

# POLÍTICA ECONÓMICA Y TRASPLANTES LEGALES: EL CASO DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS EN EL PERÚ\*

*Roger Merino\*\**

## 1. Introducción

Las perspectivas estructuralistas y funcionalistas del derecho comparado han constituido una renovación del estudio, comprensión y enseñanza del derecho. Mientras el estructuralismo ha complejizado el entendimiento de los elementos que conforman el sistema jurídico y sus interacciones (Sacco, 1991, pp. 343-401), el funcionalismo ha hecho hincapié en los fines económicos y sociales de las instituciones jurídicas y las técnicas para identificar la similitud de soluciones que se dan en diversos regímenes legales (Zweigert y Kötz, 1998, p. 43).

Estas perspectivas no están en contradicción en lo esencial, y han sentado las bases para comprender al derecho comparado como una técnica para identificar problemas de divergencia interna dentro de los sistemas, así como para identificar y trasplantar «buenas prácticas» internacionales. De esta manera, este campo se convierte en el espacio para arquitectos institucionales que pueden clasificar órdenes legales de acuerdo con estándares e indicadores globales definidos de manera apolítica y proponer reformas basadas en los sistemas hegemónicos de turno, productores de conocimiento, normas e instituciones.

En buena cuenta, no se trata solo de la comparación de normas, sino de procesos y mecanismos institucionales, por lo que estamos en realidad ante un «derecho y política comparados», que es visto de forma distinta según cada disciplina. Para los politólogos que hacen política comparada, el derecho es un elemento más dentro de su marco de comparación. Para los comparatistas legales, las políticas públicas ensanchan el conocimiento de lo jurídico. Así, para ambos, el derecho como sistema de normas es, al mismo tiempo, «fetichizado» y minimizado. Es «fetichizado» porque cuando se habla, por ejemplo, de escuelas como Derecho y Desarrollo o Derecho y Economía en realidad se plantea una visión según la cual «el derecho» o un tipo de «derecho» específico es equivalente al «desarrollo» o a un modelo económico «eficiente» (formalizar la propiedad privada, promocionar el libre comercio, etc.) y, a su vez, es minimizado porque el derecho es la superficie de un sistema institucional más complejo que incluye relaciones sociales, culturales y políticas, pero que, al fin y al cabo, es comprendido de manera despolitizada, es decir, sin considerar las relaciones de poder que las conforman y transforman.

El derecho y la política comparados también pueden ser abordados desde una perspectiva crítica que considere los procesos de transformación legal a través de un análisis de la coloni-

---

\* Parte de este artículo ha sido publicado en Merino (2008).

\*\* Profesor e investigador de la Escuela de Posgrado de la Universidad del Pacífico (Lima, Perú). Ha sido Visiting Scholar (2016) en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard (Instituto de Derecho y Política Global). Es Ph.D. en Ciencias Sociales y Políticas por la Universidad de Bath, Reino Unido, donde obtuvo el grado de Máster (M.Sc.) en Políticas Públicas Internacionales y Globalización. También ha obtenido el Máster (M.Sc.) en Derecho Comparado, Economía y Finanzas por la Universidad Internacional de Turín, Italia y el Máster (Mg.) en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (ra.merino@up.edu.pe).

zación, dominación poscolonial y, en fin, de las relaciones de poder vigentes en los contextos de producción y recepción normativa. Desde esta perspectiva, se cuestiona justamente la despolitización de la técnica y diseño legal basado en indicadores y estándares globales como un estado natural de «evolución legal e institucional». Un componente esencial de esta perspectiva crítica tiene que ver con las teorías de la circulación de modelos legales, importación o trasplantes jurídicos. En este ensayo, se van a discutir las diferentes perspectivas sobre esta teoría a partir de la evolución de la política económica del Perú en la era neoliberal y el neoliberalismo inclusivo, con especial énfasis en el caso de las Asociaciones Público-Privadas (APP).

Es necesario señalar que no es objeto de este estudio entrar en los detalles técnicos de estos esquemas contractuales, sino comprender cómo se enmarcan en una perspectiva más general de circulación de modelos legales. Este ensayo tampoco se enfocará en visiones de larga duración como aquella de las tres globalizaciones propuesta por Duncan Kennedy (2006), en la cual se ve la difusión del pensamiento legal asociado al Estado liberal, al Estado social y al Estado neoliberal (p. 21). El periodo histórico materia de análisis comprende ciertos hitos que han transformado y vienen transformando el actual sistema legal peruano, como las reformas estructurales (Consenso de Washington) y el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos en el contexto neoliberal, o el proceso de adscripción a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y los decretos para acelerar el dinamismo económico en el actual contexto de neoliberalismo inclusivo. El objetivo final del trabajo es, a partir del análisis del caso de la política económica del Perú, presentar una crítica de las teorías usuales de la circulación de modelos jurídicos y hacer una propuesta para una comprensión más profunda de este fenómeno.

## **2. La política de la reforma legal y la teoría de circulación de modelos legales**

El proceso de reforma legal es abordado en el derecho comparado a través de teorías que explican la difusión y evolución de modelos legales, fenómeno que es denominado de manera diversa: imitación, importación/exportación, préstamo, trasplante, injerto, recepción, convergencia/divergencia, entre otras formas (Örücü, 2000, pp. 12-13). Estas diferentes perspectivas pueden poner énfasis en los centros de producción o en los centros de recepción de modelos e instituciones jurídicas (López, 2004, pp. 415-457). El primer grupo tiene como premisa identificar el paradigma hegemónico, el cual se reputa como intrínsecamente universal y, por lo tanto, trasplantable. Por ejemplo, se señala que el pensamiento legal alemán fue hegemónico entre los años 1850 y 1900; el pensamiento legal francés, desde 1900 hasta la década de los treinta; y el pensamiento legal norteamericano lo es desde después de 1950 (Dezalay y Bryant, 2001, p. 250). Pero ¿a qué se debe la hegemonía?

El estructuralismo en la comparación jurídica, desarrollado por la escuela turinesa de Rodolfo Sacco, explica la circulación de modelos sobre la base de la fuerza o el prestigio (Sacco, 1992, p. 148). La fuerza se da, por ejemplo, en las experiencias en las que hubo conflictos armados y se ha impuesto un determinado sistema jurídico. Así, por ejemplo, el derecho francés en las colonias africanas francesas o el derecho soviético en los países que fueron adscritos a la URSS por medio de la fuerza. Más recientemente, un claro ejemplo podría ser la imposición del modelo de democracia representativa en Irak. Por el contrario, la circulación sobre la base del prestigio se da cuando un modelo jurídico se vuelve líder por méritos intelectuales propios y llega así a ser considerado por los estudiosos de otras experiencias jurídicas. Por ejemplo,

el Código de Napoleón también circuló sobre la base del prestigio, fue la fuente del Código Civil italiano y español del siglo XIX, y de muchos códigos latinoamericanos. Por su parte, el Código Civil alemán (BGB) ha tenido una influencia notable hasta la actualidad. Su prestigio ha hecho que el modelo sea tomado como referencia en experiencias tan disímiles como la japonesa y la portuguesa.

Sacco, sin embargo, no problematiza la noción de prestigio, solo diferencia entre la regla ligada a una elección política y la regla políticamente neutra. Así, afirma que la regla políticamente neutra circula más libremente pues es difundida por el prestigio de la cual goza (Sacco, 1992, p. 148). Además, la atención se funda en el ordenamiento hegemónico que podrá tener poderío militar o intelectual, pero no se analizan las razones efectivas por las cuales el grupo de poder del país receptor toma tal o cual modelo. De esta manera, las visiones estructuralistas no hacen mucho hincapié en la naturaleza de la intervención de los actores receptores del modelo ni explican adecuadamente las razones del «prestigio».

La teoría de los trasplantes legales de Alan Watson, por su parte, pone más énfasis en los contextos de recepción. Los modelos son seleccionados más por lo atractivo que les parece a los operadores del derecho que por el contenido, es decir, no porque encarnan determinados valores, sino porque son fácilmente accesibles o utilizables. Por ello, los cambios en los sistemas legales no son un producto autóctono de la sociedad, sino que son producto de los trasplantes legales: la reforma legal se produce porque la regla extranjera fue conocida por aquellos quienes controlan la elaboración del derecho, la élite de los «cultores del derecho», quienes han reconocido el aparente beneficio que podría derivar de ella. De esta forma, los trasplantes son realizados por circunstancias idiomáticas, culturales o simplemente por el placer intelectual que lleva al grupo privilegiado a trasplantar determinados modelos (Somma, 2006, pp. 544-545).

Al igual que la tesis de Watson, las perspectivas funcionalistas ponen énfasis en los contextos de recepción, particularmente en los hacedores de política (*policy-makers*) como arquitectos institucionales, que no son solo los «cultores del derecho», sino élites profesionales de técnicos, expertos en el diseño político y legal. Los funcionalistas, como regla metodológica, trabajan sobre la premisa de que en el derecho las únicas cosas que son comparables son las que realizan la misma función (Kötz, 1999, p. 755). Por ello, proponen una presunción de similitud de soluciones prácticas, la que vale para todos los campos del derecho con excepción de aquellos influenciados por concepciones políticas y morales específicas, como serían el derecho de familia y sucesiones. En suma, el derecho es generalmente considerado como «neutral» o técnico (Zweigert y Kötz, 1998, p. 45). Ello permite proponer teóricamente una «equivalencia funcional» de las soluciones similares en todos los ordenamientos jurídicos.

Más profundamente, esta orientación se funda en una idea arraigada desde los comienzos del derecho comparado: la existencia de culturas jurídicas «civilizadas» que deberían tener soluciones similares a cuestiones técnicas como la economía. Ello desemboca en la idea de que las culturas jurídicas «inferiores» deben seguir a las «superiores» en la elaboración de su sistema jurídico para poder ser parte del mundo moderno. Bajo estas premisas, la labor del comparatista sería encontrar las soluciones prácticas más idóneas, desembarazándolas de su contexto. Perspectivas funcionalistas contemporáneas como aquella de los «orígenes legales» parten incluso explícitamente de esta premisa (Merino, 2014, p. 937).

En dicho contexto, cuando se trata de legitimar el pensamiento dominante, se presenta una lectura funcional-estructuralista (Somma, 2004, p. 190) según la cual los modelos cir-

culan si tienen éxito sobre el «mercado de la cultura jurídica» o si sobreviven a un «proceso competitivo» dirigido a seleccionar las construcciones legales asumidas como las más idóneas para resolver determinados problemas: se trata de la teoría de la competencia de ordenamientos jurídicos. Esta teoría se funda en la idea de que el propósito último del derecho comparado es encontrar las mejores normas jurídicas (De Geest, 2006, p. 19). Así, las normas compiten para atraer inversionistas y, en tal competencia, la más eficiente será preferida (Zumbansen, 2005, p. 1097).

Las teorías mostradas constituyen un análisis de los contextos de recepción y producción de modelos legales que pretenden ser apolíticos y neutrales, pero que, en el fondo, legitiman perspectivas ideológicas desde un punto de vista evolucionista. Esto se debe a que el derecho comparado dominante busca distanciarse de la política y pretende tener una labor de erudición o búsqueda de conocimiento en lugar de asumir abiertamente un rol en la toma de decisiones públicas (Kennedy, 2003, pp. 345-433). Sin embargo, ambos contextos han sido objetos de cuestionamientos de fondo que se enmarcan en perspectivas que puedan englobarse en lo que se denomina «comparación crítica» (Frankenberg, 2016, p. 229; Merino, 2012, p. 46; Örüci, 2000, p. 10).

Por ejemplo, si el derecho es el producto de una élite relativamente aislada de preocupaciones sociales, ¿por qué no criticar a esta élite de juristas que gobierna sin legitimación? (Monateri, 1999, p. 32). Para Monateri, mediante este proceso los agentes nacionales de la importación luchan por el poder local a través del prestigio y la legitimación de las ideas foráneas. No obstante, no solo se importarían ideas foráneas sino también la ideología del sistema prestado, lo que demostraría que la circulación de modelos no es una elección libre, sino que constituye de por sí un proceso ideológico (Graziadei, 2009, p. 723; Dezalay y Bryant, 2001, p. 249). Siguiendo el camino de Monateri, se podría concebir al derecho comparado como una herramienta crítica para desenmascarar las estrategias culturales que dan forma a los discursos jurídicos dominantes (Costantini, 2005, p. 4). De esta manera, el prestigio asociado a un determinado modelo es difícilmente un rasgo intrínseco, ya que es frecuentemente el derivado lógico de una cartografía del mundo que se pretende promocionar. Frente a ello, la comparación tiene la potencialidad de recomponer los datos en un nuevo escenario: descompone la estructura y proyecta la ideología (Costantini, 2005, p. 8).

Otras perspectivas críticas que ponen énfasis en los centros de recepción son desarrolladas por Pierre Legrand y Alessandro Somma. Estas perspectivas, que se enfocan en el resultado más que en el proceso de trasplante, podrían ser catalogadas como nihilistas, al negar la posibilidad real de realizar trasplantes legales. Para Legrand, una regla posee necesariamente una dimensión cultural, por lo que es inconcebible la importación de un texto respetando el patrimonio hermenéutico consolidado en el sistema exportador. Los trasplantes jurídicos serían así imposibles en cuanto el significado no puede ser trasplantado. Al ser imposible realizar un trasplante legal en términos reales, las culturas jurídicas serían inconmensurables. Incluso los críticos de la posición de Legrand admiten la certeza de sus postulados: «inconmensurabilidad/incomparabilidad vienen de la idea, “en sí” correcta, de que las reglas legales son inteligibles fuera de su contexto cultural e institucional donde han sido concebidas, estos contextos que coinciden con una mentalidad colectiva, no son conmensurables entre ellos» (Gambaro, 2004, p. 1542).

Por esa razón, Legrand tiene una postura crítica acerca de la instrumentalización del derecho al servicio de una agenda internacional de armonización, integración, uniformización, unificación o globalización, pues estos programas de racionalización discursiva configurarían el «derecho» como un «metaderecho», queriendo situarlo fuera del espacio y el tiempo. En contra de ello, este autor critica cómo el derecho está siendo envuelto en proyectos ideológicos que aparentemente han condenado a los intérpretes (Legrand, 2006, p. 525). Si bien el modelo del capitalismo transnacional pretende un colapso de la cultura en lo económico, este también produce las condiciones para el surgimiento de puntos de contestación que se presentan como alternativas a las prácticas de la globalización (Legrand, 2006, p. 528).

Somma (2005) también tiene un acercamiento nihilista de la comparación por dos razones: comparte con Legrand la negación de la posibilidad de los trasplantes jurídicos, pues el ordenamiento importador adquiere una porción de derecho diversa valorativamente de la que tenía el exportador y, además, niega la validez de una teoría de la circulación de modelos jurídicos, pues esta solo se basa en narrar neutralmente una realidad cuya hegemonía es variable por factores políticos y económicos, y no analiza la esencia de la hegemonía actual. Por ello, propone analizar la «disociación entre técnicas y valores», es decir, entre los conceptos contenidos en el discurso en torno al derecho y la estructura social que con ellos se pretende promover. De esta manera, se plantea una aproximación hermenéutica capaz, por un lado, de evidenciar cómo los discursos en torno al derecho son constitutivos de la realidad jurídica y, por otro lado, de sacar a la luz el uso que el poder hace de similares discursos y, con esto, las características del contexto que ellas pretenden crear o conservar.

Finalmente, Ugo Mattei (2003) presenta críticas de fondo a los «contextos de producción legal». Para Mattei, después de la Guerra Fría se ha establecido un derecho imperial, cuya circulación no se explica con las teorías de los trasplantes legales que tradicionalmente se basan en el prestigio y la fuerza. En primer lugar, el sistema no es solo un plan de *policy-makers* locales, pues en el capitalismo occidental y su periferia tanto los actores económicos transnacionales como organismos financieros globales influyen en la creación del derecho (Kennedy, 2006, p. 19). Así, la recepción toma lugar no solo por la iniciativa de quienes reciben los nuevos modelos, sino también por aquellos quienes los proponen (Ajani, 1995, p. 97). En ese sentido —a diferencia de la tesis clásica de los trasplantes legales—, se afirma que la oferta y la demanda de los modelos legales es regulada no solo por los técnicos, sino también por las decisiones políticas y económicas que gobiernan las relaciones internacionales. De esta manera, mientras la fuerza explica las reglas del imperialismo/colonialismo al realizarse por medio de la imposición militar, y el prestigio plantea una elección libre, en realidad lo que se da muchas veces es una imposición mediante la negociación, en el sentido de que aceptar un modelo legal es parte de un sutil chantaje (*blackmail*), la amenaza de no lograr el desarrollo económico. Muchos países han sido persuadidos de cambiar su derecho de acuerdo con estándares occidentales para acceder al mercado internacional y mantener una economía viable. Externamente, el modelo se legitima como el más eficiente y el que llevará al desarrollo; internamente, el modelo amenaza a los posibles receptores con el subdesarrollo si es que no se sigue determinada orientación ideológica.

Hasta aquí, se han observado las críticas a los centros de producción y recepción legal e institucional y a los momentos de formulación y de implementación de los trasplantes.

Monateri y Mattei hacen hincapié en la labor de los agentes receptores y productores que determinarán la recepción de un modelo, analizando sus intereses, condicionamiento e ideología. Por su parte, Legrand y Somma analizan el objeto materia de importación, negando la posibilidad de que en los hechos se realice un verdadero trasplante. Estos estudios son muy relevantes para entender los fundamentos de la circulación de modelos jurídicos; sin embargo, al enfocarse en los contextos de recepción o de producción legal, tienden a obviar la relación de complementariedad que existe entre ambos contextos y que plantea una nueva dinámica para la comprensión del fenómeno de la reforma legal.

### 3. Gobernanza tecnocrática en el Perú neoliberal (1990-2017)

En los años noventa, la reforma política y legal en el Perú fue impulsada por la política de ajuste estructural del Consenso de Washington, que fue auspiciada por el Banco Mundial para resolver los agudos problemas económicos que sufría el país. Así, se privatizan las principales empresas públicas; se desmantela el sistema nacional de planeamiento estratégico y el sistema provisional público; se promueve la participación privada en la prestación de servicios públicos, para lo cual se flexibilizan estándares en materia de educación, salud y transporte; se implementa la flexibilización laboral; y se inicia un proceso agresivo de concesión de recursos naturales a empresas transnacionales. Todo ello, a la par de la constitución de «islas de eficiencia» gobernadas por una tecnocracia emergente en instituciones reputadas como prioritarias, tales como el Banco Central de Reserva, la Superintendencia Nacional de Banca y Seguros y la Superintendencia de Administración Tributaria, y se crea, además, como agencia de competencia, el Instituto de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

El discurso fundamental era el «orden económico», para lo cual el gobierno autoritario de Alberto Fujimori era completamente funcional y se autolegitimaba en la necesidad de diseñar e implementar el marco constitucional y legal de la nueva política económica. Por ello, se aprueba una nueva Constitución Política (1993) que enfatiza el principio de subsidiariedad, la santidad de los contratos y los contratos ley, además de que se expiden 1400 decretos de urgencia (Wiese y Saravia, 2014) que, según la Constitución, tienen carácter excepcional y se refieren a materias financieras y económicas frente a situaciones sociales extraordinarias. También se utilizaron decretos legislativos (potestad de legislar delegada por el Congreso al Ejecutivo) para el impulso a la inversión y el establecimiento del régimen de estabilidad jurídica de las inversiones (Decretos Legislativos N<sup>os</sup> 662, 674, 757 y 758), y se sistematizó la normativa sectorial que había generado el auge de las concesiones a través del Texto Único Ordenado de Concesiones (Decreto Supremo N<sup>o</sup> 059-96-PCM). En el plano de las ideas jurídicas, la élite legal comienza a difundir el análisis económico del derecho con un fuerte componente neoclásico y libertario que justifica y promueve aún más las políticas neoliberales.

En la década del dos mil se produce una profunda reforma política y de gestión pública que incluye nuevas normas de competencia política en el contexto del retorno de la democracia, legislación en materia de transparencia y participación ciudadana, y el inicio del proceso de descentralización. Sin embargo, en el plano económico solo hubo un cambio de retórica, no de fondo. El discurso pasó del «orden económico» al «chorreo» (traducción poco elegante del término *trickle-down*), que generaría de forma natural el crecimiento económico beneficiando a los más pobres. En la academia jurídica se difunden propuestas cada vez más radicales, que

incluyen privatizar el Poder Judicial (Bayly y Pasquel, 2003, p. 316), privatizar por completo la educación (Solis y Bayly, 2003, p. 255), los animales en vías de extinción (Pasquel, 2006, p. 69), el mar (Gheri, 1998, p. 147), permitir la venta de productos vencidos o en mal estado (Bullard, 1996, p. 112), suprimir el control de las cláusulas contractuales abusivas (Bullard, 2003, p. 512; Patrón, 2001, p. 145), eliminar institutos como la lesión contractual, la excesiva onerosidad de la prestación, el abuso de derecho y la buena fe contractual (Bullard, 2001, p. 232), entre otros. Además, la tecnocracia que había emergido en los noventa se consolida en el nuevo milenio, muchos de estos funcionarios con estudios en universidades estadounidenses y fuertes conexiones con el mundo empresarial nacional e internacional. En estos años, la política económica en materia de concesiones se refuerza a través de la Ley N° 28059, Ley Marco de Promoción de la Inversión Descentralizada (2003), que promueve la inversión a nivel subnacional.

En este contexto económico-legal, y ya bajo la presidencia de Alan García, se suscribe el Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos. Luego de la celebración de este Acuerdo, el Perú se vio obligado a modificar su normativa en aras de crear un marco normativo adecuado para facilitar el intercambio comercial. De esta manera, mediante la Ley N° 29157, el Congreso delegó al Ejecutivo facultades para legislar sobre diversas materias relacionadas con el mencionado Acuerdo Comercial, por lo que se promulgaron 98 decretos legislativos, muchos de los cuales tuvieron una fuerte oposición, como aquellos que debilitaban la propiedad de comunidades nativas y campesinas o la protección de los recursos forestales. Otros decretos fueron menos discutidos, como la nueva regulación sobre prácticas anticompetitivas, competencia desleal, arbitraje, modificaciones sustanciales al Código Procesal Civil, a la Ley General del Sistema Concursal, a la Ley de Conciliación, a la Ley de Derechos de Autor, entre muchas otras; todo ello fundándose en la necesidad imperiosa del «crecimiento económico». Dentro de estos cambios normativos es particularmente importante el Decreto Legislativo N° 1012, que consolida y fomenta las APP para el desarrollo de infraestructura pública y servicios públicos. Es también importante recordar el uso excesivo que este Gobierno hace de los decretos de urgencia, con un total de 383, varios de los cuales facilitaban proyectos de inversión para infraestructura (Wiese y Saravia, 2014).

Además, si bien el crecimiento económico fue sostenido durante la primera década del año 2000, el bienestar macroeconómico no se reflejaba en el bienestar microeconómico. Aunque la pobreza monetaria disminuye, la inequidad se conserva y aumentan los conflictos sociales asociados al desarrollo de grandes proyectos de inversión. Es por ello que el presidente Ollanta Humala llega al poder de la mano de fuerzas de izquierda con un nuevo discurso: la «inclusión social». Sin embargo, aunque implementó distintas medidas de carácter social, como la consulta previa a los pueblos indígenas y varios programas sociales, la política económica seguía manteniendo la preeminencia de la eficiencia y la maximización de riqueza de actores privados sobre el rol protector del Estado respecto del bienestar colectivo. Asimismo, se inicia el proceso de adscripción a la OCDE y se realizan estudios sobre los problemas del Estado peruano y las buenas prácticas internacionales. A la par de la elaboración de estos estudios y con la intención de combatir la «tramitología» (o excesivos trámites que limitan el desarrollo empresarial), este Gobierno emite cinco paquetes de medidas de reactivación económica (denominados «paquetes ambientales»). Todos tienen como común denominador la flexibilización de los estándares ambientales con incidencia directa en los derechos de los pueblos indígenas, patrimonio

cultural e institucionalidad en el sector ambiente<sup>1</sup>. De otro lado, es en este Gobierno que se aprueba el Decreto Legislativo N° 1224 que propone un marco normativo unificado para la promoción de la inversión privada mediante APP.

Durante el gobierno de Pedro Pablo Kuczynski<sup>2</sup>, el discurso consistió principalmente en la idea del «destrabe» y la necesidad de modernizar el Estado para poder ser miembro de la OCDE. Apenas iniciado, el Gobierno pidió facultades al Congreso para legislar y emitió un total de 112 decretos legislativos. Dentro del grupo de decretos referidos a la «reactivación económica y formalización», los Decretos Legislativos N°s 1293 y 1336 promueven la formalización de la pequeña minería y minería artesanal; el Decreto Legislativo N° 1333 simplifica el acceso a predios para proyectos de inversión priorizados para la ejecución de obras de infraestructura de interés nacional y de gran envergadura; el Decreto Legislativo N° 1272 modifica la Ley del Procedimiento Administrativo General, limitando la capacidad fiscalizadora de la administración; y el Decreto Legislativo N° 1310 crea el «Análisis de Calidad Regulatoria», que busca eliminar procedimientos administrativos innecesarios, pero cuyo análisis dependería de una comisión liderada por el Ministerio de Economía y Finanzas y no por los sectores especializados. En este marco se aprueba, además, una nueva norma sobre APP (Decreto

---

1 El «primer paquetazo ambiental» (que comprende los Decretos Supremos N°s 054-2013-PCM, 060-2013-PCM y la Ley N° 30025) flexibiliza los procedimientos administrativos sobre protección del patrimonio cultural arqueológico y el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, y reduce los estándares de los instrumentos de gestión ambiental al eliminar el procedimiento de clasificación del proyecto por la significancia del impacto. El «segundo paquetazo ambiental» (que comprende la Ley N° 30230, cuya constitucionalidad se encuentra bajo discusión en el Tribunal Constitucional (conforme el Exp. N° 0003-2015-AI/TC) establece procedimientos especiales de entrega de tierras destinados a proyectos de inversión con preeminencia sobre los derechos de los poseedores; además, limita la capacidad sancionadora del OEFA (se suspende por 3 años la posibilidad de establecer multas al regular «un procedimiento sancionador excepcional solo activado en caso de que la infracción persista y no se adopten medidas de remediación o correctivas, supuesto en el cual el OEFA solo podrá imponer el 50 % de la multa de la infracción, y solo en el caso de que conlleve afectación a la salud pública se aplicará el 100 % de su valor», y reduce las competencias del Ministerio del Ambiente para crear Zonas Reservadas. El «tercer paquetazo ambiental» (Decreto Supremo N° 001-2015-EM) debilita a las Asambleas Comunales (máximo órgano representativo de las comunidades campesinas) para facilitar la toma de decisiones sobre la enajenación de sus tierras. El «cuarto paquetazo ambiental» (Ley N° 30327) «flexibiliza los procedimientos ambientales y facilita el acceso a tierras rurales para los proyectos de inversión mediante servidumbres, derechos de vía y expropiaciones». Finalmente, mediante el «quinto paquetazo ambiental» (Decreto Legislativo N° 1192 y Decreto Legislativo N° 1210) se busca normalizar los procedimientos de expropiación, restando su carácter excepcional con el fin de incrementar las expropiaciones a partir de la declaratoria de necesidad pública.

2 Kuczynski asumió la presidencia del Perú en julio del año 2016. En el marco de las investigaciones sobre corrupción, se identificó que la empresa brasileña Odebrecht realizó un pago ascendiente a USD 782 000 en favor de Westfield Capital, consultora privada de propiedad de Kuczynski, por servicios de «asesoría» en un lapso temporal en el que ocupó los cargos de premier y ministro de Economía del gobierno de Alejandro Toledo (2004-2006). Tras un primer intento de vacancia fallido, y en el marco de acusaciones por la compra de votos de congresistas ante un segundo pedido de vacancia por «incapacidad moral», Kuczynski renunció el 21 de marzo del año 2018, un día antes de que se discutiera el referido segundo pedido de vacancia en su contra.



Legislativo N° 1251) que busca agilizar procesos y reformar la gobernanza de ProInversión, la entidad responsable de esta materia.

Mientras las normas emitidas en el momento neoliberal se basan en el Consenso de Washington (Fujimori) y el Tratado de Libre Comercio con los EE. UU. (García), se podría argumentar que los gobiernos de Humala y Kuczynski entran a una etapa de «neoliberalismo inclusivo» en el sentido de que las políticas nacionales (y globales), sin contrariar los fundamentos de la política económica de libre mercado, realizan ciertos ajustes redistributivos y se proyectan como una posición ecléctica en la que los motores económicos y la inclusión social pretenden confluir. El contexto del momento neoliberal inclusivo en el Perú tiene como característica una mayor inversión en programas sociales y en la política educativa, así como el surgimiento de la institucionalidad intercultural y ambiental, políticas que conviven de manera conflictiva con los intentos por insertar «buenas prácticas» de la OCDE para profundizar la simplificación administrativa, la aceleración económica y el destrabe de inversiones.

Hay algunos puntos en común en todos los casos: la mayoría de cambios normativos relevantes se dan por influencia de actores externos (Consenso de Washington, TLC, OCDE), pero también por discursos internos auspiciados por el mundo empresarial (orden económico, «chorreo», crecimiento económico, tramitología, destrabe). Los cambios más relevantes en materia económica se realizan sin una adecuada deliberación política, pues se expiden por decretos legislativos y decretos de urgencia emitidos por el Poder Ejecutivo, por lo que quien termina legislando es esa tecnocracia apolítica fuertemente vinculada con el mundo empresarial y constituida por élites económicas que diseñan normas y políticas que enfatizan el valor de la eficiencia. Se observa, pues, que los contextos de recepción y producción legal e institucional aparecen totalmente conectados.

Tabla 1

*Determinantes de los principales cambios legales en la política económica*

Paradigma	Gobierno	Principal fuente legal	Discurso interno	Influencias externas
Neoliberal	Fujimori	Constitución/ Decretos Legislativos/ Decretos de Urgencia	Orden económico	Consenso de Washington
	Toledo	Ley / Decreto Legislativo / Decreto Supremo	«Chorreo»	Post Consenso de Washington
	García	Decretos Legislativos/ Decretos de Urgencia	Crecimiento económico	TLC
Neoliberalismo inclusivo	Humala	Decretos Legislativos / Decretos Supremo	Inclusión social /tramitología	OCDE
	Kuczynski	Decretos Legislativos / Decretos Supremos	Destrabe / tramitología	OCDE

*Nota:* Elaboración propia.

#### 4. La política del legislador tecnocrático: el caso de las APP

Como se ha visto, la política económica vigente en el Perú y su arquitectura legal tienen casi 30 años. Este modelo, fundado en un consenso entre las élites políticas, tecnocráticas y empresariales, ha conseguido resultados macroeconómicos destacados por organismos internacionales (OCDE, 2015, pp. 137-160), pero, al mismo tiempo, profundos problemas de conflictividad social, inestabilidad política y corrupción (Amnistía Internacional, 2017, pp. 354-356). El saldo de las últimas tres décadas deja un presidente en la cárcel por delitos de lesa humanidad y corrupción (Alberto Fujimori, quien gobernó entre 1990 y el 2000), un presidente con orden de captura internacional por delitos de corrupción y lavado de activos (Alejandro Toledo, quien gobernó entre el 2001 y el 2005) y los últimos tres presidentes actualmente investigados o asociados por la ciudadanía a actos ilegales o de beneficio de intereses privados, incluyendo el actual presidente de la República.

Estos actos están asociados al marco legal de los contratos de concesión y las APP. Los casos más emblemáticos y que abarcan el espectro político de los últimos Gobiernos incluyen el de la Carretera Interoceánica-IIRSA Sur<sup>3</sup>, la Línea 1 del Tren Eléctrico<sup>4</sup> y el Gaseoducto Sur Peruano (GSP)<sup>5</sup>.

- 
- 3 La construcción de la Carretera Interoceánica es parte del proyecto regional Integración de Infraestructura Regional Sudamericana (IIRSA), en el que participan «12 países de la región con el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), de la Corporación Andina de Fomento (CAF) y del Fondo Financiero para el Desarrollo de la Cuenca del Plata (Fonplata)» (Dourojeanni, M. J., 2006, p. 6). El Corredor Vial Interoceánico Sur comprende cinco tramos. En agosto del 2005, se suscribieron los contratos de concesión de los tramos 2, 3 y 4, mientras que los tramos 1 y 5 se suscribieron en octubre del 2007. El proceso de concesión estuvo a cargo de ProInversión a través del esquema de Asociación Público Privada y concurso de proyectos integrales (en los términos del Decreto Legislativo. N° 758). En el año 2005, la Contraloría de la República advirtió a ProInversión que la empresa Odebrecht no podía obtener la buena pro por tener un proceso judicial abierto; sin embargo, en enero del 2006, con la promulgación de la Ley N° 28670 se permitió que la referida constructora pueda ejecutar las obras. Además, mediante el Decreto Supremo N° 235-2010-EF (noviembre del 2010), se aprueba la operación de endeudamiento externo entre el Estado peruano y la CAF hasta por la suma de USD 200 000 000.00, destinada a financiar las obras del proyecto (Pari, 2016, p. 67).
  - 4 Incluimos a la Línea 1 del Tren Eléctrico pues, si bien se otorgó bajo el marco normativo de concesiones de obras públicas de infraestructura y no de APP, en el 2007 el Consejo Directivo de Proinversión acordó incorporar este proyecto al proceso de promoción de la inversión privada y supervisarlos (en lugar de la Municipalidad Metropolitana de Lima). La Línea 1 del Metro es un sistema de viaducto elevado que recorre la ciudad de Lima del sur al noreste. En la realización de este proyecto, se evidenciaron irregularidades en los costos alcanzados por contratos y adendas, así: (i) el tramo 1 de la Línea 1 se contrató por el valor de USD 410 205 001.38 con precios de abril del 2009. Sin embargo, tuvo como costo final, al momento de su liquidación, USD 519 127 951.46, lo que significó USD 108 922 950.08 adicionales, es decir, un aumento del 26.56 % del valor inicial. (ii) En el caso del tramo 2 de la Línea 1, se contrató por el valor de USD 583 480 359.96 con precios de julio del 2011. Pero tuvo como costo final, al momento de su liquidación, USD 885 154 813.16, lo cual significa USD 301 674 453.2, es decir, un aumento del 51.70 % del valor inicial (Pari, 2016, p. 161). Lo anterior fue posible gracias a «un marco legal que creaba un proceso especial, paralelo a la Ley de Contrataciones del Estado [en] la modalidad de Concurso Oferta a precios Unitarios, con la finalidad de entregar al consorcio ganador de la buena pro la elaboración del Expediente Técnico, así como también la ejecución de la obra de infraestructura. Además, entregaba el poder para decidir sobre aumentos a través de adendas o adicionales de obras era realizada sin necesidad de la opinión de la Contraloría» (gracias al Decreto de Urgencia N° 032-2009) (Pari, 2016, p. 161-162).
  - 5 Este proyecto consta de un sistema de ductos que tiene como fin transportar gas natural y líquidos asociados al sur del Perú. El GSP es adjudicado bajo la modalidad de Asociación Público Privada (junio del 2014). De acuerdo con el contrato, la concesionaria es responsable por el diseño, financiamiento, construcción suministro de bienes y servicios, explotación de los bienes de la concesión,

Es importante mencionar que la promesa tecnocrática para tener un Gobierno no solo más eficaz, sino más transparente y menos corrupto, se basa en la premisa de que, si «queremos reducir la corrupción, debemos reducir al Gobierno» (Becker, 1995, p. 26). Según esta idea, si se reducen las regulaciones que ponen «trabas» al emprendimiento, se eliminaría el *rent seeking* o la búsqueda de favores del Gobierno por parte de las empresas. El resultado de esta premisa no ha sido alentador para el Perú. Es cierto que puede existir corrupción en cualquier régimen político y económico, pero ello no es óbice para cuestionar los mecanismos concretos que la han facilitado y su relación con la arquitectura legal del modelo económico. Veamos brevemente el ejemplo concreto de las APP, a las cuales se las ha denominado como el «caballo de Troya» (Miraftab, 2004, p. 89) y la «nueva religión» (Minow, 2003, p. 1237) de la agenda global para el desarrollo económico.

En el Norte Global, las APP fueron impulsadas en los ochenta por la administración de Thatcher en el Reino Unido y Reagan en Estados Unidos como la estrategia principal para el desarrollo urbano y cuyos objetivos eran los de reducir los gastos del Gobierno, sus áreas de responsabilidad y eliminar supuestas ineficiencias del sector público (Miraftab, 2004, p. 90). Todo ello, en el marco de la hegemonía de la ideología de mercado como el mejor remedio para la gobernanza en lugar de los valores públicos (Minow, 2003, p. 1246; Custos y Reitz, 2010, p. 576). En los noventa, se consolidan los *Public Private Partnerships* en Reino Unido como parte del programa de reformas denominado *Private Finance Initiative*, que tenía como finalidad “modernizar las infraestructuras públicas recurriendo a la financiación privada” (Moreno, 2012, p. 90). En ese sentido:

[L]os contratistas ya no vendían los activos que han construido, sino que se convertían en proveedores de servicios a largo plazo para la Administración o para los usuarios. Su filosofía consistía en evaluar con el criterio del *value for money* las diversas opciones de financiación, pública o privada, de cada uno de los proyectos que se licitaban, de tal manera que el sector privado asumía los riesgos que sea capaz de gestionar con mayor eficiencia. (Moreno, 2012, p. 90)

Hoy en día se entiende a las APP como un esquema contractual «entre el Gobierno y entidades del sector privado, con el objetivo de entregar un proyecto y su servicio, el que tradicionalmente ha sido provisto por el sector público» (Alborta *et al.*, 2011, p. 9). En un proyecto

---

operación, mantenimiento y transferencia de estos al Estado, al término del plazo del Contrato (34 años). Este proyecto se da en el marco de una legislación de hidrocarburos que otorgó mayores incentivos a las empresas, flexibilizando las condiciones exigidas en la inversión, eliminando la obligación de abastecer el mercado interno y autorizando la libre disponibilidad de divisas (Ley de Actualización de Hidrocarburos del 2000; Decreto Supremo N° 031-2003-EM del 2003). (Recuperado de Merino, 2018, p. 35) Luego, «ProInversión encargó a la consultora internacional Wood Mackenzie Ltd. la elaboración de los costos de inversión» y operación «en un horizonte de 30 años», y se estableció el valor referencial en USD 3 643 000 000.00, lo que fue aprobado por el Comité en Seguridad Energética de ProInversión. No obstante, el citado Comité, en junio del 2014, aprobó un Límite Máximo del Costo del Servicio de USD 7 800 000 000.00, sin aparente sustento técnico que justifique el incremento. La licitación comenzó en febrero del 2013 y terminó en «junio del 2014 con la entrega de la buena pro al único postor: Consorcio Gasoducto Sur Peruano, integrada por Inversiones en Infraestructura de Transporte de Ductos S. A. C, empresa del Grupo Odebrecht y ENAGAS Internacional S. L. U., con una propuesta de USD 7 328 654 511.00» (Pari, 2016, p. 381).

de infraestructura tradicional, las empresas no brindan financiamiento y actúan sobre las especificaciones y autorizaciones de la agencia pública. Los contratistas involucrados en las fases de planeamiento, diseño y construcción del proyecto trabajan bajo contratos separados y típicamente coordinan con el Estado más que entre ellos. En las APP, la parte privada asume más responsabilidades puesto que la entidad pública selecciona y contrata a una empresa para que brinde servicios para varias necesidades, ya sea para un proyecto específico o una licencia de largo plazo para operar un segmento de la infraestructura. La empresa no solo se responsabiliza del financiamiento y la construcción, también puede acordar la gestión y mantenimiento de la infraestructura. En particular, en las APP de infraestructura de transporte la operación otorga a la empresa la recuperación de los costos de la construcción, al igual que el pago a los inversionistas a través del cobro de tarifas o peajes a los usuarios, o pagos del Gobierno. La agencia pública supervisa la ejecución de la empresa y regula otros aspectos del acuerdo, incluyendo el mantenimiento, el establecimiento de tarifas y la aprobación del diseño de ingeniería (Lacina, 2009, p. 663).

En las últimas dos décadas, los Gobiernos del Sur Global han ido adoptando este modelo, lo que ha sido promovido, además, por organismos internacionales y donantes bilaterales y multilaterales, incluyendo el Banco Mundial, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID, por sus siglas en inglés) (Miraftab, 2004, p. 94; Delebayo, 2013, p. 9). Sin embargo, los propios especialistas del Banco Mundial han señalado que en América Latina los analistas y reformadores fueron demasiado optimistas respecto de la capacidad de las reformas y la regulación para blindar las transacciones de la influencia política, y de la idoneidad para América Latina de modelos de desarrollo pensados para redes de infraestructura madura en países industrializados (Lacina, 2009, p. 664).

En efecto, las preocupaciones recurrentes sobre el uso de las APP se refieren al comportamiento de gestión; la efectividad, eficiencia y desempeño económico; la rendición de cuentas; la transparencia; la legitimidad; y los valores públicos (Reynaers y Parrado, 2016, p. 269). Estos grandes temas se ven reflejados en problemas concretos de complejidad administrativa y sobrecostos para la Administración (frente al endeudamiento directo y obra pública), la menor transparencia financiera, la corrupción y el hecho de que estos esquemas podrían hipotecar los presupuestos futuros (Moreno, 2012, p. 89). Aunque se señala que estos problemas podrían evitarse con una mejor estructuración del contrato (McKinlay, 2012, p. 1321), existen una serie de estudios que revelan serias discrepancias entre la aparente panacea de las APP y sus consecuencias reales. En el contexto de las amplias inequidades socioeconómicas y complejos procesos de descentralización en los países del Sur Global, donde los Gobiernos usualmente no tienen ni la voluntad ni la habilidad para intervenir eficazmente en estos procesos, las empresas se acercan a los Gobiernos locales y sus comunidades empobrecidas prometiendo desarrollo y un equitativo reparto del poder económico y social, pero una vez que el contrato se ejecuta los intereses de la comunidad a menudo son sobrepasados por aquellos de los miembros más poderosos de la asociación: las empresas transnacionales (Miraftab, 2004, p. 93).

El problema de fondo es que existe una contradicción conceptual en el rol que se espera del Estado en estos procesos. Mientras que las APP pretenden configurar una repartición equitativa de riesgos y beneficios entre el Estado y la empresa, no se tiene en cuenta que para ello se requiere un rol regulatorio fuerte, y que la descentralización usualmente viene acompañada de

desregulación para promover la participación del sector privado. Estas cuestiones de contexto y las relaciones de poder en el marco de los procesos de APP no son abordadas por la literatura especializada, la cual es mayormente descriptiva y se limita a mostrar la logística y tipología de las APP, ignorando cuestiones más profundas como sus implicancias distributivas (Miraftab, 2004, p. 98). En el Perú, particularmente, no se discute cómo la intervención efectiva del Estado para lograr APP equitativas requiere un Estado fuerte y democrático que use su poder institucional, legislativo y financiero para equilibrar el campo de juego para todas las partes, regulando las relaciones de poder desigual. Y es que estos problemas no se pueden abordar simplemente enfocándonos en el planeamiento técnico y la ejecución contractual, como la literatura usualmente señala. Los detalles del contrato, aunque muy importantes, no pueden por sí mismos asegurar un proceso y resultado más equitativo. Una particular atención se debe poner al ambiente social, económico, cultural y político. El más grande contexto de política pública al final determina la voluntad del Estado y su capacidad de intervenir con una agenda redistributiva y llevar un proceso de alianza justo (Miraftab, 2004, p. 98).

Es más, una crítica sustentada en estudios de caso muestra cómo los problemas de las APP surgen en contextos donde no existen marcos jurídicos sólidos. Al respecto, se señalaba cómo la legislación peruana en comparación con la de Chile o Brasil era dispersa y laxa (Akitoby *et al.*, 2007, p. 12). Hoy en día contamos con un nuevo marco normativo<sup>6</sup>, pero las críticas al procedimiento de APP se mantienen y entre ellas destacan el lanzamiento de proyectos prematuros (Guasch, 2017), los insuficientes límites y controles para la renegociación y establecimiento de adendas (Contraloría General de la República, 2015, p. 153), el carácter no vinculante que tiene la opinión del organismo regulador, la inclusión de actores privados en el Consejo Directivo de ProInversión (entidad encargada de supervisar estos procedimientos), entre otros (Campodónico, 2017, p. 5).

Una perspectiva crítica del derecho y política comparados podría dar algunas luces para analizar los problemas asociados al modelo de APP, al brindarnos un marco general para comprender cómo este y otros modelos claves para la política económica han sido importados por las élites locales. En primer lugar, debemos comprender el impacto de este fenómeno en la teoría legal. Las APP se fundamentan en la necesidad de que las empresas asuman tareas que para los Gobiernos serían demasiado complejas, intensas en capital, o riesgosas para llevar a cabo solos. De esta forma, se permite al Estado limitar sus gastos y riesgos, mientras que la empresa puede contribuir con su *expertise* y capital en la operación de un proyecto que promete ingresos suficientemente altos como para absorber los riesgos asumidos. Así, cada parte asume tanto funciones de derecho público como de derecho privado (McKinlay, 2012, p. 1317).

Como puede observarse, este proceso coincide con el declive de la división entre lo público y lo privado en la teoría legal. Esta distinción se formuló en el discurso legal del siglo XIX como resultado de dos fenómenos que nacieron en Europa: el surgimiento del Estado nación y su soberanía y la teoría de los derechos naturales; ambos buscaron concretar un nuevo orden jurídico-político para superar el feudalismo y la monarquía. Esta división se consolidó en los

---

6 Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante APP y Proyectos en Activos (Decreto Legislativo N° 1224, modificado por el Decreto Legislativo N° 1251); Política Nacional de Promoción de la Inversión Privada en Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos (Decreto Supremo N° 077-2016-EF); Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224 (Decreto Supremo N° 410-2015-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 068-2017-EF).

siglos posteriores, cuando los juristas buscaron preservar la integridad del llamado sistema neutral y apolítico del derecho privado frente a las tendencias redistributivas del Estado de Bienestar y sus regulaciones (Custos y Reitz, 2010, p. 563). Paradójicamente, esta tensión ideológica ha llevado a la confusión de las fronteras conceptuales entre lo público y lo privado con la caída del Estado de Bienestar y el desplazamiento del derecho público como la forma dominante del derecho por parte del derecho privado. Además, esto es promovido desde las mismas entrañas del Estado a partir de los años ochenta y noventa por el paradigma de la «nueva gestión pública», que plantea usar los métodos y técnicas del sector privado en la gestión gubernamental (Custos y Reitz, 2010, p. 563). Es también paradójico cómo hoy gran parte de la crítica a las APP persiste en la distinción entre lo público y lo privado; distinción que, aunque debilitada, aún se mantendría vigente. Es así que se afirma que de todos los problemas que tienen las APP, el más serio tiene que ver con la necesidad de extender los valores del derecho público (Custos y Reitz, 2010, p. 576).

En segundo lugar, es preciso comprender las consecuencias de este cambio ontológico en la percepción del derecho, en la producción normativa asociada a la política económica. Un elemento fundamental para comprender este proceso es el fenómeno de la captura. La captura del Estado, que en general se concibe como la situación en la que las políticas de los Gobiernos están profundamente influenciadas por el poder político de los actores privados (Fairfield, 2015, p. 27; Omelyanchuk, 2001, pp. 2-8), se empezó a discutir en la literatura académica como «captura regulatoria» (Bernstein, 1955, pp. 164-187; Stigler, 1971, p. 5; Sabatier, 1975, pp. 309-310; Peltzman, 1976, p. 225), proceso en el cual el regulador termina actuando de acuerdo con los intereses de la industria regulada, lo que es particularmente grave en contextos de gran inequidad social como América Latina y el Perú en particular, donde la captura produce también profundos impactos ambientales y sociales (Durand, 2016, p. 95). Asimismo, se ha planteado la noción de «captura de los puestos públicos» (Merino, 2013, p. 154), que acontece por la existencia de un sistema de «puerta giratoria» que legitima los procesos de ingresos temporales a la carrera pública por parte de funcionarios del sector privado con agendas e intereses muchas veces distintos del interés público (Makkai y Braithwaite, 1992, p. 64; Levine y Forrence, 1990, p. 169).

A partir de un diálogo con estas perspectivas, planteamos un marco conceptual sobre la «captura de la legalidad», pues el término «captura regulatoria» presupone un marco institucional neutral, que ubica el problema solo en la actuación de los agentes reguladores, mientras que la visión más amplia de captura del Estado tiende a conceptualizar al Estado como una entidad uniforme y compacta, sin comprender a cabalidad sus procesos internos y diferenciados de negociación política en el proceso de formación de las leyes. La «captura de la legalidad» que planteamos busca analizar estos procesos internos de producción normativa, así como la influencia externa en ámbitos sectoriales relacionados con el desarrollo económico.

Así, en la sección anterior, observamos cómo la legalidad ha sido fundamental en el desarrollo del modelo económico. Lo interesante para nosotros es analizar el proceso de producción de ese marco legal, teniendo como base las discusiones de la primera sección de este trabajo. No hay duda, pues, que para conocer la forma de producción de leyes es fundamental estudiar los procesos de importación o trasplantes legales, que legitiman la arquitectura legal. Como vimos, las perspectivas críticas sobre la circulación de modelos legales diferencian entre los contextos de recepción y los contextos de producción normativa. Sobre los primeros, la

crítica se dirige a una élite de juristas que gobierna sin legitimación (Monateri, 2001, p. 9) y que no solo importa modelos legales, sino también esquemas mentales e ideológicos (Dezalay y Garth, 2001, p. 250). Sobre los contextos de producción legal, se critica el derecho imperial (Mattei, 2003, pp. 383-448) establecido a través de la gobernanza global liderada por organismos financieros internacionales (Kennedy, 2006, p. 22; Ajani, 1995, pp. 93-117) y cuya importación no podría explicarse en términos de fuerza (asociada a situaciones de imperialismo/colonialismo), ni prestigio (que implica elección libre). En realidad, lo que se da muchas veces es una imposición mediante la negociación, en el sentido de que aceptar un modelo legal es parte de un sutil chantaje, una amenaza de no lograr el desarrollo económico.

Esta investigación entra en diálogo y discusión con estas perspectivas y plantea que el énfasis en los contextos de recepción o de producción legal tiende a minimizar la relación de complementariedad que existe entre ambos contextos y cómo en la práctica tienden a convertirse en un solo espacio de construcción legal. A lo largo de los años, la reforma legal en el Perú ha pasado de ser un trabajo de los «cultures del derecho» y las élites legales a estar en manos de la tecnocracia y expertos que regulan sobre la base de indicadores globales (McGrogan, 2016, p. 405) como el índice del Doing Business del Banco Mundial y las «buenas prácticas internacionales» de la OCDE. En el Perú, los indicadores no solo legitiman discursos políticos, sino también constituyen la base de las reformas legales. Por ejemplo, las medidas de flexibilización de la fiscalización del derecho administrativo o el «destrabe» tienen como fundamento aumentar el crecimiento económico y mejorar en el índice del Doing Business. El derecho comparado se convierte así en una técnica de diseño normativo e institucional para alcanzar esos objetivos mediante el desarrollo de «buenas prácticas». De esta forma, este discurso apolítico esconde una agresiva política de cambio sobre la base de dogmas universalistas de eficiencia y progreso.

Pero la política de los indicadores es objeto de serias críticas. Los indicadores globales generan preocupaciones de carácter político y metodológico al subestimar la diversidad entre países (McInerney-Lankford, 2010, p. 15) y carecer de un análisis basado en evidencia (Satterthwaite, 2012, p. 253-54), lo que significa que las evaluaciones discrecionales prevalecen sobre una evaluación cuidadosa y contextualmente sensitiva. Es más, como una tecnología para la gobernanza global, los indicadores globales presumen un sistema de conocimiento que es hegemónico y raramente sujeto a escrutinio, a pesar de su rol crítico en la distribución de poder (Engle, 2013, p. 584). Por ejemplo, los índices sobre derechos más comprehensivos en el mundo son el *Rule of Law Index* del World Justice Project, y el *Freedom in the World Index* del *Freedom House*, pero estos son índices de percepción (construidos por encuestas llenadas por expertos) y enfatizan derechos civiles clásicos. Un índice internacional más específico es el *Gender Inequality Index*, pero se enfoca en tres componentes: salud, empoderamiento y mercado de trabajo (UNDP, 2015, p. 205), razón por la cual el Perú aparece como poseedor de un «alto grado de desarrollo humano» relacionado con la equidad de género, a pesar del alto número de casos de violencia sexual que existe en el país.

En este escenario, así como la línea divisoria entre el derecho público y privado se diluye, los contextos de producción y de recepción o, dicho en otras palabras, la distinción entre lo global y lo local, se convierte en un solo gran espacio de producción normativa donde las relaciones de poder se retroalimentan. La élite tecnocrática es global y local al mismo tiempo, y mecanismos como la puerta giratoria o la captura regulatoria muestran cómo los *policy-makers* pasan de ser consultores o funcionarios de empresas transnacionales o instituciones financieras

globales, a ministros de Estado, altos funcionarios o expertos para la reforma legal. Es preciso realizar más estudios de campo para comprender a cabalidad este fenómeno, pero desde ya se observa cómo la producción normativa de las APP y otros mecanismos para la aceleración económica se sustentan en una élite tecnocrática que tiene un pie en el sector público y otro en el sector privado. Este conocimiento puede ser muy útil en términos técnicos, pero el afán de despolitización y la poca comprensión de las dinámicas locales por parte de las élites muchas veces llevan a soluciones legales problemáticas o abiertamente injustas. Es por ello que antes que limitarse a un trabajo sobre la técnica legislativa, el derecho comparado podría dar un aporte mucho más valioso si es que ausculta la ideología trasplantada con el modelo importado. Una ideología que a veces inserta de manera directa las «recomendaciones de política» de la tecnocracia sobre la base de la imitación de modelos foráneos, y otras veces incluso desborda el modelo mismo y nos convierte en «más papistas que el papa» (Spector, 2008, p. 135), y pocas veces es contestada teniendo en cuenta el contexto económico y social y la necesidad de experimentación e innovación institucional (Rodrik, 2009, p. 39).

## 5. Consideraciones finales

El derecho comparado hoy es usado principalmente como una técnica para la arquitectura jurídico-institucional. En ese sentido, la disciplina en realidad puede entenderse como «derecho y política comparados». Comparar los elementos legales en su contexto institucional e identificar «buenas prácticas internacionales» implica necesariamente comprender y proponer reformas más ambiciosas que la mera solución legal. Se trata de procesos de cambio institucional que van de la mano con perspectivas desarrollistas para la reingeniería institucional.

En este escenario, la teoría de la circulación de modelos jurídicos que enfatiza los contextos de recepción o de producción normativa, incluso en sus vertientes críticas, requiere una renovación para poder brindar un mejor entendimiento sobre el cambio institucional. En primer lugar, el papel de las élites legales y los «cultores del derecho» ha sido tomado por los *policy-makers* que incluyen expertos legales, pero también economistas y politólogos. En segundo lugar, los contextos de producción y recepción hoy se diluyen gracias a las redes globales. Así como el derecho asociado a la política económica es público y privado al mismo tiempo, la tecnocracia es a la vez nacional y global.

¿El derecho comparado, en este contexto, solo puede ocupar el rol de técnica legal? El derecho y política comparados tiene la potencialidad de ser una herramienta fundamental para la crítica social, un mecanismo para deslegitimar estructuras legales diseñadas e implementadas de manera poco democrática. En el Perú, los decretos que configuraron y refuerzan la actual política económica, aprobados bajo los discursos de «orden económico», «chorreo», «crecimiento económico» y «destrabe de inversiones», demuestran cuánto se requiere de una evaluación crítica del gobierno de la tecnocracia, más allá de analizar la coherencia de la técnica del trasplante legal (coherencia interna, cumplimiento de indicadores, etc.). Esta evaluación crítica debe abarcar la técnica, pero también los valores que se pretenden promocionar, por ejemplo, el análisis comparado debe permitir cuestionar la necesidad de eficiencia y rapidez de los proyectos por encima de la participación democrática en su formulación. Debe cuestionar la flexibilización de estándares de protección como garantía de desarrollo cuando se profundiza las desigualdades y tensiones sociales a raíz de esa flexibilización. En fin, la idea de que los



fundamentos teóricos, metodológicos y resultados esperados de la tecnocracia, los expertos y sus herramientas de gestión no pueden ser disputados.

Estas reflexiones pueden contribuir a entender el diseño legal de la política económica en general y las APP en particular, en donde lo público y lo privado, lo global y lo local, se confunden en la producción normativa. Así, se terminan configurando esquemas legales en los que predomina el interés privado o, en el mejor de los casos, el conflicto de interés, limitando el rol de control y fiscalización del Estado, así como su función de equilibrar los intereses de los inversionistas con aquellos de la ciudadanía y, más bien, abriendo la posibilidad de la configuración de actos de corrupción. Es por ello que el problema está más allá de situaciones de corrupción específicas, pues tiene que ver con la naturalización de un sistema legal que en cierta medida las ha normalizado. Y es que hoy la gran corrupción no busca defraudar la ley, busca «ser la ley» y para «ser la ley» invierte en campañas políticas, medios de comunicación y *think tank* de expertos en la reforma legal. Este problema no se enfrenta, entonces, solo con la identificación y sanción de los corruptos, sino con la reestructura de los marcos regulatorios de ámbitos tan diversos como la competencia política, la contratación pública, las alianzas público-privadas y los grupos de interés, pero, sobre todo, mediante una auto crítica respecto a cómo los procesos de reforma legal se desarrollan muchas veces sin participación democrática ni legitimidad social.



## REFERENCIAS

- Ajani, G. (1995). By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe. *The American Journal of Comparative Law*, 43(1), 93-117.
- Akitoby, B., Hemming, R., y Schwartz, G. (2007). Inversión pública y asociaciones público-privadas. *Temas de Economía*, (40), 1-23.
- Alborta, G., Stevenson C., y Triana, S. (2011). *Asociaciones público privadas para la prestación de servicios. Una visión hacia el futuro* (IDB-DP-195). Washington: BID.
- Amnistía Internacional. (2017). *La situación de los derechos humanos en el mundo* (Informe 2016/17). Londres: Amnistía Internacional.
- Bayly, A., y Pasquel, E. (2003). ¿Quién dijo que en Salem hubo brujas? La privatización del servicio de justicia: rompiendo el mito de la justicia estatal. *Themis. Revista de Derecho*, (46), 316-336.
- Becker, G. (1995). If You Want To Cut Corruption, Cut Government. *Business Week*. Recuperado de <https://www.bloomberg.com/news/articles/1995-12-10/if-you-want-to-cut-corruption-cut-government>
- Bernstein, M. (1955). *Regulating Business by Independent Commission*. Princeton: Princeton University Press.
- Bullard, A. (1996). Lo que no mata engorda. Los productos basura y los prejuicios y perjuicios de la protección del consumidor en un país pobre. *Ius et Veritas*, (12), 103-113.
- Bullard, A. (2001). La Parábola del Mal Samaritano. Apuntes sobre la Lesión en el Derecho de Contratos. *Themis*, (43), 223-234.
- Bullard, A. (2003). *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores.
- Campodónico, H. (2017, 20 de febrero). Las APP se merecen una moratoria. *Diario La República*. Recuperado de <https://larepublica.pe/politica/1017125-las-app-se-merecen-una-moratoria>
- Costantini, C. (2005). L'anima apologetica della comparazione la 'geopolitica' del diritto. Riflessioni in margine alla fondazione della Tradizione Giuridica Occidentale. *Rivista critica di diritto privato*. 11(1), 1-8.
- Contraloría General de la República. (2015). *Estudio sobre las Causas y efectos de las renegotiaciones contractuales de las Asociaciones Público-Privadas en el Perú*. Lima: Gerencia de Estudios y Gestión Pública.

- Custos, D., y Reitz, J. (2010). Public Private Partnerships. *The American Journal of Comparative Law*, 58, 555-584.
- De Geest, G. (2006). Law & economics y Derecho Comparado. El diseño de doctrinas jurídicas óptimas (Trad. de Hugo Acciarri). *Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina*, Número Especial sobre Derecho y Economía, 1-21.
- Delebayo, O. (2013). The Dilemma of Public–Private Partnerships as a Vehicle for the Provision of Regional Transport Infrastructure Development in Africa. *The Law and Development Review*, 6(2), 3-28.
- Dezalay, Y., y Bryant, G. (2001). The import and export of law and Legal institution: International strategies in national Palace Wars. En D. Nelkin, y J. Feest (Eds.) (pp. 241-256). *Adapting Legal Cultures*. Oxford-Portland Oregon: Oñati International Series in Law and Society, Hart Publishing.
- Dourojeanni, M. J. (2006). Estudio de caso sobre la carretera Interoceánica en la amazonía sur del Perú. Recuperado de <http://siar.minam.gob.pe/puno/sites/default/files/archivos/public/docs/437.pdf>
- Durand, F. (2016). *Lobbies, puertas giratorias y paquetazo ambiental en Perú. Cuando el poder extractivo captura El Estado*. Lima: Oxfam.
- Engle, M. (2013). Measuring the World. Indicators, Human Rights, and Global Governance. *Current Anthropology*, 52(3), 583-595.
- Fairfield, T. (2015). *Private Wealth and Public Revenue*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Frankenberg, G. (2016). *Comparative Law as Critique*. USA: Elgar Studies in Legal Theory.
- Gambaro, A. (2004). The Trento Theses. *Global Jurist*, 4(1), 1535-1653.
- Gherzi, S. E. (1998). La privatización del mar. *Advocatus: nueva época*, 1, 144-157.
- Graziadei, M. (2009). Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge. *Theoretical Inquiries in Law*, 10(2), 723-743.
- Guasch, J. L. (2017, 26 de enero). Entrevista “Consigo el proyecto y con la adenda que lo arregla todo, me genera renta”. *Diario La República*. Recuperado de <https://larepublica.pe/economia/1010624-consigo-el-proyecto-y-con-la-adenda-que-lo-arregla-todo-me-genera-renta>
- Kennedy, D. (2003). The methods and the politics. Comparative law as governance. En M. Bussani y U. Mattei (Eds.), *The Common Core of European Private Law: Essays on the Project* (Originalmente publicado en P. Legrand, y M. Roderick, (Eds.). *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (pp. 345-433). Cambridge: Cambridge University Press.

- Kennedy, D. (2006). Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000. En D. Trubek y A. Santos (Eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 19-73.
- Kötz, H. (1999). Comparative Law in Germany today. *Revue internationale de droit comparé*, 51(4), 753-758.
- Lacina, P. (2009). Public-Private Road Building in Latin America: Legal Advances and Challenges. *Law and Business Review of the Americas*, 15(3), 661-669.
- Legrand, P. (2006). On the Singularity of Law. *Harvard International Law Journal*, 47(2), 517-530.
- Levine, M., y Forrence, J. (1990). Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis. *Journal of Law, Economics, & Organization*, 6, 167-198.
- López, D. (2004). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Universidad de los Andes, Universidad Nacional.
- Makkai, T., y Braithwaite, J. (1992). In and out of the Revolving Door: Making Sense of Regulatory Capture. *Journal of Public Policy*, 12(1), 61-78.
- Mattei, U. (2003). A theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance. *Global Jurist Frontiers*, 3(2), 383-448.
- McGrogan, D. (2016). Human Rights Indicators and the Sovereignty of Technique. *European Journal of International Law*, 27(2), 385-408.
- McInerney-Lankford, S., y Sano, H. O. (2010). *Human Rights Indicators in Development. An introduction*. Washington: The World Bank.
- McKinlay, J. (2012). Regulation, Renegotiation, and Reform: Improving Transnational Public-Private Partnerships in the Wake of the Gulf Oil Spill. *Indiana Law Journal*, 87(3), 1315-1344.
- Merino, R. (2008). ¿Recepción o Resistencia? Americanización y Análisis Económico del Derecho en el Perú. *Cardozo Electronic Law Bulletin*, 14, 69-133.
- Merino, R. (2012). *Comparative Law from Below: The construction of a critical project in Comparative Legal Studies*. Lambert Academic Publishing.
- Merino, M. (2013). La captura de los puestos públicos. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 58(219), 153-171.
- Merino, R. (2014). Descolonizando los derechos de propiedad. Derechos indígenas comunales y el paradigma de la propiedad privada. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado. México*, (141), 935-964.
- Merino, R. (2018, noviembre). *¿El poder de la Ley o la Ley del Poder? Gobernanza y legalidad tecnocrática en el Perú neoliberal: el caso de las APPs*. Buenos Aires: Clacso.

- Recuperado de [https://www.clacso.org.ar/concursos\\_convocatorias/Estudios\\_resultados\\_clacso\\_oxfam/Informe\\_Peru\\_vf.pdf](https://www.clacso.org.ar/concursos_convocatorias/Estudios_resultados_clacso_oxfam/Informe_Peru_vf.pdf)
- Minow, M. (2003). Public and Private Partnerships: Accounting for the New Religion. *Harvard Law Review*, (116), 1229-1270.
- Miraftab, F. (2004). Public-Private Partnerships. The Trojan Horse of Neoliberal Development? *Journal of Planning Education and Research*, 24(1), 89-101.
- Monateri, P. G. (1999). Caio nero. Una ricerca sulle origini multiculturali della 'Tradizione Giuridica Occidentale'. *Hastings Law Journal*, 50, 1-76.
- Monateri, P. G. (2001). The 'Weak Law': Contaminations and Legal Cultures. *Global Jurist Advances*, 1(3), 1-15.
- Moreno, E. (2012). Formas jurídicas de colaboración público-privada en el derecho español: orígenes europeos y evolución de la regulación de los diferentes modelos de colaboración. *Oñati Socio-legal Series*, 2(4), 83-102.
- Organisation for Economic Co-operation and Development - OCDE. (2015). Multi-dimensional Review of Peru, 1 Initial Assessment.
- Omelyanchuk, O. (2001). *Explaining State Capture and Capture Modes. The Cases of Russia and Ukraine*. Budapest: Central European University.
- Örücü, E. (2000). *Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition*. Recuperado de <https://www.ejcl.org/41/abs41-1.html>
- Pari, J. (2016). Comisión Investigadora encargada de investigar el pago de presuntas coimas a funcionarios peruanos por parte de empresas brasileñas Odebrecht, Camargo Correa, OAS, Andrade Gutiérrez, Queiroz Galvao y Otras, desde el inicio de sus actividades hasta la fecha, por cualquier forma de contrato con el Estado peruano [Informe en Minoría]. Lima: Congreso de la República. Recuperado de <http://diariouno.pe/wp-content/uploads/2017/01/Inf%20Lava%20Jato%20-%20Pari.pdf>
- Pasquel, E. (2006). Privaticemos las vicuñas: cómo eliminar el peligro de extinción y aprovechar su potencial económico. *Revista de Economía y Derecho*, 3(9), 69-80.
- Patrón Salinas, C. (2001). ¿Mentiras verdaderas? Reflexiones en torno a la regulación del derecho contractual. ¿Por qué hay que modificar el Código Civil? Lima: Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 131-153.
- Peltzman, S. (1976). Toward a More General Theory of Regulation. *Journal of Law and Economics*, 19(2), 211-240.
- Reynaers, A. M. y Parrado, S. (2016). Responsive regulation in public-private partnerships: Between deterrence and persuasion. *Regulation & Governance*, 11(3), 269-281.
- Rodrik, D. (2009). The new development economics: We shall experiment, but how shall we learn? En J. Cohen y W. Easterly (Eds.), *What Works in Development?: Thinking*

- Big and Thinking Small *Thinking Big and Thinking Small* (pp. 24-47). Washington: The Brookings Institution.
- Sabatier, P. (1975). Social Movements and Regulatory Agencies: Toward a More Adequate: And Less Pessimistic: Theory of Clientele Capture. *Policy Sciences*, 6(3), 301-342.
- Sacco, R. (1991). Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law. *American Journal of Comparative Law*, 39(1), 1-34.
- Sacco, R. (1992). *Introduzione al diritto comparato*. (5.<sup>a</sup> ed.). Torino: UTET.
- Satterthwaite, M. (2012). Measuring human rights: indicators, expertise and evidence-based practice. *Proceedings of the Annual Meeting-American Society of International Law*, 106, 253-256.
- Solis, G. y Bayly, A. (2003). Educación pública: una mala receta para un pésimo plato. Por qué devolverle a los privados el control de la educación estatal. *Themis. Revista de Derecho*, (47), 255-265.
- Somma, A. (2004). Giochi senza frontiere. Diritto comparato e tradizione giuridica. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (nueva serie), XXXVII(109), 169-205.
- Somma, A. (2005). *Temi e problema di Diritto Comparato, Tecniche e valori nella ricerca comparatistica* (Tomo II). Torino: G. Giappichelli Editore.
- Somma, A. (2006). Tanto per cambiare... mutazione del diritto e mondializzazione nella riflessione comparatistica. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (nueva serie), XXXIX(116), 544-545.
- Spector, H. (2008). Constitutional transplants and the mutation effect. *Chicago-Kent Law Review*, 83(1), 129-145.
- Stigler, G. (1971). The Theory of Economic Regulation. *Bell Journal of Economics and Management Science*, 2(1), 3-21.
- United Nations Development Programme - UNDP. (2015). *United Nations. Human Development Report 2015: Work for Human Development*. Recuperado de [http://hdr.undp.org/sites/default/files/2015\\_human\\_development\\_report\\_0.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/2015_human_development_report_0.pdf)
- Wiese, P., y Saravia, G. (2014). *La corrupción por decreto*. Recuperado de <http://www.revistaideele.com/ideele/content/la-corrupci%C3%B3n-por-decreto>
- Zumbansen, P. (2005). Comparative Law's Coming of Age?: Twenty Years after Critical Comparisons. *Osgoode Hall Law School of York University*, 6(7), 1073-1084.
- Zweigert, K. y Kötz, H. (1998). *An Introduction to Comparative Law*. Oxford: Oxford Clarendon Press.