contexto, lo cierto es que las infidelidades virtuales implican intercambios de experiencias. Este tipo de relaciones causa daño al cónyuge inocente y lesiona profundamente el principio de buena fe conyugal, así como puede volver intolerable la convivencia familiar, toda vez que existe la obligación de compartir experiencias sexuales, según se desprende del deber de convivencia y de débito sexual. Desde el punto de vista del ciberderecho, las infidelidades virtuales son causales para el divorcio. Podemos estar a favor del ciberderecho o a favor de la aplicación del derecho como sistema que permita la solución del presente caso; sin embargo, lo que no podemos hacer es desconocer este nuevo tipo de infidelidades que surgen con la era de la tecnología informática.

Tanto en internet como en el derecho, la flexibilidad y su neutralidad pueden permitir que el derecho y la tecnología logren generar mejores condiciones de vida para las personas de acuerdo con su tiempo y su sociedad. El derecho peruano actual está rezagado ante la realidad social. Esta es la razón por la que se incrementan las infidelidades virtuales sin que estas puedan ser causales de divorcio. Así, desde el punto de vista de la jurisprudencia peruana, las infidelidades virtuales no cumplen con la causal de adulterio, por cuanto incumplen con el requisito de infidelidad material: sin coito no hay infidelidad. Asimismo, la infidelidad virtual tampoco cumple con la causal de conducta deshonrosa, por cuanto el ciberinfiel utiliza una computadora o un celular y esa conducta no constituye falta grave, sino leve (Pezo Flores & Salazar Pinheyros, 2023). En otras palabras, si el tema de las infidelidades virtuales se presenta en un tribunal peruano, este resolverá que no se trata de conductas deshonorosas: primero, porque no son graves y, segundo, porque no son relaciones coitales. Tampoco son relaciones adulterinas, por cuanto no hay coito. En esa línea de ideas, las infidelidades virtuales no cumplen con la causal de adulterio o de infidelidad, porque se entiende que el cónyuge está en casa, no hay abandono de hogar y no hay adulterio, por cuanto hace falta el contacto físico para que se configure la causal.

La sociedad tecnológica propone al derecho nuevos e interesantes retos, tanto así que lo que parecía una discusión zanjada sobre el concepto de realidad, ahora se vuelve difusa, porque aparece otro tipo de realidad que puede generar un impacto en instituciones jurídicamente protegidas. Por lo tanto, el internet pone en tela de juicio nuestro concepto de realidad cuando nos enfrenta con la novedosa noción de realidad virtual.

10. CONCLUSIONES

Como hemos visto a lo largo del presente artículo, podemos llegar a una serie de conclusiones. En primer lugar, la infidelidad virtual es una relación amorosa o amical, extramarital, por medios virtuales, con contenido sexual, pero sin contacto físico, que impide al cónyuge cumplir con su deber de fidelidad: cuidar y respetar a su cónyuge hasta que la muerte los separe. En segundo lugar, al enfrentar las infidelidades virtuales, los jueces pueden ser como John Spartan y pensar que sin contacto no hay infidelidad y, por lo tanto, que no hay causal para el divorcio; o bien, los jueces pueden ser como Lenina Huxley y entender que la infidelidad se comete aún si no hubo contacto físico.

En tercer lugar, desde nuestra perspectiva, la mejor solución es la que toma al derecho en su momento presente; la que no vive en el pasado, sino que atiende a las realidades del presente. Vivir en el siglo XXI obliga a pensar como el siglo XXI. En caso contrario, seríamos como John Spartan, quien trae sus conceptos del siglo XX y los aplica al siglo XXI, cuando la sociedad ya ha cambiado. En cuarto lugar, la aparición de

la infidelidad virtual genera aflicción en el cónyuge inocente y, como tal, genera un daño moral, el mismo que debe ser resarcido. En caso contrario, todo cónyuge, con una pareja sumergida horas de horas en un mundo alternativo, tendría que sufrir como lo hace Catelyn Stark al ver en la casa conyugal al otro hijo de su esposo, Jon Snow.

En quinto lugar, la solución para enfrentar esta nueva realidad —como es la infidelidad virtual— puede ser una de dos maneras posibles: utilizar el derecho actual de manera creativa o bien crear un derecho especial para el ciberespacio (ciberderecho). Por último, en sexto lugar, la alternativa más viable para nuestro medio, preponderantemente legalista, es que el derecho regule conductas que aparecen en el ciberespacio y se convierta en un ciberderecho. Aunque esta sería la opción menos creativa, sería la más idónea para nuestra realidad peruana.

REFERENCIAS

- Barbero, O. U. (1977). *Daños y perjuicios derivados del divorcio*. Astrea.
- Belluscio, A. C. (1979). *Manual de derecho de familia. Tomo 2*. Depalma.
- Bénabent, A. (1984). *Droit civil. La famille*. Lite.
- Betts, H. (2010, 20 de febrero). Sexually explicit text messaging an easy route to virtual infidelity. *The Vancouver Sun*, B7.
- Bossert, G. A., & Zannoni, E. A. (2000). *Manual de derecho de familia* (5.ª ed.). Astrea.
- Brambilla, M. (Director). (1993). *Demolition man* [El demoledor] [Película]. Silver Pictures.
- De Bruxelles, S. (2008, 14 de noviembre). No second chances online for “cheating” husband as virtual affair leads to real-life divorce. *The Times*, 33.
- Del Valle-Canencia, M., Moreno Martínez, C., Rodríguez-Jiménez, R.-M., & Corrales-Paredes, A. (2022). The emotions effect on a virtual character’s design. A student perspective analysis. *Frontiers in Computer Science*, 4, 1-18, Artículo 892597. <https://doi.org/10.3389/fcomp.2022.892597>
- Real Academia Española. (s. f.). Virtual. En *Diccionario de la Lengua Española*. Recuperado el 17 de julio de 2024, de <https://dle.rae.es/virtual?m=form>
- Enneccerus, L., Kipp, T., & Wolff, M. (1947). *Tratado de derecho civil. Cuarto tomo: derecho de familia. Volumen primero: el matrimonio*. Bosch.
- Fernández Sessarego, C. (2000). Hacia una nueva sistematización del daño a la persona. *Gaceta Jurídica*, 79-B, 9-19.
- Fracapani, M. (2022, 7 de diciembre). *Infidelidad virtual: engaños digitales con consecuencias reales*. Novedades. Universidad del Aconcagua. <https://www.uda.edu.ar/index.php/noticias-psi/1259-infidelidad-virtual-enganos-digitales-con-consecuencias-reales>.

- Gómez Piedrahita, H. (1992). *Derecho de familia*. Temis.
- Lledó Yagüe, F. (2000). *Compendio de derecho de familia*. Dykinson.
- Martin, G. R. R. (1996). *A game of thrones*. Bantam Spectra.
- Mimbela Cuadros, Y. P. (2019, 3 de junio). Infidelidad virtual, ¿causal para un proceso de divorcio? *Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/infidelidad-virtual-causal-para-un-proceso-de-divorcio/>
- Monge Talavera, L. (2003). Deber de fidelidad y asistencia (artículo 288). En W. Gutiérrez Camacho (Ed.), *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo II. Derecho de familia*. Gaceta Jurídica.
- Petersen, W. (Director). (1984). *Die unendliche Geschichte* [La historia sin fin] [Película]. Bavaria Studios; Warner Bros.
- Pezo Flores, K. J., & Salazar Pinheyros, P. J. (2023). *Relevancia jurídica de la infidelidad virtual como causal de separación de cuerpos y divorcio ulterior en Perú, 2021-2022* [Tesis de licenciatura, Universidad Nacional de la Amazonía Per]. Repositorio Institucional Digital de la UNAP. <https://repositorio.unapikitos.edu.pe/handle/20.500.12737/9392>
- Pfeiffer, K. (2012). Virtual adultery: No physical harm, no foul? *University of Richmond Law Review*, 46, 667-690.
- Stevenson, R. L. (1886). *Strange case of Dr. Jekyll and Mr. Hyde*. Longmans, Green & Co.

INFORMACIÓN ADICIONAL

CÓDIGO DE ÉTICA

Lineamientos de conducta ética de la revista *Ius et Praxis* de acuerdo con las directrices del Committee on Publication Ethics (COPE).

1. DE LOS AUTORES

Ius et Praxis solicita a los autores seguir las siguientes prácticas:

- La norma de citación que se emplea proviene del manual de la American Psychological Association (APA), séptima edición en inglés, por lo que las fuentes utilizadas (ya sea de citas textuales o paráfrasis) deben ser colocadas en la lista final de referencias según las pautas APA.
- Se exige la autenticidad y originalidad de todo artículo ingresado al proceso editorial.
- Cuando la autoría sea múltiple, es responsabilidad del autor principal señalar el orden de los nombres de los autores.
- Todo autor es responsable de la integridad de su texto. En caso de plagio o disputa por derechos de autor, se atribuye la responsabilidad a todos los autores hasta que se demuestre lo contrario.
- Los agradecimientos y reconocimientos atribuidos a los colaboradores de la investigación se deben consignar como nota a pie de página.
- Los autores podrán solicitar información al editor guardando siempre la formalidad y el respeto. No se tolera, bajo ninguna forma, hostilidades ni expresiones denigratorias.

2. DE LOS ARTÍCULOS

Ius et Praxis considera como prácticas reprobables las siguientes:

- El plagio en todos sus sentidos. Ello comprende la redacción o inclusión de gráficos de propiedad de otro autor o publicados en otro medio. Tampoco se acepta el autoplagio ni la publicación parcial o total de las ideas de otros autores publicados en otros medios sin su debida citación y referencia.
- Multiplicación de envíos. Bajo ninguna forma se podrá postular el mismo artículo en otra revista o publicación de manera simultánea durante el proceso de arbitraje y edición de la publicación.
- Falsificación de datos. La aplicación de procedimientos metodológicos fraudulentos o que falsifiquen las fuentes primarias.
- Tratamiento inadecuado de datos. Se produce cuando los datos o fuentes en los que se basan los resultados no son accesibles y el autor hace un uso inadecuado de ello.
- Vulneración de los derechos de autor. Se emplea cuando no se reconoce como autores del artículo a aquellos que hicieron una contribución intelectual significativa en la calidad del texto.
- Conflictos de interés. Esto es atribuible a los autores que tengan algún interés de tipo económico, profesional o de cualquier otra índole que afecte el tratamiento y la neutralidad de los datos y la formulación de los resultados.

3. ACCIONES FRENTE A PRÁCTICAS REPROBABLES

De presentarse los actos reprobables, el editor se comunicará con el autor y solicitará la aclaración de la información. Si el artículo está en revisión, el proceso se suspenderá hasta la clarificación. Queda a discreción del editor aceptar la aclaración y continuar con su revisión, o denegar y proceder a rechazar el artículo. La decisión del equipo editorial es inapelable.

4. COMPROMISOS DE LOS REVISORES

Los revisores de *Ius et Praxis* deben tener en cuenta lo siguiente:

- 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 delincucional 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.



UNIVERSIDAD
DE LIMA