

DO
ESCRIVANO DE CABIL
NOMBRADO DE SV M

ANUARIO DE INVESTIGACIÓN DEL CICAJ 2016

AUTORES

Heber Joel Campos Bernal

Renato Constantino Caycho

William Lazo del Castillo

Moisés Rejanovinschi Talledo

Jorge Ernesto Rodríguez Morales

Isabel Sánchez Benites

José Antonio Tirado Barrera

ANUARIO DE INVESTIGACIÓN DEL CICAJ 2016

AUTORES

Heber Joel Campos Bernal

Renato Constantino Caycho

William Lazo del Castillo

Moisés Rejanovinski Talledo

Jorge Ernesto Rodríguez Morales

Isabel Sánchez Benites

José Antonio Tirado Barrera

DEPARTAMENTO
ACADÉMICO DE
DERECHO

CENTRO DE
**INVESTIGACIÓN,
CAPACITACIÓN
Y
ASESORÍA JURÍDICA (CICAJ)**



100 años
PUCP

**Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del
Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD)**

Jefe del DAD

Iván Meini Méndez

Director del CICAJ-DAD

David Lovatón Palacios

Consejo Directivo del CICAJ

*Armando Guevara Gil
Betzabé Marciani Burgos
Leysser León Hilario*

Equipo de Trabajo del CICAJ

*Frida Segura Urrunaga
Carlos Carbonell Rodríguez
Jackeline Fegale Polo
Mayra Sánchez Hinojosa
Enzo Dunayevich Morales
Ana Cristina Delgado Cango*

*Anuario de Investigación del CICAJ 2016
CICAJ-DAD | editor*

*Primera edición: diciembre, 2017
Tiraje: 250 ejemplares*

© Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica
Departamento Académico de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú
Teléfono: (511) 626-2000, anexos 4930 y 4901
<http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/cicaj/inicio/>

*Corrección de estilo: Claudia Arbaiza Varela, Takeshi Kihara Falcón,
María Gracia Minaya Chávez, Carlos Ramos Lozano*

*Impresión: Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5 - Perú*

Derechos reservados. Se permite la reproducción total o parcial de los textos con permiso expreso del editor.

*Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2015-16312
ISSN: 2414-0872*

Impreso en el Perú - Printed in Peru

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	5
SECCIÓN I: DERECHO CONSTITUCIONAL	7
Los orígenes y la dinámica de la práctica constitucional en el Perú: el problema del constitucionalismo sin democracia <i>Heber Joel Campos Bernal</i>	9
Comentarios <i>Betzabé Marciani Burgos</i>	25
Respuesta del autor	27
Un ensayo de interpretación en torno a las relaciones entre el legislador democrático y el juez constitucional <i>José Antonio Tirado Barrera</i>	29
La libertad de enseñanza: un principio constitucional en el ordenamiento jurídico peruano <i>Isabel Sánchez Benites</i>	61
Comentarios <i>César Landa Arroyo</i>	101
Respuesta de la autora	105
SECCIÓN II: DERECHOS HUMANOS	109
Juntos y revueltos: evolución, justificación y debates de la educación inclusiva en el derecho internacional de los derechos humanos <i>Renato Constantino Caycho</i>	111
Comentarios <i>Ernesto Aguinaga Meza</i>	151
Respuesta del autor	153

SECCIÓN III: DERECHO MERCANTIL	159
Una aproximación a la teoría general de la oferta pública de adquisición (OPA) y crítica a la regulación obligatoria de la OPA en el Perú: evidencia empírica en el mercado de valores peruano <i>William Lazo del Castillo</i>	161
SECCIÓN IV: DERECHO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR	213
Hacia la protección del consumidor en la Comunidad Andina <i>Moisés Rejanovinschi Talledo</i>	215
Comentarios <i>Julio Durand Carrión</i>	263
Respuesta del autor	265
SECCIÓN V: ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO	269
Regulación, mercados y determinantes de la evolución del sector de los biocarburantes en EE. UU.: un análisis económico e institucional <i>Jorge Ernesto Rodríguez Morales</i>	271
SOBRE LOS AUTORES	313

PRESENTACIÓN

La cuarta edición de los Anuarios de Investigación del CICAJ-DAD reúne artículos de diversas ramas del derecho que son producto de un proceso de reflexión académica profunda en torno a temas que son materia de debate en la actualidad. Estos artículos han sido sometidos al sistema doble ciego de revisión por pares y a un proceso editorial que garantizan la excelencia académica que debe caracterizar la producción de nuestros docentes y egresados.

La presente edición comprende investigaciones realizadas por tres profesores y cuatro egresados, que han sido clasificadas en cinco secciones. La sección que abre esta edición es la de Derecho Constitucional, que contiene el artículo del profesor Heber Joel Campos, «Los orígenes y la dinámica de la práctica constitucional en el Perú: el problema del constitucionalismo sin democracia»; del profesor José Antonio Tirado, «Un ensayo de interpretación en torno a las relaciones entre el legislador democrático y el juez constitucional» y de la egresada Isabel Sánchez, «La libertad de enseñanza: un principio constitucional en el ordenamiento jurídico peruano».

La segunda sección es la de Derechos Humanos y recoge el trabajo del egresado Renato Constantino, «Juntos y revueltos: evolución, justificación y debates de la educación inclusiva en el derecho internacional de los derechos humanos». La tercera sección desarrolla el tema del Derecho Mercantil y presenta el artículo del egresado William Lazo, «Una aproximación a la teoría general de la oferta pública de adquisición (OPA) y crítica a la regulación obligatoria de la OPA en el Perú: evidencia empírica en el mercado de valores peruano». La cuarta sección corresponde al tema del Derecho de Protección al Consumidor e incluye la investigación del profesor Moisés Rejanovinski, «Hacia la protección del consumidor en la Comunidad Andina».

Finalmente, la quinta sección es la de Análisis Económico del Derecho, la cual contiene el trabajo del egresado Jorge Ernesto Rodríguez, «Regulación, mercados y determinantes de la evolución del sector de los biocombustibles en EE. UU.: un análisis económico e institucional».

Para el CICAJ es grato presentar una edición más de los Anuarios de Investigación, con contribuciones académicas de primer nivel que enriquecerán el debate actual de la comunidad académica jurídica.

Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ)
Departamento Académico de Derecho

SECCIÓN I

DERECHO CONSTITUCIONAL

LOS ORÍGENES Y LA DINÁMICA DE LA PRÁCTICA CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ: EL PROBLEMA DEL CONSTITUCIONALISMO SIN DEMOCRACIA

Heber Joel Campos Bernal
Departamento Académico de Derecho, PUCP*

Categoría profesores

A mi madre

En el presente trabajo se incide en los orígenes del control de constitucionalidad en el Perú, y se pone énfasis en sus momentos claves y en su práctica jurisprudencial. Se destaca el rol cumplido por el Tribunal de Garantías Constitucionales y por el Tribunal Constitucional. En el caso de este último, se señalan hasta tres momentos de su dinámica y evolución jurisprudencial: el tribunal sojuzgado, el tribunal de transición y el tribunal activista.

Una primera conclusión crítica que se desprende de este análisis es que en el Perú no poseemos una práctica constitucional consolidada y comprometida con los valores de la democracia y los derechos fundamentales. Esto se debe, en gran medida, a la debilidad histórica del Poder Judicial durante la República y a la presencia de gobiernos *de facto*, que minan, entre otras cosas, la convivencia entre los diversos sectores sociales y políticos del país.

Asimismo, se plantea una mirada normativa del rol que debe cumplir un Tribunal Constitucional en una democracia, y se enfatiza la importancia que poseen para ese propósito la deliberación pública y la protección de los derechos. El marco teórico desde el cual se lleva a cabo este análisis es el del republicanismo cívico, que constituye una apuesta más exigente que la del liberalismo por tratar de dotar de sentido al autogobierno popular en un escenario de pluralismo y diversidad cultural.

I. Presentación

En el presente artículo se desarrolla un análisis de la evolución de la jurisdicción constitucional a la luz de sus aportes y relaciones con la democracia. Para este fin, el análisis se fundamenta en una visión de la denominada democracia republicana. Según este enfoque, se sostiene que la democracia florece, esencialmente, en un contexto de participación y deliberación basado en la protección de los derechos y en un replanteo de la libertad, asumida como libertad positiva.

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/heber-campos-bernal>

La reflexión se sustenta en la relación que existe entre el Tribunal Constitucional y la democracia y se centra, sobre todo, en el estudio crítico frente a lo que ha sido, en los últimos años, la puesta en marcha de dicha entidad.

El artículo está dividido en tres partes. La primera trata, brevemente, sobre la evolución histórica de la jurisdicción constitucional en el Perú; la segunda aborda la relación intrínseca entre el constitucionalismo y la democracia; y, por último, la tercera se ocupa de la relevancia del republicanismo en el análisis y comprensión del rol del Tribunal Constitucional como un instrumento para optimizar la deliberación pública.

2. Los orígenes de la jurisdicción constitucional en el Perú

Los orígenes del control constitucional en el Perú se remontan al siglo XIX. En aquella época, casi todas las constituciones —tanto liberales como conservadoras— mantuvieron un modelo de control constitucional político, es decir, un tipo de control constitucional a cargo del ejecutivo o del parlamento. Sin embargo, este modelo de control resultó ser ineficaz en la práctica. No existe información acerca de que en el siglo XIX se hayan emitido resoluciones a favor de la exequibilidad de una ley; lo cual se debió, tal vez, a la misma razón por la cual, años más tarde, en Europa continental Hans Kelsen abogó por un modelo de control concentrado alejado del parlamento, basado en el argumento de que quien emite las leyes no puede ser al mismo tiempo quien las controle¹.

Domingo García Belaunde sostiene que, si bien la Constitución de 1856 introdujo el principio de primacía de la Constitución, este no contó en los hechos con un mecanismo de protección específico. Es a nivel de la doctrina que se realizó el aporte más importante a favor del control de constitucionalidad de las leyes durante el siglo XIX. Este fue el caso, por ejemplo, de Bartolomé Herrera y Felipe Masías. El primero sostiene, en el comentario a la traducción al francés del *Compendio de derecho público* de Pinheiro Ferreira, que en Francia existía un poder moderador (inspirado en Benjamín Constant) encargado del control de constitucionalidad de las leyes. El segundo plantea, en su *Manual de derecho constitucional*, que el Poder Judicial debía llevar a cabo ese control (García, 2001, pp. 26-27).

Por otro lado, en 1919 la Comisión Prado, que debe su nombre al insigne humanista Javier Prado, propuso un anteproyecto de Constitución que incluía, de manera expresa, el control de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema. Este anteproyecto no se discutió en el pleno y la Constitución, aprobada en 1920, no incluyó este control entre las competencias del Poder Judicial. Su aporte, sin embargo, consistió en servir de insumo a la Comisión Reformadora del Código Civil, instalada en 1922, la cual aprobó, finalmente, el control de constitucionalidad de las leyes en el Código Civil de 1936.

2.1. El modelo de control dual y el debate de la Asamblea Constituyente de 1979.

El modelo de jurisdicción constitucional previsto en la Constitución de 1979 se caracteriza por ser un modelo de control dual, vale decir que al mismo tiempo que permite el control difuso por parte del Poder Judicial, permite el control concentrado por parte del Tribunal de Garantías Constitucionales sin «mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse» (García, 2001, p. 140). El profe-

¹ La información sobre la evolución y desarrollo histórico de la jurisdicción constitucional en el Perú es vasta. Las fuentes para este trabajo se encuentran en la sección de referencias.

sor García Belaunde señala que «los orígenes de este modelo [...] son simple consecuencia de la aplicación y desarrollo en nuestra América de los institutos creados en otras partes, pero que aquí han merecido un desarrollo autónomo y, en cierto sentido, peculiar, que le son distintivos y están motivados por nuestra propia evolución política-institucional» (García, 2001, p. 136).

En la Constitución de 1979, el Tribunal de Garantías Constitucionales tenía las siguientes competencias: (i) conocer en casación las resoluciones denegatorias de *habeas corpus* y amparo, una vez agotada la vía judicial; y (ii) conocer en instancia única la acción de inconstitucionalidad. El Tribunal estaba conformado por nueve miembros, elegidos a semejanza de la división de poderes tradicional, en temas que proponían el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial y el Congreso². Las sentencias del Tribunal de Garantías Constitucionales, además, tenían efectos *ex nunc* y vinculaban a todos los poderes públicos.

Una de las críticas iniciales a las competencias del Tribunal de Garantías provino del Poder Judicial. A diferencia de lo que ocurre en la actualidad, en que existe consenso acerca de que el Tribunal es el órgano de clausura del ordenamiento jurídico en materia de derechos fundamentales, en aquella época esta tesis aún no se había consolidado, lo cual generó, en algunos casos, tensiones que se traducían en el respaldo político por parte del Gobierno a favor de una u otra entidad (García, 2001, p. 257).

Domingo García Belaunde (2001) explica que el propósito de crear un Tribunal de Garantías Constitucionales fue evitar que, por interferencias políticas, el Poder Judicial no cumpliera a cabalidad sus funciones³. Ya para ese entonces en España se había creado un Tribunal Constitucional con funciones semejantes a las del Tribunal de Garantías peruano, pero con una conformación y un origen distintos.

En el Perú no existió, sino hasta mediados del siglo XX, un mecanismo de control constitucional específico. En el siglo XIX se desarrollaron algunas iniciativas provenientes, sobre todo, de la doctrina, pero ninguna que tuviera asidero ni en la Constitución, ni en sus leyes de desarrollo. Recién con el Código Civil de 1936, se crearía en el Perú un modelo de control constitucional difuso. La norma que lo regulaba señalaba lacónicamente lo siguiente: «En caso de conflicto entre la Constitución y la ley, y entre esta y otras normas de rango inferior, los jueces preferirán la primera». Esta norma, que en la práctica tuvo un efecto casi nulo (dado que en el breve lapso que estuvo vigente se sucedieron al menos dos gobiernos militares), fue reglamentada el año 1963 mediante la Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto Ley 14605), que dispuso que su naturaleza era de derecho público y no de derecho privado, como señalaban los

2 Sobre el particular, Rubio y Bernaldes (1981) sostienen lo siguiente: «Es indiscutible que la mayoría constituyente ha considerado necesario limitar la autonomía de este tribunal. Anecdótico puede ser el silencio frente a su independencia, pero es claro que, conformado por tercios elegidos por cada poder, difícilmente podrá enfrentárseles en los casos más arduos de defensa constitucional que, precisamente, son los actos arbitrarios de la autoridad y las normas inconstitucionales» (p. 259).

3 «En 1979, cuando estaba en funciones la Asamblea Constituyente, sus miembros, que en gran mayoría habían sido opositores del gobierno militar, sobre todo en su primera fase, mostraron una aguda desconfianza frente al Poder Judicial. Por un lado, trataron de configurar una institución judicial independiente, que no viviera acicateada por tantas presiones, pero por otro, desconfiaban de él, pues en el inmediato pasado no había sido un defensor de la constitucionalidad. Por tanto, idearon una fórmula doble: consagraron, por vez primera a escala constitucional, el control difuso, o sea, el control de constitucionalidad de las leyes a cargo de cualquier juez, y sujeta a una reglamentación posterior; y por otro, crearon el Tribunal de Garantías Constitucionales, con dos funciones específicas: la primera, conocer en casación las resoluciones denegatorias de *habeas corpus* y amparo, y la segunda, conocer de la acción de inconstitucionalidad, o sea el control abstracto de las leyes» (García, 2001, p. 28).

que se oponían a su aplicación. Una vez recobrada la democracia e instalado el nuevo gobierno, en 1980, entró en funciones el Tribunal de Garantías Constitucionales. Si bien el saldo de su gestión fue negativo (emitió apenas quince sentencias de inconstitucionalidad, de las cuales menos de un tercio fueron declaradas fundadas) sirvió para inscribir en el imaginario académico la tesis del control constitucional (Landa, 2005, pp. 79-82).

Las razones del fracaso del Tribunal de Garantías Constitucionales durante la década de 1980 se inscriben en las siguientes categorías: (a) razones de tipo normativo y (b) razones de tipo cultural. Las primeras obedecen a las competencias del Tribunal de Garantías Constitucionales. Estas, como se ha mencionado, consistían en resolver en vía de casación los procesos constitucionales de amparo y *habeas corpus* y, en instancia única, los procesos de inconstitucionalidad. En la práctica, sin embargo, dichas competencias fueron limitadas por una serie de impedimentos tales como que para declarar fundada una demanda de inconstitucionalidad se necesitaban siete de nueve votos posibles, o que los procesos de amparo o *habeas corpus* no podían ser resueltos, directamente, por el Tribunal de Garantías. Lo anterior, sumado a la falta de apoyo institucional, terminó por afectar la labor del Tribunal de Garantías al extremo de que en el lapso de doce años apenas se emitieron quince sentencias, de las cuales solo cinco fueron declaradas fundadas.

Asimismo, las razones de tipo cultural que explican el fracaso del Tribunal de Garantías se basan en la ausencia de una cultura a favor de la protección de los derechos fundamentales en nuestro medio. En la década de 1980, no existía en el Perú una doctrina asentada de derecho público. Los principales referentes académicos de los peruanos se remontaban al siglo XIX y los aportes de los assembleístas que introdujeron el sistema de control concentrado consistieron en replicar la incipiente experiencia constitucional española⁴. No hubo, pues, una cultura de derechos que hiciera posible una crítica a los excesos del poder estatal de aquellos años, o la inclusión de amplios sectores de la sociedad en la toma de las decisiones públicas (Bernal, 1989, pp. 17-25).

La respuesta del Tribunal de Garantías ante dicho problema fue, casi siempre, formalista, lo cual impidió que se consolidara una práctica constitucional inspirada en la tradición jurídica del liberalismo clásico, acorde con una mirada que ve con recelo el uso indiscriminado del poder o la acumulación del mismo en un solo órgano del Estado. Asimismo, impidió que se tomara, tal como sucedió en otros países, los mejores aportes de la tradición continental o anglosajona, para reflexionar críticamente acerca de los alcances y límites de la constitución dogmática y orgánica (Gargarella, 2013).

2.2. El Tribunal Constitucional durante la época de Alberto Fujimori.

La Constitución de 1993 mantuvo el Tribunal de Garantías, aunque con una nueva denominación: Tribunal Constitucional. Esta entidad tuvo como competencias: (i) realizar el control concentrado de las leyes en instancia única, (ii) realizar el control de competencias entre los distintos poderes del Estado en instancia única, y (iii) resolver en última instancia los procesos constitucionales de amparo, *habeas corpus*, *habeas data* y de cumplimiento. El Tribunal Constitucional, asimismo, estaba compuesto por siete magistrados designados, de forma directa por el Congreso, por un periodo de cinco años sin posibilidad de reelección⁵.

4 De esta época cabe destacar el pionero libro de García de Enterría (2006).

5 Para un análisis sistemático de los avances y novedades introducidas en la Constitución de 1993, incluido el Tribunal Constitucional, véase: Abad (2006, pp. 11 y ss.) y Eguiguren (2002, pp. 341 y ss.).

El Tribunal Constitucional elevó el estándar de las sentencias, en cuanto al número y calidad, en comparación con el Tribunal de Garantías. En efecto, en los casi quince años que abarca la producción del Tribunal Constitucional —no hay que olvidar que este colegiado empezó sus actividades en 1996, pues antes de esa fecha no se pudieron designar a sus integrantes— se emitieron alrededor de cinco mil sentencias, las cuales, además de abarcar temas complejos como el rol del Estado en la economía o la legitimidad de la Constitución de 1993, generaron un impacto notable en la promoción y garantía de los derechos fundamentales y en la imposición de límites al poder político, pese a la experiencia aciaga del gobierno de Alberto Fujimori (Degregori, 2000, pp. 25 y ss.).

Así, por ejemplo, destacan, entre otras, la STC Exp. 010-2002-AI/TC, que replanteó los límites entre la jurisdicción militar y la jurisdicción ordinaria; la STC Exp. 008-2003-AI/TC, que desarrolló el contenido esencial del principio de subsidiariedad del Estado en materia económica; y la STC Exp. 014-2002-AI/TC, que dispuso que los derechos humanos configuran un límite material del poder de reforma.

Desde su creación en el año 1993 hasta ahora, el Tribunal Constitucional ha atravesado cuatro etapas: (i) la de un tribunal sojuzgado, que abarca los años 1996 a 2000, (ii) la de un tribunal en transición que abarca los años 2000 a 2002, (iii) la de un tribunal activista, que abarca los años 2003 a 2007 (Campos, 2007, pp. 95 y ss.), y (iv) la de un tribunal conservador o reaccionario, que abarca los años 2008 a 2014.

La primera etapa se caracterizó por la falta de garantías mínimas para que el Tribunal Constitucional cumpliera a cabalidad con sus funciones. Quizás el acontecimiento más significativo de esta etapa fue la destitución de tres de sus integrantes en el año 1997, lo cual imposibilitó que el Tribunal Constitucional realizara el control abstracto de constitucionalidad de las leyes por falta de un *quorum* mínimo, hasta que dichos magistrados fueron restituidos en el año 2000, por orden de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para ordenar la reposición de los magistrados del Tribunal Constitucional fue el siguiente:

[...] en el presente caso se dieron una serie de vicios en el proceso de acusación constitucional de los magistrados del Tribunal Constitucional. Estos vicios impidieron el ejercicio de la defensa ante un órgano imparcial y dieron lugar a una consecuente violación del debido proceso, producto de lo cual se dio la destitución de los tres magistrados mencionados en este caso. Dichos magistrados tampoco pudieron acceder a un recurso sencillo, rápido y efectivo para la restitución de los derechos conculcados (supra 93-97). Esta situación impidió a los magistrados mantenerse en sus cargos bajo las condiciones que se establecen en el artículo 23.1.c de la Convención Americana. (Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, sentencia del 31 de enero de 2001)

La segunda etapa del Tribunal Constitucional se inició en el año 2000, en un contexto en el que el país atravesaba una profunda crisis de legitimidad de sus instituciones. Si bien es cierto que durante dicha etapa no se emitieron sentencias notables desde el punto de vista técnico y, además, muchas de ellas pueden ser consideradas discretas, sí se tomaron acciones concretas para desmontar la densa red de corrupción tejida por el fujimorismo en la década previa. Entre estas medidas se encuentran: la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el apoyo a las políticas emprendidas por el gobierno de transición, y la emisión de sentencias que redujeron la enorme carga procesal heredada de los años en que el Tribunal estuvo sojuzgado.

La tercera etapa del Tribunal Constitucional se inició el año 2003 con el nombramiento de cuatro nuevos magistrados, los cuales no solo le dieron un nuevo impulso a la labor desarrollada por este cuerpo colegiado, sino que además dieron paso a una corriente nueva en nuestra jurisprudencia: el activismo judicial.

En efecto, durante el breve lapso que duró esta etapa, el Tribunal Constitucional emitió una serie de fallos que pusieron énfasis en la protección de los derechos sociales y en las omisiones del Estado en el cumplimiento de sus deberes constitucionales.

La reacción de las autoridades políticas, desde luego, no se hizo esperar. Así, pues, el Gobierno, amparado en una doctrina de corte formalista, reclamó un mayor autocontrol a los miembros del Tribunal Constitucional, y algunos líderes políticos propusieron iniciativas legislativas destinadas a limitar las funciones de esta entidad con miras a que se abocara a su labor de legislador negativo, y dejara de lado el rol «creativo» que venía asumiendo.

Lo que sí prosperó fue la impronta de las sentencias del Tribunal Constitucional y las reacciones que generaron entre la ciudadanía. En un medio como el peruano, donde por lo general el Poder Judicial carece de apoyo, el respaldo a las decisiones del Tribunal Constitucional fue una muestra de que sus aportes eran bien recibidos y de que, en la práctica, podía actuar como un contrapeso eficaz para las medidas adoptadas por el Gobierno⁶.

Por último, la cuarta etapa del Tribunal Constitucional comprende los años desde el 2008 hasta el 2014. Aquí es posible, sin embargo, identificar hasta dos corrientes o líneas de actuación distintas. La primera, que se sitúa entre los años 2008 al 2010; y la segunda, que comprende los años 2010 al 2014. En la primera etapa, se culminó el trabajo realizado por el tribunal activista. Este fue un periodo de consolidación y reafirmación de varias de las líneas jurisprudenciales seguidas por el tribunal. Destacan de este periodo la emisión de los primeros pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materia de los derechos de los pueblos indígenas, y de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. En esta etapa fue decisivo el liderazgo asumido por su presidente, el doctor César Landa⁷.

La segunda etapa se inició, formalmente, con la designación de un nuevo grupo de magistrados⁸, que se caracterizó por el rechazo a las decisiones adoptadas por la anterior conformación del Tribunal Constitucional y por una lectura tradicionalista del modelo de fuentes de nuestro sistema jurídico, según el cual la ley debía traducir los términos de la Constitución, al margen de la autonomía y relevancia que de por sí posee esta norma.

Destacan dos fallos en particular que servirán para contextualizar el anterior aserto: la sentencia recaída en el Exp. n. ° 4293-2012-PA/TC (Caso Consorcio Requena), que revocó el precedente vinculante que disponía que los órganos administrativos podían realizar el control difuso, y la sentencia recaída en el Exp. n. ° 02005-2009-PA/TC, que sostuvo que la anticoncepción oral de emergencia (AOE) atentaba (o podía atentar) contra el derecho a la vida. Ambas decisiones —es importante anotarlo— modificaron fallos previos⁹, y dieron a entender que, de

6 Sobre este punto se recomienda revisar el análisis realizado por Grandez (2010, pp. 58 y ss.).

7 César Landa fue Presidente del Tribunal Constitucional durante los años 2008 a 2010.

8 Este nuevo grupo de magistrados fue designado por el Congreso, mediante Resolución Legislativa n. ° 007-2007-CR del 6 de septiembre de 2007. Estos fueron: Fernando Calle, Ernesto Álvarez, y Gerardo Eto.

9 En el caso de la sentencia que declaró inconstitucional que los órganos administrativos realicen el control difuso, la decisión que fue revertida fue la sentencia recaída en el Exp. n. ° 03741-2004-PA/TC, mientras que en el caso de la AOE, la decisión que fue revertida fue la sentencia recaída en el Exp. n. ° 7435-2006-PC.

ser necesario, las líneas jurisprudenciales desarrolladas hasta ese entonces serían objeto de una revisión crítica, a la luz de nuevas consideraciones dogmáticas e ideológicas.

En los últimos años la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido objeto de diversas críticas sobre todo por parte de personalidades del mundo académico y político. Estas críticas han girado en torno al retroceso en materia de protección de derechos de los grupos y sectores desaventajados y a la débil labor de contrapeso institucional y democrático de las decisiones que adoptan los denominados «poderes salvajes» (Ferrajoli, 2011, pp. 27 y ss.).

3. Constitucionalismo sin democracia

El derecho se nutre de la política a través del diálogo y del intercambio de puntos de vista que se originan en la deliberación pública y que hacen posible la creación y aprobación de las leyes. Como ha sostenido Carlos Nino, este intercambio no está exento de algunos límites (Nino, 1997). Estos consisten, por un lado, en las reglas procedimentales que se deben respetar durante la deliberación pública y, por el otro, en las reglas sustantivas que no pueden ser transgredidas so pena de poner en riesgo el denominado coto vedado de los derechos (Ferrajoli, 2006, pp. 37 y ss.).

La política deviene, por ello, en un sucedáneo del derecho que, como menciona Nino (1989): «[...] puede guiar a la persona moral hacia principios morales válidos, aunque esa guía tiene diferentes grados de certeza y no es nunca absolutamente confiable, y siempre queda la posibilidad de revisar la decisión alcanzada en base a la reflexión acerca de cuál hubiera sido el consenso ideal» (p. 397). Esta guía se vincula con el resultado del debate democrático, pues en un escenario en el que todas las partes tienen la misma oportunidad de exponer sus puntos de vista, es menos probable que no estén de acuerdo con el resultado de la deliberación (Fishkin, 1995).

Desde sus orígenes, el constitucionalismo liberal ha tenido como propósito garantizar la participación y la representación política de las mayorías, pero no ha tomado en cuenta —al menos con la atención debida— la importancia de la participación de las minorías en ese proceso. Maurizio Fioravanti señala al respecto que tanto la Revolución Francesa como la Revolución Americana pusieron un énfasis excesivo en el voto de las mayorías, con lo cual garantizaron, aunque debilitado por la protección de los derechos individuales, que se convierta en el criterio esencial para establecer la voluntad general del Estado (Fioravanti, 2000, pp. 97 y ss.). Esta combinación de mayorías y participación política pronto fue adoptada en América Latina como un rezago del ideal decimonónico de gobierno de las leyes y no de los hombres, que terminó por consolidar la cultura política y jurídica de nuestros países, con lo cual el positivismo se convirtió en la religión oficial del derecho durante el siglo XX (Lopez, 2004, pp. 235 y ss.).

La cultura cumple un papel esencial en la deliberación pública al generar las condiciones necesarias para que esta se lleve a cabo. En el Perú, por ejemplo, a pesar de que se han aprobado quince constituciones, las cuales, sin excepción, aceptan la división de poderes y el principio democrático, ha habido más regímenes autoritarios que democráticos. Esta paradoja, que algunos autores llaman, irónicamente, como la de un país con muchas constituciones pero con escaso o nulo constitucionalismo, se extiende hasta nuestros días e influye en aspectos tan relevantes como la defensa del Estado de derecho, el control de los actos políticos del Gobierno, o el rol del Poder Judicial en la protección, promoción y garantía de los derechos fundamentales (Gonzales, 1998, pp. 85 y ss.).

3.1. Cultura legal y protección de los derechos.

La cultura legal, por otro lado, permite analizar la potencia crítica que posee el derecho en contextos de debilidad institucional como el nuestro. Si partimos de la hipótesis de que la cultura legal influye en el desarrollo de la democracia y de sus instituciones, es válido sostener que la protección de los derechos depende también de la cultura legal. La forma en la que la cultura influye en este campo radica en la actividad de interpretación (Kennedy, 2009). Pese a que formalmente los jueces se adhieren a lo que dispone la ley, en la práctica imprimen a esta su ideología y generan un sincretismo que no puede ser explicado sin hacer alusión al contexto del cual provienen las normas. Al respecto, la teoría de la argumentación jurídica ha resaltado la importancia del denominado «contexto de descubrimiento» (García y Gascón, 2005, pp. 142 y ss.), de la misma forma que el realismo jurídico ha sostenido que, al margen de las ataduras formales impuestas por los textos legales, los jueces tienen la autoridad suficiente para interpretar el derecho con discrecionalidad (Frank, 2001, pp. 25 y ss.).

La influencia de la cultura legal sobre el intérprete, contrariamente a lo que sostienen algunos autores, no siempre es consciente. Esta se explica en ocasiones mediante el uso de estrategias argumentativas que apelan a un saber jurídico común, pero que en realidad responden a una visión ideologizada de la realidad. En el Perú, por ejemplo, las sentencias emitidas por el Tribunal de Garantías Constitucionales durante los doce años que estuvo en funciones no excedían las cinco páginas (las más largas) y consistían, más allá de su intencionalidad política, en desentrañar el contenido esencial de los derechos. En ocasiones, sin embargo, ese saber común se explicita también a través del uso de conceptos normativos que se refieren a instituciones jurídicas tradicionales tales como la naturaleza jurídica o la interpretación histórica, que conforman lo que se denomina la dogmática, aquella corriente de pensamiento que considera que la interpretación es antes que un acto creativo, un acto de control y adhesión del saber generado ancestralmente.

Ahora bien, la cultura jurídica juega un rol decisivo en el diseño de las instituciones jurídicas y en las políticas públicas seguidas por el Gobierno para generar inclusión, igualdad, participación política, etc. Los métodos diseñados por el Estado se vinculan de forma más íntima con la cultura que con las leyes mismas o, incluso, que con las políticas públicas llevadas a cabo con la sutil esperanza de que sean capaces de reflejar, en los hechos, los principios y valores contenidos en las normas. Las instituciones jurídicas, en esa medida, sostienen una visión del derecho que, aunque pocos lo admitan, se relaciona con una perspectiva de la democracia que se puede denominar como representativa.

En el Perú, por ejemplo, en la última década, y a pesar de los esfuerzos realizados por el Tribunal Constitucional para cambiar el paradigma jurídico, las instituciones legales han buscado, sobre todo, optimizar el aspecto procesal de las normas, y han soslayado la potencia crítica de los principios constitucionales o la discusión moral que subyace a estas. Este hecho ha generado una interpretación sesgada de las instituciones jurídicas, las cuales, aunque se reclamen neutras, en la práctica responden a una visión y a una gramática ideológica, que tienen un impacto real en la democracia y en la inclusión política de los ciudadanos (Gargarella, 2008, pp. 23 y ss.).

Sin embargo, los jueces poseen el poder de interpretar las leyes y, aunque a veces siguen a pie juntillas los dictados de la cultura legal imperante, en ocasiones se alejan de esta, y crean un espacio de crítica y reflexión del derecho que, por ejemplo, en nuestro medio tuvo su pico en la labor realizada por el Tribunal Constitucional durante los años 2003 a 2007 (Campos, 2007). La interpretación de los jueces permite discutir, por ello, los límites y alcances de la cultura legal, e

introduce importantes cambios que pueden ser decisivos para una protección más robusta de los derechos fundamentales, cuando sus fallos poseen la condición de precedentes vinculantes.

Así, y a pesar de que los jueces no están en capacidad de cambiar totalmente la cultura legal de un país, pueden realizar aportes significativos, los cuales, en caso de ser seguidos, por ejemplo, por la comunidad de intérpretes (Haberle, 2003, pp. 149 y ss.), pueden convertirse en el derrotero de una cultura jurídica alternativa, tal como sucedió, por ejemplo, en países como Italia o Alemania que dejaron de lado la teoría positivista para dar paso a lo que Luigi Ferrajoli denomina una cultura legal constitucionalizada (Ferrajoli, 2010, pp. 57 y ss.).

4. El modelo republicano de democracia y la importancia del Tribunal Constitucional en su configuración práctica

Una de las funciones del Tribunal Constitucional es determinar la validez, en abstracto, de una norma de rango legal por contravenir una norma de mayor jerarquía o por ir en contra de un objetivo social y político legítimo. Sin embargo, cabe resaltar que la competencia de administrar justicia constitucional no se agota en la aplicación de una norma adjetiva —como es el caso de la ley orgánica de esta corporación—, ni de una lectura material de la Constitución. Dicha competencia implica una serie de matices que, por desgracia, la literatura académica en el Perú apenas trata de soslayo. Una de ellas es la que relaciona la labor del Tribunal Constitucional con la optimización de la democracia. Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional no es un órgano político, las funciones que realiza tienen un impacto notable en la esfera pública, tanto porque limitan la actuación del Gobierno como porque introducen nuevas variables que pueden modificar, fomentar o reducir el proceso de deliberación pública.

Un enfoque como el señalado se aleja del modelo propuesto por el formalismo local respecto a las consecuencias de los fallos del Tribunal Constitucional. Esta crítica, a su vez, parte de una visión distinta de la democracia liberal que tiene como sus pilares esenciales a la división de poderes y al principio de legalidad. El modelo en el cual se basa este enfoque se denomina republicano y consiste en el rechazo de la democracia liberal en, al menos, los siguientes puntos: «(a) la crítica de la noción liberal de la libertad; (b) la reivindicación de la teoría republicana sobre el valor de la virtud cívica; y (c) la defensa de una idea “fuerte” de democracia» (Gargarella, Martí y Ovejero, 2004, p. 18). Estos pilares, que conforman la agenda mínima del republicanismo, retan al liberalismo en su defensa de los principios de igualdad y participación y, según un enfoque crítico, en la forma de pensar el diseño institucional de las sociedades contemporáneas.

4.1. La importancia de la deliberación.

Una de las finalidades de la deliberación es esclarecer aquellas dudas que, por falta de información o incentivos, no es posible absolver por uno mismo. Su principal virtud radica, en ese sentido, en la posibilidad de procesar, en un lapso de tiempo razonable, las demandas e intereses de quienes podrían verse afectados por las decisiones que adoptan los órganos políticos. Para Jon Elster, las bondades de la deliberación son las siguientes:

- Revela información privada
- Disminuye o supera el impacto de la racionalidad circunscripta
- Provoca o induce un modo determinado de justificar demandas
- Legitima la acción social
- Es conveniente por sí misma
- Conduce a decisiones superiores en la clasificación de Pareto

- Favorece mejores decisiones en términos de justicia distributiva
- Fomenta un consenso más amplio
- Mejora las cualidades morales o intelectuales de los participantes (Elster, 2001, p. 25)

De todas estas ventajas se destacan dos: (i) provoca o induce un modo determinado de justificar demandas y (ii) fomenta un consenso más amplio. Si bien las otras ventajas también incluyen igualdad y participación, revelan los beneficios de la deliberación, se refieren a un punto distinto del que se desea resaltar en este trabajo, el cual es el potencial emancipatorio que posee la jurisdicción constitucional para motivar la participación y discusión pública entre los ciudadanos.

En efecto, la deliberación genera un modo particular de justificar nuestras demandas, las cuales no se agotan en la labor que cumplen nuestros representantes, sino que incluye un diseño institucional que permita, por un lado, influir directamente en la toma de decisiones públicas y, por el otro, controlar de forma permanente los actos de nuestras autoridades. Asimismo, la deliberación permite arribar a un consenso más amplio del que es posible alcanzar cuando las decisiones son adoptadas solo por una pequeña camarilla. El consenso al cual se hace referencia no es, por supuesto, un consenso absoluto, sino contingente y se basa en la oportunidad que poseen todos, sin excepción, de expresar sus puntos de vista e influir a favor de sus intereses.

La deliberación es importante, además, porque, aunque no sea muy obvio, permite que las decisiones adoptadas por el Gobierno gocen de un mayor respaldo. Ese es el caso de aquellos países cuyos sistemas políticos privilegian la participación activa frente a aquellos que, por el contrario, la desalientan. Colombia, por ejemplo, es un país que, pese a sus dificultades, promueve la participación de sus ciudadanos al facilitar su acceso a la justicia (Rodríguez, 2005, pp. 330 y ss.). Perú, por el contrario, representa la otra cara de la moneda, al tener uno de los sistemas judiciales más conservadores de la región y con profundas brechas culturales y económicas que impiden que los reclamos de la ciudadanía tengan eco en las entidades de la administración pública (Gonzales, 1998, pp. 153 y ss.).

Las anteriores diferencias no implican en ningún caso una conclusión definitiva. Tanto Perú como Colombia, al igual que casi todos los países de la región, presentan serios problemas de representatividad y de confianza en sus instituciones, pero, en todo caso, ponen al descubierto la importancia de que se postule a la justicia como un elemento que contribuye a la formación de una cultura política que se caracteriza por la inclusión y la deliberación pública.

La deliberación, finalmente, no consiste, como muchos afirman, en convocar a la mayor cantidad de gente en el ágora pública (reclamo que no solo es absurdo, sino indeseable) (Mouffe, 2000, p. 108), sino en propiciar mecanismos institucionales que permitan que aquellos que podrían verse afectados por una decisión en particular, tengan la oportunidad de expresar sus puntos de vista ya sea a través de sus representantes en espacios de discusión libre, o por sí mismos, a través de acciones directas como las consultas populares o la presentación de iniciativas legislativas (Ackerman, 2007, pp. 103 y ss.). Desde este punto de vista el enfoque de la deliberación actúa como complemento de la visión tradicional de la democracia representativa, y como una alternativa crítica frente a la forma en que, desde los espacios tradicionales de poder, se piensa la participación popular y la concretización de los derechos.

4.2. El Tribunal Constitucional y la razón pública.

El Tribunal Constitucional es un foro que contribuye a determinar los alcances y límites del significado de la Constitución, considerando la complejidad que dicha actividad entraña. Como señala John Rawls, respecto al rol que le corresponde asumir a la Corte Suprema de los Estados Unidos: «[...] la razón pública es muy apropiada para ser la razón de la Corte Suprema, al ejercer esta su papel de intérprete judicial más alto, pero no de intérprete último de la ley más alta, y segundo, que la Corte Suprema es la rama gubernamental que sirve de entidad ejemplar de la razón pública» (Rawls, 2006, p. 220).

Esta mirada se complementa, a su vez, con la planteada por Carlos Nino, para quien la existencia de un órgano responsable de llevar a cabo el control de constitucionalidad de las leyes se justifica en el hecho de que: «La teoría epistémica de la democracia pone en cuestión el control judicial de constitucionalidad. Existen, sin embargo, tres excepciones a esta regla. Dos de esas excepciones están basadas en las condiciones que hacen que las decisiones democráticas sean epistémicamente confiables. La tercera está fundada en la condición que hace que esas decisiones democráticas, que son epistémicamente confiables, sean, además, eficaces» (Nino, 1997, p. 273).

De estas excepciones me interesa subrayar la función de reconocer y garantizar los derechos de las minorías y grupos desaventajados de la sociedad, pues guarda correspondencia con lo anotado antes, en el sentido de que el Tribunal Constitucional debe contribuir a mejorar la calidad del debate democrático y la participación e inclusión de aquellos sectores que, tradicionalmente, no son tomados en cuenta por quienes ejercen el poder en el Estado. Los jueces, desde la perspectiva propuesta por Nino (1997), deben actuar movidos por un incentivo institucional, antes que por un incentivo formal o egoísta. Deben ser conscientes del impacto que sus sentencias tienen, antes que en la solución de casos concretos, en función de un parámetro, relativamente claro, como el de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad, en la comprensión de la dinámica social y en la consolidación de una cultura legal comprometida con la democracia y los derechos.

Esto último parece tener sentido a partir del caso de la exigibilidad de los derechos sociales. Como se sabe, los derechos sociales durante mucho tiempo fueron considerados como derechos de segunda —y hasta de tercera— generación que no eran exigibles ante los tribunales porque generaban ingentes gastos al Estado. La posición de los jueces frente a estos fue, por lo general, escéptica, y se expresó en fallos que apelaban: o a su aplicación progresiva, o a su aplicación indirecta, a partir de su conexidad con otros derechos civiles y políticos.

Mark Tushnet sostiene que esta forma de pensar la exigibilidad de los derechos sociales es una prueba de que los órganos de justicia son los menos indicados para determinar cuál es el significado último de la Constitución. Según este autor, esta labor debería estar a cargo de los ciudadanos, y ser arrancado, de una vez, de los tribunales (*taking away the Constitution from the courts*) como una forma de honrar los valores en los que se funda una sociedad ordenada (Tushnet, 2000, pp. 6 y ss.). Frente a ello, Ronald Dworkin sostiene que los jueces sí pueden —y deben— cumplir con esta tarea, a partir de una concepción de la democracia que sostiene lo siguiente: «[...] que las personas se gobiernan a sí mismas cada cual como asociado de pleno derecho de una empresa política colectiva, de tal manera que las decisiones de una mayoría son democráticas solo si cumplen otras condiciones que protegen los intereses de cada ciudadano en tanto asociado de pleno derecho de esa empresa» (Dworkin, 2007, p. 168).

En el presente trabajo se sostiene que la justicia constitucional sí cumple un rol en la consolidación de la democracia, y que ello se debe a la presencia de una serie de elementos (e incentivos) institucionales que no se presentan en otros órganos de la administración pública. Los jueces, a diferencia de lo que sostiene Tushnet (2000), sí están en condiciones de determinar el significado último de la Constitución siempre que recurran a mecanismos o estrategias dialógicas que hagan que dicho significado surja no como producto de una voz —la suya— que se impone a las demás, sino como producto de una empresa cooperativa que busca actuar como un foro de principios, como un árbitro imparcial, que si bien no predetermina el resultado del juego, sí garantiza que este no sea ajeno a los principios en los que se basa la comunidad política.

4.3. El rol del Tribunal Constitucional como espacio de deliberación pública.

Si se asume la idea anterior como un planteamiento adecuado del potencial del Tribunal Constitucional para promover y optimizar la deliberación pública, lo que corresponde, a continuación, es determinar cuáles son los elementos que hacen posible ello. Conviene aclarar que ya no nos referimos a lo que hace que el Tribunal Constitucional pueda contribuir al debate democrático, sino a la forma en que dicho objetivo se concretiza en la práctica. Desde este punto de vista, es oportuno prestar atención a las razones esbozadas por María Luisa Rodríguez, para quien el Tribunal Constitucional puede cumplir con esta tarea a partir de la presencia de los siguientes elementos o incentivos institucionales: (a) su independencia respecto a los demás poderes del Estado, (b) su visibilidad pública, (c) el origen de sus miembros, (d) la oportunidad de guiar el debate público, y (e) el peso de sus decisiones (Rodríguez, 2005, pp. 30 y ss.).

Los jueces constitucionales, a diferencia de las autoridades políticas, no dependen de la simpatía de electores para mantenerse en el ejercicio de sus funciones. Esto les otorga una independencia que las autoridades políticas no poseen, pues no tienen la obligación de someterse a un proceso electoral para determinar si continúan o no en sus cargos. Esta independencia los hace menos permeables a las presiones de terceros para favorecer sus intereses o, lo que es peor, para soslayar los de los grupos minoritarios o desaventajados de la sociedad.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional posee una posición institucional más visible que la de los otros órganos o entidades del Estado. Esto hace que sus decisiones conciten la atención de la opinión pública y motiven un intercambio positivo entre las demandas de las mayorías y las exigencias de reconocimiento de los derechos de las minorías. Por ejemplo, en el caso de la sentencia T-025 emitida por la Corte Constitucional de Colombia, este aspecto fue evidente. Como sostiene César Rodríguez (2014, pp. 211 y ss.), en dicho fallo la Corte Constitucional ordenó al Gobierno colombiano desarrollar una serie de políticas públicas con enfoque de derechos humanos destinadas a atender la situación de indefensión y vulnerabilidad en la que se encontraba la población desplazada a causa de la violencia interna en ese país. Se destaca que sus decisiones estuvieron mediadas por cabildos y asambleas públicas en las que participaron representantes del Gobierno, de las víctimas y de la sociedad civil, de tal suerte que se contó con mayor respaldo y legitimidad. Esto significó, en la práctica, una prueba efectiva de la potencia que posee el diálogo y la deliberación pública en contextos de debilidad institucional.

Asimismo, el origen de los miembros del Tribunal Constitucional juega un rol importante a la hora de analizar el potencial que posee esta corporación como un órgano capaz de promover la deliberación pública. Tradicionalmente, los jueces constitucionales son electos por alguno de los tres poderes del Estado, los cuales, a través de ternas o de concurso público,

evalúan sus competencias y trayectoria. Ahora bien, si se piensa en esta entidad no solo como un órgano jurisdiccional, sino como un órgano deliberativo, sus miembros deberían reflejar la diversidad de la comunidad política. Por ello, su mecanismo de elección debería incluir, además de ternas provenientes de los tres poderes del Estado, ternas propuestas por organismos de la sociedad civil, de los sindicatos o de los grupos minoritarios, a fin de motivar un intercambio más dinámico e igualitario, sin exclusiones de ningún tipo.

Por último, se debe poner énfasis en el tipo de debate que se suscita al interior del Tribunal Constitucional. Este, si bien es de naturaleza jurídica, se desarrolla con base en argumentos de principio, que apelan al interés público antes que al interés de un grupo determinado. El debate que se suscita al interior del Poder Judicial o de los órganos de la administración pública, en cambio, es de naturaleza distinta, pues en ellos lo que se dirime es un interés de parte o un conflicto que atañe a un sector en particular.

Los puntos mencionados sirven como un parámetro para analizar el nivel de incidencia del Tribunal Constitucional en la deliberación democrática. En ocasiones, estos factores dependen del contexto jurídico y político en el cual se inserta esta corporación, pero en ocasiones, y la realidad así lo demuestra, dependen también de la cultura legal imperante. En el medio peruano aún se está lejos de considerar a la jurisdicción constitucional como un espacio idóneo para la deliberación pública. Esto se debe al diseño institucional que posee la jurisdicción constitucional y a la escasa relevancia de sus fallos. Es a partir de los últimos años que el Tribunal Constitucional ha asumido un rol más activo que ha generado el rechazo de sectores representativos de la sociedad pero también el de aquellos considerados como más débiles que, pese a que empiezan a ser tomados en cuenta, aún sienten que sus derechos se encuentran postergados.

5. Conclusiones

- (1) En el Perú el control de constitucionalidad de las leyes es una figura jurídica que se viene consolidando desde fines del siglo XX. Antes de esta etapa, el control de constitucionalidad era realizado por los órganos políticos —siglo XIX— o por los jueces, aunque no con la energía y la potencia con que se ejerce en la actualidad.
- (2) No existe una mirada crítica respecto al rol que posee el Tribunal Constitucional en nuestro país. Dicha reflexión se circunscribe, por lo general, a la forma en que esta corporación resuelve los casos particulares, pero no se presta atención al impacto que sus decisiones tienen en la consolidación de la institucionalidad democrática y en la protección de los derechos, sobre todo los de las minorías y sectores desaventajados de la sociedad.
- (3) El Tribunal Constitucional atravesó durante su trayectoria institucional por cuatro etapas: (i) la del tribunal sojuzgado, entre los años 1996 y 2000, (ii) la del tribunal en transición, entre los años 2000 y 2003, (iii) la del tribunal activista, entre los años 2003 y 2007, y (iv) la del tribunal conservador, entre los años 2008 y 2014. No es posible realizar aún una evaluación del papel del Tribunal Constitucional actual, pues sus integrantes fueron elegidos recientemente.

- (4) El Tribunal Constitucional posee un enorme potencial para fomentar y optimizar la deliberación pública. Las razones que explican ello son las siguientes: (a) su independencia respecto a los demás poderes del Estado, (b) su posición institucional, (c) el origen de sus miembros, (d) la oportunidad de guiar el debate público, y (e) el peso de sus sentencias.
- (5) Desde el punto de vista del liberalismo decimonónico, el Tribunal Constitucional actúa como una institución centrada no solo en la solución de casos concretos, sino también en el impacto que esas decisiones tienen en el fortalecimiento de la democracia y en la promoción, reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales. Los jueces constitucionales pueden cumplir ese fin al convertir sus decisiones en incentivos para visibilizar los problemas de las minorías políticas y para subsanar las omisiones constitucionales, basadas en la política partisana o en los denominados poderes salvajes.

REFERENCIAS

- Abad, S. (2006). La Constitución de 1993: estudio introductorio. *Constitución: Procesos Constitucionales*. Lima: Palestra.
- Ackerman, B. (2007). *La nueva división de poderes*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Bernal, C. (2009). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad del Externado.
- Bernales, E. (1989). *La constitución diez años después*. Lima: Fundación Friedrich Naumann.
- Campos, H. J. (2007). *Críticas y aproximaciones sobre el control de constitucionalidad de las leyes en el Perú* [Tesis para optar el título de licenciado en Derecho]. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Sentencia del 31 de enero de 2001). Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf
- Dahl, R. (2005). *La democracia: una guía para los ciudadanos*. México: Taurus.
- Degregori, C. I. (2000). La década de la antipolítica. Lima: IEP.
- Dworkin, R. (2007). *La democracia posible*. Barcelona: Paidós.
- Eguiguren, F. (2002). *Estudios constitucionales*. Lima: ARA.
- Elster, J. (2001). *La democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- Fernandez, F. (1999). El control normativo de la constitucionalidad en el Perú: crónica de un fracaso anunciado. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (56).
- Ferrajoli, L. (2006). *Derechos y garantías*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2010). *Cultura jurídica y paradigma constitucional*. Lima: Palestra.
- Ferrajoli, L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta.
- Fishkin, J. (1995). *Democracia y deliberación*. Barcelona: Ariel.
- Fioravanti, M. (2000). *Los derechos fundamentales: Apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Trotta.
- Frank, J. (2001). *Derecho e incertidumbre*. México: Fontamara.
- García, D. (2001). La jurisdicción constitucional en el Perú. *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá: Themis.
- García, D. (comp.). (2007). *¿Guerra de las cortes?*. Lima: Palestra.
- García de Enterría, E. (2006). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas.

- García, A. y Gascón, M. (2005). *La argumentación en el derecho*. Lima: Palestra.
- Gargarella, R., Marti, J. L. y Ovejero, F. (comps.). (2004). *Nuevas ideas republicanas: autogobierno y libertad*. Barcelona: Paidós.
- Gargarella, R. (2008). *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Gargarella, R. (2013). *Latin American Constitutionalism 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press.
- Gonzales, G. (2011). *El Juez*. Lima: Palestra.
- Gonzales, G. (1998). *Poder Judicial, interés público y derechos fundamentales en el Perú*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Grandez, P. (2010). *Tribunal Constitucional y argumentación jurídica*. Lima: Palestra.
- Grandez, P. (2016). *El ascenso de los principios en la práctica constitucional*. Lima: Palestra.
- Haberle, P. (2003). *El Estado constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Kennedy, D. (2009). *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá: Siglo del hombre editores.
- Landa, C. (2005). *Tribunal Constitucional y Estado democrático*. Lima: Palestra.
- Lopez, D. (2004). *La teoría impura del derecho*. Bogotá: Legis.
- Mouffe, C. (2000). *The democratic paradox*. London: Verso.
- Nino, C. (1989). *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea.
- Nino, C. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- Pasara, L. (2014). *Una reforma imposible: la justicia latinoamericana al banquillo*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Rawls, J. (2006). *Liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rodríguez, C. (2014). El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. En R. Gargarella (comp.). *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Rodríguez, M. L. (2005). *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*. Bogotá: Universidad del Externado.
- Rubio, M. y Bernal, E. (1981). *Perú: Constitución y sociedad política*. Lima: DESCO.
- Tushnet, M. (2000). *Taking the constitution away from the courts*. Princeton: Princeton University Press.

COMENTARIOS

Betzabé Marciani Burgos

Profesora del Departamento Académico de Derecho, PUCP*

«Los orígenes y la dinámica de la práctica constitucional en el Perú: el problema del constitucionalismo sin democracia», del profesor Heber Joel Campos, es un texto fundamental para entender las implicancias que hoy tienen las concepciones republicanistas y democrático-deliberativas en la realidad peruana, lo poco que se ha avanzado en ese aspecto en nuestra práctica judicial, y las posibilidades que existen para su implementación.

A través del análisis —enterado y crítico— de la evolución de la justicia constitucional en el Perú, el autor destaca el poco compromiso que ha tenido la misma con la protección de los derechos fundamentales, cuando menos hasta la década de 1980.

Los años ochenta coinciden con la recepción de las denominadas «teorías neoconstitucionalistas» provenientes de Europa, tanto en la filosofía del derecho como en la práctica constitucional de los países latinoamericanos. También es importante advertir la influencia del «legalismo», más acorde a los intereses promovidos por la concepción neoliberal que ha tenido gran influencia en la región a partir de esos años¹.

Como explica Campos, sin embargo, los cambios trascendentales en la jurisprudencia de las altas cortes referida a la protección de los derechos fundamentales se produjeron recién alrededor de la década de 1990 con la creación del Tribunal Constitucional, aunque con intervalos que oscilan entre el activismo y el conservadurismo.

Campos considera que la presencia de un constitucionalismo sin democracia en el Perú obedece al hecho de que nuestra cultura legal está edificada sobre un contexto de debilidad institucional que ha impedido que, a pesar de tener una gran cantidad de Constituciones, se desarrolle un verdadero constitucionalismo y una protección efectiva de los derechos (esta es la tesis que el autor defiende). La cultura legal ha influido en el modo en que los jueces han entendido su función como aplicadores del derecho, tradicionalmente identificados con una visión formalista del mismo.

Según Campos, los aportes de una concepción republicanista permitirían ver en el Tribunal Constitucional un actor importante en el desarrollo de la democracia, debido a la influencia de sus fallos en la deliberación pública.

La apuesta por una democracia deliberativa se basa en las bondades que identifica en este modelo de democracia Elster —a quien Campos cita—, tales como su importancia para inducir un modo de justificar las demandas que se hacen en el espacio público, el provocar una forma de legitimación de la acción social, favorecer mejores decisiones en términos dis-

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/betzabe-marciani-burgos/>

1 Véase Rodríguez Garavito, C. (2009). *La globalización del Estado de Derecho. El neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*. Bogotá: Universidad de Los Andes, pp. 13-22.

tributivos, fomentar un consenso amplio, mejorar las cualidades morales e intelectuales de los participantes, y demás².

La labor del Tribunal Constitucional sería la de contribuir a la mejora de la calidad del debate democrático y a buscar la participación de los sectores afectados por sus decisiones, los que tradicionalmente no son tomados en cuenta en el proceso de decisión. En palabras del autor:

En el presente trabajo se sostiene que la justicia constitucional sí cumple un rol en la consolidación de la democracia, y que ello se debe a la presencia de una serie de elementos (e incentivos) institucionales que no se presentan en otros órganos de la administración pública. Los jueces, a diferencia de lo que sostiene Tushnet (2000), sí están en condiciones de determinar el significado último de la Constitución siempre que recurran a mecanismos o estrategias dialógicas que hagan que dicho significado surja no como producto de una voz —la suya— que se impone a las demás, sino como producto de una empresa cooperativa que busca actuar como un foro de principios, como un árbitro imparcial, que si bien no predetermina el resultado del juego, sí garantiza que este no sea ajeno a los principios en los que se basa la comunidad política³.

¿Cómo se lograría ese objetivo? ¿Cómo hacer realidad la aspiración de la democracia deliberativa a través de la labor de los jueces y del Tribunal Constitucional? El autor propone algunos ejemplos, como la experiencia derivada de la emisión de la sentencia T-025 de la Corte Constitucional colombiana, que ordenó al gobierno desarrollar una serie de políticas públicas, aunque mediadas por la deliberación pública, la cual se hizo efectiva a través de la realización de cabildos y asambleas públicas en las que hubo participación de los representantes del Estado, de las víctimas de la violencia política y de la sociedad⁴.

¿Estas experiencias permitirían rebatir algunas de las objeciones de corte realista propuestas por los críticos de la democracia deliberativa? Pienso, por ejemplo, en las críticas de Francisco Laporta —un gran escéptico del modelo republicano—, para quien la presencia inmediata de los electores en la decisión —en los casos de referéndum o plebiscito, por ejemplo— socava lo que debería ser una reflexión más profunda y meditada del Parlamento; pero, además, donde la supuesta deliberación racional corre el riesgo de quedar a expensas de la manipulación del poder político y de los demagogos de turno⁵.

Este texto del profesor Campos es una invitación a reflexionar sobre las posibilidades y los peligros que conlleva este sugerente modelo democrático.

2 Véase Campos, H. J. (2017). Los orígenes y la dinámica de la práctica constitucional en el Perú: el problema del constitucionalismo sin democracia. *Anuario de investigación del CICAJ 2016*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, sección 4.2.

3 Véase Campos, H. J. (2017). Los orígenes y la dinámica de la práctica constitucional en el Perú: el problema del constitucionalismo sin democracia. *Anuario de investigación del CICAJ 2016*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, sección 4.3.

4 Véase Campos, H. J. (2017). Los orígenes y la dinámica de la práctica constitucional en el Perú: el problema del constitucionalismo sin democracia. *Anuario de investigación del CICAJ 2016*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, sección 5.

5 Véase Laporta, F. (2005). El problema de la democracia deliberativa: una réplica. En M. Carbonell (comp.), *Democracia y representación: un debate contemporáneo*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, p. 102.

RESPUESTA DEL AUTOR

Agradezco de sobremanera los comentarios de la Dra. Betzabé Marciani al *paper* de mi autoría, intitulado «Los orígenes y la dinámica de la práctica constitucional en el Perú».

En las líneas que siguen deseo, antes que responder a sus observaciones, profundizar en algunos puntos de su lúcido análisis. Al igual que la Dra. Marciani, considero que es necesario seguir debatiendo sobre la práctica constitucional en nuestro país, y prestar atención a su impacto en nuestra comprensión de los derechos y la democracia.

Los comentarios que realizaré son los siguientes: por un lado, quisiera referirme a la necesidad de repensar la justicia constitucional en nuestro país tomando en cuenta, también, algunas características del constitucionalismo político; y, por el otro, quisiera poner énfasis en el vínculo, a veces incomprendido, entre la cultura legal y el desempeño de los jueces.

Sobre lo primero se puede afirmar que entre nosotros impera todavía una visión demasiado comprometida con el constitucionalismo de los derechos, esto es, con un enfoque que privilegia el rol de los jueces como intérpretes supremos —y a veces únicos— del significado, o significados, posible(s) de la Constitución y sus principios. Según este enfoque, la Constitución es una norma vinculante más, cuyos alcances y límites pueden ser abordados a través de la interpretación racional.

Al respecto, me parece importante tener presente que si bien la Constitución es, en efecto, una norma jurídica, su interpretación no debe ser privilegio solo de los jueces. La Constitución es también una norma viva, que hunde sus raíces en la lectura moral y pluralista de la sociedad, y que, como sostiene Zagrebelsky, impacta también en nuestra forma de relacionarnos, de interactuar y de convivir con el poder¹.

El propósito de mi *paper* era, en cierta medida, poner de relieve este aspecto al describir, aunque muy someramente, la evolución de la jurisdicción constitucional en el Perú, desde el siglo XIX hasta nuestros días. Y lo que encontré fue que ese enfoque, si bien en algún momento de nuestra historia estuvo presente, en la actualidad ha sido reemplazado por uno donde se piensa y se aplica el derecho en general, y el derecho constitucional en particular; en función de los pronunciamientos de los jueces. El elitismo judicial, pues, parece ser la regla, y algunas manifestaciones de ello se encuentran, por caso, en líneas investigativas como el derecho procesal constitucional o la dogmática jurídica.

Ahora bien, respecto a mi segundo punto, considero que es importante no perder de vista que lo anterior (esta predilección por el elitismo judicial y la interpretación a puertas cerradas de las normas) es tributario de nuestra educación y cultura legal. En gran medida seguimos siendo formalistas, esto es, seguimos pensando que los problemas interpretativos pueden ser resueltos en función de lo que prescriben las normas, dejando de lado el componente moral y valorativo que subyace a aquellos².

Pero no es solo el formalismo lo que, en mi opinión, atenta contra nuestra comprensión del derecho; es también el rol que le damos a este en la formación de la voluntad política y en los límites al poder. Como señala Duncan Kennedy:

1 Zagrebelsky, G. (1997). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, pp. 25 y ss.

2 Barbieris, M. (2013). *Estado, derechos e interpretación*. Lima: Palestra, pp. 74 y ss.

[...] La gente que utiliza el razonamiento jurídico presenta a las normas del sistema como naturales, necesarias y justas, cuando frecuentemente no lo son. Hay mucho más espacio para la discusión en el sistema del que los abogados y jueces dicen que hay. Hay mucha más discrecionalidad y libertad de elección que la que admiten, sin perjuicio de que no se trata de una discrecionalidad total o de absoluta libertad de elección. Las reglas que ellos adoptan tienen un fuerte impacto en la distribución de la riqueza y del poder en la sociedad³.

El formalismo es, pues, una expresión de nuestra cultura legal y de nuestra mirada —a veces inconsciente— del poder y sus potenciales vínculos con los derechos; pero es también expresión de nuestras estructuras políticas. Por caso, es producto de cómo organizamos la administración de justicia, y los frutos que recibimos de ella cuando asumimos que actúa de manera eficiente y acorde con sus fines y objetivos institucionales.

Así, por ejemplo, quisiera poner de relieve el caso de nuestro Tribunal Constitucional. Este órgano, como se sabe, es el responsable de establecer, con alcances vinculantes, el sentido último de la Constitución. Sus decisiones, incluso, pueden adquirir la condición de precedentes y tener efectos *erga omnes* en los extremos que dicha corporación decida. No es, pues, una corte cualquiera, sino una que cumple un rol de la mayor importancia, al punto que algunos, incluso, la denominan —de manera un poco exagerada— «el supremo intérprete de la Constitución».

Nuestro Tribunal Constitucional, sin embargo, presenta diversos problemas. En mi *paper* he querido llamar la atención sobre algunos de ellos al indicar las idas y vueltas —las rupturas y continuidades— que ha sufrido su jurisprudencia en los últimos años. Estos problemas no son producto de malas decisiones de los jueces que lo integran —o no solo—, sino resultado de un diseño institucional que piensa la justicia como un espacio cerrado y ajeno a las demandas y expectativas sociales. Por ejemplo, todavía resulta una hazaña interponer una demanda de inconstitucionalidad, cuando este derecho debería estar al alcance de cualquier ciudadano como una forma de prolongar y optimizar la deliberación democrática que se desarrolla en la arena política⁴.

El caso del Tribunal Constitucional sirve, en ese sentido, para ilustrar las dificultades que presenta, aún, nuestra democracia política y nuestra cultura legal. Hemos pensado demasiado en los derechos, pero hemos perdido de vista que estos se alimentan también de las luchas sociales y debates ideológicos⁵. Necesitamos, por ello, repensar el papel que cumple este colegiado en nuestro país; pero necesitamos hacerlo, sobre todo, en función del republicanismo cívico, un enfoque que centra su atención en la deliberación pública y en el reconocimiento y protección de los derechos como un medio para garantizar un ideal que, si bien parece un poco olvidado, no ha perdido, en lo absoluto, un ápice de su legitimidad. Se trata, pues, del autogobierno popular:

3 Kennedy, D. (2009). ¿Son los abogados realmente necesarios? *Desde otra mirada*. En C. Courtis (ed.). Buenos Aires: EUDEBA, p. 582.

4 Campos, H. J. (2007). *El control de constitucionalidad de las leyes o el Tribunal Constitucional como espacio de deliberación pública* (Tesis para optar el título de licenciado en Derecho). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

5 Epp, C. (2013). *La revolución de los derechos*. Buenos Aires: Siglo XXI, pp. 33 y ss.

UN ENSAYO DE INTERPRETACIÓN EN TORNO A LAS RELACIONES ENTRE EL LEGISLADOR DEMOCRÁTICO Y EL JUEZ CONSTITUCIONAL

José Antonio Tirado Barrera
Departamento Académico de Derecho, PUCP*

Categoría profesores

El control de la constitucionalidad de las leyes se enfrenta al problema de que el juez constitucional, quien no suele estar sometido a un control político significativo, puede limitar la configuración de las opciones políticas que adopta el legislador democráticamente elegido. Por otro lado, la norma constitucional está configurada con un amplio grado de indeterminación, lo que convierte a la interpretación constitucional en un problema formidable. Para afrontar este reto, se propone revisar algunos de los aportes más importantes en materia de teoría constitucional, con el fin de extraer criterios que permitan superar la necesidad de controlar la actuación del Parlamento sin desconocer su legitimidad democrática y proporcionar al juez criterios para el desarrollo de su labor de interpretación constitucional.

I. Introducción

Sostener el carácter esencialmente controvertido de la interpretación constitucional es una afirmación tópica. Autores muy autorizados nos han explicado las razones por las cuales la interpretación constitucional constituye un problema fundamental en el derecho constitucional contemporáneo, y respecto del cual es necesario volver, una y otra vez, con cuidado y precaución.

En la medida en que el constitucionalismo, proceso histórico iniciado a finales del siglo XVIII, ha alcanzado a partir de la segunda postguerra mundial un reconocimiento cada día más generalizado en nuestro contexto cultural, existe un consenso bastante amplio en identificar algunas características básicas que lo identifican como tal y que se podrían enumerar de la siguiente forma: reconocimiento del valor normativo supremo de la constitución, consagración constitucional de derechos fundamentales y de la separación o división del poder; reconocimiento de la democracia representativa como el método esencial de autogobierno de la sociedad políticamente organizada, y exigencia de mecanismos procesales para asegurar la superioridad constitucional y de sus contenidos.

Como el proceso de toma de decisiones en una sociedad democrática usualmente adopta el carácter de un procedimiento legislativo, son las leyes (normas jurídicas inmediatamente inferiores en jerarquía a la constitución y vinculantes *erga omnes*) los objetos de

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/jose-tirado-barrera>

cuestionamiento designados para adoptar, a través suyo, decisiones que determinados grupos de interés califican como decisiones inconstitucionales, es decir, contrarias a las normas y disposiciones contenidas en la constitución y, por lo tanto, jurídicamente cuestionables en su validez.

De esta manera, los principales problemas sociales y políticos que afectan o interesan a una sociedad se convierten, tarde o temprano, en problemas de interpretación constitucional. Dependiendo de la forma específica en que cada Estado lo haya previsto, con mayor o menor intensidad, se convierte en un problema que debe ser resuelto por un juez, quien será el llamado a determinar si una ley en particular es o no inconstitucional.

Es por esta razón que la interpretación constitucional es un problema fundamental para la teoría jurídica pero también para la práctica política pues esta deberá enfrentar o superar, según sea el caso, los límites constitucionales que le sean opuestos por quienes, al interpretar la misma norma constitucional, sostengan conclusiones distintas. Esta, por más paradójica que parezca, es una situación habitual y que encuentra en los procesos judiciales uno de sus espacios más importantes para desarrollarse.

De este modo, pues, el control jurídico de la actuación política formalizada a través de la adopción de una ley constituye un reto formidable por los inevitables efectos políticos que la interpretación constitucional puede causar. Y es en atención a este efecto donde aparece una pregunta que, a pesar de ser muy antigua, mantiene su plena vigencia y puede expresarse en los siguientes términos: «¿Por qué los jueces quienes por definición están mucho menos sujetos al sentimiento popular que la mayoría de los actores políticos deberían tener la capacidad de revocar las decisiones de las autoridades electas o del público en general?» (Sager, 2007, p. 32). En el Perú, esta es una discusión que ha demorado en presentarse pero que, sin embargo, muestra ya algunos desarrollos¹. Con la presente monografía se busca contribuir a este debate y revisar algunos de los principales aportes teóricos formulados sobre lo que, convencionalmente, se reconoce como la tensión entre constitucionalismo y democracia, entre el legislador democrático y el juez constitucional². En base a dichos aportes, se reflexionará sobre la forma en que el Tribunal Constitucional peruano debería afrontar su tarea principal, es decir, el control de la constitucionalidad de las leyes. Por definición, este ejercicio pone en cuestión, de forma recurrente, las complejas relaciones entre el legislador y el juez constitucional.

2. Tres aproximaciones posibles al control de la constitucionalidad de la ley

Asumiendo el carácter problemático de la interpretación constitucional (García Belaunde, 1993, pp. 13-36)³, se analizarán las formas posibles en que se puede llevar a cabo dicha tarea por parte de uno de los sujetos más importantes en el sistema jurídico de cualquier país: los jueces. En otras palabras, la pregunta sobre la forma en que se propone la participación del juez en la determinación del significado de las normas constitucionales resulta relevante y, también, su po-

1 Véase Campos Bernal (2012, pp. 307-317).

2 «La tesis de fondo es que cada uno de los sistemas [constitución y democracia] es necesario para la existencia (y buena salud) del otro, pero su armonización recíproca es todo menos espontánea: por el contrario, representa un problema permanente en la vida de las democracias constitucionales» (Bovero, 2006, p. 15).

3 Una de las razones que contribuyen a problematizar sustancialmente la interpretación de las normas constitucionales es su habitual indeterminación normativa, derivada de la práctica de constitucionalizar disposiciones con elevado contenido axiológico y necesariamente impreciso. Esta situación es inevitable dada la imposibilidad de un poder constituyente con la capacidad de predeterminar todas y cada una de las situaciones constitucionalmente relevantes, ni de darles, en consecuencia, una solución. Esto, además, sería inconveniente desde la perspectiva de la deliberación política democrática (Bernal Pulido, 2014, pp. 85-91).

sición frente a la alegación en torno a la inconstitucionalidad de la ley, expresión paradigmática del legislador democrático.

En este punto la propuesta de Annette Schmitt tiene relevancia. Con respecto a las respuestas a las preguntas planteadas, ella declara lo siguiente:

[...] dependen del punto de vista que sus respectivos adherentes tomen con respecto a la constitución y a su custodio en tanto instituciones que están justificadas y a la vez son capaces de establecer y sostener las bases liberales de un sistema político democrático. Para ser más precisos: la cuestión acerca de lo que se gana al añadir a una democracia una constitución escrita y un Tribunal Constitucional es acerca de si estas instituciones están justificadas y si son capaces de fijar límites liberales a la toma de decisiones. (Schmitt, 2002, p. 254)

De esta manera, es posible apreciar tres formas en que se puede explicar el control de la constitucionalidad de las leyes.

En una primera posición que se puede llamar constitucionalista pura (Schmitt, 2002, p. 255), se afirma la necesidad y conveniencia de contar con una constitución escrita, donde se configuren derechos individuales que puedan ser debidamente protegidos por un órgano jurisdiccional de control. En esta postura se rechaza la existencia de una democracia basada únicamente en la idea de la regla de la mayoría y se reclama la necesidad de dotarla de un contenido moralmente significativo⁴. La forma de superar estas objeciones es configurando una constitución adscrita a una propuesta moral determinada, que fije derechos individuales al máximo nivel normativo (y, normalmente, ajeno a la disposición por parte del legislador ya que se configuran como un «coto vedado») y que los proteja (incluso del legislador democrático) con un órgano jurisdiccional de control, con un juez constitucional.

Una segunda postura, que se puede denominar constitucionalismo procedimental, propone una defensa matizada del control constitucional al plantear una lectura de las normas constitucionales que asegure las condiciones del proceso democrático, y reconocer la posibilidad tanto de una constitucionalización de derechos así como de un órgano de control constitucional. Sin embargo, se propone que tales derechos sean únicamente aquellos necesarios para asegurar las condiciones de la deliberación democrática y que el juez constitucional se limite a asegurar su vigencia sin adoptar decisiones con contenido material.

Finalmente, se puede encontrar una postura radicalmente democrática y extremadamente crítica tanto del atrincheramiento constitucional como del correlativo control jurisdiccional de la constitucionalidad de la ley. Desde esta posición, se critica abiertamente la negativa a reconocer autonomía y capacidad a los sujetos integrantes de una sociedad política para decidir en igualdad de condiciones la mejor opción para el ordenamiento de su vida en sociedad. Afirmar la conveniencia de la consagración constitucional de derechos (valores moralmente significativos) supone una extraordinaria confianza en quienes toman esa decisión y, al mismo tiempo, una extraordinaria desconfianza en los que, tiempo después, tendrán que vivir bajo las decisiones adoptadas en un tiempo anterior. Además, trasladar a un cuerpo elitista de magistrados la determinación de la mejor manera de vivir en sociedad (con la posibilidad de

4 «Tal democracia "pura" siempre corre el riesgo de destruirse a sí misma ya que la mayoría siempre puede decidir no decidir más y dejar la tediosa tarea de tomar una decisión a un "Führer" competente. Más importante es, sin embargo, que la democracia en esta forma bruta está vacía de contenido moral, y como tal, no es justificable como moralmente superior a otros tipos de sistemas políticos» (Schmitt, 2002, p. 256).

declarar inconstitucional una ley aprobada por la representación política del pueblo) constituye otra muestra de debilidad y de poca convicción en la democracia. En esta postura, se sostiene que no hay que temer al hecho de que la sociedad política tenga que tomar siempre decisiones sobre todas las cuestiones moralmente relevantes y socialmente importantes.

Como se puede apreciar, en cada una de estas aproximaciones se plantean problemas diferentes y soluciones propias a la forma en que se debe (o no) interpretar una norma constitucional. Además, se define de manera igualmente distinta el rol que puede desempeñar un órgano de control jurisdiccional de la constitución.

¿Por qué es útil conocer estas propuestas? Porque es importante conocer las diversas propuestas teóricas sobre la interpretación de la constitución y sobre la propia conveniencia de contar con una constitución pródiga en su contenido material. Esto permitirá que se ilustre a los ciudadanos acerca de las complicadas relaciones que se establecen entre el legislador democrático y el juez constitucional, sobre la forma y límites de la interpretación constitucional así como respecto de las diversas opciones interpretativas que se pueden desprender de las normas constitucionales según sea la perspectiva teórica que se adopte para aproximarse a ellas. Se trata, en buena cuenta, de abrirse a la posibilidad de reconocer diversas formas posibles de entender la constitución y de someter a la crítica nuestras formas de aproximación habituales y comúnmente aceptadas.

De esta manera, se pasará revista a las posiciones expuestas por los exponentes más representativos de cada una de estas posturas, como son Ronald Dworkin, John Hart Ely y Jeremy Waldron.

2.1. Ronald Dworkin y la lectura moral de la constitución.

En uno de los trabajos en que Dworkin revela su postura en torno al fenómeno de la interpretación constitucional (Dworkin, 2004, pp. 101-139), él define su propuesta de modelo interpretativo de la constitución a través de lo que denomina la lectura moral, mediante la cual «[...] propone que todos, jueces, abogados y ciudadanos, interpretemos y apliquemos estas cláusulas abstractas (aquellas establecidas por la Constitución) con el entendimiento de que se refieren a principios morales sobre la decencia política y la justicia» (Dworkin, 2004, p. 101).

A partir de esta definición de sus objetivos, la lectura moral de la constitución debe enfrentarse a una multiplicidad de objeciones que podrían cuestionar su idoneidad para servir como un parámetro objetivo para fijar la interpretación de la constitución, en la medida en que se propone un método que parece introducir las valoraciones morales (por naturaleza, subjetivas) en el mundo de lo jurídico (pretendidamente objetivo o, en todo caso, ajeno a la presencia de criterios morales no objetivados)⁵.

Resumiendo una de las principales críticas que se levantan contra la lectura moral de la constitución, Dworkin señalará que dicha propuesta es cuestionada por la siguiente razón:

5 «La lectura moral, por lo tanto, incorpora la moralidad política al corazón del derecho constitucional. Pero la moral política es inherentemente incierta y controvertida, y, entonces, cualquier sistema de gobierno en el que esos principios se incorporen como parte del derecho debe decidir a quién le dará la autoridad de interpretarlos y comprenderlos. En el sistema estadounidense, los jueces, y en última instancia los jueces de la Corte Suprema, tienen hoy esa autoridad y, según sus críticos, la lectura moral de la Constitución le otorga a los jueces el poder absoluto de imponer sus propias convicciones morales al público» (Dworkin, 2004, p. 102).

Parece erosionar la distinción crucial entre el derecho y la moral, haciendo del derecho solo el problema de a qué principios morales recurren los jueces de una era en particular. Parece constreñir grotescamente la soberanía moral del propio pueblo y sacar de sus manos, para remitirlas a una élite política, justamente las cuestiones más importantes y definitorias de la moral política que el pueblo tiene el derecho y la responsabilidad de decidir por sí mismo. (Dworkin, 2004, pp. 103-104)

Frente a esta crítica, Ronald Dworkin reclama, en primer lugar, una mayor sinceridad a los actores pues señala que, aunque denostada, la búsqueda de criterios de moralidad es una práctica constante en la labor de interpretación constitucional⁶, con la diferencia que su propuesta de lectura moral no solo es explícita sino que se encuentra limitada por consideraciones que buscan asegurar su idoneidad.

Inmediatamente después, Dworkin es enfático en señalar que la lectura moral se encuentra sujeta a límites y que no permite al juez una libertad absoluta para la imposición de sus propios valores, lo cual, sin lugar a dudas, es rechazable. Un primer límite a la lectura moral es de carácter textual, y se fundamenta en la propia redacción de las normas constitucionales, pues ellas son redactadas de una forma tal que invocan la existencia de un principio moral o, por el contrario, son redactadas con una expresa y definida finalidad, descartándose su configuración como una norma que pudiera ser calificada como de textura abierta, para utilizar un término tan común en la teoría de la interpretación. Ello es ejemplificado en la diferente redacción y finalidad de dos de las enmiendas de la Constitución americana, la que consagra el debido proceso y aquella que prohíbe el acuartelamiento de tropas en casas particulares en tiempos de paz⁷, pero además, es preciso tener en cuenta que: «Según la lectura moral, estas cláusulas deben ser entendidas de la forma más naturalmente sugerida por su redacción: se refieren a principios morales abstractos y los incorporan por referencia, como límites al poder del Gobierno» (Dworkin, 2004, p. 107).

En un segundo nivel, luego de señalar que la lectura moral está limitada por el propio texto de la norma constitucional, Dworkin enfatiza que su propuesta se encuentra limitada por la historia constitucional (lo que constituye un reconocimiento, al menos parcial, de la importancia de una mirada que atienda algunos criterios propios de quienes buscan descubrir la

6 «Es evidente que la propia visión de los jueces de la moralidad política influencia sus decisiones constitucionales, y si bien podrían explicar fácilmente esa influencia insistiendo en que la Constitución requiere una lectura moral, jamás lo hacen. En cambio, contra toda prueba, niegan la influencia e intentan explicar sus decisiones de otras formas, embarazosamente insatisfactorias. Dicen, por ejemplo, que ellos solo están haciendo efectivas oscuras "intenciones" históricas o están expresando simplemente una estructura constitucional comprensiva pero inexplicable que es supuestamente explicable en términos no morales» (Dworkin, 2004, p. 103).

7 «Por supuesto, la lectura moral no es adecuada para todo lo que una constitución contiene. La Constitución estadounidense incluye muchas cláusulas que no son particularmente abstractas ni han sido escritas en el lenguaje de los principios morales. El artículo 11 especifica, por ejemplo, que el presidente debe tener al menos treinta y cinco años y la Tercera Enmienda insiste en que el Gobierno no debe acuartelar soldados en hogares de ciudadanos en tiempo de paz. Esta última puede haber sido inspirada por un principio moral: quienes la escribieron y sancionaron deben de haber estado ansiosos, por ejemplo, por hacer efectivo algún principio de protección de la privacidad de los ciudadanos. Pero la Tercera Enmienda no es en sí misma un principio moral; su contenido no es un principio general de privacidad. Entonces, el primer desafío a mi propia interpretación de las cláusulas abstractas podría plantearse de esta forma: ¿Qué argumento o prueba tengo de que la cláusula de igual protección de la Decimocuarta Enmienda (por ejemplo), que declara que ningún estado puede negar a ninguna persona la igual protección de las leyes, tiene un principio moral en su contenido mientras que la Tercera Enmienda no lo tiene?» (Dworkin, 2004, pp. 107-108).

intención original de los constituyentes⁸, así como de la importancia de una lectura correcta de los precedentes judiciales), además del principio de integridad⁹, y precisa que la necesidad de enfatizar los límites en los cuales se debe mover la lectura moral está relacionada con la fijación de los límites de la actuación de los jueces e, implícitamente, con el respeto a las labores de la representación política¹⁰.

Planteados estos límites, Dworkin pasa a desarrollar uno de los elementos centrales de su propuesta, que es la reformulación del concepto de democracia que se encuentra en la raíz de la objeción contramayoritaria al control de la constitucionalidad de las leyes¹¹.

En ese sentido, la clave para comprender la propuesta dworkiniana de una lectura moral de la constitución está en su entendimiento de lo que debe ser el fundamento de la democracia, pues para Dworkin no es razonable sostener que la idea de democracia deba fundamentarse únicamente en la premisa mayoritaria¹², la cual rechaza expresamente; ni que la idea de

8 «[...] la interpretación constitucional debe comenzar con lo que dijeron los redactores [...] La historia es, pues, fundamental, pero solo en un sentido particular: Nos dirigimos a la historia para responder al interrogante respecto de lo que ellos quisieron decir; y no a la pregunta sobre qué otras intenciones tenían. Por ejemplo, no precisamos decidir acerca de lo que ellos esperaban que sucediera o deseaban que sucediera como consecuencia de haber dicho lo que dijeron; su intención no es parte de nuestro estudio» (Dworkin, 2004, p. 110).

9 «[...] la interpretación constitucional es disciplinada, según la lectura moral, por el requisito de integridad constitucional. Los jueces no pueden leer sus propias convicciones en la Constitución. No pueden leer las cláusulas morales abstractas como si expresaran un juicio moral particular; sin importar cuánto les importa ese juicio, a menos que lo consideren consistente, en principio, con el diseño estructural de la Constitución como un todo, y también con los lineamientos dominantes de antiguas interpretaciones de otros jueces [...] Los jueces deben deferir a entendimientos generales, establecidos sobre el carácter del poder que la Constitución les asigna. La lectura moral les pide que encuentren la mejor concepción de los principios morales constitucionales, el mejor entendimiento de lo que la igualdad de estatus moral de hombres y mujeres realmente requiere [...]» (Dworkin, 2004, p. 111). El concepto de integridad constituye uno de los elementos más importantes en la propuesta teórica de Dworkin y, aunque una reseña de la misma es una tarea que excede estas líneas, se debe señalar que: «El principio judicial de integridad ordena a los jueces que identifiquen los derechos y deberes jurídicos, en la medida de lo posible, suponiendo que todos ellos fueron creados por un único autor —la comunidad personificada— expresando una concepción coherente de la justicia y la equidad. Formamos nuestra [...] concepción del derecho [...] reescribiendo esa instrucción como una tesis sobre los fundamentos del derecho. De acuerdo con el derecho como integridad, las proposiciones de derecho son verdaderas si figuran en, o se siguen de, los principios de justicia, equidad y debido proceso que proveen la mejor interpretación constructiva de la práctica jurídica de la comunidad» (Dworkin, citado por Bonarino, 2003, p. 107). Sobre este particular puede consultarse además a Calsamiglia (1992, pp. 155-176), Delgado Pinto (2002, pp. 15-43) y Santos Pérez (2005, pp. 75-89).

10 «Énfasis estas limitaciones impuestas por la historia y la integridad porque muestran cuán exagerada es la queja común de que la lectura moral les otorga a los jueces un poder absoluto para imponer sus propias convicciones morales sobre el resto de nosotros» (Dworkin, 2004, p. 111).

11 Con la expresión «objeción contramayoritaria» se alude al problema relativo al por qué los jueces, que no ejercen la representación política de la mayoría (y que, en consecuencia, no son responsables políticamente de sus decisiones), puede dejar sin efecto una ley adoptada por el órgano dotado de representación y de responsabilidad políticas. Para una exposición del tratamiento de este tema véase: Gargarella (2011).

12 «Esta es una tesis sobre los resultados justos del proceso político: insiste en que los procedimientos políticos deberían ser diseñados para que, por lo menos en las cuestiones importantes, la decisión alcanzada sea la que favorece a una mayoría o pluralidad de ciudadanos, o que hubiera favorecido a esa mayoría si se hubiera tenido la información adecuada y el tiempo suficiente para reflexionar. Ese objetivo suena razonable, y muchas personas, tal vez sin demasiada reflexión, han considerado que provee la esencia de la democracia. Ellas creen que los complejos arreglos políticos que constituyen el proceso democrático deberían dirigirse a y ser puestos a prueba por este ideal: que las leyes que dicta el complejo proceso democrático y las políticas que persigue deberían ser aquellas que, finalmente, la mayoría de los ciudadanos aprobaría» (Dworkin, 2004, p. 116).

democracia deba atender solo a una perspectiva estadística en la forma de resolución de las controversias. Por el contrario, según Dworkin, la idea de democracia necesariamente requiere incorporar otro tipo de consideraciones más allá de las únicamente estadísticas o agregativas derivadas del voto popular y que una vez configuradas y ordenadas, él «denomina concepción constitucional de la democracia»¹³.

De esta manera, resulta fundamental tener en cuenta que la construcción dworkiniana alternativa a la premisa mayoritaria no desestima absolutamente la decisión mayoritaria. Por el contrario, la reclama como válida pero la sujeta a ciertas condiciones funcionales adicionales que le agregarán sentido y valor, y superarán el mero hecho de la suma de votos. En otras palabras, la decisión mayoritaria es una condición necesaria pero no suficiente en su modelo de constitución democrática¹⁴.

Con respecto a la diferencia entre democracia mayoritarista y democracia constitucional, Dworkin propone diferenciar la acción colectiva de los integrantes de una comunidad política en acción estadística y acción comunal. La estadística es una mera agregación de decisiones individuales; la comunal es la realización de una tarea conjunta con la participación de muchos individuos donde todos son importantes porque aportan algo que por sí mismo no tendría valor o significado pleno, lo cual solo se alcanza al realizar un trabajo conjunto (Dworkin, 2004, pp. 120-121). De esta manera, la acción comunal (verdaderamente relevante en la sociedad política) puede ser calificada como tal «[...] cuando no puede ser reducida a una función estadística de la acción individual, cuando presupone una agencia especial, distintiva y colectiva. Es una cuestión de individuos actuando juntos para fusionar sus acciones separadas en un acto distinto unificado que es, al mismo tiempo, de ellos» (Dworkin, 2004, pp. 120-121).

Recapitulando el contenido de la propuesta dworkiniana, su propuesta de democracia constitucional requiere que el reconocimiento del valor de la decisión mayoritaria esté sujeto al respeto de determinadas condiciones de participación de los ciudadanos en la sociedad política. Tales condiciones de participación serán, sin duda, derechos constitucionalizados¹⁵.

13 Cabe señalar que Dworkin precisa que la premisa mayoritaria no rechaza toda manifestación de control de constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, considera que restringe la voluntad popular y, por ello, necesita una especial fundamentación sin dejar de mencionar que nunca dejará de ser cuestionada como limitativa de la voluntad popular. Así, ha señalado que: «[...] la mayoría de las personas que presupone que la premisa mayoritarista establece la definición y la justificación suprema de la democracia acepta que en algunas ocasiones la voluntad de la mayoría no debería gobernar. Están de acuerdo en que la mayoría no debería ser siempre el juez final respecto de cuándo su propio poder debe ser limitado para proteger derechos individuales, y aceptan que, al menos algunas de las decisiones de la Corte Suprema que revirtieron legislación popular, como lo hizo la decisión *Brown*, son correctas. La premisa mayoritarista no impide excepciones de ese tipo, pero insiste en que, en esos casos, aun si algún apartamiento del gobierno mayoritario está justificado, algo moralmente lamentable ha sucedido, un costo moral ha sido pagado. La premisa supone que, en otras palabras, siempre es injusto cuando no se permite a una mayoría política salirse con la suya, de manera tal que, cuando existen razones contrarias lo suficientemente fuertes como para justificar ese desvío, la injusticia permanece» (Dworkin, 2004, pp. 116-117).

14 «En síntesis, la concepción constitucional de la democracia adopta la siguiente actitud frente al gobierno mayoritario. Democracia significa gobierno sujeto a condiciones, las cuales podríamos denominar condiciones "democráticas" de igualdad de estatus para todos los ciudadanos. Cuando las instituciones mayoritarias provean y respeten las condiciones democráticas, entonces el veredicto de estas instituciones debería ser aceptado por todos por esa razón. Pero cuando no lo hacen, o cuando no las proveen o respetan suficientemente, entonces no pueden objetarse, en nombre de la democracia, otros procedimientos que protejan y respeten mejor esas condiciones» (Dworkin, 2004, pp. 117-118).

15 Esas condiciones de participación son el derecho al voto, la libertad de expresión, la igualdad ante la ley y todos aquellos otros que permitan la adecuada, libre e igual participación en la comunidad política.

Para Dworkin, la premisa mayoritarista cuestiona el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes (que implica, siempre, una restricción a la decisión de la mayoría) desde las ideas básicas de libertad, igualdad o fraternidad. Esto se debe a que a través de dicho control, la decisión de la mayoría de una sociedad política se ve anulada o afectada por un procedimiento no mayoritario, se trata de una excepción lastimosa a su concepción. Ronald Dworkin revisa los argumentos que sostienen que la lectura moral de la constitución es capaz de superar esas objeciones y trata de demostrar que, en consecuencia, la lectura moral de la constitución no es únicamente una alternativa a la premisa mayoritarista, sino una alternativa sustancialmente superior a ella.

Dworkin se propone superar las objeciones que la premisa mayoritarista plantea a la lectura moral de la constitución. Para ello, empieza por desmontar aquel cuestionamiento a la idea de libertad que la premisa mayoritarista parece recoger; en la medida en que sostiene que la democracia (entendida en su versión estadística) es la expresión de la libertad de la comunidad política. Si la democracia tiene como consecuencia el gobierno de la mayoría, que libremente decide autolimitar su libertad como condición necesaria para poder vivir en comunidad, cualquier mecanismo que permita dejar sin efecto aquella decisión será, necesariamente, un mecanismo que limita o cuestiona dicha libertad. Para enfrentarse a este cuestionamiento, Dworkin es contundente al afirmar que la versión estadística de la democracia, en la medida en que no se encuentra arraigada en ningún valor sustancial y está limitada únicamente a la decisión de la mayoría, puede permitir dejar de lado a ciertas minorías del proceso político, y no hay en ella garantía del autogobierno de todos los miembros de la sociedad política. Esa garantía solo se consigue en una democracia comunal que puede asegurar el autogobierno, a través de la idea de pertenencia moral¹⁶.

Ronald Dworkin se interroga respecto de la forma en que se puede describir la pertenencia de una persona a una comunidad política. En este sentido, Dworkin empieza la construcción de su respuesta a partir de la concepción comunal de la acción colectiva, al resaltar la importancia intrínseca que tiene para cualquier sujeto el hecho de la participación en los asuntos públicos, no tanto por el grado de influencia que pueda llegar a tener (que posiblemente sea mínimo) sino por la adscripción *moral* que siente frente a ellos¹⁷.

Para describir las razones por las que se produce ese fenómeno, Dworkin alude al concepto de pertenencia moral¹⁸, el cual provee al individuo de un conjunto de vínculos que

16 «En esta sección, estamos considerando el argumento según el cual el costo moral en el que se incurre cuando la premisa mayoritarista es abandonada es un costo en términos de libertad. Hemos clarificado ya ese argumento: debemos entenderlo como significando que el pueblo se gobierna a sí mismo cuando se satisface la premisa mayoritarista, y que cualquier compromiso de esa premisa compromete al autogobierno. Pero ese mayoritarismo no garantiza el autogobierno salvo cuando todos los miembros de la comunidad en cuestión son miembros morales, y la premisa mayoritarista no reconoce condicionamientos de ese tipo. Los judíos alemanes no integraban la comunidad política que intentó exterminarlos, aunque habían votado en las elecciones que llevaron a Hitler al poder; y el Holocausto no constituyó un ejercicio de autogobierno de los judíos, aunque haya sido aprobado por una mayoría de alemanes» (Dworkin, 2004, p. 124).

17 «Si soy un miembro genuino de la comunidad política, los actos de esa comunidad son, en un sentido, relevantes para mis propios actos, aun cuando hubiera argumentado y votado en contra de ellos, al igual que la victoria o la derrota de un equipo del que soy miembro es mi victoria o mi derrota aun si mi contribución personal no estableció ninguna diferencia para alcanzar cualquiera de los dos resultados» (Dworkin, 2004, p. 123).

18 «Debemos describir alguna conexión entre un individuo y un grupo que haga justo tratarla, y sensato que ella se trate a sí misma, como responsable de lo que hace. Permitámonos juntar esas ideas en el concepto de pertenencia moral, por el cual queremos significar el tipo de membresía a una comunidad política que adopta el autogobierno. Si la verdadera democracia es la del gobierno del pueblo, en el sentido comunal que provee autogobierno, entonces la verdadera democracia se basa en la pertenencia moral» (Dworkin, 2004, pp. 123-124).

permiten que su integración en la comunidad política se realice bajo condiciones que permitan que dicho individuo pueda considerarse (y ser considerado por los demás integrantes) como un integrante valioso de la comunidad política a la que pertenece. La pertenencia moral requiere de dos tipos de condiciones: unas estructurales y otras relacionales. Las condiciones estructurales están referidas a aquellas condiciones necesarias para poder describir: «[...] el carácter de la comunidad como un todo [...] para ser considerada una comunidad política genuina» (Dworkin, 2004, p. 125). Pero para Dworkin lo más importante son las denominadas condiciones relacionales, que son aquellas que: «[...] describen la forma en la que un individuo debe ser tratado por una comunidad política genuina para ser un miembro moral de esa comunidad. Una comunidad política no puede contar a nadie como un miembro moral a menos que le dé a esa persona una parte en cualquier decisión colectiva, una participación en ella e independencia frente a ella» (Dworkin, 2004, p. 125)¹⁹.

De este modo, el concepto de pertenencia moral fundamenta la idea según la cual la libertad de las personas no se ve afectada por la lectura moral de la constitución, pues ella misma sería el fundamento del autogobierno, que no es otra cosa que la aceptación de la limitación de la libertad de las personas como consecuencia de sus propias y autónomas decisiones. Estas se encuentran garantizadas y pueden estarlo mejor aún a través de cláusulas constitucionales que sean objeto de una lectura moral que, por ejemplo, frente a una concepción meramente mayoritaria donde el único valor determinante sea el número de votos.

De esa forma, Ronald Dworkin desarma la validez de los cuestionamientos a la lectura moral de la constitución desde la perspectiva de la libertad así como de la igualdad²⁰. Por otro lado, desacredita igualmente la sustancia del cuestionamiento desde la lógica de la comunidad (o fraternidad, para utilizar expresiones que son un homenaje a las ideas básicas del constitucionalismo europeo continental) que sostiene: «[...] que la lectura moral atribuye las decisiones políticas más fundamentales a una élite de la profesión jurídica, que debilita el sentido público de comunidad y que le arrebató su sentido de aventura común» (Dworkin, 2004, p. 130).

19 De esta manera, las condiciones relacionales imponen la obligación de reconocer a todo sujeto moral como integrante de una comunidad política, y la posibilidad de participar en el proceso de toma de decisión así como en la decisión misma. No sería suficiente que pueda discutir sobre la conveniencia de adoptar una determinada postura; sino que debe, también, poder votar junto con los demás integrantes para determinar si esa postura es, finalmente, adoptada como ley. Unido a eso, el carácter de independencia está referido al reconocimiento de autonomía moral y de individualidad del sujeto que, por muy relevante que sea la participación de la sociedad en su vida, no puede sustituirse en la propia voluntad y convicciones del sujeto.

20 «[...] la lectura estadística de la acción política le da poco sentido a la idea de que la igualdad política se ve comprometida cada vez que la voluntad de la mayoría se frustra. Y la idea es ridícula de todos modos, si tenemos la lectura estadística en mente. En una democracia extensa y continental, el poder político de cualquier ciudadano común es minúsculo en cualquier explicación de lo que significa el poder político, y la disminución de ese poder individual como consecuencia de los límites constitucionales de la voluntad mayoritaria es mucho más minúscula aun. El argumento igualitario a favor de la premisa mayoritarista parece inicialmente mucho más prometedor; sin embargo, si lo separamos de la lectura estadística de la acción política y lo redefinimos desde la perspectiva de la lectura comunal. Desde esa perspectiva, la igualdad no es una cuestión de relaciones entre ciudadanos uno a uno, sino más bien una relación entre la ciudadanía, entendida colectivamente como "el pueblo" y sus gobernantes. La igualdad política se da cuando el pueblo regula la actividad de sus funcionarios, en última instancia, y no viceversa. Esto provee un argumento menos ridículo a favor de la proposición según la cual el control de constitucionalidad y otras restricciones a la premisa mayoritarista dañan la igualdad política. Podría decirse que cuando los jueces aplican las cláusulas constitucionales para derogar legislación sancionada por el pueblo a través de sus representantes el pueblo ya no está al mando. Pero este argumento es exactamente el mismo que el considerado en la última sección: apela, una vez más, a los ideales de la autodeterminación política» (Dworkin, 2004, pp. 129-130).

Para ello, Dworkin sostiene que la lectura moral puede facilitar un debate amplio sobre cuestiones políticamente controvertidas, debate que, ciertamente, no está limitado por las paredes de una corte judicial pero que no debería ignorar los efectos positivos que del mismo pueden derivarse. Al considerar posible esos efectos positivos, Dworkin señala que, al menos, la lectura moral debería ser considerada como una alternativa viable que permita o facilite dicho debate y la comprensión pública de las discusiones más importantes sobre asuntos de interés público.

Según estos planteamientos, para Ronald Dworkin no existe ninguna propuesta que tenga mejores argumentos que la lectura moral de la constitución.

2.2. John Hart Ely y el control procedimental de la constitucionalidad de la ley.

Una segunda forma alternativa para ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes es la planteada por John Hart Ely, quien sostiene la posibilidad de llevar a cabo un control únicamente procedimental. En su libro *Democracia y desconfianza*, John Hart Ely propone una visión alejada de la determinación judicial de los valores fundamentales consagrados en la constitución para exigir que el control de la constitucionalidad de las leyes sea visto como el control del procedimiento democrático de adopción de decisiones fundamentales de la sociedad²¹, y que restrinja a los jueces la capacidad de adoptar decisiones materiales, pues ni dichas decisiones están claramente establecidas en la norma constitucional ni el juez es el sujeto que se encuentra en mejor posición para adoptarlas. Esto, por el contrario, le asigna al juez la función de defensor del procedimiento democrático, al buscar asegurar, de esta forma, el correcto funcionamiento de las instituciones representativas²².

La propuesta de John Hart Ely parte de reconocer que existen dos posibles formas de afrontar el proceso de interpretación de una norma constitucional, las cuales denomina textualismo e interpretativismo²³. Sobre las diferencias entre las dos formas de interpretar una norma constitucional señala lo siguiente:

Lo que diferencia al textualismo de la posición contraria (el interpretativismo) es su insistencia en que el trabajo de las ramas del poder puede invalidarse únicamente de acuerdo con una inferencia cuyo punto de partida, cuya premisa subyacente, pueda descubrirse con claridad en la Constitución. El que no sea posible encontrar en ella la inferencia completa —pues no es probable que se haya previsto la situación particular— es, por lo general, algo aceptado por ambas partes. (Ely, 1997, p. 20)

21 Se ha dicho que ante la imposibilidad de adscribirse a algún método objetivo que permite descubrir objetivamente aquellos valores materiales y ante la inevitabilidad de la controversia moral que ello significa, Ely se superpone a dicho problema para, desde ahí, empezar a construir su propia propuesta. «Hace falta una salida, pero no podemos encontrarla entre las arenas movedizas de la discusión moral. Ese es, precisamente, el punto de partida de Ely: la clave de la interpretación constitucional no reside en la búsqueda de una presunta objetividad valorativa, sino que ha de ser reconstruida a partir de la lógica de la democracia representativa» (Bayon, 1985. p. 145).

22 «[...] según Ely, no son los “valores fundamentales”, sino las condiciones que aseguran el buen funcionamiento del proceso democrático, lo que el juez debe imponer al legislador a través de las cláusulas superabstractas del texto constitucional» (Ferrerres Comella, 2011, p. 57).

23 «La primera tesis sostiene que los jueces deberían limitarse a hacer efectivas las normas que están explícitamente establecidas, o claramente implícitas, en el texto constitucional. La segunda tesis sostiene que los jueces deberían trascender este conjunto de normas y apelar a otras que no pueden descubrirse dentro de las “cuatro esquinas” del documento constitucional» (Ferrerres Comella, 2011, p. 55).

De esta manera, el textualismo se arroja de la legitimidad que proviene de la existencia de un texto normativo que ha emanado válidamente de una autoridad democrática. Así, nos ofrece dos atractivos importantes: primero, descarta la utilización de criterios subjetivos, pues afianza su interpretación en la propia norma constitucional; segundo, dicho afianzamiento reduce las objeciones que se le plantea al control constitucional como una forma antidemocrática de gobernar, ya que en buena cuenta los jueces, en realidad, actualizan las decisiones adoptadas por los constituyentes tiempo atrás (Ely, 1997, pp. 22-23).

A continuación de estas ideas, Ely empieza a desentrañar las contradicciones y falencias en las que incurren los defensores del textualismo como método de interpretación judicial de la constitución. Así, señala que una lectura del sistema de gobierno de los Estados Unidos nos revelará que, por un lado, se afirma como una democracia representativa en donde debe predominar la voluntad de la mayoría pero, por otro lado, también es un sistema de gobierno consciente de la necesidad de proteger a las minorías frente a eventuales abusos de los grupos que detenten el poder (Ely, 1997, p. 26). Ahora bien, de esta constatación, señala Ely, no se deriva necesariamente la intervención de los jueces para determinar la corrección de las opciones planteadas por los legisladores (de una mayoría)²⁴.

Luego, sostiene que los defensores del textualismo incurren en una falacia cuando afirman que los jueces, en realidad, actualizan las decisiones que en su oportunidad tomaron los constituyentes o el pueblo mismo, pues es la constitución, una norma ratificada popularmente, la que les provee directamente los valores sustanciales que tienen que aplicar en un caso concreto²⁵. Incurren en una falacia pues resulta evidente, a partir de la lectura del propio texto constitucional, que en ella existen normas ante las cuales no basta la simple lectura para determinar con claridad su sentido sino que están abiertas, dada la imprecisión con que fueron redactadas, a la búsqueda de su significado fuera de los estrictos límites de la constitución²⁶.

Al llegar a este punto, Ely afirma que la opción por un textualismo limitado por cláusulas generales como fórmula para mantener la legitimidad de su adscripción a los mandatos constitucionales sin dejar de observar la necesidad de interpretar cláusulas abiertas²⁷ adolecerá de las mismas deficiencias puesto que ningún criterio interpretativo resulta satisfactorio para resolver el problema de la falta de objetividad²⁸.

24 «Una mayoría sin trabas es ciertamente peligrosa, pero se requeriría una inferencia heroica para pasar de esta idea a la conclusión de que la aplicación, por parte de funcionarios no electos, de una "Constitución no escrita" será una respuesta apropiada en una república democrática» (Ely, 1997, p. 26).

25 «[...] el textualista, por el contrario, toma sus valores de la Constitución con lo cual, dado que la Constitución misma fue sometida a ratificación popular y la obtuvo, estos valores proceden, en última instancia, del pueblo. De esta manera, no son los jueces quienes controlan al pueblo, sino la propia Constitución, con lo cual el pueblo se controla a sí mismo» (Ely, 1997, p. 27).

26 «Pues el propio documento constitucional —la Biblia del textualista— contiene una serie de disposiciones que invitan a mirar más allá del texto, invitación ineludible a convertirse, al menos en esa medida, en interpretación libre» (Ely, 1997, p. 31).

27 «[...] la tarea de la persona que interpreta la disposición [...] es identificar el tipo de males contra los cuales estaba dirigida la disposición y actuar en contra de sus contrapartes contemporáneas. Obviamente, será una tarea difícil, pero seguirá siendo textualista (la determinación "del alcance actual y significado de una decisión que la nación, en un momento anterior; articuló e incluyó en el texto constitucional")» (Ely, 1997, pp. 31-32).

28 Para una reconstrucción de la crítica que efectúa Ely respecto del textualismo limitado por cláusulas, véase: Alonso García (1984, pp. 330-331).

Ante esta evidencia, Ely avanza hacia una de sus principales tesis al afirmar que:

Si no puede desarrollarse un enfoque razonado de la aplicación judicial de las disposiciones constitucionales abiertas, que no se encuentre en clara contradicción con el compromiso de nuestra nación con la democracia representativa, los comentaristas responsables deben considerar seriamente la posibilidad de que los tribunales simplemente deban evitarlos. (Ely, 1997, pp. 60-61)

Al tratar de superar las deficiencias del textualismo frente a las cláusulas abiertas (o indeterminadas), Ely pasa revisión a lo que denomina como el descubrimiento de los valores fundamentales, que Ely identifica como interpretativismo en el sentido de ser una metodología de interpretación constitucional no constreñida por el texto de la norma sino que, luego de advertir la insuficiencia del texto normativo y de la historia legislativa que lo explica, pasa a buscar el sentido de las normas constitucionales fuera de su propio texto. Así, señala que:

La línea académica prevaleciente ha sostenido durante largo tiempo que la Corte Suprema debiera satisfacer las disposiciones abiertas de la Constitución mediante la identificación e imposición a las ramas políticas de aquellos valores que, según una u otra fórmula, son verdaderamente importantes o fundamentales. (Ely, 1997, p. 63)

Sin embargo, esos valores fundamentales que la doctrina ha identificado como los valores del juez, el derecho natural, los principios neutrales, la razón, la tradición, el consenso, entre otros, son todos ellos imprecisos, controvertidos y carentes de objetividad²⁹.

Como afirma Ely, comprobar que el textualismo y la búsqueda de valores fundamentales son propuestas destinadas al fracaso conduce al intérprete de la constitución a un callejón sin salida. A no tener, aparentemente, opciones que tomar³⁰. Ante esta imposibilidad es que Ely propone como alternativa una lectura procedimental de la constitución, la misma que tiene como objetivo liberar al juez de la tarea de adopción o determinación de valores sustantivos (que Ely entiende no puede realizar de manera objetiva) y que propone, más bien, que en consonancia con la tradición democrática que le reserva al legislador dicha tarea, encargue al juez una función de supervisión de la corrección del procedimiento democrático de adopción de decisiones sustantivas³¹.

29 Para una revisión de las críticas de Ely a cada uno de estos criterios véase Alonso García (1984, pp. 330-341) y Díaz Revorio (2004, pp. 194 y ss.).

30 «Un enfoque textualista —al menos aquel que aborda las disposiciones constitucionales como unidades autosuficientes— una vez analizado, resulta incapaz de mantenerse fiel al espíritu evidente de ciertas disposiciones. Sin embargo, cuando buscamos una fuente externa de valores para dar contenido a la textura abierta de la Constitución —una fuente que no termine sencillamente sustituyendo a la Corte como un consejo de control legislativo— buscamos en vano» (Ely, 1997, p. 97).

31 «Si hubiera que resumir al máximo la posición de Ely frente a la objeción contramayoritaria, esta consistiría en decir que, según la Constitución norteamericana, los Tribunales tienen como función asegurarse de que las decisiones adoptadas sean verdaderas decisiones democráticas. El Tribunal, por tanto, sería un órgano estructuralmente no democrático pero funcionalmente democrático en la medida en que se encarga de velar por la democraticidad de los demás. Si la democracia exige ciertos prerequisites (libertad de expresión, etc.) también implica ciertos controles *a posteriori* (*Judicial Review*)» (Balbuena Cisneros, 2001, p. 271).

Esta propuesta, que podríamos calificar como «control procedimental de la constitucionalidad de las leyes» se articula a través de tres pilares: primero, configurar al juez constitucional como vigilante del proceso de representación; segundo, despejar y asegurar los canales del proceso político; tercero, facilitar la representación de las minorías³².

En el desarrollo de sus tesis, Ely sostiene que el juez, en lugar de buscar la determinación de valores sustanciales, debe erigirse como un vigilante del proceso de representación política en el cual se puede encontrar, con mayor grado de legitimidad y certeza, aquellos valores fundamentales que deben regir la vida social.

Para ello, sustenta su posición en tres ideas fundamentales. En primer lugar, sostiene que la Constitución de los Estados Unidos no define, preferentemente, valores sustanciales, sino que defiende procedimientos de adopción de valores sustanciales. En segundo lugar, el control judicial del procedimiento se acomoda mejor a los principios subyacentes de la democracia representativa pues permite al legislador adoptar dichas decisiones y reserva al juez una función de control formal y no sustancial. En tercer lugar, esta tarea de control formal y no sustancial puede ser desarrollada adecuadamente por los jueces. Para sustentar estas ideas, Ely se refiere a la Corte Warren y señala que fueron dos los principios orientadores de su jurisprudencia, la defensa de medios para la expresión del proceso político (antes que la determinación del contenido de decisiones políticas) y el restablecimiento de igualdad de condiciones para colectivos sociales tradicionalmente afectados³³.

El segundo componente de la propuesta de Ely es despejar y asegurar los canales del cambio político. Para tal efecto se requiere asegurar, básicamente, dos derechos cuya lectura procedimental reafirma como una forma plausible de entender la interpretación constitucio-

32 Eduardo García de Enterría señala que, en paralelo a la construcción teórica ofrecida por Ely, desde Alemania, Peter Häberle efectuaba una: «[...] explicación de la Constitución como un sistema formal y de técnicas procedimentales que permiten el funcionamiento de una sociedad abierta, en la cual la alternativa y la rectificación política estén siempre aseguradas» (García de Enterría, 2006, p. 234). Refiriéndose a la propuesta de Peter Häberle, Enrique Alonso García ha señalado que la finalidad de un tribunal constitucional «[...] consiste en realizar aquellos valores que tiendan a perpetuar la "apertura" de la sociedad, de forma que ninguna idea ni grupo social queden imposibilitados de raíz de llegar a impactar en el conjunto de la sociedad. Mientras la constitucionalización de valores sustantivos toma opción por concepciones sociales concretas, que, por la rigidez que generan, tienden a "cerrar" otras opciones minoritarias, los valores adjetivos se preocupan simplemente de posibilitar la manifestación de valores sustantivos a los distintos grupos sociales, entrando en juego la cambiante voluntad mayoritaria» (Alonso García, 1984, p. 329). Distanciándose de estas lecturas, Francisco Javier Díaz Revorio señala que no es posible considerar que Häberle hace una propuesta similar a la de Ely en la medida en que, a pesar de resaltar ciertos aspectos procedimentales en la interpretación de la función de la justicia constitucional: «Sin embargo, la concepción constitucional de este autor es material, y no formal como la de Ely. Puede recordarse también la idea de Häberle de que el contenido de los derechos fundamentales debe precisarse mediante la ponderación de bienes, y su concepción de que los mismos comprenden una dimensión individual y una institucional» (Díaz Revorio, 2004, p. 197.)

33 «Ciertamente se trató de sentencias intervencionistas, pero tal intervencionismo no estuvo animado por el deseo de parte de la Corte de vindicar algunos valores sustantivos particulares, que hubiesen determinado como importantes o fundamentales, sino más bien por el deseo de asegurar que el proceso político —que es donde propiamente se identifican, pesan y ajustan tales valores— estuviese abierto a personas de todos los puntos de vista en condiciones que se aproximaran a la igualdad [...] en lugar de anunciar que un determinado bien o valor era tan importante o fundamental que simplemente debía ser suministrado o protegido, el mensaje de la Corte era que, en cuanto los funcionarios políticos habían decidido suministrar o proteger tal valor para algunas personas (por lo general personas como ellos), debían asegurarse de que todos recibirían iguales beneficios o, de lo contrario, deberían estar dispuestos a explicar de manera convincente por qué no» (Ely, 1997, p. 98).

nal y el control de la constitucionalidad de las leyes³⁴, como son la libertad de expresión y el derecho al sufragio. Junto con ellos, se requiere una atención especial respecto del proceso legislativo en sí mismo considerado, pues se trata del vehículo procedimental por excelencia que conduce al cambio político, y que se refiere a la necesidad que el proceso legislativo sea visible³⁵. En otras palabras, se requiere que el resultado del proceso legislativo, es decir, la decisión de los representantes objetivada en la ley, aborde de manera real, completa y agotadora las materias sobre las que se pronuncia; que desestime la práctica de la remisión, reenvío o delegación a instancias no representativas (el Gobierno, fundamentalmente)³⁶; y que exija de esa manera que los representantes políticos del electorado asuman la responsabilidad política de la adopción de sus decisiones.

Finalmente, Ely propone como el tercer elemento de su propuesta la facilitación de la representación de las minorías. Ely sostiene que el considerar únicamente la idea de «una persona, un voto» constituye una mirada distorsionada del principio de igualdad pues, resulta evidente, que por muy abiertos que se encuentren los canales de representación política, aquellos que: «[...] tienen la mayor parte de los votos están en condiciones de votar para sí ventajas a costa de otros, o negarse de otras maneras a tener en cuenta sus intereses» (Ely, 1997, p. 167).

Por lo tanto, una lectura procedimentalista de la constitución requiere un compromiso muy fuerte en defensa de la igualdad y la no discriminación que, desde luego, también pueden ser leídas en clave procedimental. En ese sentido, es importante tener presente que:

[...] este derecho garantiza única y exclusivamente que durante el procedimiento legislativo no se haya minusvalorado los intereses de determinados grupos de personas como consecuencia de la presencia de prejuicios en su contra [...] Las clasificaciones que traza la ley y que implican un trato desigual, en beneficio de unas personas y en detrimento de otras, no son contrarias a la igualdad si a lo largo del proceso legislativo se ha sopesado con igual consideración los intereses de todos. Ahora bien, si los intereses de determinadas personas no se han tenido en cuenta, o se ha minusvalorado su importancia, entonces las leyes que les perjudiquen no respetan el principio de igualdad. (Ferrerres Comella, 2011, p. 59)

Como puede apreciarse, Ely propone colocar al juez constitucional en una función de supervisión y control de las condiciones en que se desarrolla el proceso político antes que como un juez que controle las decisiones políticas en sí mismas, y dejar un margen bastante amplio a la libertad de configuración del legislador. Esto dejaría en sus manos la adopción de las decisiones sustantivas siempre y cuando las condiciones (las precondiciones democráticas) en que tales decisiones sean adoptadas sean respetuosas del proceso democrático en sí mismas³⁷.

34 «[...] ¿cómo han de ejercer los Tribunales la *judicial review*? La respuesta es clara: los Tribunales no deben construir e imponer juicios de valor sustantivos —misión que queda abierta al proceso político—, sino que han de ocuparse de preservar el procedimiento mismo, es decir, las condiciones que aseguran que todos los individuos puedan tener acceso a dicho procedimiento en condiciones equitativas» (Bayon, 1985, p. 146).

35 «Pero la elección popular significará relativamente poco si no sabemos qué hacen nuestros representantes» (Ely, 1997, p. 155).

36 «No tiene mucho sentido preocuparse por la distribución del sufragio y otros derechos políticos personales a menos que las decisiones políticas de importancia sean adoptadas por funcionarios elegidos. Los tribunales deberían asegurarse, entonces, no sólo de que los administradores acaten aquellas orientaciones vigentes de la política legislativa —sobre esto hay poco desacuerdo— sino también de que se den tales orientaciones» (Ely, 1997, p. 163).

37 «¿Cuál es la misión democrática de la revisión judicial? Pues bien, según Ely, el uso de la revisión judicial solo está

2.3. Jeremy Waldron y la propuesta de un control constitucional débil.

Uno de los más importantes representantes de las posturas críticas sobre la legitimidad y democracia de los órganos de control de constitucionalidad de las leyes, es Jeremy Waldron. En su libro *Derecho y desacuerdos* (Waldron, 2005)³⁸, sostiene una postura radicalmente democrática, y fundamenta la inconveniencia de la constitucionalización de los derechos así como del control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Waldron postula, más bien, la revalorización del procedimiento democrático para la adopción de decisiones colectivas y su más importante producto, la ley.

En ese sentido, las tesis de Waldron:

[...] reflejan, en positivo, su posición respecto a la teoría de la autoridad y de la legitimidad de la legislación democrática que es producto de un procedimiento deliberativo desarrollado en un parlamento representativo; y reflejan, también, ahora en negativo, su posición en contra de ciertas teorías de la legitimidad que limitan constitucionalmente la autoridad de la legislación democrática y conceden el poder de control (y de veto) a un tribunal no representativo. (Gargarella y Martí, 2005, p. XLI)

En buena cuenta, las propuestas waldronianas se levantan contra la paradójica situación a la que se enfrentan los defensores del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes y que puede resumirse en los siguientes términos: «[...] afirmamos la existencia de derechos frente a las mayorías, y al tiempo que concedemos que sobre sus límites y contenido esencial decide la mayoría de los que, no elegidos democráticamente, forman parte del tribunal constitucional» (De Lora del Toro, 1998, p. 92).

Para comprender los postulados de Waldron, es preciso tener en cuenta el punto de partida de su análisis, que es el reconocimiento de las personas como sujetos morales que actúan bajo las circunstancias de la política. Con esta premisa, Waldron sostiene que las personas como sujetos morales se encuentran capacitadas para adoptar decisiones relevantes no solo respecto de sí mismos sino también respecto de la sociedad política en la que viven. Porque consideran que sus valoraciones, sus propuestas, y sus alternativas son valiosas y convenientes, es que desean extenderlas al conjunto de la sociedad³⁹.

democráticamente justificado si se ejerce para limpiar o purgar los canales políticos de agregación de preferencias y de acceso a la representación política [cursivas en el original]» (Linares, 2008, p. 122).

38 Aunque Waldron publicó *Law and disagreement* en 1999, las tesis por él sostenidas venían siendo publicadas en diversos artículos y conferencias desde hacía varios años antes. Una actualización de sus posiciones puede encontrarse en Waldron (2006, pp. 1346-1406).

39 «Todo esto parte del presupuesto de que la gente, cuando se pronuncia sobre cuestiones controvertidas de justicia y derechos, ocasionalmente o a menudo vota según sus opiniones reflexivas e imparciales. Presupone, como dije, que sus votos y opiniones no son siempre reflejo de sus propios intereses. Es verdad que la relación entre opiniones e intereses es compleja. Pero creo, no obstante, que es empíricamente cierto que los ciudadanos y los representantes votan a menudo de buena fe y sobre la base de opiniones relativamente imparciales sobre la justicia, los derechos y el bien común. También creo que a menudo nuestras razones para dudar de esto no gozan de buena prensa [...] no es posible que los teóricos de los derechos se refieran a nosotros como individuos autónomos, rectos y responsables cuando describen nuestra necesidad de protección contra las mayorías, a la vez que describen como predadores hobbesianos e irresponsables a los miembros de tales mayorías contra cuya tiranía necesitamos dicha protección. No pueden sostener ambas cosas a la vez» (Waldron, 2005, pp. 22-23).

Por otra parte, cuando se alude a las circunstancias de la política⁴⁰, se hace referencia a la inevitable necesidad de vivir en comunidad a pesar de la existencia de diferencias objetivas e inaplazables sobre las cuestiones verdaderamente importantes de la vida y sobre las que recaen nuestras decisiones morales (Waldron, 2005, pp. 123-124).

De esta manera, pues, debe tenerse en cuenta que todos los logros legislativos que conducen a una sociedad más justa son obtenidos en las circunstancias de la política, es decir, a pesar de la existencia de otras opiniones que cuestionan que dichos logros lo sean efectivamente pero que son respetados y aceptados porque es necesario vivir en sociedad (Waldron, 2005, pp. 128-129).

Ahora bien, como es necesario vivir en sociedad y adoptar decisiones que nos vinculen necesariamente como integrantes de una misma colectividad política, es necesario adoptar algún mecanismo para que dichas decisiones colectivas se expresen y nos vinculen. Esto se debe a que no es razonable sostener el reconocimiento de desacuerdos morales serios entre las personas y desconocer la necesidad de encontrar un mecanismo que satisfaga por igual a todos para adoptar las decisiones necesarias para vivir en comunidad.

Es en este momento en que Waldron sostiene la necesidad de considerar una teoría sobre la autoridad del derecho, al señalar que:

La autoridad del derecho reside en el hecho de que los ciudadanos tenemos la reconocible necesidad de actuar en conjunto sobre diversas cuestiones o de coordinar nuestro comportamiento en determinados ámbitos con referencia a un esquema común, y que dicha necesidad no desaparece porque tengamos desacuerdos acerca de cómo debería ser nuestro curso de acción común o el esquema a partir del que lo definimos. (Waldron, 2005, p. 14)

Ahora bien, la necesidad de reconocer la autoridad del derecho como mecanismo para la adopción de decisiones colectivas no puede dejar de lado el reconocimiento de que, como sujetos morales con capacidad de discernimiento y voluntad, las personas integrantes de una sociedad política puedan sostener posiciones antagónicas entre sí respecto de la existencia de derechos⁴¹ así como de los alcances de los derechos reconocidos⁴². Además, que se afirme que

40 Así, para Waldron, las circunstancias de la política son la constancia de que en la sociedad se discrepa sobre cuestiones morales y que no necesariamente se comparten los criterios de justicia (posición en la que se desmarca de John Rawls), y sostiene que los integrantes de una sociedad política discrepan, de forma razonada y razonable: «Deberíamos sopesar sin duda la relevancia filosófica no solo de la justicia en sí misma, sino también de la naturaleza de las decisiones políticas sobre cuestiones de justicia y corrección, y de los principios que las fundamentan. En la sociedad, diversas personas sostienen teorías divergentes y opuestas de la justicia. Pese a todo, se toman decisiones sociales, se establecen instituciones y estructuras institucionales, que exigen lealtad aun ante tales desacuerdos, incluso cuando dicha lealtad puede parecer una traición moral a aquellos que mantienen una opinión contraria» (Waldron, 2005, p. 9).

41 «No es que algunos de nosotros estemos en posesión de *la verdad* [cursivas en el original] acerca de los derechos, una verdad que nuestros oponentes, voluntaria o irracionalmente, no alcanzan a comprender porque están cegados por la ignorancia, el prejuicio o el interés. Los derechos implican cuestiones demasiado complicadas para permitir o para requerir este tipo de explicación. Se trata sencillamente de cuestiones difíciles, cuestiones sobre las que personas razonables difieren habitualmente. Son, con toda seguridad, cuestiones *importantes* [cursivas en el original], y la gente actúa propiamente con ferocidad e indignación en defensa de las respuestas que considera correctas. Pero es un error creer que cuanto más importante sea la cuestión, más directa y obvia será la respuesta» (Waldron, 2005, p. 20).

42 «Los derechos implican cuestiones urgentes sobre las que estamos en desacuerdo. Las leyes son el producto de un complejo proceso deliberativo que toma en serio el desacuerdo, y tienen pretensión de autoridad, sin intentar

el derecho es el mecanismo para adoptar dichas decisiones todavía no nos anuncia cómo es que el derecho se expresa ni la forma concreta en que se genera ese derecho. Waldron no dudará en señalar que será a través de la ley parlamentaria, como expresión formalizada de la representación política de la sociedad.

En esta parte de su argumentación, Waldron sostiene que el procedimiento para la adopción de decisiones debe ser construido de manera neutral respecto del mayor o menor valor que se otorgue a sus resultados, y es necesario que la forma en que se adopte la decisión (el procedimiento de decisión) no contenga, en sí mismo, ninguna previsión o disposición susceptible de discusión ulterior. Así, sostiene que:

La teoría de la autoridad debe identificar alguna concepción como prevalente sobre la base de criterios distintos a los que son fuente del desacuerdo original. Esta es una de las contribuciones de Thomas Hobbes a la filosofía política: cualquier teoría que hace depender la autoridad de la bondad de los resultados políticos es contraproducente, porque precisamente los desacuerdos sobre la bondad de dichos resultados es la razón por la que necesitamos establecer y reconocer una autoridad. (Waldron, 2005, p. 292)

Waldron insiste en señalar que cualquier procedimiento mayoritario de decisión puede traer como consecuencia la adopción de decisiones arbitrarias, incorrectas, lesivas, y de las más básicas y fundamentales expectativas de la sociedad (Waldron, 2005, p. 110). Por lo tanto, la supuesta arbitrariedad de las decisiones de las mayorías parlamentarias también se le puede imputar a las mayorías de jueces en una corte judicial⁴³.

Ciertamente, Jeremy Waldron no incurre en la ingenuidad de reclamar la vigencia del procedimiento mayoritario como única condición para la adopción de decisiones democráticamente válidas, pues es claro al afirmar que: «La democracia y la decisión mayoritaria solo tienen sentido moralmente bajo ciertas condiciones» (Waldron, 2005, p. 339). Esas condiciones son todas aquellas que permiten mantener abierto en el mayor grado posible los canales de participación democrática (la libertad de expresión, por ejemplo).

En la ley hay dos características fundamentales que Waldron rescata y valora notablemente pues considera que ellas son valiosas fuentes de reconocimiento democrático. Cuando una ley es aprobada a través del voto de la mayoría parlamentaria, merece respeto porque, en

ocultar por ello la controversia y la división que envuelve su aprobación. Los tribunales son también un foro de toma de decisiones sociales en un contexto de desacuerdo, y aunque poseen algunas ventajas, no son necesariamente los más representativos o los más respetuosos de las voces en disputa de la comunidad. Creo que comprenderemos mejor el derecho y el constitucionalismo si somos conscientes de todo ello, que si levantamos una teoría de la justicia y una filosofía sobre la presuposición de que, en último término, se espera que los miembros de una sociedad bien ordenada estén de acuerdo sobre todas las cuestiones importantes de principio» (Waldron, 2005, p. 25).

43 «El control de constitucionalidad de las leyes basado en derechos se defiende a menudo señalando la posibilidad de que los procedimientos democráticos mayoritarios pueden producir resultados injustos o tiránicos. Y realmente pueden hacerlo. Pero eso puede hacerlo cualquier procedimiento que trate de resolver el problema de la decisión social a luz de los desacuerdos sobre lo que cuenta como injusticia o como tiranía. La práctica estadounidense de permitir que la Corte Suprema tenga la decisión última (mediante el voto de la mayoría de sus miembros) sobre cuestiones de derechos fundamentales ha producido en ocasiones decisiones tremendamente injustas [...] Todo aquel cuya teoría de la autoridad atribuya a la Corte Suprema la competencia de tomar decisiones debe enfrentar la paradoja, como cualquier demócrata, de que la opción que él considera justa puede a veces no ser la opción que, según su teoría de la autoridad, debería ser seguida» (Waldron, 2005, pp. 294-295).

primer lugar, da espacio a la expresión de todas las opiniones y consideraciones sobre la justicia y el bien común que se tenga (ello gracias al procedimiento parlamentario de discusión y aprobación de leyes) (Waldron, 2005, pp. 129-131) y porque respeta a todas las personas por igual ya que cada participante tiene un voto (Waldron, 2005, pp. 131-137).

De esta manera:

El método de la decisión mayoritaria [...] implica el compromiso de dar igual peso al punto de vista de cada persona en el proceso por el cual se seleccionará uno de estos puntos de vista como el propio del grupo. De hecho, intenta dar al punto de vista de cada individuo el máximo peso posible en el proceso compatible con un peso igual para el punto de vista de los demás. No solo el punto de vista de cada persona puede ser mínimamente decisivo, sino que el método atribuye un poder de decisión máximo a cada uno, sujeto solo a la restricción de la igualdad. En este sentido, la decisión mayoritaria se presenta a sí misma como un método equitativo de toma de decisiones. (Waldron, 2005, p. 137)

Cuando se aprueba una ley y, en consecuencia, una de las posturas es derrotada en votación, debemos tener presente que dicha derrota nunca es definitiva, pues existen diversos mecanismos para revertir legítimamente dicha decisión. Lo realmente importante es que el respeto a la ley no significa que no podamos trabajar válidamente por cambiarla. Ahora bien, el reconocimiento de la ley debe significar también el respeto a su acatamiento en tanto siga vigente (Waldron, 2005, pp. 121-122). En otras palabras, está prohibido incumplir la ley pero está permitido hacer todo lo posible por cambiarla válidamente. En este sentido, es importante tener en cuenta que: «Quizá debamos entonces darle algunas vueltas más a este asunto, y explorar la posibilidad de que la decisión mayoritaria exija nuestro respeto precisamente por tratarse de un proceso de toma de decisiones que no intenta, mediante ningún subterfugio filosófico, dejar de lado la pluralidad y los desacuerdos» (Waldron, 2005, p. 120).

La importancia de la participación de los ciudadanos en la configuración de sus derechos es especialmente resaltada por Waldron en la medida en que constituye un deber derivado del reconocimiento de la persona como sujeto moral capaz de decidir en condiciones de igualdad con los demás integrantes de la sociedad respecto del sentido de sus derechos⁴⁴. Solo esta participación le permite actuar en condiciones de igualdad con los demás integrantes de la sociedad política a la que pertenece (mientras decida seguir perteneciendo a ella). De esta manera:

[...] podemos concluir que el atractivo de la participación democrática consiste en el hecho de que es una solución basada en derechos al problema del desacuerdo sobre los derechos. Apela a las propias capacidades que los derechos como tales connotan, y revela una forma de respeto en la resolución del desacuerdo político en consonancia con el respeto que los derechos evocan en sí mismos. (Waldron, 2005, p. 300)

Waldron enfila sus críticas contra la constitucionalización de los derechos al sostener que propuestas de esa naturaleza presuponen una confianza ilimitada en el buen juicio de quien

44 «[...] todo mecanismo de decisión que no tomara en cuenta la opinión de los propios sujetos afectados, supondría la negación, según Waldron, del derecho básico de participación en la adopción de acuerdos que atañen a los individuos, es decir, de la dimensión legislativa de la autonomía. Implicaría autorrefutar ese derecho mínimo a la igual consideración y respeto de todos ellos» (De Lora, 1998, pp. 72-73).

las propone y una desconfianza absoluta respecto de las intenciones y criterios de quienes proponen algo diferente o se oponen a aquellas⁴⁵. Además, rechaza la constitucionalización de las normas sobre derechos porque considera que la práctica constitucional demuestra que ello conduce a una extrema formalización y rigidez frente al desarrollo de la discusión política respecto del contenido de tales derechos⁴⁶.

Waldron, al referirse a la especial dignidad del procedimiento democrático para la aprobación de la ley, señala que ella está relacionada con la propia calidad de sujeto moral de las personas, y es la aplicación en la vida política de la autonomía individual:

Las razones que me hacen pensar en el ser humano como portador de derechos son las mismas razones que me permiten confiar en él como portador de responsabilidades políticas. Precisamente, porque yo veo a toda persona como un potencial agente moral, dotado de dignidad y autonomía, desearía confiar al pueblo *en masse* la obligación del autogobierno. (Waldron, 2005, p. 266)

De lo anteriormente expuesto, Waldron deducirá la conveniencia de dotar del menor grado de rigidez posible a la adopción de acuerdos sobre los derechos, y correlativamente propone la máxima apertura posible a su modificación, precisamente, para mantener vivo y efectivo el valor esencial de la participación ciudadana⁴⁷.

Finalmente, Waldron desestima la intervención judicial en la determinación de los derechos desde otro punto de vista, al asumir por un momento que es posible que los desacuerdos en la sociedad desaparezcan porque podríamos encontrar una verdad moral, frente a ello sostiene que aun cuando pueda demostrarse que dicha verdad existe en asuntos de política, a lo máximo que podría aspirar un juez es a determinar a través de sus criterios cuál es su verdad e imponerla sobre los demás (Waldron, 2005, p. 216).

Con todo lo anteriormente expuesto, Jeremy Waldron considera oportuno formular la pregunta fundamental que viene tratando de diseñar adecuadamente, y que no es otra que la

45 «Incorporar un derecho en un documento constitucional atrincherado supone adoptar una cierta actitud hacia nuestros conciudadanos. Dicha actitud se resume mejor como una combinación de seguridad en uno mismo y desconfianza. Seguridad en la convicción propia de que lo se está proponiendo es realmente una cuestión de derechos fundamentales y de que la formulación concreta que se propone la recoge adecuadamente; y desconfianza implícita en su idea de que cualquier otra concepción alternativa que pudiera ser elaborada por los legisladores electos al año siguiente o dentro de diez años será probablemente tan errónea y estará tan mal motivada, que más vale que sitúe inmediatamente su propia formulación más allá del alcance de la revisión legislativa ordinaria» (Waldron, 2005, p. 264). Debe tenerse presente que ello es más grave cuanto más específica sea dicha fórmula, pues dejará menor margen de actuación al legislador o al juez. Por el contrario, si la forma textual utilizada es imprecisa, lo que ocurrirá en realidad es que se trasladará la decisión sobre el contenido de los derechos al órgano jurisdiccional a pesar de que se afirme que se trata de derechos constitucionalizados.

46 «Un derecho jurídico protegido en una carta de derechos encuentra tal protección bajo el auspicio de alguna forma lingüística canónica mediante la cual se enuncian las disposiciones de dicha carta. Una lección que podemos extraer de la experiencia constitucional de los Estados Unidos es que las palabras utilizadas en cada disposición de la carta de derechos tienden a cobrar vida por sí mismas, convirtiéndose en un obsesivo eslogan que sirve para expresar cualquier cosa que uno quiera decir sobre el derecho en cuestión» (Waldron, 2005, p. 262).

47 «[...] de esto se sigue que un límite constitucional es menos irrazonable *qua* precompromiso cuanto mayor sea la posibilidad de modificarlo mediante procedimientos de reforma constitucional [...] Así que, si hay una objeción a un límite constitucional determinado, esta objeción no queda refutada señalando que existe una posibilidad formal de reforma o cambio: la naturaleza y el alcance de dicha posibilidad es precisamente lo que está siendo objetado. Lo único que podemos decir es que la objeción habría sido incluso más fuerte si no hubiera existido la posibilidad de reforma» (Waldron, 2005, p. 327).

referida a la determinación de quién debe ser el sujeto que en la sociedad política compuesta por sujetos morales, capaces e inteligentes, deba tomar las decisiones sobre derechos⁴⁸.

Llegados a este punto, Waldron responde sin la menor duda a aquella pregunta que se desprende naturalmente de toda su exposición y que parece contener un planteamiento democrático tan radical como comprometido con la defensa de la libertad individual y con la responsabilidad de vivir en una sociedad política compuesta por personas iguales en dignidad. Él plantea que, sin temor a equivocarse, es necesario dejar en claro que todas las cuestiones relativas a los derechos de los ciudadanos deben poder ser decididas a través de procedimientos mayoritarios.

Waldron no duda en señalar que, efectivamente, todas las cuestiones socialmente relevantes respecto de la determinación de los derechos de los ciudadanos deberían quedar a disposición de los procedimientos mayoritarios de decisión de los propios ciudadanos y de aquellos que son sus representantes, y que eso se encuentra mucho más justificado que otorgarle dicho poder a un pequeño grupo de jueces que, además, no son responsables (políticamente) ante los ciudadanos por sus decisiones (que tienen, todas ellas, importantísimos efectos políticos)⁴⁹.

La propuesta waldroniana es *radicalmente democrática* y su autor es plenamente consciente de ello y justifica los alcances de la misma señalando que siempre existe una ganancia absolutamente relevante si al momento de la adopción de una decisión con efectos a toda la colectividad, es esta colectividad la que toma libremente dicha decisión. Y esa ganancia, esa ventaja moral, está íntimamente relacionada no con la posibilidad de haber obtenido una respuesta correcta (la misma que siempre es plenamente contingente) sino en el valor derivado de la autonomía y el reconocimiento de los efectos positivos del aprendizaje⁵⁰. Por lo demás, esta propuesta tiene la invalorable ventaja de asegurar que:

48 «Si tenemos presente todo esto, estaremos mejor equipados para ocuparnos de la pregunta institucional “¿quién decidirá qué derechos tenemos cuando todos estamos en desacuerdo?”. Y seremos entonces capaces de enfocar la cuestión de si debemos atribuir las cuestiones controvertidas sobre los derechos a los tribunales o al Parlamento —a una élite de hombres sabios o a los representantes del pueblo que se verá afectado por la decisión— a partir de una estructura mental filosóficamente más modesta, jurídicamente menos arrogante y políticamente menos aterrorizadora que la actual mentalidad de la constitucionalización» (Waldron, 2005, p. 275).

49 «Una vez garantizado que no hay nada ilógico en asignar las disputas sobre derechos asociados a la democracia a un procedimiento mayoritario, ¿qué garantiza que se nos respeten tales derechos? ¿Cómo pueden estar seguros los derechos si están a merced de la decisión de la mayoría? ¿Cómo puede ser el respeto por los derechos consistente con un proceso que parece no imponer límites *a priori* a los resultados políticos? ¿Las conclusiones a las que hemos llegado no dejan todo al alcance de nuestra mano (*up for grabs*)? La respuesta más directa es: “sí, todo está al alcance de nuestra mano en una democracia, incluyendo los derechos asociados a la democracia misma”. O, ciertamente, todo lo que es objeto de desacuerdo de buena fe está al alcance de nuestra mano. Esta es la clave del asunto, puesto que afirmar lo contrario sería imaginarnos a nosotros mismos, como una comunidad, en posición de tomar parte en tal desacuerdo pero sin que lo parezca en ningún momento» (Waldron, 2005, p. 362).

50 «Hay algo que se pierde, desde un punto de vista democrático, cuando un individuo o una institución no electa ni responsable (*unaccountable*) toma una decisión vinculante acerca de lo que implica la democracia. Si toma la decisión correcta, entonces —seguro— se producirá algún beneficio democrático que oponer a esta pérdida, pero nunca será lo mismo que si no hubiera habido pérdida alguna en primer lugar. Por otra parte, si una institución que sí es electa y responsable (*accountable*) toma la decisión equivocada sobre lo que implica la democracia, entonces, aunque se produce alguna pérdida para la democracia en el contenido de la decisión, no es insensato que los ciudadanos se consuelen pensando que al menos han cometido su propio error acerca de la democracia y no que se les haya impuesto el error de algún otro. Puede que el proceso no sea lo único que nos importa en la toma de decisiones democráticas; pero no deberíamos afirmar que, dado que la decisión versa sobre la democracia, el proceso es irrelevante» (Waldron, 2005, p. 351).

[...] no estamos legitimados a asegurar la estabilidad al coste de silenciar el disenso o retirar el sufragio a aquellos que lo expresan. Y no deberíamos usar las ideas de garantía constitucional o compromiso constitucional como un modo de evitar la deliberación efectiva sobre una materia sobre la que los ciudadanos están aún desarrollando y debatiendo sus diversos puntos de vista. (Waldron, 2005, p. 365)

De esta manera, Jeremy Waldron concluye su argumentación a favor de un reconocimiento radical del valor del procedimiento mayoritario para la adopción de decisiones relevantes respecto de las decisiones morales que debe adoptar una sociedad bajo las circunstancias de la política, de la vida en sociedad. Planteado así el problema, resulta claro que dicho procedimiento mayoritario debe conducir; además, a entregarle el mayor grado posible de decisión a los ciudadanos, sujetos morales con capacidad de discernimiento, inteligentes y convencidos de la conveniencia de sus posturas morales que cuando actúan razonablemente mantienen discrepancias abiertas (razonables y moralmente valiosas, también) con otros ciudadanos.

En este punto, queda claro en la propuesta waldroniana que solo la decisión mayoritaria de los ciudadanos puede otorgarnos un curso de acción, no la solución correcta, sino un camino entre otros posibles para seguir viviendo en sociedad.

Como dicha opción es únicamente una opción entre las existentes, deberá tenerse presente que su cambio o modificación debe ser posible, y razonable en el tiempo y en el procedimiento. Por lo tanto, Waldron es un demócrata radical que se opone, razonable y fundadamente, a la consagración constitucional (es decir, petrificada o tendencialmente petrificada, sujeta a un cambio dificultoso) de los derechos y mucho más a que la decisión final, definitiva y vinculante sobre los caminos que la sociedad debe seguir sea fijada, no por todos los participantes de la sociedad política a través de procedimientos abiertos a la discusión pública de sus contenidos, sino a un grupo selecto de funcionarios políticamente irresponsables, los jueces constitucionales⁵¹.

3. La actuación del Tribunal Constitucional: entre la defensa de la Constitución y el respeto al legislador

Luego de pasar revista a las diversas posibilidades de actuación de los órganos jurisdiccionales frente al problema de la interpretación constitucional y a la forma en que la comunidad política debería enfrentarse al problema de la determinación de derechos y los mecanismos para la solución de los conflictos que de ellos se susciten, conviene plantear qué lecciones podemos extraer de dichas posturas teóricas frente a la labor concreta y específica que desarrolla en nuestro ordenamiento jurídico el Tribunal Constitucional.

Para ello, es preciso recalcar que en el caso peruano no se puede prescindir del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes porque el ordenamiento en el Perú se caracteriza por estar configurado por una Constitución normativa pródiga, precisamente, en recono-

51 «Si, por otra parte, decidimos tratar con respeto las concepciones de los demás, si no tratamos de esconder el hecho de nuestras diferencias o eliminar el disenso, entonces no tenemos elección y debemos adoptar procedimientos para zanjar desacuerdos políticos que no determinen por sí mismos cuál va a ser el resultado. En este sentido, la política deja todo a nuestro alcance de un modo que puede ser desconcertante desde algún punto de vista. El respeto por las opiniones y las conciencias de los demás significa que no hay nadie que tenga por sí solo el control sobre los resultados políticos que su conciencia o sus propios principios parecen dictarle. Este, me parece, es sencillamente un precio que hay que pagar» (Waldron, 2005, p. 362).

cer normas sustantivas en materia de derechos. La preocupación principal está en determinar cómo es que debe actuar el juez constitucional en esa circunstancia. Frente a ese hecho, es preciso recordar que los órganos jurisdiccionales han merecido múltiples y muy variadas muestras de confianza. Por ejemplo, Rawls, al referirse al papel que le corresponde jugar a la Corte Suprema de los Estados Unidos, no dudó en calificarla como paradigma de la razón pública⁵².

En primer lugar, con respecto a Jeremy Waldron, ¿son de utilidad sus argumentos en ordenamientos jurídicos que establecen una constitución y crean un tribunal constitucional? La propuesta de Waldron se orienta a cuestionar la necesidad o conveniencia de una constitución escrita y la legitimidad de un órgano de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Por lo tanto, algún lector podría objetar la conveniencia de utilizar los argumentos expuestos por Waldron para cuestionar el funcionamiento de una jurisdicción constitucional en particular porque, precisamente, dicho autor parte de la necesidad de no contemplar una constitución escrita ni de la constitucionalización de derechos.

Sin embargo, sí es particularmente importante recoger las posiciones teóricas de Waldron y enfrentarlas a la práctica particular de una jurisdicción para apreciar aquello que *Derecho y desacuerdos* nos revela como valores fundamentales de una sociedad democrática, como son la deliberación, la discusión pública de los asuntos de interés común y la necesidad de reconocer la contingencia y temporalidad de las decisiones que determinan la convivencia social.

Con tal fin, es conveniente recordar que, a pesar del reconocimiento de la superioridad ordinamental de la constitución frente a cualquier otra norma, de dicha circunstancia no se desprende lógicamente la necesidad de un órgano jurisdiccional para su adecuada protección, como ha sido puesto de relieve por algunos autores (Nino, 1997, pp. 261-269)⁵³.

A partir de esta premisa, resulta muy importante tener presente que uno de los más importantes aportes de Waldron consiste en resaltar el valor de la igualdad de la participación de todos los integrantes de la sociedad política así como en el carácter contingente y necesario de las decisiones adoptadas (y, correlativamente, en la plena posibilidad de su cambio a través de los procedimientos establecidos). Este carácter contingente deriva del reconocimiento del igual valor de las opiniones de los demás integrantes de la sociedad política, así como de la asunción del procedimiento democrático como el procedimiento de selección de tales valores ante la imposibilidad de reconocer a una decisión en particular como la mejor decisión posible.

De esta circunstancia, es posible entender el porqué del rechazo de Waldron a la creciente constitucionalización de los derechos ya que dicho nivel de formalización de un acuerdo político tiene como directa consecuencia una creciente dificultad para su modificación y adaptación a un nuevo contexto político. Si ello está unido a la existencia de un órgano jurisdiccional que funciona como la instancia suprema del sistema jurisdiccional, con capacidad de imponer sus propias interpretaciones en torno a lo que debe entenderse como parte integrante de la norma constitucional (teniendo en cuenta todas las dificultades inherentes a la labor de inter-

52 «Decir que la Corte Suprema es la entidad ejemplar de la razón pública significa también que es tarea de los magistrados tratar de elaborar y expresar en sus opiniones razonadas la mejor interpretación de la Constitución que puedan dar; utilizando sus conocimientos acerca de la aplicación de la Constitución y de los casos constitucionales precedentes. En esto la mejor interpretación es la que mejor se ajuste al cuerpo de leyes pertinente de esos materiales constitucionales, y se justifique en términos de la concepción pública de la justicia o de una variante razonable de ella» (Rawls, 2003, p. 224).

53 Se puede consultar el siguiente texto del mismo autor: Nino (1991, pp. 97 y ss.). En el mismo sentido se pronuncia De Lora (1998, pp. 95 y ss.).

pretación) y que dificulta o agrava, ella misma, el proceso de modificación o alteración de tales decisiones, el resultado es que la dinámica política es ralentizada, demorada, u obstaculizada. Pero, por otro lado, también resulta que dicha dinámica política se ve opacada por la actuación de actores no sujetos a responsabilidad política que, con sus decisiones, interfieren directa y gravemente en la determinación de dichas políticas⁵⁴.

Así, los jueces constitucionales tienen una gravísima responsabilidad respecto del procedimiento democrático, pues con el conjunto de sus decisiones pueden sustraer las competencias propias del legislador al imponer de manera coactiva una determinada interpretación de la constitución. De esta forma, cuanto más constitucionalizados sean los derechos y mayor intervención tengan los jueces constitucionales para definir de manera obligatoria su contenido, menores serán los espacios para la discusión política abierta, y más difícil será transitar por los procedimientos para su cambio. Por lo tanto, Jeremy Waldron alerta sobre el efecto negativo que, sobre el proceso político, tiene la creciente tendencia a la constitucionalización de derechos, ya sea por su propio reconocimiento normativo o como consecuencia de interpretación que de dichas normas hacen los jueces constitucionales.

Por lo tanto, podemos concluir que la crítica waldroniana contiene una propuesta para evitar el riesgo de petrificación de las decisiones políticas⁵⁵ a través de un ejercicio más restrictivo de las tareas interpretativas de los jueces constitucionales, a partir del respeto amplio y generoso de la posición democrática especial del legislador, a través de la cual, en realidad, se respeta la dignidad e igualdad de todos los integrantes de la sociedad política y se asegura su igual participación en el proceso político.

Por su parte, la propuesta de John Hart Ely no debe ser reducida únicamente a una visión procedimental del control constitucional, pues ello significaría dejar de reconocer que su análisis empieza por destacar la imposibilidad de la objetividad en la tarea judicial de descubrimiento de los valores materiales configurados por la constitución.

Quienes sostengan que la propuesta de Ely debe descartarse porque la constitución no es únicamente procedimiento, no deberían dejar pasar la oportunidad de confrontar las críticas que formula a las diversas formas de determinación judicial de los valores materiales. Tal vez la visión procedimental de Ely pueda no resultar plenamente satisfactoria debido a la dificultad de entender o configurar los derechos constitucionales preferentemente como procedimientos y no como constitutivos de valores. Pero lo que, sin lugar a dudas, es una cuestión diferente —y mucho más controvertida— es que por esa razón, como por arte de magia, sus críticas a los diversos métodos de interpretación constitucional que sustentarían la posibilidad de un descubrimiento objetivo de los valores fundamentales consignados en la constitución pierdan inmediatamente, por ese motivo, toda solidez y toda capacidad crítica.

Sin embargo, se han levantado importantes críticas contra la propuesta de una lectura procedimental de la constitución. Se ha afirmado que la determinación de un procedimiento para la determinación o fijación de valores sustanciales o fundamentales para la vida política expresa, en sí misma, determinados valores que son los que motivan dicha elección⁵⁶. Esto

54 Un estudio clásico sobre este tema en particular puede verse en Dahl (2007, pp. 83-99).

55 Criterio que es perfectamente aplicable incluso en aquellos ordenamientos en los cuales existe una constitución escrita y un órgano jurisdiccional de control de la constitucionalidad de las leyes.

56 En referencia a Laurence Tribe, Juan Carlos Bayón señala lo siguiente: «[...] los valores procedimentales son, mal que nos pese, valores, y, por tanto, así como la elección entre varios procedimientos posibles supone inevitablemente un juicio de valor sustantivo, así también la elección entre diferentes formas posibles de entender el pro-

implicaría una contradicción en la lógica de la propuesta de Ely, lo que debería conducirnos a descartar dicha posibilidad.

Consideramos que esa crítica podría superarse si percibimos los diferentes momentos en que se manifiestan esas decisiones. Debemos recordar que el momento de la consagración constitucional de los derechos (independientemente de si se les configura como valores sustantivos o si se les otorga un valor procedimental) ocurre en la etapa constituyente, es decir, en un momento prejurídico en el que la actuación del poder constituyente es temporal y lógicamente anterior a la creación del ordenamiento, mientras que el proceso de interpretación de dichas normas es ciertamente posterior y en el cual el juez (en general, cualquier intérprete) debe subordinarse necesariamente a las decisiones que en aquel momento anterior se tomaron.

A partir de este planteamiento, se podría entender que la opción por una lectura procedimental de las normas constitucionales es, en buena cuenta, una lectura que busca asegurar las condiciones para la adecuada realización del proceso político y que los derechos con claro contenido sustantivo estén orientados y sean interpretados con miras a asegurar el procedimiento de decisión democrático.

Cabe señalar que, si bien es cierto que este resultaría un claro ejemplo de decisión con contenido sustantivo, también es verdad que se trata, como se afirmó antes, de una decisión constitucional. Además, por las características de las normas constitucionales, su contenido no suele ser definido de manera absoluta y agotadora, y se deja un amplio margen de libertad para que el legislador proceda a determinarlo en cada oportunidad. Es ahí donde la lectura procedimental de las normas constitucionales juega un rol relevante, pues atiende a la necesidad de asegurar las condiciones para que la discusión política y la decisión democrática puedan desarrollarse satisfactoriamente⁵⁷.

Se trata, pues, de reconocer que no es posible descartar la existencia de contenido sustantivo en las constituciones, sino de reconocer que de dicha situación no se desprende, necesariamente, que los jueces tengan que realizar, en un grado extraordinario, la tarea de definir ese contenido sustantivo, y postergar la función que deben desarrollar los legisladores en la determinación —en cada momento histórico— de lo que sean las decisiones colectivas que deben regir a la sociedad.

Si, como ocurre en la realidad, las normas constitucionales son diseñadas como normas sustantivas, con contenidos indeterminados pero claramente atributivas de derechos, y el juez se encuentra relativamente incapacitado para utilizar algún criterio objetivo que

cedimiento consagrado por la Constitución (por ejemplo, qué límites a la libertad de expresión son compatibles con la conservación del procedimiento democrático constitucionalizado) nos plantea un problema para el que no puede brindarnos una respuesta la propia lógica del proceso» (Bayon, 1985, pp. 147-148).

57 «¿Qué ocurre si, de hecho, la Constitución de un determinado país no se ajusta al modelo de una “Constitución procedimental”? No por ello pierde interés la propuesta teórica que estamos considerando, pues quienes aceptan esta propuesta pueden sugerir al juez constitucional que actúe de tal manera que su función se acerque al máximo a la que le correspondería bajo una Constitución procedimental. Así, pueden recomendar al juez que restrinja su actuación a la de garante del proceso democrático, asumiendo como válidas las leyes que apruebe el Parlamento, salvo en el caso de que afecten a los derechos de participación» (Ferrerres Comella, 2011, p. 54). En el mismo sentido Juan Carlos Bayón (1985) señala que: «La Constitución (se) compromete con un procedimiento de toma de decisiones, no con un conjunto de decisiones específicas, puesto que estas no quedan fijadas de antemano de manera cerrada, sino que van surgiendo y renovándose como resultados de aquel proceso» (p. 146).

le permita determinar su contenido⁵⁸, de ello se desprendería la necesidad de respetar la posición del legislador; quien se encuentra mejor posicionado y más legitimado, para fijar en cada oportunidad ese contenido sustantivo posible que encaje dentro de los límites fijados por la norma constitucional.

Así, la defensa del procedimiento democrático y de las condiciones de la discusión pública se convertirían en el criterio fundamental que el juez constitucional debe observar para la determinación de la validez de las decisiones legislativas. De esta forma, el aporte de Ely debería rescatarse y reconocer su validez al aceptar que, incluso, las normas constitucionales sustantivas pueden ser objeto de una lectura procedimental en el sentido de atender al procedimiento y condiciones de discusión política que dio lugar a su aprobación⁵⁹.

Finalmente, la revisión de la postura de Ronald Dworkin permite reconocer que, a pesar de ser un ardiente defensor del control judicial de la constitucionalidad de las leyes, no deja de reconocer que es posible diseñar modelos institucionales en los cuales no existan, al menos de la misma manera que en los Estados Unidos, un sistema judicial de control de constitucionalidad. Esta es una conclusión fundamental que, a veces, es ignorada⁶⁰. Otro aspecto fundamental en la propuesta de Dworkin es la aplicación del principio de integridad, el cual exige coherencia y racionalidad en el ejercicio de la función normativa y en la aplicación de dichas normas, manifestándose especialmente en el uso y consideración del precedente así como en las exigencias necesarias para garantizar la validez de los cambios interpretativos y normativos⁶¹.

58 «Relativamente incapacitado» porque, como señala Bernal Pulido, el intérprete puede alcanzar determinados niveles de objetividad o, al menos, encontrar métodos interpretativos menos subjetivos que otros para proceder, precisamente, con dicha determinación.

59 En este sentido, en la misma línea que Ferreres Comella, se puede sostener que la teoría de Ely: «[...] puede reconstruirse como una teoría que trata de indicar al juez constitucional cuáles son los casos en que está justificado que actúe con especial sospecha frente al legislador. La idea sería que está justificado un mayor nivel de sospecha cuando la ley afecta a un derecho de participación política o cuando afecta desfavorablemente los intereses de grupos que se encuentran con dificultades para interactuar con otros grupos en la sociedad y en la política. En los demás casos, el juez debería actuar con mayor deferencia hacia el legislador: En esta reconstrucción, no se rechaza la necesidad de una teoría sustantiva acerca de qué fines públicos puede la mayoría invocar como razones legítimas y de suficiente peso para justificar la restricción de un derecho o el establecimiento de una determinada desigualdad de trato. Pero se insiste en que solo cuando la ley afecta a los derechos de participación política o a los grupos vulnerables está justificado que el juez examine con sospecha la ley aprobada democráticamente» (Ferreres Comella, 2011, p. 64).

60 «No quiero decir que no hay democracia si los jueces no tienen el poder de hacer a un lado lo que la mayoría piensa que es correcto y justo. Muchos arreglos institucionales son compatibles con la lectura moral, incluyendo algunos que no dan a los jueces el poder que tienen en la estructura estadounidense. Pero ninguno de estos diversos diseños es, en principio, más democrático que otros. La democracia no insiste en la necesidad de que los jueces tengan la última palabra, pero tampoco en que no deban tenerla» (Dworkin, 2004, p. 106).

61 «Aunque los principios de justicia son de primera importancia, precisamente en virtud de su carácter material, los principios de equidad y proceso debido ocupan un lugar muy importante dado el carácter institucional del derecho. Son particularmente importantes en la tarea judicial, dada la función crucial de los tribunales como "órganos primarios" del derecho en tanto que sistema normativo institucionalizado. Los jueces no pueden aplicar directamente los principios de justicia —y, me importa subrayar, no ya la concepción particular de justicia que ellos creen mejor; sino ni siquiera aquella que consideran que corresponde a su comunidad—, haciendo caso omiso de las reglas de jerarquía normativa, de principios como el de división de poderes o las distintas restricciones procedimentales impuestas al sistema de prueba. Estas condiciones y restricciones deben encontrar su justificación dentro de la filosofía política que sirve de soporte justificatorio a la tarea del juez. Diversas concepciones filosófico-políticas las articularán de diferente forma y les otorgarán pesos diferentes; pero probablemente ninguna concepción sensata justificaría que los jueces las ignoren» (Santos Pérez, 2005, pp. 86-87).

De este modo, pues, aunque Dworkin se aleja de las posturas que proponen a un juez menos comprometido con la tarea de determinación del contenido sustancial de las normas constitucionales, espera que dicha tarea sea realizada con pleno respeto a la función que el legislador tiene en un Estado democrático y constitucional de derecho, y es consciente, evidentemente, de los límites que la función jurisdiccional debe respetar.

Aunque no es posible establecer un hilo conductor que permita leer conjuntamente estas posturas teóricas, se puede adelantar que sí existe un criterio en el cual coinciden y que es el de establecer que el juez constitucional debe entender su función como la de un sujeto constreñido (en mayor o menor medida, pero definitivamente no es un sujeto libre) al momento de determinar el contenido de las normas constitucionales y que el legislador, en la medida en que resulta ser el representante político de los ciudadanos, merece una atención particular y gozar de un grado significativo de deferencia respecto de las decisiones materiales sobre el contenido de los derechos⁶².

Cualquiera de estas aproximaciones plantea, sin duda, problemas de difícil solución, ya que salvo algunos atrincheramientos mínimos (el reconocimiento de nuestra condición de sujetos morales, la necesidad de la vida en sociedad, la existencia de desacuerdos sustantivos sobre la justicia) poco es lo que se puede avanzar para alcanzar un consenso extendido en la sociedad. Entonces, frente al hecho absolutamente necesario de adoptar decisiones colectivas, nos enfrentamos a la difícil decisión de determinar quién debe tener la última palabra respecto de aquellas decisiones fundamentales que nos rigen como sociedad⁶³.

Desde esta perspectiva, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, al atribuirse el control del ejercicio de la reforma constitucional, por ejemplo, constituye una manifestación extrema de los riesgos de un ejercicio desbocado de la función del control de la constitucionalidad de las leyes cuando esta no es consciente de sus límites, y deja de lado la posición del legislador democrático. En consecuencia, pone en riesgo la definición misma de Estado constitucional⁶⁴.

62 «El reconocimiento de la legislación como función originaria y no derivada depende necesariamente de que la Constitución se conciba no como un sistema cerrado de principios, sino como un contexto abierto de elementos, cuya determinación histórico-concreta, dentro de los límites de elasticidad que tal contexto permite, se deja al legislador: Sólo así es posible que la existencia de una Constitución que contiene principios sustantivos no contradiga el pluralismo, la libertad de la dinámica política y la competición entre propuestas alternativas. Pensar lo contrario no sólo representa una manifestación de soberbia de los juristas, sino que constituye también un riesgo "holístico" de asfixia política por saturación jurídica. La Constitución se situaría contra la democracia» (Zagrebelsky, 1995, p. 152).

63 Evidentemente, lo dicho no presupone una visión idílica de la actuación parlamentaria. Para que la actuación parlamentaria sea merecedora de consideración, deberá respetar en un grado relevante muchas condiciones que permitan, precisamente, la expresión de posiciones alternativas a las de la mayoría dominante y que se permita el debate público. Sobre estas condiciones se expusieron algunos avances en el trabajo titulado Los derechos de las minorías políticas en el Parlamento. En *Ius et Veritas*, n. ° 18 (2000, pp. 200-224).

64 Véase: Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. n. ° 0050-2004-AI/TC. Así como este, existen otros ejemplos que permiten apreciar la forma en que nuestro Tribunal Constitucional se sobrepone al legislador al imponer su particular punto de vista sin apenas contemplar o entender la especial legitimación democrática de la que goza (bajo ciertas condiciones, ciertamente) el legislador: Uno de esos ejemplos lo constituye el caso de la jurisprudencia en materia de derechos sociales, donde se pueden encontrar pronunciamientos en los que se extienden verdaderas órdenes de cumplimiento de derechos sociales (como deberes de prestación de servicios médicos especializados, por ejemplo) no solo al demandante individualmente considerado, sino haciendo extensivas, sin más, dichas prestaciones a grupos y colectivos sin prestar la menor atención al inevitable costo de su cumplimiento sobre el Poder Ejecutivo, así como del propio Poder Legislativo, pues el Tribunal resuelve, de buenas a primeras, un tema que involucra decisiones de orden presupuestal y administrativo sin tener en cuenta otras

Acaso la respuesta —un tanto desalentadora para quienes defienden un modelo fuerte de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes— sea que, tal vez, lo mejor que nos podría ocurrir como sociedad política es que no exista esa última voz, y que el debate sobre lo verdaderamente importante en nuestras vidas como sujetos comprometidos con un orden social nunca deba cerrarse jurídicamente de forma definitiva para dejar, así, a cada generación la inestimable tarea de decidir su futuro⁶⁵.

consideraciones igualmente constitucionales. Por todas, véase: Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. n. ° 3426-2008-HC/TC. Incluso, para el caso de sentencias en las que únicamente se proponen recomendaciones o exhortaciones al Poder Ejecutivo, cabría hacer la misma crítica porque ¿cuál tendría que ser la posición del Tribunal en caso de la sistemática desatención de sus exhortaciones? Todo lo anterior no prejuzga el carácter plenamente normativo de los llamados derechos sociales, pero atiende a la preocupación de la asunción por parte del Tribunal Constitucional de funciones que no le corresponden y por el peligro de que, al asumirlas, estas no sean llevadas hasta sus últimas consecuencias, pues lo contrario pondría al frente sentencias meramente semánticas en el peor sentido del término. Sobre la problemática del cumplimiento de los derechos sociales, véase: Abramovich y Courtis (2002).

65 Como nos lo recuerda la Constitución francesa de 1793 cuando dice que: «Un pueblo siempre tiene el derecho de revisar; reformar y cambiar su Constitución. No puede una generación sujetar a sus leyes a las generaciones futuras».

REFERENCIAS

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Prólogo de L. Ferrajoli. Madrid: Trotta.
- Alonso García, E. (1984). *La interpretación de la Constitución*. Prólogo de F. Rubio Llorente. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Balbuena Cisneros, A. (2001). *Suprema Corte de Justicia de la Nación y jurisdicción constitucional en México* [memoria para optar el grado de doctor]. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Bayon, J. C. (1985). El debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana (Dworkin, Ely, Tribe, Barber). *Revista de las Cortes Generales*, (4).
- Bernal Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Prólogo de José Luis Cascajo Castro. Cuarta edición (actualizada). Bogotá: Universidad Externado de Colombia 2014.
- Bonarino, P. (2003). *Integridad, derecho y justicia. Una crítica a la teoría jurídica de Ronald Dworkin*. Siglo del Hombre Editores.
- Bovero, M. (2006). Prefacio. En P. Salazar Ugarte, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Fondo de Cultura Económica.
- Calsamiglia, A. (1992). El concepto de integridad en Dworkin. *Doxa*, (12).
- Campos Bernal, H. J. (2012). Epílogo. El activismo judicial y el constitucionalismo del futuro. En H. J. Campos Bernal (ed.), *Control constitucional y activismo judicial*. Lima: ARA Editores.
- Dahl, R. (2007). La toma de decisiones en una democracia: la Corte Suprema como una institución que crea políticas públicas. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 8(1). Publicado originalmente en 1957.
- De Lora del Toro, P. (1998). *La interpretación originalista de la Constitución: (una aproximación desde la filosofía del derecho)*. Madrid: Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Delgado Pinto, J. (2002). La noción de integridad en la teoría del Derecho de R. Dworkin: análisis y valoración. *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año 7(11).
- Díaz Revorio, F. J. (2004). *La "Constitución abierta" y su interpretación*. Presentación de D. García Belaúnde. Lima: Palestra.

- Dworkin, R. (2004). La lectura moral y la premisa mayoritarista. En H. Hongju Koh, y R. C. Slye (compiladores), *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa.
- Ely, J. H. (1997). *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes.
- Ferreres Comella, V. (2011). *Justicia constitucional y democracia*, segunda edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- García Belaunde, D. (1993). La interpretación constitucional como problema. *Pensamiento Constitucional*. Perú: Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional. Escuela de Graduados. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- García de Enterría, E. (2006). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Cuarta edición. Madrid: Thomson - Civitas.
- Gargarella, R. (2011). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, primera reimpresión. Prólogo por Cass Sunstein. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición.
- Gargarella, R. y Martí, J. L. (2005). Estudio preliminar. En J. Waldron. *Derecho y desacuerdos*. Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Hongju Koh, H. y Slye, R. C. (compiladores). (2004). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa.
- Linares, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Presentación de Pilar Domingo. Madrid: Marcial Pons.
- Navarro, P. E. y Redondo, M. C. (compiladores). (2002). *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. Barcelona: Gedisa.
- Nino, C. S. (1991). Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad. En C. S. Nino, B. Ackerman, C. F. Balbín, G. Bouzat, G. R. Carrió, y C. F. Rosenkrantz, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad* [investigación colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires]. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Nino, C. S., Ackerman, B., Balbín, C. F., Bouzat, G., Carrió, G. R. y Rosenkrantz, C. F. (1991). *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad* [investigación colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires]. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Nino, C. S. (1997). *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- Rawls, J. (2003). *El liberalismo político*. Fondo de Cultura Económica.
- Sager, L. (2007). *Juez y democracia: una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. Madrid - Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Salazar Ugarte, P. (2006). *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Fondo de Cultura Económica.

- Santos Pérez, L. (2005). *Liberalismo e igualdad. Una aproximación a la filosofía política de Ronald Dworkin*. Universidad Externado.
- Schmitt, A. (2002). ¿Necesita la democracia una Constitución protegida? En P. E. Navarro, y M. C. Redondo (compiladores), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. Barcelona: Gedisa.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2004). Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 0050-2004-AI/TC.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2008). Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 3426-2008-HC/TC.
- Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Estudio preliminar de R. Gargarella, y J. L. Martí. Traducción de J. L. Martí, y Á. Quiroga. Madrid - Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Waldron, J. (2006). The core of the case against judicial review. *Yale Law Review*, (115), 1346-1406.
- Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Epílogo de G. Peces-Barba. Madrid: Trotta.

LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA: UN PRINCIPIO CONSTITUCIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Isabel Sánchez Benites
Facultad de Derecho, PUCP

Categoría egresados

El presente documento aborda los principales aspectos desarrollados en un capítulo de la tesis que la autora elaboró para optar por el título de abogada por la PUCP y que defendió en el 2014. Se trata de un estudio sobre la libertad de enseñanza desde las siguientes fuentes: la Constitución, el derecho internacional de los derechos humanos, la legislación y la jurisprudencia. En relación con esta última fuente, se incluyen las experiencias comparadas de Colombia y España. Este tema de investigación se enmarca en el área del derecho constitucional y parte de la concepción de la Constitución como abierta y dinámica (Landa Arroyo, 2011, p. 16). En ese sentido, se realiza una propuesta de interpretación de la naturaleza jurídica, contenido y alcances de la libertad de enseñanza en el caso peruano.

Así, se plantea que la libertad de enseñanza es un principio constitucional que dimana de la dimensión de libertad del derecho fundamental a la educación, que exige el respeto del valor del pluralismo en el sistema educativo y en el desarrollo de la actividad educativa. Asimismo, entre sus principales manifestaciones, según el bloque de constitucionalidad, se encuentran (i) el derecho de los particulares a establecer y dirigir centros de enseñanza y la libertad de cátedra; (ii) la libertad de acceso al sistema educativo y la libertad de aprendizaje de los educandos; y (iii) la prohibición de la manipulación ideológica de los estudiantes, tanto en las instituciones educativas públicas como privadas (sentido negativo), y el desarrollo de acciones permitidas bajo ciertos límites en el ámbito ideológico de la educación (sentido positivo).

I. Introducción

La educación es uno de los fines consustanciales del Estado social y democrático de derecho¹, que en el caso peruano tiene una doble naturaleza jurídica: es un derecho fundamental y, también, un servicio público². No obstante, como derecho fundamental, tanto la justicia constitucional como la doctrina especializada han centrado especialmente su atención en la dimensión prestacional de la educación, en desmedro de su dimensión de libertad. Es precisamente en esta dimensión de libertad donde corresponde ubicar a la libertad de enseñanza, reconocida en el artículo 13 de la Constitución Política de 1993.

1 Véase: Tribunal Constitucional del Perú (2004, FJ 7).

2 Véase: Tribunal Constitucional del Perú (2006b, FJ 11).

A nivel comparado, puede señalarse que la libertad de enseñanza ha sido reconocida en constituciones como la de Alemania (en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, artículo 5.3), la de Chile de 1980 (artículo 19.11), la de Francia de 1946 (implícita en el Preámbulo), la de Italia de 1948 (artículo 33) y la de México de 1917 (implícita en el artículo 3)³. Un rasgo común en los textos constitucionales revisados es la ubicación o imbricación de la libertad de enseñanza en el marco de configuración del derecho a la educación, aun cuando no en todos los casos aquella haya sido reconocida en la misma disposición o conjunto de disposiciones constitucionales dedicadas a la educación o, incluso, no haya sido considerada de manera explícita en el texto constitucional, como en el caso francés o mexicano. Al respecto, se observa que el objeto de protección a nivel constitucional de la libertad de enseñanza no es de carácter unívoco: en algunos casos, ella se referirá a la libertad de creación de centros educativos de todo nivel por los particulares (Francia, Chile y México) o se identificará con la libertad de cátedra (Alemania e Italia).

El caso peruano no es una excepción en lo que respecta al carácter complejo de la libertad de enseñanza. A continuación, se desarrollarán las fuentes para su estudio, así como una propuesta de interpretación a partir del bloque de constitucionalidad.

2. Fuentes para el estudio de la libertad de enseñanza

2.1. Constitución.

2.1.1. La libertad de enseñanza en la historia constitucional del Perú.

Desde la Constitución Política de 1856 es posible ubicar, en los textos constitucionales peruanos, disposiciones relativas a la enseñanza libre de la educación primaria, secundaria y superior. El ejercicio de dicha enseñanza, según tales disposiciones, debía supeditarse al respeto de ciertos límites fijados por ley. A partir de esta Constitución, también se permitió que los particulares pudiesen dirigir establecimientos educativos siempre que reunieran las condiciones exigidas legalmente. En cuanto a las universidades, su fundación por los particulares, sujeta a límites legales, fue permitida desde la Constitución Política de 1867. A su vez, la libertad de cátedra, como garantía, fue contemplada por primera vez en la Constitución Política de 1933.

2.1.2. La libertad de enseñanza en la Constitución Política de 1979.

El artículo 21 de la Constitución Política de 1979, primer artículo del capítulo IV, reconoció el derecho a la educación y a la cultura como inherentes a la persona humana e indicó que el Estado reconocía y garantizaba la libertad de enseñanza. En el artículo 28, se dispuso que la enseñanza, en todos sus niveles, debía impartirse con lealtad a los principios constitucionales y a los fines de la correspondiente institución educativa.

El derecho de los particulares (personas naturales y jurídicas) a fundar, sin fines de lucro, centros educativos sobre la base del respeto de los principios constitucionales fue reconocido en el artículo 30. Asimismo, según dicho artículo, ningún centro educativo podía ofrecer conocimiento de calidad inferior a los del nivel correspondiente, conforme a ley.

De otra parte, en el artículo 31, dedicado a la educación universitaria, se reconoció la libertad de cátedra y se indicó que se rechazaba la intolerancia⁴.

3 Véase: Díaz Revorio (2002, p. 36).

4 Dicha fórmula de reconocimiento se mantendrá en la Constitución Política de 1993.

2.1.3. La libertad de enseñanza en la Constitución Política de 1993.

El primer artículo relativo a la educación en la Constitución Política de 1993 (artículo 13) reconoce la libertad de enseñanza a través de la misma fórmula empleada en la Norma Fundamental anterior: «el Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza».

El derecho de toda persona natural o jurídica a promover y conducir instituciones educativas y de transferir la propiedad de estas conforme a ley ha sido reconocido en el artículo 15, vale decir, en un artículo distinto al que contiene la referencia a la libertad de enseñanza. A diferencia de la Constitución Política de 1979, en la que además se enmarcaba de manera explícita dicha fundación dentro del respeto de los principios constitucionales, en tal artículo no se exige la ausencia de lucro en la fundación de centros educativos por parte de los particulares.

La libertad de cátedra, reconocida en el artículo 18, figura en el marco constitucional relativo a la educación universitaria⁵. Esto representa un elemento de continuidad respecto de la constitución anterior; al igual que la disposición según la cual la enseñanza, en todos sus niveles, debe impartirse de acuerdo con los principios constitucionales y los fines de la institución educativa.

Frente a este diseño constitucional, cabe preguntar por la naturaleza jurídica de la libertad de enseñanza, así como por su contenido y alcances. En ese sentido, debe esclarecerse si en el caso peruano la libertad de enseñanza es un derecho fundamental o se trata propiamente de un principio cuya proyección se manifiesta en algún derecho fundamental (sentido estricto) o conjunto de derechos fundamentales propios del ámbito educativo (sentido amplio), reconocidos por la norma fundamental.

2.2. El derecho internacional de los derechos humanos.

En vista de lo anterior y en aplicación del artículo 55 y de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993 (CFDT), se estudiará a continuación el contenido y los alcances de la libertad de enseñanza según la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Perú.

2.2.1. El sistema universal.

2.2.1.1. La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH).

Si bien la DUDH no contempla un artículo dedicado expresamente a la libertad de enseñanza, es posible vincularla con el artículo 26.3, que reconoce lo siguiente⁶: «[I]os padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos».

2.2.1.2. La Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza⁷.

En lo que concierne a esta convención, corresponde destacar que, según el artículo 5.b, los Estados partes acuerdan⁸ lo siguiente:

5 En este artículo *in fine* se consagra la autonomía universitaria.

6 Cabe recordar que la DUDH, el PIDCP y el PIDESC, así como los respectivos protocolos facultativos de los ambos tratados, integran la denominada Carta Internacional de Derechos Humanos. Véase, para más información, el siguiente enlace de las Naciones Unidas: <http://www.un.org/es/globalissues/humanrights/>

7 Aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su undécima reunión celebrada en París el 14 de diciembre de 1960. Ratificada por el Estado peruano el 19 de diciembre de 1966.

8 Adicionalmente, el artículo 2 de la Convención indica que «En el caso de que el Estado las admita, las situaciones siguientes no serán consideradas como constitutivas de discriminación en el sentido del artículo 1 de la presente

[...] que debe respetarse la libertad de los padres o, en su caso, de los tutores legales, 1° de elegir para sus hijos establecimientos de enseñanza que no sean los mantenidos por los poderes públicos [énfasis añadido], pero que respeten las normas mínimas que puedan fijar o aprobar las autoridades competentes, y 2° de dar a sus hijos, según las modalidades de aplicación que determine la legislación de cada Estado, la educación religiosa y moral conforme a sus propias convicciones [énfasis añadido]; [...] que, además, no debe obligarse a ningún individuo o grupo a recibir una instrucción religiosa incompatible con sus convicciones [énfasis añadido].

2.2.1.3. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)⁹.

Los párrafos 3 y 4 del artículo 13 del pacto señalan lo siguiente:

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas [énfasis añadido], siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones [énfasis añadido].

4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza [énfasis añadido], a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado. (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1999, párr: 28)

2.2.1.4. La libertad de enseñanza según la Observación General n.º 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC).

En la Observación General n.º 13 del CDESC se plantea que la libertad de enseñanza es un derecho en el que pueden distinguirse un conjunto de elementos en atención a los párrafos 3 y 4 del artículo 13 del PIDESC.

➤ Primer elemento.

En dicha observación se sostiene que en el párrafo 3 del artículo 13 del PIDESC se distingue, en primer lugar, lo siguiente: «los Estados Partes se comprometen a respetar la libertad de los padres y tutores legales para que sus hijos o pupilos reciban una educación religiosa o moral conforme a sus propias convicciones» (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1999, párr: 28).

Según el CDESC, este elemento permite que en las escuelas públicas se enseñe historia general de las religiones y ética, a condición de que se impartan «de forma imparcial y objetiva,

Convención: [...] c. La creación o el mantenimiento de establecimientos de enseñanza privados, siempre que la finalidad de esos establecimientos no sea la de lograr la exclusión de cualquier grupo sino la de añadir nuevas posibilidades de enseñanza a las que proporciona el poder público, y siempre que funcionen de conformidad con esa finalidad, y que la enseñanza dada corresponda a las normas que hayan podido prescribir o aprobar las autoridades competentes, particularmente para la enseñanza del mismo grado».

⁹ Aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su undécima reunión celebrada en París el 14 de diciembre de 1960. Ratificada por el Estado peruano el 19 de diciembre de 1966.

[y] que respete las libertades de opinión, de conciencia y expresión» (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1999, párr. 28).

Por consiguiente, que en las escuelas públicas se incluya «la instrucción en una determinada religión o creencia» no se atiene a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 13 del PIDESC, a menos que se prevean excepciones no discriminatorias o alternativas que se adapten a los deseos de los padres o tutores legales (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1999, párr. 28).

➤ *Segundo elemento.*

El segundo elemento que constituye la libertad de enseñanza es la libertad de los padres y tutores legales de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las públicas, «siempre que aquellas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe» (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1999, párr. 29).

Para el CDESC, lo anterior debe complementarse con la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, en la medida que satisfagan los fines de la educación según lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 13 del PIDESC y cumplan ciertas normas mínimas¹⁰ (admisión, planes de estudio, reconocimiento de certificados). Asimismo, de acuerdo con el comité, todos tienen la libertad de establecer y dirigir instituciones de enseñanza, incluso los no nacionales y las entidades o personas jurídicas (como dispone el párrafo 4 del artículo 13 del PIDESC). Pero, además, debe comprenderse que el derecho a establecer y dirigir instituciones de enseñanza alcanza también a las guarderías, universidades e instituciones de educación para adultos. Vale decir, se proyecta sobre todo tipo de instituciones de enseñanza (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1999, párr. 30). Ante ello, en aplicación de los principios de no discriminación, igualdad de oportunidades y participación real de todos en la sociedad, los Estados partes tienen la obligación de velar por que no se provoquen «disparidades extremadas de posibilidades en materia de instrucción para algunos grupos de la sociedad» (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1999, párr. 30).

2.2.1.5. *La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)*¹¹.

En el artículo 29 de la CDN se ha incluido la disposición según la cual:

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

¹⁰ Normas que a su vez deberán respetar los objetivos del párrafo 1 del artículo 13 del PIDESC.

¹¹ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49. Suscrita por el Estado peruano el 26 de enero 1990. Aprobada por Resolución Legislativa n.º 25278, publicada el 04 de agosto de 1990. Instrumento de ratificación depositado el 04 de setiembre de 1990 ante el Secretario General de la ONU. Entró en vigencia en el Perú el 04 de octubre de 1990, de conformidad con el artículo 49 de la CDN.

2.2.2. El sistema interamericano.

2.2.2.1. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

Si bien no se ubica una referencia expresa a la libertad de enseñanza en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador, en él se reconocen los siguientes derechos:

4. Conforme con la legislación interna de los Estados partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos [énfasis añadido], siempre que ella se adecue a los principios enunciados precedentemente¹².
5. Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de *la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza* de acuerdo con la legislación interna de los Estados partes.

2.3. La legislación.

En lo que concierne a esta sección, corresponde indicar que en el ordenamiento jurídico peruano, en el artículo 5 de la Ley General de Educación (LGE)¹³ se halla una referencia expresa a la libertad de enseñanza. En la LGE no se precisa si dicha libertad es un derecho o un principio del proceso educativo. Sin embargo, en la medida en que no ha sido contemplada en el artículo relativo a los principios de la educación¹⁴, puede considerarse que *prima facie*, según esta normativa, no ostenta dicho carácter.

El contenido de este artículo incluye distintos elementos. En primer lugar, en él se emplea una fórmula similar a la que se observa en el artículo 13 de la Constitución Política de 1993: «[l]a libertad de enseñanza es reconocida y garantizada por el Estado». En segundo lugar, se halla la referencia a los derechos y deberes educativos de los padres, y la mención de los derechos de los particulares de constituir y conducir centros y programas educativos. El artículo precisa¹⁵, además, el papel del Estado en relación con la educación privada, y justifica el rol de la iniciativa privada en la oferta del servicio público de la educación.

12 Los principios a los que se refiere el párrafo 4 *in fine* se encuentran en el párrafo 2 del artículo 13: «Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Conviene, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz».

13 El artículo 5 de la LGE indica lo siguiente: «La libertad de enseñanza es reconocida y garantizada por el Estado. Los padres de familia, o quienes hagan sus veces, tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de participar en el proceso educativo y a elegir las instituciones en que estos se educan, de acuerdo con sus convicciones y creencias. Toda persona natural o jurídica tiene derecho a constituir y conducir centros y programas educativos. El Estado reconoce, ayuda, supervisa y regula la educación privada con respeto a los principios constitucionales y a la presente Ley. La iniciativa privada contribuye a la ampliación de la cobertura, a la innovación, a la calidad y al financiamiento de los servicios educativos».

14 Según el artículo 8 de la LGE, «la educación peruana tiene a la persona como centro y agente fundamental del proceso educativo» y se sustenta en los siguientes principios: ética, equidad, inclusión, calidad, democracia, interculturalidad, conciencia ambiental y creatividad e innovación.

15 El artículo 5 *in fine* es una proyección de los roles del Estado en materia educativa, según el artículo 15 de la Constitución Política de 1993, en el ámbito de la educación privada.

Frente a dicha regulación, lo más significativo, en atención al objeto de esta investigación, se encuentra en la referencia a los derechos educativos de los padres y a los derechos de los particulares a establecer y conducir centros y programas educativos.

En cuanto a los derechos educativos de los padres, el artículo 5 ha contemplado el derecho de participación en el proceso educativo y el derecho a elegir las instituciones educativas para sus hijos, de acuerdo con sus convicciones y creencias. Por ello, puede sostenerse que con respecto a los derechos educativos de los padres se ha proyectado legislativamente lo reconocido a nivel constitucional. Sin embargo, el artículo en mención añade un elemento que no fue considerado por el constituyente: la importancia de las convicciones y creencias de los padres en la elección de las instituciones educativas para sus hijos.

Con respecto a los derechos de los particulares, podría considerarse que la regulación de la LGE prácticamente ha repetido la fórmula constitucional¹⁶ de no ser porque el artículo 5 no ha contemplado la facultad de transferir la propiedad de las instituciones educativas conforme a ley, facultad que sí está presente en el artículo 15 de la norma fundamental.

En suma, según dicho esquema legal, la libertad de enseñanza se manifiesta en los siguientes derechos:

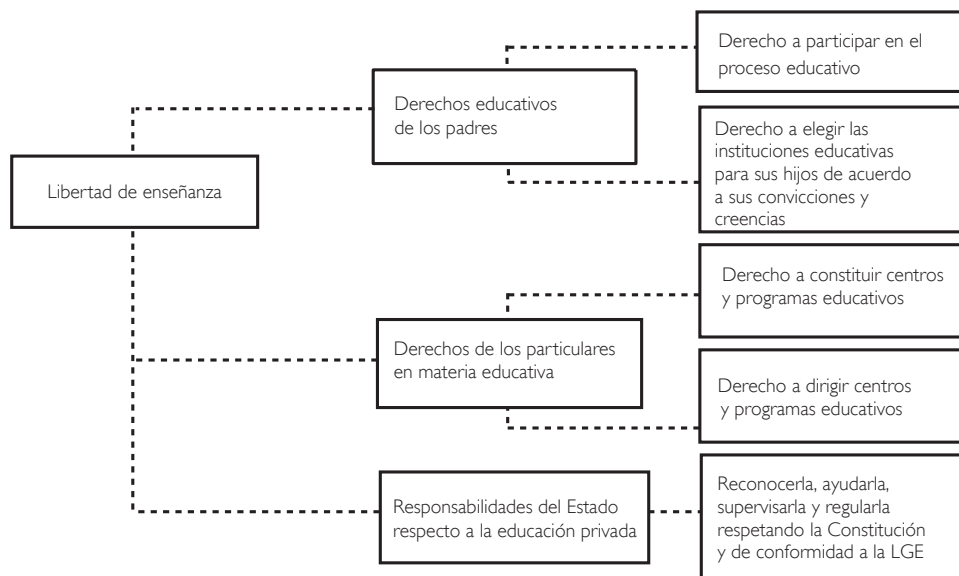


Figura 1.

Cabe indicar, además, como complemento normativo de la participación de los privados en las actividades educativas aludida en el artículo 5 de la LGE, que el artículo 2 del Decreto Legislativo n. ° 882, Ley de Promoción de la Inversión Privada en Educación¹⁷, dispone lo

16 En la LGE, además, se ha empleado el término conducir y no promover, que fue utilizado por el constituyente de 1993.

17 Publicado el 09 de noviembre de 1996 en el diario oficial *El Peruano*. Asimismo, en el artículo 7 de dicha norma legal se vincula a la participación de los privados en la oferta de servicios educativos con la libre iniciativa privada,

siguiente: «[t]oda persona natural o jurídica tiene el derecho a la libre iniciativa privada, para realizar actividades en la educación. Este derecho comprende los de fundar, promover, conducir y gestionar Instituciones Educativas Particulares, con o sin finalidad lucrativa».

2.4. La jurisprudencia¹⁸.

En esta sección se revisa principalmente lo desarrollado por el Tribunal Constitucional del Perú (TC) en su jurisprudencia, con respecto a la naturaleza jurídica, contenido y alcances de la libertad de enseñanza.

Cabe puntualizar, al respecto, que a diferencia de los países seleccionados para el estudio comparativo de los modelos de educación religiosa escolar (Colombia y España), en los que la justicia constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la naturaleza jurídica, contenido y alcances de la libertad de enseñanza, lo que se observa en el caso peruano es diametralmente diferente. Son contados los casos en los que se puede hallar argumentos relativos a la dimensión de libertad del derecho fundamental a la educación, en general, y a la libertad de enseñanza, en particular, en las sentencias del TC.

2.4.1. La libertad de enseñanza según el Tribunal Constitucional del Perú.

En esta sección se referirá lo indicado por el colegiado en las sentencias recaídas en los Expedientes n.º 0005-2004-AI/TC, n.º 0091-2005-PA/TC y n.º 04232-2004-AA/TC, en las que el colegiado desarrolló ciertos argumentos en torno a la naturaleza jurídica y contenido de la libertad de enseñanza en el ordenamiento jurídico-constitucional peruano, en el marco de la dilucidación de casos vinculados con la supuesta vulneración del contenido constitucionalmente protegido de la autonomía universitaria y del derecho a la educación, entre otros derechos conexos.

➤ *La libertad de enseñanza y los fines constitucionales de las entidades educativas.*

En la sentencia recaída en el expediente n.º 0005-2004-AI/TC, el colegiado indicó que los fines de la educación son los que determinan las libertades en las que debe desarrollarse la difusión del conocimiento; entre ellas se encuentra la libertad de enseñanza¹⁹.

la propiedad, libertad contractual, igualdad de trato, entre otras libertades que reconoce la Constitución. Véase: Tribunal Constitucional del Perú. (2008, FJ 18).

18 Según el Tribunal Constitucional del Perú en la sentencia recaída en el Expediente n.º 00047-2004-AI/TC, FJ 36, publicada el 08 de mayo del 2006 en su sitio web: «la jurisprudencia es una fuente de derecho que también tiene un fundamento constitucional a través de los órganos jurisdiccionales que la producen. Asimismo, que la labor interpretativa que realizan todos los jueces, inherente a tal función, es la razón de ser de la actividad jurisdiccional, en sede constitucional u ordinaria, y que tiene su fundamento en el principio de independencia consagrado por la Constitución en sus artículos 139, inciso 2 (Poder Judicial) y 201 (Tribunal Constitucional). Sin la interpretación la actividad de los jueces estaría condenada al fracaso, pues la Constitución y la ley no pueden prever todos los casos posibles que presenta la realidad según cada época».

19 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente n.º 0005-2004-AI/TC, FJ 7. Según el TC, en dicho fundamento: «La función social de la educación se encuentra cifrada en los artículos 13 y 14 de la Constitución, al integrar en ella la finalidad que le es consubstancial en un Estado democrático y social de derecho; a saber, el desarrollo integral de la persona humana, promoviendo el conocimiento, el aprendizaje, la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte; todo ello encauzado en el fomento de la solidaridad, la ética y el civismo, y bajo los principios y valores que emanan de la propia Constitución y se proyectan hacia la sociedad en su conjunto».

En efecto, tales fines, que explicitan la función social de la educación —consustancial en un Estado democrático y social de derecho—, orientan la actividad de las entidades educativas y delimitan los límites de su actuación (Tribunal Constitucional del Perú, 2004, FJ 7).

Según el TC, la libertad de enseñanza, la libertad de conciencia y la libertad de cátedra deben ser garantizadas por el Estado, a fin de que la educación, promovida por este último, se condiga con el desarrollo integral de la persona exigido por la norma fundamental (Tribunal Constitucional del Perú, 2004, FJ 8). En ese sentido, de acuerdo con el colegiado:

El fundamento de tales libertades supone una autonomía en sentido general que garantice que la formación en conocimientos y espíritu tenga lugar en un ambiente libre de todo tipo de injerencias ilegítimas, particularmente de aquellas provenientes del poder público, sean estas de carácter confesional, académico o ideológico. (Tribunal Constitucional del Perú, 2004, FJ 8)

De lo anterior se desprende que la libertad de enseñanza es una exigencia que emana de la finalidad de la educación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución Política de 1993: el desarrollo integral de la persona. Así, en esta sentencia se enfoca a la libertad de enseñanza (y a la libertad de conciencia y a la libertad de cátedra) como libertad educativa, emparentada, a su vez, con valores constitucionales como el pluralismo y la tolerancia. Esto último es indicado por el TC en los siguientes términos:

Estas *garantías de libertad* aseguran que la formación del saber y el impulso de la investigación científica se encuentren al servicio del pluralismo (artículo 17) y la tolerancia (artículo 18 de la Constitución), y no de paradigmas dogmáticos que vengan impuestos por poderes ajenos a los fines reservados a la educación, los que coartarían la realización intelectual del ser humano e impedirían el desarrollo de una opinión pública crítica como proyección de conocimiento en el proceso de evolución social, económica y cultural. (Tribunal Constitucional del Perú, 2004, FJ 8)

En suma, tanto la libertad de enseñanza como las libertades de conciencia y de cátedra, de acuerdo con la argumentación anterior, resguardan al proceso educativo de todo tipo de intromisiones ilegítimas, especialmente de las provenientes del poder público, entre las que se pueden encontrar las de carácter confesional. Tales intromisiones no solamente tendrían un impacto en la esfera individual, sino también en la esfera social, en la medida que se obstaculice la formación de una opinión pública libre y crítica.

- *La libertad de enseñanza como integrante del contenido del derecho fundamental a la educación.*

En la sentencia recaída en el expediente n.º 0091-2005-PA/TC, el colegiado incluyó a la libertad de enseñanza en el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la educación (Tribunal Constitucional del Perú, 2006a, FJ 6)²⁰.

20 Cabe puntualizar que en esta sentencia, el TC se pronunció específicamente sobre el contenido de la libertad de cátedra y la autonomía de las instituciones universitarias (Tribunal Constitucional del Perú, 2006a, FJ 8). Con respecto a la primera, ya desde esta sentencia se observa que la libertad de cátedra es considerada como un derecho cuya titularidad recae en los profesores de la educación superior (Tribunal Constitucional del Perú, 2006a, FJ 8).

En aquella oportunidad, el TC indicó que dicho contenido debía realizarse en concordancia con los fines constitucionales de la educación, en el marco del Estado social y democrático de derecho y según lo dispuesto en los artículos 13 y 14 de la norma fundamental²¹.

Según se desprende del detalle de tal contenido, de acuerdo con TC la libertad de enseñanza se distingue de la libre elección del centro docente, de la libertad de cátedra y de la libertad de creación de centros docentes y universidades.

Precisamente, respecto de la precisión de dicho contenido, el colegiado incorporó en su argumentación el desarrollo de este derecho en el ámbito internacional, de conformidad con la IV DFT de la Constitución Política de 1993. De esta manera, el TC incluyó como criterios interpretativos lo dispuesto en el artículo 13.1 del PIDESC, en el artículo 13.2 del Protocolo de San Salvador; así como la Observación General n.º 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Tribunal Constitucional del Perú, 2006a, FJ 6). Sin embargo, el TC no consideró en dicha precisión otras disposiciones contenidas en instrumentos declarativos y convencionales del sistema universal e interamericano, que se vinculan con la dimensión de libertad del derecho a la educación. Precisamente de esta se desprende la libertad de enseñanza.

➤ *La libertad de enseñanza como responsabilidad estatal en materia educativa.*

En una sentencia posterior recaída en el Expediente n.º 04232-2004-AA/TC, el TC se refirió a la libertad de enseñanza como una de las «responsabilidades, tareas o funciones» estatales en materia educativa (Tribunal Constitucional del Perú, 2006b, FJ 15).

El colegiado, en dicha sentencia, indicó que la libertad de enseñanza «se expresa en la facultad de participación privada en la atención del servicio público. [Y que además] implica una coexistencia de responsabilidades comunes entre el Estado y los particulares» (Tribunal Constitucional del Perú, 2006b, FJ 15). Asimismo, a través de la libertad de enseñanza «se procura el máximo de oportunidades para los educandos, auspiciando la existencia de alternativas u opciones de ofertas educativas distintas a las que ofrece el Estado» (Tribunal Constitucional del Perú, 2006b, FJ 15).

En este punto, el colegiado añadió una definición propuesta por León Pastor; según la cual «la libertad de enseñanza es aquel derecho de las entidades educativas a crearse mediante la acción estatal o la iniciativa privada, comprendiendo [sic] a los diferentes niveles educativos» (Tribunal Constitucional del Perú, 2006b, FJ 15)²².

Entonces, según esta última definición, la libertad de enseñanza es un derecho de los centros educativos a ser creados a través de la acción del Estado o de los particulares. Una definición así planteada es inconsistente no solamente por la falta de coherencia en términos de titularidad-contenido del derecho²³, sino porque, además, con ella se desdice el planteamiento

21 En ese sentido, según el colegiado, «[e]llo se desprende del artículo 13 de la Ley Fundamental que declara: “La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana”» (Tribunal Constitucional del Perú, 2006a, FJ 6). Así, también el artículo 14 sostiene que “[l]a educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad» (Tribunal Constitucional del Perú, 2006a, FJ 6).

22 Véase: León Pastor (1990, p. 73).

23 Si se preguntara por la titularidad de un derecho así planteado, se respondería que ella recaería en los centros educativos públicos y privados. Sin embargo, el absurdo aparece cuando se considera que el contenido del supuesto derecho es la propia creación de los centros. De otra parte, el TC no menciona que en el artículo de León Pastor se plantea que la libertad de enseñanza, como la autonomía universitaria y la libertad de cátedra, es manifestación del principio de libertad académica. El autor define este principio como «aquella potestad que tienen las univer-

inicial. Esto quiere decir que la libertad de enseñanza se manifiesta en la participación privada en la atención del servicio público de la educación²⁴.

Luego de esta observación, corresponde precisar que según el TC, en la sentencia recaída en el Expediente n. ° 04232-2004-AA/TC previamente citada, la libertad de enseñanza se manifiesta en los siguientes planos (Tribunal Constitucional del Perú, 2006b, FJ 15):

- Transmitir información y conocimientos científicos, y valores (primer plano)
- Acceder y aprender (segundo plano)
- Recibir el tipo y contenido de enseñanza que consideren más convenientes para el desarrollo de la personalidad (tercer plano)

2.4.1.1. Balance.

La explicación del TC en las sentencias previamente referidas indica la complejidad que subyace a la tarea de ofrecer una correcta interpretación de la disposición del artículo 13 de la Constitución Política del Perú, referida a la libertad de enseñanza. Esto estaría, en parte, determinado por la ambigüedad que le es ínsita²⁵.

Así, podría sostenerse, como parece sugerir la sentencia recaída en el Expediente n. ° 0005-2004-AI/TC, que la libertad de enseñanza es un derecho fundamental, como la libertad de conciencia o la libertad de cátedra. Asimismo, podría argumentarse, como en la sentencia recaída en el Expediente n. ° 0091-2005-PA/TC, que la libertad de enseñanza es un derecho subjetivo que se emana del derecho a la educación, entendido como un derecho de estructura compleja. Pero también puede argumentarse, como se desprende de la sentencia recaída en el Expediente n. ° 4232-2004-AA/TC, que la libertad de enseñanza se expresa en la facultad de participación privada en la atención del servicio público de la

sidades para ejercer las actividades académicas que le son propias sin intervención estatal, independientemente a [sic] cualquier imposición gubernamental» (León Pastor, 1990, p. 73). Como podrá observarse, el autor define la libertad académica como un principio enfocado en el ámbito universitario, y luego añade que una de sus manifestaciones, la libertad de enseñanza, es un derecho de los centros educativos en «diferentes niveles educativos: primario, secundario, técnico y superior» (León Pastor, 1990, p. 73). Vale decir, según lo planteado por este autor, un supuesto principio del ámbito universitario en una de sus manifestaciones alcanza también a los niveles educativos no universitarios (León Pastor, 1990, p. 73).

- 24 Dicha observación no estaría justificada si el TC hubiese indicado que la participación de los particulares en el servicio público de la educación era una de las manifestaciones de la libertad de enseñanza. De esta manera, sería posible distinguir el enfoque de la libertad de enseñanza en sentido amplio y en sentido estricto, como en el caso colombiano.
- 25 Esto es común al caso español. Véase: Nuevo López, P. (2009, p. 151). Mientras que el derecho a la educación ha sido reconocido en el capítulo II (De los Derechos Sociales, Económicos y Culturales) del título II (De los derechos, garantías y los deberes), el artículo constitucional en el que se reconoce a la libertad de enseñanza se ubica en el capítulo I (De los Derechos Fundamentales) del referido título II. Otras disposiciones constitucionales vinculadas a la educación son las siguientes: «La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe» (art. 10); «En todas las instituciones de educación, oficiales o privadas, serán obligatorios el estudio de la Constitución y la Instrucción Cívica. Así mismo [sic] se fomentarán prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación ciudadana. El Estado divulgará la Constitución» (art. 41); «Son derechos fundamentales de los niños: [...] la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión [...]» (art. 44); «El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación [...]. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación (art. 366)». El texto completo de la Constitución de Colombia de 1991 puede ser consultado en la sección Senado (específicamente en Normatividad), en el sitio web del Senado de la República de Colombia: www.senado.gov.co

educación, lo que implica una coexistencia de responsabilidades comunes entre el Estado y los particulares.

En dichas sentencias no se observa que la libertad de enseñanza haya sido vinculada con el derecho de los padres o tutores legales a elegir para sus hijos menores o pupilos la educación religiosa y moral conforme a sus propias convicciones. Sin embargo, dicha vinculación sí está presente en la interpretación autorizada de tratados internacionales en materia de derechos humanos, como es el caso del PIDESC y del PIDCP, y en la jurisprudencia constitucional de los países seleccionados para realizar el análisis comparativo de los modelos de educación religiosa escolar (ERE): Colombia y España.

2.4.2. Experiencias comparadas.

2.4.2.1. Colombia.

La libertad de enseñanza ha sido reconocida en el artículo 27 de la Constitución de Colombia de 1991. A diferencia del caso peruano y español, la disposición que reconoce esta libertad a nivel constitucional no ha sido contemplada en el mismo acápite de la Constitución dedicado al derecho a la educación²⁶, que especialmente incluye los artículos 67, 68 y 69.

2.4.2.1.1. La libertad de enseñanza en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia.

En vista del amplio desarrollo que la libertad de enseñanza ha tenido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, resulta pertinente explicar, en atención al objeto de estudio de esta investigación, cuáles han sido los principales tópicos planteados y analizados por dicha Corte en diversas sentencias expedidas, en su mayoría, a propósito de acciones de tutela.

(a) Naturaleza jurídica.

Por razón de la materia, la libertad de enseñanza integra el marco constitucional relativo al derecho fundamental a la educación (Corte Constitucional de Colombia, 2005, FJ 6). Este marco no solamente está integrado por los artículos 67, 68 y 69 de la Constitución colombiana, sino también por el citado artículo 27, los artículos 28 y 70, y las disposiciones que forman parte de la Constitución cultural (Corte Constitucional de Colombia, 1992b, FJ 1).

En la Sentencia n. ° T-440/92, la Corte Constitucional de Colombia indicó que la libertad de enseñanza es una manifestación directa de la facultad particular de fundar establecimientos educativos y de la autonomía universitaria, contemplados respectivamente en los artículos 68 y 69 de la Constitución de 1991 (Corte Constitucional de Colombia, 1993a, FJ 2)²⁷.

26 Según la Corte Constitucional de Colombia, «el derecho a la educación está consagrado en el artículo 67 del capítulo II del título II de la Constitución Política, y desde sus inicios ha sido reconocido por la Corte como un derecho fundamental; en un principio, por aplicación directa del artículo 44 de la Carta, que lo define como fundamental para el caso de los niños; posteriormente por invocación del factor de conexidad, en el sentido que su alcance era necesario para obtener el goce efectivo de otros derechos fundamentales como el mínimo vital, el desarrollo humano, etc.; y, actualmente porque se considera que a pesar de haber sido concebido como un derecho prestacional y no fundamental para todas las personas, la diferencia entre dos tipos de derechos en determinados casos, carece de fundamento». Véase: Corte Constitucional de Colombia (2011, FJ 7). Con respecto a la justificación de la educación como derecho fundamental y como servicio público, véase: Corte Constitucional de Colombia, 2006, FJ 2.3.

27 Según la Corte en esta sentencia, la libertad de enseñanza también tiene como fuente de reconocimiento el artículo 13 del PIDESC, donde se reconoce el derecho de toda persona a la educación, «orientada tanto hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, como a fortalecer el respeto por los derechos humanos y libertades fundamentales» (Corte Constitucional de Colombia, 1993a, FJ 2).

Asimismo, de acuerdo con lo desarrollado por la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia en mención y en la Sentencia n. ° T-219/93 (Corte Constitucional de Colombia. 1993a, FJ 2), la libertad de enseñanza es de naturaleza fundamental. Esto no solo se debe a su ubicación en el Capítulo I del Título II de la Constitución colombiana, sino también por ser «esencial a la persona y necesaria para su realización como ser humano» (Corte Constitucional de Colombia. 1994b, FJ 3).

(b) Titularidad.

De acuerdo con la Sentencia n. ° T-092/94 de la Corte Constitucional, son titulares de este derecho, en sentido amplio, «la comunidad en general, y en particular, las instituciones de enseñanza, sean estas públicas o privadas, los docentes e investigadores y los estudiantes» (Corte Constitucional de Colombia, 1994b, FJ 3.). En ese sentido, se trata de un derecho «garantizado tanto las personas individualmente consideradas como las entidades educativas» (Corte Constitucional de Colombia, 1992b, FJ 1).

Ahora bien, en atención a la distinción de las libertades que integran el concepto general de libertad de enseñanza, la corte indicó, en la citada Sentencia n. ° T-092/94, que son titulares de los tres primeros derechos fundamentales reconocidos en el artículo 27 de la Constitución de 1991 los planteles educativos, los docentes y los educandos. En cambio, son titulares de la libertad de cátedra los docentes de cualquier nivel y especialidad (Corte Constitucional de Colombia, 1994b, FJ 3)²⁸. Por consiguiente —y a diferencia del caso peruano (Corte Constitucional de Colombia, 1994b, FJ 3)²⁹—, ella no es exclusiva de los docentes de la educación superior (Corte Constitucional de Colombia, 1994b, FJ 3).

En resumen, los centros educativos son destinatarios de la libertad de enseñar; de escoger el sistema o método de aprendizaje y el sistema o método de investigación. Por su parte, los educandos son destinatarios, según la Corte Constitucional, «de la libertad de decidir cuál es el sistema de educación e investigación que se ajuste a su personal criterio o al de sus padres, cuando se trate de menores de edad» (Corte Constitucional de Colombia, 1994b, FJ 3). Con respecto a los profesores, la corte sostiene que ellos también son titulares de la libertad de investigación y, de manera exclusiva, de la libertad de cátedra (Corte Constitucional de Colombia, 1994b, FJ 3).

En esta investigación se ha optado por vincular los derechos relativos a los educandos —señalados por la Corte Constitucional a propósito de los alcances de la libertad de enseñanza— con las siguientes definiciones: la libertad de aprendizaje debe ser comprendida como «el derecho de acceder al conocimiento en todas sus formas y contenidos» (Defensoría del Pueblo de Colombia, 2003, p. 241) y la libertad de investigación, a su vez, como «la facultad de desarrollar y culminar proyectos de investigaciones» (Defensoría del Pueblo de Colombia, 2003, p. 241). Por consiguiente, la correlación que se observa entre las libertades y sus correspondientes titulares puede ser expresada de la siguiente manera:

28 Como se explicará en la sección relativa al estudio de la libertad de enseñanza en el caso peruano, de acuerdo al Tribunal Constitucional del Perú solamente los profesores de la educación superior son titulares de la libertad de cátedra.

29 En dicha sentencia la Corte definió a la libertad de cátedra como: «el derecho garantizado constitucionalmente a todas las personas que realizan una actividad docente a presentar un programa de estudio, investigación y evaluación que según su criterio, se refleja en el mejoramiento del nivel académico de los educandos».

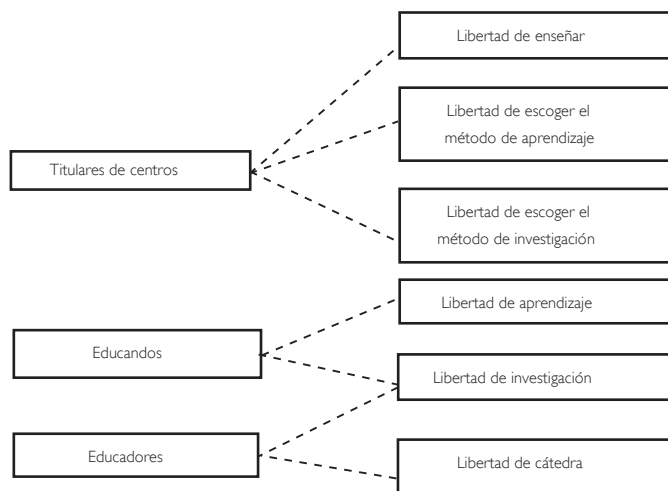


Figura 2.

(c) *Contenido.*

Como derecho fundamental, la libertad de enseñanza ha sido definida por la Corte Constitucional, en la citada Sentencia n. ° T-219/93, como «la facultad para instruir y educar al ser humano, en forma tal que se coloque al hombre, y a cada cual, en su especialidad, en condiciones de desarrollar lo aprendido e investigar y descubrir algo nuevo por cuenta propia» (Corte Constitucional de Colombia, 1993a, FJ 2).

Concretamente, la libertad de enseñanza debe ser comprendida, según dicha definición, como la coexistencia de la difusión cultural a cargo del Estado, con aquella que realizan los particulares que cuenten con títulos de idoneidad y con las condiciones necesarias de acuerdo a ley (Corte Constitucional de Colombia, 1993a, FJ 2).

Ahora bien, en la Sentencia n. ° T-186/93, la Corte Constitucional sostuvo que el artículo 27 de la Constitución colombiana consagraba en realidad diferentes aspectos comprendidos en el concepto general de libertad de enseñanza (Corte Constitucional de Colombia, 1993b, FJ 4.2).

Sobre dicha base, en la Sentencia n. ° T-092/94, la Corte Constitucional desarrolló el concepto amplio de libertad de enseñanza aludido en la citada Sentencia n. ° T-186/93. Al respecto, la corte explicó que el género enseñanza comprende cuatro aspectos: la propia enseñanza, el aprendizaje, la investigación y la cátedra (Corte Constitucional de Colombia, 1994b, FJ 3).

Por esta razón, si inicialmente la Corte Constitucional se refería a la libertad de enseñanza como un derecho fundamental, a partir de esta especificación la corte sostuvo que todas las libertades reconocidas en el artículo 27 eran derechos fundamentales (Corte Constitucional de Colombia, 1994b, FJ 3). En ese sentido, «dichas libertades son exigibles del Estado, que en la norma se compromete a garantizarlos, y también de los centros docentes, sean éstos públicos o privados» (Corte Constitucional de Colombia, 1993b, FJ 4.2).

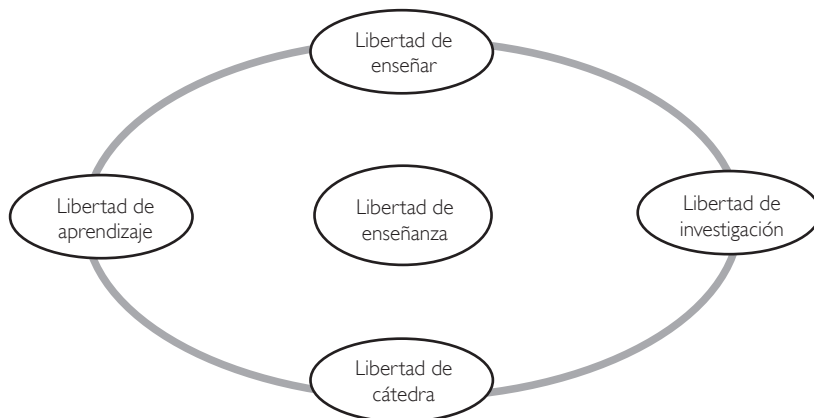


Figura 3.

A partir de la explicación anterior puede comprenderse que el contenido de la libertad de enseñanza se referirá a determinados derechos, de acuerdo con la concepción de esta libertad en sentido amplio o estricto. En sentido amplio, la libertad de enseñanza comprende la libertad de enseñar³⁰, la libertad de aprendizaje, la libertad de investigación y la libertad de cátedra. Pero dichas libertades no tienen necesariamente un titular común, como se ha señalado anteriormente.

En cuanto a la libertad de enseñanza en sentido estricto, en esta investigación se plantea que ella se vincula solamente con la libertad de enseñar, que recae en los titulares de los centros educativos privados como expresión de la negación del monopolio del Estado en la oferta de los servicios educativos. En cambio, las demás libertades (aprendizaje, investigación y cátedra) son exigibles tanto en los centros educativos públicos como privados.

- *Libertad de enseñar en las instituciones educativas privadas.*

En este punto se observa la importancia del artículo 68, que reconoce el derecho de los particulares a fundar centros educativos. Este derecho se encuentra a su vez sujeto, según la Constitución, a la reunión de las condiciones que a este respecto sean establecidas legalmente.

Por el contrario, el monopolio estatal de la educación hubiese implicado «la contradicción de los fundamentos y principios que soportan el paradigma propio del Estado social de derecho» (Corte Constitucional de Colombia, 1998)³¹. En este paradigma de organización de corte democrático y pluralista, diseñado por el constituyente colombiano, la educación constituye uno de los pilares fundamentales del Estado y cumple el rol de medio para el desarrollo de la condición de autonomía inherente a la persona (Corte Constitucional de Colombia, 1998)³².

30 En esta investigación se ha optado por vincular la definición de libertad de enseñanza planteada por la Corte Constitucional en la Sentencia n.º T-219 de 1993 —previamente citada— con la libertad de enseñar; ya que se considera que dicha terminología es más adecuada para hacer referencia a la libertad de los titulares de los centros docentes.

31 Consideración segunda.

32 Consideración segunda.

En ese sentido, de acuerdo con lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia n. ° T-1032/00, la libertad de enseñanza en sentido estricto involucra aquella libertad que tienen los particulares para constituir centros docentes, y la libertad «para impartir educación y proyección filosófica que estimen conveniente, tal y como lo consagra el artículo 68 de la Carta» (Corte Constitucional de Colombia, 2000).

Entonces, la libertad de enseñanza, en este sentido (libertad de enseñar), comprende un conjunto de facultades que deberán ser ejercidas de conformidad con la Constitución y las leyes (Corte Constitucional de Colombia, 2000). Dichas facultades son las siguientes:

- Fundar establecimientos educativos
- Dirigir establecimientos educativos
- Elegir profesores
- Fijar un ideario del centro
- Impartir educación que sea conforme al plan educativo institucional

Además, de acuerdo con lo indicado por la Corte Constitucional en la Sentencia n. ° T-662/99, también se encuentra comprendida en el derecho de libertad de enseñanza «la libertad de impartir [...] educación religiosa acorde con padres y directivos» (Corte Constitucional de Colombia, 1999b, FJ 8).

En el caso de las instituciones educativas privadas, esta última facultad está vinculada con el derecho de los padres a escoger el tipo de educación para sus hijos menores, derecho que incluye el derecho a educar a sus hijos según sus convicciones religiosas.

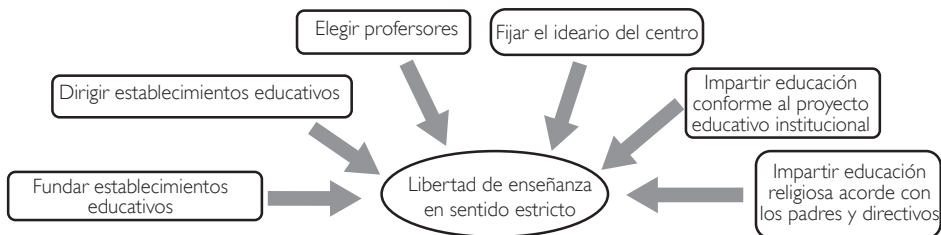


Figura 4.

- *Libertad de enseñanza (libertad de cátedra) en las instituciones educativas públicas.*

De la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia corresponde resaltar, en este punto, el enfoque del ejercicio de la libertad de cátedra, en tanto integrante de la libertad de enseñanza en sentido amplio.

En primer lugar, habría que mencionar que en la Sentencia n. ° T-493/92, la Corte Constitucional de Colombia indicó que el ejercicio de la libertad de cátedra no solamente comporta decidir sobre aspectos puramente formales, de carácter instrumental o procedimental (evaluación, metodología, disciplina, organización, entre otros), sino que también incluye un aspecto material relativo a la libre transmisión, discusión y contradicción de ideas y conceptos (Corte Constitucional de Colombia, 1992c, FJ 4).

Posteriormente, en la Sentencia n. ° T-092/94, la corte sostuvo que la libertad de cátedra es «incompatible con la existencia de una ciencia o una doctrina oficiales» (Corte Constitucio-

nal de Colombia, 1994b, FJ 3)³³. En ese sentido, en los centros educativos públicos de cualquier grado o nivel, la libertad de cátedra tiene un contenido negativo uniforme, que habilita al docente a resistir frente a cualquier mandato que busque que su enseñanza tenga una orientación ideológica determinada o «cualquier orientación que implique un determinado enfoque de la realidad natural, histórica o social dentro de lo que el amplio marco de los principios constitucionales hacen posible» (Corte Constitucional de Colombia, 1993a, FJ 2).

(d) *Límites.*

Con respecto a los límites que el ejercicio de esta libertad comporta, en la Sentencia n. ° T-219/93 la corte sostuvo que aquellos deberán ser establecidos por ley y que tendrán como objeto la exigencia de títulos de idoneidad para enseñar o el establecimiento de mecanismos de inspección o vigilancia sobre la enseñanza (Corte Constitucional de Colombia, 1993a, FJ 2). Al respecto, en esta investigación se considera que dichos límites se refieren básicamente a la libertad de enseñanza en sentido estricto.

En lo que concierne específicamente a la libertad de cátedra, su ejercicio no es absoluto, sino que se encuentra limitado, según la Corte en la Sentencia n. ° T-092/94, por los fines del Estado. Entre ellos se encuentra la protección de los derechos como la paz, la convivencia y la libertad de conciencia, entre otros límites (Corte Constitucional de Colombia, 1994b, FJ 3).

Posteriormente, en la Sentencia n. ° T-1032/2000 la corte sostuvo que «la libertad de enseñanza está garantizada, pero igualmente limitada por las disposiciones constitucionales y legales y por la dignidad y los derechos fundamentales del estudiante» (Corte Constitucional de Colombia, 2000, FJ 3).

(e) *Vinculación con otros derechos.*

- *Libertad de enseñanza y derecho de los padres a escoger el tipo de educación para sus hijos menores.*

En la Sentencia n. ° T-662/99, la Corte Constitucional sostuvo que el artículo 68 de la Constitución de 1991 reconoce el derecho de los padres a escoger el tipo de educación para sus hijos menores, derecho que a su vez tiene como sustento a nivel internacional el artículo 18 del PICDP (Corte Constitucional de Colombia, 1999b, FJ 8). Para la Corte Constitucional, este derecho consiste en la facultad que tienen los padres con respecto a lo siguiente:

33 En dicha sentencia, la corte indicó, además, lo siguiente: «[e]n una relación educativa se pueden ver enfrentados dos derechos diferentes: de un lado la libertad de enseñanza cuando el alumno o el centro educativo no comparten la forma en que el profesor ejerce su labor y el derecho a la libertad de cátedra. Estas dos series de derechos no son incompatibles sino que, muy por el contrario, la libertad de enseñanza se realiza por y en la libertad de cátedra, a través de un punto de equilibrio que matiza sus desarrollos [...]. Al incorporarse un profesor a un centro docente y conocer la existencia de un "ideario", en una institución pública, esto no le obliga a subordinar a ese ideario las exigencias que el rigor científico impone a su labor: El profesor es libre como profesor en el ejercicio de su actividad específica». En cambio, según la Corte en el citado fundamento, la no vulneración del contenido esencial de este derecho en las instituciones educativas privadas supone el respeto de «todo aquello que responda al fuero interno del criterio del profesor especializado en su área» (Corte Constitucional de Colombia, 1994b, FJ 3). Sentencias adicionales en las que la Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado sobre los alcances de la libertad de cátedra son las siguientes: n. ° T-588/98, n. ° T-800/02, n. ° T-535/03, n. ° T-075A/11, n. ° T-832/11, n. ° T-915/11, entre otras.

[...] la selección de las mejores opciones educativas para sus hijos menores, en el sentido de excluir toda coacción externa que haga forzoso un determinado perfil, un cierto establecimiento, una ideología específica, o que niegue a los progenitores la posibilidad de diseñar, según sus propias concepciones, la orientación pedagógica y formativa que estiman deseable para su mejor porvenir: (Corte Constitucional de Colombia, 1999b, FJ 8)

Por ello, en términos generales, se concluye que los padres pueden escoger el tipo de educación que consideren más conveniente para sus hijos menores, entre las diversas opciones educativas ofrecidas sean públicas o privadas. Ello incluye, según la Corte Constitucional, la decisión sobre «la educación religiosa y moral que más se ajuste a las convicciones de los padres» (Corte Constitucional de Colombia, 1999b, FJ 8).

Asimismo, en cuanto a la elección de los centros educativos estatales, corresponde indicar que el proyecto educativo institucional en los colegios oficiales no puede fundamentarse según la Corte Constitucional de Colombia en preceptos religiosos, porque ello conculcaría el pluralismo y la igualdad de oportunidades, principios fundantes del Estado colombiano (Corte Constitucional de Colombia, 1998, consideración tercera).

De acuerdo con la corporación, el acceso a la educación en las instituciones educativas públicas en tales circunstancias «queda supeditado a que el usuario comparta y practique los mandatos de un determinado credo o religión, o por lo menos a que durante todo el proceso educativo se le transmitan sus postulados y fundamentos» (Corte Constitucional de Colombia, 1998, consideración tercera).

Esto último supondría, en las instituciones educativas públicas, la restricción y el condicionamiento del acceso a la educación y, por consiguiente, la vulneración de ambos principios. En contraste con dicha situación, la oferta educativa estatal debe permitir a cualquier potencial usuario, independientemente de sus convicciones, acceder a ella sin restricciones ni limitaciones (Corte Constitucional de Colombia, 1998, consideración tercera).

Sobre dicha base corresponde indicar que, en el caso colombiano, la libertad de enseñanza no incluye el derecho de los padres a escoger el tipo de educación para sus hijos menores³⁴. Pero sí integra, de manera conjunta e interdependiente, el marco constitucional del derecho fundamental a la educación.

Precisamente, a partir de la revisión de las sentencias de la Corte Constitucional, en esta investigación se ha logrado establecer que el fundamento de la libertad de enseñanza es común al fundamento del derecho de los padres a escoger el tipo de educación para sus hijos menores.

Dicho fundamento, según la Corte Constitucional en la Sentencia n. ° T-662/99, es «el derecho de toda persona a la educación y al desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales» (Corte Constitucional de Colombia, 1999b, FJ 8). No obstante, en esta investigación se ha podido identificar que el fundamento, en términos específicos, al que alude la Corte Constitucional es el principio del pluralismo, que irradia también el ámbito educativo (pluralismo educativo).

Con respecto a lo anterior; en la Sentencia n. ° T-406/92, la Corte Constitucional ha explicado que «los derechos fundamentales son, como todas las normas constitucionales, ema-

34 El primer derecho ha sido reconocido en sentido amplio en el artículo 27 y contemplado en sentido estricto en algunas disposiciones del artículo 68. En cambio, el segundo derecho ha sido reconocido en la cuarta disposición del artículo 68°.

nación de los valores y principios constitucionales [...]. Todo derecho fundamental debe ser emanación directa de un principio» (Corte Constitucional de Colombia, 1992a, FJ 15).

Puede observarse que los principios constitucionales en el caso colombiano son, entre otros, los consagrados en los artículos 1 y 3 de la Constitución³⁵. Entre ellos se encuentra el principio del pluralismo, cuya proyección en el ámbito educativo (o pluralismo educativo) ha sido desarrollada principalmente en las Sentencias n. ° T-337/95, n. ° C-810/03 y n. ° T-853/04.

En la Sentencia n. ° T-337/95, la Corte Constitucional no solo vinculó al pluralismo con el sistema educativo mixto, sino también con el respeto y promoción de la democracia y del libre, pleno y armónico desarrollo de la personalidad humana (Corte Constitucional de Colombia, 1995, FJ 5). Todo ello se reconduce a la afirmación según la cual, en Colombia, «la Constitución no impone un modelo específico y acabado de educación» (Corte Constitucional de Colombia, 1995, FJ 5).

En la Sentencia n. ° C-810/03, la Corte Constitucional definió al pluralismo como «principio básico del ordenamiento jurídico colombiano, especialmente en materia educativa» (Corte Constitucional de Colombia, 2003, FJ 20). Este se encuentra manifiesto no solamente en el artículo 1, sino también en los artículos 7, 10, 13, 16, 18 y 19 de la norma fundamental colombiana (Corte Constitucional de Colombia, 2003, FJ 21).

El principio pluralista de la Constitución, en suma, «no oficializa ningún credo religioso ni otorga privilegio a ninguna concepción de la moral o a convicción ideológica alguna» (Corte Constitucional de Colombia, 2003, FJ 21). Asimismo, en la referida sentencia, la corte adujo que la educación ha de ser pluralista porque:

[...] solo así podrán los educandos, cuando sean adultos, expresar ciertas preferencias personales. Lo anterior es aún más claro por cuanto un sistema pluralista excluye la uniformidad de los patrones culturales en función de un determinado factor (político, religioso o, incluso, de género). (Corte Constitucional de Colombia, 2003, FJ 20)

En la Sentencia n. ° T-853/04, la corte indicó que el pluralismo en el ámbito educativo involucra:

(1) el derecho de toda persona a fundar establecimientos para prestar el servicio público de educación, bajo la autorización, vigilancia y control del Estado, (2) el derecho de las personas de poder escoger entre una serie de opciones educativas, para sí o para sus hijos, que reflejen las diversas visiones y valores sociales, entre ellas las religiosas. (Corte Constitucional de Colombia, 2004, FJ 5.5)³⁶

En relación con esto último, se observa que la primera de las manifestaciones del pluralismo educativo se identifica con la libertad de enseñanza en sentido estricto. Por su parte, la

35 Constitución Política de Colombia. Artículo 1: «Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general». Artículo 3: «La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece».

36 No obstante, en esta investigación se ha optado por considerar que los derechos de libertad de aprendizaje, investigación y cátedra también se encuentran relacionados con la proyección del pluralismo en el ámbito educativo.

segunda manifestación se halla en el derecho de los padres a escoger el tipo de educación de sus hijos menores.

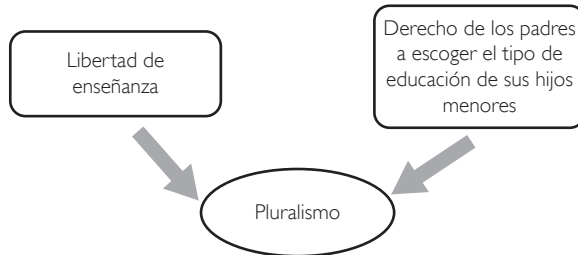


Figura 5.

En virtud de la primera manifestación de este principio, según la Corte Constitucional, «un grupo de personas pueden [sic] agruparse para fundar un establecimiento educativo a través del cual se fomenten e incentiven ciertos valores, dentro de los que caben los religiosos» (Corte Constitucional de Colombia, 2004, FJ 5.3).

Esto último significa que los particulares tienen la posibilidad de fundar establecimientos educativos confesionales (Corte Constitucional de Colombia, 2004, FJ 5.3). En Colombia, el orden constitucional vigente no impone «el deber de excluir por completo la religión en el ámbito en la educación» (Corte Constitucional de Colombia, 2004, FJ 5.3) y tampoco «exige que un credo religioso oriente todos los planteles educativos» (Corte Constitucional de Colombia, 2004, FJ 5.3).

A su vez, la segunda manifestación ha sido vinculada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional con el derecho de los padres o tutores legales a elegir para sus hijos menores o pupilos la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones³⁷.

Ambas manifestaciones identificadas conceptualmente solamente podrán verificarse en la realidad (vale decir; auténticamente el pluralismo estará en la base del sistema educativo) si la oferta educativa es efectivamente diversa (Corte Constitucional de Colombia, 2004, FJ 5.4). Asimismo, si se asegura a las personas «la posibilidad de escoger el establecimiento educativo que se adecue a sus intereses y valores» (Corte Constitucional de Colombia, 2004, FJ 5.4).

Con respecto a la protección de dicha diversidad (primera condición), la corte ha indicado lo siguiente:

[Dicha protección] comprende la garantía de que haya establecimientos educativos, en cuanto a la dimensión religiosa, tanto de orientación laica, o agnóstica, como de inspiración confesional; y dentro de esta segunda categoría, establecimientos inscritos en diferentes denominaciones religiosas, aún las minoritarias en el contexto colombiano. (Corte Constitucional de Colombia, 2004, FJ 5.4)

37 Dicha vinculación será desarrollada en el segundo capítulo de la presente investigación: «El derecho de los padres o tutores legales a elegir para sus hijos menores o pupilos la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones: manifestación del derecho fundamental de libertad religiosa».

En relación con la posibilidad de elección del establecimiento educativo (segunda condición), la corte ha precisado que «cuando una persona está escogiendo un plantel educativo, bien sea para sí mismo o para sus hijos, tiene el derecho a saber cuál [sic] opción educativa representa cada uno con toda claridad» (Corte Constitucional de Colombia, 2004, FJ 5.4).

- *Libertad de enseñanza y la libertad religiosa.*

En la Sentencia n. ° T-877/99, la Corte Constitucional sostuvo que en un supuesto conflicto entre este derecho y la libertad de enseñanza, prevalecerá el primero (Corte Constitucional de Colombia, 1999a, FJ 2.2)³⁸. Ahora bien, ello no niega que la libertad religiosa tenga límites como los siguientes:

[...] la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en una sociedad democrática. (Corte Constitucional de Colombia, 1999a, FJ 2.2)³⁹

Al respecto, debe recordarse que el ejercicio abusivo de todo derecho fundamental está proscrito por el artículo 95° de la Constitución colombiana. En ese sentido, según la Corte Constitucional, «una correcta interpretación constitucional no puede llevar a convertir la libertad de cultos⁴⁰ en motivo para cercenar los demás derechos fundamentales» (Corte Constitucional de Colombia, 1994a, Consideraciones de la Corte)⁴¹.

Desde estas consideraciones, la corporación se adhiere a la doctrina de la convivencia de los derechos (o de su compatibilidad a partir de su carácter relativo). Según esta, el ejercicio de un derecho será legítimo en la medida que «no lesione ni amenace otros derechos ni atente contra el bien general» (Corte Constitucional de Colombia, 1994a, Consideraciones de la Corte).

Así, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha planteado diversos escenarios relativos a posibles colisiones entre el ejercicio de los derechos de libertad de enseñanza (por ejemplo, libertad de cátedra o ideario del centro) y el ejercicio del derecho de libertad religiosa o, específicamente, el ejercicio del derecho de los padres o tutores legales a elegir para sus hijos menores o pupilos la educación religiosa y moral que esté de acuerdo a sus propias conviccio-

38 La justificación de dicha prevalencia según la Corte en esta sentencia «obedece en esencia a los valores que una y otra libertad representan y protegen, ya que la segunda adopta como cometido esencial, preservar la libertad de investigación y de formación académica liberándola de cualquier forma de confesionalismo, mientras que en la otra se protegen valores superiores que tienen que ver con la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho de toda persona a escoger y mantener su propio culto para honrar a la divinidad, siguiendo sus creencias religiosas».

39 Esos límites se encuentran específicamente en el artículo 4 de la Ley n. ° 133/94.

40 Si bien la Corte Constitucional hace referencia a la distinción conceptual, de acuerdo a la doctrina, entre libertad religiosa y libertad de cultos, no por ello deja de emplear indistintamente ambos términos, como se observa en la presente cita.

41 Según la Corte: «Su uso debe ser razonable y adecuado a los fines que persigue. Los desbordamientos quedan sujetos a la acción de las autoridades, que, según el perentorio mandato del artículo 2 de la Constitución, han sido instituidas, entre otras cosas, para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus creencias, pero también para asegurar los derechos y libertades de los demás y para garantizar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares» (Corte Constitucional de Colombia, 1994a, Consideraciones de la Corte). Dichos argumentos fueron citados en la Sentencia n. ° T-877 de la Corte Constitucional de Colombia (1999a, FJ 2.2).

nes. Esta proviene, según la argumentación desarrollada por la corporación, del derecho de los padres a escoger el tipo de educación para sus hijos menores.

En el capítulo dedicado a este último derecho se analizarán los argumentos desarrollados por la Corte Constitucional frente a tales escenarios en los que la distinción escuela pública/escuela privada es de gran importancia para la aplicación o no de la citada regla general de precedencia de la libertad religiosa frente a la libertad de enseñanza.

2.4.2.2. España.

En el caso español, la Constitución de 1978 se ha referido especialmente al derecho fundamental a la educación en el artículo 27, ubicado en la sección 1.^a «De los derechos fundamentales y las libertades públicas» del capítulo segundo «Derechos y libertades» del título I «De los derechos y deberes fundamentales» (Díaz Revorio, 2002, p. 37). Sin embargo, el marco constitucional de este derecho comprende otras disposiciones que se encuentran en diversos artículos, entre los que se encuentran los preceptos generales (Díaz Revorio, 2002, p. 39).

Este marco constitucional también comprende el reconocimiento de la libertad de enseñanza (art. 27.1), del derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3), de la libertad de creación de centros docentes que tienen los particulares dentro del respeto de los principios constitucionales (art. 27.6) y de la autonomía universitaria (art. 27.10). Así, también permite que los profesores, padres y alumnos intervengan, en los términos que establezcan las leyes, en el control y gestión de los centros sostenidos por la administración con fondos públicos (art. 27.7).

- *La libertad de enseñanza según el Tribunal Constitucional de España.*

En el caso español, la libertad de enseñanza, reconocida en el artículo 27.1 de la Constitución Española de 1978, ha sido definida por el Tribunal Constitucional en la STC n.º 5/1981 del 13 de febrero, como un principio constitucional que puede ser comprendido como «la proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones que también garantizan y protegen otros preceptos constitucionales [...]» (Tribunal Constitucional de España, 1981, FJ 7).

En esta sentencia se define la enseñanza como «la actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimientos y valores» (Tribunal Constitucional de España, 1981, FJ 7). Como podrá observarse, en esta definición no se halla una distinción entre educación y enseñanza, diferencia que sí fue planteada en el voto particular del magistrado Francisco Tomás y Valiente⁴².

También se indicó en dicha sentencia que la libertad de enseñanza implica un conjunto de derechos que tienen límites necesarios (derivados de su propia naturaleza) y otros que resultan de la articulación con otros derechos o que son establecidos por el legislador sobre la base del respeto de su contenido esencial (Tribunal Constitucional de España, 1981, FJ 7). Tales derechos son el de crear centros de enseñanza (artículo 27.6), la libertad de cátedra (artículo 20.1 c) y el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (artículo 27.3).

42 Voto particular sobre el Motivo Primero de la STC n.º 5/1981, del 13 de febrero de 1981, formulado por el Magistrado don Francisco Tomás y Valiente, al que se adhirieron los Magistrados don Ángel Latorre Segura, don Manuel Díez de Velasco y don Plácido Fernández Viagas (Tribunal Constitucional de España, 1981).

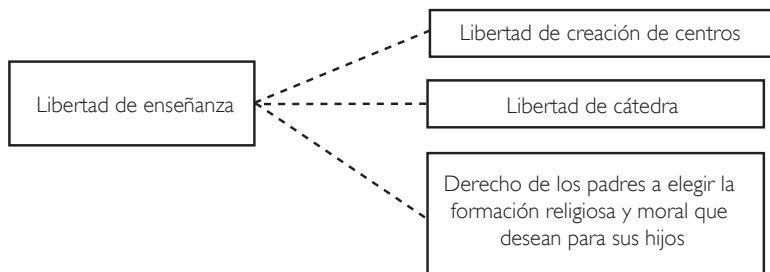


Figura 6.

(a) *El derecho a crear centros de enseñanza y derechos conexos.*

En primer lugar, habría que indicar que este derecho niega la posibilidad de la configuración de un monopolio estatal docente (Tribunal Constitucional de España, 1981, FJ 7, p. 82). Según el Tribunal Constitucional de España, en la STC n.º 5/1981, este derecho incluye la posibilidad de crear centros fuera del ámbito de las enseñanzas regladas. Sin embargo, en virtud de la continuidad y sistematicidad de la acción educativa, dicha libertad en todos los casos debe ejercerse «dentro de límites más estrechos que los de la pura libertad de expresión» (Tribunal Constitucional de España, 1981, FJ 7)⁴³.

En cuanto a la creación de centros dentro del sistema de enseñanzas regladas, se observa una exigencia adicional: no solamente deben orientar sus actividades hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales (según lo dispuesto en el artículo 27.2 de la CE), sino que también deben cumplir los requisitos establecidos por el Estado en cada nivel (Tribunal Constitucional de España, 1981, FJ 7)⁴⁴.

En una sentencia posterior, la STC n.º 86/1985, el Tribunal Constitucional de España indicó que este derecho no implica, en términos constitucionales, un derecho subjetivo a prestaciones (subvenciones) estatales (Tribunal Constitucional de España, 1985c, FJ 7). De otra parte, según el Tribunal Supremo en la STS del 20 de marzo de 1985, la libertad de creación de centros docentes se proyecta, además, en la permanencia y funcionamiento de aquellos, pues de lo contrario el derecho carecería de sentido (Díaz Revorio, 2002, p. 84).

43 En dicho fundamento, el Tribunal Constitucional español sostuvo además lo siguiente: «[a]sí, en tanto que esta (art. 20.4 de la Constitución) está limitada esencialmente por el respeto a los demás derechos fundamentales y por la necesidad de proteger a la juventud y a la infancia, el ejercicio de la libertad de creación de centros docentes tiene la limitación adicional, impuesta en el mismo precepto que la consagra, del respeto a los principios constitucionales que, como los del Título Preliminar de la Constitución (libertad, igualdad, justicia, pluralismo, unidad de España, etc.), no consagran derechos fundamentales, y la justicia, pluralismo, unidad de España, etc.), no consagran derechos fundamentales, y la muy importante, derivada del art. 27.2 de la Constitución, de que la enseñanza ha de servir determinados valores (principios democráticos de convivencia, etc.) que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva».

44 En ese sentido, el artículo 23 de la Ley Orgánica n.º 8/1985 establece que la apertura y funcionamiento de los centros docentes privados que impartan enseñanzas tanto de régimen general como de régimen especial se someterán al principio de autorización administrativa. Esto último no resulta aplicable a las universidades, puesto que el régimen de creación y reconocimiento de las mismas es diferente y se encuentra sujeto a lo dispuesto en la Ley Orgánica n.º 6/2001 del 21 de diciembre, modificada por la Ley Orgánica n.º 4/2007 del 12 de abril. Véase también: Díaz Revorio (2002, p. 83).

Otro derecho inspirado por la libertad de enseñanza y vinculado al derecho de creación de centros docentes por los particulares es el derecho de los titulares de dichos centros a dirigirlos (poder de dirección), de conformidad con el último párrafo del artículo 13 del PIDESC, ratificado por España, según lo indicado por el Tribunal Constitucional en la STC n.º 77/1985 (Tribunal Constitucional de España, 1985b, FJ 20). Asimismo, según esta sentencia, el contenido esencial de dicho derecho según esta última sentencia puede ser precisado tanto desde un punto de vista positivo como negativo (Tribunal Constitucional de España, 1985b, FJ 20).

Desde una perspectiva positiva, este derecho garantiza el respeto al carácter propio del centro y la asunción en última instancia de la responsabilidad de la gestión a través del ejercicio de facultades decisorias relativas a la propuesta de estatutos, nombramiento y cese de los órganos de dirección administrativa, pedagógica y profesorado (Tribunal Constitucional de España, 1985b, FJ 20).

Desde una perspectiva negativa, el contenido de este derecho exige la ausencia de limitaciones absolutas o insalvables, y de limitaciones por las que se le despoje de la necesaria protección (Tribunal Constitucional de España, 1985b, FJ 20). Ello alcanza a las limitaciones que *prima facie* respetan el contenido discrecional de las facultades que el titular del derecho ejerce sobre las materias organizativas esenciales, pero que en definitiva conllevan a una situación de imposibilidad o grave dificultad objetiva para ejercer, en sentido positivo, dicho contenido discrecional⁴⁵.

Además del poder de dirección de los centros docentes privados, un derecho vinculado a la libertad de creación de centros docentes es el derecho al ideario, que de acuerdo con lo planteado en la citada STC n.º 5/1985, «equivale a la posibilidad de dotar a éstos de un carácter u orientación propios» (Tribunal Constitucional de España, 1981, FJ 8).

Este derecho es una faceta de la libertad de creación de centros docentes y comparte, asimismo, sus límites. Por esta razón, no cabe considerar la libertad de creación de centros docentes como una concreción de la libertad de empresa (Tribunal Constitucional de España, 1981, FJ 8).

Con respecto a dichos límites, se observa que los centros docentes privados, al igual que los públicos, deben orientar sus actividades hacia las finalidades de la educación (artículo 27.2 de la CE). Por lo tanto, los idearios de los centros privados deben ser compatibles con la transmisión de valores constitucionales (Díaz Revorio, 2002, pp. 89-90). En ese sentido, son inadmisibles idearios totalitarios o antidemocráticos (Díaz Revorio, 2002, pp. 89-90)⁴⁶.

Cabe mencionar, además, que el establecimiento del ideario, según el Tribunal Constitucional de España en la ya citada STC n.º 5/1985, no tiene un carácter instrumental frente al derecho de los padres a elegir el tipo de formación religiosa y moral que desean para sus hijos

45 Sobre la base del respeto de este contenido esencial, en el caso de los centros docentes que reciben ayuda de los poderes públicos a través del financiamiento parcial o total, es posible el establecimiento de condicionamientos y limitaciones legales del derecho en mención: «[...] Una de estas limitaciones es la que resulta de la intervención estatal, respaldada constitucionalmente por el art. 27.9 de la C.E., para el caso de Centros con respecto a los cuales los poderes públicos realizan una labor de ayuda, particularmente a través de la financiación total o parcial de la actividad, al disponer que “los poderes públicos ayudarán a los Centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca” con lo que, a salvo, repetimos, lo arriba dicho sobre el contenido esencial del derecho en cuestión, supone la posibilidad de establecer condicionamientos y limitaciones legales del mismo respecto a dichos Centros» (Tribunal Constitucional de España, 1985b, FJ 20).

46 La afirmación del autor se sustenta en el voto particular de Tomás y Valiente en la STC n.º 5/1981, anteriormente citada (Tribunal Constitucional de España, 1981).

(Tribunal Constitucional de España, 1981, FJ 8). Por ello, el ideario de un centro docente no se limita a los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa, sino que puede extenderse a los distintos aspectos que ella incluye, en la medida en que se respeten los principios y declaraciones constitucionales, los fines de la educación (básicamente según la CE y el PIDESC), y se cumpla lo establecido a este respecto por los poderes públicos (Tribunal Constitucional de España, 1981, FJ 8).

En conclusión, lo explicado respecto de la libertad de creación de centros docentes puede representarse de la siguiente manera:

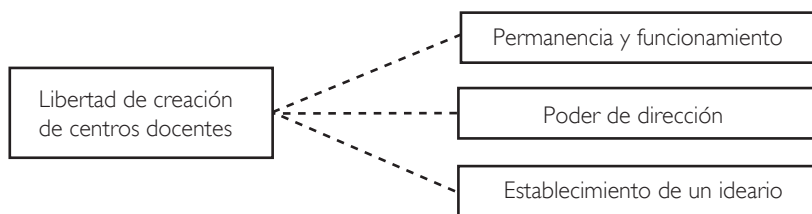


Figura 7.

(b) La libertad de cátedra.

La libertad de cátedra es la segunda manifestación de la libertad de enseñanza. Es la libertad de los titulares de los puestos docentes «sea cual fuere el nivel de enseñanza en el que actúan y la relación que media entre su docencia y su propia labor investigadora» (Tribunal Constitucional de España, 1981, FJ 9)⁴⁷. Como podrá observarse, en el caso español (como en el caso colombiano), la libertad de cátedra no es exclusiva de la enseñanza superior.

En la STC n.º 217/1992, el Tribunal Constitucional de España definió la libertad de cátedra como «la posibilidad de expresar las ideas o convicciones que cada profesor asume como propias con relación a la materia objeto de su enseñanza» (Tribunal Constitucional de España, 1992, FJ 2). Esta libertad, además, preserva la enseñanza de las injerencias externas (Díaz Revorio, 2002, p. 90).

Con respecto a lo anterior, esta libertad, en primer término, es concebida como una libertad frente a los poderes públicos «cuyo contenido se ve necesariamente modulado por las características propias del puesto docente o cátedra cuya ocupación titula para el ejercicio de esa libertad» (Tribunal Constitucional de España, 1981, FJ 9). Este enfoque es anterior a la evaluación de un posible escenario de conflicto entre la libertad de cátedra y el establecimiento de un ideario por el titular del centro docente privado, lo que será analizado posteriormente.

Las características (previamente aludidas) que modulan el contenido de la libertad de cátedra son determinadas, según el Tribunal Constitucional de España en la citada STC n.º 5/1981, por la acción conjunta de dos factores: la naturaleza pública o privada del centro y,

47 En dicho fundamento, el Tribunal Constitucional español sostuvo, además, lo siguiente: «aunque tradicionalmente por libertad de cátedra se ha entendido una libertad propia sólo de los docentes en la enseñanza superior o, quizá más precisamente, de los titulares de puestos docentes denominados precisamente "cátedras" y todavía hoy en la doctrina alemana se entiende, en un sentido análogo, que tal libertad es predicable sólo respecto de aquellos profesores cuya docencia es proyección de la propia labor investigadora, resulta evidente, a la vista de los debates parlamentarios, que son un importante elemento de interpretación, aunque no la determinen, que el constituyente de 1978 ha querido atribuir esta libertad a todos los docentes» (Tribunal Constitucional de España, 1981).

en segundo lugar, por el nivel o grado educativo en el que se ejerce el puesto docente (Tribunal Constitucional de España, 1981, FJ 9).

- *La libertad de cátedra en los centros docentes públicos.*

En los centros públicos corresponde distinguir un contenido negativo y positivo de la libertad de cátedra. El primero, de carácter uniforme, permite al docente resistir cualquier mandato por el que su enseñanza tenga que ceñirse a una orientación ideológica determinada (Tribunal Constitucional de España, 1981, FJ 9)⁴⁸. En ese sentido, la libertad de cátedra es «incompatible con la existencia de una ciencia o una doctrina oficiales» (Tribunal Constitucional de España, 1981, FJ 9).

Lo anterior puede enlazarse con lo explicado por el Tribunal Constitucional de España en la sentencia en mención sobre la neutralidad ideológica, que debe caracterizar a los centros docentes públicos y, en general, a todas las instituciones públicas (Tribunal Constitucional de España, 1981, FJ 9)⁴⁹.

Al respecto, se observa que el contenido negativo de esta libertad se vincula con la neutralidad ideológica de la enseñanza en los centros docentes públicos, que exige a los docentes «renunciar a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico» (Tribunal Constitucional de España, 1981, FJ 9). Esta sería la única actitud compatible, según el Tribunal Constitucional de España, con el respeto a la libertad de las familias que no eligieron para sus hijos centros docentes «con una orientación ideológica determinada y explícita» (Tribunal Constitucional de España, 1981, FJ 9).

De otra parte, el contenido positivo, que alcanza su máxima amplitud en la enseñanza universitaria, disminuye de forma gradual en la medida en que se aproxima a los primeros niveles del sistema educativo (Tribunal Constitucional de España, 1981, FJ 9)⁵⁰.

Esto último se explica por dos razones. En primer lugar, los planes de estudio establecidos por la autoridad competente son los que definen el contenido mínimo de la enseñanza (Tribunal Constitucional de España, 1981, FJ 9). Además, son también las autoridades competentes las que indican el conjunto de medios pedagógicos entre los que puede optar el profesor (Tribunal Constitucional de España, 1981, FJ 9). Pero la razón más importante es que en dichos niveles educativos el profesor «no puede orientar ideológicamente su enseñanza con entera libertad de la manera que juzgue más conforme a sus convicciones» (Tribunal Constitucional de España, 1981, FJ 9).

- *La libertad de cátedra en los centros docentes privados.*

En los centros docentes privados, la definición del puesto docente no solamente depende de las propias características del nivel educativo, sino también del ideario del centro (Tribunal Constitucional de España, 1981, FJ 10). Por ello, «cualquier intromisión de los poderes públicos

48 Con ello el Tribunal Constitucional español se refiere, según dicho fundamento, a «cualquier orientación que implique un determinado enfoque de la realidad natural, histórica o social dentro de los que el amplio marco de los principios constitucionales hacen posible».

49 «En un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas y muy especialmente los centros docentes, han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales» (Tribunal Constitucional de España, 1981).

50 Para Díaz Revorio (2002), el contenido positivo de la libertad de cátedra «implicaría la facultad de determinar el contenido y método de la investigación y de la enseñanza» (p. 92).

en la libertad de cátedra del profesor sería así, al mismo tiempo, violación también de la libertad de enseñanza del propio titular del centro» (Tribunal Constitucional de España, 1981, FJ 10).

El respeto al ideario del centro, entonces, es un límite a la libertad de cátedra de los profesores (Tribunal Constitucional de España, 1981, FJ 10). Por consiguiente, el profesor puede desarrollar su actividad docente en los términos que considere más adecuados y que, de acuerdo con criterios serios y objetivos, no resulten contrarios a dicho ideario (Tribunal Constitucional de España, 1981, FJ 10)⁵¹. Asimismo, según el Tribunal Constitucional de España en la sentencia bajo comentario:

La virtualidad limitante del ideario será, sin duda, mayor en lo que se refiere a los aspectos propiamente educativos o formativos de la enseñanza, y menor en lo que toca a la simple transmisión de conocimientos, terreno en el que las propias exigencias de la enseñanza dejan muy estrecho margen a las diferencias de idearios. (Tribunal Constitucional de España, 1981, FJ 10)

No obstante, lo anterior no impide considerar que la libertad de cátedra de los profesores en los centros privados es tan plena como la de los profesores en los centros docentes públicos (Tribunal Constitucional de España, 1981, FJ 10)⁵².

Ahora bien, sobre la posible colisión antes aludida entre el ejercicio del derecho de libertad de cátedra y el ideario de los centros docentes privados, el Tribunal Constitucional de España ha indicado en la citada STC n.º 5/1985 que la solución a los conflictos que puedan originarse deberá buscarse a través de la jurisdicción competente (Tribunal Constitucional de España, 1981, FJ 10).

Asimismo, si el titular del centro docente considera que las actividades o la conducta lícita de los profesores al margen de su función docente contravienen el ideario del mismo y, en ese sentido, alega que se trata de un motivo suficiente para terminar la relación contractual entre dicho profesor y el centro, ello solamente podrá ser resuelto (como en el supuesto anterior) por la jurisdicción competente, y en último término, por el Tribunal Constitucional por la vía del amparo (Tribunal Constitucional de España, 1981, FJ 10)⁵³.

51 Asimismo, según el Tribunal Constitucional Español en dicho fundamento, «[l]a existencia de un ideario, conocida por el profesor al incorporarse libremente al centro o libremente aceptada cuando el centro se dota de tal ideario después de esa incorporación, no le obliga, como es evidente, ni a convertirse en apologista del mismo, ni a transformar su enseñanza en propaganda o adoctrinamiento, ni a subordinar a ese ideario las exigencias que el rigor científico impone a su labor: El profesor es libre como profesor; en el ejercicio de su actividad específica. Su libertad es, sin embargo, libertad en el puesto docente que ocupa, es decir, en un determinado centro y ha de ser compatible, por tanto, con la libertad del centro, del que forma parte el ideario. La libertad del profesor no le faculta por tanto para dirigir ataques abiertos o solapados contra ese ideario [...]».

52 Además, corresponde indicar que según el Tribunal Constitucional en el citado fundamento: «la enseñanza y, sobre todo, la enseñanza en los niveles regulados por la L.O.E.C.E. [norma ya derogada], tiene exigencias propias que son incompatibles con una tendencia expansiva de cualquiera de estas dos libertades, cuya articulación recíproca será tanto más fácil cuanto mayor conciencia se tenga de estas limitaciones que dimanen de su propio concepto».

53 Sin perjuicio de lo anterior; añade el Tribunal en dicho fundamento lo siguiente: «pues aunque ciertamente la relación de servicio entre el profesor y el centro no se extiende en principio a las actividades que al margen de ella lleve a cabo, la posible notoriedad y la naturaleza de estas actividades, e incluso su intencionalidad, pueden hacer de ellas parte importante e incluso decisiva de la labor educativa que le está encomendada» (Tribunal Constitucional de España, 1981).

(c) *La libertad de enseñanza y los derechos educativos de los padres.*

Luego de haber explicado en términos generales los alcances de la libertad de enseñanza en el caso español, corresponde indicar cuáles son los derechos inspirados por ella desde la perspectiva de los padres.

En la STC n.º 133/2010, el Tribunal Constitucional de España sostuvo que la libertad de enseñanza de los padres «habilita a éstos como a cualquier otra persona, a enseñar a otros, en este caso a sus hijos, tanto dentro como fuera del sistema de enseñanzas oficiales» (Tribunal Constitucional de España, 2011, FJ 5).

En el ámbito de la enseñanza básica, según el Tribunal Constitucional en la citada sentencia, la libertad de enseñanza de los padres se circunscribe a dos facultades: (i) la de enseñar a sus hijos dentro o fuera del sistema de enseñanzas oficiales (artículo 27.6 de la CE), lo que no excluye el deber de escolarización, y (ii) la de crear un centro docente cuyo proyecto educativo satisfaga sus preferencias pedagógicas o de otra índole, sobre la base del cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 27.2, 4, 5 y 8 de la CE (Tribunal Constitucional de España, 2011, FJ 5)⁵⁴.

Como podrá observarse, si en el esquema inicial de los derechos inspirados por la libertad de enseñanza planteado en la STC n.º 5/1981 se incluía el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (artículo 27.3 de la CE), en la STC n.º 133/2010 el Tribunal Constitucional de España vinculó este derecho con el derecho de los padres a determinar el tipo de educación que habrán de recibir sus hijos menores (Tribunal Constitucional de España, 2011, FJ 5).

Con respecto a esto último, en esta sentencia se sostuvo que el derecho constitucional de los padres a la determinación del tipo de educación que habrán de recibir sus hijos (menores) incluye el derecho a elegir el centro docente y el derecho a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones (artículo 27.3 de la CE) (Tribunal Constitucional de España, 2011, FJ 5).

Resulta pertinente mencionar que respecto del derecho de los padres a elegir el centro docente, el Tribunal Constitucional de España indicó en el Auto n.º 382/1996 que el derecho de todos a la educación, desde su enfoque como derecho de libertad (Tribunal Constitucional de España, 1995, FJ 3), comprende la facultad de elegir el centro docente. Este derecho a su vez incluye «*prima facie* la [facultad] de escoger un centro distinto de los creados por los poderes públicos» (Tribunal Constitucional de España, 1996, FJ 4).

Dicha inclusión, según lo indicado por el Tribunal Constitucional de España en el citado Auto n.º 382/1996, no solamente tiene como base al artículo 4 b de la Ley Orgánica n.º 8/1985 (LODE), sino también la interpretación de los alcances del primer inciso del artículo 2 del Protocolo n.º 1, desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso *Costello-Roberts vs. Reino Unido* (Tribunal Constitucional de España, 1996, FJ 4)⁵⁵.

De acuerdo con esta interpretación, que constituye una fuente para la delimitación del contenido constitucionalmente protegido de los derechos a tutelar a través del amparo (artículo 10.2 de la CE), debe entenderse que este derecho tiene como destinatarios a los alumnos

54 En cuanto a la libertad de creación de centros (artículo 27.6), el artículo constitucional que reconoce este derecho, según Llamazares (2003), expresa un mínimo consensuado que supera «la confrontación entre los defensores del modelo de escuela pública unificada y los defensores del modelo mixto que configura a la escuela pública como subsidiaria de la privada» (p. 82).

55 Véase también: Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1993).

de las escuelas públicas y privadas, sin establecer alguna distinción entre ellos en cuanto a su exigibilidad (Tribunal Constitucional de España, 1996, FJ 4).

En ese sentido, ha de comprenderse que «la capacidad de optar entre los diversos centros existentes, sean públicos o privados», señalada por el Tribunal Constitucional de España en la ATC n.º 382/1996, vale decir, el acceso efectivo a la educación pública o privada, se encuentra comprendida en el ámbito protegido por el artículo 27.1 de la CE (Tribunal Constitucional de España, 1996, FJ 4).

A partir de este argumento, el Tribunal Constitucional español vinculó la facultad de elegir o escoger el centro docente con el derecho reconocido en el artículo 27.3 de la CE (Tribunal Constitucional de España, 1996, FJ4). Como previamente el Tribunal había indicado en la citada STC n.º 5/1981, el ejercicio de la primera implica «un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral» (Tribunal Constitucional de España, 1981, FJ 10).

Otro elemento a considerar en esta explicación de los alcances de la libertad de enseñanza y los derechos educativos de los padres (como dimensión de libertad del derecho a la educación) es que sus respectivos ámbitos protegidos no incluyen la decisión de los padres de no escolarizar a sus hijos por razones pedagógicas o, incluso, por sus convicciones de índole religiosa o moral (Tribunal Constitucional de España, 1981, FJ 10).

Sobre esto último, en la STC n.º 133/2010 previamente aludida, el Tribunal Constitucional de España sostuvo que la imposición del deber de escolarización de los niños entre seis y dieciséis años, contenida en el artículo 4.2 de la Ley Orgánica de Educación (contemplada también en el artículo 9.2 de la antigua LOCE), es constitucionalmente inobjetable (Tribunal Constitucional de España, 2011, FJ 9).

De este modo, el denominado *homeschooling*, como alternativa a la escolarización obligatoria, cumple con la adecuada transmisión de conocimientos. Esta opción no se condice, según el Tribunal Constitucional de España en la sentencia bajo comentario, con las demás finalidades que deben perseguir los poderes públicos al configurar el sistema educativo en general y la educación básica en particular: el libre desarrollo de la personalidad en el marco de una sociedad democrática y la formación de ciudadanos respetuosos de los principios democráticos de convivencia, de los derechos y libertades fundamentales (Tribunal Constitucional de España, 2011, FJ 9)⁵⁶.

Dichas finalidades, de acuerdo con el Tribunal español, se garantizan «más eficazmente mediante un modelo de enseñanza básica en el que el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran» (Tribunal Constitucional de España, 2011, FJ 9).

En suma, de acuerdo con lo desarrollado jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional de España en las sentencias indicadas, los derechos educativos de los padres, que incluyen las manifestaciones de la libertad de enseñanza en el ordenamiento jurídico español (específicamente en el ámbito de la educación básica) y el derecho a la determinación del tipo de educación que habrán de recibir los hijos menores, pueden ser presentados esquemáticamente como se plantea a continuación:

56 En dicho fundamento, el Tribunal Constitucional de España explicó además que «la medida propuesta como alternativa en la demanda de amparo [*homeschooling*] quizás resulte menos restrictiva desde la perspectiva del derecho de los padres reconocido en el art. 27.3 CE, pero en modo alguno resulta igualmente eficaz en punto a la satisfacción del mandato que la Constitución dirige a los poderes públicos en el art. 27.2 CE y que constituye, al tiempo, el contenido del derecho a la educación reconocido en el art. 27.1 CE».

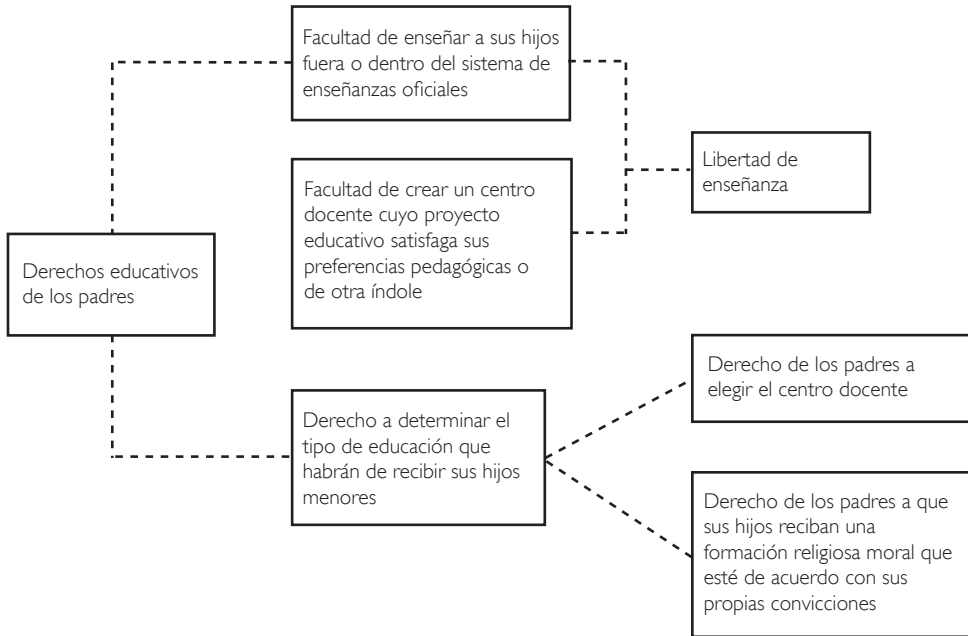


Figura 8.

3. Libertad de enseñanza en el caso peruano: una propuesta de interpretación

3.1. Naturaleza jurídica y contenido.

En el caso peruano, los alcances constitucionales de la libertad de enseñanza han sido abordados en las sentencias del TC detalladas anteriormente: las recaídas en los Expedientes n. ° 0005-2004-AI/TC, n. ° 0091-2005-PA/TC y n. ° 4232-2004-AA/TC. No obstante, sobre ello también se han pronunciado algunos autores peruanos como Luis Castillo Córdova, Susana Mosquera Morelos y Marco Huaco.

Según Castillo Córdova (2004), el reconocimiento y garantía de la libertad de enseñanza en el artículo 13 de la Constitución Política del Perú significa la vigencia del principio de libertad en el sistema educativo peruano. Sostener esta idea genera consecuencias jurídicas tanto para el poder político como para los particulares que formen parte de las relaciones que se producen al interior de dicho sistema (p. 73).

Entre las consecuencias se encuentra que tales relaciones deben desenvolverse en libertad y, por lo tanto, favoreciendo la pluralidad. En el caso peruano, esto se manifiesta en un sistema educativo mixto, que propenda tanto a la igualdad como a la libertad (pluralismo interno y externo) y que rechace cualquier tipo de monopolio, sea este estatal o privado (Castillo Córdova, 2004, p. 5).

A partir de dicha plasmación general, Castillo Córdova (2004) sostiene que la libertad de enseñanza tiene las siguientes concreciones: (i) el respeto de la libertad de conciencia de los estudiantes; (ii) los derechos a fundar centros de enseñanza, a dotarlos de un ideario o carácter propio y a dirigirlos; y (iii) los derechos de los padres de familia a elegir el centro docente en el

que estudiarán sus hijos menores, así como el derecho «a que sus hijos reciban una formación según una determinada religión o una concreta moralidad» (pp. 5-6)⁵⁷.

Según Mosquera (2005), la libertad de enseñanza es una premisa básica para el cumplimiento de los objetivos del sistema educativo, lo que a su vez ha sido reforzado en la LGE (pp. 505-506). De la libertad de enseñanza derivan, de acuerdo con Mosquera, otras libertades: la libertad de los docentes (la libertad de cátedra) y la libertad de los padres a elegir el centro que mejor se adapte a sus requerimientos (Mosquera, 2005, p. 506)⁵⁸.

Para Mosquera (2005), la libertad de enseñanza protege, además, a toda persona natural o jurídica, que tiene derecho a constituir y conducir centros y programas educativos. Esta condición se deriva de la posibilidad de creación de centros docentes privados, que a su vez es una libertad fundamental para garantizar el pluralismo dentro del sistema educativo (p. 506). Frente a ello, la autora destaca que «el Estado reconoce, ayuda, supervisa y regula la educación privada con el respeto a los principios constitucionales y a la LGE» (Mosquera Morelos, 2005, p. 506)⁵⁹.

Por su parte, Huaco (2005), al analizar la libertad de enseñanza religiosa en el contexto del estudio de los derechos de enseñanza y educación religiosas, como derechos alusivos a la libertad de manifestar la religión, indica que son titulares de la libertad de enseñanza tanto los individuos (manifestada como libertad de cátedra) como las agrupaciones religiosas (manifestada en la libertad de crear centros educativos confesionales). Todo está íntimamente vinculado a la libertad de las conciencias, los principios constitucionales y los fines de la institución educativa (Huaco, 2005, p. 288).

Frente a tales posturas, en esta investigación se plantea que la libertad de enseñanza es un principio constitucional del sistema educativo peruano, principio que se encuentra emparentado con el pluralismo y que se concreta en el reconocimiento de un conjunto de derechos de los que son titulares distintos participantes de la relación educativa.

La afirmación anterior se sustenta en el enfoque de la educación según la Constitución Política de 1993 y en su relación con otros valores y principios constitucionales. Así, de acuerdo con la revisión de las constituciones que han regido en el Perú, puede sostenerse que en un inicio, el tratamiento constitucional de la educación, al identificarla con la instrucción, responde a una concepción de aquella como factor de progreso y desarrollo, que requería de la actuación del Estado y de la consiguiente asunción de competencias a este respecto⁶⁰.

En este marco y a partir de la Constitución Política de 1856, se estableció que se podía ejercer libremente la enseñanza y dirigir establecimientos educativos bajo inspección de la autoridad estatal, siempre que se cumpliera con lo prescrito legalmente. Posteriormente, el ejercicio libre de la enseñanza en términos de libertad de cátedra fue establecido como garantía individual al llegar el siglo XX, con la Constitución Política de 1933.

57 Asimismo, este autor desarrolla, a partir del estudio del ordenamiento constitucional español, un conjunto de conclusiones aplicables al caso peruano respecto de la vigencia conjunta de las libertades educativas (Castillo Córdova, 2004, pp. 205-241).

58 Mosquera (2005) también indica, con respecto a los padres, que dicha libertad se aúna a su derecho-deber de implicación en el proceso formativo de sus hijos (p. 506).

59 Según esta autora, la Ley n.º 26549, publicada el 01 de diciembre de 1995 en el diario oficial *El Peruano*, fue dictada para garantizar el principio de libertad de enseñanza, desde la consideración de la descentralización del sistema educativo prevista en el artículo 16 de la Constitución Política de 1993 (Mosquera Morelos, 2005, p. 506).

60 Este sería un punto de convergencia entre lo que se observa en la historia constitucional peruana y la afirmación de Souto Paz respecto a la libertad de enseñanza en la historia constitucional española. Véase: Souto Paz (1992, p. 36).

A partir de la Constitución Política de 1979, la educación tiene como fin el desarrollo integral de la personalidad. Este objetivo está vinculado con el hecho de que el orden constitucional, instaurado por esta norma fundamental, esté al servicio de la persona humana, fin supremo de la sociedad y del Estado. Es a partir de ello que el Estado, de forma explícita, reconoce y garantiza la libertad de enseñanza, lo que se expresa en el reconocimiento del derecho de los particulares a fundar establecimientos educativos sin fines de lucro y sobre la base del respeto a los principios constitucionales, y en el reconocimiento de la libertad de cátedra, situada *prima facie*, en el plano de la educación universitaria.

Así, la educación —que a partir de la Constitución Política de 1979 tiene como centro a la persona que se educa— en tanto derecho fundamental comporta no solo una dimensión de prestación, sino también una dimensión de libertad. Esta —la libertad— está integrada por la libertad de enseñanza y por los derechos educativos de los padres, como el derecho de intervenir en el proceso educativo de sus hijos y de escoger el tipo y los centros de educación para ellos, reconocidos, por primera vez, en la historia constitucional del Perú.

En la Constitución Política de 1993, se mantiene el enfoque de la educación al servicio del desarrollo integral de la persona humana. Este hecho da cuenta del vínculo fuerte entre la educación como derecho fundamental y el principio-derecho de dignidad, cuya proyección no es solo defensiva frente al Estado y los particulares, sino que también demanda actuaciones positivas⁶¹.

Según la interpretación del TC en la sentencia recaída en el Expediente n. ° 4232-2004-AA/TC, a través de la educación no solo se transmite información y conocimientos, sino también valores «a efectos de habilitar a las personas para sus acciones y relaciones existenciales y coexistenciales; amén de ser una guía, dirección u orientación para el desarrollo integral de la persona» (Tribunal Constitucional del Perú, 2006b, FJ 10).

Si la educación constituye una función indeclinable del Estado —por lo cual está obligado a invertir en todos sus niveles y modalidades— no se puede soslayar; de acuerdo con la definición de educación realizada por el TC, cómo habrá de desarrollarse el proceso educativo a partir de los principios y valores consagrados por la Constitución. Esta condición exige responsabilidades por parte del Estado, los centros educativos y la sociedad en su conjunto, así como deberes que los educandos y padres de familia deberán cumplir.

Por ello, aunada a la dimensión de prestación del derecho a la educación, expresada en la obligación del Estado a garantizar su acceso irrestricto en el nivel de la educación básica, de carácter obligatorio y gratuito en las instituciones educativas públicas⁶², se halla una dimensión de libertad, que es proyección del pluralismo y tolerancia, valores constitucionales propios de una sociedad democrática que inspiran los fines de la educación, tanto en su cariz individual como en el social.

Dicha dimensión de libertad está integrada por la libertad de enseñanza (arts. 13, 15 y 18 de la CPP), el respeto de la libertad de conciencia de los estudiantes (art. 2.3 de la CPP), el

61 De acuerdo con Landa (2000), la dignidad no solo es un valor y principio constitucional, sino también una dínamo de los derechos fundamentales. Por ello, es tanto un parámetro fundamental de la actividad estatal y de la sociedad como una fuente de los derechos fundamentales de los ciudadanos (p. 112). En relación con lo segundo, esta vinculación fuerte de la dignidad con los derechos fundamentales significa que ella es «la razón de ser; fin y límite de los mismos» (Landa, 2000, p. 121).

62 En el caso de la educación universitaria, el derecho fundamental a la educación garantiza el derecho de acceso a la universidad en condiciones igualdad (Tribunal Constitucional del Perú, 2006b, FJ 20).

derecho a no ser obligados a recibir educación religiosa incompatible con sus convicciones y la de sus padres o tutores legales (art. 14 de la CPP), y por los derechos educativos de los padres (artículo 15 de la CPP). Estos derechos abarcan el derecho a escoger los centros de educación y a participar en el proceso educativo. A ellos se les suma el deber del Estado de subvencionar la educación privada en cualquiera de sus modalidades, incluyendo la comunal y la cooperativa, sin perjuicio de que dicho deber también redunde en el acceso irrestricto a la educación que garantiza el Estado (art. 17 de la CPP) (Tribunal Constitucional del Perú, 2006b, FJ 15). Asimismo, en el nivel de la educación superior universitaria, dicha dimensión exige la garantía de la autonomía universitaria (art. 18 de la CPP) (Tribunal Constitucional del Perú, 2006b, FJ 15).

3.2. Manifestaciones

Como se ha indicado previamente, en el caso peruano la libertad de enseñanza es un principio constitucional, que exige el valor del pluralismo en el sistema educativo y en el desarrollo de la actividad educativa (Castillo Córdova, 2004, p. 5). En ese sentido, la libertad de enseñanza significa tanto pluralismo de los centros docentes o coexistencia de escuelas públicas y privadas, como pluralismo interno de los centros o libertad, sujeta a ciertos límites en el enfoque y orientación de los contenidos educativos por parte de los docentes.

Al respecto, se observa que el TC, en la sentencia recaída en el Expediente n. ° 4232-2004-AA/TC, sostuvo que uno de los principios del plexo constitucional que regulan el proceso educativo es el principio de libertad y pluralidad en la oferta educativa (art. 15 de la CPP), que plantea lo siguiente:

[...] la diversidad de opciones para el desarrollo del proceso educativo, así como la presencia concurrente del Estado y los particulares como agentes para llevar a cabo tal acción. Por ende, se acredita la posibilidad de elección entre las diversas opciones educativas y queda proscrita cualquier forma de monopolio estatal sobre la materia. (Tribunal Constitucional del Perú, 2006b, FJ 12)

Aun cuando en la definición anterior el colegiado no se refiera directamente a la libertad de enseñanza, en esta investigación se considera que esta última sí está vinculada materialmente con el principio de libertad y pluralidad en la oferta educativa, en la medida en que dicha definición alude a la posibilidad de acceso a diferentes opciones educativas. La consecuencia de esto es la proscripción del monopolio estatal en la esfera de la educación. Esto último se identifica con el ámbito pasivo o carácter negativo de la libertad de enseñanza, ámbito que no solamente plantea la ausencia del monopolio estatal en materia educativa, sino que también se dirige a los monopolios de los particulares y que, en general, exige la proscripción de toda situación en la que en algún sentido el sistema educativo quede subordinado o al servicio de una determinada ideología, moral o religión (Castillo Córdova, 2004, p. 89).

Cabe recordar, además, que el colegiado, en dicha sentencia, sostuvo que la libertad de enseñanza se manifestaba en tres planos: (i) potestad de transmitir información y conocimientos científicos o dogmáticos, y valores; (ii) potestad de acceder y aprender; y (iii) potestad de recibir el tipo y contenido de enseñanza que se consideren más convenientes para el desarrollo de la personalidad (Tribunal Constitucional del Perú, 2006b, FJ 15).

El primer plano se vincula claramente con el derecho de los particulares (personas naturales o jurídicas) a establecer y dirigir centros de enseñanza, y con libertad de cátedra⁶³. Con respecto a esta última, cabe precisar que el colegiado la ha definido de la siguiente manera:

[...] la facultad de expresar, en el ejercicio de la docencia universitaria, las ideas o creencias vinculadas con el desarrollo de una asignatura o materia, sin ningún tipo de sometimiento o sumisión ante ninguna autoridad estatal o privada (sea interna o externa). (Tribunal Constitucional del Perú, 2006b, FJ 31)

Según este planteamiento, la libertad de cátedra queda circunscrita al ámbito de la educación universitaria «por el peligro de deformar la conciencia de los educandos, débilmente crítica y enormemente sugestionable en los menores de edad» (Tribunal Constitucional del Perú, 2006b, FJ31). Sin embargo, en esta investigación se plantea que la libertad de enseñanza desde la perspectiva del docente no debe limitarse al nivel universitario. Por el contrario, esta libertad debe ser reconocida a todos los docentes sin importar el nivel en el que ejerzan la docencia⁶⁴. Esta idea no excluye modulaciones en su ejercicio según cada etapa del sistema educativo, entre otras razones, en virtud del principio de igualdad en el desarrollo de la actividad docente (Castillo Córdova, 2004, p. 181)⁶⁵.

De otra parte, de acuerdo con el segundo plano, la libertad de enseñanza comporta la libertad de acceso al sistema educativo y la libertad de aprendizaje de los educandos. Esta última libertad, tanto en el ámbito de las enseñanzas regladas o de la actividad educativa formal como en el ámbito de las enseñanzas no regladas, no exime del cumplimiento de los fines de la educación, según el artículo 13 de la Constitución Política de 1993 (Castillo Córdova, 2004, p. 19).

Asimismo, se considera que en virtud del tercer plano se desprende, en un sentido negativo, la prohibición de la manipulación ideológica de los estudiantes tanto en las instituciones educativas públicas como privadas. Por otro lado, en un sentido positivo dicho plano se manifiesta «en un conjunto de acciones que en el ámbito ideológico de la educación están permitidas según el tipo de enseñanza que se trate» (Castillo Córdova, 2004, p. 73)⁶⁶.

63 No obstante, el Tribunal Constitucional en dicha sentencia ha distinguido a la libertad de cátedra y a la libertad de enseñanza, como derechos fundamentales, según se aprecia en la siguiente redacción: «De este modo, la eficacia de las garantías institucionales en aquellos casos en que la Constitución establece un nexo entre estas (por ejemplo, la autonomía universitaria) y los derechos fundamentales (por ejemplo, la libertad de cátedra, libertad de enseñanza y la libertad de conciencia) resulta de vital importancia (...)» (Tribunal Constitucional del Perú, 2006b, FJ 24).

64 Vale decir, el mayor alcance del ejercicio de esta libertad dependerá de su proximidad a los niveles superiores de la enseñanza. Al respecto, Castillo Córdova hace una distinción entre libertad de cátedra, libertad de los docentes universitarios, y libertad docente, que en el caso peruano debería ser extensiva a los demás docentes del sistema educativo. Asimismo, este autor plantea que la dimensión objetiva de la libertad docente exige la autonomía de las instituciones educativas del nivel básico, autonomía que no tiene el mismo alcance y significación que la autonomía de las universidades (Castillo Córdova, 2004, pp. 179-203).

65 Otra razón que señala el autor tiene que ver con el libre desarrollo de la personalidad del estudiante: «la vigencia efectiva de los derechos de los demás miembros del complejo educativo pasa por reconocer a todos los docentes un ámbito de libertad suficiente para formular y difundir los mensajes educativos acordes con una enseñanza que pueda finalmente beneficiar el pleno desarrollo de la personalidad del estudiante como lo exige el texto constitucional peruano» (Castillo Córdova, 2004, p. 180).

66 En ese sentido, según Castillo Córdova (2004), «[...] los centros de enseñanza pública y los de enseñanza privados (tanto si cuentan o no con un ideario), sólo están en posición de ofertar y divulgar como contenido axiológico de la educación la promoción de las mencionadas ideología de la democracia, la ideología del respeto a la Constitu-

Precisamente, en lo que concierne a las instituciones educativas públicas e incluso en las privadas sin ideario, existe una exigencia de neutralidad ideológica entendida como el respeto a las diversas propuestas ideológicas y religiosas, así como la ausencia en la educación de una ideología o religión oficiales (Castillo Córdoba, 2004, p. 113).

Ahora bien, a propósito de los centros privados con ideario, se observa que en determinados supuestos el derecho de los estudiantes a no ser obligados a recibir educación religiosa incompatible con sus convicciones o con las convicciones de sus padres o tutores legales, colisiona con el derecho de los particulares (personas naturales o jurídicas) a dirigir centros docentes conforme a dicho ideario, amparado por la libertad de enseñanza según se ha explicado. Por tratarse de una colisión, en cada caso deberán sopesarse los elementos jurídicos y fácticos determinantes para su solución. En ese sentido, cabe distinguir si el ideario de las instituciones educativas privadas tiene o no una manifiesta orientación confesional, por cuanto en este primer supuesto también (y sobre todo) estaría en juego la libertad religiosa de los titulares de los centros docentes.

4. Conclusiones

- (a) La libertad de enseñanza ha sido reconocida de manera explícita en el Perú solo a partir de la Constitución de 1979. No obstante, es posible encontrar referencias a garantías vinculadas a ella a partir de la Constitución Política de 1856.
- (b) En la Constitución Política de 1993, la libertad de enseñanza ha sido reconocida explícitamente en el artículo 13, el primero de varios artículos sobre educación. Esto también se aprecia en algunos ordenamientos a nivel comparado, como es el caso de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (artículo 5.3) y la Constitución Política de Chile de 1980 (artículo 19.11). Pese a que el constituyente peruano no brinda mayores elementos que permitan esclarecer la naturaleza jurídica, contenido y límites de la libertad de enseñanza, el TC se ha pronunciado, de manera sucinta, sobre algunos aspectos relacionados a ella, pero sin ahondar en la complejidad que le caracteriza, en las sentencias recaídas en los Expedientes n. ° 0005-2004-AI/TC y n. ° 0091-2005-PA/TC y n. ° 4232-2004-AA/TC.
- (c) A partir de una noción abierta y dinámica de Constitución, corresponde comprender la libertad de enseñanza como un principio constitucional del sistema educativo peruano. Este se encuentra estrechamente vinculado al valor constitucional del pluralismo y se concreta en el reconocimiento de un conjunto de derechos de los que son titulares distintos participantes de la relación educativa.
- (d) Al respecto, entre las posibles manifestaciones de la libertad de enseñanza en el ordenamiento jurídico peruano, cabe destacar lo siguiente: (i) en un primer plano, el

ción y promoción de los derechos humanos y la ideología de los valores fundamentales para la convivencia social. Mientras que a [sic] los centros de enseñanza privada que cuentan con un ideario o carácter propio, además de lo anterior están en la obligación (ya no solo en la posibilidad) de darle a su enseñanza la dirección axiológica que ofertan con su ideario» (p. 111).

derecho de los particulares a establecer y dirigir centros de enseñanza, y la libertad de cátedra; (ii) en un segundo plano, la libertad de acceso al sistema educativo y la libertad de aprendizaje de los educandos; y finalmente, (iii) en un tercer plano. La prohibición de la manipulación ideológica de los estudiantes tanto en las instituciones educativas públicas como privadas (sentido negativo) y el desarrollo de acciones permitidas, bajo ciertos límites, en el ámbito ideológico de la educación (sentido positivo).

REFERENCIAS

- Castillo Córdova, L. (2004). *El principio de libertad en el sistema educativo*. Lima: ARA.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1999). Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General n. ° 13*, El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto), (21° período de sesiones, 1999), U.N. Doc. E/C.12/1999/10.
- Corte Constitucional de Colombia. (1992a). Sala Primera de Revisión. Sentencia n. ° T-406/92. MP: Dr. Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional de Colombia. (1992b). Sala Segunda de Revisión. Sentencia n. ° T-440 de 1992. MP: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional de Colombia. (1992c). Sala Tercera de Revisión. Sentencia n. ° T-493 de 1992. MP: Dr. Jorge Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional de Colombia. (1993a). Sala de Revisión. Sentencia n. ° T-219 de 1993. MP: Dr. Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional de Colombia. (1993b). Sala Séptima de Revisión. Sentencia n. ° T-186 de 1993, MP: Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional de Colombia. (1994a). Sala Quinta de Revisión. Sentencia n. ° T-465 de 1994, MP: José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional de Colombia. (1994b). Sala Novena de Revisión. Sentencia n. ° T-092 de 1994, MP: Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional de Colombia. (1995). Sala Tercera de Revisión. Sentencia n. ° T-337/95. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional de Colombia. (1998). Sala Número Ocho de Revisión. Sentencia n. ° T-101 de 1998. MP: Dr. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional de Colombia. (1999a). Sala Primera de Revisión. Sentencia n. ° T-877 de 1999, MP: Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional de Colombia. (1999b). Sala Séptima de Revisión. Sentencia n. ° T-662 de 1999, FJ 8. MP: Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional de Colombia. (2000). Sala Sexta de Revisión. Sentencia n. ° T-1032 del 2000. Consideraciones y Fundamentos, MP: Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional de Colombia. (2003). Sala Plena. Sentencia n. ° C-810 del 2003, FJ 20. MP: Eduardo Montealegre Lynett.

- Corte Constitucional de Colombia. (2004). Sala Tercera. Sentencia n. ° T-853 del 2004, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional de Colombia. (2005). Sala Quinta de Revisión. Sentencia n. ° T-933 de 2005. MP: Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia. (2006). Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-1030 de 2006. MP: Dr. Marco Gerardo Cabra.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sala Tercera de Revisión. Sentencia n. ° T-699 del 2011. MP: Dr. Juan Carlos Henao Pérez.
- Defensoría del Pueblo de Colombia. (2003). *El derecho a la educación en la Constitución, en la jurisprudencia y en los tratados internacionales*, 241. Bogotá, D.C. Recuperado de http://www.defensoria.org.co/red/anexos/publicaciones/derecho_a_la_educacion_ProSeD-Her.pdf
- Díaz Revorio, F. J. (2002). *Los derechos fundamentales del ámbito educativo en el ordenamiento estatal y autonómico de Castilla-La Mancha*. Toledo: Cortes de Castilla-La Mancha.
- Huaco Palomino, M. (2005). *Derecho de la religión: El principio y derecho de libertad religiosa en el ordenamiento jurídico peruano*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos/ Universidad Peruana Unión.
- Landa Arroyo, C. (2000). La dignidad de la persona humana. *Ius et veritas*, Año X(21), 10-25. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Landa Arroyo, C. (2011). *Derecho Procesal Constitucional. Cuaderno de Trabajo n. ° 20*. Lima: Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- León Pastor, R. (1990). Libertad de cátedra: ¿Monopolio docente?, *Themis* 16, Época 2(16), 73-79.
- Llamazares, D. (2003). *Derecho de la libertad de conciencia. Tomo II* (2.ª ed.). Madrid: Civitas.
- Mosquera Morelos, S. (2005). *El derecho de libertad de conciencia y de religión en el ordenamiento jurídico peruano*. Lima: Palestra.
- Nuevo López, P. (2009). *La Constitución Educativa del Pluralismo. Una aproximación desde la teoría de los derechos fundamentales*. La Coruña: Netbiblo.
- Souto Paz, J. A. (1992). El derecho a la educación. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, Año 1992(1)*.
- Souto Paz, J. A. (1995). *Derecho Eclesiástico del Estado. El derecho de la libertad de ideas y creencias* (3.ª ed.) Madrid: Marcial Pons.
- Tribunal Constitucional de España. (1981). STC n. ° 5/1981 del 13 de febrero de 1981.
- Tribunal Constitucional de España. (1985a). STC n. ° 5/1985 del 23 de enero de 1985, publicada en el BOE núm. 37 del 12 de febrero de 1985.
- Tribunal Constitucional de España. (1985b). STC n. ° 77/1985 del 27 de junio de 1985, publicada en el BOE núm. 170, el 17 de julio de 1985.

- Tribunal Constitucional de España. (1985c). STC n. °86/1985 del 10 de julio de 1985, publicada en el BOE núm. 194 del 14 de agosto de 1985.
- Tribunal Constitucional de España. (1992). STC n. ° 217/1992 del 1 de diciembre de 1992, publicada en el BOE núm. 307, del 23 de diciembre de 1992.
- Tribunal Constitucional de España. (1995). STC n. ° 86/1985 del 6 de junio, publicada en el BOE núm. 162 del 08 de julio de 1995.
- Tribunal Constitucional de España. (1996). ATC n. ° 382/1996, del 18 de diciembre.
- Tribunal Constitucional de España. (2011). STC n. ° 133/2010, del 2 de diciembre del 2010, publicada en el BOE núm. 4 del 05 de enero del 2011.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2004). Sentencia recaída en el Expediente n. ° 0005-2004-AI/TC (publicada el 21 de agosto del 2004).
- Tribunal Constitucional del Perú. (2006a). Sentencia recaída en el Expediente n. ° 0091-2005-PA/TC, publicada el 20 de enero del 2006.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2006b). Sentencia recaída en el Expediente n. ° 4232-2004-AA/TC, publicada el 22 de julio del 2006.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2008). Sentencia recaída en el Expediente n. ° 00017-2008-PI/TC.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (1993). *Affaire Costello vs. Reino Unido*, n. ° 13134/87, Judgment (25 de marzo de 1993).

COMENTARIOS

César Landa Arroyo

Profesor del Departamento Académico de Derecho, PUCP*

En un Estado constitucional, no hay democracia sin derechos ni derechos sin democracia, como ha recordado Böckenförde. Pero, en una realidad social como la peruana, la educación constituye una necesidad fundamental para la formación integral de las personas como ciudadanos conscientes de sus derechos y libertades, así como capaces de realizarse personal y familiarmente, y contribuir así al bienestar general y a la justicia social que demanda la sociedad peruana.

Por eso, la publicación de una parte de la tesis «La educación religiosa escolar (ERE) en el Perú: enfoque jurídico-constitucional del área “Educación Religiosa” en la modalidad de la Educación Básica Regular (EBR) en las escuelas públicas», de Rosa Isabel Sánchez Benítez, para obtener el título de licenciada en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, constituye un aporte para el mejor entendimiento constitucional de la libertad de enseñanza. En particular, contribuye a entender la libertad de enseñanza como un principio constitucional dimanante de la dimensión de libertad del derecho fundamental a la educación, que exige el respeto del valor del pluralismo en el sistema educativo y en el desarrollo de la actividad educativa.

A partir de ello, las principales manifestaciones de este derecho, según el bloque de constitucionalidad, se encuentran en (i) el derecho de los particulares a establecer y dirigir centros de enseñanza, y la libertad de cátedra; (ii) la libertad de acceso al sistema educativo y la libertad de aprendizaje de los educandos; y, finalmente, (iii) en la prohibición de la manipulación ideológica de los estudiantes en las instituciones educativas y privadas (sentido negativo), y el desarrollo de acciones permitidas bajo ciertos límites, en el ámbito ideológico de la educación (sentido positivo). Este último se relaciona, en el caso de la educación básica, con los derechos educativos de los padres.

Sobre la base de dichos presupuestos, señala que la educación es uno de los fines constitucionales del Estado social y democrático de derecho, que en el caso peruano tiene doble naturaleza jurídica: es un derecho fundamental y, también, un servicio público esencial. Por esto, la doctrina especializada ha centrado su atención en la dimensión prestacional de la educación, en desmedro de su dimensión de libertad. Pero es en esta dimensión libertaria donde corresponde ubicar a esta esfera del derecho a la educación, reconocida en el artículo 13 de la Constitución Política de 1993.

La Constitución reconoce la libertad de enseñanza, pero es interesante analizarla como un producto de nuestra historia constitucional; en particular, a partir de la Constitución de 1856, que fue la mejor expresión del pensamiento liberal del Perú y en la que se reconoció la enseñanza libre de la educación primaria, secundaria y superior. En adelante, el ejercicio de

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/cesar-landa-arroyo/>

dicha enseñanza debía supeditarse al respeto de ciertos límites fijados por ley. En cuanto a las universidades, su fundación por los particulares, sujeta a límites legales, fue permitida por la efímera Constitución Política de 1867, sobre la base de la cual el Perú contó con el gabinete ministerial más selecto del pensamiento liberal del siglo XIX. Ahora bien, la libertad de cátedra, como garantía, fue contemplada por primera vez en la Constitución Política de 1933.

En el siglo XX, el legado de la Constitución Política de 1979 ha sido imperecedero, por cuanto reconoció el derecho a la educación y a la cultura como inherentes a la persona humana e indicó, además, que el Estado reconocía y garantizaba la libertad de enseñanza. Asimismo, dispuso que la enseñanza, en todos sus niveles, debía impartirse con lealtad a los principios constitucionales y a los fines de la correspondiente institución educativa. De otra parte, en la educación universitaria, se reconoció la libertad de cátedra, indicándose además que se rechazaba la intolerancia.

Ahora bien, la Constitución Política de 1993 establece que el Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. A partir de esta afirmación se estipula lo siguiente:

- Derechos que corresponden a los padres, como es el caso de escoger los centros de educación y participar en el proceso educativo. Estos derechos tienen como contrapartida el deber de educar a los hijos.
- El derecho de toda persona natural o jurídica a promover y conducir instituciones educativas, y a transferir la propiedad de estas conforme a ley ha sido reconocido en un artículo distinto al que contiene la referencia a la libertad de enseñanza.
- La libertad de cátedra figura en el marco constitucional relativo a la educación universitaria, elemento de continuidad respecto de la Constitución anterior; al igual que la disposición según la cual la enseñanza, en todos sus niveles, debe impartirse de acuerdo a los principios constitucionales y los fines de la institución educativa.

Pero, en un mundo globalizado, el derecho a la libertad de enseñanza se encuentra inserto también en los mandatos del derecho internacional de los derechos humanos. A saber, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), que si bien no contempla un artículo dedicado expresamente a la libertad de enseñanza, es razonable vincularlo con el reconocimiento a que «Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos».

Por su parte, la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, adoptada por UNESCO en 1960, reconoce que debe respetarse la libertad de los padres o, en su caso, de los tutores legales (i) de elegir para sus hijos establecimientos de enseñanza que no sean los mantenidos por los poderes públicos, pero que respeten las normas mínimas que puedan fijar o aprobar las autoridades competentes, (ii) de dar a sus hijos, según las modalidades de aplicación que determine la legislación de cada Estado, la educación religiosa y moral conforme a sus propias convicciones; asimismo, no debe obligarse a ningún individuo o grupo a recibir una instrucción religiosa incompatible con sus convicciones.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) también reconoce la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquellas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo

con sus propias convicciones. En ningún caso, dichos mandatos se interpretarán como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, siempre que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) estipula la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

El Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), por otro lado, reconoce que los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de impartirse a sus hijos, siempre que ella se adecúe a los principios enunciados precedentemente. Asimismo, considera que las disposiciones de protocolo no se deben interpretar como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza de acuerdo con la legislación interna de los Estados partes.

De otro lado, en el ordenamiento jurídico nacional, la Ley General de Educación (LGE) alude a la libertad de enseñanza, pero no se precisa si dicha libertad es un derecho o un principio del proceso educativo. Sin embargo, en la medida que no ha sido contemplada en el artículo relativo a los principios de la educación, puede considerarse que *prima facie* no ostenta dicho carácter; señala la autora.

La ley señala que la libertad de enseñanza es reconocida y garantizada por el Estado, y se halla la referencia a los derechos y deberes educativos de los padres y la mención de los derechos de los particulares a constituir y conducir centros y programas educativos. Asimismo, precisa el papel del Estado en relación con la educación privada y justifica el rol de la iniciativa privada en la oferta del servicio público de la educación.

Sin embargo, para el Tribunal Constitucional del Perú (TC), como intérprete supremo de la Constitución y la ley, la libertad de enseñanza ha sido vinculada a los fines constitucionales de las entidades educativas. Así, el TC ha señalado que la libertad de enseñanza es una exigencia que emana de la finalidad de la educación de acuerdo con el desarrollo integral de la persona. Se enfoca la libertad de enseñanza como libertad educativa emparentada con valores constitucionales como el pluralismo y la tolerancia (Tribunal Constitucional del Perú, 2004, Expediente n.º 0005-2004-AI/TC).

Por otra parte, el TC ha indicado que la libertad de enseñanza integra el contenido del derecho fundamental a la educación y que dicho contenido debe realizarse en concordancia con los fines constitucionales de la educación, en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho (Tribunal Constitucional del Perú, 2006, Expediente n.º 0091-2005-PA/TC).

Por último, para el TC la libertad de enseñanza es una responsabilidad estatal en materia educativa, porque permite Transmitir información y conocimientos científicos así como valores; acceder y aprender; y; recibir el tipo y contenido de enseñanza que consideren más convenientes para el desarrollo de la personalidad (Tribunal Constitucional del Perú, 2005, Expediente n.º 04232-2004-AA/TC).

Como todo buen trabajo, el derecho comparado, como ha señalado el profesor Häberle es el quinto método de interpretación constitucional. En ese sentido, la autora analiza las experiencias comparadas de Colombia y España, que pertenecen a la misma familia jurídica

que el ordenamiento jurídico peruano. En ellas se halla una disposición constitucional expresa, en la que se indica que el Estado reconoce y/o garantiza la libertad de enseñanza.

En el caso peruano, la libertad de enseñanza requiere una propuesta de interpretación. Así, para la autora, la libertad de enseñanza constituye un principio constitucional del proceso educativo. Es decir, en la dimensión de prestación del derecho a la educación, expresada en la obligación del Estado de garantizar su acceso irrestricto en el nivel de la educación básica, de carácter obligatorio y gratuito en las instituciones educativas públicas, se halla una dimensión de libertad, que es proyección del pluralismo y tolerancia, valores constitucionales propios de una sociedad democrática que inspiran los fines de la educación, tanto en su cariz individual como en el social.

Pero la libertad de enseñanza se incardina en los valores constitucionales por excelencia, como es el valor del pluralismo. Por eso, la libertad de enseñanza significa tanto pluralismo de los centros docentes o coexistencia de escuelas públicas y privadas, como pluralismo interno de los centros o libertad, sujeta a ciertos límites en el enfoque y orientación de los contenidos educativos por parte de los docentes.

Sobre la base de estas ideas, el TC ha recordado que existe una diversidad de opciones para el desarrollo del proceso educativo, así como la presencia concurrente del Estado y los particulares como agentes para llevar a cabo tal acción. Por ende, se acredita la posibilidad de elección entre las diversas opciones educativas y queda proscrita cualquier forma de monopolio estatal sobre la materia (Tribunal Constitucional del Perú, 2005, Expediente n. ° 4232-2004-AA/TC).

Por último, deseo señalar que la presente publicación constituye una contribución a la academia, al desarrollo de los derechos fundamentales y a la mejor comprensión del ordenamiento jurídico respecto del derecho a la educación peruana. Asimismo, este trabajo, a partir de un aparato teórico consolidado y muy bien argumentado, desarrolla puntos de vista propios que son la síntesis de lo investigado con prolijidad en su tesis.

RESPUESTA DE LA AUTORA

Luego de la revisión de los comentarios realizados por el profesor César Landa, quisiera agradecerle por el análisis elaborado respecto del presente artículo. Precisamente, en atención a lo señalado por el profesor Landa sobre la relevancia de la educación en un Estado constitucional y, en concreto, sobre la consideración de su dimensión de libertad, en la que se plasma la libertad de enseñanza, quisiera exponer lo siguiente.

Con respecto a lo primero, y desde la perspectiva de la historia del derecho constitucional peruano, se advierte que hasta la promulgación de la Constitución Política de 1993 han estado vigentes trece textos constitucionales¹ en la historia republicana del Perú. En casi todos ellos se hallan disposiciones sobre educación (aludida como instrucción en las primeras constituciones), que fue concebida como garantía individual hasta la Constitución Política de 1867 y como garantía social hasta la Constitución Política de 1933. Solo a partir de la Constitución Política de 1979 la educación en el Perú tiene la naturaleza jurídica de un derecho fundamental íntimamente vinculado a la dignidad humana.

En efecto, la educación ha sido reconocida a nivel constitucional desde la Constitución Política del Perú de 1823, que data de la época fundacional de la República². Al respecto, la educación en las constituciones peruanas del siglo XIX fue regulada, en términos de instrucción, como derecho³ o garantía⁴. No obstante, si bien se constata que a partir de las primeras constituciones peruanas es el Estado el principal gestor de la educación, también se observa que la Iglesia católica mantiene aún su influencia en los contenidos educativos⁵. Este influjo católico está relacionado con el carácter confesional del Estado peruano, superado, más de un siglo después, por el sistema de relaciones entre el Estado y las confesiones, propio de la Constitución Política de 1979.

Todos los textos constitucionales de este periodo (siglo XIX) dispusieron la gratuidad de la enseñanza primaria y casi todos la vincularon con los establecimientos públicos de artes y ciencias⁶. Solo a partir de la Constitución Política de 1856 hubo disposiciones constitucionales relativas a la enseñanza libre de la educación primaria, secundaria y superior; aunque su ejer-

-
- 1 Entre estos textos se encuentra la Ley Fundamental de la Confederación Perú-Boliviana de 1837. Dichos textos constitucionales pueden consultarse en el sitio web *Archivo Digital de la Legislación en el Perú* del Congreso de la República. Asimismo, véase: García Belaunde, D. (2006). *Las Constituciones del Perú* (2ª ed.). Lima: Fondo Editorial de la Universidad San Martín de Porres.
 - 2 Así denomina Jorge Basadre a este periodo de nuestra historia. Véase, al respecto, Basadre, J. (1983). *Historia de la República del Perú 1822-1933*, Tomo I (7a ed.). Lima: Editorial Universitaria.
 - 3 Es el caso de la Constitución Política de 1823, cuyo artículo 182 se refirió a la educación como derecho a la instrucción.
 - 4 Como se observa en las constituciones políticas de 1828, 1839 y 1860, se empleó la frase «garantía de instrucción».
 - 5 Dicha influencia operaba incluso en la gestión de la educación. Al respecto, véase: Soria Luján, D. (2012). La instrucción pública en la Constitución de Cádiz y el constitucionalismo peruano inicial. *Pensamiento constitucional*, (17), p. 282.
 - 6 A excepción de la Constitución Política de 1834, cuyo artículo 131 solo se refiere a los establecimientos de ciencias, de acceso gratuito en las capitales o lugares más apropiados de cada departamento.

cicio debía supeditarse al respeto de ciertos límites fijados por ley. Asimismo, se permitió que los particulares pudiesen dirigir establecimientos educativos, siempre que hubiesen reunido las condiciones exigidas legalmente⁷.

En el Perú, se puede considerar el siglo XX como la época de las constituciones sociales. En cuanto a la primera de ellas, la Constitución Política de 1920, podemos destacar principalmente que fijó como deber del Estado el auxilio de la infancia y que estableció no solo la gratuidad de la educación primaria, sino también su obligatoriedad. Otra novedad de este texto constitucional fue la inclusión de un artículo dedicado al profesorado. La Constitución Política de 1920, al igual que las constituciones precedentes, se refirió a la temática educativa en términos de enseñanza⁸. Sin embargo, a diferencia de dichos textos constitucionales, no reguló la educación como garantía individual, sino como garantía social, lo que se desprende de la ubicación de los artículos 53 y 54 en el título IV, que es el correspondiente a las garantías sociales.

La referencia a la educación como derecho solo aparece desde la Constitución Política de 1933. Se debe tener presente, también, que esta Constitución reconoció por primera vez la libertad de cátedra y dispuso la creación de centros especiales para niños con discapacidades intelectuales, así como la obligatoriedad de la educación cívica.

Ahora bien, en el Perú solamente a partir del texto constitucional de 1979, se concreta en una norma jurídico política, la concepción según la cual los derechos de la persona humana son anteriores y superiores al Estado. En ese orden de ideas, es ella el fin supremo de aquel y de la sociedad, lo que justifica y determina que todos tengamos la obligación de respetarla y protegerla. Desde ese cimiento, la Constitución Política de 1979 presentó una estructura encabezada por los derechos y deberes fundamentales de la persona reconocidos en el título I, entre los que se ubica el derecho fundamental a la educación. Dicha estructura es un elemento de continuidad presente en la Constitución Política de 1993. Se observa, asimismo, que el interés por la educación, la cultura, la niñez y la juventud constituye un rasgo característico de la Constitución Política de 1979, que ha sido expresado en una copiosa regulación sin precedentes en la historia constitucional peruana.

En la Constitución Política de 1993, el derecho a la educación, que integra el grupo de los denominados Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), ha sido reconocido como un derecho de carácter fundamental. Al respecto, se advierte que la educación es uno de los fines consustanciales al Estado democrático y social de derecho, puesto que, respecto de las funciones estatales, «la educación ostenta prelación del más alto rango, pues se fundamenta en los principios esenciales de la democracia y se vincula directamente con el desarrollo económico y social del país»⁹. Este reconocimiento involucra el cumplimiento, por parte del Estado, de determinadas obligaciones específicas con miras a su plena efectividad, así como a una protección judicial —rápida y efectiva— mediante los procesos constitucionales¹⁰.

Si la educación constituye una función indeclinable del Estado, por lo que está obligado a invertir en todos sus niveles y modalidades, no se puede soslayar cómo habrá de desarrollarse

7 En cuanto a las universidades, su fundación por los particulares sujeta a límites legales fue contemplada desde la Constitución Política de 1867.

8 En las primeras constituciones del Perú, vale decir, las del siglo XIX, se empleó sobre todo el término instrucción.

9 En ese sentido, el Estado «la asume como función indeclinable y está obligado a invertir en todos sus niveles y modalidades» (Tribunal Constitucional del Perú, 2004, Expediente n. ° 4232-2004-AA/TC, FJ 10).

10 Al respecto, véase: Huerta Guerrero, L. A. (2012). *Libertad de expresión: fundamentos y límites a su ejercicio*. Lima: Palestra (p. 50).

el proceso educativo a partir de los principios y valores consagrados por la Constitución. Este propósito exige responsabilidades por parte del Estado, los centros educativos y la sociedad en su conjunto, así como deberes que los educandos y padres de familia deberán cumplir. Por ello, junto con la dimensión de prestación del derecho a la educación se halla una dimensión de libertad, que es proyección del pluralismo y tolerancia, valores constitucionales propios de una sociedad democrática que inspiran los fines de la educación, tanto en su cariz individual como social. En relación con tal dimensión en los instrumentos internacionales se han reconocido los siguientes derechos y libertades:

- El derecho de los padres o tutores legales a escoger el tipo de educación que sus hijos recibirán
- El derecho de los particulares (personales naturales o jurídicas) a establecer y dirigir centros de enseñanza
- El derecho de los padres o tutores a escoger escuelas distintas a las públicas para sus hijos menores o pupilos
- El derecho de los padres o tutores legales a elegir para sus hijos menores o pupilos la educación religiosa y moral conforme a sus propias convicciones
- El derecho de toda persona a no ser obligada a recibir educación religiosa incompatible con sus convicciones
- El derecho de las minorías nacionales a ejercer las actividades docentes que les sean propias, como establecer y mantener escuelas y, según la política de cada Estado en materia de educación, enseñar y emplear su propio idioma bajo ciertos límites
- Libertad académica y la autonomía de las instituciones de la enseñanza superior

Finalmente, los derechos y libertades señalados en la Constitución Política del Perú de 1993 han sido reconocidos expresamente en las disposiciones relativas al derecho a la educación: (i) el derecho de los padres o tutores a escoger las escuelas para sus hijos menores o pupilos (art. 13 de la CPP); (ii) el derecho de los educandos a no ser obligados a recibir educación religiosa incompatible con sus convicciones (art. 14 de la CPP); (iii) el derecho de los particulares (personales naturales o jurídicas) a establecer y dirigir centros de enseñanza (art. 15 *in fine* de la CPP); y (iv) la libertad de cátedra (art. 18 de la CPP). Asimismo, en el marco constitucional relativo a la educación superior se ha consagrado la autonomía universitaria (art. 18 *in fine* de la CPP).

SECCIÓN II
DERECHOS HUMANOS

JUNTOS Y REVUELTOS: EVOLUCIÓN, JUSTIFICACIÓN Y DEBATES DE LA EDUCACIÓN INCLUSIVA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Renato Constantino Caycho
Facultad de Derecho, PUCP

Categoría egresados

El presente texto describe la importancia de la educación inclusiva en la configuración de una sociedad inclusiva. Esto se aborda, principalmente, desde dos perspectivas. En primer lugar, se busca determinar la evolución del concepto de la educación inclusiva tanto en la doctrina como en el derecho internacional de los derechos humanos. Así, se hace un análisis del derecho a la educación de las personas con discapacidad en los diversos instrumentos internacionales desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En segundo lugar, el texto desarrolla la importancia de la inclusión de las personas con discapacidad para generar una sociedad inclusiva. En este contexto, será particularmente interesante prestar atención a cómo esto se vuelve un derecho de toda la sociedad y no únicamente de las personas con discapacidad.

I. Introducción

La educación es uno de los derechos humanos con mayor consagración normativa en el ámbito internacional. Ello se debe a su particular relevancia, pues no solamente se constituye como un derecho, sino que posibilita el ejercicio de otros derechos (Tomasevski, 2001, p. 10). Asimismo, se ha identificado que la educación es el «principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades» (Tomasevski, 2001, p. 10). Finalmente, es un elemento esencial para la conformación de una sociedad democrática (*Wisconsin vs. Yoder*, 1972) y para el establecimiento de una sociedad solidaria (Tadesco, 2009, p. 221).

No obstante, tal como sucede con el ejercicio de otros derechos, los colectivos humanos tradicionalmente más excluidos también han sido apartados de la educación. Cabe resaltar que, en el caso de la educación, se asiste a un derecho que es esencialmente ejercido por niños, lo cual acrecienta la condición de vulnerabilidad. En ese sentido, es posible identificar que son las niñas de ámbitos rurales, los niños pertenecientes a pueblos indígenas, los niños migrantes y refugiados, y los niños y niñas con discapacidad quienes se ven más apartados del derecho a la educación.

La situación de estos niños no es casual, sino que parte de un sinnúmero de discriminaciones sistémicas (Comité De Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2009, párr. 12), que se conjugan en el sistema educativo para su exclusión. Así, los sistemas educativos suelen estar alejados geográficamente de donde viven estos niños (Muñoz, Clade y Cejil, 2009, pp. 33-35). En otras ocasiones, la educación no es gratuita o el acceso a ella es muy costoso. También es posible encontrar situaciones en las que el sistema no se adapta a las necesidades de los niños y por ello, incluso cuando se garantiza el acceso al sistema educativo, no se logra una educación de calidad.

La educación inclusiva es un concepto educativo que busca combatir tales exclusiones y maltratos. Consagra la idea de que la educación no puede ser segregada, sino que tiene que incluir a grupos tradicionalmente excluidos del sistema educativo. Tales exclusiones eran el inicio de una serie de discriminaciones de las que, durante mucho tiempo, han sido víctimas minorías religiosas, minorías lingüísticas, pueblos indígenas y personas con discapacidad. Es útil poner como referencia la definición empleada por Vernor Muñoz, exrelator de Naciones Unidas, sobre el derecho a la educación. Muñoz, Clade y Cejil (2009) señalaron lo siguiente:

La educación inclusiva se basa en el principio de que siempre que sea posible todos los niños deben estudiar juntos, sin establecer ningún tipo de diferencias. La educación inclusiva reconoce que todo niño tiene características, intereses, capacidades, y necesidades de aprendizaje particulares y que los alumnos con necesidades educativas especiales deben tener acceso al sistema de educación general y encontrar acomodo en él mediante una pedagogía centrada en el niño. La educación inclusiva, al tener en cuenta la diversidad existente entre los alumnos, trata de luchar contra actitudes discriminatorias, crear comunidades donde sean bien acogidos, lograr una educación para todos, así como mejorar la calidad y la eficacia de la educación de los alumnos de la enseñanza corriente. (pp. 33-35)

Ello implica que «los sistemas educativos deberían dejar de considerar a las personas con discapacidad como problemas que hay que solucionar; y actuar de manera positiva ante la diversidad del alumnado, considerando las diferencias individuales como otras tantas oportunidades para enriquecer la enseñanza para todos» (Muñoz *et al.*, 2009, pp. 33-35). Por tanto, la educación inclusiva es un enfoque no solamente útil para niños con discapacidad, sino para cualquier niño que no pertenezca necesariamente a un grupo mayoritario.

El presente trabajo abordará, de manera específica, el derecho a la educación inclusiva de las personas con discapacidad. Para este caso, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha señalado, en su observación general sobre el Derecho a la Educación Inclusiva (2016), que la educación inclusiva debe ser entendida de cuatro formas:

- Como un derecho humano fundamental [énfasis añadido] de todos los estudiantes. Notablemente, la educación es el derecho del estudiante y no un derecho del padre o del cuidador (en el caso de niños y niñas). Las responsabilidades parentales en este medio están subordinadas al derecho del menor.
- Como un principio [énfasis añadido] que valora el bienestar de todos los estudiantes, respeta su dignidad y autonomía inherente; y reconoce los requerimientos individuales y la habilidad de ser efectivamente incluido y contribuir en la sociedad.

- Como un medio de realización de otros derechos humanos [énfasis añadido]. Es el medio primario por el que personas con discapacidad pueden salir por sí mismas de la pobreza, obtener las formas de participar plenamente en sus comunidades y ser protegidos de la explotación. También es la vía primaria por el que se obtienen sociedades inclusivas.
- Como el resultado de un proceso continuo y proactivo de compromiso para la eliminación de las barreras [énfasis añadido] que impiden el derecho a la educación. Ello implica lograr cambios en la cultura, las políticas y las prácticas de las escuelas regulares para acomodar e incluir efectivamente a todos los estudiantes [Traducción propia]. (art. 24)

Por tanto, se pasará a analizar cómo el concepto se va presentando en el ámbito teórico y cómo adquiere reconocimiento jurídico. Posteriormente, se analizará la importancia de ese hecho para el desarrollo de la persona con discapacidad. De esta manera, se verá que dentro de la teoría de las capacidades, la educación toma un rol fundamental en el desarrollo de la persona y más aun en el caso de las personas con discapacidad. Luego, se analizará cómo influye la educación inclusiva en la formación de las personas sin discapacidad y cómo ayuda a inculcar valores de solidaridad e inclusión en los futuros ciudadanos, con y sin discapacidad. Esto resulta particularmente importante si se entiende que solamente a través de una educación inclusiva se promueve una ciudadanía inclusiva.

2. La evolución del concepto de educación inclusiva

La educación inclusiva, en el caso de las personas con discapacidad, surge con la aparición teórica del modelo social, es decir, la conceptualización de que la discapacidad no surge únicamente de la persona, sino que se da por la confluencia de la deficiencia y la existencia de diversas barreras sociales. Si bien tal definición tiene una consagración normativa recién desde la adopción de la Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad, es posible localizar diversos estudios y legislaciones que ya habían previsto tal derecho. Previo a dicho desarrollo conceptual, tanto la exclusión como la segregación fueron los signos distintivos de la educación de personas con discapacidad durante mucho tiempo.

2.1. Los viejos conceptos.

El modelo social reemplaza las concepciones previas sobre la discapacidad: el modelo de prescindencia y el modelo médico. Cada uno de estos modelos tiene una relación con los distintos modelos educativos que han existido con respecto a las personas con discapacidad. El primero de ellos establecía la inutilidad total de la persona con discapacidad, por lo cual lo mejor era eliminarla o apartarla de la sociedad (Palacios, 2008, pp. 38-39)¹.

La idea de la prescindencia en la educación se puede plantear en dos momentos. En primer lugar, si este modelo podía conducir a la muerte de la persona con discapacidad (como en el caso de la antigua ciudad-Estado de Esparta, en la que se arrojaba a los niños con discapacidad desde el monte Taigeto) (Palacios, 2008, p. 40), o a relegarla a la mendicidad o a ser motivo de burla a través del rol de payasos, bufones de la corte o *freak shows* (Rieser, 2008, p. 13); consecuentemente, la educación no se planteaba como algo de lo que fuesen merecedoras

¹ Véase: Foucault (2008).

las personas con discapacidad. Tal planteamiento solamente fue confrontado por Juan Amos Comenius, quien alrededor del siglo XVII señaló que era posible y necesario educar a las personas con discapacidad. Así, sostuvo que «no se puede dejar de incluir en la educación humana a nadie, excepto a quien no sea humano» (Alonso y De Aráoz, 2011, p. 17). No obstante, la visión mayoritaria apuntaba a excluir por la diferencia. Tiempo después, con la llegada de la Ilustración, se buscó fundamentar la exclusión de las personas con discapacidad (en especial las que tenían discapacidad intelectual) sobre la base de concepciones fundamentadas en el darwinismo social (Tovar, 2015).

Posteriormente, al llegar al consenso de que todos debían acceder a la educación, se planteó la necesidad de crear un espacio para atender a las personas con discapacidad de manera diferenciada. Esta iniciativa se enmarca en lo que se conoce como educación segregada. Esta forma de enseñar sugiere que la educación es de mayor calidad cuando se imparte a grupos homogéneos (Tovar, 2015). A través de este planteamiento se buscaba impedir que un grupo minusvalorado socialmente pudiese interactuar con otro grupo jerárquicamente dominante. Así, por ejemplo, se trataba de evitar que afrodescendientes y caucásicos se juntasen en escuelas de Estados Unidos. Esta actitud se justificaba en que cada grupo aprendería mejor por separado, pero en realidad perpetuaba visiones jerárquicas de la sociedad, que sugerían que ciertos grupos merecían una mejor educación. Sobre la base de estas ideas, la mejor y única forma de educar a las personas con discapacidad era apartándolas de la educación regular, pues su participación en el aula solo generaría más problemas. No obstante, tal modelo no toma en cuenta que estudiar «en una escuela especial supone, de entrada, distinto nivel de exigencia, distinto tipo de compañeros y distintas relaciones humanas que el educarse en una escuela ordinaria, regular o común, ya sea pública o privada» (Casanoca, 2011, p. 17); tampoco considera la necesidad de conocer la diversidad para una educación para todos. Pero, por discutible que sea este modelo, sigue siendo mucho mejor que la exclusión total del sistema educativo al que aún están sometidos muchos niños y niñas con discapacidad².

Años después, aparece el modelo médico, que establece que la discapacidad está en la persona, por lo cual esta deberá esforzarse en superarla para poder actuar en la sociedad (Palacios, 2008, pp. 80-81). Su correlativo educacional es el modelo de integración. Dicho modelo señala que la persona con discapacidad puede participar en la educación regular solamente si se adapta al sistema educativo regular. Esto quiere decir que se busca corregir la deficiencia de la persona en lugar de intentar derribar las barreras que impiden su plena participación en la educación (Alonso y De Aráoz, 2011, p. 20). Bajo la apreciación de este modelo, el niño que no consiga adaptarse no podrá integrarse. En tal sentido, su única forma de ir a la escuela regular será «una vez que los especialistas le hayan ‘curado’ en un escuela segregada» (Alonso y De Aráoz, 2011, p. 20).

Por su parte, como ya se ha señalado, el modelo social establece que la discapacidad no existe simplemente por la persona, sino que surge de la interacción que se establece entre la deficiencia de la persona y las barreras que establece la sociedad (Palacios, 2008, p. 122). Dichas barreras pueden ser de orden arquitectónico, jurídico, social o actitudinal. Bajo este modelo, la discapacidad surge de las barreras que crea la sociedad, y la posibilidad de que las personas con discapacidad puedan disfrutar de sus derechos se proyecta a través de la destrucción de estas

2 De acuerdo con información por la ENAHO (2015), una parte significativa de la población con discapacidad en edad escolar no asiste a ningún centro educativo. Al respecto, véase Constantino, Bregaglio y Cueva. Al final del salón: Un diagnóstico de la situación de la educación de personas con discapacidad en el Perú [en prensa].

barreras. Este planteamiento comenzó a ser discutido durante las décadas del 70 y 80 del siglo XX, y buscaba la modificación de las barreras sociales en lugar de la adaptación de la persona (Alonso y De Aráoz, 2011, p. 24).

En dicho contexto, y ante el fracaso de la educación integradora para lograr que los niños con discapacidad puedan educarse junto con niños sin discapacidad, surgen voces que abogan por una nueva forma de educación. Tal clamor tiene repercusión: en 1978, el Parlamento británico presenta el Informe Warnock (1978). Este documento revoluciona la forma de entender la educación de las personas con discapacidad. Se basa en la convicción de que las categorías estigmatizan a los niños, por lo que es mejor no usarlas. En lugar de ello, se utiliza el concepto de «necesidades educativas especiales». Así, al hablar de necesidades se acepta que es el entorno el que debe realizar modificaciones para que el estudiante pueda aprender: De acuerdo con Alonso y de Aráoz (2011) el cambio de paradigma se da por dos razones: en primer lugar, se entiende que las necesidades educativas especiales son relativas y contextuales, no son inherentes; en segundo lugar, se plantea que, consecuentemente, esas necesidades deben ser cubiertas por el sistema educativo (p. 26). En este sentido, ya no será el niño (con discapacidad o sin ella) el culpable de no adaptarse, sino que es todo el sistema el que debe cambiar. Así, se llegará a afirmar que no es que existan niños con dificultades para aprender, sino, más precisamente, «adultos con dificultades para enseñar» (Alonso y De Aráoz, 2011, p. 27).

De esta manera, el modelo social encuentra su correlativo educacional en el modelo de educación inclusiva. Como ya se ha señalado, dicho planteamiento establece que no son las personas con discapacidad las que deben adaptarse al sistema educacional, sino que es este último el que debe responder, de manera flexible, a las diferencias y necesidades de los niños y niñas para asegurar su permanencia en el sistema educacional (Alonso y De Aráoz, 2011, p. 23). En palabras de Rieser (2008), es posible afirmar que la «integración implica que el niño debe cambiar para participar en el sistema educativo existente. En la educación inclusiva se necesita un cambio para lograr la accesibilidad y se reta la actitud de los directores, funcionarios, estudiantes, padres y de la comunidad local [Traducción propia]» (p. 22).

Habría que entender, entonces, que los cambios a realizar en el sistema educativo son radicales y alcanzan a toda la comunidad educativa, y no solamente las instituciones de educación y sus agentes. Una educación inclusiva requiere un sistema educativo inclusivo, en el que el Ministerio de Educación, como ente rector, establezca políticas que den efecto real al derecho a la educación de personas con discapacidad. Se requiere también directores audaces que apuesten por una comunidad educativa respetuosa de la diversidad. Se apuesta por padres que no oculten información, sino que traten la discapacidad con naturalidad y respeto. Finalmente, se necesita profesores entrenados en la educación en diversidad y compañeros que crezcan con «aprendizajes válidos y personalidades equilibradas, respetuosas del otro, enriquecidas por cuanto les rodea, capaces de disentir sin agredir ni subordinarse a las ideas de los otros» (Casanova, 2011, p. 16).

Finalmente, es necesario recalcar que la educación inclusiva acaba con la segregación. Cabe resaltar, al respecto, que existe consenso en que las «instituciones educativas separadas son inherentemente desiguales» (Brown vs. Board of Education of Topeka, 1954), por lo que su aplicación a cualquier minoría (étnica, lingüística o por razón de discapacidad) es inaceptable e injusta. Es por ello que el sistema educativo deberá elaborar políticas inclusivas y realizar ajustes razonables para que estos niños no sean apartados del ejercicio de su legítimo derecho a la educación. Esta diferenciación podría moderarse en el caso de las discapacidades más severas.

No obstante, desde la perspectiva de esta investigación se considera que es necesaria la convivencia entre personas con discapacidad y personas sin discapacidad para lograr una sociedad inclusiva. En ese sentido, se deberá compartir al menos algunos espacios educativos en los casos más complejos. Es decir, podría darse el caso de que no compartan todas las lecciones, pero sí podrían recibir y participar de algunas clases (se puede pensar en las asignaturas de ciudadanía o de educación sexual) y actividades (como pueden ser los recreos, almuerzos, visitas y paseos).

2.2. La evolución normativa del derecho a la educación de personas con discapacidad.

La evolución de las diversas posturas referentes a la educación de las personas con discapacidad tiene un correlato normativo. En el ámbito internacional se han planteado diversas posturas con respecto a su educación, de acuerdo con diversos momentos históricos hasta llegar a la consagración de la educación inclusiva en la vigente Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2006.

2.2.1. La evolución del derecho a la educación de personas con discapacidad en el sistema universal, antes de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En el ámbito normativo, es claro el mandato de no discriminación en diferentes esferas del derecho. En el marco del derecho internacional, es posible rastrear indicios referentes a la obligatoriedad de educar sin diferencias en los casos de minorías griegas que vivían en Albania (A/B, n.º 64, 19, 1923). Posteriormente, ya en el ámbito de los derechos humanos, es posible encontrar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) consagra el derecho a la educación en su artículo 26:

Artículo 26

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.
3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos. (Organización de las Naciones Unidas, 1948)

Como se puede apreciar, el fraseo utilizado no deja margen a la interpretación. Toda persona tiene derecho a la educación. Por tanto, el derecho estaría incluyendo a las personas con discapacidad, salvo que se considere que los seres humanos con discapacidad no son personas. Si bien hoy en día esa interpretación sería desechada, es posible pensar que cuando el artículo 1 señala que los seres humanos están dotados «de razón y conciencia»³, se excluye de

3 Art. I DUDH: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de

la calificación de personas a quienes no tengan razón y conciencia bajo el paradigma racional imperante. Así, se estaría avalando una discriminación implícita a las personas con discapacidad intelectual y psicosocial⁴. No es intención de este trabajo el incidir profundamente en este aspecto, pero se deja constancia de cómo ciertos elementos retóricos que apuntaban hacia la igualdad de todos los seres humanos podían ser excluyentes.

El valor del ser humano no está condicionado a nada. No se basa en su razón, su deseo o su emoción, sino que se debe únicamente a su calidad de ser humano. Esta afirmación es, en efecto, tautológica. La humanidad debería ser una presunción *iuris tantum* (sin prueba en contrario) sobre la que se basa todo el sistema jurídico. Basarlo en alguna característica particular puede llevar a consecuencias no previstas (como la expansión de derechos para animales con cierta inteligencia como los delfines o con capacidad de metarrepresentación como varios simios) o incluso indeseables (como la negación de derechos para personas que no presenten ciertas características). En este sentido, lo más protector es, desde una perspectiva jurídica, plantear la humanidad como un dato fáctico basado en un porcentaje compartido de ADN y no en ciertas características que puedan terminar excluyendo. A fin de cuentas, la razón⁵ puede ser un elemento tan discriminatorio como antes lo era la lengua o el color de piel.

Al finalizar ese excursus, se pasa a señalar que, en 1966, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptaría dos tratados sobre derechos humanos para generar obligaciones con respecto a lo señalado en la Declaración Universal: uno sobre derechos civiles y políticos, y otro sobre derechos económicos, sociales y culturales. Tal división no tuvo fundamentos jurídicos, sino meramente políticos basados en la confrontación ideológica de la Guerra Fría (Bregaglio, 2010, pp. 18-20). En este sentido, se decidió que el derecho a la educación sería reconocido como un derecho social y, por tanto, pasó a ser parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Tal instrumento establece, en su artículo 13, lo siguiente:

Artículo 13

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.
2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:
 - a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
 - b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
 - c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la

razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros».

4 Al respecto, véase: Neil (2011).

5 Habría que entender esta razón como una supuesta razón o, como mucho, como una razón mayoritaria.

- capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;
- e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
 4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Estas fueron las primeras apariciones del derecho a la educación en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. Como es posible apreciar, el derecho es consagrado de manera igualitaria para todos. De ello se deduce que todos tienen derecho a acceder y gozar de educación de calidad sin importar si presentan discapacidad o no. En el lapso entre la Declaración Universal y la adopción de los pactos también hubo otras acciones encaminadas a acabar con la discriminación en el derecho a la educación, puesto que, a pesar de la consagración en la declaración, el derecho seguía siendo esquivo a diferentes poblaciones. Consecuentemente, la UNESCO adoptó, en 1960, la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, primer instrumento especializado en combatir los hechos de índole discriminatoria que sucedían en el ámbito educativo. Para ello, el tratado establece una definición de discriminación que señala lo siguiente:

A los efectos de la presente Convención, se entiende por "discriminación" toda distinción, exclusión, limitación o preferencia, fundada en la raza, el color; el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial:

- a. Excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza;
- b. Limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo;
- c. A reserva de lo previsto en el artículo 2 de la presente Convención, instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos; o
- d. Colocar a una persona o a un grupo en una situación incompatible con la dignidad humana. (UNESCO, 1960)

El fraseo utilizado por la convención es interesante. En primer lugar, adopta una definición particularmente avanzada del término discriminación, pues señala que puede estar constituida tanto por hechos que tengan la finalidad o el efecto de alterar la igualdad de trato. En este

sentido, aporta la idea de que, en muchos casos, ciertos hechos pueden generar discriminación de manera indirecta. De hecho, tal será el fraseo que será adoptado en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial en 1965 (Naciones Unidas, art. 1). Esto resulta importante porque diferentes instancias internacionales reconocerán que la definición de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial es la primera en plantear todos los elementos actuales de la configuración de la discriminación (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2009).

Para evitar que existan problemas interpretativos, el tratado señala de qué formas se estaría violando su contenido. Así, señala cuatro formas de exclusión que deben ser combatidas: la exclusión del sistema o de un ámbito del sistema, la limitación a ciertos niveles inferiores, la segregación y la imputación de situaciones incompatibles con la dignidad humana. Solo se permite la segregación por motivo de sexo, lengua y el establecimiento de espacios privados siempre y cuando se maneje con estándares equitativos⁶. Posteriormente, se analizará cómo la posibilidad de separar por lengua podría habilitar una segregación voluntaria por parte de los niños pertenecientes a la comunidad sorda.

Años más tarde, Naciones Unidas empezó a trabajar en temas de discapacidad. Así, en 1975, la Asamblea General adoptó la Declaración de los Derechos de los Impedidos. Este instrumento se adscribía plenamente al modelo médico de la discapacidad, pues planteaba que ser impedido era «la consecuencia de una deficiencia, congénita o no, de sus facultades físicas o mentales» (Declaración de los Derechos de los Impedidos, art. 1). Con respecto a la educación, es posible ubicar una referencia pequeña en el artículo 6, que señala lo siguiente:

6. El impedido tiene derecho a recibir atención médica, psicológica y funcional, incluidos los aparatos de prótesis y ortopedia; a la readaptación médica y social; a la educación; la formación y a la readaptación profesionales; las ayudas, consejos, servicios de colocación y otros servicios que aseguren el aprovechamiento máximo de sus facultades y aptitudes y aceleren el proceso de su integración o reintegración social.

-
- 6 Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, artículo 2:
«En el caso de que el Estado las admita, las situaciones siguientes no serán consideradas como constitutivas de discriminación en el sentido del artículo 1 de la presente Convención:
- a. La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que esos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes;
 - b. La creación o el mantenimiento, por motivos de orden religioso o lingüístico, de sistemas o establecimientos separados que proporcionen una enseñanza conforme a los deseos de los padres o tutores legales de los alumnos, si la participación en esos sistemas o la asistencia a esos establecimientos es facultativa y si la enseñanza en ellos proporcionada se ajusta a las normas que las autoridades competentes puedan haber fijado o aprobado, particularmente para la enseñanza del mismo grado;
 - c. La creación o el mantenimiento de establecimientos de enseñanza privados, siempre que la finalidad de esos establecimientos no sea la de lograr la exclusión de cualquier grupo sino la de añadir nuevas posibilidades de enseñanza a las que proporciona el poder público, y siempre que funcionen de conformidad con esa finalidad, y que la enseñanza dada corresponda a las normas que hayan podido prescribir o aprobar las autoridades competentes, particularmente para la enseñanza del mismo grado».

Como se aprecia, no existe una referencia explícita sobre cuál debe ser el modelo educativo que deben seguir las personas con discapacidad. No obstante, al plantear que se debe apoyar un proceso de integración es fácil inferir que la educación, bajo este instrumento, tendrá un carácter integrador que excluirá a quienes no puedan superar las barreras de la sociedad. Siguiendo el recuento histórico, es posible ubicar la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) como otro hito en el establecimiento de una educación inclusiva. Es así que este instrumento normativo, adoptado en 1989, señala en su artículo 28 que todos los niños deben ejercer el derecho a la educación en igualdad de oportunidades. Nuevamente, todo niño podrá acceder a la educación. Para ello, los Estados deberán tomar diversas medidas: gratuidad en la educación básica, gratuidad y asistencia financiera en la enseñanza secundaria, y accesibilidad basada en la capacidad en la educación superior. En el caso de esta convención, habría que leer este artículo con el correspondiente a los derechos del niño con discapacidad. En ese sentido, el artículo 23.3 de dicho tratado señala que es obligación de los Estados proveer de asistencia a los niños con discapacidad, que «estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación» (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 23.3). Así, podemos apreciar una primera inclusión de la realidad de los niños con discapacidad y una disposición explícita que consagra su derecho a la educación. Este primer llamado será el inicio de una tendencia normativa que buscaría reforzar la necesidad de atender el derecho a la educación de las personas con discapacidad.

Un año después, en 1990, se celebró en Jomtien, Tailandia, la Conferencia Mundial sobre Educación para Todos, convocada por UNESCO. Tal reunión tenía como objetivo acabar con las exclusiones que persistían en el ámbito educativo⁷. La Declaración Mundial sobre Educación para Todos, Satisfacción de las Necesidades Básicas de Aprendizaje, que siguió a la conferencia, reconocía que había que «modificar las desigualdades en materia de educación y suprimir las discriminaciones en las posibilidades de aprendizaje de los grupos desasistidos» (Declaración de Jomtien, art. 3.4). Al nombrar a tales grupos no incluye al de niños con discapacidad. A ellos se les dedica un acápite separado en el que se establece lo siguiente:

Las necesidades básicas de aprendizaje de las personas impedidas precisan especial atención. Es necesario tomar medidas para garantizar a esas personas, en sus diversas categorías, la igualdad de acceso a la educación como parte integrante del sistema educativo. (Declaración de Jomtien, art. 3.5)

El artículo en cuestión no permite una interpretación sencilla. ¿A qué apunta el tratamiento apartado de los niños con discapacidad? ¿Apunta a reforzar la idea de que son necesarias las adaptaciones de la escuela? ¿O acaso apunta a que se debe permitir el acceso al sistema educativo, pero no de manera igualitaria al del resto de niños, sino en un sistema segregado o integrador? Si bien desde la década de 1980 parece propugnarse la necesidad de una educación inclusiva, en este caso, la formulación del artículo y la exclusión del grupo de discapacidad de otros colectivos discriminados parecen querer decir que las necesidades especiales de los niños con discapacidad deben ser atendidas de manera separada, a través de la educación especial. Pareciera ser, entonces, que, en 1990, la idea de educación para todos no necesariamente

7 De acuerdo con el preámbulo de la Declaración de Jomtien, cien millones de niños no tenían acceso a la educación básica.

significaba que la educación tuviese que prestarse a todos de la misma manera. Al respecto, resulta congruente que el Comité de Derechos del Niño (2007), en la observación general sobre el niño con discapacidad, al repasar los antecedentes de la educación inclusiva, no señale a la Declaración de Jomtien como un hito relevante.

Tres años después, en 1993, Naciones Unidas adoptaría las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad. En tal instrumento, el modelo médico sigue imperando como se puede notar en las definiciones. No obstante, es posible vislumbrar el tránsito hacia el modelo social. Por ello, en el ámbito educativo se promueve la inclusión, aunque no de una manera concluyente, sino permitiendo excepciones. Esto termina generando una idea de integración. Tal vez por ello, como en el caso de la Declaración de Jomtien, el Comité de Derechos del Niño (2007), en la observación general sobre el niño con discapacidad, no la incluye como un hecho importante en el devenir normativo del establecimiento de la educación inclusiva. El artículo sobre educación apunta a que sea el sistema educativo el que se adapte al estudiante con discapacidad (Naciones Unidas, s.f., art.6). Así, se señala que los Estados deben facilitar «condiciones adecuadas de acceso y servicios de apoyo concebidos en función de las necesidades de personas con diversas discapacidades» (Naciones Unidas, s.f., art. 6.2). Como formas de cumplir con este objetivo se propone que «los planes de estudio sean flexibles y adaptables» (Naciones Unidas, s.f., art. 6.6.b), que se proporcionen «materiales didácticos de calidad» (Naciones Unidas, s.f., art. 6.6.c) y que se prevea «la formación constante de personal docente y de apoyo» (Naciones Unidas, s.f., art. 6.6.c). Atendiendo a estas disposiciones, parecería clara la obligación de proveer educación inclusiva para las personas con discapacidad. No obstante, incisos más abajo, es posible encontrar formulaciones imprecisas sobre la permanencia de la educación integradora. Así, en el inciso 8 se señala que «[e]n situaciones en que el sistema de instrucción general no esté aún en condiciones de atender las necesidades de todas las personas con discapacidad, cabría analizar la posibilidad de establecer la enseñanza especial, cuyo objetivo sería preparar a los estudiantes para que se educaran en el sistema de enseñanza general» (Naciones Unidas, s.f.). De la misma forma, en el inciso 9 se establece que «[d]ebido a las necesidades particulares de comunicación de las personas sordas y de las sordas y ciegas, tal vez sea más oportuno que se les imparta instrucción en escuelas para personas con esos problemas o en aulas y secciones especiales de las escuelas de instrucción general» (Naciones Unidas, s.f.). Si bien en ambos casos la formulación se da en un modo condicional («cabría analizar la posibilidad» o «tal vez sea más oportuno»), se permite que los Estados determinen la viabilidad de la educación inclusiva y prefieran la educación especial o integradora por sobre la primera.

Al año siguiente, en 1994, la propia UNESCO volvería a reunirse en Salamanca, España, para celebrar la Conferencia Mundial sobre Necesidades Educativas Especiales: Acceso y Calidad. En este instrumento, se proclamó lo siguiente en el artículo 2:

Artículo 2

Creemos y proclamamos que:

- todos los niños de ambos sexos tienen un derecho fundamental a la educación y debe dárseles la oportunidad de alcanzar y mantener un nivel aceptable de conocimientos,
- cada niño tiene características, intereses, capacidades y necesidades de aprendizaje que le son propios,

- los sistemas educativos deben ser diseñados y los programas aplicados de modo que tengan en cuenta toda la gama de esas diferentes características y necesidades,
- las personas con necesidades educativas especiales deben tener acceso a las escuelas ordinarias, que deberán integrarlos en una pedagogía centrada en el niño, capaz de satisfacer esas necesidades,
- las escuelas ordinarias con esta orientación integradora representan el medio más eficaz para combatir las actitudes discriminatorias, crear comunidades de acogida, construir una sociedad integradora y lograr la educación para todos; además, proporcionan una educación efectiva a la mayoría de los niños y mejoran la eficiencia y, en definitiva, la relación costo-eficacia de todo el sistema educativo.

Como se puede apreciar, este es el primer manifiesto que señala la importancia de la educación inclusiva. Apelando a una mirada de modelo social, reclama que los niños con necesidades educativas especiales sean atendidos de forma que se pueda satisfacer dichas necesidades. Al realizar esto, parte de una comprensión amplia de la diversidad, pues señala que cada «niño tiene características, intereses, capacidades y necesidades de aprendizaje que le son propios». Por tanto, en tanto todos los niños son distintos, el sistema siempre va a tener que responder de manera diferenciada para cada una de sus características, intereses, capacidades y necesidades. En este sentido, se tiene que entender que la discapacidad es simplemente una forma más de la diversidad humana.

Otro elemento digno de ser resaltado son los fundamentos que sustentan la apuesta por la educación inclusiva. No sorprende ver que los redactores del documento señalen que la educación inclusiva va a generar una sociedad más integradora. Sin embargo, sí sorprende ver la presencia del análisis costo-beneficio al momento de determinar su prevalencia sobre otros modelos educativos. Sorprende porque si se plantea como argumento, podría verse rebatido en casos específicos en los que el costo exceda el beneficio de integrar a una persona. Adicionalmente, si se apoya la educación inclusiva por dicho motivo, se podría terminar aceptando que los países en los que la educación inclusiva resulte muy costosa no tendrían la obligación de realizarla. Ello resulta inadecuado, puesto que el fundamento de los derechos jamás debe basarse en consideraciones de tipo económico, por más que su realización dependa estas. No obstante, el argumento basado en un análisis costo-beneficio parece ser útil para convencer a los Estados de la conveniencia de la educación inclusiva.

Finalmente, una vez que ya estaban en marcha las negociaciones con respecto a la adopción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Comité sobre los Derechos del Niño emitió su observación general 9, de setiembre del 2006. En tal documento, con respecto a educación se plantea lo siguiente:

62. Los niños con discapacidad tienen el mismo derecho a la educación que todos los demás niños y disfrutarán de ese derecho sin discriminación alguna y sobre la base de la igualdad de oportunidades, según se estipula en la Convención. Con este fin, el acceso efectivo de los niños con discapacidad a la enseñanza debe garantizarse para promover el desarrollo de “la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades” (véanse los artículos 28 y 29 de la Convención y la Observación general N° 1 del Comité (2001) sobre los propósitos de la educación). En la Convención se reconoce la necesidad de modificar las prácticas en las escuelas y de formar a maestros de enseñanza

general para prepararlos a enseñar a los niños diversas aptitudes y garantizar que logren resultados académicos positivos.

63. Dado que los niños con discapacidad se diferencian mucho entre sí, los padres, los maestros y otros profesionales especializados tienen que ayudar a cada niño a desarrollar su forma y sus aptitudes de comunicación, lenguaje, interacción, orientación y solución de problemas que se ajusten mejor a las posibilidades de ese niño. Toda persona que fomente las capacidades, las aptitudes y el desarrollo del niño tiene que observar atentamente su progreso y escuchar con atención la comunicación verbal y emocional del niño para apoyar su educación y desarrollo de forma bien dirigida y apropiada al máximo.

Si bien el texto no reconoce explícitamente un derecho a la educación inclusiva, el Comité de Derechos del Niño sí «reconoce la necesidad de modificar las prácticas en las escuelas». En este sentido, es posible corroborar la injerencia del modelo social de la discapacidad en la educación.

Como es posible notar, la incorporación del modelo social en el derecho internacional de los derechos humanos fue un derrotero no exento de vaivenes. Si bien a partir de cierto momento toma fuerza un discurso que apuesta por la diversidad, no necesariamente ello conllevaba la idea de que los Estados debían tomar acciones reales para evitar la segregación. Será necesaria la creación de un instrumento específico para velar por los derechos de las personas con discapacidad para que se pueda concluir la necesidad de que la educación debe darse a todos por igual.



Figura 1.

2.2.2. El debate normativo durante la negociación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La necesidad de la adopción de una convención sobre los derechos de las personas con discapacidad apareció a finales del año 2001. A propuesta de México, en la sesión del 19 de diciembre de 2001, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la resolución 56/168 (Melish, p. 42). En tal documento, titulado «Convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos de las personas con discapacidad», se decidió establecer un comité abierto que examine propuestas para llevar a cabo la tarea de crear un tratado con las finalidades que establecía el título de la resolución. Como se puede apreciar, no se encarga a este nuevo órgano, que se denominará Comité Ad Hoc, realizar el borrador de una convención, sino que se le encarga examinar «propuestas relativas a una convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos de las personas con discapacidad» (Naciones Unidas, Resolución 56/168, art. 1).

Este comité sesionó en ocho ocasiones entre julio del 2002 y diciembre del 2006. Adicionalmente, se llevó a cabo una sesión de un grupo de trabajo sobre la convención en enero del 2004. Los debates con respecto a esta nueva convención fueron largos e interesantes. Una particularidad que vale la pena resaltar es la inclusión de organizaciones de personas con discapacidad en las sesiones de debate (Naciones Unidas, Resolución 56/168, art. 3). Evidentemente, contar con sus opiniones y aportes realza la legitimidad del instrumento. En las siguientes líneas, se analizará cómo se configuró el derecho a la educación inclusiva en el tratado.

Durante las dos primeras sesiones, el comité tuvo la tarea de definir cuál sería su labor. Es decir, ¿cómo se lograría el objetivo de promover y proteger los derechos de las personas con discapacidad? La respuesta a tal pregunta no era sencilla. Al respecto, es interesante conocer la postura de la Unión Europea (A/AC.265/WP.2). Esta señaló que existían cinco posibilidades con respecto al instrumento jurídico que se debía elaborar: un instrumento general centrado en la no discriminación de las personas con discapacidad; una convención sobre los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de personas con discapacidad; un instrumento que aborde solo un grupo de estos derechos; un instrumento que establezca principios generales; o un protocolo facultativo de uno de los tratados ya existentes (A/AC.265/WP.2).

Esta organización de integración señaló que se inclinaba por un instrumento que contuviese principios generales, en especial los referentes a igualdad y no discriminación con énfasis con respecto a los derechos humanos de las personas con discapacidad.⁸ No obstante, al finalizar la segunda sesión del Comité Ad Hoc (entre el 16 y el 27 de junio), se llegó a la conclusión de que era necesario realizar una convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, por lo que se formaría un grupo de trabajo que elaborase un proyecto sobre el cual debatir (A/58/118 & Corr1).

No obstante, ya en la primera sesión, la representación mexicana había realizado una propuesta de convención. En materia de educación, la iniciativa mexicana tenía puntos interesantes. En primer lugar, garantiza el derecho a una educación de calidad para todos, incluyendo a las personas con discapacidad. Seguidamente, establece que se deben tomar todas las medidas adecuadas para lograr la inclusión de las personas con discapacidad «en el sistema educativo regular». No obstante, a continuación, establece que se debe garantizar educación de calidad

8 En esa línea, durante la reunión del grupo de trabajo, presentó una propuesta de convención mínima enfocada en tales principios. Véase: Unión Europea (2003).

en «escuelas integradas, especiales, abiertas y sistemas de aprendizaje interactivo» para las personas con discapacidad que así lo deseen. Como se podrá apreciar en las siguientes líneas, durante la negociación del artículo sobre educación se plantearán disputas sobre la supervivencia o no de la educación especial. Para defender esta postura se apelará al derecho a la libertad de elección de educación de los padres⁹ y también a la falta de garantías y recursos para una adecuada educación inclusiva.

Durante la sesión del grupo de trabajo de la convención, realizada entre el 5 y el 16 de enero de 2004, dos Estados más presentaron propuestas de convenciones: India y Venezuela. Adicionalmente, Japón presentó un documento de postura con respecto a la convención. Otros Estados también enviaron documentación referente a la situación normativa en sus respectivos países. En el documento presentado por India es posible volver a encontrar la educación especial como una posibilidad para quienes la elijan (Naciones Unidas). Por el contrario, en la propuesta venezolana (Naciones Unidas, A/AC.265/2003/WP.1) se establecía que la educación debía ser plenamente inclusiva, por lo que no se daba cabida a la posibilidad de la educación especial. En la misma línea, el Gobierno de Japón planteó que debían «tomar todas las medidas apropiadas para garantizar las oportunidades para la educación obligatoria para niños con discapacidad, sin importar la naturaleza o severidad de sus discapacidades» (Naciones Unidas). Finalmente, el grupo de trabajo planteó el artículo referente al derecho a la educación de la siguiente manera:

Artículo 17

Educación

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todas las personas con discapacidad a la educación. Con vistas a hacer efectivo este derecho de modo progresivo y sobre la base de la igualdad de oportunidades, la educación de los niños con discapacidad deberá estar orientada a:
 - a) Desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima e incrementar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana;
 - b) Hacer posible que todas las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre;
 - c) Desarrollar la personalidad, el talento y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;
 - d) Tener en cuenta el interés superior del niño, en particular mediante planes educativos individualizados.
2. Al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes se asegurarán de que:
 - a) Todas las personas con discapacidad puedan optar por una enseñanza incluyente y accesible en su propia comunidad (comprendidas la enseñanza en la primera infancia y la preescolar);
 - b) Se preste apoyo necesario, incluida la formación especializada de profesores, asesores y psicólogos escolares, programas de estudio accesibles, métodos y tecnologías docentes accesibles, modos de comunicación alternativos y aumentativos, estrategias de aprendizaje alternativas, un entorno físico accesible y otros ajustes razonables para asegurar la plena participación de los estudiantes con discapacidad;

⁹ Art. 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

- c) Ningún niño con discapacidad se vea excluido de la educación primaria libre y obligatoria por razón de su discapacidad.
3. Los Estados Partes se asegurarán de que, en los casos en que el sistema educacional general no satisfaga adecuadamente las necesidades de las personas con discapacidad, se ofrezcan formas especiales y alternativas de aprendizaje. Esas formas deberán:
- a) Reflejar los mismos principios y objetivos del sistema educacional general;
 - b) Configurarse de manera tal que los niños con discapacidad puedan participar en el sistema educacional general en el mayor grado posible;
 - c) Permitir la elección libre e informada entre el sistema general y los sistemas especiales;
 - d) No limitar de ningún modo el deber de los Estados Partes de continuar tratando de satisfacer las necesidades de los estudiantes con discapacidad dentro del sistema educacional general.
4. Los Estados Partes asegurarán que los niños con discapacidad sensorial puedan optar por aprender en lenguaje de señas o en el sistema braille, según corresponda, y seguir el programa de estudios en ese lenguaje o sistema. Los Estados Partes tomarán las medidas adecuadas para ofrecer una educación de calidad a los estudiantes con discapacidad sensorial utilizando profesores que dominen el lenguaje de señas o el sistema braille.
5. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso al ciclo terciario general, la formación profesional, la educación de adultos y el aprendizaje continuo en pie de igualdad con las demás personas. A estos efectos, los Estados Partes deberán prestar asistencia adecuada a las personas con discapacidad.

Es posible detectar que cada inciso o párrafo responde a un interés distinto. Así, el primer inciso se refiere a una formulación general del derecho a la educación y las finalidades a las que debe responder. En segundo lugar, se plantean los ajustes requeridos para la educación de personas con discapacidad. En el tercer párrafo se señala que, ante la imposibilidad de cumplir con los requerimientos que necesita una persona con discapacidad, es posible que asista a educación especial, siempre que se cumpla con algunos requisitos ahí señalados. En cuarto lugar, se establece que las personas con discapacidades sensoriales tendrán la oportunidad de aprender lengua de señas o braille. Finalmente, el artículo reconoce que el derecho a la educación alcanza también a la educación superior, la formación profesional, la educación para adultos y el aprendizaje continuo.

La formulación planteada por el grupo de trabajo trae consigo varios elementos que merecen ser desarrollados con un poco de detenimiento. En primer lugar, sorprende la aparición del término progresivo con respecto a la educación de las personas con discapacidad. De hecho, es el único derecho que se formula con dicha salvedad a pesar de la existencia de un artículo en el que se desarrollaban las obligaciones generales. Ello permite deducir la complejidad que conllevaba la formulación de este derecho para los Estados. En segundo lugar, es rescatable el objeto que debe tener la educación de la persona con discapacidad. Según la propuesta del grupo de trabajo, debe apuntar a desarrollar al máximo «el potencial humano y el sentido de la dignidad» (Organización de las Naciones Unidas, 2004, art. 17). En ese sentido, debe lograr que «todas las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre». Ambas formulaciones, reflejan la nueva concepción que trae la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: la persona con discapacidad tiene derecho a la autonomía. Para ello, se requiere que la educación apunte a ello.

Con posterioridad, el grupo de trabajo formula un planteamiento optativo con respecto a la educación inclusiva. En este sentido, la persona con discapacidad tiene la posibilidad de «optar por una enseñanza incluyente y accesible en su propia comunidad (comprendidas la enseñanza en la primera infancia y la preescolar)». (Organización de las Naciones Unidas, 2004, art. 17) Como contraparte, la persona con discapacidad, «en los casos en que el sistema educacional general no satisfaga adecuadamente las necesidades de las personas con discapacidad» pueden elegir «formas especiales y alternativas de aprendizaje» (Organización de las Naciones Unidas, 2004, art. 17). Así, la educación inclusiva convive con la educación especial. Ello puede tener diversos motivos; el más relevante es la posibilidad de que los sistemas de educación inclusiva no sean los más adecuados. Ante tal situación, no sería extraño que varios padres prefirieran contextos de educación especial. El uso de los términos aprendizaje y enseñanza parece no haber tenido ninguna intencionalidad.

Finalmente, el grupo de trabajo opta (en el artículo 2.a) por el vocablo enseñanza en lugar de mencionar la palabra educación. Esta será una discusión particularmente relevante en las posteriores sesiones del Comité Ad Hoc. Al respecto, el hecho de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya diferenciado ambos términos aclara el panorama. Así, en la sentencia *Campbell y Cosans vs. Reino Unido* (1982), el Tribunal de Estrasburgo señala lo siguiente:

La educación de los niños es el proceso por el que, en cualquier sociedad, los adultos intentan transmitir sus creencias, culturas y otros valores a los jóvenes mientras que la enseñanza o instrucción se refiere en particular a la transmisión de conocimiento y al desarrollo intelectual. (*Campbell y Cosans vs. Reino Unido*, 1982)

Si bien en la psicología actual es difícil separar los conceptos de enseñanza y educación, pues se encuentran íntimamente ligados (Meix, 2014, p. 71), es preferible el uso del término educación debido a su mayor aceptación en el ámbito universal. Uno de los pocos instrumentos que no utiliza este término es el Protocolo n.º 2 del Convenio Europeo, que plantea el derecho a la instrucción en su artículo 2.

El Comité Ad Hoc revisó la propuesta del grupo de trabajo en su tercera sesión, que se llevó a cabo del 24 de mayo al 4 de junio de 2004. Al final de dicha sesión se formuló un artículo nuevo del que se podía extraer las principales preocupaciones de los Estados: ¿es el derecho a la educación solo de los niños o de todas las personas con discapacidad?, ¿el derecho es progresivo o inmediato?, ¿hasta qué etapa debe haber educación inclusiva?, ¿se puede mantener la educación especial?, ¿sería posible que los padres elijan la educación especial?, ¿es posible que el Estado determine que una persona debe ir a educación especial? (Naciones Unidas, 2004). Todas estas preguntas serán parte de las interesantes discusiones que terminarán en la formulación final establecida en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada el 13 de diciembre de 2006.

Durante el cuarto y el quinto periodo de sesiones (del 23 de agosto al 3 de setiembre de 2004 y del 24 de enero al 4 de febrero de 2005), no se discute el derecho a la educación. No obstante, una organización del Reino Unido, Centre for Studies on Inclusive Education, envió un informe con respecto al artículo sobre el derecho a la educación (Naciones Unidas, 2005d). En el documento, esta institución plantea que la educación inclusiva en formatos regulares es un derecho y no una cuestión de elección. Por tanto, llama a los Estados a eliminar las referencias a la existencia de la educación especial. En este sentido, la educación inclusiva

pasaría a ser el único espacio educativo y debería ser el que se adapta a las necesidades de cada persona. La institución considera que plantear la posibilidad de elegir es una formulación contraproducente con respecto a la obligación de proveer educación inclusiva.

Posteriormente, ya en el sexto periodo de sesiones del Comité Ad Hoc, celebrado entre el 1 y el 12 de agosto de 2005, se discutió el derecho a la educación. Durante los días 2 (Naciones Unidas, 2005a), 3 (Naciones Unidas, 2005b) y 4 (Naciones Unidas, 2005c) de agosto se llevaron a cabo los debates sobre el entonces artículo 17 de la propuesta del grupo de trabajo. De acuerdo con la web del comité, se recibieron propuestas y comentarios con respecto a la educación de los siguientes Estados e instituciones: Australia, Canadá, China, Unión Europea, Japón, Kenia, Filipinas, Sudán, Tailandia, UNESCO, Center for Studies on Inclusive Education, International Disability Caucus, World Federation of the Deaf, the World Blind Union and the World Federation of the Deaf-Blind y World Blind Union (Naciones Unidas, 2005d). Las discusiones y negociaciones tuvieron lugar con ese material disponible.

Uno de los primeros temas de debate se centró en quién es el beneficiario de este derecho. Algunos Estados señalaban que debían ser las personas con discapacidad y no solo los niños (Tailandia, por ejemplo). Otros preferían una formulación más neutral como la de estudiante. Al final se concluyó que el derecho le pertenecía a todas las personas con discapacidad sin importar su edad, puesto que el derecho a la educación se puede ejercer en diferentes momentos de la vida.

Otro tema de debate interesante fue el de los fines de la educación. China y Qatar señalaron sus reticencias a ampliar las finalidades de la educación que ya estaban consagradas en el artículo 13.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y en el artículo 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño. La formulación sobre libertad, si bien ya estaba contenida en el PIDESC, no estaba en la Convención sobre los Derechos del Niño. En este sentido, Qatar prefería una eliminación del término sociedad libre, mientras que China planteaba una remisión al artículo 13.1 del PIDESC. Es interesante notar cómo los Estados regidos por gobiernos autoritarios temían a la educación y buscaban moderar sus finalidades para no abarcar proclamas que fueran en contra de lo que establecen internamente. Se demuestra así el valor que tiene la educación para la democracia y para el desarrollo de una sociedad que vele por los derechos humanos.

Otro tema reiterativo en las discusiones fue el referente a la progresividad o inmediatez en la exigencia del derecho a la educación. Como se señaló, solamente con respecto a este derecho se planteaba una cláusula de progresividad en la formulación del artículo. Japón llamó la atención sobre el tema y propuso mantenerlo. No obstante, otras delegaciones como Israel, Costa Rica y México plantearon que lo mejor era suprimirlo. La discusión cesó en tanto la progresividad era abordada como un tema aparte en la formulación del artículo sobre las obligaciones generales del tratado. Esto se vinculó también con el nivel de extensión que debía existir sobre la educación. Si bien el grupo de trabajo formuló que el derecho debía ser para la educación primaria y obligatoria, algunos Estados, como Argentina, plantearon que debía ser para la educación básica en los casos en que la educación primaria y secundaria sean obligatorias. La dirección de la sesión determinó que no se estaba creando un estándar adicional al del PIDESC y que la obligación de educación debería ser igualitaria para todos. En los países donde solamente la educación primaria es obligatoria, tal sería el baremo para las personas con discapacidad; por otro lado, en los países en que la educación primaria y la secundaria son obligatorias, a tales niveles alcanzaría la obligación.

Finalmente, uno de los debates más interesantes fue sobre el mantenimiento o no de la educación segregada. Al respecto, es posible encontrar tres posturas: (i) la de eliminación de la educación segregada (Nueva Zelanda y México); (ii) la de mantenimiento de la educación segregada cuando no existan los requerimientos para la inclusión plena (Unión Europea y Japón); y (iii) el mantenimiento de la educación segregada por decisión de los padres (Tailandia). Se debatieron estas tres posturas largamente sin llegar a un consenso pleno al final de las sesiones. Así, Nueva Zelanda exigió que la educación fuera plenamente inclusiva y que los servicios especiales se den en la educación regular. Tailandia recogió esta preocupación, pero propuso que debía respetarse la libertad de los padres de elegir planteamientos de educación segregada. La propuesta de la Unión Europea con respecto a este punto no tuvo mayor eco, por lo que solo quedaron las otras dos. Al respecto, también se consultó a las organizaciones de personas con discapacidad. Estas también tenían discrepancias con respecto a lo que debía realizarse. Así, por ejemplo, el International Disability Caucus señaló que el derecho a una educación en instalaciones diferentes solamente aplicaba para personas sordas, ciegas y sordociegas. Esto no suponía su apartamiento total, sino simplemente uno temporal durante los primeros momentos, con la finalidad de adquirir el lenguaje y las formas de comunicación para integrarse luego. El resto de personas con discapacidad sí debían estar incluidas plenamente. La World Federation of the Deaf hizo la salvedad de que mientras el sistema braille es una forma de comunicación, la lengua de señas es un lenguaje. En este sentido, se le aplica lo señalado en los artículos 24 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Lingüísticos de 1996, en los que se señala lo siguiente:

Artículo 24

Toda comunidad lingüística tiene derecho a decidir cuál debe ser el grado de presencia de su lengua, como lengua vehicular y como objeto de estudio, en todos los niveles de la educación dentro de su territorio: preescolar, primario, secundario, técnico y profesional, universitario y formación de adultos.

Artículo 25

Toda comunidad lingüística tiene derecho a disponer de todos los recursos humanos y materiales necesarios para conseguir el grado deseado de presencia de su lengua en todos los niveles de la educación dentro de su territorio: enseñantes debidamente formados, métodos pedagógicos adecuados, manuales, financiación, locales y equipos, medios tecnológicos tradicionales e innovadores.

Por tanto, los sordos tendrían un carácter de minoría como personas con discapacidad y también como minoría lingüística. Tal organización también acudió a las recomendaciones de La Haya con respecto a los derechos educativos de las minorías nacionales, planteadas en el marco de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE). En el artículo I de este instrumento se señala lo siguiente:

I) El derecho de las personas pertenecientes a minorías nacionales a conservar su identidad puede realizarse plenamente solo si adquieren un conocimiento adecuado de su lengua materna durante el proceso educativo. Al mismo tiempo, las personas pertenecientes a minorías nacionales tienen una responsabilidad de integrarse en la sociedad nacional más amplia mediante la adquisición de un conocimiento adecuado de la lengua del estado.

Adicionalmente, habría que señalar que la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza antes mencionada sí permite la separación por motivo de lengua. Al respecto, habría que señalar que es posible entender a las personas sordas desde dos perspectivas: las personas sordas (con minúscula), que carecen del oído, y las personas Sordas (con mayúscula), que forman parte de una minoría lingüística y cultural que se construye en función al uso del lenguaje de señas (Oviedo, 2006). Por tanto, esta minoría lingüística y cultural podría preferir una educación apartada. No obstante, otras organizaciones no compartían ese punto de vista.

Así, el British Council of Disabled People señaló que era cierto que los niños sordos no podían aprender lengua de señas si eran los únicos en sus escuelas. Sin embargo, era posible pensar que el agrupamiento de ellos podía darse en escuelas regulares. Finalmente, uno de los argumentos más fuertes en contra de la educación segregada provino de la organización Mental Disability Rights International, que señaló que el derecho internacional a la libertad de elección de los padres permite que estos puedan elegir otra forma de educación que no sea la pública, pero no les permite una elección dentro de la educación pública. No existiría un derecho a elegir un tipo de sistema de educación público en el derecho internacional para esta institución. Hacia el final de la sesión se llegó a un nuevo acuerdo provisional, que tenía como gran problema el artículo 17.2.a, en el que no se llegaba a una respuesta sobre si la educación segregada era una posibilidad válida o no (Naciones Unidas, 2005).

El Comité Ad Hoc volvería a discutir el artículo en su séptima sesión (16 de enero al 3 de febrero del 2006). Antes de dicha reunión, el 7 de octubre de 2005, el jefe del Comité Ad Hoc, Don MacKay, envió una carta a todos los miembros en la que planteaba, con los aportes del comité, un nuevo borrador de la convención (Naciones Unidas, 2005). En este documento, el artículo sobre el derecho a la educación pasó a su lugar actual (artículo 24) y se zanjaron algunas cuestiones. En primer lugar, plantea que el derecho a la educación existe a todo nivel educativo, lo que incluye la «enseñanza superior general, la formación profesional, la formación de adultos y el aprendizaje continuo» (Organización de las Naciones Unidas, 2005, art. 24). En segundo lugar, establece la educación inclusiva como un concepto general, aunque permite que, en circunstancias excepcionales, existan «medidas de apoyo alternativas efectivas, que se ajusten al objetivo de la plena inclusión» (Organización de las Naciones Unidas, 2005, art. 24). Adicionalmente, propone como medida de apoyo la contratación de personal docente con discapacidad, como una medida apropiada para las personas con discapacidad sensorial.

No obstante, como era de esperarse, su propuesta no fue de pleno consenso. En la sesión del 24 de enero de 2006, con respecto al artículo 24.2.b, Canadá propuso eliminar la frase «en la medida de lo posible» y cambiarla por «en igualdad de condiciones con el resto» (Naciones Unidas, 2006d); este hecho fue apoyado por varias delegaciones como las de Chile, Colombia y Tailandia. Tampoco estaba de acuerdo con la posibilidad de permitir la educación especial en circunstancias extremas. Por ello, propuso que ese fragmento del artículo 24.2.d fuese reemplazado por «para alcanzar adecuadamente las necesidades de apoyo individuales de las personas con discapacidad, los Estados Parte asegurarán la provisión de efectivas medidas de apoyo individualizadas en contextos que maximicen el desarrollo social y académico, de manera consistente con la meta de inclusión plena». Esto último fue apoyado por los representantes de Uganda y Brasil. A pesar de ello, otros Estados como Japón se oponían a tal formulación, puesto que consideraban que la elección de la educación especial podía ser por el interés superior del niño.

En concordancia con tal idea, la delegación de Australia señaló que, en tanto las medidas a tomar en la educación regular eran ajustes razonables, era posible encontrar situaciones en las cuales se configurase una carga indebida. Ante ello, la educación especial sería una fórmula apropiada para la educación de las personas con discapacidad. Las organizaciones de personas con discapacidad siguieron apostando, en su mayoría, por el modelo inclusivo en general y por la segregación de los casos de personas con discapacidad sensorial. Al final, las propuestas de Canadá fueron las más acogidas, y al culminar la sesión, el artículo fue perfilando su redacción definitiva. En ella solamente quedaban dudas con respecto a la educación de las personas con discapacidad en situaciones excepcionales establecidas en el artículo 24.2.a (Naciones Unidas, 2006).

En la octava sesión, llevada a cabo del 14 al 25 de agosto, se plantearon algunas propuestas de modificación (Naciones Unidas, 2006c). Algunas fueron inefectivas, como la planteada por Canadá respecto de una educación respetuosa de la equidad de género. Otras, en cambio, sí tuvieron éxito. Por ejemplo, la propuesta de Panamá¹⁰ establecía reescribir el artículo 24.2.d, que tantos problemas seguía generando, de la siguiente manera:

- d) Se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva;
- e) Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión.

Adicionalmente, se planteó que los profesores que atendiesen a las personas con discapacidad debían estar debidamente calificados para esta labor. Luego de ello, y de corregir el texto en cuatro ocasiones en el grupo de redacción (Naciones Unidas, 2006b), el artículo quedó, en el texto de su adopción del día 6 de diciembre de 2006, de la siguiente manera:

Artículo 24 - versión final

Educación

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida, con miras a:

- a) Desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima y reforzar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana;
- b) Desarrollar al máximo la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad, así como sus aptitudes mentales y físicas;
- c) Hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre.

2. Al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes asegurarán que:

- a) Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad;

¹⁰ En representación de Brasil, Chile, Guatemala, Costa Rica, Uruguay, Venezuela, Perú, Argentina, Colombia, Kenia, el Grupo Árabe, Senegal, Camerún, Gabón, la Unión Europea, Costa de Marfil, Trinidad y Tobago, Jamaica, Tanzania, Barbados, Eritrea, México, Burkina Faso, Australia, Japón, Israel, Tailandia y El Salvador.

b) Las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan;

c) Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales;

d) Se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva;

e) Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión.

3. Los Estados Partes brindarán a las personas con discapacidad la posibilidad de aprender habilidades para la vida y desarrollo social, a fin de propiciar su participación plena y en igualdad de condiciones en la educación y como miembros de la comunidad. A este fin, los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes, entre ellas:

a) Facilitar el aprendizaje del braille, la escritura alternativa, otros modos, medios y formatos de comunicación aumentativos o alternativos y habilidades de orientación y de movilidad, así como la tutoría y el apoyo entre pares;

b) Facilitar el aprendizaje de la lengua de señas y la promoción de la identidad lingüística de las personas sordas;

c) Asegurar que la educación de las personas, y en particular los niños y las niñas ciegos, sordos o sordociegos se imparta en los lenguajes y los modos y medios de comunicación más apropiados para cada persona y en entornos que permitan alcanzar su máximo desarrollo académico y social.

4. A fin de contribuir a hacer efectivo este derecho, los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para emplear a maestros, incluidos maestros con discapacidad, que estén cualificados en lengua de señas o braille y para formar a profesionales y personal que trabajen en todos los niveles educativos. Esa formación incluirá la toma de conciencia sobre la discapacidad y el uso de modos, medios y formatos de comunicación aumentativos y alternativos apropiados, y de técnicas y materiales educativos para apoyar a las personas con discapacidad.

5. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso general a la educación superior; la formación profesional, la educación para adultos y el aprendizaje durante toda la vida sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás. A tal fin, los Estados Partes asegurarán que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad.

Es posible, en ese sentido, resumir la evolución del artículo sobre educación y su relación con la educación segregada de la siguiente forma:

Tabla I

Propuesta	Relación con la educación segregada
Propuesta mexicana	Opcional si la persona con discapacidad lo desea
Propuesta india	Opcional si la persona con discapacidad lo desea
Propuesta venezolana	No hay educación segregada
Propuesta japonesa	No hay educación segregada
Propuesta del grupo de trabajo	Opcional si la persona con discapacidad lo desea
Propuesta del Comité Ad Hoc (tercera sesión)	Opcional si la persona con discapacidad lo desea

Propuesta	Relación con la educación segregada
Propuesta del Comité Ad Hoc (sexta sesión)	Educación segregada para ciegos, sordos y sordomudos
Propuesta de Don MacKay	Educación segregada en circunstancias excepcionales en que el sistema educativo no pueda cubrir adecuadamente las necesidades de apoyo de la persona con discapacidad
Propuesta del Comité Ad Hoc (séptima sesión)	Educación segregada en circunstancias excepcionales en que el sistema educativo no pueda cubrir adecuadamente las necesidades de apoyo de la persona con discapacidad
Redacción final	No hay educación segregada

Nota: Elaboración propia.

2.2.3. ¿Cabo suelto? La (im)posibilidad de la segregación por decisión de los padres.

La relación con la educación segregada es el gran debate de este artículo. Muchos consideraban y consideran que la educación segregada era una opción para los Estados. Otros pensaban que los padres podían llegar a preferirla sobre la inclusión educativa. La apuesta de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue optar siempre y sin excepciones por la educación inclusiva. Ello puede invitar al debate: ¿podrían los padres preferir una educación segregada a pesar del mandato de la convención? La tesis de esta investigación es que no se puede. El mandato de inclusión es obligatorio. Si bien se puede apelar a la necesidad de implementar las medidas de manera progresiva, sí es necesario recalcar que la meta es la inclusión plena. Para zanjar la discusión, sería importante conocer las resoluciones del comité con respecto a la educación inclusiva emitidas hasta el día de hoy.

Es posible constatar que la opinión del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es similar al que parece plantear la convención. No obstante, en un caso, el comité ha avalado la educación segregada, siempre que se respete la decisión de los padres. En ese sentido, en las observaciones finales del comité a España, le recomendó que «[v]ele por que las decisiones de colocar a los niños con discapacidad en escuelas especiales o en clases especiales, o para ofrecerles un plan de estudios reducido, se adopten en consulta con los padres» (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2011). En un sentido similar se ha expresado la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas. Esta institución ha señalado (en un pie de página) que «[l]a obligación de los Estados de establecer sistemas educativos inclusivos no implica limitación alguna del derecho de los padres a decidir la estrategia educativa para sus hijos, por ejemplo mediante la escolarización en el hogar, siempre y cuando se imparta una educación de calidad en consonancia con los objetivos y las condiciones que se derivan del derecho de los derechos humanos» (Naciones Unidas). Estos dos casos muestran cómo la libertad de educación puede ser un contraargumento con respecto al mandato de inclusión. No obstante, es necesario tener en cuenta que el caso de España es minoritario con respecto al resto de pronunciamientos del comité en los cuales se insta a los Estados a optar por la educación inclusiva. Otra opinión que se puede plantear es que se entiende que es una forma de entender que los cambios van a ser progresivos y no pueden darse de manera inmediata

(Pérez Bello, 2015, p. 237). En este sentido, es necesario recalcar que la educación inclusiva es una necesidad social y por eso esta investigación aboga por tal postura de manera plena. La segregación simplemente perenniza miedos y prejuicios. Si bien puede haber problemas de implementación —como se puede constatar en la realidad— y también existe un mandato de progresividad que puede permitir durante mayor tiempo la existencia de escuelas especiales, es claro que la apuesta debe ser por una educación que sea realmente para todos. Al respecto, puede ser útil una de las reflexiones de la Corte Interamericana en el caso *Atala Riffo (Atala Riffo y niñas vs. Chile, Serie C n. ° 239, 2012)*. En dicha sentencia, la Corte señala que si bien «ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios» (*Atala Riffo y niñas vs. Chile, Serie C n. ° 239, 2012*). Realizando una analogía con la situación de discapacidad, por más que los padres se opongan y que sea complicado, la educación segregada por razón de discapacidad se debe acabar pues «el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos» (*Atala Riffo y niñas vs. Chile, Serie C n. ° 239, 2012, párr. 120*).

2.2.4. ¿Otro cabo suelto? La posibilidad de la segregación por ser miembro de la comunidad sorda.

La única excepción valedera sería para aquellos miembros de la comunidad sorda que deseen ser criados en su propia lengua. Por otro lado, quienes deseen ser incluidos tendrán derecho a tener todos los apoyos necesarios (intérpretes de señas, subtítulo de videos, etc.).

Hoy en día, adicionalmente, hay que tener en cuenta la observación general sobre el derecho a la educación inclusiva, realizada hace poco por el Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2016, art. 24). En este documento se dice que uno de los aspectos nucleares de la educación inclusiva está referido a terminar con la segregación educativa (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2016, art. 24, párr. 12.c). No obstante, vuelve a haber problemas con el entendimiento de las personas sordas. Si bien no se plantea la posibilidad de educación segregada, la observación general sí remite a la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza y señala el derecho de los niños sordos a ser educados en su propia lengua como minoría lingüística. No se hace referencia a la posibilidad de que eso se brinde en una institución separada, pero hay organizaciones que sí lo han planteado de esa manera¹¹.

Desde un punto de vista jurídico, se puede decir que se tiene una norma previa que habilita la separación educativa de niños por lengua y una que obliga a no segregar por razón de discapacidad. Un caso similar es el de la separación por materia de sexo. Si bien el Convenio de UNESCO de 1960 lo permite, esto cambia por una norma posterior establecida en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que busca promover la educación mixta¹². No obstante, en el caso de las personas sordas se habilitaba la

11 Esta postura ha sido defendida por la Federación Mundial de Sordos en su último comunicado posterior a la emisión de la observación general 4 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (World Federation of the Deaf, 2016).

12 Artículo 10: «Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer; a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

diferenciación por idioma y lo que se prohíbe es la segregación por discapacidad. Como se dijo líneas arriba, esto será diferente para quienes sean sordos (requieren ajustes y accesibilidad) y quienes se sienten parte de la comunidad sorda (pueden educarse de manera segregada por idioma). En tal sentido, la educación en lengua de señas debería depender de una dirección de educación intercultural y no de personas con discapacidad.

3. La importancia de la educación inclusiva desde una perspectiva de derechos humanos

Cabe resaltar que la educación ha sido un derecho que siempre ha estado vinculado a la implementación de una sociedad pacífica y una cultura de derechos humanos. Así se señala en el artículo 13 del PIDESC, al señalar que la educación «debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad». Ello, consecuentemente, debe ayudar «a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos» (PIDESC, art. 13). En la Declaración Universal de los Derechos Humanos también se establece que se busca que «la educación sea un instrumento de construcción de la paz al señalar que tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos» (DUDH, art. 26.2). Finalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño señaló en su artículo 29 la importancia de que la educación apunte al desarrollo integral de la persona y a una ciudadanía responsable y respetuosa de las diferencias.

En tal línea de argumentación, la educación es una herramienta fundamental en la creación de una mejor sociedad para todos. Si bien en los primeros instrumentos de derechos humanos siempre se tuvo en cuenta las diferencias raciales, nacionales y religiosas —por influencia directa de las tragedias de la Primera y Segunda Guerra Mundial—, nunca se pensó en el «respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas» (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 3.d). Por ello, en las siguientes líneas se abordará la importancia que tiene la educación inclusiva en la generación de un ambiente propicio para el fomento de los derechos de las personas con discapacidad. Esto, a su vez, permitirá que quienes no tenemos discapacidad podamos conocer y valorar la diversidad que aportan las personas con discapacidad.

3.1. La importancia de la educación para las personas con discapacidad.

Como ya se ha señalado, las personas con discapacidad constituyen uno de los colectivos tradicionalmente más discriminados y excluidos. Entre las tantas barreras que enfrentan, una de las iniciales está referida a la educación. Así, el Relator de Naciones Unidas para el derecho a la educación señaló, en el 2007, que en los países en vías de desarrollo menos del 5% de los niños con discapacidad estaban escolarizados (Muñoz). Tal exclusión inicial va a ser la primera en una serie de discriminaciones que impiden que las personas con discapacidad puedan disfrutar del derecho al trabajo, a la seguridad social, a la vida en comunidad, a la participación política, entre otros. En este sentido, cabe resaltar que la exclusión de la educación merma «la oportunidad de

c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos en enseñanza».

un individuo de competir exitosamente en el mercado económico» (Serrano vs. Priest, 1971). Ello destruye, bajo un parámetro economicista, la posibilidad misma de que la persona con discapacidad pueda ser considerada como una persona valiosa en la sociedad.

Apartar a una persona de la educación no solamente tiene consecuencias económicas sino también sociales. Ello es así porque la educación no es solamente alfabetización y aritmética sino que también incluye «la preparación para la vida activa, por ejemplo, la capacidad de adoptar decisiones ponderadas; resolver conflictos de forma no violenta; llevar una vida sana, tener relaciones sociales satisfactorias y asumir responsabilidades, desarrollar el sentido crítico, dotes creativas y otras aptitudes que den a los niños las herramientas necesarias para llevar adelante sus opciones vitales» (CDN, observación general I, párr: 9). Por tanto, la realización de muchos de los derechos de las personas con discapacidad está íntimamente relacionada a la posibilidad de que estas puedan disfrutar del derecho a la educación.

3.1.1. Discapacidad, derechos humanos y teoría de capacidades¹³.

Como se ha podido notar, las formulaciones tradicionales de derechos humanos no permitían que las personas con discapacidad pudiesen disfrutar de todos los derechos. Tanto las normas como la teoría de los derechos humanos no incluían la problemática de la discapacidad como un elemento relevante en sus formulaciones. No obstante, de manera reciente, es posible notar cómo una teoría —la teoría de las capacidades— ha intentado revertir dicha situación.

Visto ello, en este punto se busca anotar cómo influye la teoría de las capacidades en la comprensión de la discapacidad y su vinculación con la educación inclusiva. La principal exponente de esta corriente, Martha Nussbaum (2007), señala que la acusada falta de productividad de las personas con discapacidad «no es natural, sino producto de una organización social discriminatoria» (p. 125). Al realizar dicho planteamiento, Nussbaum corrobora la naturaleza social (y no biológica) de la discapacidad. En este sentido, la filósofa coincide con la idea clave del modelo social de establecer la discapacidad como una interacción de la deficiencia y la barrera de la sociedad. Así, por ejemplo, de acuerdo al modelo social, una persona con ceguera (deficiencia de índole biológica) no puede ver pero su discapacidad empieza cuando no puede encontrar materiales en braille (barrera de índole social) para ejercer su derecho al voto.

La postura de Nussbaum se distingue de la de Rawls. Este último autor, teórico fundamental del liberalismo político, propone que las personas con discapacidad (en especial la intelectual o psicosocial) no son un factor relevante para la configuración del contrato social, aunque sí se debe atender sus necesidades luego de dicho acuerdo¹⁴. Muy por el contrario, Nussbaum confronta la teoría de la justicia de Rawls y le critica sus vacíos con respecto a las personas con discapacidad. El primero de los problemas que ataca Nussbaum es la definición de Rawls de los agentes que participan del contrato social. Para este último, tales agentes son «racionales y mutuamente desinteresados» (Rawls, 2010, p. 26). Ello, como resulta evidente, excluye la posibilidad de que las personas con discapacidad mental o intelectual participen directamente del debate que da inicio a las instituciones. Si bien esto no significa su exclusión de políticas afirmativas, sí le impide diseñar las instituciones que deberán realizar tales políticas.

13 Esta sección se basa en Bregaglio y Constantino (2014).

14 Rawls (2010) señala que «la capacidad de un sentido de la justicia es poseída por la abrumadora mayoría de la humanidad y, por consiguiente, esta cuestión no plantea un grave problema práctico». Y es que Rawls no se plantea la discapacidad como una forma de vulnerabilidad estructural en tanto únicamente algunos «individuos dispersos no gozan de esta capacidad» (p. 457).

En segundo lugar, Nussbaum (2007) ataca el mismo concepto de contrato, pues este parte de la idea de «beneficios derivados de la cooperación mutua» (p. 131). En este sentido, la participación de las personas con discapacidad en la sociedad puede no necesariamente ser mutuamente beneficiosa dado que los costos de su inclusión podrían superar los de su exclusión (Nussbaum, 2007, p. 129). Si bien Nussbaum no es una autora que apueste por un enfoque económico, utiliza esta mirada para criticar una incoherencia interna del discurso de Rawls. Y es que incluso si se llega a afirmar que la inclusión de personas con discapacidad puede ser beneficiosa, los costos pueden ser bastante altos. Ello, bajo el enfoque inicialmente utilitarista del «contrato social», podría generar la exclusión de las personas con discapacidad de tal pacto inicial. De esta manera, la idea inicial de Rawls de cooperación se derrumba en tanto la cooperación solo se da cuando hay beneficios mutuos para los sujetos racionales del contrato social. Como esto puede no suceder siempre en el caso de la discapacidad, la salida de Rawls es la «caridad generosa en un estadio ulterior» (Nussbaum, 2007, p. 130).

Además de plantear estos cuestionamientos, Nussbaum también ha buscado realizar propuestas para la inclusión plena de las personas con discapacidad. Si bien señala repetidamente que el enfoque de capacidades no busca ser una teoría total de la justicia sí busca que, al momento de hablar de exclusiones, no solo se enfoque a la víctima sino que es responsabilidad de todos el conocer «cuáles son los obstáculos que les impiden llegar al umbral adecuado de funcionamiento» (Nussbaum, 2007, p. 174).

Nussbaum plantea constantemente la idea de lo que es «digno de vivir». Así, Nussbaum (2007) señala que si una de las capacidades no puede desarrollarse de ninguna forma, «no es una vida plenamente humana, una vida acorde con la dignidad humana» (p. 186). Tal afirmación puede excluir a ciertas personas con discapacidades intelectuales severas, en tanto es complicado que puedan alcanzar el nivel mínimo esperado con respecto a las diez capacidades centrales —vida; salud física; integridad física; sentidos, imaginación y pensamiento; emociones; razón práctica; afiliación; otras especies; juego; y control sobre el propio entorno (Nussbaum, 2012, pp. 53-55) — y, en particular, a las dos estructurales (afiliación y razón práctica) (Stein, 2007, p. 1629). Si bien el esfuerzo de Nussbaum para incluir a las personas con discapacidad es importante, su idea de un nivel mínimo de capacidades nos lleva a pensar que hay vidas no dignas de ser vividas¹⁵. Y en estos casos, Nussbaum no ha generado una fórmula de cómo enfrentar dicho problema. Así, parecería que plantea una diferencia entre ser humano y persona¹⁶ y estaría excluyendo a algunos seres humanos de su definición. Varias discapacidades severas podrían no llegar a satisfacer el umbral de capacidades que Nussbaum reclama (Corrado, 2008, pp. 15-16). Ante ello, tenemos tres salidas: podemos considerar que quienes no llegan al nivel mínimo de capacidades no son humanos, que es necesario crear una nueva lista o que la lista tiene un carácter aspiracional que debe ser entendido como algo «a lograr cuando sea razonablemente posible» (Corrado, 2008, p. 16). Visto así, lo que se deberá lograr es que la persona con discapacidad pueda desplegar el máximo de sus capacidades. En este sentido, se vuelve particularmente importante el mandato del artículo 13 del PIDESC que señala que la educación «debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad». Tal dignidad tiene que ser leída entendiendo la dignidad propia de todas las personas, incluyendo las personas con discapacidad (CDPD, art. 3.a).

15 Tal postura es abiertamente incoherente con el esfuerzo desplegado por Nussbaum para incluir a los animales como agentes morales.

16 Al respecto, véase: Neil (2011).

A pesar del problema que la idea de "dignidad" plantea a la teoría de Nussbaum, es posible señalar su compatibilidad con el modelo social de la discapacidad. De acuerdo a Harnacke (2012), por ejemplo, sí es posible un entendimiento entre el modelo social y el enfoque de capacidades. Esta autora identifica cuatro elementos que se comparten en ambas visiones: universalidad, capacidades en lugar de funcionamientos, un mínimo estándar de justicia y relación con los derechos humanos (Harnacke, 2012, pp. 171-173). A diferencia de lo que sucede en las teorías contractualistas, el enfoque de capacidades no posterga el debate sobre la justicia y la discapacidad sino que reconoce la especial situación de las personas con discapacidad y cómo la diversidad de necesidades por recursos y en las habilidades para convertir esos recursos en funcionamientos (Nussbaum, 2007, p. 171). A estos elementos podría añadirse un quinto punto de encuentro: la búsqueda del desarrollo autónomo de la persona.

En este punto cabría entonces plantear que el enfoque de capacidades excluyó inconscientemente a las personas con discapacidad intelectual, y que la irrupción del modelo social, y su configuración de autonomía reclama la actualización de la teoría de Nussbaum. En este orden de ideas, el modelo social se erigiría como una actualización del enfoque de capacidades. Dicho enfoque acierta en defender ciertas capacidades orientadas a garantizar autonomía, pero falla al pretender el logro del mismo grado de autonomía para todos. Es ahí donde el modelo social suaviza la rigidez de Nussbaum: es posible un desarrollo autónomo, dentro de las posibilidades de cada sujeto. La clave será por tanto, para la vida digna será el desarrollo de las capacidades de cada sujeto, y la realización de actos autónomos según estas capacidades. En este nuevo modelo, la preferencia por las capacidades frente a los funcionamientos no pierde vigencia, solo se adapta. El hablar de capacidades en lugar de funcionamientos pone justamente el énfasis en un ámbito en el cual se permite a la persona con discapacidad decidir sobre cómo ejerce sus libertades.

Tomando en consideración lo desarrollado en el acápite anterior, y atendiendo a que de acuerdo con el modelo social es posible lograr dosis particulares de autonomía en cada persona (incluso en personas con discapacidad intelectual severa), es posible afirmar que desde un enfoque de capacidades actualizado, la educación inclusiva es la mejor opción. Si bien podría decirse que es posible desarrollar ciertas capacidades a través de la educación segregada, también es cierto que será imposible poder desarrollar cierto grado de filiación con la sociedad y con los otros en un espacio segregado. Es a partir del enfoque de capacidades que puede notarse con mayor claridad el rol de la educación no como un simple entrenamiento, lo que Nussbaum (2012) llama equipamientos innatos y capacidades internas (pp. 40-41), sino como una forma de desarrollo humano (logro de autonomía). Esta filiación es particularmente necesaria porque el desarrollo de la autonomía no es únicamente la obtención de libertad, sino de una libertad en comunidad (Del Águila, 2015). Por tanto, aislar a las personas con discapacidad es una mala opción para ellas y también para el resto de la sociedad. En tal sentido, la autonomía no debe ser vista como un requisito para la dignidad sino que debe ser una meta hacia la que el desarrollo tiene que apuntar.

La educación, por tanto, deberá tener por objetivo lograr que la persona con discapacidad pueda ejercer de manera real sus derechos. Siguiendo a Paulo Freire (2011), se debe buscar «una educación para la decisión, la responsabilidad social y política» (p. 117). Esto, como es claro, se da en una sociedad que componemos todos: personas con discapacidad y sin discapacidad. Por ello, se hace tan necesaria la educación inclusiva, porque la actuación posterior a la escuela no se dará en un contexto segregado sino en uno donde estamos todos y todas sin distinción.

3.2. La importancia para la sociedad¹⁷.

Es fácil señalar que la educación inclusiva es un derecho de las personas con discapacidad. Es más difícil establecer si acaso es un derecho de todas las otras personas que forman parte de la sociedad. Para plantear ello, en primer lugar, es necesario dejar en claro que la educación es un elemento de cohesión social insustituible. Walzer (2001) señalaba, parafraseando a Aristóteles, que «el propósito de la educación es reproducir en cada generación el 'tipo de carácter' que habrá de mantener la Constitución» (p. 208). En la jurisprudencia comparada, es posible encontrar que la educación pública es «una herramienta básica para la formación de valores democráticos» (Serrano vs. Priest, 1971). También se ha señalado que la educación es «una influencia única en el desarrollo de un niño como ciudadano y en su participación en la vida social y política» (Serrano vs. Priest, 1971). Por su lado, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha señalado que «los lazos personales han jugado un papel determinante en la cultura y las tradiciones de la Nación al cultivar y transmitir ideales y creencias» (Roberts, vs. United States Jaycees, 1984). De tal forma, es posible determinar que la educación sirve para la transmisión de ideas y para la formación de ciudadanos. En este sentido, la educación es una de las herramientas más poderosas para desterrar prejuicios contra las personas con discapacidad y para afirmar su valor en nuestra sociedad.

Las escuelas son un espacio (intermedio entre la familia y la sociedad) que proporciona un contexto para «el desarrollo de la comprensión crítica y la producción y la reproducción de la crítica social» (Walzer, 2001, p. 208). Es imposible entender la educación como un proceso meramente informativo sino que es formativo, por tanto, está compuesto también por la reflexión, el debate y la vivencia.

3.2.1. Las finalidades de la educación inclusiva.

Este trabajo se acoge a la segunda raíz de manera acorde a lo señalado por el artículo 13.1 del PIDESC, que señala que la educación «debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad». Por tanto, la educación no puede ser solamente un cúmulo de información sino que se debe acompañar de vivencias, de comparación, de diálogo y debate. Y es a partir de eso que el educando, el futuro ciudadano se formará. Conociendo sus derechos, aprenderá a respetar los de los otros como norma de convivencia, por poner un ejemplo bastante básico. Es un proceso de descubrimiento y crecimiento personal que repercute como beneficio para toda la comunidad. Es necesario recalcar que la educación básica se otorga —o debe otorgarse— de forma igualitaria. Asimismo, debe ser compartido entre los alumnos «hasta algo parecido a un mismo nivel» (Walzer, 2001, p. 214).

La educación, como la vida, no es un proceso aislado sino esencialmente social. Es por tanto, también coyuntural. Existe y se desarrolla dentro de una sociedad particular buscando fines específicos. Por tanto, es necesario saber qué fines se desea fomentar en estos casos. Para ello, el artículo 29.1.d de la Convención sobre los Derechos del Niño prestará una ayuda invaluable. Este señala que la educación del niño debe estar encaminada a «[p]reparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena». La educación inclusiva, en este contexto, debe entenderse como un «enfoque que busca cómo transformar los sistemas educativos y otros contextos de en-

17 Esta sección se basa en Constantino (2012).

señanza para responder a la diversidad de los estudiantes. Apunta a permitir que profesores y estudiantes se sientan cómodos con la diversidad y la vean como un reto y como una forma de enriquecimiento del espacio educativo antes que como un problema» (UNESCO, 2005, p. 15). Este enriquecimiento es esencial para la formación de una sociedad verdaderamente inclusiva.

Una de las finalidades que se busca resaltar en este sentido es el valor de la solidaridad. El Tribunal Constitucional de nuestro país (2005) ha señalado que la educación tiene ciertos fines que cumplir. Uno de ellos es la solidaridad, entendida como «la creación de un nexo ético y común para las personas adscritas a un entorno social» (fundamento 13).

Es posible apreciar que uno de los fines que queda por desarrollar es la acción solidaria. La solidaridad del ámbito educacional busca formar ciudadanos comprometidos con el género humano, capaces de crear relaciones significativas con otras personas y buscar el bien común. En este sentido, el fomento de la solidaridad es un ejercicio de desprendimiento y que busca abandonar los patrones economicistas de la «persona racional y egoísta». Siguiendo lo que anteriormente se desarrolló con respecto a los postulados de Martha Nussbaum, es necesario desterrar concepciones de justicia que se basan en la conveniencia mutua en términos racionales y apostar por una justicia que aspire a que todos los integrantes de la sociedad puedan lograr el máximo de sus capacidades (Nussbaum, 2007, p. 131).

3.2.2. La necesidad de la educación inclusiva.

La apuesta por la educación inclusiva permite el desarrollo de las capacidades de las personas con discapacidad y, además, crea un espacio de diversidad que prepara para la sociedad. En tal sentido, la convivencia con personas con discapacidad permite abrazar a la discapacidad como un aspecto más de la experiencia humana que debe ser entendido y valorado, y no estigmatizado. Esto no puede ser enseñado de manera teórica, sino que requiere vivencias expresas.

La imposición de los valores democráticos a través de la educación cuenta con reconocimiento internacional. Así, utilizando la comprensión de que la educación va más allá de la mera adquisición de conocimientos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió el caso Konrad vs. Alemania (2006). En dicha sentencia, la Corte de Estrasburgo determinó que era válida la prohibición de la educación en casa (o *homeschooling*) por las razones establecidas por el Tribunal Constitucional Federal Alemán. Este había señalado que la práctica del *homeschooling* no permitía la generación de ciudadanos de una democracia plural. En este orden de ideas, señaló que la «adquisición de habilidades sociales para relacionarse con otras personas con diferentes posturas y para mantener una opinión diferente a la de la mayoría era únicamente posible a través del contacto regular con la sociedad» (Konrad vs. Alemania 2006). De la misma opinión fue el Tribunal Constitucional Español en su decisión 133/2010. En ella, denegó el amparo a un grupo de padres que buscaban lograr el *homeschooling* en su país. En su razonamiento, el Tribunal Constitucional de España señaló:

[La] educación a la que todos tienen derecho y cuya garantía corresponde a los poderes públicos como tarea propia no se contrae, por tanto, a un proceso de mera transmisión de conocimientos, sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros. (STC 133/2010, párr. 7.a)

Por lo anterior, es posible concluir que la educación va más allá de la adquisición de conocimientos. Requiere de vivencias, convivencias, discrepancias y acercamientos. Por tanto, opciones que limiten estas vivencias deberían quedar descartadas en una sociedad respetuosa de los derechos humanos. En este orden de ideas, la relación con personas con discapacidad se hace necesaria para la configuración de una sociedad en la que estas no sean vistas como merecedoras de lástima o como freak shows, sino como miembros útiles de la sociedad en la que todos vivimos.

Finalmente, la inclusión de personas con discapacidad obliga a variar los paradigmas actuales de la educación como un espacio de competencia feroz e inacabable por el éxito sino que se deberá apostar por una educación que promueva la colaboración y el apoyo (Terzi, 2003, pp.7-9). A través de las necesidades educativas especiales de la persona con discapacidad es posible que los estudiantes entiendan la importancia de la colaboración y el apoyo. Solo de esta manera es posible configurar la sociedad que Nussbaum prefigura para el desarrollo de capacidades. Y es que vale la pena recordar que una de las críticas de Nussbaum es que una de las razones de la exclusión de las personas con discapacidad del contrato social era porque no había ningún incentivo real para que las personas sin discapacidad los incluyesen en tanto no era probable obtener beneficio alguno de su participación en la sociedad (Stein y Silvers, 2007). A través de la educación inclusiva es posible generar un ciudadano que no sienta que la inclusión de las personas con discapacidad es un gasto inútil sino que es una cuestión de justicia de la que no se debe privar a nadie.

4. Conclusiones

- En el derecho internacional, la inclusión de las personas con discapacidad en la educación regular no siempre ha sido la norma. La mayor parte de instrumentos ha omitido cualquier mención a su condición. Los demás instrumentos, al mencionar la discapacidad, lo hicieron casi siempre para relegarla del ámbito educativo regular.
- La educación inclusiva es una obligación de los Estados y no se puede permitir la educación segregada. Este fue uno de los temas más debatidos en la redacción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Algunas delegaciones abogaban por la libertad de elección para escoger entre educación especial y educación inclusiva. Otras delegaciones señalaban que la educación especial podía ser necesaria en situaciones excepcionales. La redacción final del artículo sobre educación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no hace referencia a la segregación y es una victoria de la idea de la educación inclusiva.
- Si bien es posible afirmar que existe una tensión con la libertad de educación, en tanto los padres podrían preferir la educación segregada, esta investigación se reafirma en la necesidad de la educación inclusiva para una sociedad que permita la participación activa de las personas con discapacidad. No obstante, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no ha tenido una interpretación uniforme sobre la educación inclusiva. Si bien en la mayoría de sus observaciones finales se señala la necesidad de mejorar la educación inclusiva en diversos países,

en una ocasión se señaló que en los casos de educación especial debía velarse por consultar la opinión de los padres. Aunque ello podría llevar a pensar que la educación especial es una opción, desde este trabajo planteamos que tal no es la intención de la convención ni tampoco es lo más adecuado para asegurar los derechos de los niños con discapacidad.

- Las personas con discapacidad auditiva (sordos) son un colectivo particularmente interesante. Si son entendidos como personas con discapacidad, deberían ser incluidos. No obstante, al ser también una minoría lingüística, podrían apuntar a su segregación. En esos casos sí será relevante la opinión de los padres para que puedan ser ubicados. Si deciden ser incluidos, deberán contar con todos los apoyos necesarios.
- La educación inclusiva es importante para los derechos humanos porque implica la posibilidad de que todos se eduquen de manera igualitaria y puedan aprender a conocer y apreciar la diversidad humana. De esta forma, es un proceso formativo, que cumple un papel fundamental para ampliar las capacidades de la persona. En tal sentido, la educación inclusiva no solamente es importante para las personas con discapacidad, sino que también cumple un papel fundamental en las personas sin discapacidad, puesto que les enseña a apreciar la diversidad y fomenta el valor de la solidaridad. Esta forma de educación es necesaria en la sociedad, ya que solo a través de una educación inclusiva se puede generar una sociedad inclusiva.

REFERENCIAS

- Alonso Parreño, M. J. e I. De Aráoz Sánchez-Dopico. (2011). *El impacto de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en la legislación educativa española*. Ediciones Cinca: Madrid.
- Atala Riffo y niñas vs. Chile, Serie C n. ° 239 (24 de febrero de 2012).
- Bregaglio Lazarte, R. A. (2010). *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales desde una concepción dinámica y evolutiva de la progresividad, indivisibilidad e interdependencia: más allá de los tratados* (Tesis de maestría). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- Bregaglio, R. y R. Constantino. (2014). *La educación inclusiva desde el enfoque de capacidades*. V Conferencia de la Asociación Latinoamericana y del Caribe para el Desarrollo Humano y el Enfoque de Capacidades, Lima.
- Brown vs. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).
- Campbell y Cosans vs. Reino Unido, Aplicación n. ° 7511/76; 7743/76 (25 de febrero de 1982). *Carta de fecha 7 de octubre de 2005 del Presidente del Comité Especial dirigida a todos los miembros del Comité (A/AC.265/2006/1)*.
- Casanova, M. A. (2011). *Educación inclusiva: un modelo de futuro*. Madrid: Wolters Kluwer España. Center for Studies on Inclusive Education (s.f.). *Inclusive education and article 17*. Recuperado de <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcstata24fiscments.htm#bizchut>
- Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. (1994) *Observación General N° 5. Personas con discapacidad*. E/C.12/1994/13.
- Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. (1999). *Observación General 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*. E/C.12/1999/10.
- Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. (2009). *Observación General 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. E/C.12/GC/2009.
- Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad (A/60/266).
- Comité sobre los Derechos del Niño. (2007). *Observación n. ° 9 (2006). Los derechos del niño con discapacidad*. CRC/C/GC/9.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2011). *Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre España*. CRPD/C/ESP/CO/1.

- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2016). *General Comment 4 (2016). Article 24: Right to inclusive education*. CRPD/C/GC/4.
- Constantino, R. (2012). Enseñando democracia: normativa, realidad y propuestas en torno a la educación para la ciudadanía en el Perú. *Revista Derecho PUCP*, (68).
- Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979)*.
- Corrado, M. L. (2008). Disability and Nationality: Martha Nussbaum on Justice. *Essays in Philosophy*, 9(1).
- Declaración Mundial sobre educación para todos (1990)*.
- Del Águila, L. M. (2015). La autonomía de las personas con discapacidad como principio rector. E. Salmón y R. Bregaglio (eds.), *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Lima: IDEHPUCP.
- Freire, P. (2011). *Educação como prática da liberdade*. Sao Paulo: Paz e Terra.
- Haberle, P. (2003). *El Estado Constitucional*. Lima: UNAM y PUCP.
- Harnacke, C. (2012). Capability and Disability: The CRPD from the Perspective of the Capabilities Approach. En J. Anderson y J. Philips (eds.), *Disability and Universal Human Rights: Legal, Ethical and Conceptual Implications of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. Utrecht: Netherlands Institute of Human Rights.
- Informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad sobre su séptimo período de sesiones (A/AC.265/2006/2) (13 de febrero de 2006)*.
- Konrad vs. Germany, Aplicación 35504/03 (11 de setiembre de 2006).
- Larry Jimmy Ormeño vs. x, 2005
- Melish, T. (2007). The UN disability convention: historic process, strong prospects, and why the U.S. should ratify. *Human rights brief*, 14(2).
- Meix Cereceda, P. (2014). *El derecho a la educación en el sistema internacional y europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz, V. (2007). *El derecho a la educación de las personas con discapacidades*. Informe A/HRC/4/29.
- Muñoz, V., Clade y Cejil. (2009). *Derecho a la Educación de las personas con discapacidad en América Latina y el Caribe*.
- Naciones Unidas. (s.f.). *Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. Draft submitted by the Government of the Bolivarian Republic of Venezuela (A/AC.265/2003/WP.1)*. Recuperado de http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/a_ac265_2003_wp1.htm
- Naciones Unidas (s.f.). *Position Paper of the Government of Japan on the Comprehensive and Integral International Convention to Promote and Protect the Rights and Dignity of Persons*

- with Disabilities*. Recuperado de <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/wgcontrib-japan.htm>
- Naciones Unidas. (s.f.). *Comprehensive and integral International Convention to promote and protect the rights and dignity of persons with disabilities*. Recuperado de <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/wgcontrib-india.htm>
- Naciones Unidas (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*.
- Naciones Unidas (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.
- Naciones Unidas (1966). *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*.
- Naciones Unidas (1975). *Declaración de los Derechos de los Impedidos*.
- Naciones Unidas (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*.
- Naciones Unidas. (1993). *Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad*.
- Naciones Unidas. (2004). *Informe del tercer período de sesiones del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad (A/AC.265/2004/5)*.
- Naciones Unidas. (2005a). *Daily summary of discussion at the sixth session*. 2 de agosto de 2005. Recuperado de <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6sum2aug.htm>
- Naciones Unidas. (2005b). *Daily summary of discussion at the sixth session*. 3 de agosto de 2005. Recuperado de <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6sum3aug.htm>
- Naciones Unidas. (2005c). *Daily summary of discussion at the sixth session*. 4 de agosto de 2005. Recuperado de <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6sum4aug.htm>
- Naciones Unidas. (2005d). *Comentarios, propuestas y enmiendas propuestas a durante la sexta sesión*. Recuperado de <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6stata24sscomments.htm>
- Naciones Unidas (2006a). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.
- Naciones Unidas. (2006b). *Textos elaborados por el Comité de Redacción*. Recuperado de <http://www.un.org/esa/socdev/enable/drafting.htm>
- Naciones Unidas. (2006c). *Propuestas de modificación al artículo 24*. Recuperado de <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc8gpcart24.htm>
- Naciones Unidas (2006d). *Daily summary of discussion at the seventh session*. Recuperado de <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7sum24jan.htm>
- Naciones Unidas. (2014). *Informe del Grupo de Trabajo al Comité Especial (A/AC.265/2004/WG.I)*.
- Neil, M. (2011). *Reasonably Confused: Human Rights and Intellectual Disability*. APSA 2011 Annual Meeting Paper.
- Nussbaum, M. (2007). *Las Fronteras de la Justicia*. Barcelona: Paidós.

- Nussbaum, M. (2012). *Crear capacidades*. Barcelona: Paidós.
- Organización de las Naciones Unidas. (2004). *Informe del tercer período de sesiones del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad*. Recuperado de <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc3reports.htm>
- Organización de las Naciones Unidas. (2005). *Carta de fecha 7 de octubre de 2005 del Presidente del Comité Especial dirigida a todos los miembros del Comité*.
- Oviedo, A. (2006). *Los Sordos y la Convención Internacional para la Protección de las Personas Discapacitadas (ONU)*. Recuperado de http://www.cultura-sorda.eu/resources/Oviedo_Convencion_ONU_Discapacidad.pdf
- Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad*. Madrid: Cinca.
- Pérez Bello, J. I. (marzo, 2015). El derecho a la educación inclusiva. Análisis de la jurisprudencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas. *Revista Derecho Privado*, año III, (10).
- Rawls, J. (2010). *Teoría de la justicia*. México DF: Fondo de Cultura Económica.
- Rieser, R. (2008). *Implementing Inclusive Education. A Commonwealth Guide to Implementing Article 24 of the UN Convention on the Rights of People with Disabilities*. Londres: Commonwealth Secretariat.
- Ser. A/B, n. ° 64, 19 (1923).
- Serrano vs. Priest, 5 Cal.3d 584 (1971).
- Shelton, D. (2008). Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, (4).
- Siegel, L. M. (2008). *The human right to language*. Washington DC: Gallaudet University Press.
- STC 133/2010, (2 de diciembre de 2010).
- Stein, M. y A. Silvers. (2007). Disability and the Social Contract. *The University of Chicago Law Review*, 74.
- Tedesco, J. C. (2009). *Educación y Justicia Social en América Latina*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica y Universidad Nacional de San Martín.
- Terzi, L. (2003). *A Capability Perspective on Impairment, Disability and Special Needs: Towards Social Justice in Education*. Paper para la Conference on the Capability Approach: From Sustainable Development to Sustainable Freedom (Italy). Recuperado de <http://www-3.unipv.it/deontica/sen/papers/Terzi.pdf>
- Tomasevski, K. (2001). *Human rights obligations: making education available, accessible, acceptable and adaptable*. Lund: Right to Education Primers.

- Tovar, T. (2015). Debate y modelo de educación inclusiva. En E. Salmón y R. Bregaglio (eds.), *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Lima: IDEHPUCP.
- Tribunal Constitucional del Perú. (2005). Resolución recaída en el Expediente n. ° 4232-2004-AA/TC, de fecha 3 de marzo de 2005.
- UNESCO. (2005). *Guidelines for Inclusion*.
- Unión Europea. (s.f.). *Convención amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad (A/AC.265/WP2)*.
- Unión Europea. (s.f.). *Proyecto de informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad (A/58/118 & Corr1)*.
- Unión Europea. (2003). *Elements for an international convention (A/AC.265/2003/CRP.13/Add.2)*. Recuperado de http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/a_ac265_2003_crp13_add2.htm
- Walzer, M. (2001). *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*. Traducción de Heriberto Rubio. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Warnock Committee. (julio – agosto, 1990). *Special Educational Needs: the Warnock Report*, London, D.E.S., 1978 [Informe sobre necesidades educativas especiales]. *Siglo Cero*, (120).
- Warnock, M. (1978). *Special Education Needs. Report of the Committee of Enquiry into the Education of handicapped Children and young People*. En Her Majesty's Stationery Office, *Meeting special education needs* [1981].
- Wisconsin vs. Yoder: 406 US 205, 221 (1972).
- World Federation of the Deaf (2016). «WFD Position Paper on the Language Rights of Deaf Children». 7 de setiembre de 2016. Helsinki. Recuperado de <https://wfdeaf.org/news/resources/wfd-position-paper-on-the-language-rights-of-deaf-children-7-september-2016/>

COMENTARIOS

Ernesto Aguinaga Meza

Profesor del Departamento Académico de Derecho, PUCP*

En «Juntos y revueltos: evolución, justificación y debates de la educación inclusiva en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos», trabajo de Renato Constantino, se abordan las implicancias de tomarse en serio la educación inclusiva como derecho no solo de las personas con discapacidad, sino incluso de toda la sociedad.

El trabajo tiene como propósito justificar la imposición del derecho a la educación inclusiva en el Perú y en cualquier país que hubiera ratificado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). Esto es, pretende demostrar que está proscrita la segregación por discapacidad en el ámbito educativo, prohibición que sería de aplicación no solo a las autoridades educativas, sino incluso a los padres (que, por esa razón, no podrían optar por educar a sus hijos, tengan o no alguna discapacidad, en instituciones educativas segregadas). La única excepción admisible, en opinión del autor, sería el caso de las personas sordas que deseen ser criadas en su propia lengua. En este caso, sería admisible la segregación porque (i) sería un acto autónomo y (ii) basado en el idioma y no en la discapacidad.

Para alcanzar dicho objetivo, en primer término, el autor pasa revista a la evolución normativa del derecho a la educación de las personas con discapacidad en el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). Así, apela a la historia para demostrar que el DIDH, previo a la CDPD, no consagró —al menos no expresamente— el derecho de las personas con discapacidad a ser incluidas en el ámbito educativo regular. Al respecto, el único comentario que haré es que para llegar a esa conclusión no era necesario detenerse en la historia con la profusión que el autor lo hace. Bastaba, en mi opinión, con señalar en la introducción del trabajo que la CDPD sí lo hizo, precisamente, porque no se había hecho con anterioridad.

A continuación, el autor se detiene —en mi opinión también excesivamente— en los trabajos preparatorios del artículo de la CDPD relativo al derecho a la educación. Pero algo merece ser resaltado: demuestra que los Estados quisieron consagrar el derecho a la educación inclusiva y, por tanto, la prohibición de la educación segregada. No cabe la menor duda, en relación con este punto, que está bien utilizado el recurso a los trabajos preparatorios con el propósito de descifrar el contenido normativo del artículo 24 de la CDPD. A estas alturas, nadie puede decir que existe base normativa para la educación segregada en razón de la discapacidad, a menos que se sostenga que ello viene respaldado por la «libertad de los padres de escoger para sus hijos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas»¹, opinión que merecía más desarrollo.

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/ernesto-aguinaga-meza>

¹ Artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas.

El autor da un tratamiento corto al posible conflicto entre el derecho a recibir una educación inclusiva y la supuesta libertad de los padres de segregar a sus hijos en el ámbito educativo. Se afirma que se trata de una supuesta libertad porque se considera que el artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) es lo suficientemente claro cuando señala que dicha libertad debe ejercerse de conformidad con «las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia educativa», y, sin duda, el mandato de inclusión del artículo 24 de la CDPD es una de las normas mínimas que los Estados deben respetar en la esfera educativa. En ese sentido, el permiso de los padres de educar a sus hijos fuera del sector público (que, según la CDPD, debe ser inclusivo), solamente podría significar que tienen permitido llevar a sus hijos a escuelas privadas que sean inclusivas en razón de la discapacidad (hecho que supone afirmar que sí tienen permitido segregar no en razón de la discapacidad, pero sí en razón del poder adquisitivo).

La misma crítica puede hacerse con respecto del caso de las personas sordas; es corto el desarrollo que el autor dedica a este punto. Solo se limita a resaltar que la segregación en este caso sí sería admisible, porque tendría su origen en la misma persona sorda (sería un acto de autonomía) y, desde luego, en su derecho a ser educada en su propia lengua (tal como lo estipula el artículo 5.1.c de la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza). A mi juicio, el propósito de este último instrumento internacional es permitir a las minorías lingüísticas autopreservarse como tales (o, lo que es lo mismo, seguir existiendo sobre la base del elemento que las identifica: la lengua). De esta forma, se evita que desaparezcan por la vía de la asimilación de sus miembros al sistema educativo regular que, por lo general, será el de las mayorías lingüísticas. La pregunta que habría que hacerse entonces es: ¿realmente está en riesgo de desaparecer la comunidad sorda si sus miembros son educados en el sistema educativo regular *inclusivo*? Si la respuesta es no, entonces tampoco cabría la posibilidad de la segregación sobre la base de pertenecer a la comunidad lingüística de las personas sordas.

El trabajo culmina resaltando la importancia de la educación inclusiva desde una doble perspectiva basada en los derechos humanos: las personas con discapacidad y la sociedad. No podría estar más de acuerdo con lo que el autor señala en esos puntos. La educación, de acuerdo con la lógica de los derechos humanos, cumple un rol protagónico: es el instrumento para la consecución de personas realmente autónomas. En primer lugar, porque permite a los individuos decidir por sí mismos qué quieren hacer con sus propias vidas y, segundo, porque les ofrece instrumentos para poder llevarlo a cabo. Si esto es correcto y si se toma en cuenta que todas las personas tenemos exactamente el mismo derecho a ser sujetos autónomos, entonces es más o menos obvio que la educación debe ser igualitaria. Si ello es así, todas las personas, tengan alguna discapacidad o no, tienen exactamente el mismo derecho a educarse en los mismos espacios y, desde luego, a hacerlo de forma tal que les permita desarrollar todas sus capacidades. Sin duda, acierta el autor al afirmar que la educación inclusiva es un derecho de todas las personas.

RESPUESTA DEL AUTOR

Agradezco al Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) del Departamento de Derecho de nuestra universidad la oportunidad de publicar este artículo y al profesor Ernesto Aguinaga por sus comentarios. En el contexto académico peruano, la crítica aún es un ejercicio poco común, pero me gusta creer, siguiendo a Flores Galindo, que discrepar es otra forma de aproximarnos¹. El profesor Aguinaga ha leído y ha encontrado ciertos problemas en mi texto, que tienen que ver con la excesiva extensión de algunas secciones y falta de desarrollo de otras. Considero que no resulta relevante defender por qué me extendí en algunos casos más que en otros, pues cuando el espacio es limitado, algunas secciones reciben más atención que otras y usualmente la extensión se debe a la amplitud de la información, la metodología o los gustos del autor. Sin embargo, su crítica me permite ampliar partes del texto que son particularmente interesantes y que no pudieron ser abordadas con más detalle en el texto original. De manera general, este pedido de mayor desarrollo de mis ideas está vinculado a la posibilidad jurídica de segregar estudiantes. Abordaré, en ese sentido, tres críticas concretas que hace el profesor Aguinaga.

Uno de los acápites que genera comentarios del profesor Aguinaga es el referente a la educación de las personas sordas. Él se pregunta si realmente la comunidad sorda está en riesgo de desaparecer por el hecho de que sus miembros sean educados en el sistema educativo regular inclusivo. Para dar respuesta a este punto, retomo algunas ideas del texto. Existen las personas sordas (con minúscula), que únicamente carecen o tienen dificultades de oído, y las personas Sordas (con mayúscula), que forman parte de una minoría lingüística y cultural que se construye alrededor del uso de la lengua de señas². Con ello en mente, los niños sordos deberían ser considerados como una minoría lingüística y deben ser educados de manera segregada³.

En este contexto, la pregunta del profesor Aguinaga parte de la idea de que la posibilidad de segregarse solo se puede dar para evitar la extinción de las lenguas; por ello, requieren escapar de una educación donde prevalece una lengua mayoritaria. Yo creo que sí existe la posibilidad de que una lengua de señas se extinga si no tiene un espacio educativo en el cual desarrollarse. Una lengua va más allá de un léxico y requiere vivir para generar una cultura que transmita sus saberes. Ya la posibilidad de transmisión en la cultura sorda es particularmente compleja, porque no siempre se puede realizar de padres a hijos como en el resto de lenguas del mundo.

-
- 1 Flores Galindo, A. (1990). Reencontrando la dimensión utópica. Carta a los amigos. Recuperado de http://www.andes.missouri.edu/andes/Especiales/AFG_CartaAmigos.html
 - 2 Oviedo, A. (2006). Los Sordos y la Convención Internacional para la Protección de las Personas Discapacitadas (ONU). Recuperado de http://www.cultura-sorda.eu/resources/Oviedo_Convencion_ONU_Discapacidad.pdf También véase: Siegel, L. M. (2008). The human right to language. Washington D. C.: Gallaudet University Press.
 - 3 Esta postura ha sido defendida por la Federación Mundial de Sordos en su último comunicado posterior a la emisión de la Observación General 4 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Recuperado de <https://wfdeaf.org/news/resources/wfd-position-paper-on-the-language-rights-of-deaf-children-7-september-2016/>

Más allá de ello, la oportunidad de que los niños y las niñas sordas puedan desarrollar adecuadamente sus capacidades depende de que puedan expresarse en un lenguaje para el que no tengan barreras. La propia Federación Mundial de Sordos ha señalado esa necesidad⁴ y la ha sustentado con diversos estudios que prueban que la educación en contextos de inclusión no termina de ser plenamente útil para los niños y niñas sordas⁵. Incluso si se contase con un intérprete de señas permanente, esto no necesariamente garantiza que la persona sorda pueda comunicarse plenamente con sus pares; con eso pierde gran parte de la experiencia educativa. Es por eso que, más allá de la normativa, considero que las personas sordas tienen derecho a la educación segregada. Es parte crucial de su supervivencia como comunidad.

En tanto derecho, satisfecho principalmente en la niñez, la posibilidad de no asistir a la educación segregada puede generar una tensión con los padres. A pesar de la evidencia científica, muchos padres podrían preferir que sus hijos vayan a educación inclusiva para que puedan oralizar. Eso, muy probablemente, iría en contra del interés superior del niño. En este caso, lo que más necesita el niño es tener un espacio seguro en el cual desarrollar su lenguaje sin problemas y eso lo va a obtener en un colegio segregado de personas sordas. Así, el derecho de elección de los padres podría verse limitado para salvaguardar el adecuado progreso intelectual de los niños sordos. Si bien esto puede sonar injusto con respecto al derecho a la libertad de los padres, cabe recordar que en la educación se debe privilegiar lo que les conviene a los niños. Esa misma lógica es la que se utiliza en el caso de otras lenguas en el Perú. Si bien muchas veces los padres, estigmatizados por generaciones de discriminación, prefieren que sus hijos no aprendan una lengua originaria, el Estado educa a los niños en las lenguas originarias porque es claro que así pueden aprender mejor.

Ahora bien, en el ámbito de la política pública, dicha segregación no debería ser asumida por una dirección de discapacidad, sino por una especializada en educación intercultural. Por otra parte, si es que un niño o adulto que ya sabe oralizar pierde la audición, pero no se siente parte de la comunidad sorda, tiene un derecho legítimo a participar de la educación regular con los ajustes y la accesibilidad que requiera.

Otro aspecto que el profesor Aguinaga plantea como problemático es la tensión entre la educación inclusiva y la libertad de los padres para escoger escuelas distintas a las públicas, contenida en el artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)⁶. Cabe señalar que para el profesor no existe un debate, porque el propio PIDESC señala que la educación debe realizarse siguiendo «las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia educativa»⁷; por tanto, sobre la base

4 Federación Mundial de Sordos. (2016). WFD Position Paper on the Language Rights of Deaf Children. Recuperado de <https://2tdzp2t7hxmqqh3njno1y-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2017/01/WFD-Position-Paper-on-Language-Rights-of-Deaf-Children-7-Sept-2016.pdf>

5 Al respecto, véase Singleton, J.L. y E.L. Newport. (2004). When learners surpass their models: The acquisition of American Sign Language from inconsistent input. *Cognitive Psychology*, 49(4), pp. 370-407. De igual forma, consultar Humphries, T., Kushalnagar, P., Mathur, G., Napoli DJ., Padden C. y C. Rathmann. (2014). Ensuring language acquisition for deaf children: What linguists can do. *Language*, 90(2), pp. e31–e52.

6 13.3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 13.3).

7 Artículo 13.3 del PIDESC.

del artículo 24 de la CDPD, no habría espacio para la creación de centros educativos que segreguen por discapacidad.

Sobre este punto es necesario señalar que tales normas (las del Estado) no siempre son completamente claras y, de hecho, tampoco están en consonancia con el derecho internacional. Es por ello que valía la pena abordar la tensión jurídica. En esa línea argumentativa, me parecería importante saber qué debe estar dentro de esas normas mínimas de las que se habla en el artículo 13.3 del PIDESC. Un punto ineludible —a mi entender— debería ser la premisa de que en la educación de los niños la «adquisición de habilidades sociales para relacionarse con otras personas con diferentes posturas y para mantener una opinión diferente a la de la mayoría era únicamente posible a través del contacto regular con la sociedad»⁸. Con esto en mente, se debería prohibir cualquier intento de generar iniciativas privadas que busquen atender únicamente a estudiantes con discapacidad. Llegamos, entonces, a la misma conclusión que el profesor, aunque atendiendo a la razonabilidad detrás de la norma.

En un tercer momento, el profesor Aguinaga plantea que la conclusión de que los padres solamente pueden elegir colegios inclusivos «supone afirmar que sí tienen permitido segregar, no en razón de la discapacidad, pero sí en razón del poder adquisitivo». Me hubiese gustado que el profesor profundice en su reflexión, pues el efecto de los privados en el derecho a la educación es un tema que me interesa particularmente.⁹ Por ello, dentro de las reflexiones que vienen a continuación, quisiera abordar (i) cómo el derecho internacional regula la actuación de los privados, (ii) cómo el mercado segrega a los estudiantes y (iii) qué respuestas se han dado desde el derecho internacional.

Como mencioné en mi tesis, el derecho internacional, a primera vista parece no hacer distingo entre ningún sistema económico. De hecho, en la Observación General 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se plantea que, mientras se cumplan las obligaciones del pacto, cualquier sistema económico es válido¹⁰, pero eso parece ser solo una fórmula política que no tiene relación con la realidad. Más bien, son diversos los órganos de las Naciones Unidas y de otros organismos internacionales que reclaman una mayor presencia estatal para garantizar los derechos humanos frente a las amenazas de los privados: «los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares»¹¹. Eso justifica que el Estado intervenga de diferentes maneras para evitar violaciones a los derechos humanos.

Como también mencioné en mi tesis, a partir de la década de 1990, América Latina vivió un proceso reforma económica¹². Este se realizó a la medida del consenso internacional del

8 Konrad vs. Alemania, TEDH 35504/03. Decisión de inadmisibilidad de 11 de setiembre de 2006, sección A. Texto original de la traducción (propia): «The acquisition of social skills in dealing with other persons who had different views and in holding an opinion which differed from the views of the majority was only possible through regular contact with society».

9 Constantino, R. (2015). Un salto por dar: El derecho a la educación inclusiva de los niños con discapacidad en los colegios privados. Tesis para optar por el título profesional de abogado. PUCP. Recuperado de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5994/CONSTANTINO_CAYCHO_RENATO_DERECHO_EDUCACION.pdf?sequence=1 (pp. 126-128).

10 Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. (1990). Observación General 3 (1990) La índole de las obligaciones de los Estados Partes (Artículo 11[2] del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

11 Corte IDH. OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, párr. 140.

12 Constantino, R. (2015). Un salto por dar: El derecho a la educación inclusiva de los niños con discapacidad en los

neoliberalismo, una ideología que, en esencia, señala que los derechos sociales se deben distribuir según las leyes del mercado¹³. Este planteamiento genera diferencias con respecto a cómo se trata un derecho usualmente. De acuerdo con Atria, las diferencias serían las siguientes¹⁴:

Tabla I

Diferencia entre provisión como bien de mercado y como derecho social

Mercado	Derecho social
Los individuos actúan motivados por su propio interés, no por el interés ajeno.	El proveedor no provee porque de ese modo sirve su propio interés, sino el interés de la ciudadanía.
Nadie tiene el deber de proveer o derecho a recibir, antes de llegar a acuerdo en un contrato.	El ciudadano tiene derecho a la provisión, y el proveedor tiene el deber de proveer.
Cada participante es libre de sujetar su disposición a contratar a las condiciones que desee.	El proveedor no está en condiciones de establecer, unilateralmente, condiciones especiales de provisión caso a caso. Las condiciones de acceso, que especifican los márgenes del derecho ciudadano, han de estar fijadas en un protocolo público aplicable a todos por igual.

Nota. Elaboración propia sobre la base de las ideas de Atria, F. (2014). *Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma de lo público*. Santiago: LOM Ediciones.

En tal sentido, la educación puede ser concebida de dos formas: como servicio público y como bien de mercado¹⁵. Cuando se entiende como un bien de mercado, la desigualdad y la segregación a la que se refiere el profesor Aguinaga no son un problema público, sino que son de índole privada¹⁶. Más que un problema, se trata de una consecuencia ineludible. Nuevamente, cito a Atria: «Esto es lo que el mercado siempre produce, lo que el mercado hace bien: diferenciación de la oferta para calzar la diferenciación de la demanda, diferenciación de la demanda para ajustarse a las posibilidades de diferenciación de la oferta»¹⁷.

Bajo el paradigma neoliberal, el problema de la desigualdad en la educación no es realmente un problema, puesto que cada quien alcanzará la educación que pueda pagar, así como cada quien accederá al carro que pueda pagar. No obstante, ello no reconoce la particular im-

colegios privados. Tesis para optar por el título profesional de abogado. PUCP. Recuperado de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5994/CONSTANTINO_CAYCHO_RENATO_DERECHO_EDUCACION.pdf?sequence=1 (pp. 11-14).

13 Atria, F. (2004). *Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma de lo público*. Santiago: LOM Ediciones (p. 99).

14 Atria, F. Sobre la reforma educacional en la actual discusión. Presentación en la Comisión de Educación de la Cámara de Diputados de Chile. Recuperado de <http://ict.camara.cl/pdf.aspx?prmID=18157&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>

15 Tomasevski, K. (2003). Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Katarina Tomasevski, presentado de conformidad con la resolución 2002/23 de la Comisión de Derechos Humanos (párr. 20).

16 Atria, F. (2014). *Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma de lo público*. Santiago: LOM Ediciones (p. 106).

17 Atria, F. (2014). *Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma de lo público*. Santiago: LOM Ediciones (p. 107).

portancia de un derecho social. Ya que la educación es un requisito para un adecuado ejercicio de ciudadanía, la calidad que se recibe no debería estar limitada por los ingresos de los padres, sino que todos deberían tener derecho a obtener lo mismo. Allí es donde se prueba que el mercado no puede satisfacer requisitos de ciudadanía. Todos deberían poder obtener lo mismo y no sucede así. La idea de que los malos proveedores se van del mercado es falsa, más bien encuentra un nicho. Eso implica, en ese sentido, que la provisión a través del mercado genera una relación entre calidad y precio. Llevado a la educación: «algunos recibirán una educación tipo Mercedes-Benz, por así decirlo, y otros, una educación tipo Lada»¹⁸.

Por mucho tiempo, se ha creído que la libertad de enseñanza involucraba la posibilidad de generar proyectos que puedan seleccionar a sus estudiantes y, en la mayor parte de casos, seleccionar por clase económica. Evidentemente, esto último no está protegido por la libertad de enseñanza. La libertad de enseñanza no es libertad de contratación. Para desarrollar un proyecto alternativo no es necesario generar exclusiones de clase. Incluso si se argumentase desde la libertad de contratación, esta no es irrestricta. La Corte Constitucional de Colombia ha señalado lo siguiente:

La concepción moderna de la autonomía de la voluntad privada, supone la existencia de un poder dispositivo de regulación, pero sometido a la intervención normativa del Estado, de suerte que, lejos de entrañar un poder absoluto e ilimitado de regulación de los intereses de los particulares, como era lo propio del liberalismo individualista, se encuentra sometido a la realización de la función social de la propiedad privada y de las libertades básicas de la economía de mercado¹⁹.

Por tanto, ni siquiera en un esquema de bien de mercado se podría alegar que la libertad de contratación es absoluta. Muy posiblemente se requerirían esquemas de pensiones escalonadas para garantizar que no exista segregación, como los que ya se han consagrado en la Ley n.º 30220, Nueva Ley Universitaria²⁰.

Finalmente, para acabar con esta sección, quisiera retomar algo que abordé en la tesis:

Como señala Michael Walzer «la moralidad del bazar está bien en el bazar. El mercado es una zona de la ciudad, no la ciudad entera»²¹. Permitir la penetración de la lógica del mercado en el ejercicio de un derecho es tremendamente peligroso. Esto no significa que no pueda haber contraprestaciones. No obstante, sí resulta perjudicial para una cultura de derechos humanos el que sea el dinero el habilitante para la educación. En el caso de las personas con discapacidad, el condicionar el disfrute de sus derechos a la posibilidad de contar con dinero simplemente perpetúa un círculo vicioso de pobreza²².

18 Atria, F. (2014). Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma de lo público. Santiago: LOM Ediciones (p. 132).

19 Corte Constitucional de Colombia. (s. f.). Sentencia n.º T-468-2003, párr. 15.

20 Artículo 100.7: «Son derechos de los estudiantes: Tener en las universidades privadas, la posibilidad de acceder a escalas de pago diferenciadas, previo estudio de la situación económica y del rendimiento académico del alumno». Al respecto, véase Bregaglio, R. y R. Constantino. (2016). La Universidad como espacio de inclusión social: Un análisis de la Nueva Ley Universitaria. En Grandez, P. y C. Landa (Eds.), Constitución y Democracia. Lima: Palestra Editores.

21 Walzer, M. (2001). Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad. Traducción de Heriberto Rubio. México D. F.: Fondo de Cultura Económica (p. 120).

22 Constantino, R. (2015). Un salto por dar: El derecho a la educación inclusiva de los niños con discapacidad en los colegios privados. Tesis para optar por el título profesional de abogado. PUCP. Recuperado de <http://tesis.pucp.edu>.

Desde el derecho internacional se han adoptado iniciativas para cambiar esta situación. Un primer paso ha sido el accionar del actual relator para el derecho a la educación, Kishore Singh, quien ha señalado que «el acceso a los centros de enseñanza privados, basado en la capacidad para pagar las tasas de matrícula, que en muchos casos pueden ser exorbitantes, va en contra de los motivos de discriminación prohibidos, fundamentados especialmente en conceptos como “origen social”, “situación económica”, “nacimiento” o “posición económica” según aparecen contemplados en los convenios y convenciones internacionales de derechos humanos»²³. Por tanto, las obligaciones comienzan a configurarse a partir de la constatación de situaciones manifiestamente desiguales.

En esa línea de argumentación, Aubry y Dorsi²⁴ plantean que la posición mayoritaria es que «si bien las escuelas privadas deberían, en general, tener licencia para existir legalmente, y los padres deberían estar permitidos de poner a sus hijos en tales escuelas; la dimensión de libertad del derecho a la educación está limitada por criterios o condiciones legales, las cuales provienen de los derechos y principios garantizados por el Derecho, y en particular por la dimensión de igualdad social del derecho a la educación»²⁵. Sobre la base de esta idea, los problemas de las actuaciones de los privados surgirán únicamente cuando exista un exceso. Su actuación bajo la normativa legal e internacional no debería conllevar violaciones a derechos humanos en todos los casos. Pero, en todo caso, los Estados tienen «la obligación de velar por que la libertad consagrada en el párrafo 4 del artículo 13 no provoque disparidades extremadas de posibilidades en materia de instrucción para algunos grupos de la sociedad»²⁶. Con tal obligación en mente, los Estados tienen que formular marcos regulatorios que impidan que los privados puedan generar estos efectos perniciosos en la sociedad.

Por tanto, la educación no puede segregar ni por motivo de discapacidad ni tampoco por condición económica. Como menciona el profesor Aguinaga, «si se toma en cuenta que todas las personas tenemos exactamente el mismo derecho a ser sujetos autónomos, entonces es más o menos obvio que la educación debe ser igualitaria». En ese sentido, a pesar de los ataques a la educación, es necesario preservarla como una de las mejores herramientas al servicio de la igualdad humana como condición de una vida social armoniosa.

Finalizo reiterando mi agradecimiento al profesor Aguinaga y espero que este intercambio lo lleve a dedicar un poco de tiempo a abordar la discapacidad en sus clases y textos.

pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5994/CONSTANTINO_CAYCHO_RENATO_DERECHO_EDUCACION.pdf?sequence=1 (p. 166).

23 Singh, K. (2014). Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación. A/69/402, párr: 45.

24 Aubry, S. y D. Dorsi. (2016). Towards a human rights framework to advance the debate on the role of private actors in education. *Oxford Review of Education*, 42(5).

25 Aubry, S. y D. Dorsi. (2016). Towards a human rights framework to advance the debate on the role of private actors in education. *Oxford Review of Education*, 42(5), p. 618. Texto original de la traducción (propia): «While private schools should, generally, be legally allowed to exist, and parents should be allowed to put their children in those schools, the liberty dimension of the right to education is limited by legal criteria or conditions, which stem from the rights and principles guaranteed in other parts of the law, and in particular the social – equality dimension of the right to education».

26 Comité De Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1999). Observación General 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto) E/C.12/1999/10, párr: 30.

SECCIÓN III
DERECHO MERCANTIL

UNA APROXIMACIÓN A LA TEORÍA GENERAL DE LA OFERTA PÚBLICA DE ADQUISICIÓN (OPA) Y CRÍTICA A LA REGULACIÓN OBLIGATORIA DE LA OPA EN EL PERÚ: EVIDENCIA EMPÍRICA EN EL MERCADO DE VALORES PERUANO

William Lazo del Castillo
Facultad de Derecho, PUCP

Categoría egresados

Con el presente estudio se pretende iniciar el camino para una teoría de las OPAs como institución; desde sus orígenes, sus principios, su finalidad y el bien jurídico tutelado, a través de una descripción y análisis de la regulación comparada y, en especial, de la regulación peruana. Asimismo, se busca comprobar; a partir del marco teórico planteado, así como de la evidencia empírica, la validez de la siguiente hipótesis: «El mercado de tomas de control corporativo peruano a nivel de empresas que cotizan sus acciones en bolsa no requiere de un sistema obligatorio de OPAs, sino de un sistema voluntario que permita agilizar e incentivar las tomas de control societario, y de ese modo generar valor a los agentes intervinientes en este tipo de operaciones, e incentivar el mercado de valores en particular y el desarrollo de la economía en general». Como resultado del análisis, se ha podido validar la hipótesis planteada y concluir que la regulación peruana vigente de OPAs ha generado lo siguiente: (i) sobrecostos para los adquirentes, (ii) perjuicios a los accionistas minoritarios a los que la propia regulación de OPAs pretende proteger; y (iii) perjuicios al desarrollo económico del país y de nuestro mercado de valores en particular.

I. Introducción

El Perú ha optado por regular las tomas de control de sociedades que cotizan sus acciones en un mecanismo centralizado de negociación a través de un sistema obligatorio de ofertas públicas de adquisiciones (OPAs), el cual impone al adquirente la obligación de formular una OPA a favor de todos los accionistas de la sociedad objetivo, sea de forma previa o posterior a tal adquisición. La finalidad de esta regulación, según señala el propio legislador, es propiciar que todos los accionistas se vean beneficiados de la prima de control que el adquirente esté dispuesto a pagar por la adquisición.

No obstante esta aparente buena voluntad de la regulación peruana de OPAs al establecer un sistema que redistribuye la prima de control entre todos los accionistas, lo cual está sustentado en una discutible igualdad de trato, la práctica de los últimos años ha demostrado

que existen argumentos económicos, jurídicos y de mercado que sustentan la necesidad de revisar esta regulación, al extremo de suprimirla.

En este trabajo se abordan estos argumentos a partir de la hipótesis de que el mercado de tomas de control corporativo peruano a nivel de empresas que cotizan sus acciones en bolsa no requiere un sistema obligatorio de OPAs, sino un sistema voluntario que permita agilizar e incentivar las tomas de control societario y generar valor a los agentes intervinientes en este tipo de operaciones. Con ello, se incentivará el mercado de valores en particular y el desarrollo de la economía en general. Esta hipótesis se sustenta en la percepción inicial que se tuvo sobre la regulación peruana de OPAs y del análisis de la experiencia peruana en la ejecución de estas operaciones en los últimos años.

Para establecer la veracidad de esta hipótesis, en este estudio se partió de la búsqueda y recopilación de fuentes bibliográficas que permitieron entender el fenómeno de las OPAs. Seguidamente, se pasó al análisis crítico del marco regulatorio peruano y de diversos países del *civil law* y *common law*. Luego, se procedió a analizar la experiencia peruana a través del estudio detallado de todos los procedimientos de OPAs ocurridos en el Perú desde el año 2006 (44 en total), fecha en la que entró en vigencia el actual reglamento sobre OPAs. Esto incluyó entrevistas con representantes de las empresas que fueron parte de estas operaciones, de bancos estructuradores, de sociedades agentes de bolsa, de miembros de la Superintendencia del Mercado de Valores, de asesores legales de las empresas participantes, entre otros.

Con todo ello, fue posible validar la hipótesis planteada y concluir que la regulación vigente de OPAs ha generado lo siguiente: (i) costos adicionales para los adquirentes, quienes verán incrementado el valor de la operación; (ii) perjuicios a los accionistas minoritarios a los que la propia regulación de OPAs pretende proteger, pues encarece el costo de la adquisición y con ello se reducirá el número de transacciones de tomas control; y (iii) perjuicios al desarrollo económico del país y de nuestro mercado de valores en particular.

Las OPAs son estudiadas en todas las escuelas de leyes y de negocios del mundo y su relevancia económica es indiscutible. No obstante, no existe en la literatura peruana un trabajo que agrupe de forma integral la figura de la OPA como se ha tratado de lograr en este trabajo. Por eso, con el presente análisis se busca realizar un aporte académico único dentro del espectro de investigaciones —nacionales y extranjeras— que pueden consultarse en el Perú, y que están vinculadas a las OPAs y su regulación.

2. Aproximación teórica a la oferta pública de adquisición (OPA)

2.1. La OPA: consideraciones generales.

2.1.1. Concepto.

Al no existir una definición unívoca de la OPA, es pertinente describir los conceptos que sobre esta figura han sido esbozados por autores que se podrían considerar los más destacados en el análisis de esta materia. Cabe precisar que, con este artículo, la intención es revisar los conceptos de manera objetiva, y escapar de las definiciones establecidas en las distintas regulaciones existentes o de los principios ideológicos que las sustentan. Solo así se estará en capacidad de establecer un marco conceptual correcto de la OPA¹.

1 La literatura en lengua castellana sobre OPAs es abundante; más aun la que establece el marco conceptual de esta

Así, al tomar las ideas del profesor español Jaime Zurita, citadas por Carlos de Cárdenas, una OPA se define como:

[...] una técnica o procedimiento consistente en que una o varias personas físicas o jurídicas anuncian públicamente a todos los accionistas de una sociedad [...] que se comprometen durante un tiempo mínimo a adquirir sus acciones de esa sociedad a cambio de títulos o de dinero, a un precio generalmente superior al de mercado, y normalmente con el fin de, mediante dicha adquisición, lograr o reforzar el control de esa sociedad. (De Cárdenas Smith, 1993, p. 31)

Asimismo, el profesor Fernando Sánchez Calero considera que las OPAs: «[...] se nos presentan como ofertas dirigidas a los accionistas o si se quiere titulares de valores con derecho a voto de una sociedad con la finalidad de la adquisición de su control» (Sánchez Calero, 2009, p. 31).

Por su parte, Anna María Sala, autora de un importante trabajo de investigación sobre la materia, sostiene que la OPA es:

[...] aquella oferta realizada públicamente por una persona natural o jurídica, dirigida a los accionistas de una sociedad, para adquirir sus acciones a un precio determinado y en una cantidad determinada que le permita ejercer, en su caso, el control de esa sociedad. (Sala i Andrés, 2000, p. 43)

El profesor Aníbal Sánchez Andrés ofrece el siguiente concepto:

Una OPA no es otra cosa que una propuesta de contrato, mediante el cual una persona física o jurídica (denominada oferente) se dirige a todos los socios de una compañía, manifestándoles su intención de adquirir, en plazos y condiciones definidos de antemano, las acciones o valores equivalentes que los destinatarios de la oferta tengan a bien transmitir, con su sujeción en su caso al correspondiente prorrateo, si las aceptaciones resultantes excedieran en su conjunto del volumen de adquisición pretendido. (Sánchez Andrés, 2008, p. 1295)

No obstante haber presentado opiniones de importantes autores españoles, se debe precisar que la OPA es fundamentalmente una institución de raigambre y origen anglosajona. El Reino Unido es el país en donde se vio nacer a las OPAs durante la década de 1950 (García de Enterría, 1996, p. 27), por lo que es preciso tomar en consideración las opiniones que han escrito académicos de esta parte del mundo sobre el concepto de OPA. Así, se puede destacar la opinión de Robert C. Clark, profesor de la Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard, quien conceptualiza la OPA [denominada en los Estados Unidos de Norteamérica (EE. UU.) como *tender offer*] de la siguiente manera:

figura. Por este motivo, solo se ha descrito las opiniones de los autores más destacados. Para una revisión del concepto de OPA utilizado por otros autores, véase: Bonell (2010, p. 59), Otero Lastres (1995, p. 20), Ibáñez Jimenez (2001, p. 265), Escudero Prado, M. E. et al. (2002, p. 119), Zunzunegui (1997, pp. 317-318), Sánchez Andrés (1995, pp. 3374-3375), Tapia Hermida (2000, p. 251), Vicent Chuliá (2001, p. 610).

Una oferta pública de adquisición (*tender offer*) se produce cuando una empresa (o una persona o un grupo de personas) invita o solicita a los accionistas de una sociedad objetivo a ofrecer sus acciones para la venta con algunas consideraciones específicas. Así, la contrapartida puede ser formulada como un pago en efectivo o como un paquete de valores, o ambas cosas. [...] El valor de la contraprestación ofrecida por lo general es superior al precio actual de mercado de las acciones de la sociedad objetivo por una prima sustancial [...]. (Clark, 1986, p. 531)²

Entre tanto, Brown, Reynolds III y Davis describen a la OPA o *tender offer* como sigue:

Una oferta general, difundida por uno o un grupo de individuos para comprar acciones de una empresa pública, cuyas acciones se negocian en una bolsa de valores nacional, y a un precio muy por encima del precio actual de mercado. (Brown, Reynolds y Davis, 1992, p. 237)³

Se puede concluir que las notas características del concepto de OPA son: (i) la «pública» de la oferta, (ii) su «generalidad» en el sentido de dirigirse a todos los accionistas de la sociedad objetivo, (iii) la «adquisición» de valores que otorgan derecho de voto de una sociedad cotizada, y (iv) la «finalidad» de obtener o reforzar el control del *target* (De Cárdenas Smith, 1993)⁴.

En definitiva, es posible resumir los conceptos descritos al manifestar que la OPA, además de ser «pública» y «general», es —simplemente— un mecanismo de adquisición de valores que otorgan derecho a voto de sociedades que cotizan sus acciones en una bolsa de valores. La finalidad, a diferencia de lo que señalan algunos autores, no se considera pues no es parte de un concepto objetivo de las OPAs (o, en otras palabras, un concepto «puro» y «simple»). Además, de hacerlo, se caería en el error cometido por autores como Miguel Torres Méndez, quien considera que la OPA tiene hasta cuatro conceptos, lo que depende de las distintas finalidades que se asuman para este mecanismo⁵. Ello, pues, llevaría a considerar que habrán tantos conceptos de OPA como finalidades se puedan establecer para esta figura, lo cual es una sinrazón.

2.2. Finalidad y/o función económica.

En el punto anterior, se ha adelantado cuál es la finalidad o funcionalidad económica que tiene la OPA. Sin embargo, este análisis parte de un sentido «funcional» que tiene la OPA en sí misma, sin tomar en consideración las distintas finalidades o propósitos que las regulaciones han establecido para esta figura. Ello, con el fin de no teñir este análisis de elementos ideológicos o valorativos, de manera que la finalidad de la OPA pueda ser vista y entendida más allá de la regulación que se analice.

De esta manera, las OPAs tienen como finalidad, utilidad o principal función económica ser un mecanismo de adquisición de acciones con derecho a voto que, en su caso, permiten al adquirente obtener o reforzar el control de una sociedad (Recalde Castells, 2010, p. 27). Los argumentos que sustentan esta posición son tres.

2 Traducción libre.

3 Traducción libre.

4 En ese mismo sentido, véase: Polo (1996, p. 388).

5 Véase: Torres Méndez (2012, p. 112).

El primer argumento se desprende de un análisis histórico de la OPA. Si se toma en consideración que la OPA es un mecanismo que surgió en el Reino Unido, y que rápidamente se trasladó a los EE. UU. (García de Enterría, 1996), siendo en estos dos países donde ha alcanzado su máximo desarrollo (Sala i Andrés, 2000, p. 45), corresponde tomar en consideración cuál fue la finalidad de su creación y posterior desarrollo en dichos países. Su finalidad no fue otra que la de ser un mecanismo que permitió la adquisición del control de sociedades cotizadas que tenían como principal característica la dispersión del accionariado. En ese sentido, la OPA nació como un mecanismo bursátil necesario para la adquisición del control societario, en el que la realidad de la estructura de propiedad del mercado corporativo británico y estadounidense (de evidente accionariado difundido) hizo inevitable su configuración jurídica.

El segundo argumento está directamente relacionado con el primero, y se basa en consideraciones de eficacia y eficiencia. Si la OPA se constituyó como un mecanismo que permite adquirir el control de sociedades cotizadas con accionariado disperso, ello se debe fundamentalmente a que los otros mecanismos de adquisición de acciones que existían hasta ese momento (es decir, las adquisiciones en el mercado abierto y las emisiones directas) no eran eficaces ni eficientes para dicho fin, o porque la OPA presentaba mayores ventajas sobre estos⁶.

El tercer argumento es de carácter económico-racional y consiste en formularse la siguiente pregunta: si la finalidad o función económica de la OPA no fuera la de adquirir el control, ¿para qué alguien formularía una OPA, si se tiene en cuenta los costos que ello implica? La respuesta solo puede llevar a considerar a la OPA como un mecanismo cuya finalidad es la adquisición de acciones que conlleven el control del *target*. Un argumento en contra no tendría un sustento económico-racional y, seguramente, estaría vinculado con elementos valorativos de diversa índole.

Puede entenderse ahora el carácter económico de la OPA y la trascendencia de esta figura, cuya finalidad o función económica, «pura» y «simple», es la adquisición del control de una sociedad cuyas acciones con derecho a voto se encuentran cotizadas.

Ese es el sentido funcional que Zurita le ha dado a esta figura, al señalar que si bien la OPA es una técnica peculiar de adquisición de valores, su utilización más frecuente se produce con el objetivo de adquirir o reforzar el control en una sociedad cuyo capital, en todo o en parte, esté admitido a negociación en una bolsa (Zurita y Sáenz de Navarrete, 1993, p. 30). El mismo análisis es realizado por el profesor español Alberto Tapia Hermida, quien manifiesta que las OPAs son instrumentos jurídico-financieros esenciales para alcanzar el objetivo de concentrar sociedades (Tapia Hermida, Alonso Ledesma y Rodríguez, 2009, p. 161).

Siguiendo con la funcionalidad económica de la OPA, el profesor Aníbal Sánchez Andrés manifiesta que una OPA es simplemente un método para acceder o reforzar el control de una sociedad cotizada (Sanchez Andrés, 2008). Lo mismo es reiterado por Fernando Zunzunegui, quien señala que debido a su función económica, las OPAs son ofertas públicas destinadas, mediante la adquisición de valores, a obtener o reforzar el control de la sociedad afectada por la oferta (Zunzunegui, 1997, p. 318).

En el Perú, Alberto Rebaza sigue la misma línea cuando señala que la OPA tiene como propósito último tomar o aumentar el control de una sociedad (Rebaza, 2000, p. 98).

Se aprecia, pues, que desde una óptica económica o funcional, lo que se pretende a través de la OPA es conseguir el dominio de un negocio que resulta atractivo. Puede entenderse,

6 Así lo ha hecho notar Henry Manne en su mítica obra *Mergers and the Market for Corporate Control*.

entonces, la razón por la cual las OPAs son estudiadas en el marco de los procesos de toma de control de sociedades (*M&A*).

Por otra parte, la finalidad o función económica de la OPA, que consiste en la toma de control de una sociedad cotizada, no es necesariamente la única función económica de este mecanismo, ya que —en determinados casos— la OPA tiene otra finalidad, una más específica.

En efecto, de acuerdo con la teoría del mercado de control societario, la OPA cumple una doble función jurídico-económica respecto de sociedades cotizadas con accionariado difundido, específicamente, ante potenciales conflictos de agencia de sus administradores. Así, por un lado, la OPA es un mecanismo fiscalizador (cuando se produce una adquisición y posterior a ello se produce el cambio de administración); y, por otro, es un mecanismo preventivo (que se genera ante el solo temor de una posible adquisición). De esta manera, cuando uno se encuentra en mercados que cuentan con sociedades con una estructura de propiedad dispersa (accionariado difundido), la OPA siempre tiene una finalidad genérica y una finalidad específica. Porque, conjuntamente con la adquisición del control societario, la OPA lleva aparejada la doble finalidad jurídico-económica que le impone la teoría del mercado de control societario: ser un mecanismo disciplinario y un mecanismo fiscalizador.

Por lo antes expuesto, se puede afirmar —desde un punto de vista económico y estrictamente funcional— que la OPA, como mecanismo para adquirir valores que otorgan derecho a voto, tiene como finalidad genérica lograr la adquisición de una sociedad cotizada y, además, ser un mecanismo que permite fiscalizar y/o disciplinar a los administradores de sociedades cotizadas con accionariado difundido (finalidad específica).

Sin embargo, es preciso señalar que algunas regulaciones, como la española, la argentina o la brasileña, además de establecer en su legislación la institución de la OPA como mecanismo para la toma de control, le han otorgado propósitos distintos. Por ejemplo⁷, han regulado las denominadas «OPAs de exclusión», las cuales se deberán formular en caso de que una sociedad decida excluir sus acciones de cotización o, como manifiesta Carlos de Cárdenas, aquellas formuladas por la propia sociedad para obtener la exclusión de la negociación en bolsa (De Cárdenas Smith, 1993, p. 71)⁸. En este caso, se dice que la finalidad de la OPA es excluir a las acciones de la cotización, y su justificación se funda en un evidente carácter valorativo, consistente en proteger al accionista minoritario al brindarle una vía de salida que permita liquidar su inversión ante la decisión adoptada de dejar de ser una sociedad pública.

Este ejemplo demuestra que en ciertas oportunidades los legisladores regulan la OPA teniendo en cuenta valoraciones distintas de su verdadera función económica, con lo cual se desnaturaliza el objetivo real de esta institución.

Lo que se debe rescatar, en todo caso, es que una cosa es la finalidad o funcionalidad económica de la OPA, «pura» y «simple», conforme se ha descrito (sea en su versión genérica o específica); y otra la finalidad que tiene una regulación en particular, la cual puede distorsionar la finalidad o funcionalidad económica de esta figura, e imponerle, con ello, una meta distinta (por ejemplo, en el caso de la OPA de exclusión, el propósito de las regulaciones citadas es «proteger al accionista minoritario», con lo cual se ha impuesto a la OPA la finalidad de excluir las acciones de negociación, de manera que se cumpla con dicho objetivo). Los distintos crite-

7 Este no es el único ejemplo. Se pueden mencionar también a las denominadas «OPAs de reducción de capital», reguladas en la legislación española. Para mayor información, véase: López Martínez (2009, pp. 255-296).

8 Para un análisis actualizado, véase: Tapia Hermida et al. (2009, p. 166).

rios sobre la finalidad de la OPA y la finalidad de la regulación de la OPA son resumidos en la siguiente figura:

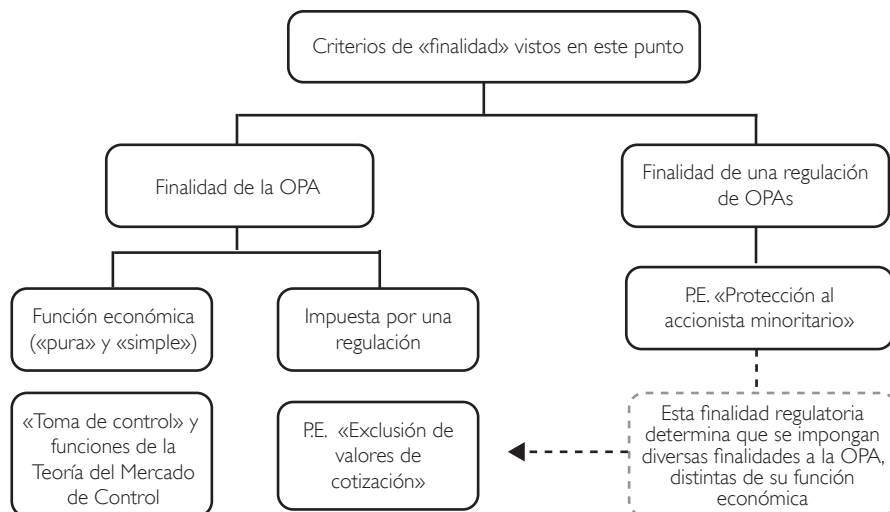


Figura 1. Finalidad de la OPA vs. finalidad de una regulación de las OPAs. Los distintos criterios de «finalidad». Elaboración propia.

2.2. La regulación de la OPA: aspectos generales.

2.2.1. Modelos regulatorios de la OPA.

En la mayoría y, en especial, en los principales y más desarrollados mercados económicos del mundo (por ejemplo, el Reino Unido y los EE. UU.) se ha optado por regular la OPA, sea material o procedimentalmente. Sin embargo, en cada uno se ha hecho desde una óptica distinta. Además, con ello, se han establecido los dos grandes paradigmas de regulación en el mundo. Así, en el Reino Unido se ha optado por un sistema de regulación material, denominado «sistema de OPA obligatoria»; mientras que en EE. UU. se ha optado por un sistema de regulación procedimental, denominado «sistema de OPA voluntaria». A continuación se describirá cada uno de estos modelos.

2.2.1.1. El modelo estadounidense: sistema de OPA voluntario o facultativo.

(a) Formación del sistema y fundamento⁹:

En las décadas de 1950 y 1960, Estados Unidos fue el segundo país en desarrollar las OPAs (después de su aparición en el Reino Unido), y fue precisamente allí donde las OPAs (conocidas

9 Para mayor información sobre el sistema estadounidense, véase: Clark (1986, pp. 546-548), Hunt (2007, p. 518) y Weston, Chung y Hoag (1990, pp. 534-535).

en este país como *tender offers*) se consolidaron como el mecanismo más habitual para lograr el control de las grandes sociedades cotizadas (García de Enterría, 1996, p. 68). La razón de ello fue que, desde un inicio, en este país hubo una preocupación por respetar la libertad en el mercado de control societario, lo que permitió que la persona que decidiese adquirir el control de una sociedad, cotizada o no, pudiera hacerlo de la manera que desee, ya sea por medio de una *tender offer*, de una cesión de control o de la compra sucesiva de acciones en el mercado abierto (Sala i Andrés, 2000, p. 60).

Pero a pesar del evidente beneficio que la regulación de tomas de control presentaba en favor de los adquirentes, al otorgarles la libertad de elegir el mecanismo de adquisición que mejor les convenga, fue la falta de reglamentación de la *tender offer* la que generó rápidamente que se produjeran determinadas tácticas en perjuicio de los accionistas destinatarios de la oferta (en especial, mediante la falta de información sobre la operación y un trato diferenciado entre accionistas al interior del proceso de las *tender offers*). Esto fue rápidamente percibido por el mercado, con lo cual se sentó la necesidad de someter esta figura a un marco legal que asegurase una protección efectiva de los accionistas destinatarios de la oferta y que la recondujese a un procedimiento metódico y ordenado, de modo que los accionistas pudiesen tomar una decisión pausada y racional sobre sus valores cuando se viesan confrontados ante una *tender offer* (García de Enterría, 1996, p. 69). En otras palabras, se vio la necesidad de establecer una «regulación procedimental» de la OPA.

(b) Marco normativo: la Williams Act

- (i) Descripción del sistema: Debido a los problemas iniciales que suscitó la frágil regulación de tomas de control en los EE. UU., en el año 1965 el Senador Harrison Williams, de manera conjunta con miembros de la Securities and Exchange Commission (en adelante, SEC), ente regulador del mercado de valores en dicho país, iniciaron un esfuerzo para corregir las fallas que se venían generando hasta ese momento. Dicho esfuerzo vio finalmente la luz el 29 de julio del año 1968 (Clark, 1986, p. 547), con la publicación de la denominada Williams Act, la misma que fue incorporada como una enmienda a la Securities and Exchange Act de 1934, legislación federal que regula el mercado de valores secundario en EE. UU.

De esta manera, la Williams Act pasó a confirmar la libertad que tenía el adquirente para determinar, de manera voluntaria, el mecanismo que considere más adecuado y eficiente para tomar el control de una sociedad (es por ello que en la doctrina se ha venido a denominar este modelo regulatorio como «sistema de OPA facultativo o voluntario»), pero estableciendo una mayor regulación procedimental a las *tender offers*.

Por ello, lo que se busca aquí no es reconducir las operaciones de toma de control hacia un mecanismo único y excluyente para garantizar una rigurosa paridad de trato entre los accionistas de las sociedades sometidas a procesos de adquisición, sino, más bien, permitirse la realización de cambios de control mediante procedimientos alternativos. Además, solo en caso de que se opte por realizar una *tender offer*, se regirá dicho procedimiento de adquisición por el principio de trato igualitario entre todos los accionistas destinatarios de la oferta.

Así, la Williams Act desarrolló un conjunto de normas procedimentales dirigidas a regular las *tender offers* con el objetivo de dar mayor información (principio denominado en la doctrina como «*full disclosure*») y un trato igualitario a los inversores para que puedan tomar

una decisión racional sobre el futuro de su inversión, evitar fraudes posibles en estas operaciones, disciplinar la conducta de las partes y dar los poderes suficientes a la SEC para que pueda controlar y supervisar el desarrollo de estas operaciones¹⁰.

(ii) Finalidad, principios y bien jurídico tutelado:

Como se aprecia, la finalidad de esta regulación ha consistido en mejorar y proteger la posición de los accionistas que se vieran confrontados ante una *tender offer*, en el sentido de asegurarles la posibilidad de decidir sobre la misma con una información completa, sin condiciones desiguales y sin presiones externas que pudiesen resultar de la conducta del oferente o de los términos especiales de la oferta.

Dicho esto, se puede concluir que los principios sobre los que se funda este modelo son dos. El primero, el principio de *full disclosure* o transparencia; y el segundo, el principio de trato igualitario de todos los accionistas en el marco de la ejecución de una *tender offer* (mediante reglas sustantivas y procedimentales), pues si la toma de control se realiza mediante otro mecanismo, no se podrá invocar este principio. Como se ha señalado en la doctrina, en el sistema estadounidense la igualdad de trato es un principio que se impone únicamente dentro del procedimiento de la *tender offer*¹¹.

De esta manera, se advierte que la regulación estadounidense de *tender offers* tiene como bien jurídico tutelado a los accionistas destinatarios de una OPA o *tender offer*, quienes pueden verse afectados por la información y por los especiales términos y condiciones impuestos por el oferente. Si el adquirente utiliza otro mecanismo para adquirir el control de la sociedad objetivo, los accionistas que no participan de dicha operación no se verán protegidos por esta regulación (a diferencia del modelo británico, como se verá más adelante).

2.2.1.2. El modelo británico: sistema de OPA obligatorio.

(a) Formación del sistema y fundamento:

En la etapa inicial de creación de la OPA en el Reino Unido (conocida en ese país como *take-over bid*), en los años cincuenta, se desarrolló un sistema de OPA voluntario poco reglamentado (Sala i Andrés, 2000, p. 59) al igual que en los EE. UU. A través de ese sistema, cualquier persona podía libremente, mediante un acuerdo con los accionistas controladores, adquirir el control societario a través de una cesión de control, en la medida y en los términos que considerase oportunos, sin necesidad de tener que hacer extensibles la misma oferta y las mismas condiciones a todos los accionistas de la sociedad objetivo.

Sin embargo, pronto este sistema incipiente, con un claro vacío normativo, se vio cuestionado debido a que se consideraba que las tomas de control perjudicaban los intereses de los accionistas minoritarios en el mercado de valores. Básicamente, el descontento venía dado por una serie de técnicas y tácticas abusivas en contra de los accionistas minoritarios y que beneficiaban única y directamente a los accionistas controladores vendedores.

10 Véase: Weston, Chung y Hoag (1990, p. 535).

11 Véase: Weston, Chung y Hoag (1990, pp. 83-84).

Fue en esta parte del mundo donde se comenzó a cuestionar la licitud de las tomas de control, y en especial las cesiones de control, que se producían mediante la transmisión por el accionista controlador del paquete de control a un comprador que pagaba por ello una prima de control y de la cual solo este la disfrutaba en exclusiva (De Cárdenas Smith, 1993, p. 32). En este mercado, pues, no se produjeron mayores cuestionamientos de fondo a temas como la falta de información de los accionistas destinatarios en el marco de una toma de control (como en el caso del sistema estadounidense), lo cual fue resuelto prontamente mediante una mejor reglamentación del principio de *full disclosure*. Más bien, se cuestionaban principalmente las inequidades que —desde su punto de vista— se producían entre el accionista controlador (que decidía vender su participación y obtenía a cambio una prima de control) y los accionistas minoritarios (que no recibían nada y no podían decidir sobre el cambio de control)¹². Es decir, se llegó a percibir dos problemas en las tomas de control: uno propiamente funcional, generado por su falta de reglamentación; y otro claramente valorativo, ya que se consideró que las cesiones de control generaban, *per se*, un daño a los accionistas minoritarios o accionistas que no participaban de la toma de control.

(b) Marco normativo: The City Code on Takeovers and Mergers

(i) Descripción del sistema:

Es en ese contexto donde no solo se decidió mejorar la regulación de la OPA (como en el caso estadounidense), sino que se dio un paso más allá, al establecerse un marco de protección a los accionistas minoritarios a través de la constitución de una «regla de igualdad de trato de todos los accionistas en las tomas de control societario».

En el año 1968, se publicó la primera edición del City Code on Takeovers and Mergers (en adelante, el City Code), texto fundamental de la regulación de tomas de control en el Reino Unido. Su principal peculiaridad es el de ser un texto de naturaleza privada, un código de conducta de carácter voluntario o de *self-regulation*¹³ que representa la opinión colectiva de los profesionales que forman parte de las adquisiciones con respecto de las buenas prácticas comerciales y de cómo lograr la imparcialidad en el trato con los accionistas.

En la actualidad, la regla básica del City Code que ordena las tomas de control es la contenida en la *rule*¹⁴ 9 de la sección F («The Mandatory Offer and its Terms») del City Code, específicamente en el punto 9.1, que señala lo siguiente:

12 Algo que no se llegó a cuestionar en el mercado estadounidense (o no tuvo mayor eco), en donde, más bien, se consideraban muy beneficiosas las tomas de control, dada la función jurídico-económica que cumplían (por influencia de la teoría del mercado de control societario).

13 En el Reino Unido se distinguen claramente dos clases de normas. Las que provienen del Estado y que se caracterizan por su lento proceso de reforma y complejidad, y las *self-regulations* que surgen de un conjunto de individuos, generalmente miembros de una profesión, que acuerdan observar cierta conducta de trabajo y que se caracterizan por su aplicación flexible e individualizada y por la gran rapidez en su modificación. Véase: Sala i Andrés, (2000, p. 76).

14 El City Code está conformado por preceptos de dos tipos. En primer lugar, están los llamados *general principles* o principios generales, en número de seis, que expresan en términos amplios y generales los principios de buena conducta que han de presidir la realización de las OPAs y que son aplicadas de forma flexible por el panel, mediante los cuales se atiende básicamente a su espíritu y finalidad. Además, el City Code se integra por treinta y ocho *rules*, que vienen a precisar y concretizar el alcance de los *general principles* y que contienen también las normas de procedimiento que rigen el desarrollo de las OPAs. Y cada *rule* tiene incorporadas una serie de *notes*, que va elaborando el panel para aclarar los problemas de interpretación que hayan podido surgir en la práctica.

9.1 WHEN A MANDATORY OFFER IS REQUIRED AND WHO IS PRIMARILY RESPONSIBLE FOR MAKING IT

Except with the consent of the Panel, when:

(a) any person acquires, whether by a series of transactions over a period of time or not, an interest in shares which (taken together with shares in which persons acting in concert with him are interested) carry 30% or more of the voting rights of a company; or

(b) any person, together with persons acting in concert with him, is interested in shares which in the aggregate carry not less than 30% of the voting rights of a company but does not hold shares carrying more than 50% of such voting rights and such person, or any person acting in concert with him, acquires an interest in any other shares which increases the percentage of shares carrying voting rights in which he is interested,

such person shall extend offers, on the basis set out in Rules 9.3, 9.4 and 9.5, to the holders of any class of equity share capital whether voting or non-voting and also to the holders of any other class of transferable securities carrying voting rights. Offers for different classes of equity share capital must be comparable; the Panel should be consulted in advance in such cases.

An offer will not be required under this Rule where control of the offeree company is acquired as a result of a voluntary offer made in accordance with the Code to all the holders of voting equity share capital and other transferable securities carrying voting rights.

Por otra parte, se establece la institución del denominado «precio equitativo», esto es, que el precio de las acciones en la OPA deberá ser no menor que el más elevado pagado por el propio adquirente durante los doce meses previos al anuncio de la oferta, ello para establecer un «precio equitativo»¹⁵ frente a los accionistas minoritarios que la regulación británica pretende proteger:

En conclusión, el City Code establece un sistema de OPA obligatoria, *a posteriori* o posterior; total y a un precio equitativo.

La importancia y trascendencia del City Code radica, como lo expresa García de Enterría, en haber configurado la OPA como un mecanismo obligatorio y excluyente que se impone necesariamente a quien pretenda hacerse con el control de una sociedad abierta o bursátil, como forma de tutelar los intereses de los accionistas minoritarios en las operaciones de cambio de control de la sociedad a que pertenecen (García de Enterría, 1996, pp. 35-36). Para verificar dicha importancia, basta detenerse y revisar el número de países que se han visto influenciados y han optado por imponer este modelo obligatorio.

(ii) Finalidad, principios y bien jurídico tutelado:

Como se ha descrito, es en atención a la valoración negativa que se le dio a las tomas de control (básicamente, en supuestos donde el accionista controlador disfrutaba en exclusiva de la prima de control y de otras condiciones favorables), que la regulación británica sobre la materia ha procurado proteger a los accionistas minoritarios, al brindarles —a través de la imposición de un sistema de OPA obligatorio— la oportunidad de participar en igualdad de condiciones con los accionistas controladores vendedores, de disfrutar de la prima de control y de tener

15 Punto 9.5 («Consideration to be Offered») de la *rule* 9. Para encontrar mayor información, véase: Mandalóniz (2009, pp. 62-66).

la facultad de salir de la sociedad ante la llegada de un nuevo controlador. La finalidad, pues, de este sistema no es otra que «proteger a los accionistas minoritarios» ante una toma de control, y limitar la libertad de los adquirentes de optar por otros mecanismos de adquisición. El bien jurídico tutelado por este modelo, como se hace evidente, descansa sobre el conjunto de accionistas minoritarios de la sociedad objetivo.

Como afirma García de Enterría, la importancia del principio de igualdad de trato en el sistema británico puede advertirse a través de su doble extensión: (i) dentro del proceso de adquisición, y, fundamentalmente, (ii) ante un proceso de adquisición.

Tabla I

Extensión del principio de igualdad de trato según sistema de OPA. Modelo estadounidense vs. modelo británico

Principio de igualdad de trato (extensión del principio dependiendo del sistema de OPA)	
dentro del proceso de adquisición	ante un proceso de adquisición
A través de la obligación del oferente de formular la OPA con unas mismas condiciones para todos los accionistas, que eviten posibles diferencias o discriminaciones. Es esta, sin duda, la manifestación más visible y elemental de este principio, al garantizarse así una uniformidad de todo el cuerpo accionarial en cuanto a los términos ofrecidos por quien formula la OPA.	Adicionalmente, este principio se aplica también ante los procesos de adquisición, al imponerse el mecanismo de la OPA con carácter obligatorio en cualquier supuesto de toma de control de una sociedad cotizada y al cerrarse el paso, consiguientemente, a cualquier otro procedimiento que sea susceptible de provocar disparidades de trato entre los accionistas.
Modelo estadounidense (sistema de OPA voluntario)	Modelo británico (sistema de OPA obligatorio)

Nota: Tabla elaborada con información de García de Enterría (1996, pp. 41-42). Elaboración propia.

Asimismo, conviene señalar el contenido del principio de igualdad de trato a la luz de lo estipulado por el City Code y lo desarrollado por la doctrina, de manera que se pueda establecer sobre qué fundamentos se ha construido el sistema de OPA obligatoria en el Reino Unido. Así, este principio contiene dos manifestaciones o elementos (García de Enterría, 1996, pp. 43-45):

- Participación en la prima de control: por un lado, según el principio de igualdad de trato se quiere permitir que los accionistas minoritarios puedan participar en pie de igualdad con los accionistas de control en la prima que habitualmente acompaña a los cambios de control, y evitar de esta manera que el plusvalor económico que está dispuesto a satisfacer quien pretende hacerse de un paquete significativo del capital sea percibido de forma exclusiva por los socios que con anterioridad detentaban el control. Con la imposición de un sistema de OPA obligatoria y el establecimiento de un precio equitativo se permite, pues, el reparto entre todos

los accionistas de la prima de control a través de la venta de sus acciones al mismo precio al que vendió el accionista controlador:

- Mecanismo de salida ante el ingreso de un nuevo socio de control: por otro lado, este principio lleva intrínseco la idea de permitir que los accionistas minoritarios puedan abandonar la sociedad y liquidar su inversión en las mismas condiciones que lo hicieran los socios controladores vendedores, ante los previsibles cambios que pueda imponer el nuevo socio de control en la gestión y administración de la sociedad (Recalde Castells, 2010, p. 53).

Se puede decir que el sistema de OPA obligatoria instaurado por el City Code pretende asegurar una estricta igualdad de trato de todos los accionistas de las sociedades cotizadas en las operaciones de tomas de control, y ello a través de una doble vía o contenido: (i) al hacer efectiva la participación en la prima de control; y (ii) como mecanismo de salida para los accionistas minoritarios ante una toma de control (García de Enterría, 1996, p. 46).

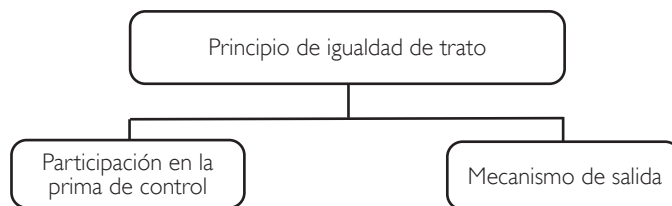


Figura 2. Contenido del principio de igualdad de trato. Elaboración propia.

- (c) Otros ordenamientos inspirados en el modelo británico:
 - (i) Comunidad Europea: Directiva 2004/25/CE

El modelo británico de OPA obligatoria fue acogido —parcialmente— por la Comunidad Europea desde inicios de los años sesenta a través de una recomendación a los Estados miembro. Sin embargo, no fue hasta que se encargó a la Comisión Europea elaborar un proyecto de directiva sobre OPAs, en el que se hizo manifiesta la pretensión de regular en estricto esta materia. Así, el 21 de abril del año 2004, se dio la aprobación del texto final: la actual Directiva 2004/25/CE, relativa a las ofertas públicas de adquisición.

Al igual que en el modelo británico, la regulación comunitaria en materia de OPAs desarrollada por la Directiva 2004/25/CE tiene como finalidad proteger al accionista minoritario, ya que es precisamente este último el bien jurídico tutelado por este sistema. Asimismo, la razonabilidad de dicha medida de protección sigue la misma lógica valorativa que la establecida por el modelo británico, por lo que se aconseja que se remita a lo descrito sobre el particular.

En resumen, la Directiva 2004/25/CE establece los seis principios generales de este sistema. El principal y del cual se desprenden los demás es el «trato equivalente entre todos los accionistas». Es por ello que para el ejercicio de este principio y de la finalidad perseguida por esta regulación, se impone el mecanismo de la OPA obligatoria, *a posteriori*, total y a un precio equitativo entre todos los accionistas cuando se adquiera el control de una sociedad cotizada constituida

en cualquiera de los Estados miembro. Los Estados miembro deben armonizar sus regulaciones internas a esta norma comunitaria y, en tal medida, incorporar dichas características.

(ii) España: Real Decreto 1066/2007

En España, la regulación sobre OPAs ha tenido una gran evolución. Ha pasado por una primera etapa que establecía un sistema de OPA voluntaria con algunos supuestos de OPA obligatoria y previa. Luego, por una segunda etapa que imponía el sistema de OPA obligatoria, previa (con algunos supuestos de OPA posterior) y parcial. Finalmente, se llegó, como consecuencia de la entrada en vigencia de la Directiva 2004/25/CE, a un sistema de OPA obligatoria, *a posteriori* y total.

En la actualidad, la regulación española sobre OPAs tiene su fundamento en el artículo 60 de la Ley de Mercado de Valores de España, Ley 24/1988, del 28 de julio, modificada por la Ley 6/2007, del 12 de abril y en su reglamento, el Real Decreto 1066/2007, del 27 de julio, sobre ofertas públicas de adquisición de valores. Ambas normas tienen como principal influencia¹⁶ a la Directiva 2004/25/CE, la cual obligó desde su entrada en vigencia en España, como en el resto de los Estados miembros de la Unión Europea, a la modificación de sus regímenes de OPA con el fin de armonizarlos a las disposiciones contenidas en esta norma comunitaria.

De esta manera, y bajo los parámetros establecidos por la Directiva 2004/25/CE, se sustituyó el criticado sistema de OPAs previas y parciales que establecía el anterior reglamento, el Real Decreto 1197/1991¹⁷, por un mecanismo de OPA posterior, total y a un precio equitativo¹⁸, en virtud del cual la persona que alcanza el control de una sociedad cotizada por alguno de los medios contemplados en el Real Decreto 1066/2007, tiene la obligación de formular una OPA por la totalidad de los valores de la sociedad objetivo y a un precio equitativo, de acuerdo con los parámetros que establece el real decreto.

Como se aprecia, son principalmente tres las notas distintivas de la actual regulación española sobre OPAs: *a posteriori*, total y a un precio equitativo.

La trascendencia de la normativa española radica fundamentalmente en que buena parte de las regulaciones latinoamericanas se influenciaron de dicha norma para el establecimiento de sus propios sistemas de OPA. Por eso, presentan sus mismas deficiencias regulatorias.

2.2.1.3. *A manera de conclusión de este punto.*

Del análisis efectuado, se puede concluir que ambos modelos regulatorios se distinguen por el hecho de que el sistema británico de OPA obligatoria restringe la libertad del adquirente, pues para obtener el control deberá formularse una OPA sobre la sociedad objetivo. Por otro lado, el sistema estadounidense se presenta como un modelo flexible, en el que el adquirente tiene

16 Corresponde señalar que la Ley de Mercado de Valores de España es anterior a la Directiva 25/2004/CE. No obstante, dicha ley fue modificada con el fin de adecuarse a la directiva mediante la Ley 6/2007, de 12 del abril.

17 El derogado Real Decreto 1197/1991 fue muy criticado por la doctrina española, pues establecía un sistema de OPA obligatorio previo que no permitía a quien tuviera la «intención» de tomar el control de adquirir ninguna acción sin la previa formulación de una OPA (el control fue establecido objetivamente por dicha norma como consecuencia de pasar —fundamentalmente— los umbrales de 25% o 50% del capital social de la sociedad objetivo). Ello, además de restringir la libertad del adquirente, hacía difícil para la CNMV, ente regulador español, determinar si una persona tenía o no dicha «intención» debido al carácter subjetivo-volitivo del supuesto. Asimismo, esta norma no establecía la imposición de una OPA total, sino que ante la intención de adquirir una participación significativa, la norma imponía determinados porcentajes sobre los cuales debía recaer la OPA (OPA parcial). Para mayor información, véase: De Cárdenas Smith (1993, p. 31 y ss.), Sánchez Calero (1993, p. 27 y ss.), García de Enterría (1996, pp. 273-274).

18 El artículo 9 del Real Decreto 1066/2007 regula el «precio equitativo» y el procedimiento para su determinación.

la capacidad de elegir el mecanismo de adquisición que mejor le convenga. La razón de esta diferencia, como se ha podido describir, consiste en que ambos modelos guardan finalidades, principios y bienes jurídicos tutelados distintos o, por lo menos, con diferente extensión.

Tabla 2

Sistema de OPA obligatorio vs. sistema de OPA voluntario: finalidad, principios fundamentales y bien jurídico tutelado

	Sistema de OPA obligatorio (modelo UK)	Sistema de OPA voluntario (modelo USA)
Finalidad	Proteger a los accionistas minoritarios ante una toma de control	Proteger a los accionistas destinatarios de una OPA
Principio(s) Fundamental(es)	Igualdad de trato (ante y dentro de la toma de control)	Igualdad de trato (dentro de la OPA) Transparencia
Bien jurídico tutelado	Todos los accionistas	Solo los accionistas destinatarios de una OPA

Nota: Elaboración propia.

2.3. La regulación de la OPA en el Perú.

2.3.1. Contexto y análisis de las OPAs en el Perú.

En el Perú, desde el año 2006, año en el que entró en vigencia el actual reglamento sobre OPAs, se han formulado cuarenta y cuatro (44) operaciones:

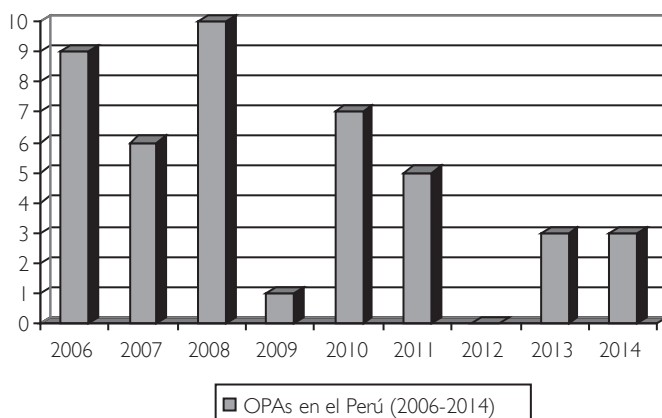


Figura 3. OPAs en el Perú desde la vigencia del Actual Reglamento de OPA. Elaborado con datos de la Memoria anual CONASEV y SMV de los años 2006 al 2014, y del sitio web de la SMV. Elaboración propia.

Como se puede apreciar, durante el periodo evaluado, la formulación de OPAs ha ido disminuyendo progresivamente, lo cual ha seguido de la mano con la desaceleración económica que vino suscitándose durante los últimos años.

No obstante lo anterior, no se puede dejar de mencionar que en el Perú las OPAs son el mecanismo que ha sido desarrollado en menor medida para llevar a cabo procesos de M&A, lo cual puede ser un indicador de que en el mercado peruano de fusiones y adquisiciones de empresas, las OPAs son mecanismos vistos con reticencia debido a sus sobrecostos. Así, por ejemplo, a partir del estudio de la consultora Deloitte & Touche (enero del 2015), se sabe que en el año 2013 se produjeron cuarenta y cuatro (44) transacciones en el Perú, mientras que en el mismo periodo se realizaron únicamente tres (3) OPAs. Asimismo, en el año 2014 se realizaron treinta y siete (37) operaciones, en tanto que solo se formularon tres (3) OPAs.

En efecto, desde el punto de vista del estudio realizado, las OPAs formuladas durante estos periodos se originaron en su mayoría como consecuencia de la imposición legal que establece la obligación de formular una OPA ante la adquisición del control en forma previa, y no por una decisión consciente de su utilización como mecanismos de adquisición de control.

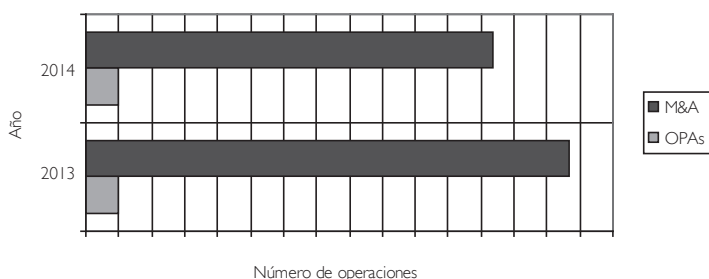


Figura 4. M&A vs. OPAs en el periodo 2013-2014. Elaborado a partir de los datos recuperados de www.deloitte.com.pe. Elaboración propia.

Por su parte, los sectores principalmente impactados por este tipo de operaciones durante el periodo de estudio son dos: (i) industrial y *retail*, con dieciséis (16) operaciones; y (ii) servicios financieros, fondos de pensiones y seguros, con doce (12).

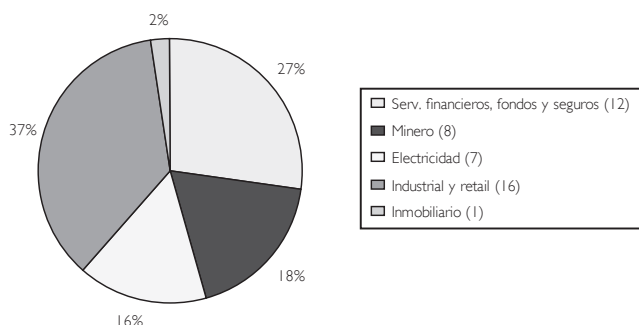


Figura 5. Sectores económicos en los que se desarrollaron las OPAs en el periodo 2006-2014. Elaborado a partir de los datos de la *Memoria anual CONASEV y SMV* de los años 2006 al 2014 y del sitio web de la SMV. Elaboración propia.

Por su parte, es preciso destacar que de las cuarenta y cuatro (44) OPAs, se han identificado que solo siete (7) han sido OPAs previas, esto es, el 15,9% del total; mientras que treinta y siete (37) corresponden a OPAs posteriores, que equivale al 84,1% del total.

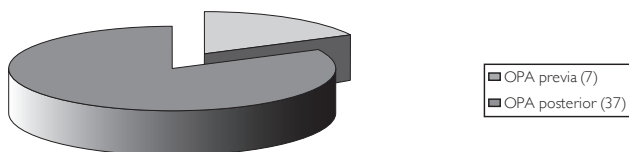


Figura 6. Comparativo de OPAs previas y OPAs posteriores (2006-2014). Elaborado a partir de los datos de la Memoria anual CONASEV y SMV de los años 2006 al 2014 y del sitio web de la SMV. Elaboración propia.

El estudio también ha identificado que no existe un incremento progresivo, año a año, de OPAs previas que hagan pensar que se viene utilizando esta figura como mecanismo de adquisición, sino que estas se producen de forma intermitente.

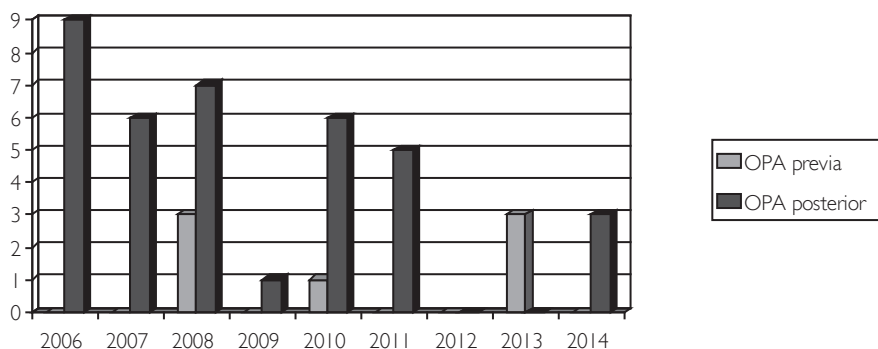


Figura 7. OPAs previas y OPAs posteriores desde la entrada en vigencia del actual reglamento de OPA; por año. Elaborado a partir de los datos de la Memoria anual CONASEV y SMV de los años 2006 al 2014 y del sitio web de la SMV. Elaboración propia.

Con relación a las OPAs totales y parciales, durante el periodo analizado (2006-2014) se identificó que principalmente se han formulado OPAs parciales (29 en total, 65,91%) respecto de las OPAs totales (15 en total, que representan el 34,09%).

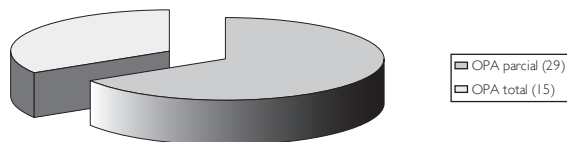


Figura 8. Comparativo de OPAs totales y OPAs parciales (2006-2014). Elaborado a partir de los datos de la Memoria anual CONASEV y SMV de los años 2006 al 2014 y del sitio web de la SMV. Elaboración propia.

Con relación a las OPAs como consecuencia de adquisiciones indirectas, el estudio identificó que en el periodo bajo análisis se formularon diecisiete (17) OPAs posteriores derivadas de este tipo de operaciones (38,63% del total de OPAs en el Perú), de las cuales catorce (14) fueron operaciones *cross-border* (31,81% del total).

Asimismo, en el caso de adquisiciones directas, esto es, en los supuestos de: (i) adquisiciones o tomas de control realizadas directamente a través de OPAs previas, o (ii) en adquisiciones vía negociación directa o cesión de control de una sociedad controladora del *target* que generan la obligación de formular una OPA posterior; en este estudio se identificó que en el mismo periodo se formularon veintisiete (27) OPAs como consecuencia de estas operaciones (61,37% del total de OPAs en el Perú), de las cuales veinticinco (25) fueron operaciones locales (56,81% del total) y solo dos (2) fueron *cross-border* (4,54% del total).

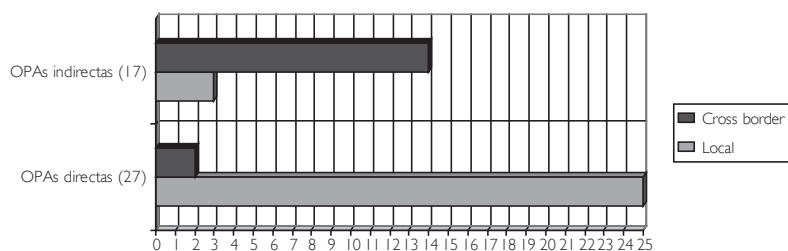


Figura 9. Comparativo de OPAs directas y OPAs indirectas: locales y *cross-border* (2006-2014). Elaborado a partir de los datos de la *Memoria anual CONASEV* y *SMV* de los años 2006 al 2014 y del sitio web de la *SMV*. Elaboración propia.

Por otra parte, en este trabajo se identificó que de las cuarenta y cuatro (44) OPAs formuladas en todo el periodo de estudio, treinta y cinco (35) OPAs (79,54% del total) requirieron de una entidad valorizadora para la determinación de la contraprestación a pagar. Asimismo, corresponde señalar que estas treinta y cinco (35) OPAs fueron OPAs posteriores, razón por la cual —de acuerdo con la normativa vigente— necesariamente requerían la contratación de una entidad valorizadora. De las nueve (9) OPAs restantes, siete (7) fueron OPAs previas que no requirieron de valorizadoras, mientras que las últimas dos (2) fueron OPAs posteriores (OPA CRAC San Martín en el año 2007 y OPA Andahuasi en el año 2010) que fueron exceptuadas de contar con entidades valorizadoras a solicitud de los oferentes.

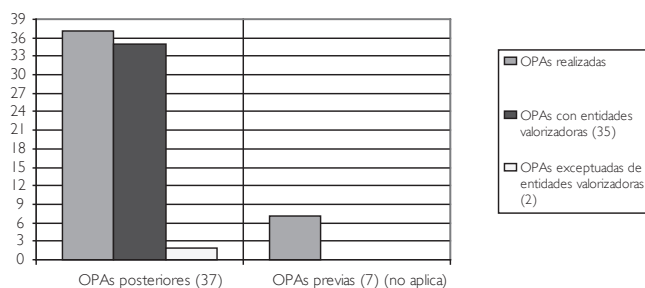


Figura 10. Número de OPAs con intervención de entidades valorizadoras según sean OPAs previas y OPAs posteriores. Cuadro elaborado a partir de los datos de la *Memoria anual CONASEV* y *SMV* de los años 2006 al 2014 y del sitio web de la *SMV*. Elaboración propia.

Finalmente, se determinaron las entidades valorizadoras participantes en las OPAs formuladas dentro del periodo de estudio.

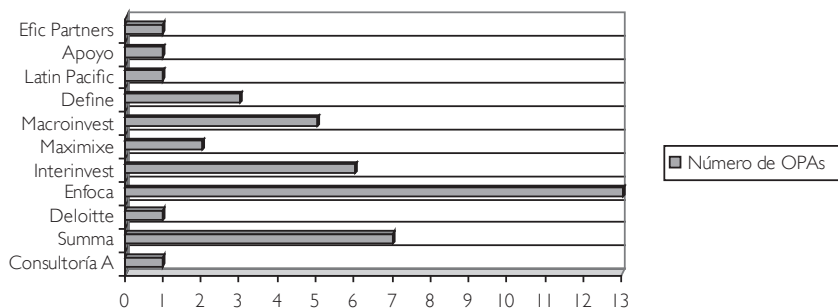


Figura 11. Entidades valorizadoras contratadas en el periodo 2006-2014. Cuadro elaborado a partir de los datos de la Memoria anual CONASEV y SMV de los años 2006 al 2014 y del sitio web de la SMV. Elaboración propia.

2.3.2. Marco normativo actual de la OPA en el Perú.

2.3.2.1. La Ley del Mercado de Valores (LMV): los artículos 68 y 71.

En la actualidad, el marco legal que regula la OPA en el Perú se encuentra previsto entre los artículos 68 y 74 del subcapítulo II («Oferta pública de adquisición y de compra»), capítulo III («Oferta pública secundaria») de la LMV¹⁹. En particular, son dos los artículos que establecen el marco conceptual de la OPA: los artículos 68 y 71²⁰, los cuales señalan lo siguiente:

Artículo 68.- Oferta Pública de Adquisición de Participación Significativa

La persona natural o jurídica que pretenda adquirir o incrementar [énfasis añadido], directa o indirectamente, en un solo acto o en actos sucesivos, participación significativa en una sociedad que tenga al menos una clase de acciones con derecho a voto inscrita en rueda de bolsa [énfasis añadido], debe efectuar una oferta pública de adquisición dirigida a los titulares de acciones con derecho a voto y de otros valores susceptibles de otorgar derecho a voto en dicha sociedad.

Artículo 71.- Reglamentos

Corresponde a CONASEV dictar las normas para regular el régimen de la oferta pública de adquisición [énfasis añadido] y los supuestos de excepción a la obligación de efectuar la misma, determinar los casos en los que corresponda la realización de una oferta pública de adquisición posterior [énfasis añadido], así como las consecuencias que se deriven en caso de no efectuarlas y las normas para su aplicación [...].

19 En estricto, el artículo 69 no regula la OPA sino la OPC («Oferta Pública de Compra por Exclusión del Valor del Registro»). Los demás artículos del subcapítulo II regulan la OPA: el artículo 68 («Oferta Pública de Adquisición de Participación Significativa»), el artículo 70 («Irrevocabilidad»), el artículo 71 («Reglamentos»), el artículo 72 («Incumplimiento»), el artículo 73 («OPA voluntaria»); y el artículo 74 («Contraprestación»).

20 Ambos artículos fueron modificados por la Ley n. o 27649.

Como se aprecia, la LMV mantiene el sistema de OPA obligatorio, pero con algunas diferencias conceptuales que corresponde analizar, conforme se verá a continuación.

2.3.2.2. *El reglamento de OPA: resoluciones CONASEV n.º 009-2006-EF/94.10 y n.º 020-2006-EF/94.10.*

En línea con lo prescrito por el artículo 71 de la LMV, el desarrollo reglamentario de la regulación de las OPAs en el Perú se encuentra previsto en la resolución CONASEV n.º 009-2006-EF/94.10²¹ y en la resolución CONASEV n.º 020-2006-EF/94.10²² que modificó la primera (ambas en adelante, el Actual Reglamento de OPA), y consta de cincuenta y nueve (59) artículos, dos (2) disposiciones transitorias y finales, y cinco (5) anexos.

2.3.3. La obligación de formular una OPA en el Perú.

En el marco del sistema de OPA obligatoria previsto por el artículo 68 de la LMV, el artículo 4 del actual reglamento de OPA establece los supuestos de hecho que configuran la generación de la obligación de formular una OPA:

Artículo 4.- OBLIGACIÓN DE EFECTUAR OPA

La adquisición o incremento de participación significativa genera la obligación [énfasis añadido] de efectuar una OPA siempre que:

- a) Se trate de una transferencia a título oneroso [énfasis añadido];
- b) La sociedad objetivo tenga al menos una clase de valores con derecho a voto o susceptibles de otorgar derecho a voto, inscritas en el Registro [énfasis añadido];
- c) Acarree que el adquirente alcance o supere una participación de 25%, 50% o 60% en el capital social de la sociedad objetivo o que adquiera una cantidad de acciones o tenga la potestad de ejercer los derechos políticos de acciones, en una proporción tal que en cualquiera de dichos supuestos le permita: i) remover o designar a la mayoría de los directores, o ii) modificar los estatutos de la sociedad y,
- d) No se encuentre incluida en ninguna de los supuestos del artículo 10.

Como se puede apreciar, esta norma establece cuatro requisitos que deben coexistir para que se genere la obligación de formular una OPA. El inciso a) exige que la transferencia de valores o de derechos políticos que genere la adquisición de participación significativa sea a título oneroso. Ello, en razón de que solo en dichos supuestos podría existir el pago de prima de control, lo que está acorde con la finalidad de la regulación de la OPA en el Perú: distribuir entre todos los accionistas la prima de control que se pague por el cambio de control, conforme se analizará más adelante.

El inciso b) establece que la sociedad objetivo debe contar con una clase valores con derecho a voto, o susceptibles de otorgar derecho a voto, inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores. Al respecto, consideramos que la norma no es correcta pues, tal como lo prevé el numeral 16) del artículo 1 de la propia norma y el artículo 68 de la LMV, el requisito debería exigir que los valores estén inscritos en una Bolsa de Valores (y así también estuvo redactado

21 Publicada el 4 de marzo del 2006 y vigente desde el 3 de mayo del mismo año.

22 Publicada el 1 de mayo del 2006 y vigente desde el 3 de mayo del mismo año.

en el Primer, en el Segundo y en la Modificación al Segundo Reglamento de OPA). Por ello, siguiendo a Diego Carrión y Mirella Miranda, creemos que es así como debería entenderse la norma, so riesgo de considerar este requisito ilegal, toda vez que estaría estableciendo un requisito distinto del previsto en la LMV (Carrión Álvarez-Calderón y Miranda Ñique, 2006, p. 184).

El inciso c) exige que la adquisición conduzca a que el adquirente:

- (i) Alcance o supere una participación de 25%, 50% o 60% en el capital social de la sociedad objetivo.
- (ii) Adquiera una cantidad de acciones que le permita: (a) remover o designar a la mayoría de los directores, o (b) modificar los estatutos de la sociedad.
- (iii) Tenga la posibilidad de ejercer los derechos políticos de acciones, en una proporción tal que le permita: (a) remover o designar a la mayoría de los directores, o (b) modificar los estatutos de la sociedad.

Al respecto, este inciso requiere un comentario especial, para lo cual se adscribe a los comentarios de Diego Carrión y Mirella Miranda, quienes señalan lo siguiente de una forma gráfica:

Si tomamos especial atención a la redacción del artículo 4 del Actual Reglamento de OPA, nos daremos cuenta que este omitió especificar uno de los supuestos de adquisición de participación significativa previsto en el numeral 16) del artículo 1 de esta norma, a saber, el supuesto en el que sin tener propiedad (directa o indirecta) de 25% o más de acciones con derecho a voto de una sociedad, una persona (o grupo de personas actuando concertadamente) tenga el derecho de voto correspondiente a dicho porcentaje o a un porcentaje mayor de acciones.

Creemos que esta omisión podría arreglarse si entendemos que cuando el artículo 4 se refiere al requisito de que la adquisición de participación significativa debe acarrear que «el adquirente alcance o supere una participación de 25%, 50% o 60% en el capital social de la sociedad objetivo». Se refiere también al supuesto de adquisición de esta participación por la vía de adquisición de derechos políticos y no solo de adquisición de acciones. En todo caso, la norma no es clara y ello puede generar que en el futuro haya quienes argumenten que en los supuestos de adquisición de derechos políticos que permitan tener derecho a voto por 25%, 50% o 60%, si bien existe participación significativa, no existe la obligación de efectuar una OPA. (Carrión Álvarez-Calderón, y Miranda Ñique, 2006, p. 184)

Finalmente, se debe señalar que la sola adquisición de participación significativa conforme lo prescribe el artículo 68 de la LMV y el artículo 4 del actual reglamento de OPA no determina que el adquirente deba formular una OPA, pues, además, se requerirá la existencia del pago de una «prima de control». La razón es que, conforme veremos en el punto referido a la finalidad de la regulación peruana sobre OPAs, la razonabilidad de la imposición del sistema obligatorio en nuestro país consiste en buscar que todos los accionistas se vean beneficiados con la prima de control que se pague por la adquisición y, si no existe tal prima, no tendría sentido formular una OPA. Esto ha sido corroborado por el propio regulador, quien en el año

2006, cuando ya estaba vigente el actual reglamento de OPA, señaló al analizar la adquisición indirecta de Enersur por parte de Gas de France (GdF) que «el no pago de prima de control alguna en la fusión bajo análisis es el elemento que permitiría exceptuar a GdF de la obligación de realizar una OPA sobre las acciones emitidas por Enersur»²³.

2.3.4. Características del sistema peruano de OPA obligatorio.

Toda regulación obligatoria de OPA puede optar por establecer sistemas de OPA previo o posterior; y parcial o total. Esto depende del bien jurídico que pretenda tutelar, de las particularidades de su mercado empresarial (estructura de propiedad de las sociedades), de otros intereses que tenga de por medio o simplemente porque copió la regulación de otro país.

En el caso del Perú, la actual regulación peruana de la OPA obligatoria ha optado por un sistema de OPA parcial, así como previo o posterior. Esto último depende de los supuestos establecidos en el actual reglamento de OPA, en el cual se precisa en sus artículos 6 y 8 la oportunidad en que deberá formularse la OPA.

De esta manera, el actual reglamento de OPA contempla la posibilidad de formular una OPA en forma posterior a la adquisición o incremento de participación significativa cuando:

- (i) Se haya realizado de manera indirecta (artículo 6).
- (ii) Sea consecuencia de una oferta pública de venta (artículo 6).
- (iii) Se haya realizado en un solo acto (artículo 8).
- (iv) Se haya realizado en no más de cuatro actos sucesivos dentro de un periodo de tres años (artículo 8).

En los demás casos (como, por ejemplo, la adquisición directa de participación significativa a través de una OPA, o la adquisición en cinco o más actos dentro de un periodo de tres años), deberá formularse una OPA previa.

Por otra parte, la regulación peruana de OPA impone un sistema parcial, en la medida que el citado artículo 6 del actual reglamento de OPA señala que la OPA previa deberá formularse sobre el número de valores que se pretende adquirir²⁴, mientras que la OPA posterior deberá formularse sobre el porcentaje de valores que resulte de la aplicación de la fórmula prevista en el Anexo I, el que señala lo siguiente:

ANEXO I

Determinación del porcentaje sobre el cual debe realizarse OPA posterior

$$\left[\frac{X}{Y} \right] \times [1 - Z]$$

23 Véase: el informe n.º 086 2007 EF/94.45 de fecha 07 de febrero del 2007, emitido por la Gerencia de Mercados y Emisores de la entonces CONASEV.

24 Evidentemente, la OPA no será parcial en aquellos casos donde el adquirente formule una OPA por el 100% del capital social de la sociedad objetivo (OPA total).

Donde:

X = Porcentaje de participación adquirida en los últimos 3 años.

Y = Porcentaje de participación de terceros antes de la adquisición o conjunto de adquisiciones que da lugar a la obligación de realizar la OPA.

Z = Porcentaje de participación, luego de la adquisición o conjunto de adquisiciones que da lugar a la obligación de realizar la OPA.

Así, de lo establecido por la LMV y el actual reglamento de OPA, se desprende que el sistema de OPA en el Perú se caracteriza por ser uno obligatorio, parcial y, dependiendo del caso, previo o posterior. No se ha establecido, como en el caso del sistema británico o español, un «precio equitativo».

2.3.5. Finalidad, principios y bien jurídico tutelado.

El establecimiento en el Perú de un sistema de OPA obligatorio, conforme lo regula la LMV y el actual reglamento de OPA en su artículo 2, permite identificar, de manera meridiana-mente clara, que la finalidad general de esta regulación es la «protección de los accionistas destinatarios de la OPA»; aunque no con el mismo nivel de protección del modelo británico de OPA obligatoria.

En efecto, estas normas presentan una serie de matices que es preciso analizar para determinar cuál es la real finalidad de la actual regulación de las OPAs en el Perú, cuál es el bien jurídico tutelado y/o interés protegido, y cuáles son, finalmente, los alcances de la regulación vigente.

Al respecto, el citado artículo 2 del actual reglamento de OPA señala cuál es el propósito de la OPA en la regulación peruana:

Artículo 2.- Propósito de la OPA

La OPA tiene como propósito garantizar que, cuando se produzca una adquisición o incremento de participación significativa, todos los accionistas puedan participar en la prima que con tal motivo se pueda ofrecer:

Se desprende, pues, que la actual regulación peruana de OPAs tiene por finalidad «proteger a los accionistas ante adquisiciones o incrementos de participación significativa», pero no de manera genérica, sino a «través de la distribución equitativa para todos ellos de la prima de control que se pague [énfasis añadido]». Asimismo, también se desprende que el bien jurídico tutelado por la regulación son todos los accionistas de la sociedad objetivo.

Ello ha sido expresamente señalado en la exposición de motivos del actual reglamento de OPA:

3. Propósito de la OPA (Artículo 2)

[...] [E] objetivo fundamental de la OPA es garantizar que todos los titulares de valores a los que se dirige la oferta puedan participar en la prima [énfasis añadido] que pudiese entregarse al accionista o titulares de valores que le permitieron al adquirente obtener o incrementar su participación significativa en condiciones cuando menos iguales a las que les hubiere reconocido [énfasis añadido].

Por su parte, con relación a los principios que inspiran la regulación peruana, a diferencia de los principios previstos en el segundo reglamento de OPA y en la modificación al segundo reglamento de OPA («transparencia» e «igualdad de trato»), el actual reglamento de OPA únicamente contempla en forma expresa un principio: el principio de igualdad de trato; pero no en su doble contenido, como lo hace el modelo británico, sino exclusivamente en la distribución de la prima de control. Vale decir, solo se señala uno de los elementos del principio de igualdad de trato del modelo británico: la distribución de la prima de control. El otro elemento de este principio (mecanismo de salida) no está previsto expresamente como propósito de la regulación de OPA en el Perú, y consideramos que tampoco hubiera sido conveniente ya que al establecerse una regulación de OPA parcial, no hubiera cumplido con ser un mecanismo de salida correcto para los accionistas destinatarios de la oferta.

De igual manera lo manifiesta Torres Méndez al referirse al artículo 2:

Como su sumilla lo indica, esta norma consagra la finalidad de la OPA. De acuerdo con el texto de la norma, esta finalidad es garantizar que todos los accionistas participen en la prima de control que se ofrece [...]

En tal virtud, la finalidad de la OPA consiste concretamente en la aplicación del principio de igualdad de trato en dicha adquisición o incremento, para que todos los accionistas puedan participar en dicha prima.

Como se puede advertir, esta norma sí consagra de manera expresa el principio de igualdad de trato como finalidad de la OPA. De tal manera que resulta totalmente claro, y contundente, que en la legislación peruana del Mercado de Valores, la OPA sirve para conseguir que todos los accionistas, sin excepción, puedan tener acceso a la prima de control y no un solo grupo o grupo de ellos. [...]

Es por ello que, para tal efecto, el artículo 68 de la Ley peruana del Mercado de Valores impone el régimen de obligatoriedad para la OPA (Torres Méndez, 2012, p. 730).

De esta manera, en lo referente al principio de igualdad de trato, el sistema peruano de OPA obligatoria se aparta del modelo británico, en la medida en que no contiene los dos elementos del principio de igualdad de trato del modelo británico y, por tal motivo, el nivel de protección del bien jurídico tutelado es menor que el dispuesto por el modelo británico.

Por su parte, con relación al principio de transparencia sobre el cual el actual reglamento de OPA guarda silencio (a diferencia de que sí fue expresamente mencionado en las anteriores normas sobre OPA).

2.3.6. Breve análisis de la oportunidad de la OPA en el Perú.

¿Cuál es la razonabilidad de formular una OPA previa o posterior? ¿Cuáles son las implicancias del ejercicio de cada una? A continuación se analizarán brevemente ambos supuestos.

2.3.6.1. La OPA previa: análisis y razonabilidad.

La OPA previa corresponde al supuesto de OPA obligatoria que tradicionalmente se ha regulado en el Perú y, por lo tanto, es una característica arraigada en el derecho de OPAs peruano. Así, quien pretenda adquirir la participación significativa de una sociedad que cuenta con acciones listadas en la BVL deberá formular una OPA previa para dicho fin, y tener la libertad de establecer la cantidad de acciones a adquirir (siempre que estén dentro de los porcentajes

correspondientes establecidos en la norma), así como el valor de la contraprestación a pagar por las mismas.

La razonabilidad de imponer la obligación de formular una OPA previa ha estado relacionada a lo siguiente: (i) impedir actuaciones como las adquisiciones en el mercado abierto (compras «al goteo» o *ramassage*, negociación directa o cesión de control), las cuales se consideraban mecanismos que afectaban a los accionistas minoritarios de la sociedad objetivo, pues hacían que solo el grupo vendedor se beneficiara de la prima de control²⁵; y (ii) permitir la adquisición de participación significativa en aquellos casos en que el accionariado del *target* se encuentre disperso o difundido en el mercado²⁶.

No obstante, al igual que en la regulación española, la OPA previa en el Perú ha sido duramente criticada. Entre sus principales problemas e inconvenientes destaca lo complicado que resulta determinar cuándo surge la obligación de formular la OPA. El término «quien pretenda adquirir» del artículo 68 de la LMV alude a la voluntad o intención del adquirente, hecho subjetivo difícilmente verificable por parte del regulador.

Otro problema o inconveniente que ha sido destacado por los críticos de la regulación de la OPA previa en el Perú consiste en que su aplicación solo es pertinente en casos en que el accionariado de la sociedad objetivo se encuentre disperso. Sin embargo, las sociedades peruanas se caracterizan principalmente porque el grupo de control es fácilmente identificable, pues la estructura de propiedad de la mayoría de estas sociedades es de accionariado concentrado.

Sin embargo, estos inconvenientes han sido, de cierta forma, salvados por la propia regulación en la medida en que el inciso b) del artículo 6 del actual reglamento de OPA, al atender la realidad de la estructura accionaria de las sociedades peruanas, le ha otorgado un carácter residual a la OPA previa. La razonabilidad de esta medida fue plasmada en la exposición de motivos del actual reglamento de OPA, en el que se señala que:

En los mercados en los cuales las tenencias accionarias de las sociedades abiertas se encuentran atomizadas, es decir en muchas manos y en cantidades pequeñas, la OPA resulta un mecanismo idóneo para adquirir participación significativa, circunstancia distinta en mercados cuyo accionariado se encuentra concentrado²⁷.

De esta manera, el legislador peruano tomó nota de la inconsistencia fáctica que tuvo la regulación de la OPA previa como único mecanismo obligatorio de toma de control en el Perú y reguló la OPA posterior:

Es por esta razón que el desarrollo de las OPAs en el Perú se ha encaminado principalmente por el lado de las OPAs posteriores: de cuarenta y cuatro (44) OPAs desarrolladas desde la entrada en vigencia del actual reglamento de OPA, treinta y siete (37) han sido OPAs posteriores, es decir, el 84,1%; y tan solo siete (7) OPAs fueron previas, esto es, el 15,9%.

25 Véase: Serra Puente-Armao, (2002, pp. 363-366).

26 De acuerdo con la exposición de motivos del actual reglamento de OPA (punto 4, OPA posterior), «[e]n los mercados en los cuales las tenencias accionarias de las sociedades abiertas se encuentran atomizadas, es decir en muchas manos y en cantidades pequeñas, la OPA [previa] resulta un mecanismo idóneo para adquirir participación significativa, circunstancia distinta en mercados cuyo accionariado se encuentra concentrado [...] Se asume [sic] que en estos casos, al encontrarse el accionariado atomizado, resulta difícil identificar a los controladores de dicha sociedad por lo que se opta por el mecanismo de la OPA previa [...]».

27 Punto 4, «OPA posterior (Artículos 6 y 8)».

Por otra parte, con relación al nivel de protección que la OPA previa brinda a los accionistas minoritarios, tal como está regulada en el Perú, es decir, como una OPA previa y parcial (salvo que esta se lance por el 100% de las acciones del *target*), se considera que es imperfecto. Debe tenerse en consideración que el principio de igualdad de trato previsto en la regulación peruana solo contiene uno de los dos elementos del principio de igualdad de trato del modelo británico: el trato igualitario en la distribución de la prima de control, por lo que presenta un nivel de protección menor que este último.

Dicho esto, basta señalar que la OPA previa y parcial configurada por la regulación peruana protege en forma deficiente a los accionistas minoritarios, bien jurídico tutelado de este sistema, en la medida en que la prima de control puede ser discriminada a favor de algunos accionistas, sin que se haya establecido un «precio equitativo» que evite dicho perjuicio. Por ejemplo, el adquirente puede adquirir acciones en forma sucesiva o «al goteo», y posteriormente decidir formular la OPA previa para adquirir el control, al pagar por las primeras acciones un precio mayor que el que termina pagando en la OPA previa.

Lo antes señalado adquiere importancia ya que el presente estudio ha identificado que el 9,09% de las OPAs llevadas a cabo desde la entrada en vigencia de la actual regulación de OPA (es decir, 4) fueron previas y parciales.

2.3.6.2. La OPA posterior: análisis y razonabilidad.

El actual reglamento de OPA, al introducir la figura de la OPA posterior en el inciso b del artículo 6 y en el artículo 8, ha establecido un cambio conceptual respecto de los anteriores reglamentos de la OPA. Y es que, hasta la emisión de esta norma, la adquisición de participación significativa debía producirse únicamente a través de la OPA previa y su incumplimiento generaba la invalidez de la adquisición, con la consecuente imposición de una sanción administrativa por parte del regulador. Con la entrada en vigencia del actual reglamento de OPA, el adquirente puede adquirir directa y válidamente participación significativa a través del mecanismo que considere conveniente (negociación directa, cesión de control, etc.) sin verse inmerso en una causal de incumplimiento de la normativa de OPAs, y debe posteriormente proceder a formular una OPA a favor de los accionistas de la sociedad objetivo con el objetivo de otorgar a estos la posibilidad de obtener la prima de control pagada al accionista controlador.

La razonabilidad del legislador al establecer la OPA posterior ha sido el reconocimiento, algo tardío, de que la estructura de propiedad accionaria del mercado corporativo peruano es de accionariado concentrado y, por tanto, las adquisiciones de control pueden efectuarse mediante transacciones directas entre el adquirente y el/los accionista(s) controlador(es), y reducir con ello los costos de transacción vinculados a tal adquisición. Así se señala en la exposición de motivos del actual reglamento de OPA cuando se indica que:

[En mercados cuyo accionariado se encuentre concentrado], la adquisición de participación significativa puede ser el resultado de una negociación entre el adquirente y los tenedores previos de tal participación, como resultado de una estrategia de adquisición o sin planteamiento previo [...] ²⁸.

28 Punto 4, «OPA posterior (Artículos 6 y 8)».

De esta manera, el marco de actuación o de realización de la OPA posterior ha quedado delimitado para supuestos en que el adquirente pueda ir directamente al accionista controlador y adquirir de él el control de la sociedad objetivo (supuesto de accionariado concentrado), mientras que la OPA previa podrá formularse para casos de accionario difundido. Nótese que en la regulación peruana se fundamenta la diferencia entre OPA previa y OPA posterior por la cantidad accionaria que presenta cada empresa.

Se puede concluir, entonces, que en el Perú la OPA posterior difiere de la OPA previa en tanto que parten de premisas distintas, a saber: la primera se producirá en casos de accionariado concentrado, mientras que la segunda se dará en casos de accionariado difundido.

En la medida en que las sociedades peruanas presentan en su mayoría accionariado concentrado y el grupo de control es claramente identificable, puede entenderse por qué, desde la entrada en vigencia del actual reglamento de OPA, la mayoría de las OPAs desarrolladas en el Perú son OPAs posteriores.

En esa misma línea, es fácil concluir que la OPA posterior puede generar grandes beneficios para un mercado como el peruano, al agilizar la toma de control y, por tanto, generar un mercado más eficiente de tomas de control corporativo.

Adicionalmente, en lo que respecta a la OPA posterior, el actual reglamento de OPA presenta dos novedades que merecen un comentario especial.

En primer lugar, el inciso a) del artículo 6 del actual reglamento de OPA señala que la OPA posterior deberá formularse sobre el porcentaje de valores que resulte de la aplicación de la fórmula prevista en el Anexo I. Al respecto, se proponen dos comentarios. En el primero, se destaca la innovación del legislador peruano al crear dicha fórmula, ya que, más allá de las críticas que se hayan dado a la misma, según la presente investigación no existe en otras regulaciones un mecanismo similar: Como señala la exposición de motivos del actual reglamento de OPA:

El objetivo de la fórmula es encontrar el porcentaje máximo de valores que todos los titulares de valores que no participaron en la transacción previa hubieran podido vender si es que dicha transacción previa se hubiera realizado a prorrata. De este modo se asegura que los titulares de valores a los que se dirige la oferta tengan la oportunidad de vender la misma cantidad máxima de valores, sea que la transacción se lleve a cabo a través de una OPA previa o a través de una OPA posterior²⁹.

El segundo comentario está referido a la falta de sustento técnico de la fórmula. Ni en el actual reglamento de OPA ni en su exposición de motivos se han sustentado las razones de esta fórmula, y ello genera dudas a los participantes del mercado.

En segundo lugar, se ha incorporado al proceso de la OPA posterior la obligación de elegir y contratar una entidad valorizadora para que determine el valor de la contraprestación a pagar por las acciones en la OPA. Al respecto, la exposición de motivos del actual reglamento de OPA señala lo siguiente:

La incorporación de las entidades valorizadoras en estos procesos cumple con los objetivos propios de la legislación del Mercado de Valores, promover la transparencia así como la adecuada protección al inversionista [énfasis añadido].

29 Punto 14, «Fórmula para efectuar OPA (Anexo I)».

En cuanto a la labor que realizan, debe tenerse en cuenta que tratándose de OPA posteriores el trabajo de la valorizadora se centrará en verificar y determinar la correspondencia entre el precio pagado por el ofertante y el precio que deberá ser ofertado en la OPA posterior; determinando además, el valor de la contraprestación en las transacciones que generaron la obligación de efectuar la oferta [énfasis añadido] [...]»³⁰.

Sin embargo, en concordancia con Miranda y Carrión, se plantea que la inclusión de entidades valorizadoras y el requisito de contar con un informe de valorización, al margen de los posibles problemas operativos que genera, aumentan los costos de una norma que parecía tener la intención de agilizar las tomas de control. Habría sido mejor no incluir a las entidades valorizadoras y que el precio sea, por ejemplo, un precio no menor que el pagado en la adquisición privada que genera la obligación de formular una OPA. Téngase en cuenta, por ejemplo, en la legislación comparada los casos del City Code, de la regulación comunitaria europea o de la española, los cuales regulan el denominado «precio equitativo», es decir, que el valor de las acciones en la OPA posterior no será menor que el mayor precio pagado por el adquirente en los últimos doce meses desde que se generó la obligación de formular la OPA.

Una vez planteado esto, basta señalar que la OPA posterior y parcial del sistema peruano protege de forma deficiente a los accionistas minoritarios, en la medida en que:

- La prima de control puede ser discriminada a favor de los accionistas controladores. Así, por ejemplo, el adquirente puede adquirir participación significativa en forma encubierta y directamente del(os) accionista(s) mayoritario(s) con la correspondiente prima de control. Al generarse la obligación de formular una OPA posterior, el valor de las acciones establecido por la entidad valorizadora podría ser menor que el pagado previamente por el control, pues no existe un precio equitativo en la normativa peruana que permita equiparar el precio efectivamente pagado por el control.
- El valor de las acciones establecido por la entidad valorizadora no refleje el precio pagado por el adquirente, es decir, el valor de la acción más la prima de control. Conforme con el artículo 50 del actual reglamento de OPA, el valor de las acciones en la OPA posterior debe ser determinado por la entidad valorizadora siguiendo determinados criterios (valor contable, de liquidación, como negocio en marcha del *target*, etc.). Además, deberá determinar el valor de la contraprestación en las transacciones que generaron la obligación de formular una OPA, debido a que el precio mínimo no podrá ser inferior a este último valor; conforme lo prescribe el artículo 48 del actual reglamento de OPA.

Al respecto, no queda claro cuál es la razonabilidad de dicha regulación, pues ninguno de los referidos criterios permite a la entidad valorizadora determinar cuál fue el precio con prima de control efectivamente pagado por el control del *target*. Los criterios están relacionados directamente con el análisis del *target*, y por ello el monto resultante de la valorización podría ser distinto del precio efectivamente pagado por el control, pues el adquirente pudo haber tomado otros criterios para valorar el *target*, como por ejemplo el valor postadquisición bajo informa-

30 Punto 10, «Régimen de Entidades Valorizadoras (Título IV)».

ción no pública y con base en las sinergias que esta origine. Distinto también podría ser el caso contrario, en el que la entidad valorizadora determine un valor diferente al efectivamente pagado cuando, por ejemplo, estemos ante un supuesto donde no hay prima pagada, sino que pudo suceder que el adquirente encontró una buena oportunidad de negocio al toparse con un vendedor que aceptó un precio «barato» por toda su participación de control. En estos casos, la entidad valorizadora determinará y recomendará como valor de la contraprestación a pagar precios mayores a los pagados inicialmente, lo que generará desigualdad entre los destinatarios de la OPA y los controladores que vendieron previamente a un precio menor.

Entonces, ¿por qué no se reguló, simplemente, el precio equitativo?

Cabe proponer un par de ejemplos. En un primer caso, la entidad valorizadora, luego de haber aplicado los precitados criterios y establecido un valor para cada criterio, determina cuál de los precios resulta, según su juicio técnico, más adecuado al caso concreto. Además, dicho precio terminó siendo menor que el pagado por el adquirente en la transacción que generó la obligación de formular la OPA posterior. En este caso, fue en vano todo el estudio de valorización efectuado, porque finalmente se utilizó el precio efectivamente pagado por el adquirente, el cual cumple con la finalidad de la regulación: otorgar un trato igualitario en la distribución de la prima de control.

En un segundo caso, la entidad valorizadora, al aplicar los criterios de valorización, propone un precio mayor que el pagado por el adquirente; en cuyo caso la entidad valorizadora recomendará lo siguiente: (i) un precio mayor que el efectivamente pagado por el adquirente, y (ii) con el cual los accionistas destinatarios de la OPA posterior terminarían recibiendo una prima mayor que la prima de control percibida por los accionistas controladores vendedores. Con ello, la norma estaría, más que protegiendo a los accionistas minoritarios, perjudicando a los accionistas controladores, quienes por la venta de su participación significativa obtuvieron una contraprestación menor. Se estaría configurando un trato diferenciado entre los controladores y los minoritarios; además, se estaría perjudicando al adquirente y obligado a formular la OPA posterior; pues tendrá que pagar por cada acción un monto mayor que el pagado por las acciones que le otorgaron el control del *target*. Se reitera que más lógico hubiera sido que el precio mínimo de las acciones se establezca sobre la base de lo efectivamente pagado por el adquirente. En este segundo caso, la valorización efectuada no fue en vano, pero, más bien, ha sido perjudicial para algunos intervinientes de la OPA posterior (ofertante-adquirente) al otorgar a los accionistas destinatarios mayores derechos de los que la propia regulación precisa para ellos.

Este problema ha sido corroborado al analizar las OPAs posteriores formuladas en el Perú en los últimos años. En efecto, del estudio realizado durante el periodo de vigencia del actual reglamento de OPA (2006-2014), se ha determinado que: (i) en más de la mitad de los casos (52,94%; 18 OPAs), la labor de las entidades valorizadoras fue innecesaria, al realizar valorizaciones siguiendo los métodos de valorización establecidos en el actual reglamento de OPA que no fueron tomadas en consideración; y (ii) en casi la mayoría de los casos (47,06%; 16 OPAs) se han producido desigualdades en contra de los accionistas mayoritarios controladores que vendieron su participación, pues los minoritarios destinatarios de la OPA recibieron una contraprestación mayor que la que recibieron los propios controladores vendedores, además que los adquirentes pagaron un monto mayor por acciones que no les darán derechos de control.

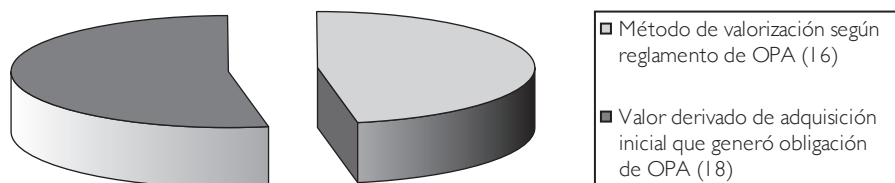


Figura 12. Contraprestación de OPAs posteriores según entidades valorizadoras. Métodos de valorización vs. valor derivado de la operación que generó la obligación de lanzar OPA (2006-2014). Elaborado con datos de la *Memoria Anual CONASEV* y *SMV* de los años 2006 al 2014 y del sitio web de la *SMV*. Elaboración propia.

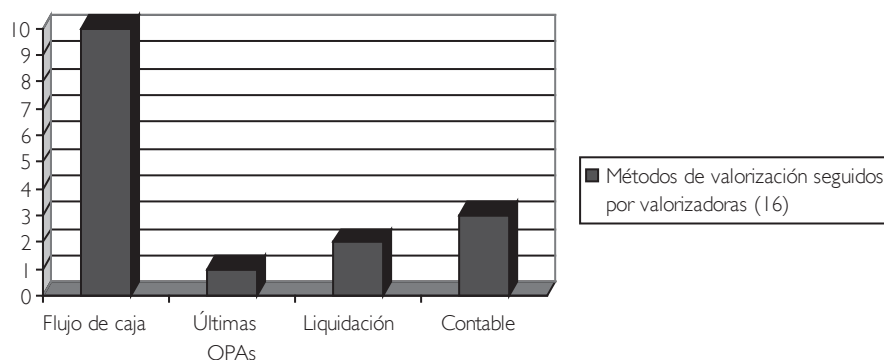


Figura 13. Métodos de valorización seguidos por entidades valorizadoras. Elaborado con datos de la *Memoria anual CONASEV* y *SMV* de los años 2006 al 2014 y del sitio web de la *SMV*. Elaboración propia.

2.3.7. Determinación de la naturaleza de la OPA en el Perú a partir de su regulación y de la estructura de propiedad accionaria de su mercado empresarial.

Si se toma en consideración la estructura de propiedad accionaria de su mercado empresarial y luego de haber descrito la actual regulación peruana sobre OPAs, y en particular el análisis y razonabilidad de las OPAs previas y posteriores en el Perú, corresponde determinar cuál es la naturaleza real de esta figura en nuestro país.

Al respecto, el análisis en el presente estudio debe partir por lo establecido en el actual reglamento de OPA y la LMV, los cuales señalan que la OPA es finalmente un mecanismo que garantiza que todos los accionistas puedan participar de la prima de control que se pague ante una adquisición corporativa. Es decir, contiene el principio de igualdad de trato del modelo británico de OPA obligatoria pero únicamente con uno de sus elementos.

Es preciso señalar que la OPA como mecanismo de protección del accionista minoritario a través de la distribución de la prima de control termina siendo un mecanismo imperfecto, ya que no cumple de forma eficiente con ello. Los argumentos que sustentan esta posición son tres.

En primer lugar, en el supuesto que estemos frente a una OPA previa, sea parcial o total, siempre existirá la posibilidad de que el tercer adquirente compre acciones en forma previa a la OPA a un precio mayor que el ofrecido en esta, con lo cual se daría un trato desigual a los accionistas de la sociedad objetivo. Si bien esta es solo una posibilidad y dependerá en buena

parte del nivel de supervisión del regulador, su sola consideración genera una contingencia que reduce el nivel de protección de la regulación peruana de OPAs. Más aún, se considera que la obligación de formular una OPA previa nace con la sola intención de adquirir participación significativa, hecho sumamente complicado de determinar y comprobar por el regulador. Como se ha manifestado, hubiera sido conveniente que la regulación peruana estableciera normas sobre la figura del precio equitativo a efectos de mitigar este riesgo.

En segundo lugar, en el supuesto que se esté frente a una OPA posterior, sea parcial o total, el valor de la contraprestación a pagar por acción estará únicamente vinculado con el valor de la sociedad objetivo obtenido por una entidad valorizadora según los criterios establecidos por el actual reglamento de OPA, el cual no incluye el valor de la prima pagada, por lo que se tendrá tres escenarios posibles.

- El primero, en el que el valor obtenido sea menor que el precio pagado en la operación que generó la OPA.
- El segundo, en el que el valor obtenido sea igual.
- El tercero, en el que el valor obtenido sea mayor.

En el primer y segundo escenarios, si se tiene en cuenta que el valor por acción no podrá ser menor que el precio pagado en la operación que generó la obligación de formular la OPA, el resultado será que se tomará este último precio, con lo cual en ambos supuestos se cumpliría con la finalidad de la regulación peruana de OPAs: el trato igualitario en la distribución de la prima de control. En el tercer escenario, se tomará el valor por acción obtenido por la entidad valorizadora, el cual, al ser mayor que el precio pagado por el adquirente a favor de los accionistas que vendieron sus acciones, significará que a los destinatarios de la OPA se les pague una prima de control mayor, con lo que habría un trato desigual entre los accionistas del *target* (quienes venden en la OPA y quienes vendieron en la transacción que generó la obligación de formular la OPA). Además, en este último caso la propia norma estaría generando el tratamiento desigual. En estos tres escenarios, si bien se nota que existen supuestos en donde habría plena protección a los accionistas en la distribución de la prima de control, la sola existencia de la posibilidad de que exista desigualdad en la distribución de la prima de control genera ineficacia en la OPA como un correcto mecanismo de distribución de la prima control.

En tercer lugar, en el supuesto que se esté frente a una OPA parcial, no podrá darse una adecuada distribución de la prima de control debido a que este tipo de ofertas, por su propia naturaleza, no permite que los accionistas se beneficien de toda la prima que les correspondiera al prorratearse las acciones entre todos los aceptantes de la OPA.

Ahora bien, ¿tiene la OPA en el Perú otra naturaleza además de ser un mecanismo que permite el trato equitativo en la distribución de la prima de control? La respuesta es negativa. Si se parte del hecho de que la propia regulación peruana vigente no lo señala expresamente, se debe argumentar lo siguiente:

- No es un correcto mecanismo de opción de salida para los accionistas porque los accionistas destinatarios no podrán contar con un adecuado derecho de separación ante el cambio de control. Salvo los casos en que nos encontremos ante OPAs totales, las cuales, como se ha señalado, son la excepción en el Perú: solo el 34,09% (15 OPAs).

- No es un correcto mecanismo disciplinario y fiscalizador de los administradores porque al contar el Perú con un mercado empresarial caracterizado por una estructura de propiedad concentrada, las sociedades cotizadas no tienen una relación de agencia (separación entre «propiedad-control») que deba ser corregida, motivo por el cual la OPA no alineará los intereses entre los accionistas y los administradores.
- Finalmente, no es un mecanismo eficiente para adquirir el control porque al contar el Perú con un mercado empresarial caracterizado por una estructura de propiedad concentrada, sería más eficiente para el adquirente negociar directamente con el controlador y utilizar otros mecanismos de adquisición menos costosos.

Luego de lo antes señalado, se vuelve a preguntar cuál es la naturaleza de la OPA en el Perú, y la conclusión a la que se ha llegado en este trabajo es que la figura bajo análisis termina siendo un mecanismo imperfecto de protección del accionista minoritario a través de la distribución de la prima de control.

2.3.8. ¿Qué tan costoso es formular una OPA en el Perú? Análisis y determinación de costos a partir de la regulación peruana.

A partir del análisis efectuado, se puede señalar que para el desarrollo de una OPA en el Perú el adquirente deberá asumir los siguientes costos y/o gastos:

Tabla 3

Gastos aproximados del oferente de una OPA en el Perú (en USD)

	USD	
	Mínimo	Máximo
Banco estructurador	20 000	80 000
SAB	20 000	120 000
Valorizadora	10 000	140 000
Asesores legales	15 000	40 000
Retribuciones/Contribuciones	Por determinar	Por determinar
Compra de acciones	Por determinar	Por determinar
TOTAL	65 000	380 000

Nota: Tabla elaborada a partir de los datos obtenidos de entrevistas y expedientes de OPAs (SMV y BVL). Elaboración propia.

Como se aprecia, la posibilidad de formular una OPA es una variable que todo adquirente debe tomar en consideración al momento de valorar la adquisición, debido a los costos adicionales en que debe incurrir adicionalmente a la propia compra de acciones.

3. La problemática de la regulación de OPAs en el mercado de valores peruano

3.1. Introducción.

Parte fundamental de este trabajo ha sido analizar la finalidad y los principios de la regulación de la OPA en los distintos mercados y el bien jurídico que se pretende tutelar; para determinar desde un punto de vista teórico si se cumplían correctamente. En ese contexto, se ha llegado a establecer críticas a la regulación peruana de OPAs que sustentan la necesidad de revisarla e, incluso, de suprimirla. Entre las principales críticas que se identificaron para este artículo están las siguientes: (i) sobrecostos para los adquirentes, quienes ven incrementado el valor de la operación, (ii) perjuicios para los accionistas minoritarios a los que la propia regulación de OPAs pretende proteger; y (iii) perjuicios para el desarrollo económico del país y del mercado de valores en particular; al no desarrollarse un mercado de control societario de sociedades cotizadas.

No obstante, resulta necesario corroborar estas críticas a partir de la experiencia peruana, ya que únicamente con resultados empíricos se podrá estar en capacidad de dar un correcto y efectivo diagnóstico del caso peruano. Se debe preguntar, pues, si la hipótesis de este trabajo se cumple, esto es, que el mercado de tomas de control corporativo peruano a nivel de empresas que cotizan sus acciones en bolsa no requiere un sistema obligatorio de OPAs sino un sistema voluntario que permita agilizar e incentivar las tomas de control societario, con lo cual se generaría un desarrollo de la economía peruana y del mercado de valores en particular.

3.2. Un problema de sobrecostos.

3.2.1. El caso BACKUS.

Entre julio del año 2005 y agosto del 2006, la empresa SABMiller plc, a través de su vehículo Racetrack LLC, adquirió indirectamente el 99,7157% de las acciones clase A de Unión de Cervecerías Peruanas Backus & Johnston SAA (BACKUS) pertenecientes a las empresas Bavaria S.A. (mediante una fusión por absorción con la empresa BevCo, *holding* de Bavaria) y a Cheswick Comercial S.A. (mediante compra directa de acciones). Adicionalmente, esta operación incluía la adquisición de otras empresas peruanas cotizadas en la BVL como Cervecería del Sur del Perú S.A. (Cervesur), Cervecería San Juan S.A., Vidrios Planos del Perú S.A., Inmobiliaria Pariachi S.A.; otras no cotizadas como Club Sporting Cristal S.A., Agroinversiones S.A., Embotelladora San Mateo S.A., Naviera Oriente S.A., Quipudata S.A. y Transportes 77 S.A.; además de empresas colombianas y ecuatorianas.

Esta adquisición indirecta de nivel internacional (*cross-border*) generó la obligación de formular una OPA posterior en BACKUS y en las otras cinco (5) empresas cotizadas del grupo. En el caso de la OPA BACKUS, desarrollada en el año 2006, se debe mencionar que la misma tuvo las siguientes características:

- Por lo complicado que sería discriminar el valor implícito de la contraprestación pagada por la adquisición de BACKUS (y de las demás subsidiarias) derivado de la operación *cross-border* que dio origen a la obligación de formular una OPA, el regulador solicitó al obligado presentar dos (2) informes de valorización. Las entidades valorizadoras que se adjudicaron este servicio fueron Enfoca e Interinvest.
- Las entidades valorizadoras determinaron diferentes valores:

Tabla 4

Problema de sobre costos: valorizaciones OPA BACKUS 2006 (Enfoca e Interinvest)

	Valor Flujo de caja	Valor derivado operación inicial
Enfoca	S/ 92,41	S/ 82,99
Interinvest	S/ 85,23	S/ 99,71

Nota: Tabla elaborada a partir de datos obtenidos de los sitios web de la SMV y la BVL. Elaboración propia.

- Enfoca:
 - ✓ Priorizó el valor flujo de caja.
 - ✓ En la medida en que el valor del flujo de caja era mayor que el derivativo, recomendó como contraprestación dicho valor.
- Interinvest:
 - ✓ Priorizó el valor flujo de caja.
 - ✓ En la medida en que el valor derivado de la operación inicial era mayor que el derivativo, recomendó como contraprestación dicho valor
- El regulador determinó como contraprestación final de la OPA el importe de S/ 99,71 por acción por ser el mayor valor. Es decir, tomó en cuenta la recomendación de Interinvest.

Ahora bien, desde un punto de vista del principio rector de la regulación peruana sobre OPAs, parecería ser que existió un tratamiento igualitario en la distribución de la prima pues los destinatarios de la OPA recibieron un monto equivalente al que se pagó a los accionistas controladores vendedores. Pero el problema viene con la siguiente pregunta: ¿cuál sería la posición si se toman los valores obtenidos por Enfoca? Definitivamente, no habría distribución equitativa en la prima de control ya que debió tomarse como precio para la OPA el valor de flujo de caja, y este sería mayor que el valor derivado según Enfoca, con lo cual se le pagaría más a los accionistas destinatarios que a los accionistas controladores que vendieron (Bavaria y Cheswick). Además, debería advertirse que en este último caso tampoco habría prima de control pues, comparándolo con la valorización efectuada por Interinvest, se habría pagado a un valor menor (S/ 92,41) de lo que vale efectivamente cada acción (S/ 99,71), por lo que podría incluso argumentarse que no debería obligarse a formular una OPA en un caso en el que no habría prima que distribuir, siendo esto último la finalidad de la regulación peruana de OPAs.

Lo anterior genera nuevas preguntas: ¿cuál es el precio de BACKUS, de Enfoca o de Interinvest según el criterio de flujos de caja? ¿Cuál es valor derivado de la operación que generó la obligación de formular la OPA? ¿No hubiese sido mejor contratar una sola entidad valorizadora? De acuerdo con el presente estudio y con las consultas efectuadas entre los participantes de esta operación, la gran diferencia entre ambas valorizaciones generó desconfianza en el inversionista (SABMiller) y en el mercado en general, por lo que hubiese sido mejor la designación de una sola valorizadora, y atender a su experiencia en este tipo de servicios.

Cabe preguntarse, además, cuánto costaron ambas valorizaciones. Enfoca cobró S/ 386 750 (incluido IGV) e Interinvest cobró S/ 265 000,00 (incluido IGV), esto es, un total de S/ 651 750. Más de medio millón de nuevos soles, una cifra importante para cualquier adquirente, incluso para una empresa como SABMiller. En este punto, es importante señalar que por ningún motivo es posible aceptar argumentos a favor de la contratación de entidades valorizadoras como el siguiente: «Si estamos ante una empresa extranjera con un importante patrimonio, debe contratar la valorizadora y no debería quejarse». Estos argumentos fueron escuchados en más de una oportunidad por funcionarios del regulador y participantes de bancos estructuradores y SABs. Argumentos como ese no tienen ningún sustento económico ni racional.

¿No hubiera sido mejor establecer que la contraprestación de la OPA sea a un precio equitativo, en los términos de la regulación europea o española, por ejemplo, y que no se hubiese contratado a las valorizadoras? Más aún, si se consideran los costos adicionales que presenta formular una OPA, ya esbozados en el capítulo II del presente artículo (por ejemplo, el banco estructurador, la SAB, asesores legales, comisiones, etc.).

Por las razones expuestas, utilizar dos valorizadoras fue ineficiente, puesto que generó grandes costos al adquirente e incertidumbre en el mercado nacional.

Además, si existía un controlador de quien se adquirió en forma indirecta más del 99% del capital de BACKUS, ¿qué sentido tenía la OPA desde el punto de vista del mercado de control societario? Evidentemente, ninguno. El supuesto trato igualitario en la distribución de la prima de control es, a todas luces, el único sentido que se le puede dar en estos casos, y ello es sumamente ineficiente y discutible.

3.2.2. Un caso de escándalo: el caso Empresa Eléctrica de Piura.

En el año 2008, como consecuencia de la adquisición de participación significativa en la empresa española cotizada ENDESA por parte de la empresa española Acciona, S.A. (Acciona) y de la italiana Enel Energy Europe Srl. (Enel), estas adquirieron indirectamente, entre otras, participación significativa en la sociedad peruana Empresa Eléctrica de Piura S.A. (EEPSA), motivo por el cual, conforme con la regulación peruana de OPAs vigente, debían formular una OPA posterior sobre las acciones con derecho a voto de EEPSA.

Para tales efectos, el regulador peruano convocó al proceso de selección de la entidad valorizadora, y obtuvo la buena pro la empresa Macroinvest, quien luego de una serie de observaciones por parte de EEPSA, con fecha 24 del noviembre de 2008 emitió el informe de valorización correspondiente, cuyas características principales fueron las siguientes:

- La entidad valorizadora priorizó el valor flujo de caja.
- El valor flujo de caja (S/ 6,13) fue mayor que el valor derivado de la operación inicial (S/ 3,00), por lo que la entidad valorizadora recomendó como contraprestación el primero.
- La contraprestación de la OPA: S/ 6,13 por acción, convertido al valor presente fue S/ 5,95.

Tabla 5

Problema de sobrecostos: valorización OPA EEP 2008

	Valor flujo de caja	Valor derivado de operación inicial	Diferencia entre valores
OPA EEPSA	S/ 6,13 (S/ 5,95)	S/ 3,00	104%

Nota: Tabla elaborada a partir de datos obtenidos de los sitios web de la SMV y la BVL. Elaboración propia.

Al respecto, EEPSA objetó el informe de valorización hasta llegar a la Corte Suprema por considerar que:

- (i) El valor derivado obtenido por Macroinvest es más del doble (+104%) del estimado a través del descuento de flujos de caja (DFC), cuando de acuerdo con los informes de los bancos de inversión en los que se basa Macroinvest para emitir su informe, la OPA de Enel y Acciona sobre Endesa lleva una prima máxima del 19%, o en el extremo contrario hasta un descuento máximo del 11%.
- (ii) De haberse producido alguna prima de control en la OPA llevada a cabo sobre Endesa, en todo caso esta se hubiese adjudicado a los activos con mayor valor estratégico por poseer sinergias con los negocios de los compradores o por ser activos de energía renovable. Sin embargo, EEPSA no cumple ninguno de los requisitos para recibir una prima de control por encima de su valor fundamental DCF porque (a) no aporta sinergias a los compradores, ni por tamaño ni por ubicación geográfica, y (b) no es una compañía de energía renovable, sino una compañía de generación térmica que además no es eficiente competitivamente.
- (iii) Los informes de los siete bancos de inversión en que se basa Macroinvest para realizar el cálculo del valor derivado muestran múltiplos para el negocio global de Endesa, los negocios de Latinoamérica de Endesa y el negocio de generación en Latinoamérica.
- (iv) Macroinvest hace un juicio de valor al múltiplo aplicable a EEPSA sin ningún soporte, al establecer una compensación absoluta entre un castigo por la generación térmica y un premio por el negocio de gas. Aplica arbitrariamente el múltiplo de 8,24 del negocio eléctrico de generación en Latinoamérica utilizado para el cálculo del valor derivado, para valores del negocio de gas de EEPSA.

Pero ¿por qué tanta incomodidad de EEPSA con la valorización? ¿Por qué llegó hasta la máxima instancia del Poder Judicial con tal de evitar dicha valorización? De acuerdo con uno de los asesores legales de EEPSA encargados de este procedimiento, para esta empresa el método de valorización empleado era clara y técnicamente errado y, más importante aún, de un ejercicio numérico que habían realizado se determinó que si se desarrollaba la OPA por el valor «elevado» establecido por la valorizadora como contraprestación y se multiplicaba por el número mínimo de acciones al que se debía formular la OPA posterior, y no se formulaba

sobre un valor financiero y económicamente razonable, se generaría un «sobre-costo [sic] equivalente a la construcción de una nueva central hidroeléctrica». Dicho sobrecosto se había convertido, claramente, en un problema que la empresa no estaba dispuesta a asumir:

Acabado el proceso judicial (año 2010), EEPISA tuvo finalmente que formular la OPA, motivo por el cual la valorizadora se encargó que efectuar una precisión del valor que había establecido como contraprestación en el año 2008 (S/ 6,13) como consecuencia del tiempo transcurrido y de distribuciones de utilidades efectuadas en el referido periodo. El nuevo valor de contraprestación fue el importe de S/ 4,08. Esta OPA se desarrolló satisfactoriamente.

Nótese, pues, cómo pudo evitarse esta situación, así como los costos asociados si la regulación hubiese exceptuado de la obligación de formular una OPA en supuestos como este (adquisiciones indirectas *cross-border*) conforme se podrá apreciar en el punto 4, o si se hubiese regulado el precio equitativo. Todo esto sin mencionar el costo del servicio de la entidad valorizadora asumido por el adquirente, que ascendió a S/ 136 000 incluido el IGV.

Por último, no se debe olvidar que si se hubiera mantenido la contraprestación en la suma de S/ 6,13, se hubiera producido, por lo menos en teoría, un tratamiento sumamente diferenciado o desigual entre los accionistas destinatarios de la OPA, que recibirían dicho monto por acción, y los accionistas controladores, que según la entidad valorizadora recibieron un monto equivalente a S/ 3,00 por acción.

3.2.3. Otros casos: OPAs desiertas y OPAs con resultados ineficientes.

3.2.3.1. OPAs desiertas.

Si se tienen en cuenta los costos que conlleva formular una OPA, es preciso señalar aquellos casos en los que ha quedado claramente demostrado cómo esta figura tal como está regulada en el Perú no es eficiente debido a que genera costos irrecuperables y no retribuye en forma alguna al oferente. Estas son las OPAs declaradas desiertas por falta de postores (accionistas minoritarios).

Del estudio realizado, se han identificado al menos seis (6) OPAs declaradas desiertas, que representan el 13,63% del total de las OPAs formuladas en el Perú durante el periodo de vigencia del actual reglamento de OPA.

3.2.3.2. OPAs con resultados ineficientes.

Existen otros casos en los que las OPAs ejecutadas tuvieron resultados ineficientes en el sentido que el número de acciones adquirido, luego de liquidada la OPA, era ínfimo, casi como si hubiese sido declarada desierta. En estos casos, los asesores legales de los propios obligados a formular las OPAs informaron que estas han sido consideradas por los oferentes como sobre-costos innecesarios en la adquisición de control llevada a cabo directamente por los controladores. Esto concuerda con la postura planteada en el presente estudio.

Los casos en los que se han desarrollado estas ineficiencias son los siguientes:

Tabla 6

Problema de sobre costos: OPAs con resultados ineficientes

Año	Sociedad objetivo	Número de acciones ofertadas en OPA	Número de acciones adquiridas posliquidación
2008	Milpo	147 000 000	1 000 000
	Luz del Sur	1 14 628 353	272 805
	Mapfre	967 280	83 364
2009	Atacocha	51 544 141	378
2012	Minera Corona	2 315 299	67 013

Nota: Tabla elaborada a partir de datos de los sitios web de la SMV y la BVL. Elaboración propia.

3.3. Un problema de trato diferenciado en el pago de la prima de control y cómo la regulación se contradice a sí misma.

En el punto anterior se ha adelantado un problema que la actual regulación de OPAs ha generado y que ha quebrado con ello la propia finalidad de esta regulación (trato igualitario en la distribución de la prima de control, conforme con lo previsto en el artículo 2 del actual reglamento de OPA). Más aún, ha generado una sobreprotección a los accionistas minoritarios a través del otorgamiento de una suerte de pago adicional a la que se denominará superprima.

En efecto, de acuerdo con nuestra actual regulación, la OPA tiene por finalidad distribuir entre todos los accionistas la prima de control que se pague por una sociedad cotizada, esto es, generar un ambiente de igualdad entre todos los accionistas del *target*. Lo que busca la regulación con esta finalidad es proteger a los accionistas minoritarios (bien jurídico protegido por la regulación de OPAs) en la medida en que no se vean discriminados con el pago de la prima de control.

Para dicho efecto, de acuerdo con la actual regulación, en los casos en que deban desarrollarse OPAs posteriores, se deberá contratar a un tercero independiente al que se le ha denominado «entidad valorizadora», a efectos que determine el valor de la contraprestación a pagar por cada acción en la OPA, para lo cual deberá: (i) determinar a su consideración cuál es el valor de la sociedad objetivo y de cada acción mediante una serie de métodos establecidos en el actual reglamento de OPA, (ii) determinar el valor de cada acción pagada en la operación inicial que generó la obligación de formular la OPA, y (iii) establecer el valor de la contraprestación de la OPA a partir del valor más alto entre (i) y (ii).

El cuestionamiento en el presente estudio viene dado cuando la entidad valorizadora determina que el valor por acción según su criterio de valorización (flujo de caja descontado, contable, liquidación, etc.) es mayor que el valor de la misma acción en la operación inicial que generó la obligación de formular la OPA posterior; caso en el cual la OPA deberá lanzarse sobre el primer valor:

¿Es correcto que el accionista destinatario de la OPA deba recibir un mayor valor que el que recibió el accionista controlador que vendió su participación de control en la operación inicial que generó la obligación de formular la OPA? ¿La propia regulación no estaría generando un trato desigual o diferenciado cuando su finalidad es distribuir en forma igualitaria la prima de

control? ¿Puede la regulación otorgar a los destinatarios de la OPA un monto superior que la prima de control pagada a los accionistas destinatarios de la OPA (superprima)?

Existe un problema en la actual regulación que se ha visto claramente identificado en las OPAs desarrolladas en nuestro país desde la entrada en vigencia del actual reglamento de OPA. Es en estos casos en los que se plantea la pregunta de por qué no se ha establecido una regulación del precio equitativo, como sí lo ha hecho la regulación británica, europea, española y, recientemente, la regulación argentina.

A continuación, se describirá un caso en el que claramente se aborda este problema.

3.3.1. OPAs Agrícola Sintuco 2007 y 2010.

La empresa Agrícola Sintuco fue objeto de dos OPAs durante los años 2007 y 2010, en las cuales una de sus principales características fue el hecho de que en ambas oportunidades la entidad valorizadora determinó valores claramente distintos entre el valor por acción según los métodos de valorización efectuados y el valor por acción según la operación que generó la obligación de formular la OPA. El siguiente cuadro resume lo antes señalado:

Tabla 7

Problema de trato diferenciado: OPAs Agrícola Sintuco 2007 y 2010

Agrícola Sintuco	Valor liquidación	Valor derivado de operación inicial	Diferencia entre valores
OPA 2007	S/ 6,34	S/ 3,86	64%
OPA 2010	S/ 10,61	S/ 5,35	98%

Nota: Tabla elaborada a partir de datos obtenidos en las páginas web SMV y BVL. Elaboración propia.

3.4. Un problema de política regulatoria desde las adquisiciones indirectas.

Nuestra actual regulación de OPAs establece que ante un supuesto de adquisición indirecta, el adquirente de participación significativa en el *target* deberá formular una OPA dirigida a todos los accionistas de esta última.

Como se ha señalado, con esta regulación se busca evitar que mediante operaciones que conlleven adquisiciones indirectas (esto es, a través de la utilización de sociedades o vehículos intermedios), se pretenda eludir la obligación de efectuar una OPA³¹ y, de esta manera, se incumpla con la finalidad de esta regulación: «Permitir a todos los accionistas de la sociedad objetivo recibir la prima pagada por el control».

Sin embargo, ¿qué sucede en aquellos casos en que la adquisición indirecta no busca eludir la normativa de las OPAs, sino que dicha adquisición se funda en una operación empresarial basada en la compra de una sociedad matriz (controladora) de diversas sociedades a nivel mundial, en donde la adquisición indirecta no es la finalidad ni la razón de ser de la operación,

31 Se entiende que la búsqueda de eludir la normativa de OPA mediante adquisiciones indirectas tiene como objeto reducir los costos de la adquisición del *target*, pues se adquiere el control de la sociedad controladora (que tiene un porcentaje controlador en la sociedad objetivo), sin la necesidad de efectuar una OPA.

pues lo que se pretende es adquirir a la sociedad matriz, siendo la adquisición indirecta una mera e inevitable consecuencia? La respuesta se puede encontrar en una operación real, cuya noticia se transcribe como ejemplo a continuación:

El 10 de octubre de 2007 se concretó la Oferta Pública de Adquisición de Acciona y Enel sobre la empresa española Endesa. Como resultado de esta multimillonaria transacción global, Acciona y Enel obtuvieron el control sobre Endesa, aumentando su participación de 46.01% a 92.06%.

De acuerdo con las normas peruanas del mercado de valores, esta transacción origina la obligación de formular una Oferta Pública de Adquisición [énfasis añadido] a los accionistas minoritarios de las empresas de Endesa establecidas en el Perú: Empresa Eléctrica de Piura S.A. (EEPSA), Edegel S.A.A. y Edelnor S.A.A.

Esta operación internacional conllevó la adquisición indirecta de una serie de sociedades constituidas a lo largo de diferentes países en el mundo, tuvo un precio de venta multimillonario y generó en las empresas adquirentes (la empresa española Acciona, S.A. y la italiana Enel Energy Europe Srl.) la obligación de formular OPAs en el Perú respecto de las acciones con derecho a voto de las sociedades peruanas: Empresa Eléctrica de Piura S.A. (EEPSA), Edegel S.A.A. (EDEGEL) y Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte S.A.A. (EDELNOR). Ello, en razón de que la regulación vigente establecía que en todos los casos de adquisición indirecta, el adquirente debía formular una OPA sobre los accionistas minoritarios.

Es válido preguntarse, entonces, si al obligar a Acciona y Enel a formular una OPA bajo la regulación del Mercado de Valores peruano, ¿se cumple con la *ratio legis* de la regulación de las adquisiciones indirectas, la cual busca —como se ha señalado precedentemente— establecer una barrera a la elusión de efectuar OPAs para resguardar el bien jurídico protegido por la norma: los accionistas minoritarios del *target*?

De acuerdo con la información pública con que se cuenta de esta operación³², la intención de Acciona y Enel no era adquirir las sociedades peruanas, por lo que es válido preguntarse si en este caso, o en casos similares, debe obligarse a formular una OPA a los adquirentes. Al respecto, de acuerdo con el planteamiento del presente estudio, no debería obligarse a formular OPAs en estos casos. Las razones que sustentan esta posición son las siguientes:

- (a) Se está ante una operación internacional que conllevó la adquisición de una sociedad matriz o cabeza de una serie de sociedades en diferentes países (*cross-border*), en donde puede evidenciarse sin mayor esfuerzo que la intención de Acciona y Enel no fue necesariamente adquirir participación significativa en las empresas peruanas ni evadir la obligación de formular OPAs respecto de estas, pues los activos de las sociedades peruanas no eran una parte significativa de la operación *cross-border*.
- (b) Las sociedades peruanas tenían un valor relativamente ínfimo respecto del valor total de los activos materia de adquisición (en el ejemplo, representaban aproximadamente el 1%). De acuerdo con información pública³³, la OPA formulada por Enel y

32 Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), España. *Prospecto Informativo OPA de ACCIONA y ENEL sobre ENDESA*. Madrid. Recuperado de <http://www.cnmv.es/Portal/Consultas/Folletos/ListaOPAs.aspx?nif=A-28023430>

33 Véase: Carcar (2007).

Acciona sobre Endesa valora a esta última en aproximadamente € 42 519 000 000 (cuarenta y dos mil quinientos diecinueve millones y 00/100 euros), mientras que las empresas peruanas fueron valorizadas en las siguientes cantidades:

- EDEGEL: S/ 3 795 000 000³⁴
- EDELNOR: S/ 485 293 000³⁵
- EEPSA: S/ 228 000 000³⁶

- (c) No existe pago de prima de control respecto de las sociedades peruanas. En este caso, como en otras operaciones de estas características, el pago de la prima de control se realiza en la adquisición de la sociedad matriz, cuyo precio incorpora como valor subyacente el valor de las sociedades de la cual esta es controladora, directa o indirecta, y de los activos que constituyen parte significativa en la adquisición por generar valor al adquirente, por lo que ya no correspondería efectuar un pago por prima de control a nivel de las sociedades objetivo peruanas, pues ello implicaría pagar una doble prima. Al no existir una prima que pagar respecto de las sociedades peruanas, no habría bien jurídico que deba ser tutelado conforme lo establece el artículo 2 del actual reglamento de OPA («garantizar que todos los accionistas puedan participar en la prima que con motivo de la adquisición se pueda ofrecer») y, consiguientemente, obligación de formular una OPA.
- (d) Es muy complicado discriminar del precio pagado en la operación *cross-border* el valor que se deriva de las sociedades objetivo peruanas. En el caso planteado, por ejemplo, Acciona y Enel ofrecieron como contraprestación un precio de € 40,16 (cuarenta y 16/100 euros) por cada acción de Endesa, precio que conllevaba el valor intrínseco de todas las sociedades que formaban parte del grupo de subsidiarias a nivel mundial. Cabe preguntarse, entonces, ¿a qué precios debieron lanzar las OPAs Acciona y Enel por las acciones de las sociedades peruanas? ¿Cómo se determinan estos precios? ¿Existe un método que garantice la validez de la valorización? Sin duda, surgió un problema para las entidades valorizadoras que debieron encontrar un método de valorización razonable que les permitiese determinar el precio de las acciones de las sociedades peruanas. Recuérdese, por ejemplo, el caso de EEPSA descrito en el capítulo III, en el cual se consideró que hubo mala praxis en la determinación de la valorización pues había una importante diferencia en el valor flujo de caja y el valor derivado de la OPA ENDESA (104%), lo cual ocasionó que la oposición de la empresa adquirente llegase hasta la última instancia del poder judicial y demorase finalmente dos años en la realización de la OPA.

No obstante, debemos ser conscientes de que la regulación vigente obliga a formular OPAs en todos los casos de adquisición indirecta, sin tomar en cuenta las consideraciones antes expuestas, con lo cual podemos afirmar que ello genera: (i) costos adicionales para los adqui-

34 De acuerdo con el informe de valorización de Macroinvest para la OPA EDEGEL, de fecha 19 de setiembre del 2008. Para mayor información, véase el informe completo en www.smv.gob.pe y/o www.bvl.com.pe.

35 De acuerdo con el informe de valorización de Define para la OPA EDELNOR, de fecha 19 de setiembre del 2008. Para mayor información, véase el informe completo en www.smv.gob.pe y/o www.bvl.com.pe.

36 De acuerdo con el informe de valorización de Macroinvest para la OPA EEPSA, de fecha 24 de noviembre del 2008, posteriormente precisado mediante carta de fecha 10 de noviembre del 2010. Para mayor información, véase el informe completo en www.smv.gob.pe y/o www.bvl.com.pe.

rentes, quienes han visto incrementado el valor de la operación, y (ii) perjuicios a los accionistas minoritarios a los que la propia regulación de OPAs pretende proteger; debido a que el encarecimiento del costo de la adquisición reducirá el número de transacciones de tomas control, con lo cual la sociedad objetivo, al no ser adquirida, no estará en control de quien mejor la valora y que, posiblemente, mejor la administrará.

Por otra parte, si bien se puede señalar que la actual regulación peruana sí permite exceptuar de la obligación de formular una OPA en supuestos de adquisición indirecta como los mencionados, conforme lo prescribe el «cajón de sastre» prescrito en el penúltimo párrafo del artículo 10 del actual reglamento de OPA (previa solicitud debidamente fundamentada), a efectos de que se evalúe su viabilidad, acorde con la postura del presente estudio, es la incertidumbre la que nos hace considerar pertinente resolver todos los problemas vinculados a estos tipos de adquisiciones indirectas y sugerir que se incorpore una excepción como la establecida en el inciso m) del artículo 10 derogado del actual reglamento de OPA.

3.5. Dos problemas de mercado difíciles de resolver. La concentración accionaria y los minoritarios con poder (o la verdadera razón de por qué en el Perú no se pretende cambiar el modelo de OPA obligatorio).

3.5.1. El problema de la concentración accionaria.

Un problema de la regulación peruana de OPAs consiste en que debido a que en el Perú las empresas cotizadas son en su mayoría de accionariado concentrado, la mayor parte de adquisiciones se realizará mediante trato directo entre el adquirente y el controlador; motivo por el cual la OPA termina siendo un ejercicio mecánico impuesto por la regulación y que el adquirente debe cumplir para no ser sancionado. Es decir, no tendrá sentido desde un punto de vista económico, pues la OPA es vista como una imposición legal que genera un sobre costo al adquirente y como un mecanismo limitativo de la libertad de contratar.

A ello se debe sumar el hecho de que las OPAs serán posteriores y requerirán de la contratación de una entidad valorizadora para la determinación del valor de la contraprestación a pagar por cada acción, para lo cual aplican todos los comentarios y/o críticas vertidos previamente respecto de las valorizadoras.

Téngase en cuenta que del presente estudio, el 84,1% del total de OPAs (37) fueron posteriores y solo el 15,9% fueron previas (7).

3.5.2. El problema de los minoritarios con poder y el esbozo de una respuesta de por qué en el Perú no se pretende cambiar el modelo de OPA obligatorio.

Del análisis de las OPAs desarrolladas en el Perú desde la entrada en vigencia del actual reglamento OPA y de la información obtenida en las entrevistas a asesores legales y financieros de las empresas vinculadas a estas operaciones (SABs, estructuradores), de miembros de entidades valorizadoras y de funcionarios del regulador y de la BVL, son dos los principales motivos por los cuales en el Perú no se ha cambiado —ni se pretende cambiar— el modelo de OPA obligatorio por uno voluntario, más allá de que a nivel académico existe consenso casi mayoritario a favor del modelo voluntario. El primer motivo es conocido y el otro es uno que se esbozará en este trabajo.

El primer motivo es de carácter político y normativo, y está referido a que ya que el modelo de OPA obligatorio se encuentra regulado en una norma de rango legal como es el

artículo 68 de la LMV, una propuesta legislativa que proponga su cambio y/o eliminación será difícil de implementar en el Congreso.

El segundo motivo que se ha considerado, y que posiblemente es el mayor escollo en estos momentos (y desde hace varios años), es el de los inversionistas institucionales, para quienes es rentable que exista una regulación que otorgue una prima de control ante los cambios de control de las sociedades cotizadas en las que mantienen inversiones. Así vistas las cosas, no solo ganarían como consecuencia del análisis fundamental y/o técnico realizado a largo y/o mediano plazo en sus inversiones, sino que además pueden hacerlo por otros mecanismos, como sería la OPA. A los inversionistas institucionales no les incentiva eliminar o modificar la regulación de OPAs vigente.

Lo antes señalado ha sido corroborado en OPAs como la de EDEGEL (2008), EDE-LNOR (2008), EEPSA (2010) y MILPO (2010), en donde se transfirieron el 100% de las acciones ofertadas, y precisamente en estas empresas se apreció que su accionariado previo al lanzamiento de las OPAs estaba compuesto por participaciones minoritarias de inversionistas institucionales.

6. Conclusiones y recomendaciones

- (1) Tiene sentido que la OPA sea utilizada para la adquisición del control societario. Su utilización en otros casos no guarda racionalidad económica ni tiene sentido su funcionalidad.
- (2) Desde la entrada en vigencia del actual reglamento de OPA (periodo 2006-2014) se han producido cuarenta y cuatro (44) OPAs:
 - ✓ Siete (7) previas (15,9%).
 - ✓ Treinta y siete (37) posteriores (84,1%).
 - ✓ Quince (15) totales (34,09%).
 - ✓ Veintinueve (29) parciales (65,91%).
 - ✓ Diecisiete (17) indirectas (38,63%), de las que catorce (14) fueron cross-border (31,81%).
 - ✓ Al menos seis (6) fueron declaradas desiertas por falta de compradores.
- (3) En el Perú, las OPAs no son un mecanismo relevante dentro del mercado de control corporativo. Si bien el mercado de control peruano es activo, con un aproximado de cuarenta (40) operaciones al año, las OPAs no son las más usadas para adquirir el control (aproximadamente cuatro operaciones por año).
- (4) Desde un punto de vista conceptual, la configuración de la OPA previa en la regulación peruana trae consigo los siguientes problemas:
 - ✓ Es complicado determinar cuándo surge la obligación de formular la OPA. El término «quien pretenda adquirir» del artículo 68 de la LMV alude a la voluntad o intención del adquirente, hecho subjetivo difícilmente verificable por parte del supervisor.
 - ✓ Su aplicación solo es pertinente en casos en que el accionariado de la sociedad objetivo se encuentre disperso. Sin embargo, las sociedades peruanas se

caracterizan por que el grupo de control es fácilmente identificable, pues la estructura de propiedad de la mayoría de estas sociedades es de accionariado concentrado.

- ✓ En relación al nivel de protección que la OPA previa brinda a los accionistas minoritarios, tal como está regulada en el Perú, es decir, como una OPA previa y parcial (salvo que esta se lance por el 100% de las acciones del *target*), en el presente estudio se considera que es «imperfecto». La OPA previa y parcial configurada por la regulación peruana protege en forma deficiente a los accionistas minoritarios, bien jurídico tutelado de este sistema, en la medida que la prima de control puede ser discriminada a favor de algunos accionistas, sin que se haya establecido un «precio equitativo» que evite dicho perjuicio.
- (5) Se considera que los argumentos que sustentan la imposición de un sistema de OPA obligatorio en el Perú no tienen una justificación razonable, debido fundamentalmente a que: (i) simplemente no existe justificación para su implementación, pues han copiado, sin más, el modelo español, modelo además que en la actualidad se encuentra derogado; (ii) no existe simetría entre el mercado corporativo peruano con relación al mercado británico en el cual nació el sistema de OPA obligatorio (estructura de propiedad del accionariado de las sociedades, flujo de operaciones de toma de control, etc.), con lo que no tendría sentido haber copiado un modelo que nació para una realidad distinta. Ha faltado una reflexión sistemática sobre el significado y fundamento del sistema de OPA obligatorio, y sobre los motivos que llevaron al legislador a establecer este sistema en un mercado de control incipiente como el peruano.
- (6) Reiteradamente se presentan los siguientes problemas y/o cuestionamientos:
- ✓ Existencia de sobrecostos en las adquisiciones corporativas a partir de la actuación de las entidades valorizadoras.
 - ✓ Incoherencia con la finalidad de la regulación peruana de OPAs pues la ejecución de OPAs ha venido generando un trato diferenciado en el pago de la prima de control.
 - ✓ Mala política regulatoria en caso de adquisiciones indirectas.
 - ✓ De mercado: la concentración accionaria de las empresas peruanas genera dudas respecto de la necesidad de la existencia de un sistema de OPA obligatorio.
 - ✓ De mercado: los inversionistas institucionales que actúan en el mercado como accionistas minoritarios prefieren no modificar el actual sistema y verse beneficiados de la distribución de la prima de control.
- (7) Si se parte de la premisa que la adquisición de una sociedad genera beneficios para todos los intervinientes, incluso para el propio país donde se produce tal operación, lo cual requiere de un marco legal lo menos restrictivo posible a efectos de incentivar el mayor número de tomas de control societario, y si se tiene en cuenta los problemas que genera la actual regulación de OPAs antes descritos, se considera necesario efectuar un cambio integral del modelo de OPA obligatoria hacia el modelo de OPA voluntaria.

- (8) Se considera conveniente realizar las siguientes modificaciones:
- ✓ Eliminar la obligación de contratar a las entidades valorizadoras y establecer la figura del precio equitativo en los términos de las regulaciones europeas, a efectos de eliminar algunos problemas de sobrecostos y de trato diferenciado o desigual.
 - ✓ Incorporar el inciso m) del artículo 10 del actual reglamento de OPA, derogado, a efectos de reducir sobrecostos.

REFERENCIAS

- Andrews, W. (1965). The stockholder's right to equal opportunity in the sale of shares. *Harvard Law Review*, 78. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/pdfplus/1339116.pdf?acceptTC=true>
- Arruñada, B. (1992). Crítica a la regulación de OPAs. *Revista de derecho mercantil*, (203/204), 29-67. Madrid. Recuperado de <http://www.aedem-virtual.com/articulos/iedee/v10/102141.pdf>
- Bebchuk, L. (1999). Efficient and inefficient sales of corporate control. *Quarterly Journal of Economics*, (109), 957-992. Recuperado de <http://www.law.harvard.edu/faculty/bebchuk/pdfs/qje.94.pdf>
- Becht, M. (2003). Reciprocity in takeovers. *European Corporate Governance Institute - ECGI. Law Working Paper*, año 2003(14), 29. Recuperado de <http://ssrn.com/abstract=463003>
- Beneyto, J. M. y Largo, R. (dirs.). (2009). *Régimen jurídico de las ofertas públicas de adquisición (OPAs)* Barcelona: Bosch.
- Berle, A. (1958). Control in corporate law. *Columbia Law Review*, 58, 1212 y ss. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/pdfplus/1119961.pdf>
- Berle, A. (1965). Price of power sale of corporate control. *Cornell Law Quarterly*, 50(4), 628 y ss. Recuperado de <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2454&context=clr>
- Berle, A. y Means, G. (1932). *The modern corporation and private property*. New York: Transaction Publishers.
- Bonell, R. (2010). *Manual de OPAs*. Madrid: Difusión Jurídica.
- Brown, M. M., Reynolds III, J. y Davis, K. (1992). Regulation of Acquisitions. En: P. Farmery, y K. Walmsley (eds.), *United States securities and investments regulation handbook*. Chapter 6. Londres: Graham & Trotman.
- Burkart, M., Gromb, D., y Panunzi, F. (1998). Why higher takeover premia protect minority shareholders. *The Journal of Political Economy*, 106(101), 172-204. <http://www.jstor.org/stable/10.1086/250006>
- Cachón Blanco, J. E. (1999). *200 preguntas sobre los mercados de valores*. Madrid: La Ley - Actualidad.
- Carcar, S. (2007). *Enel y Acciona cierran la OPA sobre Endesa con el control del 92% del capital*. Madrid: El País. Recuperado de http://elpais.com/diario/2007/10/06/economia/1191621603_850215.html
- Clark, R. (1986). *Corporate law*. New York: Aspen Law & Business.

- Clarke de la Cerda, Á., y Barsallo, C. (2008). Factores de reforma en gobierno corporativo: experiencias en ofertas públicas de adquisición en Chile y Panamá. *Global Corporate Governance Forum, Focus 6 / IFC – The International Finance Corporation*. Washington, D.C. Recuperado de [http://www.ifc.org/ifcext/cgf.nsf/AttachmentsByTitle/Focus6spanish/\\$FILE/Focus+6.pdf](http://www.ifc.org/ifcext/cgf.nsf/AttachmentsByTitle/Focus6spanish/$FILE/Focus+6.pdf)
- Carrión Álvarez-Calderón, D., y Miranda Ñique, M. (2006). ¿Innovando el sistema de tomas de control en el mercado de capitales peruano? A propósito del nuevo reglamento de OPA en el Perú. *Ius et veritas*, (32), 178-192. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.
- Davies, P., Schuster, E.-P., y Van de Walle de Ghelcke, E. (2010). The takeover directive as a protectionist tool? *European Corporate Governance Institute - ECGI. Law working paper, año 2010*(141). Recuperado de <http://ssrn.com/abstract=1554616>
- De Cárdenas Smith, C. (1993). *Régimen jurídico de las ofertas públicas de adquisición*. Madrid: Civitas.
- Easterbrook, F. y Fischel, D. (1996). *The economic structure of corporate law*. Cambridge: Harvard University Press.
- Escudero Prado, M. E. (dir.) et al. (2002). Las ofertas públicas de adquisición. *Análisis sectorial del mercado de valores*. La Coruña: Netbiblo.
- Fernández Armesto, J. (1998). Las OPAs y el mercado de control empresarial: un balance de diez años de experiencia. *Revista de derecho mercantil, enero-marzo*(227), 37-50. Madrid.
- Ferrell, A. (2003). Why Continental European takeover law matters. *Jhon M. Olin Center for Law, Economics, and Business. Discussion paper*(454). Cambridge: Harvard Law School. Recuperado de http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/454_ferrell.php
- García de Enterría, J. (1996). *La OPA obligatoria*. Madrid: Civitas.
- García de Enterría, J. (1999). *Mercado de control, medidas defensivas y ofertas competidoras. Estudios sobre OPAs*. Madrid: Civitas.
- García de Enterría, J. y Zurita y Sáenz de Navarrete, J. (dirs.). (2009). *La regulación de las OPAs. Comentario sistemático del RD 1066/2007, de 27 de julio*. Madrid: Civitas.
- Guarniz Izquierdo, R. A. (2010). Tres versiones de la Oferta Pública de Adquisición. *Ius et Veritas*, (41), 170-184. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.
- Hunt, P.A. (2007). *Structuring Mergers & Acquisitions. A guide to creating shareholder value*. Tercera edición. Frederick: Aspen Publisher.
- Ibáñez Jiménez, J. (2001). *La contratación en el mercado de valores*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Jrad, M. H. I. (1997). *Aspectos económico-contables en las OPAs*. Valladolid: Universidad de Valladolid, Secretaría de Publicaciones e Intercambio Científico.

- Juste Mencía, J. y Recalde Castells, A. (coors.). (2010). *Derecho de OPAS. Estudio sistemático del régimen de las ofertas públicas de adquisición en el derecho español*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Kraakman, R. et al. (2011). *The anatomy of corporate law: A comparative and functional approach*, segunda edición. New York: Oxford University Press.
- López Martínez, M. (2009). Artículo 3. Oferta por exclusión. En: J. García de Enterría, y J. Zurita y Sáenz de Navarrete (dirs.), *La regulación de las OPAS. Comentario sistemático del RD 1066/2007, de 27 de julio*. Madrid: Civitas.
- Mandalóniz, M. (2009). Consideraciones sobre el nuevo régimen jurídico español de OPAs: De la necesidad inicial a la bienvenida final. En: Beneyto, J. M. y Largo, R. (dirs.), *Régimen jurídico de las ofertas públicas de adquisición (OPAs)* Barcelona: Bosch.
- Otero Lastres, J. M. (1995). *La oferta pública de adquisición de acciones de sociedades anónimas no cotizadas en bolsa*. Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Polo, M. (1996). Ofertas públicas de adquisición. En: J. Sánchez Fernández de Valderrama (dir.), *Curso de bolsa y mercados financieros*. España: Instituto Español de Analistas Financieros.
- Posner, R. (1998). *El análisis económico del derecho*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Rebaza, A. (2000). ¿Para qué te quiero OPA? Sus principios y sus malentendidos. *Themis*, (40). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.
- Recalde Castells, A. (2010). *Régimen jurídico de las OPAs: concepto, función económica y principios de la ordenación*. En: J. Juste Mencía, y A. Recalde Castells (coors.), *Derecho de OPAS. Estudio sistemático del régimen de las ofertas públicas de adquisición en el derecho español*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sala i Andrés, A. M. (2000). *Las OPAs obligatorias ordinarias*. Zaragoza: Bosch Editor.
- Salinas Rivas, S. (2000). La regulación del mercado público de adquisición de control societario: el tratamiento de las adquisiciones indirectas en el Perú. *Themis*, (40), 87-100. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.
- Sánchez Andrés, A. (1995). *Ofertas públicas de adquisición y defensa de la competencia*. Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont, tomo tres. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sánchez Andrés, A. (2008). *Estudios jurídicos sobre el mercado de valores*. Madrid: Thomson Civitas.
- Sánchez Calero, F. (dir.). (1993). *Régimen jurídico de las ofertas públicas de adquisición (OPAs). Comentario sistemático del Real Decreto 1.197/1991*. Madrid: Centro de Documentación Bancaria y Bursátil.
- Sánchez Calero, F. (2007). Líneas generales del nuevo régimen sobre las OPAs. *Revista de derecho bancario y bursátil*, abril-junio(106), 9-40.

- Sánchez Calero, F. (2009). *Ofertas públicas de adquisición de acciones*. Madrid: Thomson Civitas.
- Sánchez-Calero Guilarte, J. (2006). *La armonización disgregante: La directiva de OPAs y el principio de neutralización de medidas defensivas* (documento de trabajo no publicado). Departamento de Derecho Mercantil, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid. Depositado en el archivo institucional *EPrintis Complutense*. Recuperado de <http://eprints.ucm.es/5624/>
- Sánchez-Calero Guilarte, J. (2010). *El misterio de las OPAs: realidad, doctrina y regulación*. En: Gonzáles Castilla, Marimon Durá, y Ruiz Peris (coords.), *Estudios de derecho del mercado financiero. Homenaje al Profesor Vicente Cuñat Edo*. Valencia: Universidad de Valencia, Servicio de Publicaciones. Depositado en el archivo institucional *EPrintis Complutense*. Recuperado de <http://eprints.ucm.es/11975/>
- Scherer, F.M. (1988). Corporate takeovers: The efficiency arguments. *The Journal of Economic Perspectives*, 2(2), 69-82. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/1942740>
- Serra Puente-Arno, G. (2002). *El mercado de valores en el Perú*, segunda edición. Lima: Editorial Cuzco.
- Shleifer, A., y Vishny, R. W. (1986). Large shareholders and corporate control. *The Journal of Political Economy*, 94(3), 461-488. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/1833044>
- Tapia Hermida, A. J. (2000). *Derecho del mercado de valores*. Barcelona: J.M. Bosch Editor.
- Tapia Hermida, A. J. (2008). *El régimen de las ofertas públicas de adquisición de acciones (OPAS) en la Unión Europea y en España* (Documento de Trabajo n.º 7900). Departamento de Derecho Mercantil, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid. Depositado en el archivo institucional *EPrintis Complutense*. Recuperado de <http://eprints.ucm.es/7900/>
- Tapia Hermida, A. J., Alonso Ledesma, C., e Rodríguez, I. (2009). OPAs obligatorias, OPAs con finalidades específicas y OPAs voluntarias. En: J. M. Beneyto, y R. Largo (dirs.), *Régimen jurídico de las ofertas públicas de adquisición (OPAs)*. Barcelona: Bosch.
- Tola Nosiglia, J. (1994) *El mercado de valores y la bolsa en el Perú: teoría general, aplicación práctica y aspectos especiales*. Lima: Mass Comunicación.
- Torres Méndez, M. (2012). *La contratación del mercado de valores. Parte general*. Lima: Grijley.
- Uría & Menéndez. (2007). *Guía sobre el nuevo régimen jurídico de las ofertas públicas de adquisición de valores*. Madrid: Uría & Menéndez Abogados.
- Vicent Chuliá, F. (2001). *Introducción al derecho mercantil*, décimo cuarta edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vicent Chuliá, F. (2008). *Introducción al derecho mercantil*, vigésimo primera edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vidal Ramírez, F. (1988). *La bolsa en el Perú*. Lima: Cultural Cuzco.

- Weston, F., Chung, K. S., y Hoag, S.E. (1990). *Mergers, restructuring and corporate control*. Estados Unidos de América: Prentice Hall.
- Zunzunegui, F. (1997). *Derecho del mercado financiero*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Zurita y Sáenz de Navarrete, J. (1993). Oferta pública de adquisición en caso de toma o aumento de una participación significativa. En: F. Sánchez Calero (dir), *Régimen jurídico de las ofertas públicas de adquisición (OPAS). Comentario sistemático del Real Decreto 1.197/1991*. Madrid: Centro de Documentación Bancaria y Bursátil.
- Zurita y Sáenz de Navarrete, J. (1971). *Consideraciones sobre la nueva reglamentación francesa de las ofertas públicas de compra y cambio de acciones*. Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues, tomo tres, 509-525. Madrid: Tecnos.

SECCIÓN IV

DERECHO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

HACIA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LA COMUNIDAD ANDINA

Moisés Rejanovinschi Talledo
Departamento Académico de Derecho, PUCP*

Categoría profesores

A Sandra, mi apoyo en todos mis proyectos

El autor propone una decisión andina que reconozca derechos a los consumidores, pues la Comunidad Andina, desde su creación, busca mejorar el nivel de vida de sus habitantes. Si bien actualmente existen decisiones andinas —en el ámbito de la competencia, la propiedad intelectual o las telecomunicaciones— que de manera indirecta o sectorial protegen a los consumidores, es necesario un tratado de la Comunidad Andina que establezca expresamente los derechos mínimos de los consumidores. Se plantea un estándar de consumidor que busque premiar comportamientos diligentes. A su vez, se formulan con una serie de ejemplos como derechos de los consumidores los de información e idoneidad, la protección de los intereses económicos, la seguridad y la salud, y se rescata, igualmente, la importancia de las asociaciones de consumidores en la defensa de intereses indeterminados de los consumidores. Finalmente, los mecanismos procesales deben ser eficaces como herramientas para ejercer los derechos.

I. Introducción

Con el Acuerdo de Integración Subregional Andino, llamado Acuerdo de Cartagena, suscrito el 26 de mayo de 1969 se creó la Comunidad Andina, conformada actualmente por los países de Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia¹. En su artículo 1 señala como objetivos «promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano» (Comunidad Andina, 1969).

Adicionalmente, el segundo párrafo del artículo 1 agrega como objetivos adicionales de la Comunidad Andina «propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros» (Comunidad Andina, 1969).

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/moises-rejanovinschi-talledo/>

¹ Mayor información sobre la creación de la Comunidad Andina se puede encontrar en su portal institucional: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=195&tipo=QU&title=resena-historica>

Finalmente, el tercer párrafo del artículo I del Acuerdo de Cartagena —y de mayor relevancia para el presente documento— establece que los objetivos anteriormente señalados «tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión [énfasis añadido]» (Comunidad Andina, 1969).

Se considera para el presente trabajo que el Tratado de Creación de la Comunidad Andina, al apuntar a garantizar el bienestar de los habitantes, también busca una mejora en el nivel de vida de los consumidores. Para ello se propondrán algunos lineamientos a considerar en la aprobación de una decisión andina que reconozca necesariamente la protección de los derechos de los consumidores².

Una consecuencia jurídica de contar con una decisión andina es la preeminencia y aplicación directa de las normas comunitarias frente a las normas nacionales: de acuerdo a lo indicado, una decisión andina sobre protección al consumidor prevalecerá en caso de conflicto, frente a una norma nacional de un miembro de la Comunidad Andina. Asimismo, la falta de regulación en un país miembro sobre protección al consumidor no será obstáculo para la aplicación directa de una decisión andina sobre protección al consumidor.

La supremacía y aplicación directa de las normas de la Comunidad Andina se encuentran en el razonamiento de la Interpretación Prejudicial 30-IP-98 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

El efecto que tiene el principio, intrínseco al Derecho Comunitario, de la aplicabilidad directa, obliga a los jueces nacionales y a cualquier otra autoridad a aplicar en sus actos judiciales o administrativos el derecho comunitario involucrado en la materia respectiva, sin que aquellos puedan resistirse a esa aplicación, so pretexto de que exista una norma nacional anterior o posterior contraria a la comunitaria. La aplicabilidad directa es una obligación que nace por sí misma y sin requerimiento o declaración de ninguna especie.

Resumiendo lo dicho anteriormente, este Tribunal concluye [...] que el Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino prevalece sobre el Derecho interno de los Países Miembros, no requiriendo de norma interna alguna para entrar en vigencia en el territorio de los Países Miembros de la Comunidad y pasa a formar parte del ordenamiento jurídico que en ellos se aplica, por lo que resulta innecesario, impertinente y contraproducente cualquier actuación de Derecho interno de índole legislativa, ejecutiva [...] o judicial, que se interponga entre la norma comunitaria y la norma nacional. (Proceso 030-IP-98, numeral III, p. 7)

Es necesario precisar que la Decisión n.º 539 de la Comunidad Andina establece una Mesa Andina sobre la Promoción y Protección de los Derechos del Consumidor; «como instancia consultiva dentro del marco del Sistema Andino de Integración, para promover la activa participación de las instituciones, públicas y privadas, vinculadas con la defensa de los derechos del consumidor en los Países Miembros de la Comunidad Andina, en los procesos de concertación social y de toma de decisiones de la integración subregional en las áreas de su interés» (Comunidad Andina, 2003).

Esta mesa andina se instaló el 14 de mayo de 2009, y el 6 de marzo de 2013 efectuó la Declaración de Quito, en la cual se reafirmó el compromiso de «fortalecer y avanzar las

2 Esto es relevante pues a la fecha de la elaboración del presente documento no se cuenta con una decisión andina que expresamente regule la protección de los derechos de los consumidores.

actividades que despliega la Mesa Andina [...] como un elemento importante que apunta a la gradual consolidación de los grandes objetivos que persigue el proceso andino de integración, a través de un esfuerzo coordinado de las instituciones públicas y privadas que trabajan por la defensa de los derechos de los consumidores en los países andinos» (Comunidad Andina, 2003)³.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha propuesto una agenda positiva, en la que se incluya la protección al consumidor «y, de ser el caso, [...] la elaboración de diversas Decisiones que aborden temas puntuales de interés para los habitantes *vis à vis*, sus consumidores» (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2014, p. 3), sin concretarse a la fecha la propuesta del tribunal en una decisión andina. Esta situación es preocupante, pues se percibe que la protección de los consumidores no es prioritaria en el ámbito supranacional. Lo que se plantea en el presente documento es que, antes de aprobar decisiones sectoriales, se debe empezar con una línea base mediante derechos iniciales de los consumidores.

Es posible concluir que la protección al consumidor es una herramienta importante para el proceso andino de integración, pues, como se ha adelantado, la creación de la Comunidad Andina tiene como finalidad mejorar el nivel de vida de los consumidores. Por ello, es necesaria la aprobación de una decisión andina que establezca un marco mínimo de derechos, así como mecanismos procesales para la defensa de manera efectiva de los mismos.

Los países andinos cuentan con intervención diversa —mayor o menor— del Estado en la economía consagrada en sus constituciones, y también reconoce derechos a los privados. En la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, el artículo 306 señala que el modelo económico boliviano es plural y orientado a mejorar la calidad de vida y vivir bien de los bolivianos, formada por una economía plural en la que también está presente el Estado. El artículo 308 reconoce y garantiza la libre iniciativa privada y la libertad de empresa. Asimismo, en los numerales II.1 y II.4 de su artículo 311, se puede observar que el Estado ejerce la dirección integral del desarrollo económico y sus procesos de planificación; podrá a su vez el Estado intervenir en la cadena productiva de sectores estratégicos para garantizar el abastecimiento y preservar la calidad de vida de los bolivianos.

En lo referente a la protección constitucional del consumidor, el artículo 75 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia establece como derechos el «suministro de alimentos, fármacos y productos en general, en condiciones de inocuidad, calidad, y cantidad disponible adecuada y suficiente, con prestación eficiente y oportuna del suministro [...] [y] la información fidedigna sobre las características y contenidos de los productos que consuman y servicios que utilicen».

En la Constitución de la República del Ecuador, el numeral 4 del artículo 277 señala que son deberes del Estado, para conseguir el buen vivir de los ciudadanos, producir bienes, crear y mantener infraestructura, y proveer servicios públicos. El artículo 66 reconoce como derecho de las personas el realizar actividades económicas. A su vez, el artículo 288 señala que el sistema económico es social y solidario, «propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir. El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública,

3 De acuerdo con lo indicado en el portal de la Comunidad Andina (<http://www.comunidadandina.org>), y con motivo de su I Reunión Extraordinaria celebrada en Quito, Ecuador, los días 4, 5 y 6 de marzo de 2013 y por la realización del I Ciclo de Conferencias de los Consumidores Andinos denominado «Los pasajeros andinos conocen sus derechos».

privada, mixta, popular y solidaria» (Asamblea Nacional Constituyente de Ecuador; art. 288), y otras que determinen su Constitución. En su artículo 335, el Estado define una política de precios orientada a proteger la producción nacional.

El artículo 52 de la Constitución de la República del Ecuador apunta que los consumidores tienen el derecho a «disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características» (Asamblea Nacional Constituyente de Ecuador; art. 52) delegando a la legislación mecanismos de control de calidad, mecanismos de defensa, sanción e indemnización.

En la Constitución Política de Colombia, el artículo 333 indica que la iniciativa privada es libre. El mismo artículo indica que «la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial». En el artículo 334 se reconoce la intervención estatal de manera especial «para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones».

En lo referente a la protección de los consumidores, el artículo 78 de la Constitución Política de Colombia delega a la legislación el control de calidad de bienes y servicios, y la información que se suministre. Hace énfasis en que, según lo que establezca la norma, «serán responsables [...] quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios». Además, el Estado «garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas».

La Constitución Política del Perú (1993) manifiesta, en su artículo 58, que la libre iniciativa privada, la cual «se ejerce en una economía social de mercado» actuando el Estado principalmente en «áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura». Adicionalmente, el artículo 60, al reconocer el pluralismo económico, determina el rol subsidiario del Estado: «[s]olo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional».

La protección al consumidor se encuentra en el artículo 65 de la Constitución Política del Perú, que estipula 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».

Como se puede apreciar, las constituciones de los países andinos no han sido ajenas, sin importar una mención mínima, a la protección de los consumidores. Para incrementar esta protección y afianzar la integración comunitaria será necesaria una decisión andina, pues un indicador adicional son las exportaciones entre los miembros de la Comunidad Andina: «[d]urante el año 2015, Colombia es el que mayor participación presenta, con 35.9%, seguido por el Perú con 27.8%, Ecuador con 23.0% y Bolivia con 13.3%» (Comunidad Andina, 2016, p. 56). Los países andinos realizan intercambios de productos y servicios, y el consumidor debe ser considerado en las consecuencias legales de dichas transferencias.

Un determinado modelo económico o político no puede ser obstáculo para promover la defensa de los consumidores ni para plantear una decisión andina que los proteja, ya que, como se indicará en la definición de consumidor, este es el destinatario final de transacciones que se dan en un mercado, sea regulado o no, y, por tanto, merece protección (pues satisface sus necesidades mediante la adquisición de productos y servicios). Asimismo, ya sea el proveedor una entidad pública o un particular, no será relevante siempre que el consumidor actúe como destinatario final para satisfacer sus necesidades.

El consumidor no espera un periodo determinado de años para elegir autoridades gubernamentales o ejercer iniciativas legislativas o fiscalizadoras mediante representantes, sino que elige día a día, hora a hora, mesa a mesa de sufragio económico, desde que amanece hasta las últimas horas del día —incluso en determinadas circunstancias las 24 horas—, a nivel local y comunitario, de manera libre y democrática a quién preferir en el mercado.

Si se defiende la democracia como un valor de un Estado de derecho, promovido por la capacidad y libertad de elegir. También se debe defender la libertad democrática en el mercado, en la cual los consumidores son protagonistas diariamente, en todo momento. El poder del consumidor se verá afianzado con la supremacía de la aplicación de las normas comunitarias.

2. Decisiones andinas con implicancias indirectas en la protección de los consumidores

Actualmente, se cuenta con decisiones andinas que, de manera indirecta, protegen a los consumidores. Así, por ejemplo, se cuenta con la Decisión n. ° 608, que aprueba las Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina. El objetivo de la Decisión n. ° 608, de acuerdo con su artículo 2, es «la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores [énfasis añadido]».

La competencia es «aquella situación en que se encuentran las empresas que concurren en el mercado, en virtud de la cual cada transacción comercial que efectúa cualquiera de ellas puede ser representada por las demás como una oportunidad comercial perdida» (Baylos, 1993, p. 255). Por lo tanto, es importante que exista competencia entre proveedores de productos, pues esta permitirá que los consumidores cuenten con mayores opciones para elegir productos o servicios.

La protección de los derechos de los consumidores forma parte del derecho ordenador del mercado y tiene por objeto «regular los derechos y obligaciones de los agentes económicos (privados y el Estado) en el mercado o tráfico económico. Para mayor precisión, es una disciplina jurídica ordenadora (vía la regulación) del comportamiento de quienes participan o desarrollan actividades económicas (los empresarios y consumidores) y del propio Estado en la medida que interviene en el mercado. De allí que sea necesario considerar como requisito previo la existencia de esta clase de sistema o modelo económico» (Diez-Canseco, 1997, p. 41). Entre las disciplinas que forman parte del derecho ordenador del mercado, se encuentran, además del derecho de la protección al consumidor, el derecho de la libre competencia y el derecho de la represión de la competencia desleal (Diez-Canseco, 1997, p. 41).

Asimismo, retomando la cita del artículo 2 de la Decisión n. ° 608, el bienestar de los consumidores como objetivo se consigue de manera indirecta al defender el proceso competitivo. A manera de ejemplo, el literal a) del artículo 7 de la Decisión n. ° 608 tipifica como una conducta restrictiva a la libre competencia aquellos acuerdos que tengan el propósito o efecto

de «fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización». La fijación de precios restringe la libertad de elección de los consumidores; en ese sentido, se evidencia una protección indirecta por las normas de libre competencia con la Decisión n. ° 608.

El proceso de libre competencia —y, de manera indirecta, de protección a los consumidores— es trascendente para un proceso de integración comunitaria: «[r]esulta por eso, esencial para la buena marcha de la cooperación subregional que los países se comprometan a mantener reglas de juego compatibles con la operación del intercambio comercial dentro de esquemas de libre competencia e igualdad en las relaciones entre ellos, de modo que se cumpla el propósito de la integración económica, el cual es el de aglutinar los diversos mercados de los países integrantes reduciendo o eliminando los obstáculos al intercambio comercial recíproco, a fin de que el mercado ampliado cumpla las funciones de expansión comercial y mejore las condiciones de competitividad en la región» (Proceso 117-AI-2004, citado en el Proceso 193-IP-2007, numeral 2, p. 12).

Esta protección indirecta de los consumidores se aprecia en las normas de libre competencia peruanas: el Decreto Legislativo n. ° 701⁴ y el Decreto Legislativo n. ° 1034⁵, este último actualmente vigente. Ambas normas regulan como un acto contrario a la libre competencia la fijación de precios.

Así, bajo la aprobación del Decreto Legislativo n. ° 701, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, INDECOPI) sancionó con multas oscilantes entre 10 y 40 UIT⁶ a la Asociación Peruana de Empresas de Seguros (en adelante, APESEG), El Pacífico Peruano Suiza Compañía de Seguros y Reaseguros, Generali Perú Compañía de Seguros y Reaseguros, La Positiva Seguros y Reaseguros S.A., Mapfre Compañía de Seguros y Reaseguros, Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros, Royal & Sunalliance Seguros Fénix y Sul América Compañía de Seguros por haber concertado el precio de las primas del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (en adelante, SOAT) durante el periodo comprendido entre diciembre de 2001 y abril de 2002 (Resolución n. ° 224-2003/TDC-INDECOPI)⁷.

En Colombia, las normas que regulan la libre competencia son la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009. El artículo 47 del Decreto 2153 considera ejemplos de acuerdos, sancionables por ser contrarios a la libre competencia, «los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios; [...] los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros; [...] los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores».

Por infracción a las normas de libre competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia ha sancionado a los productores de papel higiénico y otros papeles suaves Colombiana Kimberly Colpapel S.A., Productos Familia S.A., C.Y P. del R. S.A. y Papeles Nacionales S.A., así como a sus directivos. La investigación de la superintendencia determinó

4 Ley que elimina las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, derogado por el Decreto Legislativo n. ° 1034.

5 Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

6 En el año 2003, fecha en que se sancionó a los denunciados, la UIT ascendió a S/ 3100.00.

7 Los denunciados interpusieron una demanda judicial cuestionando la validez de la resolución administrativa que los sancionaba; sin embargo, la legalidad de la misma fue confirmada por el Poder Judicial peruano. Véase: <http://elcomercio.pe/economia/705215/noticia-aseguradoras-si-concertaron-precios-soat-2001>.

que los involucrados, durante los años 2000 al 2013, incurrieron «en una conducta concertada, continuada y coordinada para fijar artificialmente el precio de los papeles suaves en Colombia, sector integrado por 4 productos: papel higiénico; servilletas; toallas de cocina; y pañuelos para manos y cara» (Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, 2016a).

Por su parte, en Bolivia se cuenta con el Decreto 29519, y Ecuador tiene la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.

Otra decisión andina que también protege de manera indirecta a los consumidores es la Decisión n. ° 486, que aprueba el Régimen Común sobre Propiedad Industrial. Revisando las prohibiciones al registro de marcas podemos citar la prohibición relativa —es decir, que afecta derechos de particulares o terceros— de riesgo de confusión o asociación del literal a) del artículo 136: «No podrán registrarse como marcas aquellos signos cuyo uso en el comercio afectara indebidamente un derecho de tercero, en particular cuando: a) sean idénticos o se asemejen, a una marca anteriormente solicitada para el registro o registrada por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios respecto de los cuales el uso de la marca pueda causar un riesgo de confusión o de asociación».

La primera función de un signo distintivo es la función indicadora de procedencia empresarial o función distintiva, en la que se vincula un signo que diferencia un producto o un servicio con un origen empresarial, función en la que participan los consumidores: «Al contemplar una marca puesta en relación con un producto o un servicio, el consumidor piensa lógicamente que el producto o servicio procede de una determinada empresa: de aquella empresa que proceden todos los productos o servicios de la misma clase que están dotados de la misma marca» (Fernández-Novoa, 1978, p. 35).

Una función adicional de los signos distintivos es la función indicadora de calidad del producto o servicio, mediante la cual el consumidor asigna a los productos o servicios de una marca una calidad determinada en función de su experiencia de consumo: «[...] en relación con el artículo de marca que es conocido por propia experiencia o bien por consecuencia de las informaciones proporcionadas por otros consumidores [énfasis añadido] [...] el consumidor piensa que el artículo posee aquellas características que le son propias de todos los artículos del mismo género que llevan sobre sí la misma marca» (Fernández-Novoa, 1978, p. 40)⁸.

Teniendo en cuenta la participación de los consumidores en la función distintiva e indicadora del origen empresarial, es necesario que el registro de los signos distintivos se proteja de riesgos de confusión y asociación, y tome como criterios la similitud gráfica, fonética, conceptual y, como indica el Decreto Legislativo n. ° 1075, también la apreciación del consumidor⁹.

A mayor abundamiento y teniendo en cuenta lo dispuesto en el literal a) del artículo 136:

Los signos que aspiren a ser registrados como marcas deben ser suficientemente distintivos y, en consecuencia, no deben generar confusión con otras marcas debidamente registradas que gozan de la protección legal concedida a través del mismo y del derecho que de él se desprende, consistente en hacer uso de ellas con exclusividad.

8 También determinadas marcas, como las notorias o renombradas por la implantación en la mente de los consumidores, tienen una función adicional, la del *goodwill*, prestigio o buena fama de la marca. Sobre esta última función véase: Fernández-Novoa (1978, pp. 54 y ss).

9 Decreto Legislativo n. ° 1075: «Artículo 45. Determinación de semejanza. A efectos de establecer si dos signos son semejantes y capaces de inducir a confusión y error al consumidor; la Dirección competente tendrá en cuenta, principalmente, los siguientes criterios: [...] b) el grado de percepción del consumidor medio».

Según la Normativa Comunitaria Andina no es registrable un signo confundible ya que no posee fuerza distintiva. De permitirse su registro se atentaría contra el interés del titular de la marca anteriormente registrada y el de los consumidores. La prohibición de registro de signos confundibles contribuye a que el mercado de productos y servicios se desarrolle con transparencia y así el consumidor no se vea expuesto a incurrir en error al realizar la elección de los productos que desea adquirir [énfasis añadido]. (Proceso 04-IP-2012, numeral V.2, p. 6)

Es posible afirmar que, con la finalidad de contar con una información transparente en el mercado, se protege de manera directa al titular del signo distintivo y de manera indirecta, al consumidor para evitar que tome una decisión de consumo equivocada, creyendo erróneamente comprar un signo con un origen empresarial distinto al que pensaba o si bien distingue los signos distintivos, puede equívocamente imaginar que entre un signo y otro exista un vínculo empresarial o económico. En el caso de las prohibiciones relativas que protegen indirectamente a los consumidores adicionalmente, se encuentran los demás supuestos regulados en el artículo 136: (i) cautelar el registro de riesgo de confusión o asociación de un nombre comercial, lema comercial, marca del representante, marca notoriamente conocida¹⁰; (ii) proteger a las personas afamadas¹¹; (iii) afectación a la propiedad industrial o derecho de autor de tercero¹²; (iv) afectación de comunidades indígenas, afroamericanas o locales¹³.

Adicionalmente, en el ámbito de las prohibiciones absolutas —que protegen el interés público— establecidas en el artículo 135 de la Decisión n. ° 486, existen supuestos que indirectamente protegen a los consumidores. A manera de ejemplo, el literal i) del artículo 135 prohíbe el registro de signos distintivos que «puedan engañar a los medios comerciales o al público, en particular sobre la procedencia geográfica, la naturaleza, el modo de fabricación, las características, cualidades o aptitud para el empleo de los productos o servicios de que se trate».

El Tribunal de la Comunidad Andina señala que el objetivo de esta prohibición es:

[r]esguardar el orden público amparando, por un lado, al consumidor, por medio de proteger su autonomía y de evitar que incurra en error al elegir y utilizar un determinado producto o servicio por estimar, equivocadamente, que adquiere uno de ciertas características o de determinada procedencia, cuando en realidad se hace de otro diferente que no tiene las especificidades deseadas o requeridas [énfasis añadido]; y, por otro, protegiendo al productor, pues cuando se prohíbe el registro de signos engañosos, se impide o evita el uso de prácticas desleales de comercio que menoscaben el legítimo posicionamiento que hayan logrado en el mercado productos identificados con marcas de las cuales es éste titular. (Proceso 22-IP-2011, numeral 3.3, pp. 16 - 17)

Nuevamente, mediante una prohibición absoluta de registro de una marca, indirectamente se protege a los consumidores para evitar que elijan sobre la base de información errónea acerca de la procedencia geográfica o cualidades de un producto.

10 Revisar los literales b), c), d), h) del artículo 136 de la Decisión n. ° 486.

11 Revisar el literal e) del artículo 136 de la Decisión n. ° 486.

12 Revisar el literal f) del artículo 136 de la Decisión n. ° 486.

13 Revisar el literal g) del artículo 136 de la Decisión n. ° 486.

Si bien no existe una decisión andina que exclusivamente reconozca los derechos de los consumidores, se cuenta con una norma andina de carácter sectorial que protege a los consumidores o usuarios de servicios de telecomunicaciones. La Decisión n. ° 638 aprueba los Lineamientos para la Protección al Usuario de Telecomunicaciones de la Comunidad Andina y reconoce, en su artículo 2, los siguientes derechos de los usuarios:

privacidad e inviolabilidad de sus telecomunicaciones, así como al mantenimiento de la reserva de todos los datos personales vinculados al servicio adquirido y que han sido suministrados a terceros [...] acceso y la prestación continua y eficiente de un conjunto mínimo de servicios de telecomunicaciones que incluya, al menos, un precio razonable y la medición de sus consumos mediante instrumentos tecnológicos apropiados [...] elección libre del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su utilización [...] acceso a información clara, precisa, cierta, completa, oportuna y gratuita acerca de las tarifas y planes tarifarios vigentes y la manera de utilizar con eficiencia y seguridad el servicio respectivo [...] recepción y respuesta rápida y eficaz de todas sus solicitudes, quejas y/o reclamos derivados de la prestación de los servicios de telecomunicaciones [...] posibilidad de presentar quejas, reclamos y denuncias ante la autoridad competente por violaciones a los derechos del usuario [...] facturación oportuna y clara de la totalidad de los cargos y servicios del cual es usuario [...] información previa, oportuna y adecuada sobre la suspensión, restricción o eliminación de los servicios de telecomunicaciones que haya contratado [...] compensación o reintegro que corresponda por tiempo que el servicio no haya estado disponible al usuario, por causas imputables a los operadores o proveedores [...] prestación del servicio sin ser obligado o condicionado a adquirir otro bien o servicio [...] acceso de manera gratuita a los servicios de información y emergencia.

A su vez, la Decisión n. ° 619 regula normas sobre derechos y obligaciones de usuarios, transportistas y operadores de los Servicios de Transporte Aéreo en la Comunidad Andina; la Decisión n. ° 483 adopta normas para el control y comercialización de productos veterinarios; la Decisión n. ° 516 armoniza las legislaciones andinas en materia de productos cosméticos; la Decisión n. ° 706 regula los regímenes sanitarios, de control de calidad y vigilancia sanitaria, y comercialización de productos de higiene doméstica y productos absorbentes de higiene personal. Estas decisiones se encuentran vinculadas a la salud de los consumidores.

Se puede apreciar una gama de derechos reconocidos a los consumidores como usuarios de servicios de telecomunicaciones, que puede abarcar telefonía fija, móvil, internet, cable y otros que puedan brindarse en el futuro, pero en un ámbito sectorial específico. Por tanto, es necesaria una decisión andina que proteja a los consumidores de manera general en otros sectores económicos.

3. Consumidor que debe ser protegido

El consumidor es parte del proceso competitivo, pues como demandantes de bienes o servicios contribuyen con sus decisiones a la eficiente asignación de recursos en un mercado determinado. Según las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, existen los siguientes fundamentos para proteger a los consumidores: «los consumidores afrontan a menudo desequilibrios en cuanto a capacidad económica, nivel de educación y poder de negociación; y teniendo en cuenta que los consumidores deben tener el derecho de acceso a productos que no sean peligrosos, así como la importancia de promover un desarrollo económico y social justo, equitativo y sostenido, y la protección del medio ambiente» (Naciones Unidas, 2003, numeral I.1).

La Unión Europea no solo cuenta con diversas normas¹⁴ que regulan varios aspectos de la protección al consumidor; sino que tienen una Agenda del Consumidor que prioriza la seguridad y educación de los consumidores, vela por la aplicación de las normas de protección al consumidor y las actualiza a los cambios sociales (Comisión Europea, 2014, p. 12). La Agenda de la Comunidad Andina, de acuerdo con esta propuesta, será emitir una decisión andina que proteja a los consumidores.

Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia, como países miembros de la Comunidad Andina, cuentan con leyes que reconocen derechos a los consumidores. Cada una de ellas tiene las siguientes definiciones de consumidor:

Tabla 1

Colombia Ley 1480 (12.04.12 ¹⁵)	Artículo 5. DEFINICIONES. Para los efectos de la presente ley, se entiende por: [...] Consumidor o usuario. Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.
Ecuador Ley 2000-21 (10.07.00) ¹⁶	Artículo 2. [...] CONSUMIDOR.- Toda persona natural o jurídica que como destinatario final, adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello. Cuando la presente ley mencione al Consumidor; dicha denominación incluirá al Usuario.
Perú Ley 29571 (02.10.10 ¹⁷)	Artículo IV.- Definiciones. Para los efectos del presente Código, se entiende por: 1. Consumidores o usuarios 1.1 Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor. 1.2 Los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio. 1.3 En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta.
Bolivia Ley 453 (06.12.13 ¹⁸)	Artículo 5º.- (Definiciones) Para los efectos de la presente Ley se establecen las siguientes definiciones: 1. Usuarías y Usuarios, Consumidoras y Consumidores. Son las personas naturales o jurídicas que adquieran, utilizan o disfrutan productos o servicios, como destinatarios finales.

14 A manera de ejemplo, el Reglamento n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 27 de octubre de 2004, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores, conocido como el Reglamento sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores. También se puede citar a la Directiva n.º 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 03 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos.

15 Sobre fecha de vigencia, véase: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html

16 Sobre fecha de vigencia, véase: <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=11422>

17 Fecha de vigencia de acuerdo a su Cuarta Disposición Complementaria Final.

18 Sobre fecha de promulgación, véase: <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=14916>

De acuerdo con Bercovitz, la expresión destinatario final implica que el sujeto de protección «adquiere los bienes o servicios para utilizarlos o consumirlos él mismo, y que, en consecuencia, esos bienes o servicios quedan dentro de su ámbito personal, familiar o doméstico, sin que vuelvan a salir al mercado. En tal sentido, es válido el símil “destinatario final”, es decir, el destinatario que recibe los bienes, no para reexpedirlos, sino para quedarse con ellos» (Bercovitz, 1992, p. 29).

En el asunto C-464/01, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló que «cuando una persona celebra un contrato para usos relacionados con su actividad profesional, debe considerarse que aquella se encuentra en igualdad de condiciones con su cocontratante, de manera que en este supuesto no se justifica la protección especial que [...] [se] otorga a los consumidores» (Asunto C-464/01, numeral 40), reforzando la definición de destinatario final. En tal sentido, no se puede amparar a un agente económico que actúa de manera profesional con un consumidor; y si existiera una decisión andina, este deberá ser el criterio a seguir:

El común denominador en los países miembros de la Comunidad Andina es considerar como consumidores a las personas naturales o jurídicas que actúan como destinatarios finales al adquirir un producto o servicio, es decir, que utilizan el producto o servicio para satisfacer una necesidad, no para reintroducirlo en la cadena productiva.

En el hipotético caso de que la propuesta de definición de consumidor para una decisión andina incluyera «a las personas naturales o jurídicas como destinatarios finales», si una autoridad de un país incluyese un estándar no considerado en la decisión andina propuesta, ¿esta actuación sería contraria a la propuesta de decisión andina de protección al consumidor?

En el Perú se ha discutido cuál es el parámetro o estándar de consumidor que se debe defender: el consumidor medio o el consumidor razonable. El consumidor medio es «aqueel que solo a veces planifica sus compras, pero le gustan las ofertas. Solo se informa del producto cuando algo le preocupa. No es muy acucioso ni cuidadoso en sus compras, no se fija mucho en los detalles y solo reclama cuando la cosa es grave» (Durand Carrión, 2008, p. 332). A su vez, defender a un consumidor diligente dejaría en un estado de desprotección a un sector de la población.

Lo paradójico del consumidor diligente es que está relacionado directamente con aquellas personas informadas y la información tiene que ver mucho con el status educativo de las personas, que en nuestro país es considerablemente bajo, y son precisamente esas personas las que más necesitan del INDECOPI, son las personas más pobres, los más desinformados, los desplazados; es decir, como se expresa en política, son los «ciudadanos de a pie» los que más necesitan de la acción y de la defensa de sus derechos como consumidores. (Durand Carrión, 2008, p. 329)

El otro estándar de protección es defender al consumidor razonable, un estándar ideal que resguarda las actuaciones de los consumidores que actúan con la diligencia ordinaria: «la idea del estándar es mejorar las conductas, no perpetuar las conductas inadecuadas [...] es necesario mantener el estándar de razonabilidad precisamente para que las normas puedan corregir situaciones aisladas de irracionalidad de los consumidores. En otras palabras, el estándar de consumidor razonable sirve para corregir desviaciones marginales» (Bullard, 2010, pp. 8-9).

La idea del presente trabajo es proteger al consumidor razonable, pues genera incentivos para actuar con diligencia. En ese sentido, se considera incluir en la definición del consu-

midor a la del consumidor razonable: personas naturales o jurídicas como destinatarios finales, que actúen con diligencia ordinaria.

Respecto de la pregunta planteada anteriormente, si una legislación nacional o alguna autoridad administrativa resolviera defendiendo a un consumidor negligente, atentaría contra la propuesta de decisión andina de protección al consumidor:

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea también ha reconocido el concepto de consumidor razonable. Así, por ejemplo, en la sentencia en la que se analiza si el embalaje de los huevos comercializados por Gut Springenheide podría inducir a error a los consumidores, el tribunal indicó que el parámetro a tener en cuenta es «la expectativa que se presumía en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz» (Asunto C-210/96, numeral 37). En otras palabras, al indicar que el consumidor es aquel normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, se muestra un parámetro de diligencia ordinaria y, por tanto, un consumidor razonable.

El siguiente caso fue tomado de las noticias: «Un hombre de Inglaterra casi pierde su casa por intentar secar su ropa interior en el microondas, la cual ardió en llamas tras unos minutos en el electrodoméstico [...] El propietario quiso usar el microondas para secar sus calzoncillos y medias lo antes posible. “La conclusión es que nunca se debe poner ropa de ningún tipo en el microondas o en el horno para secarla”, explicó en un comunicado uno de los bomberos de Dorset» («Un hombre incendia su casa», 2012). Si este ciudadano interpusiera una acción legal contra la empresa que le vendió el electrodoméstico por el incendio causado, ¿cómo debería resolverse? Si se recoge la postura del consumidor medio, aquel que no lee, se estaría amparando una conducta negligente, pues un consumidor con la diligencia ordinaria, antes de utilizar el producto, leería el manual de instrucciones para ver el funcionamiento del electrodoméstico, en el cual usualmente se especifican las restricciones o advertencias. Es por ello que si se interpusiera una acción legal en el ejemplo planteado, debería rechazarse.

En el desarrollo de la protección al consumidor en el Perú, inicialmente la jurisprudencia administrativa del INDECOPI recogió el concepto de consumidor razonable¹⁹; posteriormente, se reconoció en el Decreto Legislativo n.º 1045²⁰, el que actualmente se encuentra derogado por la Ley 29571, que aprueba el Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, Código de Consumo). Este último no recoge de manera expresa el término consumidor razonable; sin embargo, de varios artículos de la norma se desprende que ese es el estándar escogido por el legislador²¹.

19 Resolución n.º 101-96-TDC, Numeral III.2: «la Sala considera que el consumidor que la Ley de Protección al Consumidor ampara es mas bien el que ocupa el último eslabón de la cadena producción-consumo [...] En ese contexto, en principio, no le es exigible a quien adquiere, utiliza o disfruta un bien o servicio la diligencia propia del proveedor; sino únicamente la que le corresponde como un consumidor razonable.»

20 Al modificar el Decreto Legislativo n.º 1045, la definición de protección al consumidor incluyó expresamente al consumidor con la diligencia ordinaria o consumidor razonable: «Artículo 1. [...] Modifíquese el literal a) del Artículo 3 de la Ley de Protección al Consumidor; en los términos siguientes:

a) Consumidores o usuarios [...] La presente Ley protege al consumidor que actúa en el mercado con diligencia ordinaria, de acuerdo a las circunstancias.»

21 A manera de ejemplo, el artículo 29, literal e) («La advertencia de los riesgos y peligros que normalmente tienen ciertos productos o servicios [...] debe realizarse cumpliendo con los siguientes criterios: [...] debe utilizarse un lenguaje accesible y entendible por un consumidor que actúa con la diligencia ordinaria»), y el artículo 104 («El proveedor es exonerado de responsabilidad administrativa si logra acreditar la existencia de una causa objetiva, justificada y no previsible que configure ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor; de hecho determinante de un tercero o de la imprudencia del propio consumidor afectado»).

El reconocimiento del estándar de consumidor razonable no es exclusivo del INDECOPI, pues dicho estándar es aplicado de igual forma en la jurisprudencia administrativa en materias como el sector de telecomunicaciones, en el que se aplica el estándar de consumidor o usuario razonable o con diligencia ordinaria. En la Resolución n.º 1 del Expediente 0988-2013/TRASU/ST-RA, el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos (en adelante, TRASU) del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, OSIPTEL) resolvió una controversia sobre la disconformidad con la veracidad de la información brindada a un usuario través del número 123, respecto de la promoción Trío Ilimitado para Toda la Vida de una empresa operadora. Se declaró infundado el recurso de apelación interpuesto por el usuario, pues «el reclamante no ha sido diligente [énfasis añadido] en precisar las circunstancias en las cuales se le habría brindado información errónea tales como la fecha y hora en la cual se habría comunicado al 123 para hacer la consulta respectiva, así como el nombre del funcionario que lo habría atendido» (Expediente 0988-2013/TRASU/ST-RA, numeral 10).

En ese mismo sentido, en la Resolución n.º 01 del Expediente 03366-2013/TRASU/ST-RA se declaró fundado el recurso de apelación interpuesto por un usuario en una controversia de disconformidad en calidad de internet móvil, pues el usuario interpuso el reclamo porque no puede acceder al servicio a pesar de que el equipo ha sido revisado en el área tecnológica y le han cambiado el *software*: «La idoneidad del servicio debe ser analizada entre lo que normalmente esperaría un usuario razonable [énfasis añadido], salvo que de los términos acordados o señalados por el usuario se desprenda algo distinto [...] si EL RECLAMANTE contrató el servicio de internet móvil, lo mínimo que esperaba es poder utilizarlo» (Expediente 03366-2013/TRASU/ST-RA, numerales 9 y 10).

Adicionalmente, se aprecia que Perú tiene un concepto más amplio al incluir a los microempresarios como consumidores cuando se encuentren en asimetría informativa en determinados productos que no formen parte de su giro del negocio. Teniendo en cuenta esto último, se ha discutido en sede administrativa si los servicios transversales, es decir aquellos que se encuentran presentes en el proceso productivo, deben incluirse o no dentro del ámbito de protección de los microempresarios.

El primer caso que se mencionará en servicios transversales es el referido a servicios financieros. Al ser sustraída el 23 de agosto de 2008 la tarjeta de crédito de titularidad de Maderera del Norte E.I.R.L., su representante acudió a la sucursal del Banco Continental S.A. el 25 de agosto de 2008; el personal de la oficina financiera le informó que su tarjeta se encontraba bloqueada. Por ello, el representante procedió a depositar en la cuenta de Maderera del Norte una cantidad de dinero. Al día siguiente, el 26 de agosto de 2008, el representante legal de Maderera del Norte acudió a la oficina del Banco Continental para retirar el dinero depositado mediante un cheque, el cual fue rechazado, pues el dinero depositado continuó siendo sustraído con la tarjeta hurtada, dado que el personal de la oficina del Banco Continental no había efectuado el bloqueo. Luego de realizar el reclamo al Banco Continental, Maderera del Norte interpuso una denuncia administrativa. En la Resolución n.º 2321-2010/SC2-INDECOPI se declaró improcedente la denuncia interpuesta por Maderera del Norte contra el Banco Continental. La Sala de Defensa de la Competencia n.º 2 sustentó su resolución afirmando lo siguiente:

[e]s usual en el marco del giro de negocio de cualquier empresa el empleo de créditos y mecanismos de apalancamiento financiero, los cuales pueden revestir menor o mayor complejidad, en función a la naturaleza de las operaciones realizadas por dicho empresario. Esta

situación concede a los microempresarios una familiaridad natural con tales servicios, permitiéndoles conocer de manera más precisa los principales aspectos operativos de dichos productos financieros, generando a su vez una reducción en la original asimetría informativa [...]. El manejo de una cuenta corriente, mediante el giro de cheques o el uso de tarjetas, constituye una herramienta usualmente empleada por todo tipo de empresas comerciales para reducir costos y facilitar el pago de sus obligaciones comerciales. Siendo así, la contratación y desenvolvimiento de tales servicios financieros deben ser considerados transversales a todo esquema productivo o de comercialización y, por ende, connaturales al giro de tales negocios. (Resolución n. ° 2321-2010/SC2-INDECOPI, numerales 28 y 29)

En conclusión, los servicios financieros son consustanciales en cualquier empresa, por tanto, no existe asimetría informativa.

La segunda controversia sobre servicios transversales es sobre el transporte de mercadería. El 29 de octubre de 2009, Adrián Flores contrató los servicios de encomienda de Paredes Estrella Cargo para el envío de mercadería (prendas de vestir) de Lima a Pucallpa. Pese a ello, al momento de recoger la mercadería, personal de Paredes Estrella Cargo informó que la misma se había extraviado. Ante este hecho, posteriormente se entabló una denuncia administrativa. En la Resolución n. ° 751-2011/SC2-INDECOPI, la Sala de Defensa de la Competencia n. ° 2 declaró improcedente la denuncia, pues «la contratación del servicio de transporte de mercaderías constituye una herramienta usualmente empleada por las empresas que comercializan productos en el mercado, para facilitar la distribución de los mismos. Siendo así, la contratación y el desenvolvimiento de tales servicios de transporte deben ser considerados transversales a todo esquema productivo o de comercialización de dichas empresas y, por ende, connaturales al giro de tales negocios» (Resolución n. ° 751-2011/SC2-INDECOPI, numeral 21).

De lo resuelto es posible indicar que el denunciante utilizaba el servicio de encomienda para colocar sus productos en otros puntos de venta a nivel nacional. Este servicio forma parte del giro del negocio, pues el transporte es parte del proceso productivo. En consecuencia, no se está protegiendo a un consumidor; a una persona que utiliza el servicio de encomienda como consumidor final. En la presente denuncia se halla un proveedor de prendas de vestir que utilizó un servicio de encomienda, y al haber incumplido la contraparte no se encontrará desamparado. Pese a no ser protegido por las normas de protección al consumidor, podrá ejercer su derecho por otra vía como la judicial.

Finalmente, se citará un caso de servicio de publicidad como servicio transversal. Representaciones y Servicios A & M E.I.R.L. denunció a Yell Perú S.A.C. debido a las irregularidades en la celebración de un contrato de publicidad firmado en blanco y llenado en contradicción a lo pactado verbalmente con el personal de Yell Perú. Mediante la Resolución n. ° 2188-2011/SC2-INDECOPI, se declaró fundada la denuncia. La sala señaló que los servicios transversales no son imprescindibles al giro del negocio.

No puede presumirse que los microempresarios per se tengan o deban tener conocimientos especializados respecto de tales servicios, y que por tanto no exista asimetría informativa en relación con el proveedor; pues [...] tales servicios no forman parte del giro propio del negocio por lo que si bien es natural que manejen información mayor a la de un consumidor final promedio, no puede inferirse que dicha información sea equiparable a la que tiene el proveedor del servicio. (Resolución n. ° 2188-2011/SC2-INDECOPI, numeral 34)

La Sala de Defensa de la Competencia n.º 2, con una nueva conformación, cambió de criterio efectuando una interpretación «finalista y pro consumidor». Particularmente, se discrepa de lo resuelto por la sala, pues en este caso una persona utiliza un servicio de publicidad no como un destinatario final, sino que la publicidad sirve para promover la adquisición de productos o servicios, llegar a mayores clientes o, en términos jurídicos, una «forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, en el marco de una actividad de concurrencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales» (Decreto Legislativo n.º 1044, art. 59, literal d). Si el proveedor, afectado con lo resuelto por la entidad administrativa, interpone una demanda judicial y en el proceso se solicita una interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sobre la definición de consumidor que se ha propuesto (asumiendo que la decisión andina recoja la definición de consumidor propuesta), deberá entenderse que en el caso de los servicios transversales los microempresarios no actúan como destinatarios finales.

En la ley ecuatoriana, el proveedor es definido, según su artículo 2, como la persona natural o jurídica «de carácter público o privado que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución, alquiler o comercialización de bienes, así como prestación de servicios a consumidores, por lo que se cobre precio o tarifa. Esta definición incluye a quienes adquieran bienes o servicios para integrarlos a procesos de producción o transformación, así como a quienes presten servicios públicos por delegación o concesión». Puede observarse que en la norma no se incluyen los productos o servicios a título gratuito.

En el caso de Bolivia, el artículo 2.5 de la Ley 453 define al proveedor como las personas naturales o jurídicas, sean públicas o privadas, «que desarrollan actividades de producción, fabricación, importación, suministro, distribución, comercialización y otras, de productos o de prestación de servicios en general destinados directamente a las usuarias y los usuarios, las consumidoras y los consumidores finales. No se considera proveedores a quienes ejercen una profesión libre». Lo que debe esclarecerse en este extremo de la norma es qué se entiende por profesión libre, pues no tendría sentido que no se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la norma aquellas personas que brindan servicios con habitualidad, sean profesionales —en el sentido que formalmente sigan un estudio avalado por el Estado— o no. Lo relevante será si brindan de manera habitual un servicio al consumidor.

La Ley 1480 de Colombia, en el artículo 5.11, define al proveedor como quien «de manera habitual, directa o indirectamente, ofrezca, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro». En comparación con las legislaciones anteriores, la norma colombiana introduce el criterio de habitualidad como característica de la contraparte del consumidor.

El Código de Consumo peruano, en su artículo IV.2, define a los proveedores como personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, «que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores». Al igual que su par colombiano, establece el criterio de habitualidad, pero precisa en el artículo IV.8 que esta debe entenderse como «aquella actividad que se realiza de manera común y reiterada de tal forma que pueda presumirse que se desarrolla para continuar en el mercado. Este concepto no está ligado a un número predeterminado de transacciones que deban realizarse. Las acti-

vidades de venta de productos o contratación de servicios que se realicen en locales abiertos son consideradas habituales por ese simple hecho».

De un resumen de las cuatro legislaciones es posible concluir que integran a personas naturales o jurídicas, de derecho público o no, que ofrecen productos o servicios a los consumidores como destinatarios finales, pues este será el sustento de la asimetría informativa en la que se encuentran estos últimos. Son los proveedores los dueños del proceso productivo o cuentan con mayor información en comparación con el consumidor. Las diferencias se encuentran en los criterios de la habitualidad exigida por dos de las cuatro legislaciones a nivel andino.

4. Derecho de información e idoneidad

El primer derecho que debe reconocerse a los consumidores en la propuesta de Directiva Andina de Protección al Consumidor es el derecho de acceder y recibir información relevante antes de tomar una decisión de consumo, y el derecho a la idoneidad de los productos y servicios ofrecidos por los proveedores, es decir, que no se defraude la expectativa del consumidor por la información recibida.

Uno de los criterios para proteger a los consumidores y sus derechos es que se encuentran en una «categoría de sujetos que se encuentran en desventaja respecto de la información que manejan en comparación con el proveedor» (Tovar, 2009, p. 38)²². La situación de asimetría informativa es natural, pues los proveedores de bienes o servicios manejan la información completa de todo el proceso productivo. Como consecuencia de ello, debe brindarse al consumidor información que sea relevante, es decir, «importante, significativa» (DRAE), para que el consumidor decida adquirir o no un producto o un servicio. Esta información debe ser veraz, no inducir a error y brindarse de manera oportuna.

En la norma ecuatoriana de protección al consumidor, el artículo 17 señala como obligación del proveedor brindar información «veraz, suficiente, clara, completa y oportuna de los bienes o servicios, de tal modo que este pueda realizar una elección adecuada y razonable». En el caso de Bolivia, el artículo 13 de la Ley 453 señala que la información que se brinde a los consumidores debe ser «fidedigna, veraz, completa, adecuada, gratuita y oportuna sobre las características y contenidos de los productos que consuman y servicios que utilicen». En Colombia, el artículo 3.1.3 de la Ley 1480 ordena que la información que se remita a los consumidores sea «completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea». En Perú, el artículo 2.2 del Código de Consumo indica que la información sea «veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible, debiendo ser brindada en idioma castellano».

Si se comparan las normas de protección al consumidor en el ámbito andino, el común denominador es que la información sea veraz y oportuna. Se considera que estas características son el corazón del contenido de la información. La veracidad implicará que la información sea transmitida de manera completa, que corresponda con la realidad de las características del producto para que no se defrauden las expectativas del consumidor. Asimismo, la información que el proveedor remita debe ser oportuna, pues el consumidor debe recibirla con anterioridad a la decisión de adquirir un producto o un servicio. Si existieran restricciones en la oferta de un producto o un servicio y el consumidor no las conociese porque no se informaron oportuna-

22 Lorenzetti (2001) señala como sustento de protección, en el ámbito tecnológico, que el consumidor además de encontrarse en asimetría informativa frente al proveedor; también se encuentra en asimetría económica y tecnológica (pp. 216 y ss.).

mente, sería evidente una defraudación de las características del producto o servicio que se forma en la mente del consumidor.

Este derecho es tan importante que J. F. Kennedy lo reconoció en su discurso del 15 de marzo de 1962 como el derecho a elegir informadamente (Kennedy, 1962). También se encuentra reconocido este derecho en las Directrices de Naciones Unidas como el derecho al acceso a información adecuada (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1985).

Esta información puede brindarse en medios como la publicidad y los signos distintivos. La publicidad es el acercamiento inicial que tiene el proveedor con los consumidores. Esta se realiza mediante diversas técnicas tales como un portal corporativo, blogs y foros, redes sociales (Moreno Navarrete, 2013, pp. 794-796). A manera de ejemplo, en publicidad de un rímel de Dior se apreciaba el rostro de una actriz añadiendo que el producto provoca un «efecto espectacular de multiplicación del volumen, pestaña por pestaña». Sin embargo, las pestañas de la actriz habían sido retocadas mediante algún programa informático, por lo que fue sancionada la empresa en el Reino Unido (La Razón, 2012). Este es un ejemplo que evidencia cómo se emite un mensaje al consumidor sobre las características del producto que no corresponden con la realidad.

Los signos distintivos también brindan información a los consumidores, tanto en la función distintiva como en la función indicadora de la calidad, funciones a las que se hizo referencia en líneas anteriores del presente documento.

La información, entonces, implica interacción con el consumidor. Pero se debe evitar la saturación, pues la información que se brinde debe limitarse a lo que sea relevante para que el consumidor decida. De esta forma, la difusión de la información es un proceso que cuenta con «diferentes secuencias de información que se vinculan en forma directa con cada una de las etapas del negocio jurídico» (Weingarten y Ghersi, 2011, p. 73).

El deber de información se puede complementar con la regulación sectorial, por ejemplo, se podrá entender en cada legislación andina qué es información relevante en productos manufacturados, sucedáneos de leche materna o juguetes²³.

La información puede aparecer de manera espontánea en el mercado, sin embargo, eso no es una liberación de responsabilidad del proveedor. Puede existir información en internet, como foros o redes sociales, donde los usuarios señalen si un hotel o restaurante es bueno o no, pero no es posible saber si quienes brindan esa información son consumidores o usuarios imparciales, o personas contratadas o que cuenten con algún vínculo con el proveedor para manifestar comentarios que le sean favorables.

Al revisar algunos productos en los supermercados es posible percatarse de que varios de ellos cuentan con la cinta de Möbius, símbolo con tres flechas dobladas que forman un triángulo, la cual se utiliza solamente para declaraciones de contenidos reciclados y reciclables (Numeral 5.10.24 de la NTP ISO 14021:2001). Es decir, se brinda información del envase de un producto indicando que se puede reciclar. Con esta información posiblemente el consumidor, teniendo en cuenta la huella ambiental de lo que consume, preferirá comprar un producto reciclable, pues el objetivo de las etiquetas y declaraciones ambientales es «estimular la demanda y suministro de aquellos productos que causan menos impacto en el ambiente²⁴ a través de

23 En el caso peruano es posible citar, por ejemplo, el D.S. n.° 009-2006-SA sobre rotulado de leche materna y el D.S. n.° 008-2007-SA sobre rotulado de juguetes.

24 Se define al impacto ambiental como «cualquier cambio en el ambiente, sea adverso o beneficioso, resultante de manera total o parcial de las actividades, productos o servicios de una organización» (Numeral 3.1.5 de la Norma Técnica Peruana ISO 14021:2001).

una comunicación verificable, precisa y no engañosa acerca de los aspectos ambientales de los productos, con lo cual se promueve el potencial para la mejora ambiental continua impulsada por el mercado» (Numeral 4 de la NTP ISO 14021:2001), siendo uno de los beneficios de utilizar etiquetas como la cinta de Möbius el aumento de «oportunidades para los compradores, potenciales compradores y usuarios del producto de hacer elecciones mejor informadas» (NTP ISO 14021:2001, lit. f), numeral 4). Debe tenerse en cuenta que el consumidor puede preferir la calidad frente al precio y optar por estos productos (Rejanovinschi, 2016).

Una demostración adicional de información relevante se encuentra en los rotulados de riesgos y advertencias en idioma extranjero. Una asociación de consumidores interpuso una denuncia dado que en el rotulado del producto Sweet N Low Butterscotch (dulces de toffee) se encontraba la advertencia «*excess consumption may have a mild laxative effect*» (el consumo excesivo del producto puede producir efectos laxantes suaves), la misma que es información relevante para una decisión de consumo, advertencia no traducida al idioma castellano. La Sala de Defensa de la Competencia declaró fundada la demanda argumentando que al encontrarse ante un producto masivo, «los cuales están a disposición de consumidores de todas las edades; y que contrariamente a lo señalado por la denunciada, el público al que se dirige no posee un nivel de especialización equiparable al de los proveedores para entender cabalmente los riesgos que el consumo en exceso pueda ocasionar. Precisamente en conocimiento de dicha situación [...] establece la obligación de los proveedores de consignar en el rotulado del producto los riesgos» (Resolución n. ° 932-2006/TDC-INDECOPI, p. 3).

También es posible citar la denuncia interpuesta por un ciudadano coreano contra un prestador de servicio de transporte turístico conocido como Mirabus²⁵. El denunciante alegó que no le habían informado sobre los riesgos y advertencias del recorrido, dado que mientras se estaba desarrollando el tour sufrió un accidente: su cabeza impactó contra un puente peatonal de madera, razón por la cual fue trasladado a una clínica e intervenido quirúrgicamente.

La Sala de Protección al Consumidor declaró fundada la denuncia manifestando lo siguiente:

La indicación consignada en la parte posterior de los asientos del bus, que dispone que los pasajeros debían estar sentados y con los cinturones de seguridad abrochados durante el recorrido del tour, no garantiza que todos los pasajeros tengan oportunamente la posibilidad de informarse respecto de los riesgos que pudieran presentarse durante la prestación del servicio y consecuentemente, evitar accidentes como el ocurrido [...] tomando en consideración la naturaleza del servicio brindado [...] a efectos de cumplir con dicha obligación no resultaba suficiente la colocación del aviso en las dimensiones que publicó el denunciado, sino que era necesario que dicho aviso se exhiba en los lugares visibles y destacados del bus, indicando no solo que los pasajeros debían mantenerse sentados y con el cinturón de seguridad abrochado, sino además advirtiendo que en el recorrido del tour podían encontrarse puentes peatonales, cables de alta tensión, árboles, u otros elementos que pudieran causar daño a los pasajeros. (Resolución n. ° 1944-2014/SPC-INDECOPI, numerales 21, 23).

25 Este servicio consiste en el paseo turístico por la ciudad mediante un bus de dos pisos, con la característica que el segundo piso del bus cuenta con asientos descubiertos (sin techo) para que los pasajeros puedan contar con una mejor vista del recorrido. De allí se deriva el nombre de Mirabus.

Particularmente, no se considera pertinente lo resuelto por la Sala, pues todo pasajero debe tener conocimiento de que si viaja en una unidad de transporte cualquiera debe utilizar el cinturón de seguridad y mantenerse sentado. Es el parámetro de diligencia ordinaria el que se encuentra en discusión en la presente controversia. Si bien el denunciante es un turista, no podría alegar que la falta del conocimiento del idioma español sea un mecanismo de amparar su conducta, pues un turista con diligencia ordinaria aprenderá palabras mínimas en idioma español, teniendo en cuenta además que en cada asiento del Mirabus se encontraba la información de viajar con el cinturón de seguridad abrochado.

La idoneidad es la correspondencia entre lo que un consumidor espera de un producto o un servicio y lo que efectivamente recibe, es decir, una expectativa que se forma de diversos factores como la información brindada por el proveedor o por el mercado, las circunstancias de adquisición, características del producto o servicio, el precio u otros factores²⁶. Este derecho está reconocido expresamente en la legislación colombiana y en la peruana. En el caso colombiano, el artículo 5.6 de la Ley 1480 define a la idoneidad como «aptitud del producto para satisfacer la necesidad o necesidades para las cuales ha sido producido o comercializado». En el Perú, la idoneidad, según el artículo 18, es «la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores». Es necesario que una decisión andina en materia de protección al consumidor incluya este concepto y derecho, pues la idoneidad se configura a raíz de la información brindada, sea expresamente (como en publicidad y marcas) o por el contexto.

Las características de un producto o un servicio se encuentran determinadas, en primer lugar, por la ley, pero en defecto de esta existen otros elementos para determinar la idoneidad. En ese sentido, se admite la existencia de lo siguiente:

[D]e una express warranty cuando el fabricante, por medio de la publicidad o por otras vías, afirma la presencia de alguna cualidad en su producto. Pero [...] esta teoría solo pretendía proteger al adquirente cuando el producto no respondía a sus necesidades, por falta de cualidades o de eficacia, esto es, cuando sufría intangible economic and comercial losses como consecuencia de la frustración de sus expectativas contractuales [...] ante la dificultad de la express warranty se reconoce el valor de la implied warranty [...] por la que se garantiza la aptitud del producto para el propósito particular para el que lo adquirió el comprador. (Parra Lucán, 1990, p. 137)

Uno de los criterios para determinar la idoneidad es el precio, pero debe reconocerse que no es el único elemento, pues pueden influir en la expectativa o calidad que se asigne a un producto o servicio otros factores como las marcas o signos distintivos. Un ejemplo es el caso del vodka Smirnoff de Heublein, que contaba con un porcentaje importante en el mercado norteamericano. Esta marca recibió la ofensiva de la marca Wolfschmidt, vendiendo un vodka a menor precio. La estrategia de Heublein fue aumentar el precio del vodka Smirnoff y sacar dos nuevas marcas en el mercado: Reuskein, para competir con Wolfschmidt, y Popov, que tenía un

26 Estos criterios han sido considerados en el artículo 18 de la Ley 29571 - Código de Protección y Defensa del Consumidor.

precio inferior a la marca Wolfschmidt. Esta habilidad determinó que Smirnoff, mediante una pericia de defensa de flancos, siguiera siendo el líder en el mercado (Kottler, 2006, p. 354).

La Defensoría del Pueblo de Ecuador, como parte de sus facultades, practicó sus buenos oficios para que a un ciudadano le devolvieran el monto pagado por una moto adquirida en el almacén Su Casa de la ciudad de Milagro, ya que meses después de realizar la compra aún no le entregaban el vehículo que compró (Defensoría del Pueblo de Ecuador, 2016). La expectativa o idoneidad, en el caso citado, implica que —aunque suene evidente— si una persona paga por un producto o un servicio, debe recibirlo. Si no se recibe, por lo menos el proveedor debe devolverle el monto pagado²⁷.

Estos ejemplos de la determinación de las características se reconocen en el artículo 20 del Código de Consumo peruano mediante las garantías, definidas como «las características, condiciones o términos con los que cuenta el producto o servicio», las mismas que pueden ser legales, expresas o implícitas. La primera garantía es la determinada por las normas, las que no admiten pacto en contrario. Un ejemplo de garantía legal se encuentra en las condiciones de seguridad del servicio de transporte terrestre interprovincial. Es obligación del transportista «antes del abordaje del vehículo, filmar y revisar al pasajero, así como a su equipaje de mano, a fin de permitir su debida identificación e impedir que lleve consigo armas de fuego o material punzocortante, inflamables, explosivos corrosivos, venenosos o similares. Para realizar ambas acciones se deberá emplear cualquier medio tecnológico tales como filmadora y detector de metales» (Decreto Supremo n.º 009-2004-MTC, art. 125, lit. q). Bajo este supuesto se sancionó a una empresa de transporte en la Resolución n.º 536-2009/SC2-INDECOPI.

La segunda garantía es la expresa, aquella que ha ofrecido expresamente el proveedor, la cual no puede prevalecer sobre la garantía legal. Como ejemplo es posible citar la denuncia interpuesta por una persona que adquirió un pasaje de avión para viajar a la ciudad de Puno y la empresa proveedora del servicio aéreo no la dejó abordar el avión:

Si bien las características especiales de la tarjeta de embarque dada a la señora Vilca, y el hecho de que haya sido entregada cuando la denunciante se acercó tardíamente al counter para el respectivo check in podrían generar dudas en un consumidor razonable sobre la validez y regularidad de dicho documento, tal incertidumbre se diluye en el presente caso pues la aerolínea denunciada permitió a la señora Vilca el abordaje, lo cual reafirmó la expectativa de poder concretar el viaje. (Resolución n.º 2808-2010/SC2-INDECOPI, numeral 76)

Pese a que inicialmente la consumidora acudió tardíamente al *counter*, la aerolínea le entregó un *boarding pass*, garantía expresa que le permitía abordar el avión.

Por otro lado, en la norma de protección del consumidor en Ecuador, el artículo 11 señala lo siguiente:

Los productos de naturaleza durable tales como vehículos, artefactos eléctricos, mecánicos, electrodomésticos, y electrónicos, deberán ser obligatoriamente garantizados por el proveedor para cubrir deficiencias de la fabricación y de funcionamiento», agregando que «Las leyendas "garantizado", "garantía" o cualquier otra equivalente, solo podrán emplearse cuando

27 Afirmamos con la frase «por lo menos» la devolución del monto pagado, pues dependiendo de cada caso en concreto el consumidor podría sufrir daños por el producto o servicio no brindado por el proveedor. La manera de indemnizar dependerá de las herramientas que cada sistema jurídico brinde al consumidor, que en todos los casos debe ser efectiva.

indiquen claramente en qué consiste tal garantía; así como las condiciones, forma, plazo y lugar en que el consumidor pueda hacerla efectiva.

En otras palabras, cuando se garantice el producto debe indicarse expresamente la forma del mismo. Lo interesante es que la norma ecuatoriana establece la obligación de brindar una garantía en el caso de que sean productos de naturaleza durable. La norma no especifica qué son productos de naturaleza durable, pero señala ejemplos. Sobre esto último también puede discutirse qué tan durables deben ser los ejemplos establecidos en la norma, por lo que el proveedor deberá precisar al menos el plazo de duración.

En el Perú hubo una controversia que giró en torno a los criterios del deber de idoneidad, garantía, comportamiento del proveedor y productos perfectos. En la Resolución n. ° 2221-2012-SC2 se resolvió un caso en el cual un electrodoméstico nuevo tenía varios desperfectos luego de ser adquirido. A los pocos días, cambiaron el producto por uno nuevo; posteriormente, al seguir el defecto se reparó el producto. Sin embargo, continuaron los defectos y se interpuso la denuncia, pues la consumidora afectada consideró que le vendieron un producto usado. Se declaró infundada la denuncia interpuesta contra el proveedor; ya que, en opinión de la sala, «la idoneidad comprendería no solo la aptitud del producto para satisfacer la finalidad por la cual fue adquirido, sino también involucraría los mecanismos de tutela concedidos al consumidor y a los que el proveedor está obligado cuando un producto presente fallas luego de haber sido adquirido» (Resolución n. ° 2221-2012-SC2, numeral 29). Parte del fundamento de la resolución es que «en los bienes de fabricación masiva, que son los que ordinariamente se destinan al consumo en el mercado, no puede llegar a asegurarse la infalibilidad de los procesos productivos» (Resolución n. ° 2221-2012-SC2, numeral 25).

Posteriormente, con una conformación casi diferente, la Sala de Protección al Consumidor de INDECOPI cambió de criterio. El caso es de un teléfono móvil que a los pocos meses de adquirido presentó desperfectos. La sala declaró fundada la denuncia, pues existió una defraudación a la expectativa de dicho producto: «el hecho de que los proveedores ofrezcan en el mercado un conjunto de remedios jurídicos [...] en caso de que el producto se revele defectuoso, inadecuado o de cualquier otro modo no conforme a lo convenido— no enerva el hecho de que el proveedor haya incurrido en una infracción al deber de idoneidad, siendo que las medidas adoptadas por este último únicamente constituirán soluciones residuales ante una infracción que ya se ha consumado» (Resolución n. ° 1008-2013-SPC, numeral 64).

Es posible concluir de ambas posiciones que la defraudación a la expectativa es una infracción al deber de idoneidad. Asimismo, si un producto es nuevo, se espera que funcione en condiciones adecuadas —no se esperan desperfectos—, pues esa es la información que el consumidor recibe de manera directa o indirecta. De manera directa se encuentra en los términos y condiciones de la aplicación Pokémon Go el ofrecimiento «tal cual», es decir, que el producto cuenta con desperfectos: «los servicios y el contenido se proporcionan “tal cual”, sin garantías de ningún tipo [...] no garantizan que los servicios satisfarán sus requisitos o estarán disponibles de forma ininterrumpida, segura o exenta de errores, y tampoco realizan ninguna garantía en relación con la calidad, la precisión, la puntualidad, la veracidad, la integridad o la fiabilidad del contenido» (Niantic, 2016)²⁸.

28 Una similar cláusula se puede encontrar en los términos y condiciones de Twitter. Al respecto, véase: https://twitter.com/tos?lang=es_

De manera indirecta se puede encontrar en la información sobre productos con desperfectos o no originales. En ese sentido, el artículo 11 del Código de Consumo señala que de encontrarse ante productos «con alguna deficiencia o defecto, usados, reconstruidos o remanufacturados, debe informarse notoriamente esta circunstancia al consumidor». Tanto en el caso del móvil como del electrodoméstico es necesario preguntarse si se informó que el producto era de segunda o con desperfectos, usado o remanufacturado. De ser así, evidentemente la expectativa del producto disminuye y, por tanto, se entiende que este contará con desperfectos desde su adquisición. Caso contrario, si se adquiere un producto nuevo, la expectativa será que funcione adecuadamente hasta el periodo que indique el proveedor.

En el caso hipotético de que se trasladara el criterio del electrodoméstico a los servicios masivos, ¿se consideraría también que diversos servicios por su masividad, como los financieros, son imperfectos? La respuesta será negativa, pues pese a la gran cantidad de transacciones dichos servicios deben cumplir lo ofrecido.

La siguiente noticia es un ejemplo adicional de garantía expresa:

Un zoológico chino ha suscitado enfado y denuncias en [China](#) al descubrirse que cobraba 15 yuanes (unos 2.45 dólares) por ver unos supuestos leones que en realidad eran perros «disfrazados» y también presuntos reptiles exóticos que solo eran ratas [...] El zoológico, ubicado en la ciudad de Luohe de la provincia central china de Henan, mostraba como sus principales atracciones a «leones africanos» que eran mastines tibetanos. «El zoológico nos está engañando. Está tratando de mostrar a los perros como leones», se quejó una visitante que llevó a su hijo de seis años al lugar y comprobó con sorpresa que los supuestos felinos ladraban. («Zoológico chino disfrazaba», 2013)

La garantía expresa es la exhibición de leones africanos, defraudándose la expectativa de los asistentes al zoológico al encontrar perros disfrazados.

Finalmente, la última clase de garantías son las implícitas, las que ante el vacío de la ley y de las condiciones expresas del proveedor se entiende que los productos o servicios adquiridos cumplen con fines y usos previsibles, es decir, la aptitud del producto o servicio para la finalidad adquirida, según las costumbres y usos comerciales, circunstancias de la adquisición y otros elementos relevantes (Ley 29571, art. 21).

Para construir esta garantía, además de los usos y costumbres, y el contexto, es posible acudir a diversas herramientas como la teoría de los actos propios y de la confianza.

En la teoría de los actos propios «nadie puede variar de comportamiento injustificadamente cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento futuro [...] (ya que) El centro de gravedad de la regla no reside en la voluntad de su autor; sino en la confianza generada en terceros» (López Mesa, 2009, pp. 191-192). En ese sentido, a falta de garantía legal y expresa, el proveedor cuenta con una conducta inicial libre de cualquier vicio, la cual genera una expectativa razonable en el consumidor. Posteriormente, el proveedor emite una conducta contraria a la anterior:

En el ámbito de la teoría de la confianza,

Las empresas envían señales a fin de distinguir sus servicios, así por ejemplo, un nombre con trayectoria ayuda a resolver el problema de la desinformación del consumidor acerca

de la calidad de su servicio; el consumidor puede presumir el nombre o marca como una señal de calidad [...] La idea central reside en la expectativa del comportamiento [...] aquella que sea razonable y objetivamente justificada conforme a los antecedentes generados por factores introducidos por el sujeto portante. La confianza se construye a partir de situaciones objetivas y se independiza también de los motivos individuales. (Weingarten, 2011, pp. 81-83)

Como puede apreciarse, esta teoría se encuentra ligada también a las funciones de las marcas, pues dependiendo del posicionamiento de la marca se suministra información acerca de la calidad de un producto o un servicio, desde una bebida gaseosa hasta un servicio financiero o de seguros. Lo que se pregunta en este caso es qué esperaría un consumidor razonable, un tercero que no es el consumidor que denuncia en un caso concreto.

Por ejemplo, en los servicios veterinarios no existe una norma expresa ni ofrecimiento del proveedor que establezca que si una persona contrata el servicio de baño de su mascota la misma regrese al domicilio del dueño de manera «sana y salva». La aplicación del ejemplo se encuentra en la Resolución n. ° 2323-2011/SC2-INDECOPI por la cual se sanciona a un proveedor de servicio veterinario que brinda el servicio de baño de mascota, pues se verificó que la mascota «se escapó a las 11:30 horas del área de baño hacia la calle, siendo atropellada por un automóvil a las 11:36 horas, luego de lo cual el personal de la empresa la ingresó al consultorio y le administró únicamente Adrenalina 0,4 ml., muriendo en dicho momento [...] ha quedado acreditado que se produjo un defecto en el servicio brindado a la mascota de la denunciante cuando esta se encontraba bajo la custodia de Pets Unlimited» (Resolución n. ° 2323-2011/SC2-INDECOPI numerales 17, 22).

5. Protección de intereses económicos

También se propone incluir dentro de los derechos de los consumidores a ser reconocidos la protección de sus intereses económicos. En opinión de Botana, esta protección tiene una vertiente positiva y otra negativa. La fase negativa «fija su atención en el comportamiento de los profesionales y trata de evitar que estos últimos, beneficiándose de su posición económica dominante, no coloquen al consumidor en su merced», y la fase positiva implica «restablecer una cierta igualdad entre profesionales y consumidores [...] reconociendo ciertos derechos fundamentales como: el derecho a la información, a la reflexión, a la seguridad» (Botana García, 1994, p. 30).

Lo que se busca es proteger con este derecho la libre elección de los consumidores y que la contratación se lleve a cabo dentro de los parámetros de la buena fe respetando la autonomía de la voluntad. En la época actual de contratación masiva se utilizan herramientas como cláusulas predispuestas o redactadas unilateralmente por el proveedor. En principio, no se considera como infracción alguna la utilización de este mecanismo, pues en un sentido económico se considera lo siguiente:

[S]u utilización responde a necesidades de racionalización de la actividad contractual de empresarios y profesionales, a los que permite ahorrar tiempo y dinero —el que les costaría la negociación singular de cada contrato— y optimizar su organización interna y la utilización de recursos [...] (siendo el beneficio de su uso) su carácter de instrumento de estandarización

o normalización y, por tanto, se producen con relativa independencia del contenido concreto de los clausulados contractuales. (Pagador López, 2012, p. 101)

Existen diversas maneras en las cuales los consumidores, por efectos de la contratación masiva, se adhieren a las cláusulas predispuestas de manera unilateral por el proveedor. En el mundo de las nuevas tecnologías es posible citar las cláusulas *shrink-wrap*, *click-wrap* y *browse-wrap*.

Las cláusulas *shrink-wrap* son aquellas que se encuentran en el empaque del mismo producto, y se considera que el consumidor acepta las mismas al abrir el empaque («Browsewrap vs. Clickwrap», 2016). Usualmente se ha ofrecido esta modalidad en licencias de uso de *software* y el nombre «proviene del plástico dentro del cual se encuentra el *software* como el contrato de licencia» (Moreno, 2013).

Las cláusulas *click-wrap*, vinculadas generalmente a licencias de *software*, estipulan que el adquirente «procede a su instalación o utilización, se le obliga a clickear un icono en señal de aceptación de los términos del contrato si quiere continuar» (López-Tarruella, 2007, p. 86). En lo que se puede apreciar usualmente en la contratación por internet es la apertura de una pantalla en la que se encuentran los términos y condiciones, y el consumidor para concluir el proceso de adquisición debe necesariamente hacer clic en la opción «acepto» de los términos y condiciones, entiéndase cláusulas generales en las cuales el consumidor solo tiene la opción de adherirse mediante un clic.

Finalmente, en las cláusulas *browse-wrap* los términos y condiciones del proveedor se ubican en el navegador o web del proveedor. Por ejemplo, cuando una persona quiere crear una cuenta de usuario en Facebook, la red social indica expresamente que «al hacer clic en “Abrir una cuenta”, aceptas las condiciones» (Facebook, s.f.). El usuario se ubica con el cursor en la palabra condiciones, y mediante un clic aparecen las mismas.

Dentro del alcance de la protección de los intereses económicos se encuentran los supuestos de las cláusulas abusivas. La cláusula abusiva o vejatoria «es aquella que establece un desequilibrio en el programa contractual del adherente y del predisponente (vale decir, sus derechos y obligaciones) que contravienen al principio de buena fe» (Espinoza, 2012, p. 407). Una posición contraria es la que sostiene Escobar, afirmando que las cláusulas redactadas unilateralmente reducen los costos de transacción y la prohibición de establecer determinadas cláusulas imponen riesgos no deseados a los proveedores como el problema de selección adversa de los proveedores, pues no pueden determinar si el consumidor se comportará de manera oportunista (Escobar, 2011, pp. 269-270).

A continuación, se analizarán dos ejemplos para determinar si se trata de una cláusula abusiva o un comportamiento oportunista del consumidor. En el primero se denuncia a una entidad financiera pues en sus contratos pactaba el cobro de montos oscilantes entre \$ 5.00 y \$ 8.00 por reclamos declarados improcedentes de consumos no reconocidos. Dicha comisión se cobra en los casos en que los reclamos que los consumidores plantean sean declarados infundados por la propia empresa, además dicha comisión es cobrada por cada transacción que se cuestione. La cláusula establecía textualmente que se efectúa el cobro por reclamo no reconocido declarado improcedente «en caso el titular o alguno de sus adicionales presente un reclamo por transacciones o consumos no reconocidos y dicho reclamo resulte infundado, sin perjuicio del cumplimiento de sus demás obligaciones de pago bajo este contrato, el titular quedará obligado al pago de esta comisión por cada transacción que incluye los gastos de investigación y seguimiento del reclamo».

La Resolución Final n. ° 271-2009-CPC, de fecha 3 de febrero de 2009, declaró fundada la denuncia por artículo 18 inciso a) del Decreto Legislativo n. ° 1045²⁹, pues la entidad financiera incluyó cláusulas que imponían obstáculos onerosos y desproporcionados al consumidor, sancionando con 20 UIT al denunciado. En opinión de la Comisión:

El cobro efectuado por Citibank constituye un obstáculo oneroso y desproporcionado para el ejercicio del derecho de los consumidores, como es el derecho a reclamar. Dicha práctica desincentiva la presentación de reclamos por consumos no reconocidos por la desconfianza que se genera al saber que la propia entidad bancaria a quien se reclama será la que emitirá un pronunciamiento, que de no ser favorable, cobrará una suma de dinero, lo cual es inaceptable. (Resolución n. ° 271-2009-CPC, numeral 4.1)

A su vez, como ejemplo adicional, se menciona el caso de una persona que denunció a una empresa de revelado de fotos pues luego de dejar tres rollos de películas fotográficas fueron sustraídos mientras estaban en poder del denunciado, siendo este enteramente responsable por tal pérdida debido a su negligencia. A pesar de dicha situación, la empresa de revelado de fotos pretendía entregarle como única indemnización la misma cantidad de películas sustraídas. La cláusula pactada (*ticket* que la empresa de revelado de fotos le entregó al denunciante) tiene el siguiente tenor:

IMPORTANTE: Al ingresar su película el cliente se somete expresamente a lo especificado en este talón, lo que constituye la condición esencial para que «EL LABORATORIO» acepte efectuar el servicio contratado. En el caso de que las películas Kodacolor y Ektachrome se malograsen o extraviasen en poder de «EL LABORATORIO» o de alguna compañía asociada, serán reemplazadas por igual cantidad de películas nuevas como toda indemnización. Aparte de este reemplazo, la recepción de películas para revelar, copiar ampliar, ampliar, duplicar o cualquier otro servicio no implica otra garantía y responsabilidad alguna para «EL LABORATORIO». Plazo para recoger: 90 días. (Resolución n. ° 078-2012/SC2-INDECOPI, numeral 94)

La Sala de Defensa de la Competencia 2 resolvió declarar fundada la denuncia, debido a lo siguiente:

En virtud de tal cláusula, el denunciado limitó el resarcimiento de daños que tendría que asumir frente al denunciante por la pérdida de sus 3 rollos de películas fotográficas, a la sola entrega de la misma cantidad de rollos vacíos, negándose a pagar una compensación mayor [...] Las cláusulas limitativas de responsabilidad civil como la que aplicó Foto Digital al señor Kresalja para negarle un mayor resarcimiento por los daños que le habría ocasionado, son consideradas per se abusivas por el artículo 1398 n. ° 078-2012/SC2-INDECOPI, numerales 97 y 98.

Es entendible la preocupación de los proveedores al estipular determinadas penalidades, pues asumen un riesgo al contar con un problema de selección adversa del consumidor; sin embargo, en los casos expuestos se aprecia que la finalidad era, en un caso, limitar el ejercicio

29 «No podrán incluirse cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos». Actualmente en el literal a) del artículo 51 de la Ley 29571.

de un derecho y, en el otro, limitar la responsabilidad por un comportamiento negligente del mismo proveedor. En consecuencia, es importante que se protejan los intereses económicos de los consumidores y se considere este derecho en una eventual decisión andina.

En el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se señaló como criterio de desequilibrio importante para evaluar si una cláusula es abusiva, si se comprobaba que «el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor; podía estimar razonablemente que este aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual» (Asunto C-415/11, numeral 2).

Un caso en el que es viciada la voluntad del consumidor es aquel reportado por la Defensoría del Pueblo de Ecuador; en el cual se acercó al domicilio de un ciudadano el trabajador de un proveedor para solicitarle una copia de su cédula de identificación y el código del medidor de luz para realizar la entrega de una cocina de inducción, bajo aviso de que si no aceptaba se le retiraría el medidor de energía. Al consumidor no le entregaron la cocina y la Defensoría del Pueblo informó a la Fiscalía competente, pues además de atentar contra los derechos del consumidor; se cometió una infracción penal, posiblemente un delito de estafa (Defensoría del Pueblo de Ecuador, 2016).

Un ejemplo adicional de cláusula abusiva es la imposición de obstáculos onerosos para que el consumidor pueda ejercer las acciones legales que correspondan.

6. Seguridad y salud

La seguridad y la salud deben incluirse asimismo como un derecho de los consumidores, teniendo en cuenta que ambos términos son complementarios: «mientras el concepto de salud alude únicamente a las cuestiones vinculadas con el bienestar físico y psíquico de la persona, el derecho a la seguridad está referido a los riesgos generados por productos o servicios que puedan afectar a la salud de las personas» (Reyes López, 2002, p. 91).

En los países andinos se cuenta con diversas normas para la protección de la seguridad y salud de los consumidores. Así, en Bolivia, el artículo 8 de la Ley 453 señala que los consumidores «tienen derecho a recibir productos o servicios en condiciones de inocuidad en resguardo de su salud e integridad física». Su artículo 9.III establece, entre otras medidas vinculadas a la protección a la salud de los consumidores, el retiro o suspensión de productos o servicios, «si con posterioridad a la introducción en el mercado, los proveedores advirtieran la existencia de riesgos o peligros del producto o servicio» además de comunicar dicho supuesto a las autoridades competentes y a los consumidores.

La legislación peruana señala que «los productos o servicios no deben conllevar, en condiciones de uso normal o previsible, riesgo injustificado o no advertido para la salud o seguridad en los consumidores o en sus bienes» (Ley 29571, art. 25)³⁰.

Otro mecanismo para proteger la seguridad y salud de los consumidores es contar con sistemas de alerta a cargo de entidades gubernamentales. En el caso de la Unión Europea se puede citar como ejemplo el RASFF o Sistema de Alerta Rápida de Alimentos y Piensos (Comisión Europea, 2014). Un ejemplo adicional en la Unión Europea es el RAPEX³¹ o Sistema de Intercambio Rápido de Información sobre los Productos Peligrosos. Este sistema tiene como principio lo siguiente:

30 El artículo 29 establece los criterios a seguir para la advertencia y retiro de riesgos no previsibles.

31 Por sus siglas en inglés: Rapid Exchange Information System.

Realizar un intercambio rápido de información entre Estados miembros y la Comisión en presencia de un producto que presente un riesgo grave e inmediato para la salud y seguridad de los consumidores [...] (teniendo en cuenta además) que el riesgo grave [...] debe tener una incidencia internacional [...] sin embargo, en algunos casos pueden interesar a las autoridades de los demás Estados miembros que velan por el cumplimiento de la norma. (Maniet, 2011, pp. 116-118)

Se está frente a mecanismos de vigilancia del mercado que pueden aplicarse como instrumentos de recolección de datos e incremento de fuentes de detección de riesgos, planificación y dosificación de inspecciones con elaboración de *check-list* que incluyan el lugar de la inspección, productos o servicios controlados y su origen, conclusiones y medidas correctivas (Bourgiognie, 2011, pp. 104-107).

Pueden existir productos que por el intercambio económico circulan en varios países de la Comunidad Andina, pero ante una situación en la que exista un riesgo para los consumidores ¿cómo podrán coordinar las agencias de protección de los consumidores? Por ejemplo, recientemente se ha conocido mediante los medios que el móvil de Samsung Galaxy Note 7 ha tenido percances con 35 casos reportados de baterías que explotan (BBC, 2016). Si este producto circula en la Comunidad Andina será importante activar un sistema de alerta a nivel de la Comunidad Andina para que las autoridades coordinen con los proveedores y puedan revisar que los móviles sean adecuados y, en circunstancias normales, no afecten la seguridad ni la salud de los consumidores, ya que la función inicial de este producto es realizar llamadas. Una función adicional es la conexión mediante el acceso de internet, función por la cual los consumidores pueden contar con mayor información para acceder a una variedad de productos y servicios. Los consumidores podrían sentirse defraudados si estas funciones son ofrecidas y no se cumplen, añadiendo el agravante de posibilidad, aunque con bajos casos reportados, de que la batería del móvil explote. Por eso será necesaria la revisión de los modelos indicados.

De acuerdo con lo descrito anteriormente, será importante la coordinación de agencias de competencia y protección al consumidor a nivel andino para un sistema de alerta y vigilancia del mercado. Puede apreciarse que de los países de la Comunidad Andina que también forman parte de la Alianza del Pacífico, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia asume la coordinación del subgrupo de Protección al Consumidor desde julio 2016 a julio 2017 (Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, 2016b). Se espera que esta coordinación se encuentre dentro de la agenda la implementación de sistemas de alertas, la cual es importante en las transacciones transfronterizas efectuadas diariamente.

Dicha superintendencia ha informado de una alerta para el retiro del mercado de las barras de cereal «Kashi ® Trail Mix Chewy Granola Bars», pues uno de sus ingredientes (semillas de girasol) «podrían estar contaminadas con el microorganismo *Lysteria monocytogenes*, el cual puede ocasionar infecciones serias e incluso fatales en consumidores vulnerables tales como niños, personas de la tercera edad y pacientes con sistema inmunológico débil» (Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, 2016c). Si este producto circulara en otros países de la Comunidad Andina, las agencias de protección tendrían que tomar las medidas respectivas para proteger a los consumidores, teniendo en cuenta que es una barra de cereal fácilmente accesible, que puede ser comercializada en cualquier local o supermercado.

La seguridad y la salud se vinculan con el derecho a la información, al ser una obligación de los proveedores establecer los riesgos y advertencias de un producto o servicio, para que el

consumidor decida informadamente la adquisición del mismo. Una asociación de consumidores denuncia a Adelgace Perú.COM S.A.C. y a César Olaya Sánchez por brindar a los usuarios un tratamiento para adelgazar a través de unas pastillas sin informar en el rótulo del producto el contenido de sibutramina o tiratricol, ni sus advertencias, contraindicaciones, precauciones, reacciones adversas, incompatibilidades, fecha de expiración, número de registro sanitario, entre otra información relevante, lo cual pone en riesgo no advertido a sus pacientes.

La Resolución n.º 1690-2007/TDC-INDECOPI, de fecha 13 de setiembre de 2007, señala:

Los denunciados no han negado la veracidad de los hechos denunciados por ASPEC sino que han pretendido justificar y/o subsanar la infracción en la que incurrieron indicando que se trataba de un error [...] aun cuando los denunciados hubieran acreditado que brindaron información verbalmente a los pacientes [...] sus contraindicaciones y los riesgos que podía suponer su consumo para la salud [...] no los libera de responsabilidad por la infracción cometida. (Resolución n.º 1690-2007/TDC-INDECOPI, numerales 36-37)

Finalmente, el 2010 —casi cuatro años después de interponer la presente denuncia—, el Ministerio de Salud prohíbe la venta del medicamento sibutramina, pues puede producir riesgos vasculares inesperados (DIGEMID, 2013).

Una denuncia administrativa en la que se analizó la obligación de la prohibición de riesgos injustificados en productos o servicios es el caso del Panetón Toddino, pues se halló una bolsa de polietileno adherida a la masa cuando un consumidor abrió el producto. La Sala de Defensa de la Competencia n.º 2 declaró fundada la denuncia administrativa debido a lo siguiente:

La norma prohíbe la introducción de riesgos adicionales independientes a la naturaleza del servicio prestado o el producto puesto a disposición del consumidor [...]. En el presente caso, el Informe Pericial concluyó que la presencia de un elemento extraño a la composición del panetón al interior del mismo, como lo es la bolsa de polietileno, lo convertía en un producto no apto para el consumo y comercialización, ello aunado al hecho que esta Sala ha determinado que dicho cuerpo extraño se encontraba en el producto antes de su comercialización. Por tanto, la Sala considera que en virtud de dicho documento ha queda acreditado que el denunciado generó un riesgo injustificado para la salud y seguridad de los consumidores. (Resolución n.º 787-2010/SC2-INDECOPI, numerales 21-22)

En aras de la protección de la salud de los consumidores, el Viceministerio de Defensa de Usuarios y Consumidores de Bolivia sanciona a dos establecimientos de expendio de comida debido al siguiente motivo:

«Se encontraron productos con fecha de vencimiento expirada y falta de limpieza en muebles, refrigeradores y pisos de las cocinas» agregando que «los dueños o responsables de los negocios de comida tienen la obligación de verificar todos los días que los alimentos que ofrecen sean frescos y no estén vencidos y que la limpieza de sus cocinas sea impecable. Esto porque las consumidoras y los consumidores al momento de servirse algún plato de comida tienen que tener la confianza de que ha sido preparado con inocuidad». (Ministerio de Justicia de Bolivia, 2016)

Otro ejemplo de *recall* reportado por la autoridad de consumo en Colombia es el caso de unas toallitas húmedas consistente en presencia elevada de bacterias, situación que puede ser sensible para consumidores con VIH, cáncer o desnutrición severa (Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, 2016d).

7. Derecho a no ser discriminado

La discriminación es un tema sensible en la sociedad. En la literatura peruana, la discriminación ha sido retratada en el cuento dramático «Alienación» de Julio Ramón Ribeyro:

A pesar de ser zambo y llamarse López, quería parecerse cada vez menos a un zaguero de Alianza Lima y cada vez más a un rubio de Filadelfia. La vida se encargó de enseñarle que si quería triunfar en una ciudad colonial más valía saltar etapas intermediarias [...]. Roberto no olvidó nunca la frase que pronunció Queca al alejarse a la carrera: «Yo no juego con zambos». Estas cinco palabras decidieron su vida. (Ribeyro, 2009, pp. 101-103)

Dicho acto discriminatorio marcaría una serie de sucesos desafortunados del protagonista del cuento, terminando con su vida.

En temas de consumo, la discriminación, sustentada en actuaciones subjetivas, no permite que los consumidores puedan acceder a productos o servicios determinados, o poner trabas. Por lo tanto, también debe recogerse en una eventual decisión andina que reconozca derechos de los consumidores el derecho a no ser discriminado por razones de sexo, raza, origen, religión o cualquier otra índole. Un proveedor de servicios o productos busca ganar votos en dinero de los consumidores, por lo tanto, debe permitirles acceder a lo que ofrece en el mercado. En ese extremo:

Los móviles detrás de una contravención a este deber pueden ser variados, desde la arbitrariedad restringida a un consumidor en particular hasta una situación de discriminación en términos constitucionales, que implicaría una condición de mayor gravedad para este tipo infractor pues a diferencia del simple trato desigual que implica una selección o exclusión arbitraria, en esta variante la limitación de acceso a un servicio estaría dada por una desvaloración de las características inherentes y consustanciales a determinados colectivos humanos, siendo la afectación verificada en uno de sus integrantes solo una evidencia de tal desvaloración. (Resolución n. ° 001-2011/SC2-INDECOPI, numeral 10)

En el caso peruano, el Tribunal Constitucional ha distinguido la figura de discriminación y diferenciación de la siguiente manera:

La diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se está frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación, y por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable. (Exp. 048-2004-AI-TC, FJ n. ° 62)

Es posible encontrar un ejemplo de diferenciación en el trato preferente que se puede dar a personas de avanzada edad, personas con discapacidad, mujeres embarazadas cuando son consumidoras de un servicio, como el ingreso a un cine o a una entidad financiera.

Así, por ejemplo, se sancionó a una discoteca por impedir el acceso a consumidores en función de la raza.

En efecto, en el operativo pudo constatarse que [...] cuando la pareja conformada (personas) —de rasgos mestizos— intentaron ingresar al establecimiento «Café del Mar», se les solicitó el carnet de socios. No obstante lo cual, inmediatamente después se permitió el ingreso al local de personas con rasgos caucásicos —los cuales no ostentaban la calidad de socios— y a los cuales no se les requirió identificación alguna. (Resolución n. ° 1415-2006/TDC-INDECOPI, p. 6)

Un caso particularmente interesante es aquel en el cual a una persona se le negó un seguro por tener síndrome de Down. El proveedor alegó que dicha cobertura representaba un riesgo no asegurable. Se sancionó esta práctica como discriminatoria, debido al siguiente motivo:

Al momento de rechazar la solicitud [...] la aseguradora no presentó justificación alguna que acreditara verosímilmente de alguna forma la luego invocada presunta alta siniestralidad de las personas con Síndrome de Down [...] De la misma forma, tampoco realizó una evaluación médica a la denunciante. En tal sentido, simplemente presumió de plano que la recurrente no era asegurable, contradiciendo así sus propias políticas de siniestralidad. (Resolución n.° 2135-2012/SC2-INDECOPI, numeral 16)

En el caso en mención también se aplicó la doctrina de los actos propios, pues se evidencia un comportamiento distinto y contradictorio del proveedor; ya que antes de la controversia venía asegurando a personas con síndrome de Down, situación declarada expresamente por el denunciado en el expediente (Resolución n.° 2135-2012/SC2-INDECOPI, numerales 33-34).

Un supuesto adicional de discriminación por discapacidad se halla en el reclamo interpuesto frente a una entidad financiera, en la cual el proveedor se negó a entregar a una consumidora una nueva tarjeta de crédito alegando que no era posible la identificación de la titular, pues al padecer de hemiplejía existió una disimilitud en las firmas del consumidor:

Lo alegado por la entidad financiera no se encuentra dentro de una justificación o actuación objetiva y razonable, debido al accionar del banco:

Permitió [a la consumidora denunciante] la anulación de su anterior tarjeta de crédito [...]. En dicho caso, eventualmente se debió haber advertido que la denunciante era la misma persona que aparecía como titular de la tarjeta de crédito y que autorizó directamente la anulación del plástico. De este modo se advierte que el Banco [...] sí consideró haber verificado la identidad de la señora Cueva para la anulación de la tarjeta de crédito, mientras que, por otro lado, no consideró esa misma situación de hecho para efectos de la entrega de un nuevo plástico, evidenciando así una conducta contradictoria. (Resolución n. ° 01-2011/SC2-INDECOPI, numerales 44-45)

Nuevamente, además de una conducta no objetiva ni razonable, se refuerza la doctrina de los actos propios como medio probatorio.

A su vez, se puede mencionar el caso de personas invidentes a las que no les permitieron ingresar a un supermercado con sus perros guías. El Tribunal Constitucional del Perú

declaró fundada la acción de amparo, pues el no poder ingresar con perros guías impide que las personas con discapacidad puedan desarrollarse de manera autónoma en establecimientos abiertos al público e «impide que las personas con discapacidad visual gocen de una plena movilidad *personal* e interactúen con la *mayor independencia* posible». Asimismo, los perros guías son perros con características especiales como ser equilibrados, tranquilos, obedientes (Expediente n. ° 2437-2013-AA-TC, fundamentos 35-37), por lo que no podría existir argumentación alguna sobre la seguridad de otros consumidores que se encuentren en el establecimiento o la higiene de los alimentos que se venden en el supermercado.

También se puede analizar el derecho a no ser discriminado desde una perspectiva económica. Hay quienes opinan que la discriminación se basa en la información defectuosa acerca de la asignación de características del grupo discriminado (Noda Yamada, 2007, p. 40). Adicionalmente, otros sostienen que el gusto por la discriminación puede generar una desventaja en el mercado, ya que los vendedores —o proveedores en el ámbito de la protección al consumidor— sin prejuicios no desaprovecharán transacciones que les sean benéficas y dominarán al mercado (Posner, 1998, p. 608-619).

Los consumidores son quienes deciden en el mercado, con sus preferencias al escoger productos o servicios, por lo que deberá tenerse en cuenta la no restricción a la variedad de productos o servicios que se ofrezcan en el mercado, salvo que el proveedor acredite motivos objetivos y razonables. Caso contrario, se trataría de una discriminación en el consumo.

8. Asociaciones de consumidores

Las asociaciones de consumidores son los vigilantes de los derechos de los consumidores, y para ello cuentan con la facultad de representarlos no solo a nivel individual sino también en defensa de derechos colectivos o difusos. El interés colectivo «parte de reconocer las necesidades de un conjunto determinado de personas. Por ello, lo que caracteriza a los intereses colectivos es que los mismos corresponden a una serie de personas más o menos numerosas, que están o pueden estar determinadas, entre las cuales existe un vínculo jurídico» (Priori Posada, 1997, p. 30). En cambio, los intereses difusos «son aquellos intereses pertenecientes a un grupo de personas absolutamente indeterminadas, entre las cuales no existe vínculo jurídico alguno, sino que más bien se encuentran ligadas por circunstancias de hecho genéricas, contingentes, accidentales y mutables, como habitar en una misma región, ser consumidores de un mismo producto, ser destinatarios de una campaña de publicidad, etc.» (Priori Posada, 1997, p. 31).

Las asociaciones de consumidores deben ser incluidas en la decisión andina, pues los consumidores, con la llamada «defensa corporativa», actúan de manera organizada en la defensa de sus derechos, logrando sinergias y consiguiendo objetivos comunes, teniendo en cuenta que estas agrupaciones «pueden mejorar sustancialmente la calidad de información disponible del mercado. Sin perjuicio de sus facultades de representación gremial, que les permiten interponer denuncias y demandas a nombre de los consumidores, estas organizaciones pueden hacer mucho para corregir defectos de información» (Bullard, 2003, p. 355).

La constitución legal de estas organizaciones debe ser bajo asociaciones civiles sin fines de lucro, pues caso contrario actuarían no en beneficio de la defensa de los consumidores, sino en beneficio particulares. Teniendo en cuenta lo indicado, el fin lucrativo implica lo siguiente:

No se da por la realización de actividades económicas en las cuales se genere excedentes, sino por el reparto directo o indirecto de esos excedentes entre los miembros de la per-

sona jurídica [...]. Entonces, el que una persona jurídica sea o no lucrativa no depende de la actividad que realice, sino de la manera cómo sus miembros se relacionen con ella; esto es, si buscan en la realización de las actividades un beneficio propio a través del reparto de utilidades, en cuyo caso será lucrativa, o conseguir fondos para dedicarnos a realizar su fin social, en cuyo caso será no lucrativa. (De Belaúnde, 2007, p. 306)

A su vez, la actividad económica de la asociación se encuentra subordinada a su objeto social (Luna-Victoria, 1986, p. 50). Frente a ello se pueden establecer como mecanismos para la protección del fin no lucrativo, la ampliación de la titularidad de los patrocinadores y beneficiarios para demandar ante malos manejos, obligación de informar a los patrocinadores y ante el público en general acerca de los fondos recaudados y estados financieros (Boza, 1988, pp. 78-84).

En este extremo también es posible mencionar los casos de *crowdfunding*, los cuales deberían aprovechar las asociaciones de consumidores siempre que se permita al titular de la donación supervisar en qué se invierte dicha donación. Es por ello que dicha donación deberá realizarse en beneficio de los consumidores en general, no para satisfacer una necesidad particular:

En la teoría de la regulación se encuentra, entre otras fallas, la de captura del órgano regulatorio ante los intereses particulares:

Las decisiones del sector público pueden desviarse hacia decisiones no eficientes en función de las consecuencias distributivas que tengan, con el fin de favorecer los intereses dominantes de los grupos más influyentes en el proceso de decisión. Estos intereses no necesariamente son los mayoritarios o los que puedan considerarse representativos del interés común. En particular, los sectores industriales afectados [...] pueden ejercer una influencia interesada en las decisiones de regulación, de manera que sus intereses se antepongan a los objetivos de eficiencia y equidad, que, en un principio, debería perseguir la regulación. (Lasheras, 1999, p. 26)

Haciendo una analogía en el ámbito de las asociaciones de consumidores, para evitar un riesgo de captura de los proveedores las asociaciones de consumidores deben evitar las siguientes conductas: (i) independencia de toda forma de actividad profesional, comercial y productiva, estando prohibidas de percibir cualquier aporte u donación de los proveedores; (ii) incluir como asociados a personas jurídicas con fines de lucro; (iii) realizar publicidad referida a venta de bienes y servicios de los proveedores; (iv) autorizar el uso de la denominación, imagen o signo distintivo en la publicidad realizada por los proveedores, o no efectuar su impedimento (Rejanovinschi, 2011, pp. 272 y ss.).

Con la finalidad de prohibir el fin lucrativo, las asociaciones de consumidores deben proscribir las siguientes conductas: (i) efectuar actividades económicas que impliquen la comercialización de productos o servicios en el mercado con ánimo de lucro y ajenos a la promoción y defensa de los derechos de los consumidores; (ii) en caso de que alguna autoridad gubernamental les brinde fondos públicos, no deberán destinarlos para su financiamiento directo o el de sus miembros; (iii) realizar, dentro de sus actividades, acciones distintas a la defensa de los intereses de los consumidores o la promoción de los derechos de los consumidores (Rejanovinschi, 2011, pp. 272 y ss.). Esto último debe ir acompañado de una evaluación constante del comportamiento de las asociaciones por la autoridad competente que elija cada país miembro.

Teniendo en cuenta que las asociaciones de consumidores al defender intereses colectivos o difusos deberán contar con facultades para conciliar o disponer derechos en beneficio de la generalidad de los consumidores, sea cual fuere la acción legal que interpongan. Lamentablemente, la legislación peruana en el artículo 107 del Código de Consumo ha prohibido dicha facultad, no considerándola adecuada pues es interés de las partes finalmente evitar el desarrollo de un procedimiento (Rejanovinski, 2014, p. 6).

En el caso español, al discutirse la acción ejecutiva de consumidores en el ámbito judicial, al invocar intereses colectivos y difusos, Lacueva afirma que no debe impedirse que las partes lleguen a un acuerdo judicial o extrajudicial:

En la mayoría de ocasiones [...] resultaría más beneficioso para el demandado llegar a un acuerdo con la parte contraria [...] que sufrir, durante un lapso de tiempo considerable, un procedimiento judicial. Probablemente nos encontraríamos como demandadas a sociedades o a determinadas empresas, nacionales o multinacionales, con un considerable volumen de negocio y cuota de mercado. El coste económico que supone todo proceso judicial, unido a la repercusión negativa de publicidad que un litigio donde están en juego los intereses difusos, pudiera acarrear en su economía no solo futura, sino —incluso— inmediata, aconsejan evitar a toda costa un proceso judicial público. (Lacueva, 2006, pp. 55-56)

Las asociaciones también deben ser responsables por la información que brindan a los consumidores, pudiendo señalarse el caso en el que la Autoridad de Consumo de Colombia ordenó retirar a una asociación denominada «Asociación Educar Consumidores» una publicidad sobre repercusiones negativas en la salud por el consumo de bebidas azucaradas, pues «la pieza publicitaria contiene afirmaciones de carácter objetivo que, al parecer, no cuentan con soporte científico o médico que permitan demostrar la veracidad de las consecuencias nocivas que según el comercial de televisión se derivarían directamente del consumo de ciertas bebidas con azúcar» (Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, 2016e).

Una manera de potenciar el funcionamiento y la evaluación del comportamiento de las asociaciones es su desempeño en internet y qué herramientas utilizan para transmitir y enseñar los derechos a favor de los consumidores, las cuales pueden ir desde un portal virtual, blogs, canales de Youtube, uso de redes sociales, Twitter, entre otros. Si la asociación se limita únicamente a compartir noticias, se considera que es una actividad pasiva, ya que la noticia que pueden compartir debe ser el punto de inicio para que expliquen los derechos de los consumidores. También debe reconocerse que el uso de herramientas virtuales debe ser de manera responsable, pues como se indicó en líneas anteriores, no toda la información que se publica en la vía virtual es correcta.

9. Mecanismos procesales

Debe incluirse en la decisión andina en materia de protección al consumidor un mecanismo procesal para resolver las controversias de los consumidores, que debe contar con las características de celeridad, que sea efectivo, respetando las normas del debido proceso, pues no bastará con reconocer los derechos de los consumidores anteriormente mencionados, sino que será importante contar con una herramienta que efectivamente defienda sus derechos y resuelva sus pretensiones. Este mecanismo procesal debe estar acompañado del derecho a una indemnización o resarcimiento por daños.

La preocupación de la resolución de conflictos de los consumidores se encuentra en el «Libro Verde - Acceso a los Consumidores a la Justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único» de la Comisión de las Comunidades Europeas. En el análisis realizado en el «Libro Verde» se mencionan las siguientes opciones a nivel comunitario para mejorar los mecanismos procesales en beneficio de los consumidores:

Simplificación de los procedimientos judiciales aplicables a los «litigios de pequeña cuantía» [...], creación de procedimientos extrajudiciales (conciliación, mediación, arbitraje), dedicados específicamente a los litigios en materia de consumo [...] (en Francia) se ha abierto una tercera vía mediante la creación de la acción en representación conjunta: las organizaciones de consumidores podrán actuar en nombre de los consumidores que hayan «sufrido perjuicios individuales causados por la actuación de un mismo profesional y que tengan un origen común». (Comisión de las Comunidades Europeas, 1993, p. 70)

En los mecanismos procesales para la defensa de los consumidores existe una diversidad de posibilidades: conciliación, mediación, arbitraje, defensa en la vía administrativa, vía judicial civil, penal. También determinados países como el peruano optan como instancia obligatoria el agotamiento de la vía administrativa (Ley 29571, art. 105). Lo importante será que el mecanismo que se escoja pueda efectivamente resolver las controversias que surjan entre proveedores y consumidores.

La conciliación es un proceso «en el que las partes, con intervención de un tercero, intentan aproximar sus puntos de vista con objeto de ofrecer una solución al litigio que tienen planteado. La función del conciliador no es resolver las diferencias, sino componer y ajustar el ánimo de quienes se encuentran enfrentados y mantienen posiciones contrarias, sin que se le atribuyan facultades para imponer decisión alguna a las partes en conflicto» (Busto, 2009, p. 4). A su vez, con la mediación se busca «poner fin a dicho conflicto a través de un acuerdo entre las partes al que se llega tras una etapa de negociación en la que un mediador intenta aproximar las posiciones entre ellas e, incluso, propone posibles acuerdos» (Busto, 2009, p. 4).

El Informe Defensorial n.º 109, emitido por la Defensoría del Pueblo del Perú, señala que «los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (negociación, conciliación y transacción extrajudicial, arbitraje) no han generado espacios significativos o amplios, paralelos al Poder Judicial, para la solución de controversias» (Defensoría del Pueblo, 2007, p. 62). Asimismo, plantea como alternativa de solución la difusión y que exista personal capacitado para promoverlo:

Los medios alternativos serán mecanismos exitosos en la medida en que la población los conozca y existan recursos humanos adecuadamente capacitados para promoverlos y operarlos. Para cumplir con este objetivo se requiere planificar campañas intensivas para difundir dichos mecanismos entre los usuarios del sistema y la población en general, de modo que se genere confianza en su utilización. (Defensoría del Pueblo, 2007, p. 65)

El arbitraje de consumo es utilizado como mecanismo de solución de controversias en España³² y Argentina³³ desarrolladas a partir de un mandato constitucional. En España, a partir

32 El Real Decreto n.º 231/2008 aprueba el Texto Único Refundido del Sistema Arbitral de Consumo.

33 El Decreto Legislativo n.º 276/98 regula el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo

del artículo 51, numeral 1 de la Constitución de 1978, los poderes públicos «garantizan la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces [énfasis añadido] la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos». En Argentina, la Constitución de 1994, en el artículo 42, señala, luego de reconocer derechos como los de salud, seguridad, información, trato equitativo e intereses económicos, que «la legislación establecerá procedimientos eficaces [énfasis añadido] para la prevención y solución de conflictos».

En el Perú se ha seguido la corriente de España y Argentina, regulando como mecanismo adicional de resolución de controversias al arbitraje de consumo creado «con el objetivo de resolver de manera sencilla, gratuita, rápida, con carácter vinculante, los conflictos entre consumidores y proveedores» (Código de Consumo, art. 137). Pese a ello, a la fecha no ha sido implementado.

Al analizar si los mecanismos de resolución de conflictos en materia de protección al consumidor son eficaces, se observa que se cuenta con el procedimiento administrativo sancionador, por el cual la vía administrativa en INDECOPI tiene competencia primaria y de alcance nacional (Código de Consumo, art. 105). El costo de la misma asciende aproximadamente a S/ 38.00 por todo el procedimiento administrativo, que representa un monto mínimo si se analiza la estructura de costos.

Así, por ejemplo, en el año 2010, el costo del procedimiento de la denuncia por infracciones a las normas sobre protección al consumidor en la vía administrativa ascendía a la suma de S/ 36.00. La estructura de costo desagregada el mismo año —es decir, lo que le cuesta a la entidad dicho procedimiento— ascendió a la suma de S/ 852.72³⁴. De acuerdo con ello, existe una diferencia de S/ 816.72 que es cubierta por los ingresos de INDECOPI, según el artículo 52 del Decreto Legislativo n.º 1033³⁵.

El procedimiento administrativo sancionador tiene una división en función de materias y cuantías, lo que repercute en la duración del procedimiento. En ese sentido, el procedimiento sancionador se divide en sumarísimo y ordinario, que regulan las siguientes materias (Código de Consumo, arts. 124-127):

Tabla 2

<p>Materias en el procedimiento sumarísimo</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Cuantías, determinadas por el valor del producto o servicio materia de controversia, que no superen 3 UIT • Requerimientos de información • Métodos abusivos de cobranza y demora en la entrega del producto • Incumplimiento de acuerdo conciliatorio, incumplimiento de medidas correctivas dictadas a favor de terceros, derivadas del procedimiento de una denuncia, e incumplimiento y liquidación de costas y costos
--	---

34 Conforme Carta n.º 324-2010/GEG-Sac, de fecha 3 de noviembre de 2010, que absuelve la solicitud de acceso a la información.

35 *Ibidem*.

Materias en el procedimiento ordinario	<ul style="list-style-type: none"> • Productos o sustancias peligrosas, actos de discriminación o trato diferenciado, servicios médicos y afectación de intereses colectivos o difusos • Cuantía: productos y servicios cuyo valor, según lo contratado u ofertado, es de más de 3 UIT o inapreciable en dinero • Acumulación: materias de ordinario y mismos hechos en denuncia de procedimientos sumarísimo y ordinario
--	--

En lo referente a la duración, el procedimiento sumarísimo se inicia ante el Órgano Resolutivo de Procedimiento Sumarísimo. Contra lo resuelto por esta primera instancia administrativa, se acude en apelación ante la Comisión de Protección al Consumidor Competente y, finalmente, existe la posibilidad de interponer un recurso extraordinario de revisión que será resuelto por la Sala de Protección al Consumidor de INDECOPI. El procedimiento en cada instancia tiene una duración de 30 días hábiles. En cambio, el procedimiento ordinario tiene dos instancias: se inicia en la Comisión de Protección al Consumidor competente y en apelación se resuelve ante la Sala de Protección al Consumidor. Cada instancia tiene una duración de 120 días hábiles.

El procedimiento sancionador ha establecido expresamente que no otorga indemnizaciones, sino «medidas correctivas reparadoras»³⁶, que tienen como objeto «resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa a su estado anterior» (Código de Consumo, art. 115.1). Sin embargo, el Código de Consumo señala lo siguiente:

Las medidas correctivas reparadoras como mandatos dirigidos a resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas originadas por la infracción buscan corregir la conducta infractora y no tienen naturaleza indemnizatoria; son dictadas sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios que el consumidor pueda solicitar en la vía judicial o arbitral correspondiente. No obstante, se descuenta de la indemnización patrimonial aquella satisfacción patrimonial deducible que el consumidor haya recibido a consecuencia del dictado de una medida correctiva reparadora en sede administrativa. (Código de Consumo, art. 115.7)

De la misma redacción de la norma es posible concluir que la administración otorga «indemnizaciones a cuenta», pues la consecuencia patrimonial directa e inmediata de la infracción es un daño emergente (es decir, indemnización), y si se descuenta lo obtenido en sede administrativa de la pretensión que se plantee en vía judicial, es una indemnización a cuenta. Además, lo establecido en la norma citada obliga al consumidor, luego de participar en un procedimiento sancionador, a acudir posteriormente a la vía judicial si desea una pretensión indemnizatoria.

El arbitraje de consumo es de carácter institucional, al ser una entidad la encargada de administrarlo. Según el artículo 138 del Código de Consumo, INDECOPI, como Autoridad Nacional de Protección al Consumidor, constituye las juntas arbitrales en cada localidad, «en coordinación con los gobiernos regionales y locales, a fin de que estas organicen el sistema y lo promuevan entre los agentes del mercado». El artículo 5 del Reglamento de Arbitraje de Con-

³⁶ También otorgan medidas correctivas complementarias, pero el objeto es evitar que la infracción se produzca en el futuro, como decomiso de mercadería, cierre de establecimiento, entre otros (Código de Consumo, art. 116).

sumo define a las juntas arbitrales de consumo como «los órganos constituidos al interior de la administración pública, cuya finalidad consiste en organizar el sistema [...] brindar servicios administrativos y de secretaría técnica a los órganos arbitrales» (Indecopi, art. 5).

Si el legislador se inclinó por un arbitraje institucional, debió preferir un perfil de la institución y no restringir a los gobiernos regionales y locales dicha tarea, pues el hecho de que existan a nivel nacional no necesariamente implica que cuenten con una organización idónea (Rejanovinski, 2014, p. 55 y ss.). Se ha perdido la oportunidad para que INDECOPI amplíe el ámbito de aplicación de la designación de juntas arbitrales, pues en anteriores experiencias celebró convenios en materia concursal con universidades o gremios.

Si el arbitraje de consumo es gratuito, quien asumirá los costos es el Estado, particularmente los gobiernos regionales y locales serán quienes tendrán que subsidiar este sistema, pues estos organizan el sistema. Tal vez esta sea una razón por la cual, a la fecha, no se ha implementado el arbitraje de consumo. La ventaja de un arbitraje de consumo frente a un procedimiento administrativo sancionador es que en el arbitraje no existe limitación en la pretensión indemnizatoria a solicitar, tal como daño emergente, daño lucro cesante como daños patrimoniales, y daños extrapatrimoniales.

En un procedimiento sancionador, los proveedores cuentan siempre con la calidad de denunciado. Es por ello que, a la fecha, no cuentan con interés en designar a los árbitros que los representarán, pues ocuparán, asimismo, la posición de demandados en las controversias arbitrales. Considérese que el incentivo de los proveedores para acogerse al arbitraje de consumo «es similar al de las garantías explícitas, al ofrecer un sistema que otorgue indemnizaciones a los consumidores, con un plazo de resolución inferior al de una controversia administrativa y judicial. Estos evaluarán, antes de realizar un acto de consumo, si los proveedores otorgan una garantía adicional como la mencionada» (Rejanovinski, 2014, p. 58), pues «si una persona acude a un mercado y compra un producto sin garantía contractual está recibiendo una clara señal negativa sobre su calidad: es fácil percibir que el paquete de atributos referidos a la calidad de este bien difiere de los que se incluyen en un bien que se vende con garantía» (Bullard, 2010, p. 45).

Deben fomentarse las formas especiales de resolver las controversias como una conciliación, transacción o desistimiento. Lo que deberá valorar la administración, si se trata de un procedimiento sancionador; es si con esta forma de resolver el conflicto cesa la afectación de terceros consumidores. Ello se explica con el siguiente ejemplo: una asociación de consumidores denuncia a un proveedor de servicios de hospedaje por no indicar en el listado de precios del hotel el precio completo y en moneda nacional. Dentro del procedimiento administrativo sancionador en la audiencia de conciliación, el proveedor se comprometió a otorgar a algún representante de la asociación una noche en el hotel, en habitación doble, con desayuno y estacionamiento, durante un fin de semana, previa reserva con una semana de anticipación. Con esta conciliación culmina el procedimiento para la asociación denunciante, pero la autoridad administrativa continúa de oficio. Puede observarse que dicha conciliación no cesó la afectación de terceros consumidores, es decir, que el listado de los precios del hotel sea en moneda nacional y de manera completa (Resoluciones finales n.º 1451-2006-CPC y 1921-2006-CPC).

Para que el mecanismo procesal sea eficiente, se propone que en los procedimientos sancionadores se otorguen indemnizaciones, pues la administración ejerce una función cuasijudicial al resolver controversias entre consumidores y proveedores:

La Administración ha ganado para sí un espacio enorme como órgano de solución y prevención de diversos conflictos intersubjetivos que han sido sometidos a su autoridad por el ordenamiento jurídico, así como órgano de sanción de diversas conductas antijurídicas (es el caso por ejemplo, de los órganos administrativos de defensa del consumidor [énfasis añadido], de la competencia y de la propiedad intelectual [...]. En dichos casos la Administración ejerce una actividad cuasi jurisdiccional porque resuelve o previene conflictos o impone sanciones, a través de una decisión vinculante u obligatoria que es impuesta a las partes o administrados en el marco de un procedimiento administrativo [énfasis añadido]. (Bustamante, 2002, p. 38)

No podría objetarse que el proveedor se encuentre en estado de indefensión, pues contra lo que resuelva el órgano administrativo podrá interponer una demanda contencioso-administrativa.

Un elemento final a considerar será la autorregulación. Para considerar si el proveedor, por sí mismo, brinda garantías al consumidor para resolver las controversias que pudieran existir, el mecanismo debe ser efectivo. Si la autorregulación no soluciona las controversias del consumidor de manera gratuita o a un costo muy bajo, que sea célere (en comparación con las opciones que brinda la legislación) y que el consumidor sea resarcido en sus pretensiones, no será eficiente.

9. Conclusiones

Si bien existen decisiones andinas que protegen de manera indirecta o sectorial a los consumidores, es necesaria una decisión que establezca sus derechos de manera expresa. Es preciso recordar que el tercer párrafo del artículo 1 del Acuerdo de Cartagena señala que la finalidad de la Comunidad Andina es mejorar el nivel de vida de los habitantes.

Contando con una herramienta jurídica como una decisión andina es posible defender a los consumidores, teniendo en cuenta, además, que dentro de una política de integración los consumidores andinos pueden domiciliar en un Estado miembro y adquirir un producto o un servicio en un Estado miembro distinto, lo que generaría conflictos transfronterizos.

Se ha propuesto un conjunto de derechos mínimos para proteger a los consumidores, como el derecho a recibir información relevante y a la idoneidad de productos y servicios. Asimismo, se consideran la protección de los intereses económicos de los consumidores, el derecho a no ser discriminado, el derecho a la seguridad y salud.

A su vez, se ha señalado que la decisión andina de protección al consumidor debe recoger la importancia de las asociaciones de consumidores como actores de defensa de intereses indeterminados de los consumidores. Como consecuencia de una facultad tan importante, también deben establecerse lineamientos para la adecuada actuación de estas organizaciones.

Finalmente, los mecanismos procesales que resuelvan las controversias de los consumidores deben contar con las características de celeridad, ser efectivos, respetar las normas del debido proceso y reconocer el derecho a una indemnización plena. No será un recurso efectivo si se debe interponer procedimientos ante diversas entidades, con una duración extensa, para obtener una pretensión adecuada.

Asimismo, en un procedimiento administrativo sancionador, ante una forma especial de resolución de la controversia, como una conciliación, desistimiento o transacción, la autoridad administrativa deberá tener en cuenta si con esta forma especial de resolución se elimina la afectación de intereses de terceros consumidores.

De aprobarse una decisión andina con los parámetros mínimos expuestos en el presente documento, los Estados miembros deberán preocuparse por una implementación efectiva de la decisión, caso contrario, podrán ser denunciados por una acción de incumplimiento. Esto en aras de la protección de los consumidores, pues, como se indicó al principio del presente documento, la finalidad de la Comunidad Andina es mejorar el nivel de vida de sus habitantes.

Los consumidores son el fin de las transacciones económicas y, por tal motivo, debe priorizarse en la agenda andina su inclusión mediante una decisión, cuya consecuencia será la supranacionalidad y aplicación directa en cada uno de los países miembros.

REFERENCIAS

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (16 de abril de 1985). *Consumer protection* (A/RES/39/248). Recuperado de <http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r248.htm>
- Gut Springenheide GmbH y Rudolf Tusky vs. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt — Amt für Lebensmittelüberwachung, Asunto C-210/96. Recuperado de <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=101164&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1057303>
- Mohamed Aziz vs. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), Asunto C-415/11. Recuperado de <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-415/11>
- Johann Gruber vs. Bay Wa AG, Asunto C-464/01. Recuperado de <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130de644aa371d535488c9ba9ee36521a9338.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Ob3iMe0?text=&docid=64203&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=22550>
- Baylos Corroza, H. (1993). *Tratado de Derecho Industrial* (2ª ed.). Madrid: Editorial Civitas.
- BBB. (2 de septiembre de 2016). Samsung suspende las ventas de su teléfono Galaxy Note 7 por «explosiones» de sus baterías. *BBC Mundo*. Recuperado de <http://www.bbc.com/mundo/noticias-37257215>
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. y J. Salas Hernández (coords.). (1992). *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Madrid: Civitas.
- Bourgiognie, T. (2011). Seguridad del consumidor y vigilancia de mercado: estrategias y herramientas legales. En Tomillo Urbina, J. (dir.) y J. Álvarez Rubio (coord.), *La Protección Jurídica de los Consumidores como motor de desarrollo económico*. Navarra: Civitas.
- Botana García, G. A. (1994). *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*. Barcelona: JM Bosch Editor.
- Boza Dibós, B. (1988). La persona jurídica sin fin de lucro: su regulación a la luz del nuevo rol que desempeña. *Themis*, (12).
- Browsewrap vs. Clickwrap. (2016, 13 de diciembre). Recuperado de <https://termsfeed.com/blog/browsewrap-clickwrap/>
- Bullard, A. (2010). ¿Es el consumidor un idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, año 6, (10).

- Bullard, A. (2003). *Derecho y Economía El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores.
- Bustamante Alarcón, R. (2002). Control difuso y administración ¿Es viable que la Administración ejerza el control difuso de la constitucionalidad normativa? *Revista Jurídica del Perú*, año LII, (41).
- Busto Lago, J. M. (2009). *Mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos de consumo*. Recuperado de http://www.uclm.es/actividades0809/cursos/edc/docs/JoseManuelBusto_4.pdf
- Canosa Usera, R. (2008). Marco Constitucional de la Protección de los Consumidores y Usuarios. En Rodríguez-Arana Muñoz y R. Canosa Usera (eds.), *Derecho de los consumidores y usuarios: Una perspectiva integral*. La Coruña: Netbiblio.
- Cheenyi E.I.R.L. vs. Kónica S.A., Resolución n. ° 101-96-TDC (01 de enero de 1997).
- C.I. CILES S.A. vs. Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia, Proceso 04-IP-2012.
- Comisión Europea. (2014). Preguntas y respuestas: el sistema de alerta rápida para alimentos y piensos (RASFF). Recuperado de http://ec.europa.eu/food/safety/rasff/docs/rasff_leaflet_es.pdf
- Comisión de las Comunidades Europeas. (1993). *Libro Verde – Acceso a los Consumidores a la Justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único*. Bruselas.
- Comisión de Protección al Consumidor vs. Asesoría Comercial S.A., Resolución Final n. ° 1451-2006-CPC (2007).
- Comunidad Andina. (1969). *Acuerdo de Integración Subregional Andino «Acuerdo de Cartagena»*. Recuperado de http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/es/asiaca/trt_asiaca.pdf
- Comunidad Andina. (2003). *Decisión 539. Mesa Andina de Participación de la Sociedad Civil para la Defensa de los Derechos del Consumidor*. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/4875ED6F16AA8B0E05257BA2005F6F62/\\$FILE/DEC539.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/4875ED6F16AA8B0E05257BA2005F6F62/$FILE/DEC539.pdf)
- Congreso de la República del Perú (s.f.). *Congreso de la República del Perú*. Recuperado de www.congreso.gob.pe
- De Belaúnde López de Romaña, J. (2007). Comentarios al artículo 80 del Código Civil. En AA.VV. *Código Civil Comentado*, Tomo I. (2ª ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Defensoría del Pueblo. (2007). *Propuestas básicas de la Defensoría del Pueblo para la reforma de la Justicia en el Perú. Generando consensos sobre qué se debe reformar, quiénes se encargarán de hacerlo y cómo lo harán* (Informe Defensorial No. 109). Lima.
- Defensoría del Pueblo de Ecuador (s.f.). *Defensoría del Pueblo de Ecuador*. Recuperado de www.dpe.gob.ec

- Diez-Canseco Núñez, L. (1997). Función regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica. *Themis*, (36).
- DIGEMID. (2013). Digemid publicó alerta que prohíbe la venta del medicamento adelgazante «sibutramina». Recuperado de <http://bvccnadim.digemid.minsa.gob.pe/noticias/48-digemid-publico-alerta-que-prohibe-la-venta-del-medicamento-adelgazante-sibutramina>
- Diswafer LTDA. vs. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de la República de Colombia, Proceso 193-IP-2007.
- Durand Carrión, J. (2008). El consumidor razonable o diligente, el mito que puede crear un cisma entre los peruanos. *Derecho & Sociedad*, año XIX, (31).
- Escobar Rozas, F. (2011). Entendiendo el mercado: la contratación estandarizada como forma de mitigar los problemas de insatisfacción y de selección adversa. En Súmar, O. (ed.), *Ensayos sobre protección al consumidor en el Perú*. Lima: Universidad del Pacífico.
- Espinoza Espinoza, J. (2012). *Derecho de los Consumidores*. Lima: Editorial Rodhas.
- Expediente 0988-2013/TRASU/ST-RA (2013). Recuperado de <https://www.osiptel.gob.pe/articulo/expediente-033662013trasustra>
- Expediente 03366-2013/TRASU/ST-RA
- Expediente n. ° 2437-2013-AA-TC (7 de octubre de 2014).
- Facebook. (s.f.). Abre una cuenta. Recuperado de <https://es-la.facebook.com/>
- Farina, J. (1995). *Defensa del Consumidor y del Usuario*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Fernández-Novoa, C. (1978). Las funciones de la marca. *Actas de Derecho Industrial*, (05).
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (s.f.). *Indecopi*. Recuperado de www.indecopi.gob.pe
- José Miguel Morales Dasso vs. Congreso de la República, Expediente n. ° 048-2004-AI-TC (1 de abril de 2005).
- Kennedy, J. F. (1962, 15 de marzo). Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest. En línea por G. Peters y J. T. Woolley. *The American Presidency Project*. Recuperado de <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108>.
- Kotler, P. y K. L. Keller. (2006). *Dirección de Marketing* (12ª ed.). México: Pearson.
- Lacueva Bertolacci, R. (2006). *Acción Ejecutiva de Consumidores y Usuarios*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- La Razón. (25 de octubre de 2012). Prohibido un anuncio de Dior por retocar las pestañas de Natalie Portman. *La Razón*. Recuperado de http://www.la-razon.com/index.php?_url=%2Ffla_revista%2Fespectaculos%2FProhibido-Dior-pestanas-Natalie-Portman_0_1712228834.html
- Lasheras, M. A. (1999). *La regulación económica de los servicios públicos*. Barcelona: Editorial Ariel.

- Leguiza Estela, Mary vs. Estado de la Provincia de Corrientes, Resolución 932-2006/TDC-INDECOPI (2017).
- López Mesa, M. (2009). La doctrina de los actos propios. Recuperado de <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/119/cnt/cnt14.pdf>
- López-Tarruella Martínez, A. (marzo, 2007). Las licencias de uso de bienes digitales. El difícil equilibrio entre los intereses de los titulares de los derechos y de los usuarios. *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, 1(2).
- Lorenzetti, R. (2001). *Comercio Electrónico*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot.
- Luna-Victoria León, C. (1986). El Régimen Patrimonial de las Asociaciones Civiles. *Themis*, (5).
- Maniet, F. (2011). El Sistema de Intercambio Rápido de Información sobre los productos peligrosos (o RAPEX) implantado en la Unión Europea. En J. Tomillo Urbina (dir.) y J. Álvarez Rubio (coord.), *La Protección Jurídica de los Consumidores como motor de desarrollo económico*. Navarra: Civitas.
- Ministerio de Industria y Productividad de Ecuador (s.f.). *Ministerio de Industria y Productividad*. Recuperado de www.industrias.gob.ec
- Ministerio de Justicia y Transparencia Institucional (s.f.). *Viceministerio de Defensa de los Derechos del Usuario y del Consumidor de Bolivia*. Recuperado de <http://www.justicia.gob.bo/index.php/institucion/autoridades/viceministro-de-defensa-de-los-derechos-del-usuario-y-del-consumidor>
- Moreno Navarrete, M.A. (2013). La protección de los consumidores y las técnicas empresariales de marketing 2.0. En L. Morillas Cueva (dir.) y J. M. Suárez López (coord.), *Derecho y Consumo. Aspectos penales, civiles y administrativos*. Madrid: Dykinson S.L.
- Moreno Delgado, J. (2013). El consentimiento en las licencias de uso de software (Tesis para la obtención de título de abogado). Universidad San Francisco de Quito, Quito. Recuperado de <http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/1936/1/104843.pdf>
- Niantic. (1 de julio de 2016). Condiciones de servicio de Pokémon GO. Niantic. Recuperado de <https://www.nianticlabs.com/terms/pokemongo/es>
- Noda Yamada, C. (agosto, 2007). La justificación de la prohibición de la discriminación en el consumo a partir de la racionalidad económica del sistema de protección al consumidor. *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 13.
- Organización Mundial de Propiedad Intelectual (s.f.). *Organización Mundial de Propiedad Intelectual*. Recuperado de <http://www.wipo.int/portal/es/>
- Pagador López, J. (2012). Los contratos de consumo celebrados mediante condiciones generales y cláusulas predisuestas. En L. M. Miranda Serrano y J. Pagador López (coords.), *Derecho (privado) de los consumidores*. Madrid: Marcial Pons.
- Parra Lucán, M. A. (1990). *Daños por Productos y Protección del Consumidor*. Barcelona: JM Bosch Editor

- Posner, R. (1998). *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Priori Posada, G. (1997). La tutela jurisdiccional de los derechos difusos: una aproximación desde el derecho procesal constitucional. En G. Priori Posada y R. Bustamante Alarcón, *Apuntes de Derecho Procesal*. Lima: Ara Editores.
- Procedimiento seguido de oficio vs. Gesur S.A.C., Resolución n. ° 1415-2006/TDC-INDECOPI (8 de noviembre de 2006).
- Proceso 030-IP-98.
- Rejanovinschi Talledo, M. (2011). *¿Defendiéndonos de manera adecuada? El Rol de las Asociaciones de Consumidores en el Perú* (Tesis de maestría). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- Rejanovinschi Talledo, M. (2014). *Asociaciones de Consumidores en el Perú*. Manuscrito inédito presentado en el curso Protección al Consumidor 2014-I. Escuela de Posgrado, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.
- Rejanovinschi Talledo, M. (2016). La elección del consumidor a un ambiente adecuado. *Revista de Actualidad Mercantil*, (4).
- Resolución n. ° 224-2003/TDC-INDECOPI (2003).
- Resolución n. ° 1690-2007/TDC-INDECOPI.
- Resolución n. ° 271-2009-CPC.
- Resolución n. ° 536-2009/SC2-INDECOPI.
- Resolución n. ° 787-2010/SC2-INDECOPI.
- Resolución n. ° 2321-2010/SC2-INDECOPI.
- Resolución n. ° 751-2011/SC2-INDECOPI.
- Resolución n. ° 2188-2011/SC2-INDECOPI.
- Resolución n. ° 2323-2011/SC2-INDECOPI.
- Resolución n. ° 078-2012/SC2-INDECOPI.
- Resolución n. ° 1944-2014/SPC-INDECOPI.
- Resolución n. ° 2221-2012-SC2-INDECOPI.
- Resolución n. ° 1008-2013-SPC-INDECOPI.
- Resolución n. ° 2135-2012/SC2-INDECOPI.
- Resolución n. ° 01-2011/SC2-INDECOPI.
- Reyes López, M. J. (2002). El derecho a la salud y seguridad. En M. J. Reyes López (coord.), *Derecho de Consumo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ribeyro, J. R. (2009). Alienación. En J. R. Ribeyro, *La Palabra del Mudo* (II). Lima. Seix Barral.
- Rosa Margarita Cueva Tupac Yupanqui de Vignolo vs. Banco Falabella Perú S.A., Resolución n. ° 001-2011/SC2-INDECOPI (5 de enero de 2011).
- Sociedad FIMCIM S.R.L. vs. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Proceso 22-IP-2011.

- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. (2016a, 26 de mayo). Por cartelización empresarial en papel higiénico y otros papeles suaves, Superindustria sanciona a 4 empresas productoras. Bogotá, D.C. Recuperado de <http://www.sic.gov.co/noticias/por-cartelizacion-empresarial-en-papel-higienico-y-otros-papeles-suaves-superindustria-sanciona-a-4-empresas-productoras>
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. (2016b, 5 de setiembre). Superindustria asumió la coordinación del Subgrupo de Protección al Consumidor de la Alianza del Pacífico. Recuperado de <http://www.sic.gov.co/noticias/superindustria-asumio-la-coordinacion-del-subgrupo-de-proteccion-al-consumidor-de-la-alianza-del-pac%C3%ADfico>
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. (2016c). Llamado a consumidores de las barras de cereal «Kashi ® Trail Mix Chewy Granola Bars». Recuperado de <http://www.sic.gov.co/noticias/llamado-a-consumidores-de-las-barras-de-cereal-kashi-trail-mix-chewy-granola-bars>
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. (2016d). Por presencia de bacterias en las toallitas húmedas Pequeñín Acolchamax, Productos Familia genera recall. Recuperado de <http://www.sic.gov.co/drupal/noticias/por-presencia-de-bacterias-en-las-toallitas-humedas-pequenin-acolchamax-productos-familia-genera-recall>
- Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. (2016e). Superindustria ordena retirar comercial de TV sobre supuestos efectos nocivos del consumo de bebidas azucaradas. Recuperado de <http://www.sic.gov.co/noticias/superindustria-ordena-retirar-comercial-de-tv-sobre-supuestos-efectos-nocivos-del-consumo-de-bebidas-azucaradas>
- Susana Vilca Achata vs. Lan Perú S.A., Resolución n. ° 2808-2010/SC2-INDECOPI (16 de diciembre de 2010).
- Tovar Mena, T. (2009). Consideraciones sobre la definición de consumidor o usuario. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, año XXIV, (67).
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (s.f.). Recuperado de <http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca/index.php>
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (s.f.). *Cvria*. Recuperado de https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/
- Un hombre incendia su casa tratando de secar su ropa en el microondas. (2012, 7 de agosto). Recuperado de <https://actualidad.rt.com/sociedad/view/50900-Un-hombre-incendia-su-casa-tratando-de-secar-su-ropa-en-microondas>
- Unión Europea (s.f.). *Web Oficial de la Unión Europea*. Recuperado de https://europa.eu/european-union/index_es

- Weingarten, C. y C. Ghersi. (2011). Publicidad e Información. Responsabilidad. En C. Ghersi y C. Weingarten, *Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores*. Buenos Aires: La Ley.
- Weingarten, C. (2011). La confianza como elemento superador de la asimetría para consumidores y usuarios. En C. Ghersi y C. Weingarten, *Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores*. Buenos Aires: La Ley.
- Zoológico chino disfrazaba perros como leones y ratas como reptiles. (2013). Recuperado de <http://elcomercio.pe/actualidad/1617620/noticia-zoologico-chinodisfrazaba-perros-leones-ratas-como-reptiles>

COMENTARIOS

Julio Durand Carrión

Profesor del Departamento Académico de Derecho, PUCP*

El tema planteado en el trabajo es sin duda muy interesante. Expone una arista de la protección del consumidor que no ha sido desarrollada y propone una visión integradora de los sistemas de protección del consumidor a nivel de la Comunidad Andina, lo que constituye una idea innovadora en la materia. Por otro lado, desde el punto de vista de la estructura también está bien planteado. No obstante, hay que considerar que es necesario abordar otros temas para darle mayor suficiencia académica y coherencia sistémica al trabajo.

En efecto, en el punto que se refiere al consumidor razonable, que es una categoría conceptual ideada por la jurisprudencia del Indecopi en los años noventa y que se ha dejado de lado en la actualidad porque no se condice con la realidad ni con el plano existencial del mercado de los consumidores en el país, es necesario que el autor agregue y aborde la nueva dimensión del consumidor de buena fe. De dicha dimensión hoy en la doctrina se habla mucho para poder conceptualizar al tipo de consumidor que debe ser protegido no solo por las leyes sino por el sistema de protección del consumidor en general, porque es con la buena fe con la que acuden todos los consumidores al mercado. Se entiende, pues, que el sistema aborda la protección desde la óptica de la política de Estado en relación al sostenimiento del mercado y al respeto a los derechos de los ciudadanos consumidores.

Este concepto le daría mayor contenido y propiedad al trabajo porque la buena fe es la columna vertebral del derecho civil y, en especial, del derecho contractual. Tanto es así que el maestro De la Puente y Lavalle usualmente colocaba la buena fe en la base de las transacciones comerciales y, más aun, de los contratos de consumo, respecto de los que, por ser masivos, los consumidores asumen que todas las cláusulas de adhesión o las cláusulas generales de contratación están estructuradas de acuerdo a la buena fe, es decir, sin engaños.

La buena fe es intrínseca a todo comprador sin importar su condición económica, su nivel educativo u otros. Todos compran con buena fe y ese debe ser el estándar: el consumidor de buena fe. Por todo ello sería recomendable que el autor aborde este tema.

Otro tema importante se refiere al nivel de desarrollo socioeconómico de los países de la Comunidad Andina. Es necesario señalar que cada uno tiene diferentes niveles de desarrollo alcanzado, lo que hace que las estructuras normativas y los sistemas de protección al consumidor de cada país sean diferentes y tengan distintos niveles de desarrollo. Por eso debería proponerse una especie de oficina de armonización de las legislaciones andinas para generar una sola, pero que tenga en cuenta los diferentes niveles de las economías y los mercados de cada país.

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/julio-durand-carrion/>

Para tal efecto se puede partir de estudio comparativo de la Oficina de Armonización del Mercado Interno de la Unión Europea (OAMI) para el caso de la marca comunitaria. Esta fue una gran idea para armonizar y equilibrar las distintas economías de cada país, y para facilitar la creación y el tránsito de las marcas comunitarias europeas.

Por último, para complementar el trabajo también sería importante abordar el rol de las asociaciones de consumidores dentro del marco de la institucionalidad de las políticas públicas que tienen que ver con el mercado y los derechos de los ciudadanos consumidores. El enfoque sistémico parte de la política pública de protección del consumidor; la normatividad adecuada y la institucionalidad que hace cumplir las políticas públicas; por ejemplo, Indecopi para el caso del consumidor.

Finalmente, se recomienda que en aquellas partes del trabajo en las que el autor propone alguna idea relevante sea más asertivo y frontal para que denote mayor fuerza argumentativa sobre el tema.

RESPUESTA DEL AUTOR

Agradezco los comentarios brindados por el profesor Durand, los cuales permiten enriquecer el documento inicialmente redactado, y así continuar aportando a esta importante rama del derecho de la protección al consumidor. El profesor Durand considera incluir además del parámetro o estándar que debe guiar la protección del consumidor; el concepto de consumidor de buena fe.

Con la finalidad de complementar su opinión, es necesario indicar que el concepto de buena fe se encuentra actualmente reconocido en el Código de Protección y Defensa del Consumidor peruano, por ejemplo, en los artículos V.5 (bajo el principio de buena fe entre las partes)¹, VI.8 (considerado dentro de las políticas públicas)², II (no informar acerca de productos que cuentan con defectos)³, 48 y 49 (requisitos de cláusulas contractuales y cláusulas abusivas)⁴.

La buena fe, común a las partes, también se entiende como un parámetro consistente en el comportamiento de un tercero que actúa de manera razonable, aplicable, por ejemplo, al análisis que se hace sobre la independencia e imparcialidad de un árbitro: «la cuestión no es saber si el árbitro es independiente en términos absolutos, sino si lo es para un observador razonable»⁵. Puede evidenciarse que existe, en este extremo, un elemento común con el estándar de consumidor razonable, ya que este último se centra en quien actúa de acuerdo con una diligencia ordinaria, mientras que la buena fe objetiva puede entenderse como el comportamiento razonable de un tercero, es decir, qué esperaría un tercero de manera razonable. Es por ello que la buena fe es complementada por el parámetro de consumidor a proteger:

-
- 1 «Artículo V. 5. Principio de Buena Fe. En la actuación en el mercado y en el ámbito de 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 [...]».
 - 2 «Artículo VI. 8. El Estado procura y promueve una cultura de protección al consumidor y comportamiento acorde con la buena fe de los proveedores, consumidores, asociaciones de consumidores, sus representantes, y la función protectora de los poderes públicos, para asegurar el respeto y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en el presente Código [...]».
 - 3 «Artículo II. 1. Información sobre productos no originales o con defectos. Cuando se expende al público productos con alguna deficiencia o defecto, usados, reconstruidos o remanufacturados, debe informarse notoriamente esta circunstancia al consumidor [...] El incumplimiento de esta exigencia es considerado contrario a la buena fe en el comportamiento exigible al proveedor».
 - 4 «Artículo 48 [...] En los contratos de consumo celebrados por adhesión o con cláusulas generales de contratación, debe cumplirse con los siguientes requisitos: c. Buena fe y equilibrio necesario en los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.
«Artículo 49.1 [...] se consideran cláusulas abusivas y, por tanto, inexigibles todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, colocoquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos [...]».
 - 5 Dominique H., como se ha citado en Mantilla, Serrano, F. y Pinsolle, P. (2013). La independencia del árbitro y su obligación de revelación. En: Soto, C. y Revoredo, D. Instituto Peruano de Arbitraje. *Arbitraje Internacional. Pasado presente y futuro*. Tomo II. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, p. 884.

La buena fe es, asimismo, un comportamiento que se exige a las partes en todo procedimiento. Por ello, el ordenamiento peruano hace énfasis en el supuesto de las denuncias maliciosas⁶, puesto que este es un supuesto de sanción para aquellas organizaciones que tienen como finalidad defender a los consumidores⁷.

El profesor Durand recomienda, asimismo, una oficina de armonización en la Comunidad Andina, pues existen distintos niveles socioeconómicos entre los miembros de la CAN. En este extremo, para complementar el aporte, hay que considerar que la propuesta de una decisión andina en el presente trabajo es una línea de base mínima, ya que la creación de la Comunidad Andina tiene como finalidad mejorar el nivel de vida de los consumidores y en las legislaciones locales ha estado presente la protección al consumidor. Al contar, de acuerdo a la presente propuesta, con una decisión andina en materia de protección al consumidor, las herramientas de integración, como la acción de incumplimiento y la interpretación prejudicial solicitada al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, permitirán fortalecer la defensa de los consumidores en este mercado⁸.

Por otro lado, el profesor Durand también recomienda abordar el rol de las asociaciones de consumidores en el marco de la institucionalidad. En el esquema peruano, estas entidades forman parte del Consejo Nacional de Protección al Consumidor⁹, que tiene entre sus funciones la promoción y armonización de la política nacional de protección y defensa del consumidor en el ámbito peruano. Ahora bien, en la Política Nacional de Protección y Defensa del Consumidor¹⁰, el eje 4, referido al fortalecimiento del Sistema Nacional Integrado de la Protección al Consumidor, propone promover mecanismos para el fortalecimiento de las asociaciones de consumidores. Si bien se han comentado las exigencias que deben tener estas entidades sin fines de lucro, también es necesario agregar que la defensa corporativa es necesaria y debe permitirse la disposición de derechos cuando estas accionen alegando intereses colectivos o difusos¹¹.

Finalmente, teniendo en cuenta las sugerencias del profesor Durand, se propone un resumen de las principales ideas del documento de investigación:

- I. Una Decisión Andina en materia de protección al consumidor es necesaria, pues la finalidad de la Comunidad Andina consiste en procurar un mejor nivel de vida de

6 Según el artículo 106 literal e) del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

7 «Artículo 154. Prohibiciones para las asociaciones de consumidores. Para efectos de la independencia y transparencia de las asociaciones de consumidores, estas no pueden: [...] e. Actuar con manifiesta temeridad presentando denuncias maliciosas debidamente sancionadas en la vía administrativa o judicial».

«Artículo 158. Responsabilidad de la asociación y sus representantes legales. En caso de producirse daño al proveedor por denuncia maliciosa, son responsables solidarios del daño causado tanto la asociación como los representantes legales de esta que participaron con dolo en el planeamiento o realización de la denuncia [...]».

8 Sobre los mecanismos de acción de incumplimiento e interpretación prejudicial, que también aplicarían en una Decisión Andina en materia de protección al consumidor, se recomienda revisar Rejanovinschi Talledo, M. (2015). El "juez andino" en temas de propiedad intelectual: aplicación en el ámbito peruano. *Revista Derecho PUCP*, (74), 127-152.

9 De acuerdo al artículo 133 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

10 Aprobada por Decreto Supremo No. 006-2017-PCM, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 27.01.17.

11 Rejanovinschi Talledo, M. (2016). El derecho fundamental de los consumidores a la defensa corporativa. En *Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia. Investigaciones conmemorativas por los 16 años de la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia. Tesis de alumnos y Congreso Internacional* (235-268). Lima: PUCP.

sus habitantes. El modelo económico que utilice cada estado no puede ser considerado como un obstáculo para alcanzar esta meta.

2. Debe protegerse al consumidor que actúa con la diligencia ordinaria, y procurar que sea el destinatario final del uso de productos y servicios, ya que es un actor que participa de manera importante en el proceso competitivo.
3. La información con la que debe contar el consumidor para tomar una decisión de consumo será veraz, oportuna, completa, ya que repercutirá en la expectativa de un producto o servicio determinado.
4. Un elemento para determinar la idoneidad o expectativa de un producto o servicio es el precio, pero no es el único, pues pueden influir en la expectativa o calidad que se asigne a un producto o servicio otros factores, tales como las marcas o signos distintivos, o la teoría de los actos propios y de la confianza.
5. Protegiendo los intereses económicos de los consumidores se protege su derecho a la libre elección y a que la contratación se lleve a cabo dentro de los parámetros de la buena fe, respetando la autonomía de la voluntad.
6. Con la finalidad de velar por la seguridad y salud de los consumidores deben implementarse mecanismos de vigilancia del mercado en el que participen coordinadamente entidades públicas y actores privados. Contar con bienes seguros que circulen en el mercado refuerza la confianza en los proveedores.
7. La discriminación, situación en la que se alegan actuaciones subjetivas, no permite que los consumidores puedan acceder a productos y/o servicios determinados, e impide que puedan satisfacer sus necesidades.
8. Las asociaciones de consumidores son actores que colaboran con el equilibrio y defensa de los consumidores, por lo que sus facultades y obligaciones deben ser reguladas. Pueden potenciar su desempeño utilizando herramientas virtuales.
9. Los derechos que se reconozcan a los consumidores no valdrán de nada si estos no se acompañan con herramientas procesales adecuadas para que la exigencia del derecho sea, pues, efectiva.

SECCIÓN V

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

REGULACIÓN, MERCADOS Y DETERMINANTES DE LA EVOLUCIÓN DEL SECTOR DE LOS BIOCARBURANTES EN EE. UU.: UN ANÁLISIS ECONÓMICO E INSTITUCIONAL

Jorge Ernesto Rodríguez Morales
Doctor por la Universidad de Salamanca (España)

Categoría egresados

Desde los comienzos de la industria de la bioenergía líquida en EE. UU., la política agroenergética y la regulación han desempeñado roles determinantes en el origen y desarrollo del mercado. Asimismo, la industria de la bioenergía ha estado influenciada principalmente por el comportamiento de los mercados energéticos, pero también por la situación y la política aplicada en los mercados alimentarios, al igual que por la dimensión medioambiental del consumo de energía en el transporte rodado. En el presente artículo se ha analizado la evolución histórica de la regulación y los mercados de biocombustibles en EE. UU., y se plantea que esta puede ser explicada coherentemente mediante los escenarios de convergencia y conflicto que surgen en distintos periodos, los cuales se configuran a partir de la relación entre los costos de oportunidad del Estado regulador y la agroindustria, en relación con el uso energético de la biomasa alimentaria para la producción de carburantes renovables. Este planteamiento permite analizar las distintas implicancias de los biocombustibles como alternativa de diversificación energética y como estrategia de mitigación de emisiones en el marco de las Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional del Acuerdo de París.

I. Introducción

El incremento de la dependencia de las importaciones de combustibles fósiles y el creciente coste de las fuentes de energía primaria como el petróleo en un sistema energético global, el cual se ha caracterizado por la concentración de la mayor cantidad de recursos energéticos en pocas regiones, imponen problemas estratégicos de seguridad en el ámbito de la energía a los países que consumen más recursos energéticos de los que producen. Junto con los costes relacionados con el acceso a las fuentes de energía, la generación y el transporte, el consumo de combustibles fósiles genera externalidades negativas que se manifiestan principalmente en el deterioro medioambiental a nivel local, regional y global. Como consecuencia de este escenario, es esperable que las necesidades energéticas de los países deficitarios en combustibles fósiles sean cubiertas por fuentes alternativas que presenten un menor costo social externo, en especial en el sector del transporte puesto que concentra una considerable cantidad de externalidades.

Las políticas de promoción del uso de biocarburantes en el mercado de carburantes para el transporte rodado constituyen una de las más importantes iniciativas de diversificación energética en este ámbito. Los biocarburantes, el etanol carburante y el biodiesel son carburantes líquidos obtenidos mediante procesos de conversión de la biomasa, y son además una de las pocas fuentes renovables de energía con similares características físicas que los derivados del petróleo, lo que ha permitido que, usados en mezclas o directamente en los motores de combustión interna, irrumpen como una de las más importantes alternativas para la diversificación de fuentes energéticas a las que actualmente se recurre en el mercado de carburantes de muchos países.

Como se ha demostrado para el caso de otros grandes productores mundiales de biocarburantes, las políticas vinculadas a este sector pueden entenderse como una interacción de intereses entre los actores privados y públicos dominantes que se produce de forma dinámica en torno a la evolución de los mercados conexos, en el ámbito de la energía y la agricultura. Sin embargo, al haber sido siempre EE. UU. un gran productor de crudo y un gigante del refino de productos derivados, la regulación de los biocarburantes, como parte de la evolución de la política energética de este país, adquiere una forma poliédrica bastante compleja, en la que no falta la superposición de objetivos políticos. Para muchos, los instrumentos aplicados al sector de los biocarburantes como parte de la política energética general de EE. UU. responden difícilmente a una estrategia coherente de diversificación energética mediante el uso de energías renovables, ya que hay que considerar que su dinámica ha sido poco consistente con la maximización del bienestar general y con la relación coste-efectividad de las medidas adoptadas para cumplir los objetivos que pretende alcanzar (Lazzari, 2005). Sin duda, el autor hace referencia al contraste entre el aspecto normativo y el aspecto positivo de la regulación económica y social.

Desde los albores de la industria del etanol carburante y de la industria del biodiesel, la política agroenergética y la regulación económica han jugado roles determinantes en el origen y desarrollo del mercado de los biocarburantes en EE. UU. Asimismo, su influencia ha estado marcada por el comportamiento de los mercados energéticos, pero también por la situación y la política aplicada en los mercados alimentarios y por la dimensión medioambiental de su consumo en el transporte rodado. La interacción entre estos vectores ha dado lugar tanto a periodos de exigua intervención en el sector como a periodos destacados por una exuberancia de instrumentos de promoción del uso de biocarburantes. Distintos tipos de instrumentos de mandato y control, así como de instrumentos económicos, han sido aplicados en distintos periodos del desarrollo del mercado. Las intensidades de estos han variado en razón de la interacción observada entre el Estado federal y el sector agroindustrial en torno a los intereses políticos y económicos que circundan el sector agroenergético.

A simple vista, la regulación del sector de los biocarburantes en EE. UU. parece tener un componente aleatorio y hasta caótico. Sin embargo, existen elementos suficientes para reconocer que la política en el sector es producto de la interrelación entre las necesidades político-económicas que surgen dinámicamente en los mercados de la energía y los mercados alimentarios.

Sin olvidar la importancia sustancial de la política energética y medioambiental para el desarrollo de la industria de los biocarburantes en EE. UU., el presente trabajo considera que el peso significativo de algunos sectores específicos, vinculados estrechamente a la producción de materias primas, ha sido gravitante en la elección del número y en la envergadura de las políticas aplicadas para la promoción y crecimiento del sector. Este es el caso de la política agrí-

cola estadounidense y su influencia en el sector energético de los biocarburantes (Cunningham, Roberts, Canis, y Yacobucci, 2013).

Los periodos de crisis energética y los cambios en la política agrícola han marcado la génesis de la actual política agroenergética para el sector del transporte, enfocada en sustituir progresivamente las costosas importaciones de crudo con biocarburantes de producción nacional, así como con otras fuentes de energía autóctonas. De acuerdo con Halff (2008), las medidas proteccionistas y los subsidios al etanol pueden ser vistos como parte de una política agrícola cuya justificación estuvo enfocada desde el principio en el drama de las crisis energéticas de la década de 1970. El apoyo a la agricultura y la búsqueda de seguridad energética estuvieron íntimamente vinculados con el objetivo común de impulsar el suministro de energía nacional, así como con el fin de reducir la dependencia energética mediante una industria de biocarburantes de cosecha propia, especialmente basada en el maíz.

Dado que las principales materias primas son cultivos alimentarios, el coste de oportunidad de la producción de biocarburantes se verá afectado, entre otros factores, por la evolución de los mercados de productos alimentarios. De forma análoga, la decisión de destinar la producción de cultivos agrícolas a los mercados de alimentos se verá afectada por el coste de oportunidad de destinar dichos cultivos a los mercados de productos energéticos. *Ceteris paribus*, el coste de oportunidad político del Gobierno relativo al fomento del uso de biocarburantes en el transporte consistiría en fomentar las importaciones de petróleo o de derivados, o en fomentar la producción nacional de hidrocarburos. La contribución central de este trabajo es demostrar que la evolución del mercado de biocarburantes en EE. UU. puede ser explicada mediante unos escenarios de convergencia y conflicto que se configuran a partir de la relación entre los costes de oportunidad del Estado regulador y la agroindustria vinculada a las materias primas usadas para la producción de carburantes renovables¹.

Para contrastar empíricamente las hipótesis planteadas sobre la evolución del mercado, se utiliza un modelo de análisis de intervención basado en series temporales. Analizar la información de la evolución de los mercados de biocarburantes a lo largo del tiempo y explotar el patrón de regularidad que muestran los datos de la oferta y la demanda, en razón de la dependencia temporal que presentan estas variables económicas, es una fuente de información aprovechable para interpretar el valor que toman dichas variables ante el efecto de una intervención determinada por los cambios en los escenarios de convergencia y conflicto en un momento determinado. La contrastación empírica en este trabajo consiste, pues, en utilizar el análisis de intervención de series temporales para detectar e interpretar el impacto hipotético que los cambios en los escenarios de convergencia y conflicto han producido en el desarrollo del mercado, medidos sobre la variación del comportamiento de las variables dependientes analizadas.

Los resultados del análisis de intervención de series temporales indican que la forma en la que ha evolucionado la producción de biocarburantes en EE. UU. es coherente con los escenarios de convergencia y conflicto planteados. Estos escenarios reflejan una relación de sincronía o asincronía de costes de oportunidad entre los principales actores, y presentan unas condiciones regulatorias y no regulatorias que varían con el paso del tiempo. En consecuencia, se infiere que la evolución de la producción está condicionada por una serie de cambios en la relación de los costes de oportunidad entre el sector agroindustrial y el Estado regulador; y,

¹ Se trata, específicamente, de un objetivo parcial de la tesis doctoral del autor, defendida en la Universidad de Salamanca (España) en el verano de 2014.

dado que el marco de análisis es extensible a otros países con condiciones de partida similares, la implementación de políticas públicas de diversificación energética en el sector del transporte debería tener en cuenta estas restricciones económicas e institucionales, tanto para el diseño e implementación de objetivos e instrumentos relacionados con políticas de transición energética como para la obtención de resultados costo-efectivos relacionados con la expansión de los mercados de energías alternativas.

En los siguientes acápites se presentará una descripción y síntesis del método analítico construido sobre la base del estudio histórico de la regulación y los mercados (desarrollado con amplitud en la tesis doctoral), así como su aplicación al estudio del mercado estadounidense, el más grande productor mundial del etanol carburante.

2. Marco analítico para el estudio de la evolución de los mercados y la regulación económica de los biocarburantes en EE. UU.

Desde el lado de la oferta, en el mercado de biocarburantes existen dos principales jugadores. El primero es el sector privado, representado de manera genérica por el sector agroindustrial relacionado con la producción de agroenergéticos. La relevancia del rol de este actor radica en que se trata del potencial productor de materias primas necesarias para obtener biocarburantes, por lo que sus decisiones económicas afectan significativamente el desarrollo del mercado de carburantes renovables obtenidos de biomasa. El segundo actor relevante es el Estado, como institución reguladora de los mercados agroenergéticos y los mercados estrechamente vinculados (agrícolas y energéticos). Este, en función de las necesidades político-económicas, se encarga de establecer los objetivos e instrumentos vinculados al sector de la energía, al sector agrícola, al medioambiente y a otros ámbitos conexos que, en un determinado contexto económico, pueden afectar las decisiones de los operadores de los mercados agroenergéticos, así como de otros operadores clave en el mercado de carburantes para el transporte.

Asimismo, se ha observado una serie de vectores que han afectado las decisiones de los principales actores ligados al desarrollo del mercado agroenergético en EE. UU. Estos vectores inciden directa e indirectamente, y de forma dinámica, en el coste de oportunidad del sector agroindustrial en relación con la producción de biocarburantes, al igual que en el coste político de oportunidad del Gobierno en relación con el establecimiento de políticas y regulaciones a favor del desarrollo de la producción de biocarburantes. Estos vectores pueden presentar tanto un carácter endógeno como exógeno.

Teniendo en cuenta que el propósito de esta investigación ha sido analizar la interacción entre la regulación y las fuerzas del mercado, se ha planteado que la influencia de estos vectores en los principales actores del mercado configura unos escenarios complejos de convergencia y conflicto entre el sector privado y el sector público, y se considera que pueden haber influido significativamente en la expansión o la contracción del mercado de biocarburantes a lo largo del tiempo. Estos escenarios no solo deberían facilitar una comprensión más clara de aquellas fuerzas que han impulsado, en determinados contextos históricos, las políticas de promoción de biocarburantes y los rasgos de la política agroenergética en torno a la bioenergía en EE. UU., sino que deben servir, principalmente, para entender los determinantes fundamentales del desarrollo y la expansión de los mercados.

A continuación, se analizará, en primer término, la racionalidad que subyace a la elaboración del marco conceptual que hemos desarrollado. Posteriormente, se examinará cómo los cambios en las relaciones de convergencia y conflicto entre los principales actores del sector; a

lo largo de los periodos de tiempo analizados, pueden ser herramientas adecuadas de análisis para interpretar coherentemente la relación entre la regulación y los mercados.

2.1. El coste de oportunidad del sector agroindustrial.

El primer vector analítico se encuentra determinado por el comportamiento económico de los productores agroindustriales de materias primas. En la búsqueda de la maximización de su beneficio, el productor debe decidir si destina los factores de producción agrícolas para cubrir la demanda emergente en los mercados energéticos o si usa los factores de producción para suministrar ambos mercados, en la proporción que sea más rentable y que diversifique de forma óptima los distintos riesgos que importa la participación en ambos mercados en un determinado momento histórico.

Tanto la decisión de suministrar materias primas como la de invertir en instalaciones para la producción de biocarburantes de primera generación para su comercialización en los mercados energéticos son decisiones que están determinadas por el coste de oportunidad de producir o destinar los factores de producción a la obtención y comercialización de productos agrícolas en los mercados alimentarios. Este coste de oportunidad puede verse afectado por la variación o estabilidad de los elementos que componen este vector; aunque está principalmente vinculado con los precios de los productos agrícolas en los mercados nacionales e internacionales, así como con las políticas que pueden reducir el efecto de estos cambios y, consecuentemente, el riesgo.

Las decisiones adoptadas estarán estrechamente vinculadas a las señales de precios de los mercados alimentarios y energéticos, así como a las políticas públicas que afectan a las cifras de beneficios, teniendo en cuenta también el potencial *trade-off* relacionado con los beneficios de los coproductos y los subproductos en ambos mercados. Como se ha adelantado líneas arriba, la información de precios no será suficiente para analizar el coste de oportunidad de los operadores de la agroindustria, ya que en algunos casos el coste de oportunidad está especialmente influenciado por la intervención estatal vinculada al nivel de protección del sector agrícola en el contexto del mercado internacional agroalimentario.

Así, las políticas que afectan los sectores agrícolas pueden distorsionar significativamente la información de los mercados y, en este sentido, pueden afectar considerablemente las decisiones de los operadores económicos, por lo que el coste de oportunidad estaría afectado también por las políticas y las regulaciones que amplifican o reducen la ventaja de producir materias primas destinadas a los mercados de energía en relación con la producción destinada a los mercados alimentarios. En este último caso, la intervención del Estado a través de las políticas públicas, principalmente mediante la definición de la política energética, agraria, medioambiental y comercial, ha tenido efectos sustanciales en las decisiones de los operadores del sector de la agroindustria, así como en otros sectores relevantes vinculados a la cadena de valor de los biocarburantes, como, por ejemplo, el sector de la industria automotriz o de la producción de bienes de capital necesarios para el desarrollo de la producción, comercialización o la logística de la cadena de valor de los biocarburantes.

El análisis de la evolución de la regulación y las políticas vinculadas a los sectores productores de materias primas permite afirmar que el grado de proteccionismo de la agroindustria alimentaria ha sido un componente importante de las relaciones de convergencia y conflicto entre los gobiernos y el sector agroindustrial que subyace al desarrollo del mercado. El análisis es extensible, igualmente, a la comprensión de gran parte de la evolución de las políticas de promoción de los biocarburantes en estos países.

Por ejemplo, si las políticas de protección pueden generar un efecto similar a una subida de los precios en relación con los mercados alimentarios, los incentivos a la producción de biocarburantes serían atenuados por estas políticas, y el coste de oportunidad de producir sustitutos de los carburantes fósiles para los mercados energéticos sería más alto, lo que reduciría los incentivos de los operadores del sector.

A menores precios de los productos agroalimentarios relativos al petróleo o a menor protección de los mercados nacionales agroalimentarios o ambos, el coste de oportunidad para producir biocarburantes del sector agroindustrial se reduce, y habrá un mayor interés del sector privado en una salida alternativa a sus materias primas.

Si, además, los precios del petróleo son bajos y estables, esta confluencia de factores se traduciría en un escenario de conflicto entre el Gobierno y el sector agroindustrial, dado que las condiciones del mercado hacen que este sea más proclive que aquel al desarrollo de políticas activas de promoción de biocarburantes. En general, las condiciones en los mercados de carburantes para el transporte acrecientan el coste político de oportunidad del Gobierno, que finalmente termina por frenar el desarrollo de una política más expansiva y, con ello, de mayores incentivos a la producción de biocarburantes para el sector privado.

En este caso, las decisiones en el sector agroindustrial estarían determinadas por el nivel de competitividad relativa de sus productos en los mercados agrícolas y en los mercados energéticos. Esto puede dificultarse cuando el Gobierno no tiene en cuenta las imperfecciones del mercado de carburantes, sobre todo la internalización de los costes sociales externos vinculados, por ejemplo, al deterioro medioambiental derivado de las emisiones de gases de efecto invernadero en el mercado del transporte rodado.

Sin embargo, si un periodo caracterizado por un creciente nivel de precios del petróleo converge con una fuerte política medioambiental, mientras que se aprecia un declive de precios de los productos agrícolas o de la protección de los mercados nacionales, el coste de oportunidad político del Gobierno y el coste de oportunidad privado del sector agroindustrial vinculado a los biocarburantes se reducirían considerable y sincrónicamente, dado que las condiciones necesarias y suficientes emergen y concurren simultáneamente en un periodo determinado de tiempo. Esta sincronía en la reducción de los costes de oportunidad configuraría, en consecuencia, un escenario de plena convergencia entre las decisiones privadas y públicas, caracterizado por unas condiciones favorables de mercado y un alto nivel de efectividad de las políticas públicas de promoción de biocarburantes, que debería coincidir; de acuerdo con el presente planteamiento, con un periodo de expansión significativa del mercado.

2.2. El coste político de oportunidad del Gobierno (Estado regulador).

Como ya se ha mencionado, el segundo vector está definido como el coste político de oportunidad del Gobierno (Estado regulador) en relación con el establecimiento de políticas de promoción de biocarburantes en el transporte rodado. Entre los principales componentes del coste político de oportunidad se encuentran el precio del petróleo y los elementos vinculados a este, como la participación en el mercado internacional de crudo, el nivel de producción nacional, la tasa de dependencia energética del sector o los objetivos económicos (relativos al equilibrio de la balanza de pagos, la competitividad de la industria, la inflación o el déficit presupuestario), las políticas de apoyo al sector agrícola o la política medioambiental y de cambio climático, entre otras dimensiones relacionadas con los mercados de productos energéticos.

La emergencia de otros vectores unitarios vinculados a los costes externos del uso de carburantes fósiles, como es el caso de la problemática medioambiental y el cambio climático, han afectado considerablemente el coste político de oportunidad de las decisiones gubernamentales para la promoción de energías renovables y biocarburentes, particularmente en los últimos periodos que marcan una trayectoria histórica de expansión de estos mercados en distintas partes de globo. En el caso de la Unión Europea (UE) y EE. UU., por ejemplo, la protección medioambiental y las políticas de abatimiento de emisiones de gases de efecto invernadero vinculadas a la lucha contra el cambio climático han sido importantes elementos para entender cómo ha evolucionado el coste político de oportunidad del Gobierno en relación con las fuentes de energía renovables y los biocarburentes.

Asimismo, cuando se trata de países cuya oferta energética petrolera nacional cubre una gran parte de la demanda total de crudo o cuando los precios en el mercado internacional son bajos y estables, y el riesgo de disrupción de suministro es menor; entonces el desarrollo de las políticas de sustitución energética por energías renovables en el transporte implica un alto coste político de oportunidad, y el Gobierno podría carecer de los incentivos políticos suficientes para implementar una regulación favorable al mercado de biocarburentes.

El precio del petróleo sigue siendo una fuerza considerable que afecta las decisiones políticas del Gobierno en relación con la promoción de biocarburentes. Esta condición general se ve afectada por condiciones propias que han evolucionado a lo largo del tiempo en los países desarrollados. Por ejemplo, en el caso de las grandes economías occidentales se ha observado la importancia del grado de control del mercado internacional del petróleo por parte de las *international oil companies* (IOC) y su relación de convergencia con los gobiernos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) como uno de los elementos importantes para la estabilidad de precios y de riesgos de suministro de la energía. A más control de las IOC sobre el mercado internacional del petróleo, menos políticas de promoción de biocarburentes; mientras que a menos control, más riesgo de incremento de los precios del petróleo y más políticas de sustitución energética en el transporte (alternativas que incluyen biocarburentes, pero no excluyen otras posibilidades tecnológicas como la electricidad, el gas natural, el hidrógeno, etc., e inclusive el incremento de la producción de combustibles fósiles convencionales y no convencionales).

2.3. Síntesis y marco analítico.

Analizado el comportamiento de los principales actores frente a la influencia de distintos vectores, se entiende que la relación entre los costes de oportunidad que emergen alrededor del mercado de biocarburentes es una relación dinámica cuyo desarrollo da lugar a una serie de escenarios cambiantes de convergencia y conflicto entre el sector agroindustrial y el Estado regulador; y que estos determinan la evolución final del mercado.

En la tabla 1 se puede observar esquemáticamente la relación entre los principales vectores considerados. Es posible afirmar que la convergencia o divergencia de costes de oportunidad produce distintos escenarios de convergencia y conflicto, que sintetizan las relaciones entre el sector agroindustrial vinculado a los biocarburentes y el Estado regulador. En este marco analítico general, el paso de uno a otro escenario determinaría, según la hipótesis expuesta, la forma en la que se ha desarrollado la oferta de biocarburentes en EE. UU., como se ha demostrado en otras partes de la investigación doctoral para Brasil y la Unión Europea.

La evolución de estas políticas, en conexión con los otros vectores explicativos, da muestra de la estrecha relación que puede haber entre la política energética y la política agrícola. Cuando se analizan las fuerzas motrices de las políticas de apoyo al sector de los biocarburantes emerge una relación económica subyacente, junto a la cual se evidencia la importancia creciente de las decisiones en materia de política ambiental, de desarrollo y empleo rural, o de competitividad industrial, que se acoplan para fortalecer o debilitar la relación subyacente de convergencia o conflicto. Se puede decir que el núcleo de este razonamiento se aplica indistintamente para los tres países analizados en la tesis doctoral, aun con las divergencias estructurales de sus economías, de sus sistemas energéticos en el transporte o de sus diferentes organizaciones políticas. Estas, finalmente, terminan por modular los principales vectores explicativos hasta darle consistencia lógica a la presencia o ausencia de las políticas de promoción en cada uno de los escenarios analizados, así como a la evolución del mercado.

Tabla I

Escenarios de convergencia y conflicto vinculados al desarrollo de la producción de biocarburantes en EE. UU.

Coste de oportunidad		EE. UU.	
		Sector público. Estado regulador-desregulador (E)	
Privado/público		Bajo coste político de oportunidad del Gobierno para promover biocarburantes.	Alto coste político de oportunidad del Gobierno para promover biocarburantes.
Sector privado. Agroindustria (A) EE. UU.	Bajo coste de oportunidad de producir para los mercados energéticos en relación con los mercados alimentarios	Escenario de convergencia +(A) +(E) La agroindustria maximiza su beneficio aumentando la producción de biocarburantes en relación con los productos alimentarios. El Estado alcanza sus objetivos políticos incentivando la producción de biocarburantes. Convergencia para mayores políticas de promoción de la producción de biocarburantes.	Escenario de conflicto +(A) -(E) La agroindustria maximiza su beneficio con la producción de biocarburantes en relación con los productos alimentarios. El Estado alcanza sus objetivos políticos reduciendo los incentivos a la producción de biocarburantes. Políticas de promoción de la producción frenadas desde el Estado.

	<p>Alto coste de oportunidad de producir para los mercados energéticos en relación con los mercados alimentarios</p>	<p>Escenario de conflicto: -(A) +(E)</p> <p>La agroindustria maximiza su beneficio reduciendo la producción de biocarburantes en relación con los productos alimentarios. El Estado alcanza sus objetivos políticos incentivando la producción de biocarburantes. Políticas de promoción de la producción frenadas desde la agroindustria.</p>	<p>Escenario de convergencia -(A) -(E)</p> <p>La agroindustria maximiza su beneficio reduciendo la producción de biocarburantes en relación con los productos alimentarios. El Estado alcanza sus objetivos políticos reduciendo los incentivos a la producción de biocarburantes. Convergencia de ambos para el repliegue de las políticas de promoción de la producción de biocarburantes.</p>
--	--	---	--

Nota: Elaborado a partir del análisis histórico de la regulación (directa y conexas) y de los mercados (directos y conexos) de materias primas, productos sustitutos y biocarburantes en EE. UU. realizado en *La regulación de los biocarburantes en Brasil, Estados Unidos y la Unión Europea. Un análisis económico e institucional* (Tesis doctoral), por J. Rodríguez Morales, 2014, Universidad de Salamanca, Salamanca, España.

3. Hipótesis y contrastación empírica

Teniendo en cuenta la relación de costes de oportunidad que determinan los escenarios de convergencia y conflicto entre los actores del mercado de biocarburantes, esta sección tendrá por objetivo contrastar empíricamente las hipótesis desarrolladas para explicar la evolución del mercado de biocarburantes en EE. UU., así como los posibles efectos cruzados de las políticas de promoción de los mismos. En los apartados siguientes se describirá cómo se ha realizado esta contrastación empírica. Primero, se desarrollará la idea central sobre la que se basa el planteamiento de las hipótesis y cómo estas se han construido para cada mercado analizado. Seguidamente, se ofrecerá un panorama general del método econométrico elegido y el análisis de series temporales interrumpidas. Finalmente, se hará la contrastación empírica de las hipótesis planteadas para el caso del mercado de EE. UU. mediante el uso del *software* estadístico SAS/ETS.

3.1. Desarrollo de las hipótesis e interpretación de los datos.

En concordancia con el enfoque histórico del análisis de la política agroenergética y la regulación económica efectuada en los capítulos de análisis cualitativo de la tesis doctoral, las hipótesis desarrolladas en este capítulo estarán constituidas por los diferentes escenarios de convergencia y conflicto que se considera que han marcado tanto la evolución de la regulación aplicada al sector como la propia evolución de los mercados de biocarburantes en EE. UU. desde sus orígenes hasta la actualidad. Así, sobre la base del análisis del contexto político-energético, de la regulación y de los mercados y de sus políticas relevantes, se contrastará empíricamente la

evolución de los escenarios de convergencia y conflicto que ha atravesado el sector de los biocarburantes en los países analizados. Concretamente, se evaluará cómo estos escenarios han podido afectar o no afectar la evolución de la producción de los biocarburantes a lo largo del tiempo.

Para definir las hipótesis se ha considerado una serie de variables relacionadas a la producción de biocarburantes. Así, se han tenido en cuenta la regulación y las principales políticas de ámbito nacional, la información de los mercados globales de productos alimentarios y energéticos (materias primas y productos sustitutos), y los potenciales impactos de la regulación exógena cruzada de terceros países cuando se advierta que podría haberse producido un efecto importante sobre las variables dependientes observadas.

El primer paso consiste en definir concretamente cada uno de los escenarios de convergencia o conflicto en forma de varias subhipótesis, que conformarán de manera conjunta la hipótesis general sobre la evolución de la producción que será contrastada empíricamente. La significatividad de los resultados del análisis de intervención de series temporales determinará si existe o no una base para mantener la hipótesis de que el sector de los biocarburantes ha evolucionado de acuerdo con unos escenarios de convergencia o conflicto entre los principales actores a lo largo del periodo analizado, lo que ayudará a entender la realidad político-económica que subyace al fomento de biocarburantes para el transporte en los mercados analizados.

Así, de acuerdo con el marco conceptual propuesto, un escenario del tipo convergencia positiva (+), donde se produce una convergencia de intereses entre el sector agroindustrial y el Estado, se manifiesta en un marco de condiciones regulatorias y no regulatorias que debe quedar reflejado en la serie temporal correspondiente, mediante una significativa expansión de la producción de los biocarburantes en relación con la tendencia de crecimiento o decrecimiento observada en el marco del escenario precedente. Lo contrario debería suceder en el caso de un escenario del tipo convergencia negativa (-). En este caso, la convergencia negativa de intereses en relación con la producción de biocarburantes se identificaría con un escenario de minimización de las condiciones regulatorias y no regulatorias necesarias para expandir el mercado de biocarburantes, en tanto el coste de oportunidad que representa la expansión del mercado de biocarburantes para los principales actores es demasiado alto. Los efectos de las condiciones regulatorias y no regulatorias características de este tipo de escenario deberían quedar reflejadas en una abrupta contracción de las variables de la producción en relación con el periodo anterior:

En el caso de las hipótesis que planteen escenarios de conflicto entre estos actores, las condiciones regulatorias y no regulatorias pueden variar, pero siempre están restringidas o contenidas por el actor cuyo coste de oportunidad sea tan alto como para reducir el interés en producir o consumir biocarburantes. En este caso se puede decir que las condiciones regulatorias y no regulatorias son más favorables que en un escenario de convergencia negativa, pero menos que en el caso de un escenario de convergencia positiva.

En la tabla 2 se puede observar los distintos escenarios de convergencia y conflicto en relación con las condiciones regulatorias y no regulatorias que afectarían las variables de producción en el mercado de biocarburantes. Sobre la base de estos escenarios de convergencia y conflicto se construirán las hipótesis centrales que serán materia de contrastación empírica.

Tabla 2

Escenarios de convergencia y conflicto para la elaboración de las hipótesis a contrastar

Producción de biocarburantes			
Estado-regulador	Sector agroindustrial	Característica del periodo	Condiciones regulatorias y no regulatorias vinculadas a la producción de biocarburantes
(+)	(-)	Conflicto	Restringidas
(+)	(-)	Conflicto	Restringidas
(+)	(+)	Convergencia (+)	Maximizadas
(-)	(-)	Convergencia (-)	Minimizadas

Nota: Elaborado a partir del análisis de la regulación y los mercados en Brasil, EE. UU. y la UE realizado en *La regulación de los biocarburantes en Brasil, Estados Unidos y la Unión Europea. Un análisis económico e institucional* (Tesis doctoral), por J. Rodríguez Morales, 2014, Universidad de Salamanca, Salamanca, España.

En la tabla 3 se puede observar cómo los cambios en los escenarios dan lugar a distintos efectos de diferente magnitud sobre la variable analizada. Nótese que, aunque un escenario de conflicto (+) (-) y uno del tipo (-) (+) son escenarios con características distintas, no dejan de ser escenarios de conflicto, por lo que el resultado esperado sobre la variable analizada es más difícil de predecir por medio del marco conceptual de análisis.

Tabla 3

Efectos esperados de los cambios entre los escenarios explicativos en la evolución de la variable analizada

Escenario precedente	Escenario siguiente	Resultados esperados de los cambios de escenarios en la variable analizada
Convergencia (+)	Convergencia (-)	Contracción abrupta
Convergencia (+)	Conflicto (+) (-) o (-) (+)	Contracción moderada
Convergencia (-)	Convergencia (+)	Expansión abrupta
Convergencia (-)	Conflicto (+) (-) o (-) (+)	Expansión ponderada
Conflicto (+) (-)	Convergencia (+)	Expansión abrupta
Conflicto (+) (-)	Convergencia (-)	Contracción abrupta

Nota: Elaborado a partir del análisis de la regulación y los mercados en Brasil, EE. UU. y la UE realizado en *La regulación de los biocarburantes en Brasil, Estados Unidos y la Unión Europea. Un análisis económico e institucional* (Tesis doctoral), por J. Rodríguez Morales, 2014, Universidad de Salamanca, Salamanca, España.

Por consiguiente, los escenarios de conflicto precedidos de un escenario de convergencia positiva (+) deberían quedar reflejados, como mínimo, en un descenso de la tasa de

crecimiento de la variable analizada, mientras que los escenarios de conflicto precedidos de un escenario de convergencia negativa (-) deberían quedar reflejados en un aumento de la tasa de crecimiento de la variable analizada. En el caso de que el escenario de conflicto sea el que preceda a los escenarios de convergencia, positiva o negativa, debería suceder un cambio considerable de la tendencia.

En relación con el momento del impacto exógeno vinculado a la variable producción, se ha establecido como fecha de inicio del análisis de intervención sobre la serie temporal el año en el cual se ha considerado que cambia significativamente el patrón de relación entre el Estado y el sector agroindustrial. Dichas fechas, analizadas previamente durante la elaboración de las hipótesis, no han sido elegidas arbitrariamente, sino que responden al análisis previo de los datos cualitativos y cuantitativos relevantes para determinar los escenarios en cada periodo; es decir, se basan en las condiciones regulatorias y no regulatorias observadas. Con este planteamiento se espera que los cambios significativos entre cada par de escenarios, sean de convergencia o de conflicto, queden reflejados en la variación de la pendiente, es decir, en los cambios en la tendencia de la serie.

Más allá de las variaciones puntuales que puedan surgir a lo largo de la serie temporal de la variable analizada (como pueden ser los cambios de nivel o los cambios tipo impulso observados), los cambios estructurales en los escenarios de cooperación y conflicto son recogidos por el comportamiento de las tendencias históricas, lo que determina el impacto del tipo de escenario sobre la evolución del mercado. En este sentido, las variaciones pueden ser ocasionadas por el establecimiento de una regulación puntual o el advenimiento de ciertos eventos exógenos, pero siempre estarán contenidas por una tendencia determinada que, hipotéticamente, se considera que es producto de la relación subyacente².

3.2. Análisis de intervención de series temporales.

Con el fin de contrastar las hipótesis planteadas, se utilizará el método de análisis de series temporales interrumpidas. Este método trata de incluir los cambios en el entorno de la serie temporal principal, que afectan la evolución de la serie y deben ser incorporados al modelo. Estos modelos se denominan, en consecuencia, modelos con intervención; y el análisis efectuado, análisis de intervención de series temporales o análisis de series temporales interrumpidas. El análisis de intervención puede ser visto como un tipo de análisis de regresión en el cual a una o más variables de predicción observadas en distintos puntos de tiempo se les atribuye un impacto sobre la variable de respuesta observada, comparando las observaciones antes y después de algún evento que haya sido identificado previamente (McDowall, McCleary, Meidinger y Hay, 1980).

Para estudiar los cambios que la variable dependiente presenta en el tiempo, la línea base debe ser estable, por lo que es necesario que la serie temporal muestre un periodo de registro de observaciones previas a la intervención lo suficientemente extenso para asegurar un periodo base (Crosbie, 1993). La fase de intervención parte del evento que determina la interrupción de la serie, para lo cual es muy importante estudiar la variabilidad, que generalmente estará expresada en cambios de la tendencia (McDowall *et al.*, 1980). En relación con los efectos en la serie temporal, las intervenciones difieren tanto en el comienzo del impacto, que

2 La tendencia regular indica una marcha general y persistente del fenómeno observado, y es un componente de la serie temporal que refleja la evolución a largo plazo. Véase Gottman (1981).

puede ser abrupto o gradual, como en la duración, que puede ser permanente o solo temporal (Neustrom y Norton, 1993).

La conexión entre una intervención y sus efectos se llama función de transferencia. A diferencia de los modelos univariantes, en los que se modela la serie como un filtro mediante una combinación de valores pasados y presentes, en los modelos de función de transferencia, los valores pasados y presentes de una serie se relacionan con valores de otra serie. En el caso de una intervención en forma de impulso, el efecto es denominado función de impulso o función de pulso, mientras que un cambio abrupto en el comienzo y una duración permanente o larga se denomina función *step* o de cambio de nivel. Dado que hay dos niveles de duración, permanente y temporal, así como dos niveles de inicio, gradual o abrupto, las intervenciones pueden tener cuatro posibles combinaciones de efectos. El análisis de intervención requiere una variable *dummy* que revele la aparición del evento. En el caso de un indicador de impulso, un código de 1 es aplicado en la columna de la variable *dummy* en un solo momento de la intervención, mientras que un código de 0 se aplica a todos los demás periodos. Cuando se trata de una intervención con un efecto largo, se espera que la duración del efecto persista, por lo que las observaciones que se encuentren antes de la intervención tendrán un código de 0, mientras que las observaciones que se encuentren desde el periodo de intervención en adelante tendrán un código de 1 (McDowall et al., 1980).

El modelo más general de intervención de series temporales (Box y Tiago, 1975) está dado por la siguiente ecuación:

$$\phi(B) (Y_t - \mu - F(\omega, \delta, X, t)) = \theta(B)\varepsilon_t \quad (1)$$

En ella, B es el operador del retardo definido por $BY_t = Y_{t-1}$, $\phi(B) = 1 - \phi_1(B) - \phi_2(B)^2 - \dots - \phi_p(B)^p$, $\theta(B) = 1 - \theta_1(B) - \theta_2(B)^2 - \dots - \theta_q(B)^q$; $\{\varepsilon_t\}$ es una serie de ruido blanco, independientemente y normalmente distribuida con media cero y varianza $\sigma^2 > 0$; las raíces de $\phi(B)$ y $\theta(B)$ se encuentran fuera del círculo unitario; $X = X_t = [X_{1t}, \dots, X_{kt}]$ es una colección de variables de intervención; y

$$F(\omega, \delta, X, t) = \{(\omega_i(B)/\delta_i(B)) X_{it}\} \quad (2)$$

En esta ecuación, $\omega_i(B)$ y $\delta_i(B)$ son polinomios en B con raíces fuera del círculo unitario, y la ratio $\omega_i(B)/\delta_i(B)$ se refiere a la función de transferencia correspondiente a la variable *input* X_{it} . El modelo puede ser expresado de la siguiente forma:

$$Y_t = \mu + F(\omega, \delta, X, t) + \pi(B)\varepsilon_t \quad (3)$$

donde

$$\pi(B) = \theta(B)/\phi(B) = 1 - \pi_1(B) - \pi_2(B)^2 - \dots$$

El modelo puede ser generalizado para incluir comportamientos no estacionarios. Así, para las series no estacionarias, $\phi(B)$ puede incluir un operador de diferenciación. El *factoring* habitual despliega el polinomio característico para un componente autorregresivo como un producto de la estacionaridad o de la no estacionaridad de los polinomios característicos. El modelo general no estacionario está dado por

$$\varphi_1(B)(\varphi_2(B)Y_t - \mu - \varphi_2(B)F(\omega, \delta, X, t)) = \theta(B)\varepsilon_t \quad (4)$$

que puede ser expresado como

$$\varphi_1(B)\varphi_2(B)(Y_t - F(\omega, \delta, X, t)) = \theta_0 + \theta(B)\varepsilon_t,$$

donde

$$\begin{aligned} \varphi_1(B) &= 1 - \phi_1 B - \phi_2 B^2 - \dots - \phi_p B^p, \\ \varphi_2(B) &= B^d, \\ \theta_0 &= \mu\varphi_1(1) = \mu(1-), \end{aligned} \quad (5)$$

Los modelos de intervención derivados de este modelo general permiten analizar el patrón de regularidad con el fin de observar el impacto de variables exógenas o independientes que hayan podido afectar el comportamiento de la serie a lo largo de su evolución en el tiempo (Box y Tiago, 1975). Para que sea posible realizar el análisis de intervención, los modelos deben ser estacionarios. Muchas series temporales en economía presentan una marcada tendencia en el largo plazo, como el caso de las series analizadas en este trabajo. El uso de operadores de diferenciación en el análisis de intervención permite abordar el problema de la no estacionariedad de las series temporales y eliminar la tendencia. Asimismo, un análisis comprensivo de los residuos puede ayudar a elegir el modelo apropiado (Woodfield, 2000).

Modelar la variable de respuesta en un análisis de intervención es más complicado que modelar la variable de respuesta en un análisis de series temporales univariadas. En un análisis de series temporales univariadas se puede usar modelos autorregresivos integrados de medias móviles (ARIMA), que tienen la forma

$$\phi(B)(Y_t - \mu) = \theta(B)\varepsilon_t \quad (6)$$

o bien, equivalentemente,

$$\phi(B)(Y_t - \mu) = \theta_0 + \theta(B)\varepsilon_t, \quad (7)$$

donde

$$\theta_0 = \mu\phi(1) = \mu(1-). \quad (8)$$

Los modelos ARIMA representan una aproximación al comportamiento real de la serie temporal. Estos modelos tratan de recoger los patrones subyacentes, derivados de la dependencia temporal de la serie para predecir su comportamiento. Cuando estos modelos son utilizados en el análisis de intervención de series temporales, la estructura del error es modelada simultáneamente con la serie de respuesta. El término del error es denotado por:

$$\eta_t = Y_t - \mu - F(\omega, \delta, X, t). \quad (9)$$

Así, la ecuación 1 puede establecerse de la siguiente forma:

$$\phi(B) \eta_t = \theta(B) \varepsilon_t$$

Para determinar la naturaleza de los componentes de la función de transferencia, usualmente se analiza gráficamente la variable de respuesta y se intenta diagnosticar la forma del impacto de la intervención. Si no se detecta ningún comportamiento determinístico obvio, el procedimiento más habitual continúa con un nuevo proceso de prueba y error.

En la tabla 4 se pueden observar algunos de los más comunes tipos de intervención y sus funciones de transferencia. Las variables de intervención usadas están definidas por:

$$I_t = 0 \text{ para } t < T, \\ = 1 \text{ para } t \geq T;$$

$$J_t = 0 \text{ para } t \neq T, \\ = 1 \text{ para } t = T.$$

Tabla 4

Funciones comunes de transferencia de intervención

Tipo del impacto	Función de transferencia	Variable de Intervención
Abrupto, permanente	Ω	I_t
Abrupto, temporal	$\omega/(1 - \delta B), 0 < \delta < 1$	J_t
Gradual, permanente	$\omega/(1 - \delta B), 0 < \delta < 1$	I_t
Gradual, permanente	$\omega_0 + \omega_1 B + \dots + \omega_r B^r$	I_t
Oscilatorio, permanente	$\omega/(1 - \delta B), 0 < \delta < 1$	I_t

Nota: Adaptado de *Time series intervention analysis using SAS software*, por T. Woodfield, 2000, SAS Institute Inc.

Con el fin de realizar la contrastación empírica de las hipótesis sobre los efectos de los escenarios de convergencia y conflicto, se ha utilizado el *software* estadístico SAS/ETS, que ofrece una amplia gama de herramientas y técnicas econométricas para el modelado, la simulación y la predicción de series temporales. Con las herramientas del Sistema de Predicción de Series Temporales (TSFS), se ha realizado una serie de ajustes para modelar las series temporales de las variables en cuestión. La flexibilidad del *software* SAS/ETS permite considerar todos los enfoques en el proceso de modelación de la serie.

Siguiendo las pautas metodológicas del análisis de intervención de series temporales, se ha dividido en dos partes cada contrastación. La primera tiene como fin presentar la idoneidad o adecuación del modelo elegido de manera previa al análisis de estimación de los parámetros y su relación con las hipótesis planteadas. Si el modelo candidato supera las exigencias iniciales, se podrá pasar a realizar el análisis de la estimación de los resultados. En esta fase final, la estimación de los parámetros resultante del ajuste de la serie temporal de la variable en cuestión será analizada para verificar si es coherente con las hipótesis planteadas para explicar el desarrollo del mercado de biocarburantes, así como para observar si hay efectos cruzados significativos de la regulación en algún periodo.

3.3. Análisis empírico de la regulación del mercado de biocarburantes en EE. UU.

Siguiendo las mismas pautas metodológicas aplicadas en el caso del análisis del mercado de biocarburantes brasileño, en este punto se plantearán y contrastarán empíricamente las hipótesis sobre el desarrollo del mercado de biocarburantes en los Estados Unidos. Mediante el análisis de intervención de las series temporales de producción de etanol carburante, se comprobará si las hipótesis desarrolladas para explicar la evolución de la producción, planteadas en términos de escenarios de convergencia y conflicto entre el Estado federal y el sector agroindustrial del maíz, son consistentes con los datos del mercado. En el caso de EE. UU., el número de observaciones solamente permite hacer este análisis de series de tiempo para el mercado del etanol carburante de maíz.

3.3.1. Hipótesis sobre el desarrollo de la producción de etanol carburante en EE. UU.

En este punto se desarrollarán las hipótesis basadas en el planteamiento de las relaciones subyacentes de convergencia y conflicto entre el Gobierno federal (Estado regulador) y el sector agroindustrial del maíz, de acuerdo con la evolución de la interacción entre los costes de oportunidad a lo largo del periodo analizado. Las hipótesis que se plantean a continuación constituyen, a la vez, una construcción teórica y una síntesis del análisis histórico de las políticas, regulaciones y datos de mercado, correspondientes a un periodo que comprende todo el siglo XX hasta la actualidad (Rodríguez Morales, 2014). Finalizado este proceso de análisis y síntesis, se analizará su relación con el desarrollo de la producción de etanol carburante en EE. UU.

3.3.1.1. Periodo desde inicio del siglo XX hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial. Escenario de conflicto para la producción de biocarburantes en EE. UU.: (-) Estado (+) sector agroindustrial. Aunque durante la Primera Guerra Mundial el sector agrícola continuaba su expansión como resultado de un mayor cultivo de la tierra y las mejoras tecnológicas, con el fin de la guerra sobrevino el declive de la demanda europea de productos agrícolas, lo que impactó en los productores estadounidenses. El fin de la guerra y la caída de la demanda iniciaron el colapso de los precios en la década de 1920, suceso que dio lugar a una gran crisis económica en el sector agrícola. Esta situación fue seguida de la Gran Depresión de la década de 1930, que condujo a un recrudescimiento de la crisis del sector. El Gobierno federal respondió mediante la intervención de los mercados a través de programas de emergencia para los sectores industriales y agrícolas en el marco de la política económica conocida como el *New Deal* (USDA-ERS, 1985).

Sin embargo, los programas del *New Deal* no resolvieron el problema de los bajos precios de los productos agrícolas, que era consecuencia de las condiciones de la oferta y la demanda desencadenadas tras la depresión económica global. Para Bowers, Rasmussen y Baker (1984), las medidas del *New Deal* fueron inclusive contraproducentes, ya que las ayudas para el incremento de los precios llevaron al aumento de la producción, pero también a una reducción de la cantidad demandada. Aun cuando los agricultores tenían un alivio en el corto plazo, esas medidas exacerbaban las condiciones que perpetuaban el problema de sobreproducción de los cultivos de granos como el maíz y demás productos agrícolas en el mediano y largo plazo. En este contexto, las materias primas para la producción de biocarburantes sufrían un problema de sobreproducción que afectaba finalmente los precios de los productos agrícolas y la renta de los agricultores (Bowers *et al.*, 1984).

En relación con el sector energético, el incipiente mercado estadounidense de carburantes y la posterior inestabilidad del mercado internacional de crudo, debida principalmente a las

conflagraciones mundiales en Europa, permitió que el etanol carburante obtenido de maíz en EE. UU. fuera utilizado en mezclas carburantes, y en algunos estados fue una alternativa al uso de derivados del petróleo en el mercado de carburantes para el transporte durante estos años. La derogación, en 1906, del impuesto al etanol permitió al biocarburiante ser más competitivo en un mercado de carburantes fósiles que progresivamente iba dominando el consumo interno mediante el incremento de la producción nacional de crudo y la expansión de la oferta en el mercado internacional (US DOE, 2013).

La caída de la demanda alimentaria tras la Primera Guerra Mundial marcó la crisis del sector agroindustrial de los años 1920. El inicio del uso del etanol para aumentar el octanaje de la gasolina y, posteriormente, la gran depresión económica durante la década de 1930 fueron factores importantes para entender el incremento de la producción de etanol carburante. La demanda de etanol, como en otros casos de crisis, representaba una salida a la producción y un amortiguador del bajo nivel de precios de los productos agroalimentarios. Hacia 1930, alrededor de 2 000 estaciones de servicio del Medio Oeste vendían gasohol en mezclas que contenían entre 6% y 12% de etanol. Así, el incremento de la demanda de carburantes hasta fines de la Segunda Guerra Mundial propició el incremento del uso del etanol como aditivo de la gasolina³.

Sin embargo, la política energética de aquella época estaba más enfocada en el desarrollo de la producción nacional de crudo y sus derivados como las principales fuentes de energía primaria en que se iría asentando la nueva matriz energética estadounidense. Para ello, se estableció una serie de instrumentos de carácter económico que tenían por objeto reducir los costes de exploración, extracción y producción de los carburantes fósiles para las compañías que operaban en EE. UU. Asimismo, la diversificación y el incremento del suministro energético a causa de la expansión de la producción de las IOC estadounidenses y europeas incrementó la competencia en un mercado de derivados del petróleo en el que la producción nacional estaba subsidiada por el Gobierno. Este escenario reducía en gran medida la competitividad y la posibilidad de que el etanol carburante se expandiera más en el mercado. Aunque su presencia era importante en los estados pertenecientes al *Corn Belt* del Medio Oeste (grandes productores de maíz), era menor en los estados predominantemente consumidores de productos energéticos, mientras que casi desaparecía por completo en los estados productores de petróleo y derivados (Hudson, 1994).

El apoyo gubernamental al sector mediante la nueva política agrícola fue un alivio para el sector agroindustrial y determinó, en gran medida, la prevalencia del uso alimentario del maíz sobre su uso energético para la obtención de etanol, aunque el factor más importante del contexto fuera el bajo y, posteriormente, estable precio del petróleo. Para el Gobierno, la solución de la crisis del sector agroindustrial no incluiría la alternativa del etanol para el transporte rodado, dado que la política energética estaba centrada en el desarrollo de la producción y el consumo de petróleo. Era más importante asegurar el suministro estable de alimentos en un nuevo marco menos liberalizado de la política agraria y con una mayor protección para el sector. Estos factores afectaron las condiciones necesarias para que el sector agroindustrial decidiera incrementar la producción de etanol carburante. Una vez iniciada la denominada época dorada del petróleo, sobrevinida algunos años después del fin de la Segunda Guerra Mundial,

3 La producción en serie del modelo T sería un factor importante en el uso del etanol durante este periodo, porque este modelo era capaz de consumir tanto gasolina como etanol en mezclas (gasohol). Véase US DOE (2013).

los bajos precios del crudo condujeron a la pérdida total de la competitividad del etanol, seguida de su desaparición en el mercado.

3.3.1.2. Periodo desde la posguerra hasta 1973. Escenario de convergencia negativa (-) para la producción de biocarburantes en EE. UU.: (-) Estado (-) sector agroindustrial.

Con las nuevas políticas de protección del sector agrícola y con una política energética basada en el uso del petróleo como principal fuente de suministro energético en el transporte rodado, los incentivos a la producción de etanol carburante decayeron drásticamente, por lo que la relación entre Estado y sector agroindustrial pasó de un escenario de conflicto a un escenario de convergencia negativa, donde no había interés de los actores relevantes en el uso del maíz o de otros cultivos para la producción de biocarburantes. Ni el Estado creía necesario promover el uso del etanol carburante, dadas las condiciones en el mercado de la energía (basado en el petróleo), ni tampoco el sector agrícola vinculado al maíz necesitaba una salida alternativa para la producción de materia prima, ahora protegida por el desarrollo de la política agrícola federal.

Como se ha mencionado en la primera parte de esta sección, el periodo comprendido entre la posguerra y la llegada de la crisis del petróleo fue determinante para la consolidación del carburante fósil en la matriz energética de los países industrializados. El incremento de la producción nacional y la expansión de las IOC de EE. UU. permitieron estabilizar y reducir el coste energético del consumo de petróleo. La política energética estuvo basada en la apertura de los mercados y en el incremento de las importaciones de petróleo en condiciones de competitividad excluyentes para cualquier otra alternativa energética, especialmente en el mercado de carburantes para el transporte. La política estadounidense, como en otros países de la OCDE, se orientaba a mantener los precios de petróleo lo más bajos posible. La economía energética de EE. UU. permaneció vinculada al petróleo como fuente principal de energía primaria en todos los sectores industriales y, especialmente, en el sector del transporte rodado. EE. UU. basaba fuertemente su política de consumo energético de largo plazo en el control del suministro petrolero de sus IOC, así como en el incremento de la producción nacional. Ante esta situación, los incentivos a la producción de biocarburantes eran inexistentes (Vietor, 1987).

Desde el punto de vista del sector agroindustrial, los productores de maíz y otras materias primas agroenergéticas tampoco tenían demasiados incentivos para invertir en la producción de biocarburantes para abastecer los mercados de energía. Por un lado, el sector se encontraba en una mejor situación, dado el nivel de protección que recibía por parte del Gobierno federal. La consolidación de las políticas de protección del sector agrícola mediante la intervención del Gobierno debilitó los incentivos a la producción de biocarburantes. La producción de etanol, que había sido la válvula de escape a los problemas del sector agroalimentario del maíz y de otras materias primas durante el periodo anterior, presentaba en este periodo un mayor coste de oportunidad debido al incremento de la protección de los productos agroalimentarios. La protección de los precios del maíz y otros cereales fue un objetivo expreso de la nueva política agrícola en EE. UU. puesto en marcha mediante una serie de mecanismos de control de la producción y subsidios de distinta naturaleza para los productores. Estas medidas, aunque no eliminaron el problema de sobreproducción de sectores como el del maíz, sí beneficiaron a los productores agrícolas, por lo que las políticas de subsidios se mantuvieron (USDA-ERS, 1985).

La política de protección agraria estadounidense a favor de los sectores agroindustriales vinculados a la producción de cultivos agroenergéticos reducía el riesgo de la competencia en

los mercados alimentarios, lo que afectaba las decisiones de producción de los agricultores (incluyendo las distorsión de las decisiones de producción de otros productos como el etanol con el objeto de diversificar los mercados) y perpetuaba el desequilibrio entre la producción y el consumo en el sector agrícola estadounidense. Por otro lado, la estabilidad y los bajos precios del petróleo hacían imposible superar la competitividad de los derivados del petróleo mediante carburantes alternativos basados en biomasa. Dadas las condiciones del mercado de carburantes y de productos alimentarios, el etanol no era una alternativa económicamente racional para los productores de maíz, y tampoco era necesario para la política petrolera del Gobierno. Esto prácticamente excluyó del mercado al etanol carburante hasta después de la entrada en la crisis de la década de 1970.

3.3.1.3. Periodo de 1973 a 1986. Escenario de conflicto para la producción de biocarburentes en EE. UU.: (+) Estado (-) sector agroindustrial.

Como consecuencia de la política aplicada durante la posguerra, la dependencia energética de EE. UU. a las importaciones de petróleo se incrementó notablemente durante este periodo. La ausencia de una política de diversificación de suministro y fuentes primarias dejó a EE. UU. en manos de los países productores una vez que cambiaron las condiciones estructurales en el mercado internacional de crudo. Cuando las IOC empezaron a perder el control de mercado ante el incremento del nacionalismo sobre los recursos energéticos y naturales en los países productores, el surgimiento progresivo del conflicto entre las compañías occidentales y los *host countries* incrementarían considerablemente la vulnerabilidad de EE. UU. frente al coste de la energía.

El choque exógeno sobre la economía estadounidense sobrevenido tras la crisis del petróleo tuvo un impacto profundo en la política energética estadounidense. La alta dependencia de las importaciones de crudo y la baja elasticidad de la demanda de petróleo en el corto plazo agudizaron los efectos del incremento abrupto de los precios de la energía. La paulatina pérdida de control del mercado internacional de crudo por parte de las IOC estadounidenses hizo más inestable el suministro para las economías occidentales. El impacto del abrupto incremento del coste de la energía promovió el inicio de una política de diversificación de fuentes y suministro, por lo que se estableció, por primera vez, una serie de incentivos económicos para el desarrollo de fuentes energéticas alternativas y renovables, que se daba en el marco de una política de expansión de la producción nacional de hidrocarburos para reducir el coste económico de las importaciones de productos energéticos⁴. A inicios de 1981, el Gobierno de EE. UU. respondió a la segunda crisis del petróleo eliminando, por primera vez en 10 años, los controles de precios y de asignación aplicados sobre la industria petrolera; con ello, las fuerzas del mercado reemplazaron los programas regulatorios y permitieron el incremento de precios en el nivel del equilibrio de mercado. Asimismo, la eliminación de controles en el sector de los hidrocarburos promovió el relajamiento de las restricciones a las exportaciones de productos petroleros. En la figura 1 se puede observar cómo se incrementa el coste de la dependencia energética tras la crisis del petróleo en EE. UU.

4 Véase: Public Law 95-618 de 1978 y Public Law 96-223.

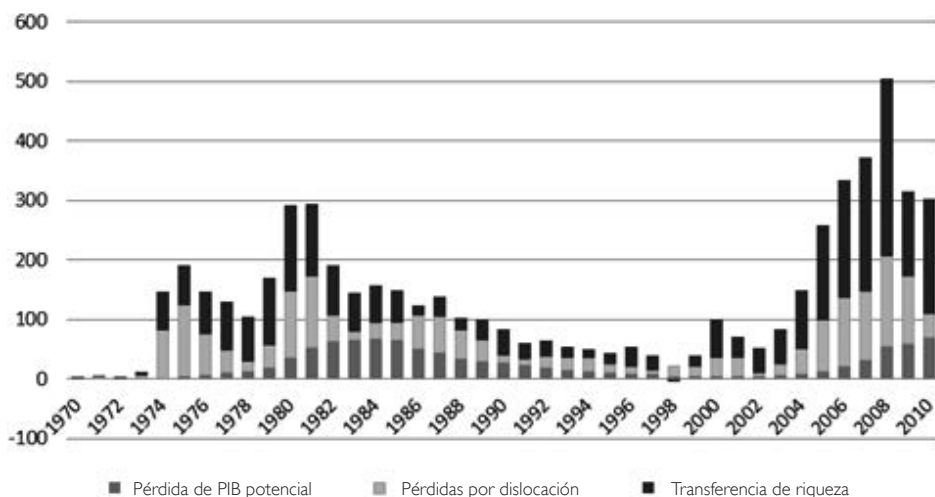


Figura 1. Coste de la dependencia en el petróleo de la economía estadounidense (1970 a 2010). Elaboración propia a partir de Green et al. (2011).

Con el reconocimiento del etanol como oxigenante de la gasolina y producto sustituto del plomo, el Gobierno decide establecer instrumentos económicos, como exenciones y créditos fiscales, para fomentar y estimular el incremento de la producción de etanol. Así, en 1978 se establece una exención fiscal parcial de 4 centavos por galón de gasohol mezclado al 10 % con etanol (o 40 centavos por galón de etanol puro), aplicable sobre el impuesto selectivo a la gasolina. Asimismo, se estableció un crédito fiscal aplicable por la misma cantidad sobre el impuesto a la renta; y en 1980, un arancel a las importaciones de etanol carburante por el mismo monto de los incentivos fiscales, con el fin de restringir la competencia externa⁵. Estas medidas darían lugar a un gradual desarrollo del mercado de aditivos a la gasolina (distintos del plomo), lo que abría la puerta de los mercados energéticos al etanol carburante obtenido de maíz. Sin embargo, la política y la situación de los mercados alimentarios reducirían el impacto de estas medidas de expansión.

Desde el punto de vista del sector agroindustrial, a la alta protección otorgada por la política agraria estadounidense se sumaba el periodo del *boom* de los productos agrícolas durante la década de 1970. En este contexto político y económico, los mercados energéticos no representarían una clara necesidad para los productores del sector agrícola vinculados al maíz. Aun cuando las décadas siguientes a la Segunda Guerra Mundial dieron lugar a numerosos ajustes a la política agrícola de EE. UU., los cambios introducidos por la enmiendas fueron relativamente menores en relación con la estructura básica de los programas de ayuda al sector agrícola establecidos principalmente en la consideradas leyes agrícolas permanentes (*Agricultural Adjustment Act of 1938* y la *Agricultural Act of 1949*), que establecían conjuntamente un alto nivel de protección del sector agrícola. Asimismo, el *boom* de los precios de los productos agrícolas a inicios y finales de la década de 1970 sirvió para que el Gobierno eliminara los *stocks* federales y permitiera un breve periodo de incremento de la producción y de bajo nivel de *stocks* para aprovechar el contexto de

5 Véase: Public Law 96-499 de 1980.

mercado muy favorable para los agricultores estadounidenses (Bowers *et al.*, 1984). Considerando los mercados y la política agrícola durante este periodo, el coste de oportunidad de destinar una mayor parte de la producción a los mercados energéticos era alto, aun con el establecimiento de los incentivos económicos y regulatorios en favor del incremento de aditivos en la gasolina. Teniendo en cuenta ambos vectores, el escenario subyacente al desarrollo del mercado de biocarburantes en EE. UU. durante este periodo fue predominantemente de conflicto.

3.3.1.4. Periodo de 1986 al 2002. Escenario de conflicto para la producción de biocarburantes en EE. UU.: (-) Estado (+) sector agroindustrial.

Sin embargo, cuando los precios del petróleo volvieron a declinar desde 1986 en adelante, la voluntad del Gobierno para maximizar el desarrollo de la industria de biocarburantes aminoró. En el caso del sector agroindustrial, los precios de los productos agrícolas disminuyeron tras el fin del *boom* de los años 1970 y se inició un periodo de cuestionamiento del proteccionismo tradicional del sector, tanto en el plano interno como en el contexto internacional del comercio agrícola. Esto conduciría a una serie de reformas que debilitaría gradualmente el proteccionismo del sector agroindustrial, lo que, sumado a los ajustes en el mercado internacional de productos agrícolas, expondría a los sectores con mayores problemas de excedentes a las fluctuaciones de precios de los mercados agrícolas. Este era especialmente el caso del sector del maíz estadounidense.

Aun cuando existían algunas políticas de apoyo al sector de los biocarburantes, las medidas no iban a ser completamente satisfactorias para el sector agroindustrial del maíz, dado que estos productores necesitaban que los mercados de energía absorbieran una mayor parte de los excedentes de producción que terminaban afectando a la baja los precios de los productos. En este escenario de conflicto, sin embargo, las medidas adoptadas introducirían gradualmente al etanol en el mercado de aditivos oxigenantes, justificadas expresamente en la protección medioambiental y la seguridad energética, pero implícitamente como forma de apoyo al sector agrario (US-EPA, 2012). Estas medidas sentarían las bases para el despegue meteórico de la industria del etanol de maíz estadounidense, que sobrevendría de la mano del nuevo incremento de los precios del crudo a inicios de la década de los 2000.

Durante los años 1990, aun con el reconocimiento de la tríada de objetivos en el sector energético (seguridad energética, desarrollo económico y medioambiente como el motor político de la promoción de las energías alternativas), el apoyo a los biocarburantes fue incrementándose solo gradualmente. Esto se debió, principalmente, a que los bajos precios del crudo todavía no permitían desencadenar un mayor apoyo del Gobierno federal a la producción de biocarburantes y otras energías alternativas. Entre las principales medidas tomadas durante la década de 1990 se encontraban muchos incentivos fiscales para el sector energético, tanto para energías convencionales como renovables. En el caso de los carburantes alternativos, la ley expandió el crédito para los carburantes no convencionales e introdujo el crédito fiscal para los pequeños productores de etanol utilizado como carburante, establecido en 10 centavos por galón de etanol y limitado a los 15 primeros millones de galones⁶.

Asimismo, con la regulación medioambiental para la oxigenación de los carburantes establecida en los Programas de Gasolina Reformulada y de Carburantes Oxigenados en 1990,

6 Véase: Public Law 101-508, Omnibus Budget Reconciliation Act of 1990.

se requeriría al menos un 2% de componentes oxigenantes en la gasolina, lo que incrementó principalmente la demanda del MTBE (un producto de la industria de hidrocarburos) y, en menor medida, de etanol en el mercado de aditivos a la gasolina⁷.

Con todo ello, los intentos del Gobierno federal de redistribuir los costes de la dependencia en el petróleo estarían contenidos por un periodo de bajos precios del crudo de petróleo, que influiría en las decisiones de desarrollo del sector del etanol, así como de otros carburantes renovables. El precio del crudo nacional de petróleo fue uno de los más bajos de la historia, pues apenas llegó a alrededor de los USD 10 por barril en el invierno de 1998-1999, de tal forma que, entre 1986 y 1999, el precio medio por barril fue de USD 17. Este nivel bajo de precios no solo afectaba a los productores de petróleo y beneficiaba a los refinadores de crudo, sino que fortalecía el consumo de derivados del petróleo, lo que afectaba negativamente el despegue de la inversión en tecnologías de ahorro y eficiencia energética, así como en el incremento de la producción y el consumo de carburantes alternativos y renovables (Lazzari, 2006).

Desde el punto de vista de sector agroindustrial, luego del *boom* de precios de los productos agrícolas y de un paréntesis liberalizador de la producción, los precios colapsaron desde la segunda mitad de los años 1980. Esto favoreció el retorno a las políticas de acumulación masiva de *stocks*, los pagos de compensación por bajos precios, los subsidios a las exportaciones y los programas de control de la producción mediante la inactividad en el uso de tierras cultivables, medidas que, en cualquier caso, no terminaban de solucionar el problema de sobreproducción en el sector. En la década de 1980 era visible que el control de la oferta de productos agrícolas no era un instrumento eficaz en la ayuda del sector agrícola (Sumner, 2000). La desafección del sector agroindustrial de EE. UU. en relación con la baja efectividad de los programas e instrumentos de ayudas al sector durante el colapso de precios de inicios de los 1980 era un motivo para buscar salidas complementarias a las ayudas gubernamentales a la agricultura, como la producción de etanol carburante.

Asimismo, las políticas agrícolas eran más costosas y menos sostenibles en la esfera del comercio internacional, y su aplicación tenía efectos contraproducentes para el propio sector agrícola. Mientras que las ayudas a la agricultura fomentaban un incremento de producción superior a la demanda que generaba excedentes de producción crecientes, esta oferta regulada presionaba a la baja los precios internacionales de los productos agrícolas, lo que encarecía la recolocación de los excedentes y el coste de las mismas políticas (Sumner, Arha y Josling, 2007).

Con la política agrícola aplicada entre los años 1985 y 1996, el Gobierno federal continuó renunciando a aplicar el mecanismo de tierras de retirada, el apoyo a los precios de mercado de los productos agrícolas y la acumulación de *stocks* por parte del Gobierno, cambios que perpetuarían los problemas de sobreproducción. Asimismo, la situación de los precios de los carburantes y la extensión de los aranceles especiales a las importaciones de etanol mejoraban el escenario para los productores nacionales de maíz y etanol. Con la *Food, Agriculture, Conservation and trade Act* de 1990 y la *Omnibus Reconciliation Act* se continuó la senda marcada por las políticas aplicadas desde 1985. Las preocupaciones presupuestarias y las cuestiones políticas condujeron a una reducción de los pagos y de las ayudas a los precios y a una mayor flexibilidad en los niveles de producción agrícola, lo que incrementó el nivel de producción de etanol.

7 Véase: Public Law 101-549.

En el contexto internacional, aumentaba la presión sobre la tradicional política de protección agrícola estadounidense⁸. Los acuerdos comerciales de la Ronda de Uruguay que buscaban fomentar una mayor liberalización del mercado internacional de productos agrícolas quedarían recogidos mediante la *Public Law 103-465* de 1994 en la legislación estadounidense. Estos atisbos de plena liberalización eran desfavorables para el tradicionalmente protegido sector agrícola estadounidense, que consideraba que las nuevas reglas de comercio provenientes de las negociaciones multilaterales perjudicarían a los agricultores de *commodities* como el maíz, los cereales y las oleaginosas debido a que decaería el nivel de protección y de ayudas (Gardner, 2000).

Los problemas presupuestarios de aquellos años y una optimista proyección sobre los precios de los productos agrícolas justificaron un reajuste de las medidas aplicadas en el sector agrícola. La *Federal Agriculture Improvement and Reform Act* de 1996 fue un intento de cambiar el curso de la política agraria reduciendo sustancialmente las políticas de ayuda al sostenimiento de los precios y de los pagos a los productos agrícolas, aunque la caída de precios desde 1998 dio lugar a una reanudación de la política tradicional de subvenciones y ayudas al sector⁹.

Al final de la década de 1990, se consolidaron y reforzaron los cambios en los programas al relajar los requerimientos para las plantaciones de los cultivos previstos en los programas (como el maíz y la soja), al eliminar las ayudas a los precios y los programas de almacenamiento público de *stocks* de los programas de los cultivos, y al iniciar la eliminación anual de los programas de retirada de tierras. Estas medidas continuarían exacerbando el problema de sobreproducción de cultivos como el maíz, que para EE. UU. había presentado los mayores problemas de excedentes de producción.

A pesar de que los mercados y la política agrícola durante este periodo redujeron el coste de oportunidad del sector agroindustrial del maíz para la producción de etanol, la convergencia de los intereses del Gobierno federal sobre la nueva política energética y los intereses particulares de los productores de materias primas se vieron afectados por el bajo nivel de precios del petróleo durante este periodo, que dio lugar a un escenario de conflicto entre ambos actores. Aunque el Gobierno apoyaba la producción de biocarburantes, los bajos precios del crudo y de sus derivados contuvieron la amplitud y la envergadura de las medidas de apoyo al sector; necesarias para el incremento del consumo y la producción a gran escala del etanol carburante.

3.3.1.5. Periodo de 2002 a 2010: Escenario de convergencia positiva (+) para la producción del etanol carburante en EE. UU.: (+) Estado (+) sector agroindustrial.

El incremento abrupto de los precios del petróleo a causa de la recuperación de la disciplina de cuotas de producción de la OPEP y la consecuente caída de los precios de los principales *commodities* agrícolas en el mercado global, impulsada por la sobreproducción de maíz y otros productos en el sector agrícola en un contexto de gradual liberalización de los mercados agrícolas, brindaron un escenario óptimo de convergencia entre el sector agrícola y el energético. En este escenario, la envergadura de las políticas de promoción de biocarburantes respondían a la necesidad de sustitución de las importaciones de crudo en el marco de la política de diversificación energética, así como a la necesidad de colocar los excedentes de producción de

8 Véase: Sumner (2008).

9 Véase: Darril, De la Torre Ugarte y Tiller (2003).

maíz y otros granos fuera de los mercados alimentarios, tanto para colocar dichos excedentes en nuevos mercados como para mantener los precios de los *commodities* agrícolas en un nivel más alto, al ajustar la oferta agrícola a la demanda de energía en el sector del transporte.

Los compromisos de reducción de las ayudas a la agricultura que más distorsionaban el comercio internacional adoptados tras los acuerdos derivados de la Ronda de Uruguay limitaron la discrecionalidad de las ayudas al sector agrícola. Aun con los compromisos adoptados, la crisis de sobreproducción, determinada en gran medida por las propias políticas de ayuda al sector agrícola, continuaba siendo un problema que afectaba no solo al mercado doméstico sino al mercado global de cereales (Gardner, 2000). Esto, sumado a una caída de los precios a finales de la década de 1990, reduciría considerablemente el coste de oportunidad de los agroindustriales del maíz, lo que incentivó la expansión de la producción hacia los mercados energéticos de carburantes.

La salida al problema de sobreproducción de productos como el maíz y otros agroenergéticos vendría marcada por el uso de los excedentes en los mercados de energía. En esta estrategia confluirían los intereses de sectores importantes de la agroindustria, como el del maíz o las oleaginosas, con los intereses de la política energética para el sector del transporte rodado. En este contexto, se da un cambio en la forma de las ayudas a la agricultura con el objeto de beneficiar la expansión de estos cultivos para usos energéticos y la producción de biocarburantes. Los biocarburantes y los mercados de energía representan, entonces, una salida para mantener el nivel de ayuda a sectores que encontrarían considerables dificultades en cuanto a la consistencia de las ayudas con las normas de la OMC (Seminerio, 2008).

La promoción de energías renovables en el transporte tenía además una gran justificación política desde el punto de vista de la protección del medioambiente. La reducción de las emisiones contaminantes en el sector del transporte y la creciente preocupación por los efectos negativos del cambio climático favorecieron la adopción de medidas de promoción de los biocarburantes a gran escala. En este contexto, la prohibición del MTBE en el mercado de aditivos en 1999 en California por problemas de contaminación medioambiental dejaría el camino libre para que el etanol carburante de maíz incrementara su cuota en el mercado de aditivos.

Si vinculamos la percepción de que los biocarburantes son medioambientalmente sostenibles con los cambios devenidos en la regulación del comercio internacional en relación con los tipos y el nivel de ayudas permitidas en el marco del Acuerdo sobre la Agricultura, los biocarburantes eran además una excelente oportunidad de evitar una futura disputa ante la OMC. La naturaleza renovable de los biocarburantes, la sostenibilidad ambiental de su uso y los beneficios para la seguridad energética nacional eran argumentos consistentes para justificar que los subsidios a los biocarburantes no sean considerados como subsidios agrícolas, y que, por lo tanto, no se les apliquen los límites previstos en la *Yellow Box* del Acuerdo para la Agricultura (Seminerio, 2008).

Durante los años 2000, las políticas de apoyo al sector de los biocarburantes se incrementaron notablemente, promoviendo su producción y consumo mediante una serie de instrumentos económicos y regulatorios de diversa naturaleza. La convergencia entre el sector agroindustrial del maíz y otros agroenergéticos se manifestó plenamente en el apoyo total a la producción de biocarburantes plasmado en la *Farm Bill* de 2002. La importancia del sector de la energía para el mercado de productos agrícolas quedaría institucionalizada en el primer título específico sobre la energía, establecido dentro del marco normativo dedicado tradicionalmente a las medidas de protección del sector agroindustrial. El impulso de esta nueva legislación extendía las posibilidades

del uso del maíz y otros productos a una escala mayor de consumo en el ámbito energético, especialmente enfocado en la expansión de la industria de biocarburos. Estas medidas encontraron un pleno apoyo del Gobierno, dadas las nuevas condiciones en el mercado de la energía que había supuesto el incremento de los precios del crudo desde el año 2000.

El mercado obtendría un nuevo impulso con el lanzamiento del RFS-1. La EAct-2005 (*Energy Policy Act*) establecería el reemplazo de la política de oxigenantes y gasolina reformulada, establecida por la *Clean Air Act* a principios de la década de 1990, por un uso mínimo obligatorio de carburantes renovables en el transporte. El RFS-1 sería el estándar de carburantes renovables en que se sostendría el consumo del etanol y, en menor medida, de otros biocarburos. Además, la EAct-2005 establecería una serie de programas de apoyo a la producción de biocarburos de primera generación con el fin de incrementar la inversión en el sector.

El apoyo a los biocarburos siguió con la EISAct-2007 (*Energy Independence and Security Act*). Los incrementos de las obligaciones de uso de biocarburos fueron notables y, aunque se puso un límite al uso del etanol carburante, este límite aun otorgaba un amplio margen para colocar gran parte de la producción de maíz en los mercados de energía, lo que aseguraba una demanda significativa de las materias primas usadas para su producción. Asimismo, con la *Food Conservation and Energy Act* de 2008 se extenderían y expandirían muchos de los programas de energías renovables originalmente autorizados en la *Farm Security and Rural Investment Act* de 2002.

La promulgación de la *Farm Bill* de 2008 apoya principalmente los esfuerzos al desarrollo de biocarburos de celulosa y las nuevas tecnologías para la explotación energética de la biomasa, mientras que se mantenían las subvenciones convencionales a la industria del etanol de maíz, al menos hasta finales del 2011. Asimismo, a pesar de algunos cambios en relación con la anterior legislación, la *FCE-Act* del 2008 deja intactas las provisiones de ayuda a la agricultura doméstica, lo que benefició a los productores de materias primas agroenergéticas como el maíz y las oleaginosas¹⁰.

Como se ha mencionado, las condiciones en los mercados de energía y de productos agrícolas a inicios de la década redujeron el coste de oportunidad de los sectores de producción de materias primas agroenergéticas, así como el coste político de oportunidad para que el Gobierno federal incrementara significativamente el apoyo al sector de los biocarburos, lo que generó un escenario de plena convergencia entre los principales actores del mercado que condujo a una expansión significativa de la producción de etanol carburante durante toda la década.

3.3.1.6. Periodo de 2010 a la actualidad (2014). Escenario de conflicto para la producción de etanol carburante: (-) Estado (+) Sector agroindustrial.

Finalmente, se considera que el calendario de límites impuesto al uso de etanol obtenido de maíz en la nueva regulación del estándar de carburantes renovables RFS-2, el cambio de la prioridad de la política de sustitución energética, enfocada ahora en el fomento de tecnologías de biocarburos avanzados y, en especial, de etanol de segunda generación derivado de celulosa y de biodiesel, y el incremento de los precios de los cereales y granos desde principios del 2011 han desestabilizado las condiciones en que sostenía el escenario de convergencia positiva entre el sector agroindustrial del maíz y el Gobierno federal.

10 Véase, además, *American Tax Payer Relief Act* de 2012, conocida como la Ley del precipicio fiscal. Esta ley fue promulgada para evitar aumentos de impuestos y recortes de gastos automáticos, como los previstos en la *Farm Bill* del 2008.

Aunque el apoyo al desarrollo de energías renovables y biocarburantes todavía es alto y los precios del crudo se han recuperado luego de su caída tras la crisis financiera, los cuestionamientos sobre el coste-beneficio de expandir el uso del maíz como materia prima para obtener etanol carburante, desde el punto de vista medioambiental y socioeconómico, han tenido un considerable impacto en las decisiones de inversión y expansión de la producción. Aunque el marco regulatorio asegura una gran cantidad de etanol de maíz para ser consumido en el transporte rodado, los límites a su utilización y el giro hacia la promoción de biocarburantes más avanzados, o la apertura a las importaciones brasileñas de etanol de caña, han venido generando bastante incertidumbre en el sector agroindustrial estadounidense vinculado a la expansión del uso del maíz en los mercados de energía.

Aunque el apoyo al desarrollo de energías renovables y biocarburantes es considerablemente alto y los precios del crudo se han recuperado luego de su caída tras la crisis financiera, los cuestionamientos plasmados en el RFS-2 sobre el saldo coste-beneficio de expandir el uso del maíz como materia prima para obtener etanol carburante, desde el punto de vista medioambiental y alimentario, han afectado las expectativas de inversión y expansión de la producción en el sector. Asimismo, la productividad, incrementada notablemente desde principios de la década, ha decaído acentuadamente en los últimos años¹¹. Aunque el RFS-2 prevé que una gran cantidad de etanol de maíz sea consumida en el transporte, los límites con los que trabaja el programa han creado bastante incertidumbre en el sector agroindustrial estadounidense, lo que puede haber frenado la potencial expansión del mercado de alcoholes carburantes en EE. UU. En la tabla 5 se puede observar el relativo estancamiento de la capacidad de producción de etanol carburante en los últimos años.

Tabla 5

Capacidad de producción por de las instalaciones de etanol carburante en EE. UU.

	Número de plantas	Capacidad nominal	Máxima capacidad sostenible
Enero 2011	193	13614	14239
Enero 2012	194	13728	14321
Enero 2013	193	13852	N-d

Nota: Adaptado de *Energy Timelines*, por United States Department of Energy (US DOE), 2013.

Aunque la futura expansión de la demanda de biocarburantes en EE. UU. debe cubrirse con biocarburantes avanzados, en la actualidad casi la totalidad del consumo interno se cubre con etanol de maíz. Los altos costes de producción del etanol de segunda generación, principalmente de celulosa, todavía no permiten que el desarrollo de este biocarburante alcance la etapa comercial. Existe un significativo riesgo para las inversiones en el sector de los biocarburantes avanzados, dado que su viabilidad comercial depende no solo de que los precios del petróleo sigan al alza, sino de la seguridad del marco regulatorio y del apoyo estatal a la I+D para reducir el riesgo tecnológico que inhibe las inversiones en el sector. En este sentido, el cambio regulatorio que ha cerrado las vías a una mayor expansión del etanol de primera

¹¹ Para mayor detalle revisar Schnepf y Yacobucci (2013).

generación se observa como un mal precedente en la política agroenergética, especialmente porque el riesgo de inversión en este sector es muy alto y porque las inversiones públicas en I+D+I no terminan de dar los resultados esperados para viabilizar la comercialización de etanol de segunda generación a gran escala. Esta situación viene generando bastante incertidumbre sobre el futuro crecimiento del mercado de biocarburantes en EE. UU., dado que casi todo el suministro que ha abastecido el mercado de biocarburantes ha provenído de etanol de maíz, producción que está afectada a su vez por el coste de oportunidad de retirar productos de los mercados alimentarios para abastecer los mercados de energía.

De la abrupta expansión de la producción observada desde principios de la década, sostenida en un escenario de convergencia positiva en favor del mercado del etanol carburante de maíz, se ha pasado a un escenario de conflicto que supone una mayor ola expansiva del uso del maíz en los mercados de energía. Este estancamiento puede llevar a buscar nuevos mercados energéticos para el maíz, que reduzcan aún más las incertidumbres futuras en los mercados alimentarios. Esto es especialmente importante para el biodiesel y su potencial producción derivada del uso de aceite de maíz. El actual marco regulatorio establece objetivos propios para el biodiesel, y además permite cubrir gran parte de los otros objetivos de biocarburantes no cubiertos por la falta de capacidad de producción a escala comercial.

La dificultad para cumplir los mandatos de biocarburantes avanzados, especialmente los obtenidos de celulosa, abriría una brecha que sería cubierta con otros biocarburantes distintos a etanol del maíz que, de acuerdo con la regulación del RFS-2, no se contabilizan para cumplir otros estándares de consumo más avanzados. Esto podría llevar a un cambio en las pautas de producción entre el etanol y el biodiesel para la agroindustria del maíz. Dado que la brecha abierta de cumplimiento de etanol de celulosa puede ser cubierta con biodiesel, los agroindustriales del maíz podrían incrementar la producción de biodiesel obtenido de aceite de maíz para compensar las limitaciones al uso del etanol de primera generación, especialmente ante un aumento del precio de los RIN del etanol que haga más costoso cubrir las obligaciones de carburantes avanzados con importaciones de etanol de caña de azúcar de Brasil.

3.3.2. Contrastación empírica de las hipótesis sobre la producción de biocarburantes en EE. UU.

De acuerdo con las hipótesis planteadas en el punto anterior, el desarrollo de la producción de etanol carburante en EE. UU. corresponde a seis periodos determinados por unos escenarios de convergencia y conflicto entre el Gobierno federal de los Estados Unidos y el sector agroindustrial vinculado a la producción de etanol carburante obtenido de maíz. En línea con los planteamientos desarrollados al inicio de esta sección, estos escenarios de convergencia y conflicto, producto de la interacción entre los costes de oportunidad de los principales actores vinculados a la producción, han afectado el desarrollo del mercado de biocarburantes en este país. La siguiente contrastación empírica tiene por objeto analizar en qué medida los escenarios de convergencia y conflicto han podido afectar la evolución de la producción del etanol en el mercado estadounidense.

En la tabla 6 se pueden observar, de forma resumida, los distintos escenarios de convergencia y conflicto planteados en las hipótesis explicativas sobre el desarrollo del mercado del etanol en EE. UU.

Tabla 6

Escenarios de convergencia y conflicto sobre el desarrollo de la producción de etanol carburante en EE. UU.

Periodo	Estado-regulador	Sector agroindustrial	Característica del periodo	Condiciones regulatorias y no regulatorias vinculadas a la producción de biocarburos
1900-1949	(-)	(+)	Conflicto	Restringidas
1950-1973	(-)	(-)	Convergencia	Minimizadas
1973-1986	(+)	(-)	Conflicto	Restringidas
1986-2002	(-)	(+)	Conflicto	Restringidas
2002-2010	(+)	(+)	Convergencia	Maximizadas
2010-2014	(-)	(+)	Conflicto	Restringidas

Nota: Elaboración propia a partir del análisis histórico de las regulaciones y los mercados dicretos y conexos a la evolución del etanol carburante en EE. UU..

Como en el caso de Brasil, en el análisis de intervención de la serie temporal de producción de etanol en EE. UU., la hipótesis de correlación entre los escenarios de convergencia y conflicto, y la forma en que el mercado del etanol se ha desarrollado vienen determinadas por unos parámetros de intervención que marcan el paso a los nuevos escenarios. Teniendo en cuenta estos cambios en los escenarios, se analizará si las hipótesis planteadas para explicar la evolución del mercado de etanol son coherentes con la evolución real de la producción de etanol carburante en EE. UU. Dichos cambios de escenarios se encuentran definidos en la tabla 7.

Tabla 7

Hipótesis sobre el impacto de los cambios en los escenarios de convergencia y conflicto sobre la evolución de la producción de etanol carburante en EE. UU.

Años de inicio del cambio	Cambios de escenarios	Efectos en la producción
1950	Conflicto (-) (+) → Convergencia (-)	Contracción abrupta
1973	Convergencia (-) → Conflicto (+) (-)	Expansión moderada
1986	Conflicto(+)(-) → Conflicto (-) (+)	Expansión moderada
2002	Conflicto(-)(+) → Convergencia (+)	Expansión abrupta
2010	Convergencia (+) → Conflicto (-) (+)	Contracción moderada

Nota: Elaboración propia a partir del análisis de la regulación y el mercado de EE. UU.

Con el fin de realizar el análisis de intervención de series temporales se ha utilizado una serie de producción de etanol de EE. UU. consistente en 40 observaciones procedentes de las

bases de datos del United States Department of Agriculture (USDA) y de la American Corn Growers Association (ACGA).

Los resultados que ofrece el análisis de autocorrelaciones, así como los test de ruido blanco (*Ljung-Box chi square statistics*) y el test de raíces unitarias para evaluar la estacionaridad del Modelo (*Augmented Dick-Fuller Test*) son adecuados y compatibles con un modelo consistente.

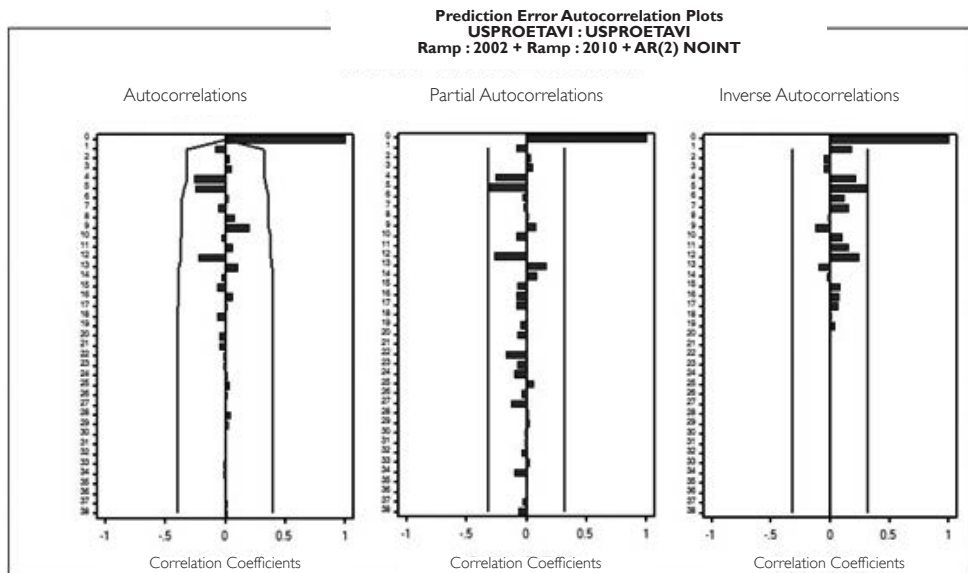


Figura 2. Resultados del ajuste de la serie temporal de producción de etanol en EE. UU. mediante el uso de SAS/ETS.

Luego de efectuar el análisis de idoneidad y consistencia del modelo, se ha observado que la serie temporal de producción de etanol carburante en EE. UU. puede explicarse adecuadamente mediante un modelo autorregresivo de orden 2, $AR(2, 0, 0)$, con las siguientes intervenciones:

Parámetros de intervención combinados con el Modelo Autorregresivo $AR(2, 0, 0)$ para la serie temporal de producción de etanol en EE. UU.

Efecto rampa o tendencia	2002	2010
--------------------------	------	------

Los correspondientes parámetros estimados del modelo $AR(2)$ para la serie temporal de producción de etanol carburante en EE. UU. son los recogidos en la tabla 9.

Tabla 8

Estimación de parámetros de intervención. Serie temporal de producción total de etanol en EE. UU.

Modelo autorregresivo AR(2, 0, 0) + intervención tipo rampa en 2000 + rampa en 2011				
Parámetro del modelo	Estimación	Error estándar	T	Probabilidad > :T:
Autorregresivo, retraso 1	1.33282	0.1621	8.2221	<.0001
Autorregresivo, retraso 2	-0.47946	0.1627	-2.9461	0.0057
Efecto tipo rampa 2002	5827600	426420	13.6663	<.0001
Efecto tipo rampa 2011	-6042177	1564333	-3.8625	0.0005
Varianza del modelo (sigma cuadrado)	2.00909E12	*	*	*
Rango del ajuste: 1973 a 2012				

Los resultados resultan importantes a un nivel de significación de 0.05, y los signos de las estimaciones responden coherentemente a las hipótesis planteadas sobre los efectos de los escenarios de convergencia y conflicto en el desarrollo de la producción del etanol carburante en EE. UU. Como se ha señalado líneas arriba, los escenarios de convergencia positiva deberían ser los escenarios más favorables para el desarrollo de la producción de etanol carburante, dado que estos periodos se han caracterizado por las mejores condiciones regulatorias y de mercado, de acuerdo con el marco general de análisis. Este es el caso del escenario de convergencia positiva del quinto periodo formulado para el mercado de EE. UU. La hipótesis de la plena convergencia de intereses entre los principales actores ligados a la producción del biocarburoante se ve reflejada en la expansión abrupta de la producción.

El incremento de los precios del crudo desde el año 2000 restituyó las condiciones perdidas tras el periodo de precios bajos del petróleo durante los años 1990. Esto, sumado a un contexto de cambios institucionales y problemas de sobreproducción incentivada por la política agrícola que condujo a la caída de los precios del maíz en el mercado internacional, favoreció la convergencia plena entre el sector público y el privado. El paso a un pleno escenario de convergencia positiva quedaría reflejado en las medidas de apoyo al sector promulgadas desde finales de los 1990, que marcarían el despliegue de una batería de medidas de fomento que, aunadas a las condiciones en los mercados alimentarios del maíz y el desarrollo de la política de protección medioambiental, darían lugar a un incremento considerable de la producción de etanol. En este sentido, la estimación de los parámetros que arroja el análisis de intervención de la serie de producción es altamente significativa. Este resultado es coherente con la hipótesis de que alrededor del año 2002 se inició un periodo de convergencia positiva entre el sector agroindustrial y el Estado, que favoreció un periodo de abrupta expansión de la producción de etanol obtenido de maíz en EE. UU.

Finalmente, el resultado negativo de la estimación del cambio de tendencia en el año 2010 también resulta significativo en un intervalo de confianza de 0.05. Este resultado es cabalmente coherente con la hipótesis del fin de la relación de convergencia positiva y el paso a un nuevo escenario de conflicto entre el Estado regulador (federal) y el sector agroindustrial del maíz para la producción de etanol de primera generación en EE. UU. Este escenario, como se

ha mencionado, ha estado influenciado principalmente por las consecuencias de los cambios regulatorios introducidos con el RFS-2, producto de los cuestionamientos medioambientales y de carácter socioeconómico vinculados al uso del maíz con fines energéticos.

La figura 3 muestra una representación de las observaciones de la serie estimada y el modelo autorregresivo AR(2) usado para la estimación de la relación entre los escenarios de convergencia y conflicto planteados, y el desarrollo del mercado.

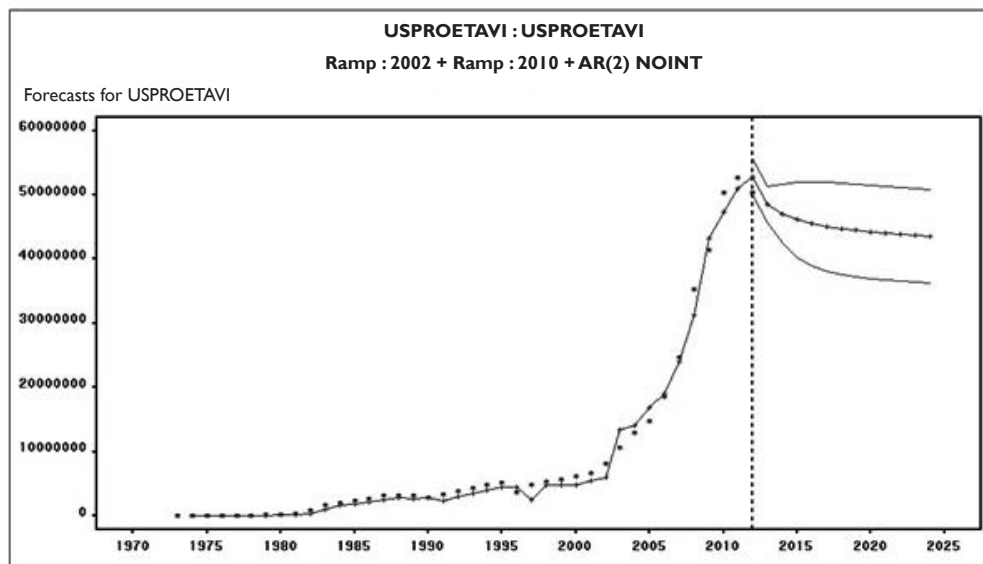


Figura 3. Modelización de la evolución de la producción de etanol carburante en EE. UU. mediante el uso de SAS/ETS.

De acuerdo con los resultados obtenidos mediante el análisis de intervención de series temporales, no se puede rechazar la hipótesis de que los escenarios de convergencia y conflicto entre el Gobierno federal y el sector agroindustrial vinculado a la producción de maíz sean planteamientos consistentes con la forma en que se ha desarrollado la producción de etanol carburante en EE. UU. Asimismo, los resultados de la estimación de parámetros indican que estos escenarios han dado lugar a una serie de decisiones privadas y medidas de política agrícola, energética y medioambiental que han afectado positiva o negativamente la producción de etanol carburante durante los distintos periodos analizados en este trabajo, cuyos efectos previstos en el desarrollo de las hipótesis son coherentes con los resultados del análisis de intervención.

4. Conclusiones

Aunque sus orígenes se pueden encontrar en periodos históricos anteriores, desde principios de la década del 2000, el mercado de biocarburantes ha reemergido vigorosamente a nivel global, lo que ha estrechado el vínculo entre los mercados energéticos y los mercados de productos agrícolas y ha contribuido a la producción de energías renovables para el transporte. Asimismo, el uso energético de los factores de producción agrícola tradicionalmente vinculados a los mercados alimentarios representa una de las más controvertidas polémicas en el campo

de estudio de las energías alternativas y renovables, que gira, principalmente, en torno al balance final del uso de la biomasa agrícola para cubrir necesidades energéticas en el sector del transporte rodado. Existe una serie de trabajos de investigación que han abordado este tema desde el punto de vista del análisis coste-beneficio de la promoción del uso de biocarburantes en el transporte desde múltiples dimensiones, entre las que se encuentran la medioambiental, la económica, la social, la agrícola y, por supuesto, la energética.

El enfoque adoptado en este trabajo de investigación está relacionado con el análisis del mercado de biocarburantes, principalmente aquellos obtenidos de cultivos alimentarios, y su desarrollo en relación con los cambios regulatorios que pueden haberle afectado a lo largo del tiempo. El desarrollo del mercado de biocarburantes para el transporte resulta ser un fenómeno económico y político bastante complejo, que en no pocos momentos de la investigación se presenta como un proceso considerablemente enmarañado. Las distintas dimensiones implicadas en la evolución de estos mercados revelan la poliédrica complejidad de su dinámica histórica. El análisis positivo muestra que ha sido un proceso sujeto a constantes cambios institucionales y económicos, no siempre convergentes, lo que refleja su relativa inestabilidad en el tiempo. Por su carácter multidimensional, para comprender a qué responde el desarrollo de estos mercados, ha sido necesario comprender, primero, la lógica de los fenómenos económicos e institucionales directamente vinculados al sector agroenergético, y, en segundo lugar, comprender la lógica económica e institucional de los mercados conexos, cuya incidencia en la evolución histórica del sector ha sido determinante.

El objeto de esta investigación ha sido tratar de explicar, de una forma sistemática, cómo los vectores de influencia (políticos, económicos y jurídicos) vinculados al uso energético de la biomasa se han relacionado en el tiempo, y cómo esta relación de componentes económicos e institucionales se vincula al desarrollo histórico de los mercados de biocarburantes en Estados Unidos. Con este propósito, se ha analizado la influencia del sector público y del sector privado en el desarrollo del sector de los biocarburantes, qué vectores han afectado el proceso de toma de decisiones políticas y económicas, cómo la interacción de los actores del mercado ha variado en razón de los vectores de influencia, y qué importancia han tenido los resultados de la interacción entre el sector público y privado en la evolución histórica del mercado.

Tomando distancia de los postulados normativos que interpretan la evolución histórica del mercado como producto de una política de sustitución energética costo-efectiva, o de aquellos que contrariamente sugieren que aquella debe entenderse en torno al comportamiento de los mercados de productos agrícolas y energéticos; en esta investigación se ha planteado que la evolución de los mercados de biocarburantes en Estados Unidos ha sido determinada por la interacción dinámica de una serie de costes económicos y políticos, observados históricamente alrededor de los mercados de energía y de los mercados agrícolas. El análisis de los mercados y de la regulación que ha afectado el desarrollo de los biocarburantes en EE. UU. ha permitido observar, desde una perspectiva histórica, las dificultades de un proceso de transición energética hacia fuentes renovables de energía, especialmente cuando las fuentes alternativas son relativamente escasas o cuando la adaptación del sistema a un cambio estructural en el uso de la energía resulta ser demasiado costoso o inestable en el tiempo.

En EE.UU., el uso de fuentes alternativas de energía derivadas de la biomasa ha estado modulado por decisiones políticas y económicas que han afectado y también han sido afectadas por el comportamiento de los mercados energéticos y agrícolas conexos. Esta interacción ha dado lugar a la forma específica que ha tomado el desarrollo del sector de los biocarburantes

en EE. UU. Así, se ha tratado de desarrollar un modelo coherente de interpretación de la evolución del mercado de los biocarburantes teniendo en cuenta la interacción de estas decisiones políticas y económicas y planteando un marco general de análisis basado en escenarios de convergencia y conflicto que, de acuerdo con las contrastaciones empíricas realizadas, resulta tener una profunda validez explicativa para el caso de EE. UU. y, como puede verificarse en otros capítulos de la tesis, para diferentes entidades políticas.

La interrelación entre los mercados energéticos y alimentarios y las políticas conexas a las distintas dimensiones vinculadas al uso energético de la biomasa han sido clave para entender que la evolución del sector de los biocarburantes siempre ha sido resultado de la concordancia o discordancia entre las decisiones económicas y políticas que adoptan los agentes privados y públicos en torno a la producción y el consumo de etanol o biodiesel. Esta relación se plasma en la interacción de los principales actores de estos mercados en razón del coste de oportunidad que implica el uso de biocarburantes para el transporte: los gobiernos, que hemos definido indistintamente como el Estado regulador, capaces de intervenir (y de no intervenir) en los mercados de acuerdo a sus objetivos o intereses políticos, y el sector agroindustrial, vinculado al uso de los productos agrícolas alimentarios para la producción de energía y cuyas decisiones privadas determinan el nivel de producción de etanol o biodiesel.

Sobre la base del análisis de la interacción dinámica entre el coste de oportunidad de estos actores, y desde la particularidad de los fenómenos observados en perspectiva, se han construido los mencionados escenarios de convergencia y conflicto, que conjuntamente conforman el marco general de análisis para el mercado de biocarburantes. La observación del comportamiento de las relaciones económicas y políticas subyacentes en un determinado periodo de tiempo implica el análisis de la influencia de los vectores en el coste de oportunidad de los principales actores vinculados a la producción de biocarburante. Determinado el coste de oportunidad para cada uno, se analiza su convergencia o divergencia en relación con la producción en un periodo determinado de tiempo. El resultado es una relación subyacente caracterizada por un escenario de conflicto o de convergencia para un periodo determinado.

Como el coste de oportunidad de los actores frente al uso de biocarburantes en el transporte se ve incrementado o reducido por una serie de vectores de índole económico y político, cuya influencia puede variar en el tiempo, la interacción entre los actores que da lugar a los diferentes escenarios de convergencia y conflicto es fundamentalmente dinámica. Esto significa que la influencia de los mercados y de las políticas conexas, al afectar el coste de oportunidad emergente en torno al uso de biocarburantes en un periodo determinado de tiempo, da lugar a cambios en la configuración de un tipo de escenario a otro tipo¹².

Así, se han identificado cuatro tipos principales de escenarios, dos de convergencia (uno positivo y uno negativo) y dos de conflicto, todos ellos determinados por la relación dinámica entre el coste de oportunidad de los actores del mercado en relación con la variable producción de biocarburantes. Los escenarios se caracterizan, además, por unas determinadas condiciones, tanto regulatorias como no regulatorias, en algunas ocasiones favorables y en otras desfavorables al desarrollo del mercado, y que se han sintetizado como condiciones maximizadas, restringidas o minimizadas en relación con los distintos escenarios planteados. Sobre la base de estas condiciones para cada escenario, los efectos sobre el desarrollo del

12 Esta conclusión no solo es aplicable al caso del mercado estadounidense, sino también al caso del mercado brasileño y el mercado de la UE. Para información más detallada, véase Rodríguez Morales (2014).

mercado se identifican como expansivos (moderados y abruptos) o contractivos (moderados y abruptos).

Para validar la hipótesis de existencia y pertinencia de estos escenarios se ha empleado una metodología de contrastación que permite evaluar el impacto de los distintos escenarios de convergencia y conflicto sobre la evolución histórica de las variables del mercado. El análisis de interrupción de series temporales es el método econométrico aplicado para contrastar el tipo de hipótesis planteadas. Dicho método no solamente permite identificar patrones en la secuencia de observaciones a lo largo del tiempo, predecir patrones futuros de eventos o comparar series de diferentes tipos de eventos, sino que también, como ha sido el caso de esta investigación, permite evaluar el impacto de una o más intervenciones exógenas sobre el comportamiento de las variables dependientes.

La razón de utilizar una metodología econométrica basada en el análisis de series temporales está principalmente relacionada con el enfoque histórico de la investigación. El análisis de la evolución del sector de los biocarburantes desde sus orígenes hasta la actualidad se basa en un estudio de los elementos cualitativos y cuantitativos asociados al desarrollo del mercado a lo largo del tiempo. Este análisis ha permitido desarrollar una serie de hipótesis que tratan de explicar la evolución del mercado de biocarburantes en perspectiva histórica, por lo que evaluar la relación de estas hipótesis con los datos históricos que definen la evolución del mercado es consistente con el enfoque adoptado.

Por otro lado, existe una razón de orden técnico que ha determinado el uso del análisis de series temporales en la presente investigación en lugar de otros métodos econométricos, como, por ejemplo, la regresión múltiple. Esta razón es que los datos del mercado de biocarburantes, como en otras series económicas de tiempo, se encuentran autocorrelacionados, lo que implica una explícita violación del supuesto de independencia de los errores. La utilización de una regresión múltiple en este contexto incrementaría el error de tipo I y podría llevar a rechazar la hipótesis nula cuando esta es verdadera en la población. Además, los patrones temporales podrían esconder o agrandar de forma espuria el efecto de una intervención, a menos que se tengan en cuenta en el modelo.

Como las hipótesis planteadas sobre el desarrollo del mercado se edifican a lo largo del tiempo, los escenarios de convergencia y conflicto pueden ser entendidos como eslabones de una cadena, en la que el paso de un eslabón a otro puede tener un efecto reconocible en las variables dependientes del mercado de biocarburantes. El tamaño del efecto dependerá de los escenarios que participan en el cambio que se produce en un determinado momento del tiempo.

Con el análisis de intervención de series temporales se ha tratado de evaluar si la evolución en las observaciones de la producción de biocarburantes puede explicarse estadísticamente como resultado del impacto de los cambios observados en la cadena de escenarios de convergencia y conflicto planteados como hipótesis para EE. UU. Así, teniendo en cuenta la disponibilidad de observaciones anuales de las variables dependientes de producción en estos mercados, se han analizado los cambios que se observan en los patrones de regularidad en razón de la dependencia temporal de los datos de la serie cuando se integran los valores pasados y presentes de otra serie que incluye los parámetros de intervención. La función de transferencia así generada permite estudiar el impacto hipotético de los cambios en los escenarios de convergencia y conflicto sobre las variables dependientes de producción de biocarburantes.

En un plano operativo, antes de pasar a valorar la estimación estadística del impacto exógeno que genera el paso de un escenario a otro sobre las series temporales de producción,

ha sido necesario ajustar los patrones endógenos en las observaciones mediante la modelización de parámetros de tendencia, auto-regresión, medias móviles o periodicidad que presentan las observaciones del mercado de biocarburantes. La consistencia de la modelización subyacente es una condición *sine qua non* para realizar una correcta estimación de los parámetros de intervención.

Una vez realizado el análisis exploratorio de modelización para las series temporales de producción de biocarburantes e introducidos los escenarios de convergencia y conflicto en el modelo como parámetros de intervención (la hipótesis), el paso siguiente ha sido evaluar la significancia estadística del impacto de los escenarios en el desarrollo de las series. La organización de los tipos de impacto se ha realizado en conexión lógica con los planteamientos desarrollados en las hipótesis. Como los escenarios de convergencia y conflicto representan cambios estructurales que estabilizan la composición de la relación subyacente entre los actores del sector para un periodo determinado de tiempo, se entiende que la influencia de los cambios relevantes puede ser recogida por la función de transferencia como cambios en la tendencia de la serie.

Los resultados arrojados por el análisis de intervención efectuado con el *software* SAS/ETS han mostrado coherencia con las hipótesis planteadas en todos los casos contrastados y una alta significatividad en la estimación estadística de los parámetros de intervención, lo que demuestra que el modelo basado en escenarios de convergencia y conflicto resulta ser un mecanismo de análisis bastante coherente para explicar la evolución del mercado de biocarburantes. En general, cuanto más drástico es el cambio identificado entre los escenarios contruidos, más significativos han sido también los resultados en cuanto al cambio de tendencia de las series temporales de producción de biocarburantes. Así, por ejemplo, los cambios de un escenario restrictivo a uno de convergencia positiva, que presenta unas condiciones regulatorias y no regulatorias óptimas, han registrado, para todos los casos, una estimación de parámetros altamente significativa y coherente con el inicio de un periodo de abrupta expansión del mercado. Se ha considerado, además, que el encadenamiento de los distintos escenarios de convergencia o de conflicto no solamente es una forma razonable de explicar la evolución del mercado en Estados Unidos, sino que es además un marco general de análisis extrapolable a otros mercados.

Este planteamiento basado en relaciones de convergencia y conflicto entre el Estado regulador y el sector privado ha ayudado a comprender más claramente qué condiciones necesarias y qué condiciones suficientes han tenido que haberse dado para el desarrollo o estancamiento del sector de los biocarburantes en distintos momentos en el tiempo. Comprender los cambios en los vectores de influencia que determinan la relación de costes de oportunidad entre el sector privado y el sector público ha sido un paso fundamental para relacionar los escenarios planteados con el desarrollo del mercado en distintos periodos de tiempo.

En el caso de Estados Unidos, se ha observado que los escenarios de conflicto y convergencia negativa han prevalecido sobre los de convergencia positiva durante todo el siglo XX, restringiendo y minimizando las condiciones regulatorias y no regulatorias favorables a un desarrollo expansivo del mercado de biocarburantes, como se ha observado en los resultados de la estimación de los parámetros de intervención en el análisis empírico. Durante el primer periodo analizado para Estados Unidos, mientras que el Gobierno federal presentaba un alto coste de oportunidad debido, fundamentalmente, a su política petrolera, el sector agroindustrial vinculado a la producción de maíz y otros granos presentaba un menor coste

de oportunidad en relación con la producción de etanol, principalmente por los desequilibrios entre la producción y consumo en los mercados alimentarios y la crisis del sector. Esto haría que la relación subyacente fuera predominantemente de conflicto, lo que permitiría un uso moderado del etanol en el mercado de carburantes, especialmente en los grandes estados productores del cinturón del maíz estadounidense.

Posteriormente, el interés en destinar parte de la producción de granos hacia los mercados de energía se vería considerablemente reducido por el surgimiento de una fuerte política de protección de la agricultura. Con un alto nivel de subsidios de distinta naturaleza y un alto nivel de protección en la frontera, así como una política energética de fomento del petróleo, el coste de oportunidad de producir etanol u otros biocarburantes se incrementaría significativamente, reduciendo los potenciales incentivos en favor del incremento de la producción de biocarburantes. Estos cambios, junto al alto coste de oportunidad del Gobierno federal en torno al uso del etanol carburante, darían paso a un escenario de convergencia negativa. Los efectos de este escenario sobre la evolución del mercado se reflejan en la casi desaparición del uso energético de los productos agrícolas.

Los escenarios de convergencia y conflicto resultan ser herramientas útiles de análisis para explicar por qué la crisis energética de los años 1970 no generó una expansión del sector americano de biocarburantes como la observada en el caso, por ejemplo, de Brasil (Rodríguez Morales, 2014)¹³, aun cuando los costes energéticos tuvieron un impacto considerablemente alto en ambos países. Siguiendo la lógica del planteamiento expuesto, en Estados Unidos, las condiciones en los mercados agrícolas frenaron la expansión del mercado de biocarburantes. Esto se explica por la influencia de otros vectores políticos y económicos en las decisiones del sector privado, principalmente aquellos vinculados a los mercados y las políticas de protección del sector agrario. Estas condiciones impedirían la reducción sincrónica de costes de oportunidad de la relación subyacente entre el Estado federal y el sector agroindustrial.

En Estados Unidos, las condiciones regulatorias y no regulatorias en los mercados conexos no eran suficientes para configurar un escenario de convergencia positiva y de gran expansión del mercado. En este sentido, la cobertura de los riesgos generada por la política de protección de la agricultura incrementaba el coste de oportunidad de usar cultivos agrícolas para un mercado de carburantes bastante incierto como el mercado de los biocarburantes. Aun con la reducción del coste de oportunidad por parte del Gobierno federal tras la crisis energética, las condiciones de los mercados agrícolas no generaban los incentivos suficientes para que los agroindustriales decidan expandir significativamente el uso energético de los cultivos alimentarios en los Estados Unidos.

Posteriormente al periodo de crisis energética, la relación subyacente observada durante la etapa anterior al periodo de auge del etanol de la década del 2000 estuvo caracterizada por la predominancia de escenarios de conflicto, en los que las condiciones regulatorias y no regulatorias estarían restringidas en relación con el uso del etanol carburante obtenido de maíz. Los cuestionamientos al coste de la política agrícola, los intentos de reforma, los cambios en los mecanismos de protección y, principalmente, los cambios en el sistema de protección de la agricultura, promovidos desde el ámbito internacional del comercio, fueron afectando progresivamente el tradicional sistema de protección de los agricultores estadounidenses.

13 En otros capítulos de Rodríguez Morales (2014) se ha comprobado empíricamente la relación positiva entre el escenario de convergencia positiva y la expansión del mercado de etanol carburante en Brasil, tras la crisis energética de los años 1970.

Estos cambios institucionales redujeron la confortable cobertura que habían tenido los sectores agrícolas tradicionalmente dependientes de las ayudas federales, lo que incrementaba el riesgo de exposición al mercado, especialmente en las regiones con mayores problemas de sobreproducción, como la gran región productora de maíz del Medio Oeste. La reducción del coste de oportunidad del sector agroindustrial, influido por los cambios institucionales vinculados al funcionamiento del mercado agrícola, incrementaría gradualmente el interés en el uso energético del maíz para la producción de biocarburantes.

Sin embargo, tras la crisis energética de los 1970, las condiciones en los mercados de energía fueron desfavorables al uso del etanol, en tanto que los precios del mercado de crudo declinaban durante los 1980 y alcanzaban mínimos históricos durante los 1990. Mientras que vectores como la política medioambiental favorecían el uso de aditivos a los carburantes con el fin de controlar las emisiones contaminantes en las ciudades, otros vectores con un peso importante en la reducción del coste de oportunidad del Gobierno federal relacionado con el fomento de energías alternativas, como los problemas relacionados con la seguridad energética, se encontrarían debilitados por los bajos costes de la energía.

Esto, finalmente, reduciría los incentivos del Gobierno al establecimiento de políticas de mayor calado dirigidas a la expansión del uso de energías alternativas para el transporte. El resultado final de la interacción de estos vectores daría paso a un escenario de conflicto entre el Gobierno federal y el sector agroindustrial, lo que permitiría un incremento moderado del uso energético del maíz en el mercado de aditivos durante el periodo previo a la década del 2000, restringiendo la posibilidad de una expansión abrupta de la producción del etanol de maíz, principalmente porque las condiciones suficientes para la conformación de un escenario de convergencia positiva se encontraban bastante restringidas por los bajos costes del petróleo.

A diferencia de los años 1970, cuando la relación subyacente en EE. UU. configuraba un escenario de conflicto por las condiciones de los mercados y las políticas conexas, a principios de la década del 2000 la relación de costes de oportunidad favorables para la configuración de un escenario de convergencia positiva se dio de forma sincrónica. Esta relación de convergencia quedaría exteriorizada en una expansión abrupta del mercado de etanol carburante y biodiesel. Una nueva senda de crecimiento de los precios del petróleo en un contexto de déficit energético en el sector del transporte, una difícil situación de los mercados de los cultivos agroenergéticos y los cambios progresivos en los sistemas de protección de los agricultores en los grandes mercados de la OCDE impulsarían la convergencia necesaria de intereses públicos y privados para expandir significativamente el uso de renovables en el transporte y dar lugar una expansión abrupta del mercado de los biocarburantes observada durante la década del 2000.

En definitiva, los vectores económicos y políticos reducirían el coste de oportunidad de los gobiernos y del sector agroindustrial en favor del desarrollo del sector de los biocarburantes de primera generación, de modo que se configura un escenario de convergencia positiva que da lugar a una expansión abrupta de la producción de biocarburantes. El desarrollo de la política medioambiental y los cambios en la política agrícola acentuaron la reducción del coste de oportunidad relacionado al uso de biocarburantes, tanto para el Gobierno como para el sector agroindustrial y los consumidores finales. Tal convergencia genera efectos expansivos en los mercados de biocarburantes que han sido recogidos en los resultados altamente significativos de los parámetros estimados en el análisis de intervención de series temporales observados para este periodo.

Hay que tener en cuenta que Estados Unidos, con una alta dependencia de las importaciones energéticas y altos niveles de consumo de carburantes fósiles en el sector del transporte, se encontraba bastante expuesto al riesgo de incrementos de precios y de seguridad de suministro energético petrolero. Las nuevas tendencias alcistas que presentaba el coste de las importaciones de petróleo y las proyecciones de un escenario sostenido de incrementos de precios tendrían un efecto sumamente favorable en relación con el apoyo político al desarrollo de energías alternativas y biocarburantes para el transporte en Estados Unidos y en la Unión Europea. Las consideraciones medioambientales relacionadas con la internalización de los efectos externos generados por el uso de carburantes fósiles en el transporte rodado bajo la influencia de un nuevo paradigma de desarrollo más sostenible en materia medioambiental, y los beneficios derivados del desarrollo de la economía rural y del liderazgo tecnológico que implicaba el desarrollo de energías renovables y la explotación energética de la biomasa serían también vectores coadyuvantes de considerable importancia para determinar la reducción del coste de oportunidad político en favor de las políticas de apoyo a los biocarburantes.

Desde el punto de vista del sector agroindustrial, vinculado a la producción de cultivos con potencial agroenergético en Estados Unidos, se ha observado que las reformas y el relativo debilitamiento en los sistemas de protección de la política agrícola han sido un vector muy importante para comprender el cambio tan drástico en las decisiones de producción ligadas al uso energético de los productos agrícolas durante el periodo de convergencia positiva iniciado en los años 2000. Con un mercado de *commodities* agrícolas a la baja y con una menor protección de los mercados alimentarios que en los periodos previos a la reforma, el destino energético de los productos agrícolas era la salida económicamente racional y una alternativa jurídicamente consistente con la nueva regulación del comercio para los agroindustriales de ambos lados del Atlántico. En este sentido, las reformas de las políticas de ayudas a la agricultura y la situación de los mercados alimentarios a principios de los años 2000 fueron vectores que reducirían considerablemente el coste de oportunidad de la agroindustria vinculada a las materias primas agroenergéticas y favorecieron una convergencia plena del interés privado con el interés político del Gobierno en torno a la expansión de los biocarburantes.

Sin embargo, los cambios de la relación subyacente para la producción tras el auge de los biocarburantes generados por el escenario de convergencia positiva produjeron una subsecuente contracción del sector. Los cuestionamientos medioambientales y socioeconómicos en torno a la eficiencia y a la efectividad de una política de diversificación energética en el transporte basada en el uso de cultivos alimentarios como el maíz incrementaron el coste político de oportunidad del Gobierno federal, y esto se tradujo en cambios institucionales de gran calado recogidos principalmente por la EISA-2007 y la *Farm Bill* del 2008, que redirigieron el apoyo político a los biocarburantes más avanzados y limitaron expresamente la expansión del uso del etanol de maíz para cumplir con el RFS-2. El paso a un escenario de conflicto entre el Gobierno federal y el sector agroindustrial del maíz quedó reflejado en el estancamiento de la producción y el consumo de etanol en el mercado, impacto que ha quedado recogido, igualmente, en el análisis de intervención de series temporales.

Los resultados de la contrastación empírica de los escenarios de convergencia y conflicto han permitido analizar el valor de la relación entre el sector privado y el sector público en torno al desarrollo de energías renovables, en este caso, para cubrir las necesidades energéticas en el transporte. Al parecer ni el sector privado ni el sector público han podido, en ningún momento de la historia, generar una expansión considerable del mercado de biocarburantes

actuando de forma autárquica. En todos los escenarios de expansión contrastados en el presente trabajo ha habido una relación de convergencia o al menos de plena convergencia de intereses entre el Gobierno y los actores privados involucrados.

Esto indica que la expansión del uso de alternativas energéticas de origen biológico en sectores cautivos de los carburantes fósiles, como el transporte, no puede alcanzarse solamente por las fuerzas del mercado, pero tampoco puede alcanzarse mediante la labor autárquica del Estado regulador. Las imperfecciones del mercado de la energía para el transporte no imponen, por sí mismas, una convergencia de intereses entre el ámbito privado y público para el desarrollo de energías alternativas de origen biológico, porque esta dependerá de que los costes de oportunidad en torno al desarrollo de biocarburantes en ambos sectores se reduzcan de forma sincrónica en un periodo determinado de tiempo, lo que depende, a su vez, de otros factores que están dentro o fuera del control político y económico. Debido a esto, la convergencia no siempre es posible, lo que puede verse reflejado en la seguridad de suministro, uno de los principales objetivos que ha motivado el desarrollo de políticas de promoción de biocarburantes durante todo el siglo XX y en lo que va del siglo XXI.

Si en el caso del petróleo los altos costes de la energía pueden generarse, entre otras causas importantes, por el comportamiento estratégico maximizador de los productores en un mercado con pocas posibilidades de sustitución, en el caso de los biocarburantes, las decisiones que maximizan el beneficio pueden afectar el nivel de producción porque están condicionadas en gran medida por lo que pasa en los mercados conexos. En tanto las políticas de diversificación energética para el transporte estén basadas en cultivos alimentarios o, más genéricamente, en el uso de los factores de producción agrícola, el comportamiento de los mercados alimentarios puede afectar considerablemente la estabilidad del suministro de biocarburantes en el mercado del transporte, principalmente porque el aumento de los beneficios en los mercados alimentarios puede incrementar el coste de oportunidad del sector privado relacionado con el uso energético de los factores de producción agrícola.

La convergencia de costes de oportunidad, favorable a la expansión del mercado de biocarburantes, puede ser afectada por el coste político que implican tales políticas para el Estado. Este puede encontrar políticamente más rentable diversificar la política de sustitución de importaciones energéticas, incluyendo, además de energías renovables, fuentes de energía primaria de origen fósil. El desarrollo de nuevas fuentes alternativas a las importaciones energéticas dependerá de cómo influyan en la renta política de los gobiernos el coste de la energía, la protección medioambiental, la protección de los sectores estratégicos o políticamente importantes, los clivajes en el ámbito de la energía y la agricultura, entre otros vectores importantes, dado que las condiciones de un mercado como el de los carburantes fósiles para el transporte harían bastante difícil alcanzar un nivel de penetración de energías renovables como los biocarburantes sin la intervención del Estado regulador¹⁴.

En la actualidad, el proceso de transición energética parece inevitable, aunque también bastante incierto en relación con los futuros cambios en la matriz energética global. A pesar de que las tecnologías de conversión y explotación de los recursos energéticos se han desarrollado considerablemente en las últimas décadas, el sistema energético mundial continúa siendo alimentado principalmente por fuentes de energía no renovables que se comerciali-

14 Esta conclusión no solo es aplicable al caso del mercado estadounidense, sino también al caso del mercado brasileño y el mercado de la UE. Para información más detallada, véase: Rodríguez Morales (2014).

zan en un mercado internacional en el que los costes medioambientales, especialmente los vinculados al desafío del cambio climático, compiten políticamente con los costes energéticos vinculados a la competitividad de las industrias nacionales en el mercado global. Además de los factores tecnológicos y la debilidad de la gobernanza global en materia medioambiental, el comportamiento estratégico de los países exportadores con grandes recursos y el de los importadores y consumidores de energía son factores que pueden afectar significativamente el desarrollo del proceso de transición hacia un sistema energético económica y medioambientalmente más sostenible.

REFERENCIAS

- Box, G., y Tiago, G. (1975). Intervention analysis with applications to economic and environmental problems. *Journal of the American Statistical Association*, 70-92.
- Bowers, D., Rasmussen, W., y Baker, G. (1984). History of agricultural price-support and adjustment programs, 1933-84. *Agricultural Information Bulletin* (485). Washington, D.C.: USDA-ERS.
- Crosbie, J. (1993). Interrupted time-series analysis with brief single-subject data. *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 61 (6), 966-974.
- Cunningham, L., Roberts, B., Canis, B., y Yacobucci, B. (2013). *Alternative fuel and advanced vehicle technology incentives: A summary of federal programs*. Estados Unidos de América: Congressional Research Service.
- Darril, R., De la Torre Ugarte, D., y Tiller, K. (2003). *Rethinking US agricultural policy: Changing course to secure farmer livelihoods worldwide*. Tennessee: Agricultural Policy Analysis Center. The University of Tennessee.
- Gardner, B. (2000). International trade and the future of american agriculture. *Journal of Agribusiness*, 27-40.
- Gottman, J. (1981). *Time-Series Analysis: A Comprehensive Introduction for Social Scientists*. New York: Cambridge University Press.
- Halff, A. (2008). Energy nationalism, consumer style: How the quest for "energy independence" undermines U.S. ethanol policy and energy security. *Stanford Law & Policy Review*, 19, 402-425.
- Hudson, J. (1994). *Making the Corn Belt: A geographical history of Middle-Western agriculture (Midwestern History & Culture series)*. Bloomington: Indiana University Press.
- Lazzari, S. (2005). Energy tax policy: An economic analysis. *CRS Report for Congress*. Estados Unidos de América: Congressional Research Service.
- Lazzari, S. (2006). Energy tax policy: history and current issues, RL33578. *CRS Report for Congress*. Estados Unidos de América: Congressional Research Service.
- McDowall, D., McCleary, R., Meidinger, E., y Hay, R. (1980). *Interrupted time series analysis. Quantitative applications in the social sciences*. Newbury Park, CA: Sage Publications.
- Neustrom, M. W. y Norton, W. M. (1993). The impact of drunk driving legislation in Louisiana. *Journal of Safety Research*, 24(2), 107-121.
- OCDE-FAO. (2013). *Agricultural outlook 2013-2022*. OECD Publishing.

- Rodríguez Morales, J. (2014). *La regulación de los biocarburantes en Brasil, Estados Unidos y la Unión Europea. Un análisis económico e institucional* (Tesis doctoral). Universidad de Salamanca, Salamanca, España.
- Schnepf, R., y Yacobucci, B.D. (2013). Renewable Fuel Standard (RFS): Overview and issues. *CRS Report for Congress*. Estados Unidos de América: Congressional Research Service.
- Seminario, F. (2008). A tale of two subsidies: How federal support programs for ethanol and biodiesel can be created in order to circumvent fair trade challenges under World Trade Organization ruling. *26 Penn State International Law Review* 963.
- Sumner, A., Arha, K., y Josling, T. (2007). *Commodity policy and the 2007 Farm Bill*. En Stanford University's Woods Institute for the Environment (ed.). Stanford, CA:Thompson.
- Sumner, D. (2000). Agricultural policy reform in an historical context. *Agricultural and Resource Economics Update*.
- US DOE. (2013). *Energy Timelines*. United States Department of Energy. Recuperado de http://www.eia.gov/kids/energy.cfm?page=tl_ethanol
- US-EPA. (setiembre de 2012). *Clean air act requirements and history*. United States Environmental Protection Agency. Recuperado de <http://www.epa.gov/air/caa/requirements.html>
- USDA-ERS. (1985). History of agriculture price support and adjustments programs, 1933-1984. Background for 1985 Farm Legislation. *Agriculture Information Bulletin*, (485). Washington, D.C.: Economic Research Service, U.S. Department of Agriculture.
- Woodfield, T. (2000). *Time series intervention analysis using SAS software*. SAS Institute Inc.

Heber Joel Campos Bernal

Abogado y magíster en Ciencias Políticas por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Master in Global Rule of Law and Constitutional Democracy por la Universidad de Génova (Italia). Profesor ordinario de la Facultad de Derecho y de la Escuela de Posgrado de la PUCP. Profesor de la Academia de la Magistratura. Sus áreas de especialidad son derecho constitucional y teoría general del derecho.

Renato Constantino Caycho

Abogado por la PUCP y estudiante de la maestría en Derechos Humanos en la misma universidad. Es abogado investigador en Sociedad y Discapacidad (SODIS), una organización de la sociedad civil especializada en la promoción de los derechos de las personas con discapacidad. También se desempeña como jefe de práctica del curso de Ciudadanía y Responsabilidad Social de Estudios Generales Letras y es adjunto de docencia del curso de Clínica Jurídica en Discapacidad y Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la PUCP. Adicionalmente, ha dictado el curso de Derecho Internacional Humanitario en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Asimismo, es miembro del Grupo Interdisciplinario de Investigación en Discapacidad de la PUCP (GRIDIS) y miembro de la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

William Lazo del Castillo

Abogado por la PUCP, con sólida formación y experiencia a nivel de posgrado nacional e internacional en banca y estructuración financiera, mercado de valores, derecho corporativo, asuntos regulatorios, energía, comercial, civil, contractual, fusiones y adquisiciones. Graduado con mención sobresaliente por la tesis *¿Incentivando el mercado de control societario en el mercado de valores peruano? Consideraciones sobre la obligatoriedad de formular una Oferta Pública de Adquisición (OPA) en el Perú*. Su asesor fue el Dr. Juan Luis Hernández Gazzo, profesor de la PUCP y LL.M. por la Universidad de Harvard. Excoordinador del Equipo de Derecho Mercantil de la PUCP (2005-2006). Actualmente se desempeña como jefe del Departamento Legal del Grupo UCAL-Toulouse.

Moisés Rejanovinschi Talledo

Abogado por la PUCP. Magíster en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia por la misma casa de estudios. Árbitro de consumo designado por la Junta Arbitral de Consu-

mo de la Sede Central del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

Docente en la PUCP en la maestría de Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia, en el Programa de Segunda Especialidad de Protección al Consumidor; y en la Facultad de Derecho. Docente en la Facultad de Derecho de la Universidad Continental. Ha cursado el Summer Academy on Integration Trade Regulation en el World Trade Regulation (Suiza) y cuenta con estudios de Propiedad Intelectual de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

Ha participado en audiencias públicas de diversos reglamentos de implementación del Código de Protección y Defensa del Consumidor. Ha sido presidente del órgano arbitral que resolvió a nivel nacional la primera controversia de arbitraje de consumo. Es asesor legal en temas de propiedad intelectual y competencia, y subgerente nacional de recaudación de la Asociación Peruana de Autores y Compositores.

Jorge Ernesto Rodríguez Morales

Doctor por la Universidad de Salamanca, España (2014). Profesor de Economía y Derecho en la PUCP (2015). Investigador postdoctoral en Research Project of Energy and Environmental Law (RPEEL), Suecia (2016).

Isabel Sánchez Benites

Abogada por la PUCP con tesis sobresaliente (2014). Candidata a maestra en Filosofía con mención en Ética y Política por la Universidad Antonio Ruiz de Montoya (UARM). Adjunta de docencia en Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la PUCP. Ha publicado artículos sobre derecho constitucional y derecho procesal constitucional y ha participado en congresos nacionales e internacionales de filosofía política. Se ha desempeñado como asesora en el Congreso de la República y actualmente es asesora jurisdiccional en el Tribunal Constitucional del Perú.

José Antonio Tirado Barrera

Abogado graduado por la PUCP. Ha cursado estudios de especialización en materia de Derecho Administrativo en la Universidad de Valladolid, España. Actualmente es docente del Departamento Académico de Derecho de la PUCP en el área de Derecho Administrativo.

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE

TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA

PASAJE MARÍA AUXILIADORA 156 - BREÑA

CORREO E.: TAREAGRAFICA@TAREAGRAFICA.COM

PÁGINA WEB: WWW.TAREAGRAFICA.COM

TELÉF.: 332-3229 FAX: 424-1582

DICIEMBRE 2017 LIMA - PERÚ



ISSN 2414-0872



9 772414 087007 >

DEPARTAMENTO ACADÉMICO DE DERECHO
Av. Universitaria n.º 1801, San Miguel, Lima, Perú
Teléfono: (511) 626-2000 anexos 4930 y 4901
Pontificia Universidad Católica del Perú
<http://www.pucp.edu.pe/departamento/derecho/>