

DERECHO PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO



F U N D A D A E N 1 9 4 4

76

DERECHO ADMINISTRATIVO:
REGULACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS
Y COMPETENCIA



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FONDO
EDITORIAL

DERECHO PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

F U N D A D A E N 1 9 4 4

76
2016

**DERECHO ADMINISTRATIVO:
REGULACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS
Y COMPETENCIA**



**FONDO
EDITORIAL**

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

DERECHO PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

F U N D A D A E N 1 9 4 4

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú
Teléfono: (51 1) 626-2650
Fax: (51 1) 626-2913
feditor@pucp.edu.pe
www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

Derecho PUCP se registra en los siguientes catálogos, directorios y bases de datos: Dialnet, Worldcat, Primo Central, Latindex, Directory of Open Access Journals (DOAJ), JournalTOCS, BASE, CLASE, EbscoHost, Cengage Learning, Vlex, La Referencia y ALICIA (Concytec).

La revista *Derecho PUCP* es el vocero académico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y como tal busca dar cuenta del quehacer científico de los profesores y alumnos que integran su claustro, de una parte, y, de otra, está comprometida con el debate general de ideas publicando las reflexiones de connotados investigadores en el campo jurídico principalmente, pero no de manera exclusiva, en la medida en que siempre tendrán cabida las reflexiones interdisciplinarias y las producidas en las otras ciencias y artes. *Derecho PUCP* se publica semestralmente en los meses de junio y noviembre.

La versión electrónica de la revista está disponible en
<http://revistas.pucp.edu.pe/derechopucp>

Diseño de carátula e interiores: i design

Diagramación de interiores: Juan Carlos García M.

El contenido de los artículos publicados en *Derecho PUCP* es responsabilidad exclusiva de los autores.

Derechos Reservados. Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

ISSN: 0251-3420

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 95-0868

Registro del Proyecto Editorial: 31501361600477

Primera edición: junio de 2016

Tiraje: 300 ejemplares

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

EDITOR GENERAL

Abraham Siles Vallejos

CONSEJO EDITORIAL

Armando Guevara Gil

Catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Ana Teresa Revilla Vergara

Catedrática de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Betzabé Marciani Burgos

Catedrática de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Miguel David Lovatón Palacios

Catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Rómulo Morales Hervías

Catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Yvan Montoya Vivanco

Catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Fernando Sam Chec

Egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Marco Alonso Rodríguez Gamero

Egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Giorgio Brea Villanueva

Alumno de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Katia Vásquez Reyes

Alumna de la Pontificia Universidad Católica del Perú

EQUIPO EDITORIAL

Luis Mendoza Choque

Margarita Romero Rojas

CONSULTOR TEMÁTICO

Alberto Cairampoma Arroyo

ASISTENTE ADMINISTRATIVA

Manuela Fernández Castillo

CONSEJO CONSULTIVO

Alessandro Pizzorusso †

Universidad de Pisa

Antonio Ojeda Avilés
Universidad de Sevilla

Antônio Cançado Trindade
Universidad de Cambridge

César San Martín Castro
Corte Suprema de Justicia del Perú

Francisco Fernández Segado
Universidad Autónoma de Madrid

Héctor Fix Zamudio
Universidad Autónoma de México

Javier Pérez de Cuéllar
Pontificia Universidad Católica del Perú

Juan Gorelli Hernández
Universidad de Huelva

Juan María Terradillos Basoco
Universidad de Cádiz

Jutta Limbach
Universidad de Freiburg

Manuel Atienza
Universidad de Alicante

Néstor Pedro Sagüés
Universidad Complutense de Madrid

Pablo Lucas Verdú
Universidad Complutense de Madrid

Peter Häberle
Universidad de Freiburg

Tomás Salvador Vives
Universidad Complutense de Madrid

Umberto Romagnoli
Universidad de Bologna

CONTENIDO

LECCIÓN INAUGURAL

- 9 Gustavo Gutiérrez y su opción por los pobres y el Dios de la vida
Presentación de la Lección Inaugural del Año Académico 2016

ALFREDO VILLAVICENCIO RÍOS

- 11 Sobre democracia y justicia
Lección de Apertura del Año Académico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), expuesta el día 31 de marzo del año 2016 en el Auditorio de la Facultad de Derecho

R.P. GUSTAVO GUTIÉRREZ MERINO, O.P.

DERECHO ADMINISTRATIVO: REGULACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y COMPETENCIA

- 19 Los servicios de interés general en la Unión Europea
JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ

- 51 Servicios públicos y remunicipalización
JOAQUÍN TORNOS MAS

- 77 Teoría de la regulación (en especial, acerca de los fundamentos de la regulación)
ESTELA BEATRIZ SACRISTÁN

- 105 Competencia y regulación
HEBERT EDUARDO TASSANO VELAOCHAGA

- 123 Las comisiones de regulación en Colombia. Anatomía de una institución
JULIÁN ANDRÉS PIMIENTO ECHEVERRI

- 151 ¿Es posible hacer cumplir la ley sin sancionar? Aplicando de manera «responsiva» la regulación en el Perú, a propósito del caso de abogacía de la competencia sobre las barreras burocráticas en el mercado de servicios públicos
FRANCISCO OCHOA MENDOZA
- 181 El tratamiento de los servicios públicos en los arbitrajes de inversión: una propuesta desde la perspectiva del derecho administrativo global
JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ GONZÁLEZ
- 207 El monopolio en el servicio público de suministro de agua en España: conflictos y tutela
FRANCISCO JOSÉ VILLAR ROJAS
- 229 El acceso universal al agua potable. La experiencia peruana
ALBERTO CAIRAMPOMA ARROYO & PAUL VILLEGAS VEGA
- 251 Crisis y mutación del servicio público sanitario en España
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ
- 277 Regulación para lograr los objetivos públicos: el caso de los servicios públicos de Colombia
LUIS FERNEY MORENO
- 289 Naturaleza y funciones de la «Comisión Reguladora de Energía» tras la reforma energética
PAOLO SALERNO
- 305 ¿Regular o competir? El caso de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual de la República Argentina y el principio de proporcionalidad como criterio delimitador
ÓSCAR RAFAEL AGUILAR VALDEZ
- 339 La reingeniería del servicio público: el servicio universal de las telecomunicaciones
VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE

MISCELÁNEA

- 367 El principio constitucional de laicidad en Francia: a un año del atentado contra Charlie Hebdo

MILAGROS AURORA REVILLA IZQUIERDO

- 393 El delito de trata de personas como delito complejo y sus dificultades en la jurisprudencia peruana

YVAN MONTOYA VIVANCO

RESEÑAS:

1. Bibliográficas

- 423 Ximena Medellín Urquiaga: *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre derechos de las víctimas*. Washington D.C.: Fundación para el Debido Proceso, 2014

YVAN MONTOYA VIVANCO

2. Jurisprudenciales

- 431 Jurado Nacional de Elecciones, 8 de marzo de 2016
El caso Guzmán y los alambicados argumentos de los organismos electorales sobre la democracia interna y el derecho a la participación política

HEBER JOEL CAMPOS BERNAL

- 441 Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Sala Especializada en Protección al Consumidor, 20 de abril de 2015

La cláusula *ad corpus* y la compraventa de inmuebles para vivienda

WALTER VÁSQUEZ REBAZA

3. Tesis

- 451 Rolando Alarcón Claudet: *Etiquetado de alimentos transgénicos: problemática y recomendaciones para su implementación en el Perú*. Tesis de Licenciatura en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016

MARÍA DEL CARMEN ARANA COURREJOLLES

- 455 Guillermo Pardavé Reto: *Capacidad para celebrar tratados en el Perú y plenos poderes: el caso de los acuerdos comerciales*. Tesis de Licenciatura en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016

VÍCTOR SACO CHUNG

CRÓNICA DE CLAUSTRO

- 461 La enseñanza-aprendizaje del derecho de cara al futuro. Memoria del primer seminario internacional

AARÓN VERONA BADAJOZ

- 509 Crónica de Claustro

Gustavo Gutiérrez y su opción por los pobres y el Dios de la vida

Presentación de la Lección Inaugural del Año
Académico 2016

ALFREDO VILLAVICENCIO RÍOS*

Distinguidos miembros de la Mesa, apreciados y apreciadas integrantes de nuestra Comunidad Universitaria, señoras y señores:

Para la Facultad de Derecho es un inmenso honor que el padre Gustavo Gutiérrez imparta la lección inaugural de este año académico y que lo haga sobre democracia y justicia, temas de gran trascendencia e importancia siempre, pero especialmente en el contexto electoral en el que nos encontramos como país. Y es un inmenso honor tenerlo en nuestro claustro porque, como el propio padre Gutiérrez escribiera en su hermoso libro *Entre las calandrias* —dedicado al pensamiento de José María Arguedas—, su obra, la de Gustavo Gutiérrez, nos sigue interpelando. Nos confronta con una realidad no solo injusta y desigual, sino poblada de injusticias y desigualdades manifiestas y claramente remediabiles en nuestro entorno, las cuales quisiéramos y debiéramos superar, siguiendo la línea de pensamiento de Amartya Sen y del propio padre Gutiérrez.

Por ello, su vasta y fecunda obra no se limita a referirnos un estado de cosas, una situación existente, ni se reduce a una simple reflexión teórica. Su obra, toma como punto de partida la realidad, la analiza desde las ciencias sociales, la filosofía, la psicología y, por supuesto, la teología, para entender el mundo en su máxima complejidad, y para denunciar las iniquidades e inequidades, rompiendo con posturas conformistas, para asumir un compromiso vital con la vida de los últimos, aquellos que para los evangelios serían los primeros. Por ello, su pensamiento y obra —esta perfecta coherencia, para robarle una bella expresión al poeta Luis Hernández— son los de un hombre comprometido que entiende, con meridiana lucidez, que no es posible separar la vida de la fe, y opta de manera clara y sin ambages por el Dios liberador del que habla Arguedas en su texto *¿Último diario?* Qué lejos está del hombre sin vínculos del que nos habla Zygmunt Bauman en esta sociedad líquida, qué lejos está quien propugna, en una hermosa expresión, «no el consuelo que adormece, sino el que libera y todo lo ilumina y enciende».

Desde este compromiso, que se expresa mucho en una opción preferencial por los pobres, con sus carencias y dolores, pero también

* Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla. Correo electrónico: alfredo.villavicencio@pucp.pe

con su cultura y sus propios valores: sus maneras de pensar, creer, luchar por la vida, el padre Gutiérrez irrumpe como una voz fresca, nueva, poderosa, vital, profundamente arraigada en el pueblo latinoamericano. Su voz rompe radicalmente con el colonialismo teológico de América Latina, que acogía acríticamente la reflexión teológica principalmente europea, creando, construyendo una teología de hondo arraigo bíblico que se irradia a todo el mundo no solo geográficamente, sino también teológicamente. Una teología que trasciende el campo de la religión católica para ingresar al de otras religiones, particularmente la judía y la musulmana.

Parafraseando a Julio Ramón Ribeyro, cuando diferencia la sabiduría de la erudición, en el caso del padre Gutiérrez, sus lecturas, sus experiencias se encuentran en fermentación y engendran continuamente nueva riqueza. Es un conocimiento que crea conocimiento y no uno que simplemente agrega o superpone conocimiento. Así, coloca al Perú, primero en América Latina y luego en el mundo entero, alrededor de una Iglesia (para decirlo en sus propios términos) consciente de la necesidad de construir una paz basada en la justicia para todos y, en especial, para quienes hoy sufren más el despojo y el maltrato. A esta teología no le es ajena ninguna dimensión humana, pero, sobre todo, sabe que la vida, y no la muerte, es la última palabra de la historia.

Es, qué duda cabe, uno de nuestros escasos pensadores universales y, para mayor orgullo, es el más dilecto hijo de nuestra universidad, de la que ha sido alumno, profesor y es actualmente doctor honoris causa. No me voy a detener en sus numerosos estudios en San Marcos, en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en Lovaina, en Lyon, ni en su obra amplia, profunda y viva, que todos debemos conocer, ni en los múltiples reconocimientos que ha recibido en todos los confines del mundo. Permítanme solo culminar esta breve presentación refiriendo una breve leyenda africana relatada por Eduardo Galeano, que refiere que un rey convoca a sus tres hijos a la sala de la casa y les anuncia que ha decidido que quien llene esa habitación será su sucesor. El hijo mayor lo intenta toda la mañana recogiendo toda la maleza que encuentra, pero solo consigue llenar la mitad de la sala. Lo mismo le sucede por la tarde al segundo hijo que trata de hacerlo con arena. Finalmente, cuando el día concluía, le toca hacerlo al tercero. Este último encendió una vela y consiguió llenar la habitación.

Muchas gracias querido padre Gustavo Gutiérrez por su fecunda vida y obra, muchas gracias querido padre Gustavo Gutiérrez por su ejemplo sin par, y muchas gracias querido padre Gustavo Gutiérrez por haber aceptado impartir la lección inaugural de este año académico en nuestra Facultad de Derecho.

La palabra es suya.

Sobre democracia y justicia

Lección de Apertura del Año Académico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, expuesta el día 31 de marzo del año 2016 en el Auditorio de la Facultad de Derecho

R.P. GUSTAVO GUTIÉRREZ MERINO, O.P.*

En primer lugar, quiero agradecer la invitación a compartir algunas reflexiones esta mañana aquí en este ámbito de la Facultad de Derecho. Gracias por esta invitación, gracias también al señor Decano por su presentación. Por momentos, me sentí un poco incómodo, pero en fin —ya saben en qué sentido, no en uno malo, sino bueno—.

Quisiera, entonces, enfocar el tema que me ha sido propuesto pensando mucho en el país. Yo llevo cerca de nueve décadas dando vueltas alrededor del sol y todavía me llama la atención lo poco que los peruanos nos conocemos. Es algo frecuente. Claro, se nombrarán excepciones —siempre hay excepciones—, pero me parece uno de los grandes males del país.

I. DISTINTOS Y DISTANTES

El nuestro es un país desigual y lleno de desencuentros históricos. No voy a hacer la enumeración de esto, naturalmente, pero creo que hay algo que vemos en estos mismos meses, unos se alegran y otros se sienten orgullosos de que esté teniendo lugar la cuarta elección presidencial democrática consecutiva, pero el nuestro es un país que va a cumplir doscientos años como República democrática, no sé si hay razones para estar muy orgullosos.

Norberto Bobbio decía que la democracia supone que todos tomen parte en las decisiones que conducen a la sociedad al saber quiénes toman esas decisiones, por qué lo hacen y dónde. Es decir, no hay que olvidar que la democracia no se satisface con formalidades, sino que exige un sentido más hondo y una fecunda igualdad en derechos de sus habitantes. Una buena parte de nuestra población, por su fragilidad, por el olvido en que ha vivido desde hace mucho tiempo, no cuenta mucho en el país. El informe de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación lo dejó muy claro.

* Profesor emérito del Departamento de Teología de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Notre Dame (Estados Unidos). Iniciador de la Teología de la Liberación. Premio «Príncipe de Asturias» de Comunicación y Humanidades (2003). Correo electrónico: gutierrez33ster@gmail.com

Las primeras y más numerosas víctimas de la violencia criminal de esos años pertenecen a esos sectores. Dos tercios de ellos forman parte del Perú profundo, indígena, de personas que viven muy al margen de la vida que se da en los lugares centrales del país. La desigualdad es una de las mayores trabas para una convivencia democrática y justa, además de ser un factor que crea pobreza. Somos un país de enormes desencuentros históricos y de profundas desigualdades sociales. Distintos y distantes entre nosotros, los peruanos tenemos una tarea: la de hacer de nuestro país una nación para todos. Es decir, que los nacidos en ella —de allí viene la palabra nación— vean respetada su dignidad personal, su diversidad cultural, sus más elementales derechos. Eso sería ir a la raíz de nuestros problemas.

Ilustres intelectuales y políticos peruanos han tenido, a lo largo del siglo XX, frases brevísimas —muchas veces citadas— que intentan definir el Perú, dichas frases fueron enunciadas por personas que provienen de diferentes esquinas ideológicas. «Mendigo sentado en un banco de oro» es la expresión que se le atribuye a Raimondi y que no nos retrata favorablemente. Francisco García Calderón creó un término juntando cuatro palabras: «El Perú es un país indoafrosinoibero», subrayaba así la diversidad del país. Luis Alberto Sánchez hablaba del Perú como un «país adolescente», lo que hace pensar que ya es tiempo de que maduremos. Jorge Basadre habla de un Perú «oficial, legal» y de un «Perú profundo», una división que se mantiene todavía y, además, veía al Perú como «un problema y una posibilidad», una tarea necesaria, pero no fácil.

Alguien de importante presencia en esta casa, Víctor Andrés Belaunde, decía que «la peruanidad es una síntesis viviente», una diversidad que va hacia la unidad, lo cual hace referencia al mestizaje, aunque no exclusivamente a él.

José Carlos Mariátegui afirmaba que «la unidad peruana está por hacer», estamos en proceso, en largo proceso. Más cerca de nuestro tiempo, José María Arguedas —citado por el Decano— decía que «el Perú es un país impaciente por realizarse» y enunciaba su emotiva expresión tan mencionada: «el Perú es un país de todas las sangres». Lo que impresiona de todas estas opiniones —de personas comprometidas y con amor por el país, como se decía antes— es que ven un país inmaduro, que está todavía en proceso de encontrarse a sí mismo. Todo esto no niega ciertos avances, a menudo parciales, pero se trata todavía de una tarea abierta.

II. LA POBREZA COMO REALIDAD COMPLEJA Y ÉTICA

Sin duda, la pobreza, la marginación de una alta proporción de habitantes de nuestro país, es uno de los mayores lastres para vivir en democracia.

13

SOBRE
DEMOCRACIA
Y JUSTICIA.
LECCIÓN DE
APERTURA DEL
AÑO ACADÉMICO
DE LA FACULTAD
DE DERECHO DE
LA PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL
PERÚ

Pero, claro está, se trata de una situación que va más allá de nuestras fronteras. Es horroroso pensar que, como lo ha hecho saber la Secretaría de Naciones Unidas, existen hoy en el mundo cerca de 900 millones de personas que padecen hambre. Tal vez no haya algo peor que eso en una vida, sus consecuencias son demoledoras e inhumanas. Vivimos en un momento de cambios rápidos y sorprendentes, se van superando muchas situaciones, lo que nos hace decir que estamos viviendo tiempos posmodernos, postindustriales, postsocialistas, poscapitalistas y otros «post». Pero, desgraciadamente, no podemos hablar de «pospobreza».

Por esa razón, la pobreza es un tema incisivo y permanente en el magisterio del papa Francisco. No se trata solo de un problema social, es un problema humano o, más bien, inhumano y una realidad contraria al mensaje cristiano. Realidad que ha sido calificada de «antievangélica» por el episcopado latinoamericano. La pobreza en el continente fue el gran tema de la Conferencia Episcopal realizada en Medellín, el año 1968. Es importante notar que dicha asamblea no se limitó a referirse a la pobreza monetaria, por importante que ella sea. La Conferencia entiende también por pobreza, y esto es relevante para nosotros en el Perú, la condición de personas marginadas por otros motivos (culturales, la condición femenina, raciales, orientación sexual) que las convierten en seres insignificantes, socialmente hablando, «desechables» e invisibles, como lo recuerda y denuncia el papa Francisco a cada paso. En efecto, la pobreza tiene varios rostros, pero, en el fondo, una realidad común; como dice Hannah Arendt, el pobre es aquel que no tiene derecho a tener derechos.

En la Conferencia de Medellín se consideró la pobreza como una «violencia institucional», en tanto negación, en la práctica, de los derechos humanos y desconocimiento de la dignidad de toda persona humana. Esta afirmación no dejó de llamar la atención e impactó a muchos, quienes la consideraban inapropiada y no avalada por las disciplinas sociales. No obstante, un año después, un gran especialista en temas de paz, que venía estudiando este asunto, el noruego Johan Galtung, presentó la distinción entre «violencia directa o física» y «violencia estructural», o institucional. La segunda, es provocada por las estructuras socioeconómicas y confirma y legitima, con razones filosóficas, religiosas y otras, la violencia física, marginando y maltratando personas. Por ello, esta violencia estructural es, para Galtung, peor que la violencia física misma. Eso es la pobreza: una violencia institucional, instalada en la vida en sociedad al mismo tiempo que minándola. Por ello resulta tan grave y persistente. Es una cuestión de justicia —sin la cual no hay paz— y de ética. Superar esta situación es una exigencia humana y cristiana que no podemos evadir.

¿Tiene la ética algo que decirle al mundo de la economía? La pregunta habría sorprendido a filósofos y teólogos del siglo XVI y hasta al propio Adam Smith, quienes se habían ocupado de los asuntos que planteaba el capitalismo naciente. Un caso interesante es el de John Maynard Keynes, un gran nombre del liberalismo económico dominante hoy y de renovada presencia en este campo. En 1930 publicó una conferencia ofrecida dos años antes en España bajo el título de «Economic possibilities for our grandchildren» (Keynes, 1972). En dicha conferencia afirma, con impresionante lucidez y a propósito del capitalismo, lo siguiente: «Cuando la acumulación no tenga tanta importancia social [...] podremos librarnos de muchos principios pseudomorales que hemos tenido sobre nosotros por doscientos años [...] El amor al dinero como posesión [...] será reconocido como lo que es, algo morboso y desagradable» (p. 329). Neto y claro.

Sin embargo, Keynes considera que llegará el momento en que se podrá llamar a las cosas por su verdadero nombre: «que la avaricia es un vicio, que la práctica de la usura es un delito y el amor al dinero, algo detestable» (pp. 330-331). Pero advierte, «Cuidado. No estamos todavía en ese momento. Por lo menos durante unos cien años debemos fingir entre nosotros y ante todos los demás, que lo justo es malo, y que lo malo es justo» (p. 331). La razón —o sinrazón, más bien— es que considera que «lo injusto es útil y lo justo no lo es. La avaricia, la usura y la precaución deben ser nuestros dioses por un poco más de tiempo» (p. 331). Impresionante y, a la vez, muy actual, ¿verdad? Es una mezcla de sinceridad y cierto cinismo. ¿Nos quedan catorce años para seguir mintiendo y fingiendo que «lo justo malo y que lo malo es justo»?

III. JUSTICIA Y LEGALISMO

Como es sabido, el papa Francisco ha propuesto un año dedicado al tema de la misericordia. No se trata de algo que pertenezca solo al campo religioso o a sentimientos generosos ajenos a las pautas de la vida en sociedad, es todo lo contrario. Francisco considera que es importante «recordar la relación existente entre justicia y misericordia. No son dos momentos contrastantes entre sí, sino dos dimensiones de una única realidad» (2015, p. 12) que se enriquecen mutuamente. Efectivamente, la palabra *miseri-cordia* expresa una actitud hondamente humana: tener «el corazón en el pobre, en el necesitado», lo cual puede expresarse de modos diversos. De otro lado, Francisco valora la justicia en tanto que es «un concepto fundamental para la sociedad civil cuando, normalmente, se hace referencia a un orden jurídico a través del cual se aplica la ley» (p. 12). Pero, en seguida, advierte que es fácil «caer en el legalismo, falsificando su sentido originario y oscureciendo el profundo valor que la justicia tiene» (p. 13). Una confusión que maltrata personas y que ahoga su desarrollo como personas.

15

SOBRE
DEMOCRACIA
Y JUSTICIA.
LECCIÓN DE
APERTURA DEL
AÑO ACADÉMICO
DE LA FACULTAD
DE DERECHO DE
LA PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL
PERÚ

El papa apunta a lo personal, a lo humano, meta que pueda hacer más complejas las cosas, pero, finalmente, más auténticas. Hay que respetar las leyes, pero sin olvidar que pretenden ayudar a la convivencia entre los seres humanos. Una cosa es el legalismo y otra la justicia. «Primero la gente», como dice Amartya Sen hablando de economía. Solo las leyes no hacen la democracia, el respeto mutuo, la amistad y la cohesión de una comunidad son necesarios.

El mundo legal es importante, debemos tenerlo en cuenta, pero es necesario ir más allá. En el Evangelio de Mateo, capítulo 20, hay un texto (que tiene dos mil años de antigüedad) que es conocido como la parábola de los trabajadores de la viña. El propietario de una viña sale a una plaza, muy de mañana, a buscar labradores para su viña. Los contrata y queda con ellos en que les pagará un denario. Vuelve a salir al mediodía y hace el mismo trato con otro grupo. Por último, sale una hora antes de que anochezca (a la hora undécima) y encuentra todavía a otros trabajadores. El propietario les pregunta: «¿y ustedes qué hacen ahí? ¿Por qué no están trabajando?», le responden: «Porque nadie nos ha contratado». El propietario los lleva a trabajar a la viña. Llega el momento de la paga y a todos se les da un denario. Los que estaban trabajando todo el día protestan porque reciben el mismo pago que los que lo hicieron solo una hora. El propietario les dice: «No tengan ojo malo», es decir, de envidia, «no he cometido una injusticia, les he dado lo que habíamos acordado».

Sucede que, más allá del contrato y de sus horas de trabajo, aspectos que distinguen a unos de otros, hay que tener en cuenta a las personas. Todos tienen las mismas necesidades para su sustento y el de sus familiares y tienen los mismos derechos que los que trabajaron desde la primera hora. Eso los iguala con los otros, los trabajadores de la hora undécima merecen el mismo salario. En eso piensa el propietario de la viña y por ello rechaza la protesta que recibe. Esta parábola jugó un papel en la defensa de las poblaciones originarias de lo que, en el siglo XVI, se llamaba las Indias.

Uno de los argumentos de canonistas y teólogos de la época para afirmar que los habitantes de estas tierras eran inferiores a los europeos, apelaba al hecho de que el Evangelio llegó a Europa quince siglos antes que a las Indias; por consiguiente, los europeos eran los preferidos de Dios y eso les daba, también, el derecho de apropiarse de las tierras y riquezas de este continente. Bartolomé de las Casas responde con la parábola de los trabajadores de la viña y sostiene que la población indígena se asemeja a los trabajadores de la hora undécima; el Evangelio les llega más tarde, pero no son culpables de eso y merecen un salario completo, porque tienen los mismos derechos que los europeos, son iguales a ellos e igualmente amados como hijas e hijos por Dios. La justicia va más lejos

que lo formal. El Evangelio de Marcos nos transmite una frase de Jesús que desborda una concepción estrecha del ámbito religioso al observar que «el sábado se ha instituido para el ser humano y no el ser humano para el sábado» (2, 27). Primero las personas.

Permítanme dirigir algunas palabras a los jóvenes, a los estudiantes que han tenido la amabilidad de estar aquí presentes. Las personas mayores acostumbran decirle a los jóvenes lo siguiente: «Ustedes son la esperanza del país». A mi generación se lo dijeron también a mitad del siglo pasado y lo he seguido oyendo. También lo he dicho yo, y lo seguiré haciendo, porque encierra algo cierto, pero la experiencia me ha dictado un pequeños agregado, obvio por lo demás. Debo reconocer que haber asistido —a lo largo de los años— al abandono de los ideales de solidaridad y de convivencia democrática de quienes, en un momento temprano de sus vidas, los habían acogido con entusiasmo ha sido aleccionador. Por ello, sin escepticismo, más bien con renovada confianza y con todo respeto por sus decisiones y libertad personal, me permito decirles lo siguiente: ustedes son la esperanza del país según lo que hagan de sus vidas. Está en sus manos.

Gracias.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Francisco (2015). *Misericordiae Vultus*. Vaticano: Libreria Editrice Vaticana. Recuperado de https://w2.vatican.va/content/francesco/es/apost_letters/documents/papa-francesco_bolla_20150411_misericordiae-vultus.pdf.

Keynes, John Maynard (1972). Economic possibilities for our grandchildren. En *Essays in Persuasion. The Collected Writings of John Maynard Keynes*, volumen IX (pp. 321-332). Londres: Macmillan for the Royal Economic Society. http://dx.doi.org/10.1007/978-1-349-59072-8_25

DERECHO ADMINISTRATIVO: REGULACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y COMPETENCIA

DERECHO
PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

Los servicios de interés general en la Unión Europea

Services of general interest in the European Union

JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ*

Resumen: (i) Desde los años ochenta, la Unión Europea ha impulsado la incorporación de los servicios *económicos* de interés general al mercado interior. Las normas europeas han liberalizado y armonizado el régimen jurídico de los grandes sectores económicos. Se han alcanzado progresos apreciables en la integración europea, pero el mercado interior sigue sin ser una realidad acabada. (ii) En cambio, los servicios *sociales* son competencia de los Estados miembros. No están sujetos a las reglas del mercado interior, aunque sí a las normas generales del Tratado.

Palabras clave: servicios de interés general – servicios públicos – regulación – competencia

Abstract: (i) Since the eighties, the European Union has implemented a policy aimed to achieve that the services of general economic interest are truly integrated in the internal market. To this end, European regulation has liberalized and harmonized the legal framework of the main economic sectors. Significant progress towards European integration has been achieved. However, the internal market is still not truly effective. (ii) Conversely, non-economic services are primarily the responsibility of Member States. They are not covered by the internal market rules, although the general provisions of the Treaty are to be applied.

Key words: services of general interest – public services – regulation – competition

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. SU DELIMITACIÓN.– III. DISTINCIÓN ENTRE LOS SERVICIOS ECONÓMICOS Y SOCIALES.– IV. ALCANCE DE LAS COMPETENCIAS DE LA UNIÓN EUROPEA.– V. SERVICIOS ECONÓMICOS: SU SUJECCIÓN A LAS REGLAS DEL MERCADO INTERIOR.– VI. POSIBLE INAPLICACIÓN DE LAS NORMAS DE LOS TRATADOS PARA GARANTIZAR OBJETIVOS DE INTERÉS GENERAL.– VII. INTEGRACIÓN POSITIVA: APROXIMACIÓN LEGISLATIVA.– VIII. SERVICIOS SOCIALES: NO SUJECCIÓN A LAS NORMAS DEL MERCADO INTERIOR.– IX. CONCLUSIONES.– X. BIBLIOGRAFÍA.

* Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Valladolid (España). Correo electrónico: laguna@der.uva.es

I. INTRODUCCIÓN

Desde los años ochenta, la Unión Europea (UE) ha desarrollado una política activa de incorporación de los *servicios económicos de interés general* (SIEG por sus siglas en francés) al mercado interior (Laguna de Paz, 2009, pp. 227ss.). Se trata de servicios que satisfacen necesidades esenciales de los ciudadanos (energía, transportes, sector postal, etcétera) (Martínez López-Muñoz, 1999, p. 145). Además, sus prestaciones son el soporte para la realización de la mayor parte de las actividades productivas (telecomunicaciones, servicios financieros, etcétera). De ahí que tengan una influencia directa en la competitividad, la localización de inversiones y el bienestar general. En realidad, la incorporación de los SIEG al mercado interior estaba ya prevista en el artículo 86 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (1957), que como regla exigía su sujeción a las normas del Tratado (actual artículo 106.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante TFUE) (Buendía Sierra, 2000). No obstante, durante décadas, la mayor parte de estos servicios fueron prestados en régimen de derechos exclusivos, con frecuencia, encomendados a empresas públicas. Su incorporación al mercado interior requería, pues, un fuerte impulso político, favorecido por la globalización económica y el desarrollo tecnológico.

Más aun, a partir de los años noventa, la Comisión Europea amplía su enfoque a los *servicios de interés general* (SIG), que incluyen a los llamados servicios sociales (sanidad, educación, seguridad social, servicios asistenciales). La cuestión es que estos servicios no se organizan prioritariamente como actividades económicas, ya que priman los criterios de solidaridad y cohesión social. Esto explica que no se apliquen a estos principios las reglas del mercado interior. La intervención de la UE en relación con los SIG ha tenido que vencer no pocas resistencias. En muchos sectores de la izquierda europea, se veía con recelo la liberalización de los mercados. A ello se sumaban las posiciones nacionalistas, que se oponían a que los Estados miembros cedieran más poderes a la UE. Esto ha exigido la búsqueda de un nuevo equilibrio político, el cual se refleja en el actual TFUE. En síntesis, puede decirse que se han sentado las bases normativas para la sujeción de los servicios económicos al mercado interior. Los progresos en la integración europea son significativos, pero el mercado interior sigue sin ser una realidad plenamente efectiva (Laguna de Paz, 2009). En gran medida, ello se debe al protagonismo que tienen las autoridades nacionales en el desarrollo y ejecución de la normativa europea. Al mismo tiempo, se ha afirmado la competencia estatal en relación con los servicios sociales.

El análisis del papel que juega la UE en relación con los SIG requiere partir de su precisa delimitación, ya que no es este un concepto que proceda de las tradiciones jurídicas de los Estados miembros, sino del Derecho comunitario europeo (sección II). A partir de aquí, es preciso

establecer el criterio de distinción entre los servicios económicos y los sociales (sección III), ya que el alcance de las competencias de la UE es distinto en ambos casos (sección IV). Como hemos adelantado, los servicios económicos se sujetan a las reglas del mercado interior (sección V), las cuales —no obstante— pueden ser excepcionadas cuando ello sea imprescindible para garantizar el cumplimiento de los objetivos de interés general que tengan encomendados (sección VI). En la práctica, sin embargo, la aproximación de las legislaciones nacionales resulta esencial para la efectividad de las libertades europeas (sección VII). En otro caso, la disparidad legislativa impediría la construcción efectiva del mercado interior. Por último, los servicios sociales no están sujetos a las libertades comunitarias, pero sí a las reglas generales del Tratado (sección VIII).

II. SU DELIMITACIÓN

Los SIG son *prestaciones esenciales*, que no pueden faltar a los ciudadanos, en adecuadas condiciones de calidad y precio. En la mayor parte de los casos, el mercado garantiza su prestación. Ahora bien, cuando no sea así, los poderes públicos deben asegurarla a través del medio de intervención más apropiado. En este sentido, los SIG *no son tanto un régimen jurídico, cuanto un título de intervención*. No obstante, la *praxis comunitaria* —durante años muy vinculada a la aplicación del artículo 106.2 del TFUE— ha tendido a equiparar los SIEG con aquellos a los que se imponen obligaciones de servicio público. Este precepto habla de «empresas *encargadas* de la gestión de servicios de interés económico general» que deben poder llevar a cabo «la *misión específica* a ellas confiada». En este sentido, el Libro Verde define a los SIG como servicios «que las autoridades públicas consideran de interés general y están sometidos a obligaciones específicas de servicio público» (Comisión de las Comunidades Europeas, 2003, §16). A su vez, se suele denominar SIEG, a:

[...] aquellos servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general. Por consiguiente, entran dentro de este concepto ciertos servicios prestados por las grandes industrias de redes, como el transporte, los servicios postales, la energía y las comunicaciones. Sin embargo, esta expresión abarca igualmente otras actividades económicas sometidas también a obligaciones de servicio público (§17).

En esta misma línea, los pronunciamientos judiciales que aplican el artículo 106.2 del TFUE parecen equiparar el establecimiento de un SIEG con la imposición de obligaciones de servicio público («la seguridad de suministro de electricidad constituye un motivo de interés

económico general que puede justificar la institución de un SIEG», Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), 2014e, §§123, 130).

En nuestros días, los SIEG han adquirido un carácter central que trasciende la simple aplicación del artículo 106.2 del TFUE y culmina con su calificación como valores comunes de la UE (TFUE, artículo 14). Las competencias comunitarias son más limitadas en relación con los servicios sociales, pero no por ello dejan de estar sometidos a los Tratados, lo que explica que se hable de los SIG en su conjunto. Esto explica que el concepto de SIEG *no pueda limitarse a aquellos que tengan encomendadas obligaciones de servicio público*. La producción de energía eléctrica es un SIEG, con independencia de que, en la situación concreta, sea o no precisa la imposición de obligaciones de servicio público. En definitiva, los SIG son prestaciones que no comportan el ejercicio de potestades públicas (TJUE, 1994, §30: control y la policía del espacio aéreo; TJUE, 1997b, §§22-23: vigilancia anticontaminación del medio marino; TJUE, 2012c), que satisfacen *necesidades esenciales* de los ciudadanos. En lo posible, deben llevarse a cabo en régimen de competencia, en su caso, corregida con obligaciones de servicio público (Comisión de las Comunidades Europeas, 2003, §24). No obstante, en algunos casos, deberán organizarse en régimen de derechos exclusivos (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001, §25), especialmente cuando se trate de monopolios naturales o actividades basadas en el principio de solidaridad.

III. DISTINCIÓN ENTRE LOS SERVICIOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

Los SIG se dividen en *servicios económicos y sociales*. La distinción entre unos y otros no es sencilla (Jones & Sufrin, 2004, pp. 533-534). La razón está en que todos los SIG son actividades económicas, incluidos los sociales. Al mismo tiempo, al tratarse de actividades esenciales, todos los servicios tienen una marcada dimensión social, incluidos los económicos (TJUE, 1999a, §86; 2000c, §118; 2002, §37; 2009a, §42). A ello hay que añadir que la calificación de los servicios es cambiante, ya que depende de su régimen jurídico. De hecho, un «número cada vez mayor de actividades ha adquirido relevancia económica a lo largo de las últimas décadas, al tiempo que se difuminaba esta distinción para un número cada vez mayor de servicios» (Comisión de las Comunidades Europeas, 2003, §45). No hay, pues, servicios que por naturaleza pertenezcan a una u otra categoría, sino que, como decimos, todo depende de su régimen jurídico.

Así las cosas, *el criterio de distinción es si su prestación está presidida por el ánimo de lucro, en cuyo caso estamos ante servicios económicos, o por el principio de solidaridad, que nos lleva al terreno de los servicios sociales*. (i) Los

servicios económicos, prioritariamente, se organizan sobre la base del principio de eficiencia económica (telecomunicaciones) (Laguna de Paz, 2010), corregida para la atención de objetivos de interés general (desde la interconexión de las redes hasta la necesidad de prestar el servicio en las zonas no rentables). (ii) En cambio, los servicios no económicos se organizan sobre la base de criterios de cohesión social y de solidaridad. En algunos casos, se parte del carácter no rentable de la actividad (asistencia social), mientras que —en otros— las consideraciones de interés general se imponen sobre su repercusión económica (sanidad, educación). Esto explica que, por ejemplo, un fondo de pensiones que se articule sobre la base del principio de capitalización se califique como un servicio de carácter económico, mientras que —si descansa sobre la base de criterios distributivos— tendrá una consideración social. El principio de solidaridad predomina en un seguro laboral obligatorio, financiado por una cuota fija que pagan todos los trabajadores, que no toma en cuenta los específicos factores de riesgo de cada uno de ellos (edad, salud, puesto de trabajo), ni comporta una correspondencia entre las cotizaciones abonadas y las prestaciones y cobertura garantizadas (TJUE, 2011a, §§47-52).

La consecuencia es que, en general, los servicios económicos son costeados por los usuarios, lo que no excluye que el principio de solidaridad pueda jugar también, en una u otra medida, un rol —subsidiario cruzado de unos grupos por otros (TJUE, 1997d; 2002; 2000c), o aportaciones públicas—. En cambio, los servicios no económicos, en general, requerirán ser financiados con fondos públicos, lo que no impide que también puedan estar sujetos a una contraprestación económica, a cargo de los usuarios.

Desde estos presupuestos, la jurisprudencia europea ha ido calificando el carácter económico o social de los servicios de manera *casuística*, a la vista del régimen jurídico en cada caso aplicable. Así, no ha considerado servicios económicos las siguientes actividades: enseñanza secundaria¹ o superior financiada con fondos públicos²; seguro obligatorio de enfermedad³ o de accidentes laborales y enfermedades profesionales⁴.

1 Según el TJUE, la enseñanza secundaria no es una actividad económica que se desarrolle a cambio de una remuneración y, por tanto, no es un servicio (1988).

2 Según el TJUE (1993d), (i) Los cursos impartidos en un *centro de enseñanza superior financiado de manera predominante con fondos públicos* no constituyen servicios (§19); (ii) en cambio, los centros financiados con fondos privados, que persiguen un beneficio mercantil, constituyen servicios.

3 Según el TJUE (1993a), las Cajas del Seguro de enfermedad son entidades gestoras del seguro obligatorio de enfermedad y de vejez, que se basan en el principio de solidaridad nacional, carecen de finalidad lucrativa, persiguen un objetivo exclusivamente social y no ejercen una actividad económica. Asimismo, (i) en Alemania, la gestión del seguro obligatorio de enfermedad se encomienda a entes públicos (AOK), que actúan en régimen de autonomía, pero dentro de un marco general de solidaridad entre todas ellas; (ii) las AOK no realizan una actividad económica: colaboran en la gestión del sistema de seguridad social, sin ánimo de lucro y en base al principio de solidaridad (TJUE, 2004a, §§54-55).

4 Según el TJUE (2002a), (i) INAIL es una entidad pública, a la que la ley encomienda la gestión de un régimen de *seguro de accidentes laborales y enfermedades profesionales*; (ii) no obstante, INAIL

En cambio, en general, las instituciones comunitarias califican como servicios económicos —además de los tradicionales servicios públicos (*utilities*)—, las actividades reguladas de interés general (Jones & Sufrin, 2004, pp. 570-571): radiotelevisión (TJUE, 1991b); servicios postales (TJUE, 1993c; 2000a); seguros (TJUE, 1995a); seguro de reembolso complementario de los gastos de asistencia sanitaria (TJUE, 2011a, §§47-52); prácticos de puerto (TJUE, 1998b); tratamiento de material de desecho (TJUE, 1998c); fondos sectoriales de pensiones (TJUE, 1999a); gestión de residuos de la construcción (TJUE, 2000b); ambulancias (TJUE, 2001d), agencias de viajes (TJUE, 1989), etcétera. No obstante, una vez más, hay que advertir que no hay actividades que *per se* puedan calificarse como económicas y sociales, ya que todo depende de su régimen jurídico.

IV. ALCANCE DE LAS COMPETENCIAS DE LA UNIÓN EUROPEA

La distinción entre los servicios económicos y sociales es relevante, ya que *el alcance de las competencias de la UE es distinto en relación con unos y otros*. No hay que olvidar que la UE tiene competencias de atribución (Tratado de la Unión Europea (TUE), artículos 5.1 y 5.2), por lo que toda competencia que no le haya sido asignada corresponde a los Estados miembros (TUE, artículos 4.1. y 5.2. *in fine*). Además, la UE debe ejercer sus atribuciones de acuerdo con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (TUE, artículo 5).

En cuanto a actividades económicas, los SIEG *forman parte del mercado interior*, aunque con una posición singular. El artículo 14 del TFUE declara que ocupan un lugar destacado entre los valores comunes de la UE, al tiempo que contribuyen a la cohesión social y territorial. Los objetivos a preservar son, pues, «un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios» (TFUE, protocolo 26, artículo 1). El propio artículo 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) (Martín-Retortillo Baquer, 2003, pp. 493 ss.) reconoce y respeta el acceso a los SIEG con el fin de promover la cohesión social y territorial. De ahí que la UE y los Estados miembros deban velar por que los SIEG actúen con arreglo a principios y condiciones, «en particular económicas y financieras», que les permitan cumplir su cometido (TFUE, artículo 14).

no realizaba una actividad económica, sino social: el régimen de seguros se basa en el principio de solidaridad, a su vez, soportado por la obligatoriedad de la afiliación; la actividad de INAIL es controlada por el Estado, que fija el importe de cotizaciones y prestaciones. Asimismo, la *caja profesional gestiona el seguro obligatorio de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, de acuerdo con el principio de solidaridad (TJUE, 2009a).

25

LOS SERVICIOS DE
INTERÉS GENERAL
EN LA UNIÓN
EUROPEASERVICES OF
GENERAL INTEREST
IN THE EUROPEAN
UNION

Así las cosas, (i) los SIEG caen dentro de las atribuciones *exclusivas* de la UE para «el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior» (TFUE, artículo 3.1). (ii) Los SIEG se incluyen también en las competencias *compartidas* entre la UE y los Estados miembros en materia de mercado interior (TFUE, artículo 4.2.). No obstante, estas atribuciones se encomiendan a la UE para la consecución del mercado interior. Esto explica que las libertades de establecimiento y de prestación de servicios no se apliquen cuando todas las facetas de la actividad se limitan a un único Estado miembro. Lo mismo sucede con las normas europeas de defensa de la competencia, cuya aplicación requiere que la actuación pueda afectar de manera sensible al comercio entre los Estados miembros, lo que no suele suceder en los servicios locales (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001, §§31-33).

En este marco, el Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, mediante reglamentos, los principios y condiciones del régimen jurídico de los SIEG, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, «sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los Tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios» (TFUE, artículo 14, *in fine*; véase también Sarmiento, 2010, pp. 265-266). Se reconoce, pues, la amplia discrecionalidad que corresponde a los Estados «para prestar, encargar y organizar los servicios de interés económico general lo más cercanos posible a las necesidades de los usuarios» (TFUE, protocolo 26, artículo 1). En este sentido, se acepta «la diversidad de los servicios de interés económico general y la disparidad de las necesidades y preferencias de los usuarios que pueden resultar de las diferentes situaciones geográficas, sociales y culturales» (TFUE, protocolo 26, artículo 1). El papel de los Estados se ve reforzado aun más en relación con algunos SIEG, como es el caso de la televisión, en relación con la cual se reconoce la facultad de los Estados de financiar el servicio público de radiodifusión (TFUE, protocolo 29). Así, pues, «los Estados miembros disponen de una amplia facultad discrecional a la hora de definir la misión de servicio público de radiodifusión y de determinar su organización» (TJUE, 2014b, §126).

En resumen, el Tratado atribuye a las autoridades europeas competencias —exclusivas y, sobre todo, compartidas— para el establecimiento del régimen jurídico básico de los SIEG, en la medida necesaria para garantizar el adecuado funcionamiento del mercado interior, al tiempo que reserva a los Estados un margen de autonomía para concretar su organización, prestación y financiación. No obstante, los Estados podrán asumir atribuciones en relación con estos servicios en la medida en que la UE no ejerza las suyas (TFUE, artículo 2.2).

En cambio, *las competencias de la UE son menores en relación con los servicios de interés general que no se organizan prioritariamente como actividades económicas (sociales)*. La consecuencia es que no forman parte del mercado interior, ni les resultan de aplicación las libertades de establecimiento y de prestación de servicios (Chalmers & otros, 2006, p. 702). Además, el Tratado reconoce una amplia competencia estatal respecto de los servicios que más frecuentemente se organizan a partir de criterios de solidaridad. Así, los Estados son competentes para organizar sus servicios sanitarios, correspondiéndoles determinar el grado de protección de la salud pública que pretenden garantizar y la manera de alcanzarlo (TFUE, artículo 168.7; véanse TJUE, 2009d, §19; y 2010b, §44). En materia de seguridad social y protección social de los trabajadores, la actuación de la UE apoyará y completará la acción de los Estados miembros (TFUE, artículo 153.1.c)). La organización del sistema educativo y los contenidos de la enseñanza son competencia de los Estados, por lo que la UE se limitará a contribuir al desarrollo de una educación de calidad, fomentando la cooperación entre los Estados miembros y, en su caso, apoyando y completando su actuación (TFUE, artículo 165.1). A ello se añade el protocolo número 26 del Tratado de Lisboa, que declara que los Tratados «no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico» (2007, artículo 2).

V. SERVICIOS ECONÓMICOS: SU SUJECCIÓN A LAS REGLAS DEL MERCADO INTERIOR

La UE se propone la consecución de un mercado sin fronteras (TUE, artículo 3.3), en el que la libre iniciativa y la competencia son la regla, mientras que los derechos exclusivos son la excepción, precisada de justificación (Parejo Alfonso, 1996, pp. 92-93). En cuanto actividades económicas, los SIEG están sujetos a las libertades de establecimiento, prestación de servicios y circulación de capitales. Solo como excepción cabe la inaplicación de las normas de los Tratados, cuando ello sea necesario para garantizar la tarea específica que la empresa tenga encomendada (TFUE, artículo 106.2). Con ello, este precepto refleja la lógica del mercado interior que aspira a crear un espacio económico común basado en la libre iniciativa y la competencia, sin perjuicio de su necesaria corrección, siempre que así lo requiera la debida satisfacción de necesidades de interés general (TJUE, 1991a, §12; 1997g, §39; 1999a, §103). En este marco, en la actualidad, la mayor parte de los SIEG son prestados en régimen de libre iniciativa. Ahora bien, cuando el mercado no sea capaz de ofrecer estos servicios de manera satisfactoria, su prestación deberá ser garantizada con medios públicos (TJUE, 1981, §7; 1997f, §51; 2003b, §89; 2005b, §186; 2008, §181). En algunos casos, los

derechos exclusivos son la forma más eficiente de prestar la actividad, como sucede con los monopolios naturales (muchos de los servicios públicos locales) o con aquellos servicios en los que no es seguro que la introducción de competencia contribuya a una mayor eficiencia económica y social (transporte regular de viajeros por carretera).

En primer lugar, los SIEG están sujetos a la *libertad de establecimiento*. Esta libertad reconoce a los nacionales de un Estado miembro, así como a las sociedades europeas (TFUE, artículo 54), el derecho a establecerse en el territorio de otro Estado miembro (TFUE, artículo 49) así como a participar financieramente en el capital de las sociedades, en las mismas condiciones que los nacionales (TFUE, artículo 55). La libertad de establecimiento comprende, pues, el derecho de acceso y ejercicio de actividades por cuenta propia (no asalariadas) así como la constitución y gestión de empresas, agencias, sucursales o filiales, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales (TJUE, 1999d, §35; 2005c, §30).

El presupuesto para la aplicación de esta libertad es la realización de una *actividad económica*. Esto resulta del artículo 49, párrafo tercero del TFUE, el cual se refiere al derecho a acceder y a ejercer «actividades no asalariadas» así como a «la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades». «Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo» (TFUE, artículo 54, párrafo segundo). El concepto de empresa se interpreta en sentido material: se refiere a cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico —público o privado— y de su modo de financiación (TJUE, 1991b, §21; 1993a, §17; 1995a, §14; 1999a, §77; 1999b, §77; 1999c, §67; 2000c, §74). Se incluyen, pues, también el propio Estado, las empresas y organismos públicos (TJUE, 1985, §§16-20; 2012c, §35), o incluso, las empresas titulares de derechos especiales o exclusivos (TFUE, artículo 106.1 y 106.2). En cambio, no se consideran empresas las entidades sin ánimo de lucro que no realizan una actividad económica, sino que se las considera basadas en el principio de solidaridad, con una función puramente social (TJUE, 1993a, §§18-19). Este es el caso de las entidades encargadas de la gestión en régimen de derechos exclusivos de regímenes obligatorios de Seguridad Social basados en el principio de solidaridad (TJUE, 1993a, §§18-19). Por eso mismo, la libertad de establecimiento tampoco se aplica a las actividades relacionadas con el *ejercicio del poder público* (TFUE, artículo 51; véanse también TJUE, 1974, §§45 y 54; 2011b, §42).

Además, la actividad debe tener una dimensión *transfronteriza*, ya que la libertad de establecimiento no se aplica a las actividades que

se circunscriben a un solo Estado miembro (TJUE, 1997a, §19; 2010c, §12; 2013d, §19) y no tengan incidencia en los intercambios comunitarios (TJUE, 1997c, §45; 2000d, §21; 2012a, §26). No obstante, en determinados casos, se prevé la posibilidad de *excepcionar o modular* la libertad de establecimiento. Así, los Estados podrán prever un régimen especial para los extranjeros, siempre que se justifique por razones de orden público, seguridad y salud públicas (TFUE, artículo 52). Se reconoce al Parlamento Europeo y al Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, la facultad de excluir de su ámbito de aplicación a determinadas actividades (TFUE, artículo 51, párrafo segundo). En el caso de empresas encargadas de la prestación de SIEG, la aplicación de estas libertades puede ser excepcionada cuando sea necesario para el cumplimiento de la misión específica que tengan encomendada (TFUE, artículo 106.2).

En segundo lugar, los SIEG están amparados por la *libre prestación de servicios*, la cual prohíbe la imposición de restricciones a los nacionales establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación (TFUE, artículo 56). Se entiende por servicios cualquier prestación realizada normalmente a cambio de una remuneración, ya se trate de actividades industriales, mercantiles, artesanales o propias de las profesiones liberales (TFUE, artículo 57). La prestación de servicios puede revestir distintas formas: (i) prestación del servicio a distancia, por ejemplo, a través de Internet (comercio transfronterizo); (ii) traslado de los consumidores al lugar de establecimiento de la empresa prestadora del servicio (consumo en el extranjero); (iii) establecimiento de una sucursal en el extranjero (presencia comercial); (iv) desplazamiento de los profesionales al país donde se realiza la prestación: el prestador del servicio también podrá ejercer temporalmente su actividad en el Estado miembro donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales (TFUE, artículo 57, *in fine*; véase también Fernández Rozas, 2010, p. 234).

El régimen de la libre prestación de servicios coincide en gran medida con el de la libertad de establecimiento (TFUE, artículo 62), ya que ambas están muy relacionadas. En este sentido, la libre prestación de servicios solo se aplica a las *actividades económicas*. Esto se sigue del artículo 57, párrafo primero del TFUE, el cual considera tales «las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración». No están, pues, cubiertas por esta libertad las actividades que persiguen prioritariamente finalidades sociales, culturales o educativas, lo cual implica que no estén sujetas a una remuneración compensatoria (educación pública; véase TJUE, 1988). La libre prestación de servicios tampoco se aplica a las actividades relacionadas con el ejercicio del poder público (TFUE, artículo 62, en relación con el artículo 51; véase también TJUE, 1974, §§ 45 y 54; 2011b, §42). Tampoco cabe invocar esta libertad respecto de

las actividades que se circunscriban a un solo Estado miembro (TJUE, 1997a, §19; 2010c, §12; 2013d, §19) y no tengan incidencia en los intercambios comunitarios (TJUE, 1997c, §45; 2000d, §21; 2012a, §26). El Parlamento Europeo y el Consejo pueden excluir determinadas actividades de la libre prestación de servicios (TFUE, artículo 62, en relación con el artículo 51, párrafo segundo). Finalmente, los Estados podrán prever un régimen especial para los extranjeros, siempre que se justifique por razones de orden público, seguridad y salud públicas (TFUE, artículo 62, en relación con el artículo 52).

VI. POSIBLE INAPLICACIÓN DE LAS NORMAS DE LOS TRATADOS PARA GARANTIZAR OBJETIVOS DE INTERÉS GENERAL

En las actividades económicas con relevancia comunitaria, las normas de los Tratados —y, en particular, las de competencia— pueden ser inaplicadas cuando ello sea necesario para garantizar la tarea específica que la empresa tenga encomendada (TFUE, artículo 106.2). La inaplicación de las normas de los Tratados no es la regla, sino la excepción, por lo que debe ser interpretada de manera restrictiva (TJUE, 1997g). En particular, es preciso que se observen una serie de requisitos.

Primero, la autoridad nacional debe definir con precisión la concreta misión de interés general que debe alcanzarse (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001, §22), de acuerdo con las circunstancias, objetivos y características de cada sector (§24). Segundo, la consecución de dicha tarea debe ser expresamente encomendada a través de un acto jurídico público —norma, acto o contrato— (TJUE, 1997h; Comisión de las Comunidades Europeas, 2001, §22; TJUE, 2008, §183). En la mayor parte de los casos, los cometidos de interés general se asignarán a operadores concretos, pero la normativa también puede responsabilizar de su consecución al conjunto de empresas del sector (TJUE, 2008, §179). Tercero, se exige para la inaplicación que las normas del Tratado impidan —no que simplemente hagan más difícil— el cumplimiento de la misión que la empresa tenga encomendada (TJUE, 1997e). La excepción solamente resulta admisible si la empresa no tiene otros medios —técnica y económicamente factibles— para el cumplimiento de su misión (TJUE, 1991e; 1998c). La inaplicación de las normas del Tratado ha de ser necesaria para garantizar el cumplimiento de la tarea de interés general (TFUE, artículo 106.2). Se requiere, pues, que el mismo resultado no pueda conseguirse con medidas menos rigurosas (TJUE, 1991d, §15; 2011c, §65; 2014f, §53).

Con todo, a partir de los años noventa, la jurisprudencia flexibiliza la aplicación del artículo 106.2. del TFUE, al aceptar que la exención no requiere que se vea amenazado el equilibrio financiero o la viabilidad

económica de la empresa. Basta con que la aplicación de las normas generales del Tratado impida el cumplimiento de su tarea específica en condiciones económicamente aceptables (TJUE, 1999a, §107; 1999b, §107; 1999c, §97). Con ello, los Estados pueden garantizar la prestación del servicio mediante un régimen de derechos exclusivos que permita un sistema de subvenciones cruzadas, en virtud del cual los segmentos o territorios más rentables financien a los deficitarios. El régimen de derechos exclusivos puede también ser necesario para gestionar un seguro laboral obligatorio organizado sobre la base del principio de solidaridad, cuando ello sea necesario para garantizar la cobertura a un precio aceptable (TJUE, 2011a, §§66-81). En otros términos, las medidas estatales pueden legítimamente tratar de evitar que terceros operadores «descremen» el sector, siempre que ello sea necesario para garantizar la prestación del SIEG (TJUE, 1993c; 1997g; 1999a; 2000b; 2000a; 2007b; 2001a). No obstante, la armonización normativa europea que —como vamos a ver— se ha producido en los grandes sectores económicos, en la práctica, hace muy difícil la invocación de esta excepción.

Cuarto, los medios utilizados para cumplir la misión de interés general no deben crear restricciones innecesarias al comercio (TJUE, 1983). La prestación de los SIEG debe estar garantizada, por lo que las empresas a las que se encomiende dicha prestación deben poder soportar los costes que ella conlleve (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001, §22). Ahora bien, las restricciones no deben exceder de lo necesario para garantizar el cumplimiento específico de la misión de interés general. Este sería el caso si la reserva se extendiera a servicios o actividades ancillares, pero separables del SIEG que la empresa tenga encomendado (TJUE, 1991f; 1993c). No obstante, el control de proporcionalidad se limita a comprobar si la medida prevista es necesaria para llevar a cabo la misión de SIEG en condiciones económicamente aceptables o, por el contrario, si es manifiestamente inapropiada en relación con el objetivo perseguido (TJUE, 2008, §§222, 266, 287; 2014e, §150).

Quinto, la regulación estatal no debe favorecer o amparar prácticas anticompetitivas: precios abusivos, negativa a la prestación de servicios, etcétera (TJUE, 2000a). El otorgamiento de derechos exclusivos, en cuanto tal, no es contrario al artículo 102 del TFUE. La infracción se produce cuando, por el simple ejercicio de los derechos exclusivos, la empresa se ve obligada a explotar su posición dominante de manera abusiva o cuando esos derechos puedan crear una situación en la que dicha empresa sea inducida a cometer tales abusos (TJUE, 1991e; 1998b; 1991b, §29; 1999a, §93; 1999b, §93; asunto 1999c, §83). No se puede otorgar derechos exclusivos a favor de una empresa para la realización de una actividad que sea manifiestamente incapaz de desarrollar, impidiendo con ello que sea prestada en régimen de libre iniciativa (TJUE, 1991b; 2001d). El otorgamiento de derechos exclusivos se

31

LOS SERVICIOS DE
INTERÉS GENERAL
EN LA UNIÓN
EUROPEASERVICES OF
GENERAL INTEREST
IN THE EUROPEAN
UNION

somete a la normativa europea sobre contratación pública que asegura los principios de publicidad, concurrencia e igualdad (competencia por el mercado). Finalmente, como garantía del interés comunitario, la eventual inaplicación de las normas de los Tratados no debe afectar al desarrollo de los intercambios en una medida contraria al interés de la UE (principio de proporcionalidad) (TFUE, artículo 106.2, *in fine*). En este caso, correspondería a la Comisión Europea la carga de la prueba (TJUE, 1997g; 1985; 1998c).

VII. INTEGRACIÓN POSITIVA: APROXIMACIÓN LEGISLATIVA

La sujeción de los SIEG a las normas del Tratado no es suficiente para asegurar la efectividad de las libertades europeas. Es también precisa la *aproximación de las legislaciones de los Estados miembros*. La razón está en que —*en defecto de armonización europea*— *la actividad debe realizarse en las condiciones fijadas por la normativa nacional* (TJUE, 1995b, §36). En defecto de normativa europea, corresponde a los Estados decidir si un servicio es o no de interés general (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001, §22; 2003, p. 25, §77) así como la definición de su régimen jurídico (TJUE, 1980). A este respecto, hay que tener en cuenta que la mera existencia de una regulación nacional que establezca requisitos para el ejercicio de la actividad no constituye una restricción a las libertades comunitarias (TJUE, 2011d, §63). Lo mismo sucede con el mero hecho de que la normativa nacional sea más rigurosa que otras (TJUE, 2009c, §63). Lo contrario conduciría a una desregulación general de la actividad económica —medio ambiente, salud, seguridad, consumidores, etcétera— (Chalmers & otros, 2006, p. 707). Además, la regulación resulta decisiva para el adecuado funcionamiento de los SIEG. No solo se trata de actividades esenciales, sino que su prestación se lleva a cabo por grandes empresas que —con frecuencia— se apoyan en infraestructuras difícilmente replicables (puertos, redes eléctricas, etcétera).

Es verdad que los *Estados deben ejercer sus competencias de manera conforme con el Derecho de la UE* (TJUE, 2009d, §18; 2010b, §43). Las restricciones a las libertades comunitarias están prohibidas, salvo que puedan justificarse por razones imperativas de interés general. La normativa nacional no puede introducir medidas que obstaculicen o hagan menos atractivo el ejercicio de las libertades comunitarias por parte de los nacionales europeos, aunque se apliquen sin discriminación por razón de la nacionalidad (TJUE, 1993b, §32; 2004c, §15; 2005a, §34). Las medidas han de ser, pues, imprescindibles para la protección de objetivos valiosos —consumidores, prevención del fraude, preservación del equilibrio financiero de los regímenes de seguridad social, protección del medio ambiente y del entorno urbano, etcétera (TJUE, 2012d, §35;

2013a, §22, así como el resto de jurisprudencia citada)—, los cuales no incluyen las razones puramente económicas (TJUE, 2010a, §55; 2010d, §51). Así, por ejemplo, el objetivo general de proteger la salud puede justificar determinadas restricciones a la libertad de establecimiento, que —por ejemplo— aseguren una distribución equilibrada de prestadores de servicios a nivel nacional (TJUE, 2010b, §§64, 70 y 78).

(i) La normativa nacional puede supeditar el establecimiento de las oficinas de farmacia a una planificación y a un régimen de autorización previa, siempre que resulte indispensable para colmar posibles lagunas en el acceso a las prestaciones sanitarias y para evitar una duplicidad de estructuras, de modo que se garantice una asistencia sanitaria adaptada a las necesidades de la población, que cubra la totalidad del territorio y que tenga en cuenta las regiones geográficamente aisladas o en situación desventajosa (TJUE, 2010b, §70). (ii) Lo mismo cabe decir del establecimiento de ópticas, que prestan servicios de evaluación, mantenimiento y restablecimiento del estado de salud de los pacientes, por lo que se incluyen en el ámbito de la protección de la salud pública (TJUE, 2013e, §37). Ahora bien, la normativa nacional debe establecer criterios transparentes y objetivos, que aseguren la consecución de los objetivos pretendidos. (iii) La normativa nacional que establece un régimen de autorizaciones de explotación más favorable las sucursales de farmacia de la Universidad de Helsinki que para las farmacias privadas constituye una restricción a la libertad de establecimiento que puede justificarse por su colaboración en tareas de enseñanza, investigación y elaboración de preparaciones farmacéuticas raras (TJUE, 2012b, §44).

Además, las restricciones deben interpretarse a la luz de los principios generales del Derecho de la UE —proporcionalidad, no discriminación, coherencia (TJUE, 2013a, §27)— y ser conformes con los derechos fundamentales (TJUE, 1991c, §43; 2014a, §35). La medida debe, pues, ser adecuada para garantizar la consecución del objetivo que persigue y no ir más allá de lo necesario para alcanzarlo (TJUE, 2009c, §72; 2009b, §44; 2009d, §25).

En este sentido, por ejemplo, (i) una normativa nacional que imponga tarifas mínimas por los servicios de certificación prestados a las empresas que desean participar en procedimientos de adjudicación de contratos públicos constituye una restricción de la libertad de establecimiento que puede estar justificada por razones imperiosas de interés general, como es garantizar la independencia frente a los clientes y, con ello, la calidad de los servicios prestados (TJUE, 2013g, §§59-69). (ii) La normativa nacional que reserva a las farmacias la distribución de los medicamentos sujetos a receta médica, incluidos los que no corren a cargo del sistema nacional de seguridad social y que el comprador paga en su integridad, resulta adecuada para asegurar el cumplimiento del objetivo de garantizar

33

LOS SERVICIOS DE
INTERÉS GENERAL
EN LA UNIÓN
EUROPEASERVICES OF
GENERAL INTEREST
IN THE EUROPEAN
UNION

un abastecimiento de medicamentos a la población seguro y de calidad y, por lo tanto, la protección de la salud pública (TJUE, 2013f, §55). (iii) En cambio, constituye una restricción no justificada la legislación nacional que supedita el otorgamiento de una autorización para la explotación de una línea urbana de transporte público de personas en autobús (servicios turísticos no incluidos en obligaciones de servicio público) a la exigencia de que la empresa disponga de una sede en el territorio del Estado miembro antes incluso de que se le haya concedido la autorización de explotación de esta línea (TJUE, 2010d, §41). Este requisito sí podría exigirse después de la concesión de la autorización y antes de que el solicitante comience a explotar dicha línea.

No obstante, la casuística depuración de las legislaciones nacionales por los tribunales europeos es un proceso largo y con resultados parciales. Lo mismo sucede con la aplicación del artículo 106.2 del TFUE (Laguna de Paz, 2010, pp. 109ss.). Además, en los ámbitos no armonizados, las instituciones europeas solo ejercen un control restringido (TJUE, 2008, § 220; 2014c, §160) sobre la calificación de las actividades como SIEG y la aprobación de su régimen jurídico.

En las áreas que no están cubiertas específicamente por una normativa comunitaria, los Estados miembros gozan de un amplio margen para definir sus políticas, que solamente pueden estar sujetas al control de los errores manifiestos. Si un servicio es o no de interés general y el modo en que debe prestarse son aspectos que se deciden sobre todo a nivel local. El papel de la Comisión es velar por que los medios empleados sean compatibles y coherentes con el Derecho comunitario (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001, §22).

A su vez, el control judicial sobre las decisiones de la Comisión es aun más restringido, por tratarse de «hechos económicos complejos» (TJUE, 2014b, §128). El tribunal «se limita a la verificación de si la compensación prevista es necesaria para que la misión de servicio de interés general en cuestión pueda cumplirse en condiciones económicamente aceptables o de si, a la inversa, la medida es manifiestamente inapropiada en relación con el objetivo perseguido» (TJUE, 2008, §§ 221-222; 2014c, §161). Al proceder al control de la definición de la misión del SIEG y de las condiciones de su realización, corresponde únicamente al tribunal «examinar si la apreciación de la Comisión es suficientemente aceptable» (TJUE, 2008, §§ 220 y 266; 2012e, §§99-100; 2014e, §136).

De hecho, durante décadas, algunos de los más significativos SIEG fueron gestionados por empresas nacionales —con frecuencia, públicas— en régimen de monopolio. La actuación de la UE en relación con los monopolios (TFUE, artículo 37) y servicios públicos nacionales no resultaba sencilla, por tratarse de actividades estratégicas que se

entendían vinculadas a la soberanía (Whish & Bailey, 2012, p. 215: «the encroachment of EU law on national monopolies and state activity is inevitably political and contentious»). Esto explica que el artículo 106.2 del TFUE tuviera una aplicación escasa. El cambio se inicia con el Acta Única Europea (1986), la cual aspira a completar el mercado interior. Como destaca la Comisión de las Comunidades Europeas, en el Libro Blanco (2004), la clave está en que la apertura de los SIEG a la competencia es compatible con su prestación en adecuadas condiciones de calidad, accesibilidad y asequibilidad. A partir de ahí, las instancias comunitarias comenzaron a controlar estrictamente la aplicación del artículo 106.2 del TFUE (Martínez López-Muñiz, 2000, p. 16). Complementariamente, la UE impulsó una política de liberalización y armonización de los principales SIEG (telecomunicaciones, transportes, energía, sector postal, televisión). Estos cambios significan una importante reducción del papel prestacional de los poderes públicos, lo que —desde algunos sectores— suscitó reacciones contrarias.

Como reacción, se puso también en pie una campaña intelectual, política, social y jurídica a favor del mantenimiento de los grandes «servicios públicos» (Martínez López-Muñiz, 2000). En este contexto se inscribe el proyecto de Carta Europea de los Servicios Públicos, presentado por el Gobierno francés en 1993 (Comisión de las Comunidades Europeas, 1995). Entre otros documentos, la Comisión publicó una Comunicación sobre «Los servicios de interés general en Europa» (1996). Fruto de este clima, el Tratado de Ámsterdam reconoció la trascendencia del mantenimiento de un régimen universal y de calidad en la prestación de los servicios esenciales (TJUE, 1993c, §§16ss). En caso de que el mercado no lo haga, estos objetivos deben ser asegurados por los poderes públicos. La jurisprudencia admitió incluso el establecimiento de derechos exclusivos, cuando sea necesario para permitir la prestación del servicio en condiciones económicamente aceptables⁵.

En definitiva, la mera existencia de normas nacionales distintas representa, pues, un serio obstáculo para las libertades de establecimiento y de prestación de servicios (Fernández Rozas, 2010, p. 245). La efectividad de las libertades europeas requiere una política de integración positiva (Chalmers & otros, 2006, pp. 1144-1145). Esto explica que la UE no solo haya liberalizado algunos de los más característicos SIEG, sino que también haya armonizado su régimen jurídico. En particular en las industrias en red, la normativa europea ha aprobado «un marco regulador global en el que se especifican las obligaciones de servicio público a escala europea y se incluyen aspectos tales como el servicio

5 El Tribunal acepta que el ordenamiento jurídico nacional pueda establecer restricciones a la competencia —o incluso, excluirla— cuando sea necesario para permitir al titular del derecho exclusivo cumplir su misión de interés general y, en particular, «disfrutar de condiciones económicamente aceptables» (TJUE, 1993c).

universal, los derechos de los consumidores y usuarios, y consideraciones en materia de salud y seguridad» (Comisión de las Comunidades Europeas, 2003, §32).

El impulso inicial correspondió a la Comisión Europea, la cual aprobó directivas sobre la base del actual artículo 106.3. del TFUE, venciendo con ello las reticencias de los Estados. El Tribunal de Justicia confirmó la conformidad con el Tratado del uso de dichas facultades (TJUE, 1991a). Esto hizo que los Estados tomaran la iniciativa. Las normas europeas de liberalización y armonización se recondujeron al marco del actual artículo 114 del TFUE, el cual permitía a los Estados avanzar en la liberalización, pero dejándoles un margen político para proteger los intereses nacionales (Chalmers & otros, 2006, p. 1145). El Libro Verde planteó la oportunidad de aprobar una regulación marco, aplicable a todos los servicios de interés general —o a varios, en ámbitos de competencia europea— (Comisión de las Comunidades Europeas, 2003, pp. 14-15). Sin embargo, la falta de consenso político determinó que las autoridades europeas siguieran avanzando con un enfoque sectorial, completado con un tratamiento horizontal de aspectos concretos —protección de los consumidores, ayudas estatales, etcétera (Comisión de las Comunidades Europeas, 2004, apartado 4.1)—. El proyecto de Constitución Europea intensificaba la actuación comunitaria en relación con estos servicios, previendo la definición de sus principios y condiciones a través de leyes europeas⁶.

Además, el Parlamento Europeo y el Consejo, de acuerdo con el procedimiento legislativo ordinario, podrán aprobar directivas que impongan la liberalización de servicios concretos (TFUE, artículo 59.1.), dando prioridad a los que influyan de forma directa en los costes de producción o cuya liberalización contribuya a facilitar los intercambios de mercancías (TFUE, artículo 59.2). Los Estados deben liberalizar los servicios más de lo exigido por la normativa europea, si su situación lo permite (TFUE, artículo 60). A ello se añade la Directiva 2006/123/CE: una norma de carácter horizontal que trata de eliminar obstáculos al ejercicio efectivo de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios. No obstante, esta norma no se aplica a algunos de los más importantes SIEG (véase Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea, 2006, artículos 1 y 2).

Con todo, la regulación europea tiene dos contrapartidas: por una parte, representa una carga no desdeñable para los órganos comunitarios que han de aprobar normativas complejas, requeridas de una actualización constante. Por otra parte, se reduce la competencia estatal para regular servicios esenciales para sus ciudadanos. Más aun —en la actualidad—

LOS SERVICIOS DE
INTERÉS GENERAL
EN LA UNIÓN
EUROPEA

SERVICES OF
GENERAL INTEREST
IN THE EUROPEAN
UNION

6 Artículo III-6 del *Proyecto de Tratado Constitucional*, que daba nueva redacción al actual artículo 16 del TCE.

se considera que la regulación sectorial europea debe limitarse a armonizar los servicios de clara dimensión transfronteriza⁷. Esto explica que la armonización comunitaria no alcance a todos los servicios (gestión de residuos, abastecimiento de agua) o tenga solo un carácter parcial (televisión). La contrapartida es que —en los ámbitos no armonizados— los Estados gozan de un apreciable margen de ordenación de la actividad que puede dificultar las libertades comunitarias. En tanto no se supriman las restricciones a la libre prestación de servicios, cada uno de los Estados miembros aplicará tales restricciones, sin distinción de nacionalidad o residencia, a todos los prestadores de servicios (TFUE, artículo 61). Así las cosas, la armonización normativa europea resulta esencial para la efectividad del mercado interior, al reducir sustancialmente la discrecionalidad de los Estados en la configuración de su régimen jurídico (Comisión de las Comunidades Europeas, 2003, pp. 27-28, §83).

VIII. SERVICIOS SOCIALES: NO SUJECCIÓN A LAS NORMAS DEL MERCADO INTERIOR

Los servicios sociales —aunque tienen una clara dimensión económica— no se organizan prioritariamente atendiendo a criterios de ánimo de lucro, sino de solidaridad, con efectos redistributivos. Esto es lo que ocurre con los sistemas de seguridad social o con los servicios públicos de sanidad o educación, en los que prima la consecución de objetivos sociales.

En la medida en que no se consideran actividades económicas, los servicios sociales no están sujetos a las normas del mercado interior (TFUE, artículo 106.2, a contrario). No se aplican, pues, las libertades de establecimiento y de prestación de servicios ni las reglas sobre competencia y ayudas públicas (Comisión de las Comunidades Europeas, 2003, §43). Más bien, los servicios sociales están sujetos a las normas comunitarias aplicables a las actividades no económicas (§§32 y 43). En particular, cabe destacar la aplicación del principio de no discriminación, la libertad de circulación de personas y la normativa contractual pública (§43). En este marco, los Estados miembros asumen las principales competencias en relación con los servicios sociales, competencias que —no obstante— deben ejercer en la línea más conforme con los objetivos de la UE (TUE, artículo 4.3, párrafo tercero).

Los Estados miembros conservan su competencia para organizar sus sistemas de seguridad social (TJUE, 2013b, §35). Corresponde a la

⁷ No obstante, hay discrepancias respecto de algunos servicios: agua, gestión de residuos, transportes públicos locales (Comisión de las Comunidades Europeas, 2004, puntos 3.1., 4.6. y conclusiones).

37

LOS SERVICIOS DE
INTERÉS GENERAL
EN LA UNIÓN
EUROPEASERVICES OF
GENERAL INTEREST
IN THE EUROPEAN
UNION

legislación de cada Estado miembro determinar, entre otros aspectos, los requisitos que confieren derecho a las prestaciones (TJUE, 2013b, §36). Ahora bien, en el ejercicio de dicha competencia, los Estados miembros deberán respetar el Derecho de la Unión y, en concreto, las disposiciones sobre la libertad de circulación y residencia (TJUE, 2013b, §37). El reglamento número 1408/71 no establece un régimen común de seguridad social, sino que su objetivo es coordinar los sistemas nacionales (Consejo de la Unión Europea, 1971). De lo anterior se infiere que el legislador búlgaro es competente para establecer, en virtud de su propio Derecho, los requisitos para la concesión de una pensión de vejez en la medida en que no son discriminatorios por razón de la nacionalidad de los solicitantes y no impiden ni disuaden a las personas que tengan derecho a una pensión de vejez de ejercer las libertades fundamentales que garantiza el Tratado (TJUE, 2014d, §39). Una medida que obstaculiza las libertades fundamentales solamente puede admitirse si persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado, siempre que esté justificada por razones imperiosas de interés general y su aplicación sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (TJUE, 2007a, §37; 2013c, §70).

A este respecto, hay que tener en cuenta que la organización de los servicios sociales sobre la base de criterios de solidaridad exige la búsqueda de una sustancial *correspondencia entre la comunidad que los financia y la que se beneficia de su prestación*. En otro caso, se produciría un injustificado trasvase de rentas entre Estados (*free-riders*, véase Chalmers & otros, 2006, p. 763), el cual podría poner en riesgo su adecuada organización, e incluso, su viabilidad. No obstante, por su conexión con el mercado interior, el Derecho derivado ha tratado de favorecer un acceso limitado a determinadas prestaciones en los ámbitos de la seguridad social y sanitaria (véanse Consejo de la Unión Europea, 1971; y Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea, 2011). Además, la jurisprudencia europea —con consideraciones que no reparan suficientemente en el carácter social de estos servicios— ha entendido que el hecho de que determinadas prestaciones estén incluidas en el ámbito de la seguridad social no es suficiente para excluirlas de la libre prestación de servicios (TJUE, 1998a, §§21, 29ss.). No obstante, se admite que un perjuicio grave para el equilibrio financiero de la seguridad social puede ser una razón imperativa de interés general que justifique la excepción a las libertades comunitarias (TJUE, 1998a, §41). En este marco, se han planteado numerosos conflictos en relación con el alcance con que el Tratado y el Derecho derivado garantizan la asistencia sanitaria transfronteriza (TJUE, 2001c, §§77-82, 90-94 y 103-107; 2003a, §§74-75, 89-98; 2004b). En particular, se ha discutido la exigencia de que el tratamiento

sea autorizado por las autoridades del país de afiliación, así como el reembolso de los gastos correspondientes (TJUE, 2001b).

Con frecuencia, la normativa nacional impone a los ciudadanos la *obligatoriedad de determinados servicios, sin derecho de exclusión*, como ocurre con la sanidad y la educación. Se trata de prestaciones ligadas a derechos fundamentales, que comportan también deberes para los ciudadanos. La obligatoriedad del servicio se vincula también a su asequibilidad. La prestación de estos servicios se basa en el principio de solidaridad nacional (el beneficiario no paga todo el coste del servicio), que —por tanto— requiere del conjunto de la población para sostenerlo.

La existencia de *servicios obligatorios* requiere que una autoridad pública asuma su ordenación y supervisión. En muchos casos, los servicios sociales son también directamente prestados por *entidades públicas*, como en general ocurre en Europa con los sistemas de seguridad social. Sin embargo, la prestación de un servicio obligatorio *podría también ser encomendada a una empresa privada*, si se considerase una fórmula más eficiente de gestión. A este respecto, lo relevante es que los poderes públicos (Tribunal Constitucional de España, 2015, sétimo fundamento jurídico): (i) definan las prestaciones a que tienen derecho los ciudadanos; (ii) arbitren mecanismos para financiar el servicio; (iii) y garanticen los adecuados niveles de calidad y atención de los usuarios. A estos efectos, en el Derecho español, puede utilizarse el contrato de gestión de servicios públicos —tanto en su forma concesional, como a través de los conciertos, sanitarios (ley 14/1986, artículos 67 y 90) o educativos—, el cual permite encomendar la prestación a empresas privadas, bajo la dirección, inspección y control de la Administración.

En este sentido, el artículo 41 de la Constitución española obliga a los poderes públicos a mantener «un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo». La Ley General de Sanidad (Jefatura del Estado, 1986) organizó el Sistema Nacional de Salud sobre la base de un modelo de gestión directa (pública). No obstante, la Ley sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud (Jefatura del Estado, 1997) permite la gestión indirecta de los centros, servicios y establecimientos sanitarios. A este respecto, la jurisprudencia constitucional española ha confirmado la constitucionalidad de las formas indirectas de gestión del siguiente modo: (i) la asunción estatal de la cobertura de la seguridad social se basa en el principio de solidaridad, necesaria para evitar que la prestación dependa exclusivamente de la cotización, como ocurre en el seguro privado (Tribunal Constitucional de España, 1983, tercer fundamento jurídico; 1987, decimoséimo fundamento jurídico); (ii) el derecho de los ciudadanos en materia

de seguridad social es de configuración legal, lo que permite al legislador modular la acción protectora del sistema en atención a las circunstancias económicas y sociales (1987, decimoséptimo fundamento jurídico); (iii) el mantenimiento de un régimen público de seguridad social (Constitución española, artículo 41) permite el establecimiento de fórmulas de gestión privada (Tribunal Constitucional de España, 1994, cuarto fundamento jurídico); (iv) en particular, es conforme con el sistema la gestión indirecta de determinados hospitales, reteniendo la Administración la dirección, vigilancia y control de su prestación (2015, séptimo fundamento jurídico).

El régimen de prestación obligatoria solo debe extenderse a las *actividades que resulten imprescindibles* para la coherencia del sistema, ya que lo contrario entrañaría una restricción indebida de las libertades económicas. Desde esta perspectiva, el servicio obligatorio *no tiene por qué impedir que la iniciativa privada realice actividades complementarias* o, incluso, sustitutivas, como ocurre con los sistemas de seguridad social, tanto en su vertiente sanitaria como de pensiones. Según la Constitución española, «la asistencia y prestaciones complementarias [seguridad social] serán libres» (artículo 41, *in fine*). El problema que se suscita en estos casos es que el interesado tendrá que pagar dos veces por la misma prestación, ya que el principio de solidaridad en que se basa el sistema público requiere de la contribución de todos. Por otra parte, es preciso asegurar que las empresas que tienen encomendada la prestación de servicios obligatorios no la utilizan para distorsionar la competencia en los ámbitos de mercado. Si las empresas encargadas de la prestación de servicios sociales realizan actividades económicas que sean claramente dissociables de sus cometidos de solidaridad, les resultaría de aplicación la normativa de defensa de la competencia (TJUE, 2002b, §74).

IX. CONCLUSIONES

Primero, los SIG son prestaciones esenciales que no pueden faltar a los ciudadanos en condiciones adecuadas de calidad y precio. En la mayor parte de los casos, el mercado ofrece estas actividades de manera satisfactoria, sujetas a una regulación más o menos intensa. Ahora bien, cuando no es así, los poderes públicos deben asegurar la prestación, a través del medio de intervención más apropiado. En este sentido, los SIG no son un régimen jurídico, sino un título de intervención.

Segundo, la distinción entre los servicios económicos y sociales se da en función de su régimen jurídico. Los servicios económicos persiguen el ánimo de lucro, sin perjuicio de que la normativa pueda imponer límites al ejercicio de la actividad para alcanzar objetivos de interés general. En cambio, en los servicios sociales priman criterios distributivos y de solidaridad que deben conseguirse de la manera más eficiente posible.

Tercero, en cuanto actividades económicas, como regla, los SIEG están sujetos a las normas del mercado interior. No obstante, resulta decisiva la liberalización y armonización de las legislaciones de los Estados miembros realizada por la UE. La razón está en que, de lo contrario, la actividad debe realizarse en las condiciones fijadas por la normativa nacional. La disparidad así resultante pondría en serio riesgo el mercado interior y la efectividad de las libertades comunitarias.

Cuarto, los servicios sociales no se consideran actividades económicas, por lo que no se sujetan a las normas del mercado interior, ni les resultan de aplicación las libertades de establecimiento y de prestación de servicios. La definición de su régimen jurídico depende, en lo sustancial, de los Estados miembros. No obstante, se someten a las normas generales del Tratado y, en particular, a la libre circulación de personas, al principio de no discriminación y a las normas sobre contratación pública.

Quinto, el legislador puede imponer la obligatoriedad del servicio, cuando sea necesario para que pueda cumplir sus fines. No obstante, es preciso asegurar que las empresas que tienen encomendada su prestación no la utilizan para distorsionar la competencia en el mercado.

X. BIBLIOGRAFÍA

Acta Única Europea (1986).

Buendía Sierra, José Luis (2000). *Exclusive rights and State monopolies under EC Law. Article 86 (former article 90) of the EC Treaty*. Oxford: Oxford University Press.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2012). Versión consolidada de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 326(26 de octubre), 391-407. Algunas modificaciones al texto de la CDFUE no aparecen reflejadas en la versión consolidada, para la última versión, véase la web del Consejo (<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6655-2008-REV-8/es/pdf>).

Chalmers, Damian & otros (2006). *European Union Law. Text and Materials*. Cambridge: Cambridge University Press.

Comisión de las Comunidades Europeas (1995). Proyecto de Carta Europea de los Servicios Públicos (o Servicios de Interés Económico General). *Revista de Administración Pública*, 136, 523-536.

Comisión de las Comunidades Europeas (1996). Services of general interest in Europe. COM (96) 443 final. Bruselas, 11 de setiembre.

Comisión de las Comunidades Europeas (2001). Comunicación de la Comisión. Los servicios de interés general en Europa. *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 17(19 de enero), 4-23. (2001/C 17/04).

Comisión de las Comunidades Europeas (2003). Libro verde sobre los servicios de interés general. Bruselas, 25 de mayo. COM(2003) 270 final.

Comisión de las Comunidades Europeas (2004). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Libro Blanco sobre los servicios de interés general. COM(2004) 374 final.

Consejo de la Unión Europea (1971). Reglamento (CEE) 1408/71 del Consejo de 14 de junio de 1971 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 149(05 de julio), 2-50.

Constitución española (1978).

Fernández Rozas, José Carlos (2010). *Sistema de derecho económico internacional*. Pamplona: Thomson Reuters.

Horspool, Margot & Matthew Humphreys (2010). *European Union Law*. Sexta edición. Oxford: Oxford University Press.

Jefatura del Estado (1986). Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. *Boletín Oficial del Estado*, 102(29 de abril), 15207-15224. BOE-A-1986-10499.

Jefatura del Estado (1997). Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud. *Boletín Oficial del Estado*, 100(26 de abril), 13449-13450. BOE-A-1997-9021.

Jones, Alison & Brenda Sufrin (2004). *EC Competition Law*. Segunda edición. Oxford: Oxford University Press.

Laguna de Paz, José Carlos (2009). *Servicios de interés económico general*. Madrid: Thomson-Civitas.

Laguna de Paz, José Carlos (2010). *Telecomunicaciones: regulación y mercado*. Tercera edición. Pamplona: Aranzadi-Thomson-Reuters.

Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo (2003). El derecho de acceso a los servicios de interés económico general: (el artículo 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea). En Luis Cosculluela Montaner (coord.), *Estudios de derecho público económico. Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo* (pp. 494-525). Madrid: Civitas.

Martínez López-Muñiz, José Luis (1999). Nuevo sistema conceptual. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 3, 133-152.

Martínez López-Muñiz, José Luis (2000). En torno a la nueva regulación de los servicios esenciales económicos en red. (A propósito de la nueva Ley General de Telecomunicaciones y su sistema conceptual). En Francisco Sosa Wagner (coord.), *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón. Martín Mateo* (pp. 2795-2824). Valencia: Tirant lo Blanch.

Parejo Alfonso, Luciano (1996). Mercado de servicios en libre competencia y servicio público en el orden comunitario europeo. *Anuario de la Competencia*, 1, 87-117.

Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea (2006). Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 376(27 de diciembre), 36-68.

Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea (2011). Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 88(4 de abril), 45-65.

Sarmiento, Daniel (2010). La recepción en el Derecho de la Unión Europea y en su jurisprudencia de las técnicas de regulación económica. En Santiago Muñoz Machado (dir.), *Derecho de la regulación económica. Volumen 1: Fundamentos e instituciones de la regulación* (pp. 245-292). Madrid: Iustel.

Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (1957). Roma, 25 de marzo.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2012). Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 326(26 de octubre). Algunas modificaciones al texto del TFUE no aparecen reflejadas en la versión consolidada, para la última versión, véase la web del Consejo (<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6655-2008-REV-8/es/pdf>).

Tratado de la Unión Europea (2012). Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea. *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 326(26 de octubre). Algunas modificaciones al texto del TUE no aparecen reflejadas en la versión consolidada, para la última versión, véase la web del Consejo (<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6655-2008-REV-8/es/pdf>).

Tratado de Lisboa (2007). Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Lisboa, 13 de diciembre. *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 306(17 de diciembre).

Tribunal Constitucional de España (1983). Sentencia 103/1983, de 22 de noviembre de 1983. Cuestión de inconstitucionalidad 301-1982.

Tribunal Constitucional de España (1987). Sentencia 65/1987, de 21 de mayo de 1987. Recurso de inconstitucionalidad 222-1984.

Tribunal Constitucional de España (1994). Sentencia 37/1994, de 10 de febrero de 1994. Cuestión de inconstitucionalidad 1534-1993 y 15 más.

Tribunal Constitucional de España (2015). Sentencia 84/2015, de 30 de abril de 2015. Recurso de inconstitucionalidad 1884-2013.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1974). Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de junio de 1974. Jean Reyners contra Estado belga. Asunto 2/74. ECLI:EU:C:1974:68.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1980). Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de marzo de 1980. Procureur du Roi contra Marc J.V.C. Debaeve y otros. Asunto 52/79. ECLI:EU:C:1980:83.

43

LOS SERVICIOS DE
INTERÉS GENERAL
EN LA UNIÓN
EUROPEASERVICES OF
GENERAL INTEREST
IN THE EUROPEAN
UNION

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1981). Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 1981. Gerhard Züchner contra Bayerische Vereinsbank AG. Asunto 172/80. ECLI:EU:C:1981:178.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1983). Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de noviembre de 1983. NV IAZ International Belgium y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asuntos acumulados 96-102, 104, 105, 108 y 110/82. ECLI:EU:C:1983:310.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1985). Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de marzo de 1985. República Italiana contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asunto 41/83. ECLI:EU:C:1985:120.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1988). Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de septiembre de 1988. Estado Belga contra René Humbel y Marie-Thérèse Edel. Asunto 263/86. ECLI:EU:C:1988:451.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1989). Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de abril de 1989. Ahmed Saeed Flugreisen y Silver Line Reisebüro GmbH contra Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. Asunto 66/86. ECLI:EU:C:1989:140.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1991a). Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 1991. República Francesa contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asunto C-202/88. ECLI:EU:C:1991:120.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1991b). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 23 de abril de 1991. Klaus Höfner y Fritz Elser contra Macrotron GmbH. Asunto C-41/90. ECLI:EU:C:1991:161.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1991c). Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 1991. Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE y Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou contra Dimotiki Etairia Pliroforissis y Sotirios Kouvelas y Nicolaos Avdellas y otros. Asunto C-260/89. ECLI:EU:C:1991:254.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1991d). Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 1991. Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda y otros contra Commissariaat voor de Media. Asunto C-288/89. ECLI:EU:C:1991:323.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1991e). Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 1991. Merci convenzionali porto di Genova SpA contra Siderurgica Gabrielli SpA. Asunto C-179/90. ECLI:EU:C:1991:464.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1991f). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 13 de diciembre de 1991. Régie des télégraphes et des téléphones contra GB-Inno-BM SA. Asunto C-18/88. ECLI:EU:C:1991:474.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1993a). Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de febrero de 1993. Christian Poucet contra Assurances générales de France y Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon. Asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91. ECLI:EU:C:1993:63.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1993b). Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1993. Dieter Kraus contra Land Baden-Württemberg. Asunto C-19/92. ECLI:EU:C:1993:125.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1993c). Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de mayo de 1993. Procedimiento penal entablado contra Paul Corbeau. Asunto C-320/91. ECLI:EU:C:1993:198.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1993d). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 7 de diciembre de 1993. Stephan Max Wirth contra Landeshauptstadt Hannover. Asunto C-109/92. ECLI:EU:C:1993:916.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1994). Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de enero de 1994. SAT Fluggesellschaft mbH contra Eurocontrol. Asunto C-364/92. ECLI:EU:C:1994:7.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1995a). Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de noviembre de 1995. Fédération française des sociétés d'assurance, Société Paternelle-Vie, Union des assurances de Paris-Vie y Caisse d'assurance et de prévoyance mutuelle des agriculteurs contra Ministère de l'Agriculture et de la Pêche. Asunto C-244/94. ECLI:EU:C:1995:392.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1995b). Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de noviembre de 1995. Reinhard Gebhard contra Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano. Asunto C-55/94. ECLI:EU:C:1995:411.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1997a). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 16 de enero de 1997. Unità Socio-Sanitaria Locale nº 7 di Biella (USSL) contra Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL). Asunto C-134/95. ECLI:EU:C:1997:16.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1997b). Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de marzo de 1997. Diego Calì & Figli Srl contra Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG). Asunto C-343/95. ECLI:EU:C:1997:160.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1997c). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 7 de mayo de 1997. Procedimiento penal entablado contra Jacques Pistre (C-321/94), Michèle Barthes (C-322/94), Yves Milhau (C-323/94) y Didier Oberti (C-324/94). Asuntos acumulados C-321/94, C-322/94, C-323/94 y C-324/94. ECLI:EU:C:1997:229.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1997d). Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de junio de 1997. Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA y Anni Azzurri Rezzato Srl contra Regione Lombardia. Asunto C-70/95. ECLI:EU:C:1997:301.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1997e). Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda ampliada) de 19 de junio de 1997. Air Inter SA contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asunto T-260/94. ECLI:EU:T:1997:89.

45

LOS SERVICIOS DE
INTERÉS GENERAL
EN LA UNIÓN
EUROPEASERVICES OF
GENERAL INTEREST
IN THE EUROPEAN
UNION

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1997f). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 17 de julio de 1997. GT-Link A/S contra De Danske Statsbaner (DSB). Asunto C-242/95. ECLI:EU:C:1997:376.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1997g). Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de octubre de 1997. Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos. Asunto C-157/94. ECLI: EU:C:1997:499.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1997h). Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de octubre de 1997. Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa. Asunto C-159/94. ECLI:EU:C:1997:501.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1998a). Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de abril de 1998. Raymond Kohll contra Union des caisses de maladie. Asunto C-158/96. ECLI:EU:C:1998:171.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1998b). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 18 de junio de 1998. Corsica Ferries France SA contra Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl, Gruppo Ormeggiatori del Golfo di La Spezia Coop. arl y Ministero dei Trasporti e della Navigazione. Asunto C-266/96. ECLI:EU:C:1998:306.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1998c). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 25 de junio de 1998. Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV y otros contra Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer. Asunto C-203/96. ECLI:EU:C:1998:316.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1999a). Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1999. Albany International BV contra Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie. Asunto C-67/96. ECLI:EU:C:1999:430.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1999b). Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1999. Brentjens' Handelonderneming BV contra Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen. Asuntos acumulados C-115/97, C-116/97 y C-117/97. ECLI:EU:C:1999:434.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1999c). Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1999. Maatschappij Drijvende Bokken BV contra Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven. Asunto C-219/97. ECLI:EU:C:1999:437.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1999d). Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1999. Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland contra Finanzamt Aachen-Innenstadt. Asunto C-307/97. ECLI:EU:C:1999:438.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2000a). Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de febrero de 2000. Deutsche Post AG contra Gesellschaft für Zahlungssysteme mbH GZS) (C-147/97) y Citicorp Kartenservice GmbH (C-148/97). Asuntos acumulados C-147/97 y C-148/97. ECLI:EU:C:2000:74.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2000b). Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de mayo de 2000. Entreprenørforeningens Affalds/

Miljøsektion (FFAD) contra Københavns Kommune. Asunto C-209/98. ECLI:EU:C:2000:279.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2000c). Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de setiembre de 2000. Pavel Pavlov y otros contra Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten. Asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98. ECLI: EU:C:2000:428.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2000d). Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de diciembre de 2000. Procedimiento penal entablado contra Jean-Pierre Guimont. Asunto C-448/98. ECLI:EU:C:2000:663.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2001a). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 17 de mayo de 2001. TNT Traco SpA contra Poste Italiane SpA y otros. Asunto C-340/99. ECLI:EU:C:2001:281.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2001b). Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001. Abdon Vanbraekel y otros contra Alliance nationale des mutualités chrétiennes (ANMC). Asunto C-368/98. ECLI:EU:C:2001:400.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2001c). Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001. B.S.M. Smits, esposa de Geraets, contra Stichting Ziekenfonds VGZ y H.T.M. Peerbooms contra Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen. Asunto C-157/99. ECLI:EU:C:2001:404.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2001d). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 25 de octubre de 2001. Firma Ambulanz Glöckner contra Landkreis Südwestpfalz. Asunto C-475/99. ECLI:EU:C:2001:577.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2002a). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 22 de enero de 2002. Cisl di Battistello Venanzio & C. Sas contra Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL). Asunto C-218/00. ECLI: EU:C:2002:36.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2002b). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 24 de octubre de 2002. Aéroports de Paris contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asunto C-82/01. ECLI:EU:C:2002:617.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2003a). Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de mayo de 2003. V.G. Müller-Fauré contra Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA y E.E.M. van Riet contra Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen. Asunto C-385/99. ECLI:EU:C:2003:270.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2003b). Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de julio de 2003. Altmark Trans GmbH y Regierungspräsidium Magdeburg contra Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, en el que participa Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht. Asunto C-280/00. ECLI:EU:C:2003:415.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2004a). Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de marzo de 2004. AOK Bundesverband, Bundesverband der Betriebskrankenkassen (BKK), Bundesverband der Innungskrankenkassen,

47

LOS SERVICIOS DE
INTERÉS GENERAL
EN LA UNIÓN
EUROPEASERVICES OF
GENERAL INTEREST
IN THE EUROPEAN
UNION

Bundesverband der landwirtschaftlichen Krankenkassen, Verband der Angestelltenkrankenkassen eV, Verband der Arbeiter-Ersatzkassen, Bundesknappschaft y See-Krankenkasse contra Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co. (C-264/01), Mundipharma GmbH (C-306/01), Gödecke GmbH (C-354/01) y Intersan, Institut für pharmazeutische und klinische Forschung GmbH (C-355/01). Asuntos acumulados C-264/01, C-306/01, C-354/01 y C-355/01. ECLI:EU:C:2004:150.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2004b). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 18 de marzo de 2004. Ludwig Leichtle contra Bundesanstalt für Arbeit. Asunto C-8/02. ECLI:EU:C:2004:161.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2004c). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de octubre de 2004. Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos. Asunto C-299/02. ECLI:EU:C:2004:620.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2005a). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 21 de abril de 2005. Comisión de las Comunidades Europeas contra República Helénica. Asunto C-140/03. ECLI:EU:C:2005:242.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2005b). Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda ampliada) de 15 de junio de 2005. Fred Olsen, SA contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asunto T-17/02. ECLI:EU:T:2005:218.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2005c). Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de diciembre de 2005. Marks & Spencer plc contra David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes). Asunto C-446/03. ECLI:EU:C:2005:763.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2007a). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de enero de 2007. ITC Innovative Technology Center GmbH contra Bundesagentur für Arbeit. Asunto C-208/05. ECLI:EU:C:2007:16.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2007b). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 15 de noviembre de 2007. International Mail Spain SL contra Administración del Estado y Correos. Asunto C-162/06. ECLI:EU:C:2007:681.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2008). Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera ampliada) de 12 de febrero de 2008. British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd y BUPA Ireland Ltd contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asunto T-289/03. ECLI:EU:T:2008:29.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2009a). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 5 de marzo de 2009. Kattner Stahlbau GmbH contra Maschinenbau- und Metall- Berufsgenossenschaft. Asunto C-350/07. ECLI:EU:C:2009:127.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2009b). Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 10 de marzo de 2009. Hartlauer Handelsgesellschaft mbH contra Wiener Landesregierung y Oberösterreichische Landesregierung. Asunto C-169/07. ECLI:EU:C:2009:141.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2009c). Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 28 de abril de 2009. Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana. Asunto C-518/06. ECLI:EU:C:2009:270.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2009d). Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de mayo de 2009. Apothekerkammer des Saarlandes y otros (C-171/07) y Helga Neumann-Seiwert (C-172/07) contra Saarland y Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales. Asuntos acumulados C-171/07 y C-172/07. ECLI:EU:C:2009:316.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2010a). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de marzo de 2010. Attanasio Group Srl contra Comune di Carbognano. Asunto C-384/08. ECLI:EU:C:2010:133.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2010b). Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 1 de junio de 2010. José Manuel Blanco Pérez y María del Pilar Chao Gómez contra Consejería de Salud y Servicios Sanitarios (C-570/07) y Principado de Asturias (C-571/07). Asuntos acumulados C-570/07 y C-571/07. ECLI:EU:C:2010:300.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2010c). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2010. Omalet NV contra Rijksdienst voor Sociale Zekerheid. Asunto C-245/09. ECLI:EU:C:2010:808.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2010d). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 22 de diciembre de 2010. Yellow Cab Verkehrsbetriebs GmbH contra Landeshauptmann von Wien. Asunto C-338/09. ECLI:EU:C:2010:814.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2011a). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 3 de marzo de 2011. AG2R Prévoyance contra Beaudout Père et Fils SARL. Asunto C-437/09. ECLI:EU:C:2011:112.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2011b). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 17 de marzo de 2011. Josep Peñarroja Fa. Asuntos acumulados C-372/09 y C-373/09. ECLI:EU:C:2011:156.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2011c). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 21 de julio de 2011. Comisión Europea contra República Portuguesa. Asunto C-518/09. ECLI:EU:C:2011:501.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2011d). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 13 de octubre de 2011. DHL International NV, antes Express Line NV contra Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie. Asunto C-148/10. ECLI:EU:C:2011:654.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2012a). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 10 de mayo de 2012. Duomo Gpa Srl (C-357/10), Gestione Servizi Pubblici Srl (C-358/10) y Irtel Srl (C-359/10) contra Comune

49

LOS SERVICIOS DE
INTERÉS GENERAL
EN LA UNIÓN
EUROPEASERVICES OF
GENERAL INTEREST
IN THE EUROPEAN
UNION

di Baranzate (C-357/10 y C-358/10) y Comune di Venegono Inferiore (C-359/10). Asuntos acumulados C-357/10 a C-359/10. ECLI:EU:C:2012:283.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2012b). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 21 de junio de 2012. Marja-Liisa Susisalo, Olli Tuomaala y Merja Ritala. Asunto C-84/11. ECLI:EU:C:2012:374.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2012c). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de julio de 2012. Compass-Datenbank GmbH contra Republik Österreich. Asunto C-138/11. ECLI:EU:C:2012:449.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2012d). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 19 de julio de 2012. SIA Garkalns contra Rīgas dome. Asunto C-470/11. ECLI:EU:C:2012:505.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2012e). Sentencia del Tribunal General (Sala Quinta) de 7 de noviembre de 2012. Coordination bruxelloise d'institutions sociales et de santé (CBI) contra Comisión Europea. Asunto T-137/10. ECLI:EU:T:2012:584.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2013a). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 24 de enero de 2013. Stanleybet International Ltd y otros (C-186/11) y Sportingbet plc (C-209/11) contra Ypourgos Oikonomias kai Oikonomikon y Ypourgos Politismou. Asuntos acumulados C-186/11 y C-209/11. ECLI:EU:C:2013:33.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2013b). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 21 de febrero de 2013. Concepción Salgado González contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS). Asunto C-282/11. ECLI:EU:C:2013:86.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2013c). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de mayo de 2013. Janina Wencel contra Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Białymstoku. Asunto C-589/10. ECLI:EU:C:2013:303.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2013d). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Novena) de 20 de junio de 2013. Impacto Azul Lda contra BPSA 9 - Promoção e Desenvolvimento de Investimentos Imobiliários SA y otros. Asunto C-186/12. ECLI:EU:C:2013:412.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2013e). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 26 de septiembre de 2013. Ottica New Line di Accardi Vincenzo contra Comune di Campobello di Mazara. Asunto C-539/11. ECLI:EU:C:2013:591.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2013f). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 5 de diciembre de 2013. Alessandra Venturini contra ASL Varese y otros (C-159/12), Maria Rosa Gramegna contra ASL Lodi y otros (C-160/12) y Anna Muzzio contra ASL Pavia y otros (C-161/12). Asuntos acumulados C-159/12 a C-161/12. ECLI:EU:C:2013:791.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2013g). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 12 de diciembre de 2013. Ministero dello Sviluppo

economico y Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture contra SOA Nazionale Costruttori – Organismo di Attestazione SpA. Asunto C-327/12. ECLI:EU:C:2013:827.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2014a). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 30 de abril de 2014. Procedimiento incoado por Robert Pflieger y otros. Asunto C-390/12. ECLI:EU:C:2014:281.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2014b). Sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) de 11 de julio de 2014. DTS Distribuidora de Televisión Digital, SA contra Comisión Europea. Asunto T-533/10. ECLI:EU:T:2014:629.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2014c). Sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) de 11 de julio de 2014. Telefónica de España, SA y Telefónica Móviles España, SA contra Comisión Europea. Asunto T-151/11. ECLI:EU:T:2014:631.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2014d). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 5 de noviembre de 2014. Snezhana Somova contra Glaven direktor na Stolichno upravlenie «Sotsialno osiguruvane». Asunto C-103/13. ECLI:EU:C:2014:2334.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2014e). Sentencia del Tribunal General (Sala Segunda) de 3 de diciembre de 2014. Castelnou Energía, SL contra Comisión Europea. Asunto T-57/11. ECLI:EU:T:2014:1021.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2014f). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 11 de diciembre de 2014. Comisión Europea contra Royaume d'Espagne. Asunto C-576/13. ECLI:EU:C:2014:2430.

Whish, Richard & David Bailey (2012). *Competition Law*. Sétima edición. Oxford: Oxford University Press.

Recibido: 11/03/16

Aprobado: 18/04/16

Servicios públicos y remunicipalización Public services and remunicipalization

JOAQUÍN TORNOS MAS*

Resumen: El concepto jurídico de servicio público es de difícil precisión. Existen dos concepciones de servicio público: una objetiva, preocupada por determinar qué actividades prestacionales deben ser garantizadas a todos los ciudadanos con el fin de lograr la cohesión social, y otra de carácter subjetivo, basada en la idea de que el servicio público es la actividad excluida del régimen de mercado, incidiendo sobre todo en los problemas de la relación entre sector público y sector privado más que en los derechos de los ciudadanos a obtener unas determinadas prestaciones. Dentro de este marco general conceptual, el presente trabajo pone de manifiesto como, en la actualidad, se ha abierto un debate de fuerte contenido ideológico en el que no se debate sobre qué servicios deben prestarse, sino sobre cómo deben prestarse los servicios públicos, defendiendo la recuperación de la gestión pública frente a una gestión privada que se califica de ineficiente. El trabajo analiza este debate y formula algunas objeciones a la tesis de la llamada «remunicipalización».

Palabras clave: municipalización – remunicipalización – rescate – servicio económico de interés general – servicio público

Abstract: It is difficult to define the legal concept of public service. There are two ways to understand it. The first one is objective and tries to determine which activities and services should be guaranteed to all citizens with the aim of social cohesion. The second one is subjective and is based on the idea that public services are activities excluded from the market. This second conception emphasizes the problems arising from the relationship between the public and private sectors rather than the right of the citizenship to receive specific services. Within this general conceptual framework, this work shows the current debate which is not centered on which kinds of public services are to be provided but rather on how they have to be provided. The debate has a strong ideological content and defends the return to public management at the expense of private management, which is considered inefficient. This work analyzes the debate and introduces some objections to remunicipalization.

Key words: municipalization – remunicipalization – return – service of general economic interest – public service

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN. SERVICIOS PÚBLICOS, DERECHOS DE LOS CIUDADANOS, COMPETENCIA Y MODOS DE GESTIÓN. – II. UN NUEVO VIENTO RECORRE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS LOCALES EN LOS ÚLTIMOS

* Abogado y catedrático de Derecho Administrativo por la Universidad de Barcelona, España. Correo electrónico: jtornos@ub.edu

AÑOS: LA REMUNICIPALIZACIÓN.- III. ¿QUÉ DEBEMOS ENTENDER POR REMUNICIPALIZAR.- IV. REMUNICIPALIZACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES COMO RECUPERACIÓN ANTICIPADA DE LA GESTIÓN DIRECTA.- IV.1. ¿ES DISCRECIONAL LA DECISIÓN SOBRE LA FORMA DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS?.- IV.2. REMUNICIPALIZAR SUPONE UNA DECISIÓN BASADA EN LA VOLUNTAD DE MODIFICAR EL RÉGIMEN DE GESTIÓN, NO LA RECUPERACIÓN DE LA GESTIÓN POR RAZONES DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA.- IV.3. REMUNICIPALIZAR AL TÉRMINO DEL PERÍODO DE GESTIÓN INDIRECTA, O LA REMUNICIPALIZACIÓN IMPROPIA TRAS UN PROCESO DE MUNICIPALIZACIÓN.- IV.4. RESCATE.- V. CONCLUSIONES.- VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN. SERVICIOS PÚBLICOS, DERECHOS DE LOS CIUDADANOS, COMPETENCIA Y MODOS DE GESTIÓN

El concepto jurídico de servicio público es difícil de precisar. Desde un punto de vista objetivo, podemos recordar la clásica definición de Duguit. Para el decano de Burdeos, «el servicio público es toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esa actividad es indispensable para la realización y el desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurada completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante» (1911, II, p. 62). Al construir esta definición, Duguit trató de vincular este concepto de servicio público con la legitimidad del Estado. El Estado no se impone a los ciudadanos por el ejercicio de la soberanía, concepto abstracto, sino por la prestación de servicios públicos. De este modo el servicio público pasa a ser un elemento central en la teoría del Estado, y pasa también a ser un concepto que evoluciona con el tiempo. En cada momento histórico, y dependiendo de la realidad socioeconómica, las actividades que deben ser reguladas, aseguradas y fiscalizadas por los gobernantes pueden ser diversas.

Desde otra perspectiva, ahora de carácter subjetivo o bien organizativo, el servicio público es aquella actividad que es asumida en su titularidad por el poder público, excluyendo su prestación de la iniciativa privada. En este caso, se impone la preocupación por la relación entre las actividades que, al declararse servicio público, se asumen como «propias» de la administración, y la incidencia de esta asunción sobre la iniciativa privada, que ve reducido su ámbito material de actuación. Esta preocupación por la relación entre el sector público y el sector privado se impone a la preocupación por garantizar a los ciudadanos unas prestaciones esenciales para la vida en sociedad.

Existen, por tanto, dos formas de aproximarse al concepto de servicio público. Por un lado, está la aproximación que parte de la preocupación

53

SERVICIOS
PÚBLICOS Y
REMUNICIPALI-
ZACIÓNPUBLIC
SERVICES AND
REMUNICIPALI-
ZATION

por los derechos de los ciudadanos en la sociedad y el papel del Estado como garante de los mismos. Desde esta perspectiva, son servicios públicos aquellas actividades indispensables para la realización del desenvolvimiento de la interdependencia social y cuya prestación no garantiza el mercado. Por esta razón, deben ser garantizadas por las diversas administraciones públicas, convirtiéndolas en servicios públicos. Desde otra perspectiva, la de la relación entre iniciativa privada y reserva de sectores al sector público, es servicio público aquella actividad que no puede prestar el mercado, o bien aquella actividad cuya prestación privada plantea algunos fallos del mercado que justifican una intervención pública en su modo de ser prestada, aunque no haga falta su reserva total al sector público.

Desde la perspectiva subjetiva u organizativa, debe también señalarse que el concepto de servicio público no supone en todo caso la exclusión total de la iniciativa privada. Existen servicios públicos que siempre se han prestado en concurrencia con la actividad privada. En estos casos, lo que ocurre es que el Estado garantiza estas prestaciones, que se juzgan esenciales para la vida en común, a todos los ciudadanos, de acuerdo con la reglas propias del servicio público. Esto es, que sean prestaciones asequibles, a las que se accede en régimen de igualdad, y en relación a las cuales se garantiza una prestación de calidad y una prestación continuada en el tiempo. Ejemplo de estos servicios públicos que se prestan sin régimen de monopolio y, por tanto, sin exclusión de la actividad privada son la educación, la sanidad o los servicios sociales.

La normativa comunitaria nos ofrece un buen ejemplo de la distinción a la que acabamos de hacer referencia. Por un lado, se refiere de modo indirecto al servicio público en su sentido objetivo cuando, en el artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), afirma que:

[s]in perjuicio del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea y de los artículos 93, 106 y 107 del presente Tratado, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Unión y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de los Tratados, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán dichos principios y condiciones mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los Tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios (Unión Europea, 2012).

Esta preocupación por reconocer la existencia de servicios económicos necesarios para la cohesión social, y que por tanto deben ser protegidos y ampliados para legitimar la propia Unión Europea, aparece también en el protocolo número 26 sobre este artículo, en el que se dice que:

[L]os valores comunes de la Unión con respecto a los servicios de interés económico general con arreglo al artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea incluyen en particular: —el papel esencial y la amplia capacidad de discreción de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar y organizar los servicios de interés económico general lo más cercanos posible a las necesidades de los usuarios; —la diversidad de los servicios de interés económico general y la disparidad de las necesidades y preferencias de los usuarios que pueden resultar de las diferentes situaciones geográficas, sociales y culturales; —un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios (Unión Europea, 2012).

Por otro lado, desde una perspectiva distinta, ahora más bien preocupada por garantizar la competencia dentro del mercado único, el derecho comunitario se refiere al servicio público como una actividad de interés general que puede justificar de modo excepcional alterar las reglas propias del mercado. Así, el artículo 106,2 del TFUE establece que:

las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión (Unión Europea, 2012).

Como se ve en este caso, lo que prevalece es la defensa de las normas de la competencia, que solo podrán ser excepcionadas en los casos de prestación de servicios económicos de interés general y si los objetivos de interés general no pueden alcanzarse con el pleno respeto de las reglas de la competencia. Así, en estos casos podrán otorgarse subvenciones o reconocerse regímenes normativos excepcionales para la prestación de estas actividades (por ejemplo, autorizaciones contingentadas).

De esta forma, el derecho comunitario ha elaborado el concepto de servicio económico de interés general para justificar las excepciones al régimen de libre competencia que debe imperar en principio en todas las relaciones económicas dentro de la Unión Europea. Los servicios económicos de interés general no son, por tanto, servicios públicos en el sentido de actividades que se han excluido totalmente de la libre iniciativa económica o actividades que se hayan asumido por el Estado

55

SERVICIOS
PÚBLICOS Y
REMUNICIPALI-
ZACIÓNPUBLIC
SERVICES AND
REMUNICIPALI-
ZATION

como una actividad de responsabilidad propia, esto es, prestaciones que el Estado deba garantizar a todos los ciudadanos de acuerdo con las reglas propias del servicio público. La creación de verdaderos servicios públicos se deja a la decisión de los Estados miembros. Los servicios económicos de interés general son, por tanto, actividades prestacionales sujetas en principio al régimen de la libre iniciativa económica sobre las que, sin embargo, precisamente por estar vinculadas a unos determinados intereses generales, el Estado ejerce algunas formas de intervención que pueden distorsionar las reglas puras del mercado. Así, servicios anteriormente públicos pero que han sido liberalizados, como pueden ser la energía eléctrica, las telecomunicaciones o los correos, pueden permitir intervenciones públicas excepcionales para garantizar los fines de interés general inherentes a estas prestaciones, fines que, a pesar de la liberalización de estas actividades, no han desaparecido y que el mercado no permite satisfacer. De este modo, se pueden imponer obligaciones de servicio público, exigir el acceso a las redes de suministro de determinados servicios a todas las empresas suministradoras, o controlar los precios de estos servicios. A su vez, también se pueden establecer mecanismos de garantía en las relaciones entre las empresas prestadoras de estos servicios y los usuarios de las mismas. Por tanto, no estamos ante un régimen propio de servicio público, pero sí estamos ante un régimen de actividades de interés general sujetas a una fuerte intervención administrativa.

Lo expuesto hasta este momento nos permite formular unas breves consideraciones finales. A nuestro entender, el concepto de servicio público debe basarse en su concepción objetiva. Creemos que la definición de Duguit debe seguir siendo válida. Servicio público es aquella actividad prestacional indispensable para la realización del desenvolvimiento de la interdependencia social que, como tal, debe ser garantizada por las administraciones públicas. Esta garantía no supone que en todo los casos el ejercicio de esta actividad deba ser excluido de la libre iniciativa económica. En algunos supuestos, la garantía de esta prestación, de acuerdo con los principios propios del servicio público, requerirá que los poderes públicos asuman el monopolio de la misma, excluyendo su libre prestación de la iniciativa privada, y permitiendo tan solo, de ser el caso, la prestación privada a través de un título habilitante público. Este puede ser el caso del alumbrado público o la recogida de basura. Sin embargo, otras actividades prestacionales pueden ser garantizadas por las administraciones públicas sin perjuicio de que exista al mismo tiempo una actividad privada que preste este mismo servicio. Es el caso, por ejemplo, de la educación, en donde, junto a una educación pública que debe garantizar a todos los ciudadanos el acceso a la formación básica hasta una determinada edad, existe al mismo tiempo una educación privada para aquellas personas que decidan

acudir a un régimen diverso de formación. Es más, la existencia de esta educación privada está garantizada constitucionalmente (artículo 27,6 de la Constitución Española: «se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales»). Y lo mismo podemos decir de la compatibilidad entre la sanidad pública y la sanidad privada. Por otro lado, son muchas las actividades que en los últimos años han pasado de un régimen de monopolio público y servicio público a un régimen liberalizado. Estas actividades han pasado, de este modo, a prestarse en régimen de concurrencia en el mercado, aunque, como hemos apuntado, el Estado pueda mantener sobre las mismas un fuerte poder regulatorio para garantizar los fines de interés general de estas actividades.

De acuerdo con este marco general de referencia, en la actualidad el régimen jurídico de los servicios públicos plantea tres grandes cuestiones.

- a) Por un lado, determinar qué actividades pueden calificarse como de servicio público o como actividades de interés general, ya que ello permite excluir estas actividades del régimen de mercado o permite excepcionar parcialmente a estas actividades del régimen puro de libre concurrencia. Así, por ejemplo, hay que determinar si los servicios funerarios son o no verdaderos servicios públicos y, por tanto, si son o no posibles empresas privadas dedicadas a esta actividad¹. O bien, determinar si la construcción y explotación de centros deportivos son actividades económicas de interés general que justifiquen la obtención de ayudas públicas (cesión de terrenos, subvenciones), con el fin de que todos los ciudadanos puedan realizar actividades físicas que mejoren su salud y bienestar. Lo mismo puede decirse en relación con otras muchas actividades que pueden calificarse de servicios económicos de interés general y, por tanto, permiten excepciones a las reglas de la competencia o la imposición de obligaciones de servicio público, como serían las obligaciones de servicio público impuestas a las empresas privadas de correos para garantizar la recogida y distribución de correo en todos los municipios². El planteamiento de este problema parte del enfoque de un concepto de servicio público vinculado preferentemente a su relación con el ejercicio de la libre iniciativa económica.

1 El Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de Carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica, liberalizó los servicios funerarios en España, posibilitando que estos pudieran ser prestados por empresas privadas y facultando a los municipios para que pudieran someter a autorización la prestación de estos servicios.

2 Como ejemplo curioso de obligaciones de servicio público, puede mencionarse la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de diciembre de 2015, asunto C-293/14, en la que se califica como servicio económico de interés general la actividad de deshollinador, al vincularla con la policía de incendios. Esta calificación justifica, según el Tribunal, que se establezcan autorizaciones territorializadas, de modo que los deshollinadores solo pueden ejercer su actividad profesional en el territorio autorizado.

b) La segunda cuestión consiste también en determinar qué actividades deben ser calificadas como servicio público, pero ahora desde la perspectiva de la preocupación por determinar qué actividades prestacionales, en la sociedad actual, deben ser garantizadas a todos los ciudadanos en condiciones de asequibilidad, igualdad, calidad y continuidad. Se parte, en este caso, de la concepción objetiva de servicio público. Esta preocupación se ha hecho especialmente presente en la actual época de crisis económica, ya que asistimos a la regresión en la categorización de actividades como servicio público o a la reducción de los contenidos de las prestaciones de servicios públicos. Los principios de estabilidad presupuestaria y reducción de déficit público que se contienen, por ejemplo, en el reformado artículo 135 de la Constitución Española³, han impuesto límites a la creación de nuevos servicios o han reducido las prestaciones. Así, los municipios renuncian a crear servicios públicos de guarderías con el fin de facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral por falta de recursos, y se reducen las prestaciones sanitarias o la calidad del servicio educativo al aumentar el número de alumnos por aula. La cuestión es la siguiente: ¿puede defenderse la irreversibilidad de los servicios ya reconocidos y sus niveles de prestación? ¿Qué servicios deben garantizarse en la

3 «1. Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria.

2. El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros.

Una ley orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto. Las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario.

3. El Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por ley para emitir deuda pública o contraer crédito.

Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta. Estos créditos no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión.

El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

4. Los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública solo podrán superarse en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados.

5. Una ley orgánica desarrollará los principios a que se refiere este artículo, así como la participación, en los procedimientos respectivos, de los órganos de coordinación institucional entre las Administraciones Públicas en materia de política fiscal y financiera. En todo caso, regulará:

a) La distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones Públicas, los supuestos excepcionales de superación de los mismos y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro pudieran producirse.

b) La metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural.

c) La responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

6. Las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus respectivos Estatutos y dentro de los límites a que se refiere este artículo, adoptarán las disposiciones que procedan para la aplicación efectiva del principio de estabilidad en sus normas y decisiones presupuestarias».

sociedad actual? Así, por ejemplo, ¿deberían las administraciones garantizar a todos los ciudadanos el acceso a internet?

- c) En tercer lugar, asistimos en los últimos años a un nuevo debate centrado ahora no en lo que debe ser o no servicio público, sino en la determinación de cuál es el modo más eficaz y eficiente de prestar los servicios públicos. Tras unos años en los que se optó preferentemente por recurrir a la gestión indirecta de los servicios públicos, buscando fórmulas de colaboración público-privada, y tratando de construir la figura del contratista-colaborador con la administración, en los últimos años asistimos a una creciente defensa de la vuelta a la gestión pública, acusando a la gestión privada de ineficiente. Desde planteamientos políticos de defensa general de lo público frente a lo privado, se insiste ahora no ya en defender los servicios públicos y sus niveles de calidad, sino también en volver a la gestión directa frente a la indirecta. No se trata, pues, de oponerse a la liberalización de servicios, ya que en este nuevo debate estamos en todo caso ante servicios de titularidad pública indiscutida. Ahora lo que se reivindica es recuperar la gestión de los servicios para la administración titular del servicio, poniendo fin a concesiones, conciertos o empresas mixtas. Este nuevo planteamiento se ha denominado «remunicipalización» de servicios. Se trata de un concepto que juzgo erróneo, pues en verdad no se trata de remunicipalizar nada, ya que el servicio es en todo caso un servicio público municipalizado (por ejemplo, el suministro de agua a poblaciones). Ahora lo que se plantea es la «reinternalización», la recuperación para la gestión directa de un servicio que se presta por gestión indirecta. Así, por ejemplo, rescatar la concesión de la gestión del servicio de suministro de agua a poblaciones a favor de una empresa privada, para que el servicio lo pase a prestar directamente el propio municipio. Pues bien, en el presente trabajo vamos a prestar atención a esta tercera cuestión.

II. UN NUEVO VIENTO RECORRE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS LOCALES EN LOS ÚLTIMOS AÑOS: LA REMUNICIPALIZACIÓN

Después de muchos años en los que se fueron ampliando los servicios públicos de carácter local, y se fue imponiendo su gestión indirecta a través de diversas fórmulas de colaboración público-privada, recientemente se va imponiendo la idea de que la gestión de los servicios públicos locales debe volver a manos públicas. En definitiva, esto es lo que significa la nueva palabra de moda, remunicipalización. Con este concepto se trata de dar nombre a la recuperación de la gestión de muchos servicios locales, que se vienen prestando a través de fórmulas de gestión indirecta,

a favor de la gestión directa. Por ello, en puridad es más preciso referirse a esta práctica con el nombre de la «reinternalización» de los servicios públicos locales, pues la modificación del modo de gestión para imponer un modo de gestión directa no supone en ningún caso una nueva municipalización.

La defensa de este nuevo planteamiento, frente al proceso favorable a la externalización de la gestión de los servicios de hasta hace muy pocos años, se sustenta en una ideología que trata de defender lo público frente a lo privado, argumentándose con este fin que el discurso acerca de la mayor eficiencia de la gestión privada es un mito que debe denunciarse. A modo de ejemplo de esta nueva filosofía favorable a la recuperación de la gestión de los servicios en beneficio de la gestión directa pueden citarse, por ejemplo, el informe de la Universidad de Greenwich de 2012, los estudios relativos a la gestión del agua en diversos municipios y países (como Pigeon & otros, 2015) y, de modo particular, la lectura que se ha hecho del Informe del Tribunal de Cuentas de 2011 sobre las condiciones de prestación de los servicios públicos municipales en municipios de población inferior a 20 000 habitantes. También, aunque no se trate de servicios de responsabilidad local, puede mencionarse el debate abierto sobre las formas de gestión de los servicios sanitarios (al respecto, véase Font, 2016).

En el Informe de la Unidad de Investigación Internacional de Servicios Públicos (PSIRU, por sus siglas en inglés) de la Universidad de Greenwich, «Por qué el agua es un servicio público: destapando los mitos de la privatización», de 16 de mayo de 2012, se parte de la afirmación de que desde las instituciones europeas se impulsan procesos de «privatización» de los servicios públicos y, en concreto, del servicio de suministro del agua. Lo cierto es, no obstante, que el concepto de privatización se utiliza en este informe como sinónimo de imposición de medios de gestión indirecta de los servicios públicos, no como devolución de estos servicios a un régimen de mercado, por lo que esta privatización a la que se refiere el informe mantiene el carácter público de los servicios. Por ello, lo que realmente se defiende en el informe es que estos servicios públicos pasen a ser gestionados de forma directa por la administración titular de los mismos.

El informe pretende apoyar las campañas en contra de esta llamada privatización, tratando de demostrar que el sector público presta los servicios de suministro de agua con mayor calidad y menor coste. Este mismo informe vincula su contenido a la declaración del acceso de la ciudadanía al agua y saneamiento como derecho humano que llevó a cabo la Organización de Naciones Unidas (ONU) el año 2010. Por ello, se dice en la Presentación del Informe que los «sindicatos europeos de servicios públicos pondrán en marcha una Iniciativa Ciudadana Europea

59

SERVICIOS
PÚBLICOS Y
REMUNICIPALI-
ZACIÓNPUBLIC
SERVICES AND
REMUNICIPALI-
ZATION

orientada a promover la aplicación de este derecho humano y oponerse a la liberalización de los servicios de agua a nivel de la UE» (p. 2).

El informe se centra en la crítica de la gestión privada «vistos los malos resultados del sector privado, su escasa inversión y precio exagerado» (p. 3). Así, añade que:

«los partidarios de la privatización alegan más eficiencia en el sector privado, y así lo creen muchos. Sin embargo, la evidencia empírica más bien apunta a lo contrario. De hecho, de varios estudios comparativos de la eficacia del sector público y las empresas privadas del agua en un número de países y de una revisión exhaustiva realizada por investigadores universitarios en 2008 se desprende la ausencia de diferencias significativas en el coste y eficiencia de los sectores público y privado. Un estudio pormenorizado británico, el país con la mayor privatización del sector, puso de manifiesto que, 11 años después de la privatización, las empresas privadas del agua habían perdido eficacia con respecto al sector público, a pesar de tener acceso a tecnologías más avanzadas [...] La privatización acarrea costes adicionales de licitación, supervisión y resolución de deficiencias y problemas» (p. 4).

Para concluir, se afirma que «[a] lo largo del folleto se ha intentado dejar constancia de la amarga experiencia que produce la privatización y sus efectos perjudiciales en el precio, la inversión, el rendimiento, la rendición de cuentas y la lucha contra la colusión» (p. 8).

El Informe, también antes citado, *Remunicipalización: el retorno del agua a manos públicas*, publicado por el Transnational Institute de Amsterdam, en marzo de 2015, incluye diversos trabajos en los que se defiende en términos generales la remunicipalización y se estudian las experiencias de diversos municipios (Paris, Dar es Salaam, Buenos Aires). El planteamiento es similar al del anterior informe citado: la privatización ha fracasado y debe volverse a la gestión pública, que ya cuenta con experiencias exitosas. Así, se afirma que en los casos analizados la «entidad remunicipalizada ofreció servicios más equitativos, más transparentes y más eficientes que el proveedor privado que le antecedió, con más calidad en el servicio y mejor sostenibilidad a largo plazo» (Pigeon & otros, 2015, p. 16).

Otro estudio, «La experiencia de los ordenamientos europeos: un retorno a las gestiones públicas/municipales?» (Wallmann, 2013), nos da también datos y valoraciones de interés. Coincidimos con este autor en la afirmación de que el núcleo de la cuestión reside en demostrar qué modo de gestión es el más eficiente. En este sentido, cita un análisis realizado en nombre del Banco Mundial sobre la gestión del agua en muchos países y llega a la conclusión de que no hay ninguna diferencia

estadísticamente significativa entre los proveedores públicos y privados con respecto a su eficiencia económica⁴.

Particular interés tiene el Informe del Tribunal de Cuentas sobre el Sector Público Local del ejercicio 2011. En el apartado del análisis de las condiciones de prestación de los servicios públicos municipales, en municipios de menos de 20 000 habitantes, concluye que la gestión directa de los servicios analizados (como el agua, la recogida de basura y la limpieza viaria) es más eficiente que su externalización. Por el contrario, en otros servicios como el alumbrado público, la gestión indirecta es más eficiente.

Este mismo debate también se lleva a cabo respecto de servicios de titularidad autonómica, como la sanidad pública. A modo de ejemplo, nos remitimos al Informe «La privatización de la asistencia sanitaria en España» de Mariano Sánchez Bayle (2014), crítico con los procesos de gestión indirecta de los servicios sanitarios⁵. Frente a este informe puede mencionarse, con un planteamiento y conclusiones diferentes, el Informe del Instituto para el Desarrollo e Integración de la Sanidad (IDIS), «Sanidad privada. Aportando valor. Análisis de la situación 2014»⁶.

61

SERVICIOS
PÚBLICOS Y
REMUNICIPALI-
ZACIÓNPUBLIC
SERVICES AND
REMUNICIPALI-
ZATION

4 Es de especial interés la reflexión final contenida en este trabajo, en la que se nos dice que, «[e]n la estela de la actual crisis económica y financiera que ha afectado a Europa, se asiste a una fuerte divergencia entre países del sur y del norte de Europa sobre el tema de la remunicipalización. En los países del norte de Europa, por ejemplo en Alemania, los municipios, como las demás autoridades públicas, tienen muchas ventajas, porque pueden conseguir créditos, préstamos o financiación del sistema bancario a una tasa de interés muy baja, casi cercana al cero por ciento. Muchas autoridades locales han aprovechado estas condiciones ventajosas para financiar la remunicipalización de los servicios locales. Por el contrario, en los países del sur de Europa, como en Italia, las autoridades locales no disfrutan de las mismas facilidades financieras. En este sentido, la política de los Gobiernos centrales, como en Italia sugiere la actual spending review del Gobierno Monti, parece orientada a deshacerse del patrimonio público y, en este contexto, incluso a empujar a los entes locales a privatizar, es decir, a vender sus empresas y equipamientos para reducir la deuda pública o municipal» (Wallmann, 2013, p. 78).

5 En este informe se afirma, en su primer apartado que debe dejarse de hablar de externalización para, se dice, hablarse sin eufemismos de privatización. Para el autor del informe, privatizar es transferir una empresa o actividad pública al sector privado y esto es lo que se estaría llevando a cabo bajo diversas formas en el sector sanitario. Pues bien, es cierto que la palabra «privatizar» tiene un contenido político más fuerte que la palabra «externalización», pero discrepo del autor o, cuando menos, creo que debe precisarse el alcance de su afirmación. Cuando se opta por una gestión indirecta de un servicio público no se trasfiere una actividad pública al sector privado, no se trasfiere la responsabilidad y garantía de esta prestación al mercado. Por ello, en este sentido no se privatiza la sanidad como, por ejemplo, se privatizó la prestación del servicio de telefonía. Lo que se hace es que —manteniendo plenamente el carácter de la sanidad como servicio público y, por tanto, las prestaciones propias de este servicio como de responsabilidad pública del Estado garante— se opta, por razón de una pretendida mayor eficacia en la gestión, por externalizar esta prestación a favor de empresas privadas que acceden a la prestación mediante concurso público.

6 En este Informe se afirma que la «sanidad privada es un importante aliada del sistema sanitario público, ya que contribuye a su sostenibilidad y a la consecución de objetivos fundamentales para la sanidad como son la equidad, la accesibilidad y la calidad en la atención sanitaria.» (Instituto para el Desarrollo e Integración de la Sanidad, 2014, p. 4).

III. QUÉ DEBEMOS ENTENDER POR REMUNICIPALIZAR

Una vez expuestos algunos referentes del debate actual sobre los medios de gestión de los servicios públicos, procede volver sobre el concepto con el que abríamos este trabajo: «remunicipalización». ¿De qué estamos exactamente hablando cuando hablamos de remunicipalizar? ¿Qué problemas jurídicos plantea la remunicipalización?

Volvamos al concepto: remunicipalización. En términos estrictos, remunicipalizar supone recuperar la gestión directa de servicios públicos locales que en la actualidad se prestan de forma indirecta. Por lo tanto, remunicipalizar supone la existencia de un servicio local previamente municipalizado. Remunicipalizar no supone, por tanto, crear un nuevo servicio público, ni evitar la privatización —en el sentido de devolver esta actividad a un régimen de mercado— de un determinado servicio público. Al remunicipalizar, tan solo se actúa sobre la forma de gestión de un servicio público que en tanto tal permanece inalterado. No estamos ante un proceso en virtud del cual servicios privatizados vuelvan a ser declarados servicios públicos y, por tanto, se produzca una nueva asunción por parte de la Administración de la garantía de la prestación de un servicio que se había devuelto al mercado. Esta garantía, la condición de la prestación como servicio público, no ha desaparecido. Lo que se modifica es el cómo se lleva a cabo la prestación de un servicio que no ha dejado de ser un servicio público, aunque su gestión se haya encomendado a un sujeto privado.

Para precisar el concepto de remunicipalización, también nos importa diferenciar los conceptos de municipalización y creación de un servicio público. La conversión de una actividad en servicio público supone decidir que esta actividad prestacional debe ser garantizada por la Administración. Esta decisión se establecerá, en principio, en una norma con rango legal. Puede decirse que esto supone la *publicatio* de la actividad. Pero municipalizar es algo distinto. Supone la asunción efectiva de la prestación por la administración obligada a la prestación de este servicio público. Así, podemos decir que la Ley de Bases de Régimen Local (Jefatura del Estado, 1985) en su artículo 26 lleva a cabo la *publicatio* de diversas actividades. Pero, luego, cada ente local debe llevar a cabo la municipalización de este servicio, esto es, el acuerdo de que asume de forma efectiva la garantía de esta prestación, para lo cual podrá optar entre una forma de gestión directa o indirecta. Por tanto, primero se crea el servicio, luego el ente responsable lo municipaliza (asume su prestación efectiva) y, por último, decide como lo presta, si de forma directa o indirecta. Lo que se denomina «remunicipalización» supone actuar tan solo sobre la tercera fase, recuperando la gestión directa de lo que se venía prestando de forma indirecta.

63

SERVICIOS
PÚBLICOS Y
REMUNICIPALI-
ZACIÓNPUBLIC
SERVICES AND
REMUNICIPALI-
ZATION

También hay que recordar que la asunción efectiva de un servicio en régimen de monopolio no supone decidir el régimen de gestión, que podrá ser directa o indirecta. Evidentemente, si se opta por la gestión directa, el régimen de monopolio ya no es solo de titularidad, sino también de gestión. En este caso, se suprime de forma radical la iniciativa privada en relación con la actividad prestacional declarada servicio público. La distinción entre municipalizar una actividad prestacional y decidir la forma de gestión de este servicio público está claramente reconocida en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2015, recurso de casación 595/2013.

Lo expuesto nos permite concluir lo siguiente. La legislación básica de régimen local, en su artículo 26, al fijar los servicios municipales obligatorios, ha establecido de hecho una garantía competencial. Como ha dicho el Tribunal Constitucional en su sentencia 214/1989 de 21 de diciembre:

el legislador estatal, en el precepto impugnado, no ha hecho sino fijar ese mínimo competencial que, en todo caso, debe corresponder a los municipios en virtud de la propia garantía institucional de que gozan. Este mínimo queda concretado en la competencia para prestar los servicios que enumera el artículo 26 de la ley —provisión cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada—, y en la garantía, formulada negativamente, de que no pueden quedar privados de toda intervención en cada una de las materias enumeradas en el apartado 2 del artículo 25.

Fijada la competencia, el ejercicio efectivo de la misma (lo que constituye una obligación en el caso de esta actividad prestacional esencial que son los servicios públicos obligatorios), se somete a un procedimiento específico denominado la «municipalización» del servicio.

Esta diversidad de decisiones (reserva legal de la actividad y decisión de asumir efectivamente la responsabilidad sobre la ejecución de la actividad), está claramente expuesta en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2000, recurso de casación 6448/1996.

Por último, si resituamos el debate en el planteamiento más general de la relación público-privado, y dentro de este planteamiento se quiere defender la ampliación de lo público en la actividad prestacional de las administraciones públicas, se pueden hacer dos consideraciones:

1. Antes de pensar en remunicipalizar se debe llamar la atención sobre las municipalizaciones aún pendientes respecto de servicios públicos obligatorios que aún se gestionan sobre la base de títulos privados.

2. Cabe plantearse la posibilidad de crear nuevos servicios públicos en concurrencia con la iniciativa privada.

IV. REMUNICIPALIZACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES COMO RECUPERACIÓN ANTICIPADA DE LA GESTIÓN DIRECTA

Una vez precisado el concepto de municipalización y establecida la diferencia respecto a la decisión sobre el modo de gestionar el servicio municipalizado, podemos volver al concepto de remunicipalización. Como venimos diciendo, «remunicipalizar» significa recuperar la gestión directa de servicios públicos ya municipalizados que se están prestando mediante fórmulas de gestión indirecta. De este modo se pretende incrementar lo público frente a lo privado. Pero, en todo caso, para remunicipalizar es necesario que haya existido previamente una municipalización y un acuerdo de gestión indirecta. Esta segunda decisión es la que se quiere modificar. Pasamos a analizar a continuación algunas cuestiones de interés que se suscitan en el momento de imponer, como sistema prioritario para la gestión de los servicios públicos locales municipalizados, las modalidades de gestión directa.

IV.1. ¿Es discrecional la decisión sobre la forma de gestión de los servicios públicos?

La primera cuestión que debe resolverse es si para la toma de la decisión acerca del modo de gestión de un servicio público municipalizado existe algún marco normativo que condicione dicha decisión. Obviamente, toda decisión administrativa debe perseguir el interés general, debe adecuarse a los principios de buena administración y debe tratar de conseguir al mismo tiempo que se cumplan los principios de eficacia y eficiencia. El logro de estos fines deberá tratar de alcanzarse dentro de la tramitación del preceptivo procedimiento administrativo. Además, la decisión deberá motivarse. Sin embargo, más allá de estas reglas generales que se imponen a toda decisión administrativa, lo que nos importa examinar es si esta concreta decisión, la selección del modo de gestión de un servicio público, está vinculada a algún criterio normativo previo.

Desde esta perspectiva, lo primero que debe señalarse es que la normativa comunitaria no establece ningún criterio rector. La directiva 2014/23/UE de 26 de febrero en su artículo 2.1 dispone que:

la presente Directiva reconoce el principio de libertad de administración de las autoridades nacionales, regionales y locales, de conformidad con el Derecho nacional y de la Unión. Dichas autoridades tienen libertad para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras

o la prestación de servicios, en particular garantizando un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos. Dichas autoridades podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos (Unión Europea, 2014).

La resolución del Parlamento Europeo de 8 de septiembre de 2015 sobre el seguimiento de la Iniciativa Ciudadana Europea Right2water, en su número 44, recuerda que la elección del método de gestión del agua se basa en el principio de subsidiariedad (la decisión corresponde a los Estados miembros), pero en los números 44 a 46 introduce algunas consideraciones de interés:

44. Observa que en países de toda la UE, como España, Portugal, Grecia, Irlanda, Alemania e Italia, la posible o efectiva pérdida de la titularidad pública de los servicios de aguas se ha convertido en motivo de gran preocupación para los ciudadanos; recuerda que la elección del método de gestión del agua se basa en el principio de subsidiariedad, tal como se contempla en el artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en el Protocolo (Nº 26) sobre los servicios de interés general, lo que pone de relieve la especial importancia de los servicios públicos para la cohesión social y territorial en la Unión; recuerda que las empresas públicas del sector del abastecimiento de agua y del saneamiento de aguas son servicios de interés general y tienen la misión general de garantizar que se suministre a toda la población agua de alta calidad a precios aceptables socialmente y de reducir al mínimo los efectos de las aguas residuales perjudiciales en el medio ambiente.

La legislación interna, haciendo uso de esta libertad de opción comunitaria, ha impuesto algunos criterios rectores para la toma concreta de la decisión. Así, el artículo 85.2 de la Ley de Bases de Régimen Local, en la redacción dada al mismo por la ley 27/2003 y posteriormente por la ley 27/2013, dispone en la actualidad que:

los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:

A) Gestión directa:

- a) Gestión por la propia entidad local.
- b) Organismo autónomo local.
- c) Entidad pública empresarial local.
- d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

B) Gestión indirecta:

Mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

La forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos (Jefatura del Estado, 1985).

Detengámonos un momento en este precepto. En su encabezamiento dispone que «los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación». Por tanto, vincula ya al ente local a tener que buscar la fórmula no solo más eficiente sino también más sostenible, es decir, aquella que responda a los criterios económicos de no incremento de la deuda y posibilidad de gestión con un presupuesto equilibrado. Se apela de esta forma al principio constitucional de eficiencia, introduciendo la necesidad de buscar el equilibrio entre el criterio económico de los costes y el objetivo general de una prestación eficaz de los servicios públicos (artículo 31.2 de la Constitución). Estas razones son las que deben determinar la opción por una fórmula de gestión directa o indirecta, y estas razones deberán quedar acreditadas en el expediente que finalice con la opción por una determinada forma de gestión⁷.

El mismo precepto establece a su vez, más adelante, unos criterios concretos que deben regir la opción entre las diversas formas de gestión

⁷ Esta referencia de la reciente normativa local debe ponerse en conexión con el mandato general establecido en la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Suficiencia Financiera 2/2012 de 27 de abril, en particular con su artículo 7.2: «La gestión de los recursos públicos estará orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público» (Jefatura del Estado, 2012).

directa posibles: «Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b)». No nos interesa ahora entrar en esta cuestión. Lo relevante es que el legislador básico local impone la necesidad de justificar la opción entre gestión directa o indirecta sobre la base de los criterios de eficiencia y sostenibilidad.

Recientemente, el legislador estatal ha vuelto a fijar unos criterios a tener en consideración al momento de adoptar una opción entre las diversas formas de gestión de los servicios públicos, si bien en este caso la norma se refiere a los servicios de titularidad estatal. El artículo 86,2 de la ley 40/2015 establece que:

[...] las entidades integrantes del sector público institucional podrán ser consideradas medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores y del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador cuando cumplan las condiciones y requisitos establecidos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

2. Tendrán la consideración de medio propio y servicio técnico cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes:

- a) *Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.*
- b) Resulta necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.

Formará parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos la comprobación de la concurrencia de los mencionados requisitos.

En la denominación de las entidades integrantes del sector público institucional que tengan la condición de medio propio deberá figurar necesariamente la indicación «Medio Propio» o su abreviatura «M.P.».

3. A la propuesta de declaración de medio propio y servicio técnico deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior y deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado que vaya a declarar el medio propio y servicio técnico» (Jefatura del Estado, 2015; las cursivas son mías).

El legislador estatal reitera, para los servicios de titularidad estatal, por idénticas razones de fondo los criterios antes expuestos en la reforma de la legislación local. Se incide ahora en la relación entre el sector público y privado, dando primacía al sector privado. La opción por la gestión directa —con un medio propio— debe fundarse en una demostración de su mayor eficacia respecto a la contratación con un tercero privado, por lo que parece introducirse una especie de principio de subsidiariedad (sobre este precepto, el artículo 86.2 de la ley 40/2015, véase Font, 2016).

Como ha recordado Martínez Alonso (2014), entre los criterios a considerar en la resolución de la opción entre gestión directa a indirecta hay que consignar el muy relevante de la competencia, tal y como ha recordado la Comisión Nacional de la Competencia (2013). En este informe, dictado con ocasión de la tramitación de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), la Comisión Nacional de la Competencia afirma lo siguiente:

Cuando la titularidad de la prestación esté reservada a las entidades locales, estas deben decidir, de acuerdo con el artículo 82 LBRL [Ley de Bases de Régimen Local], si prestar el servicio directamente o mediante gestión indirecta. La CNC [Comisión Nacional de la Competencia] estima que el APL [Anteproyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local] debería establecer la obligación para las entidades locales de decidir entre gestión directa e indirecta de la forma más favorecedora posible de la competencia y, específicamente, de analizar *ex ante* determinados elementos que señalizan la posibilidad de introducir competencia efectiva. Por ejemplo, la existencia de un número suficiente de oferentes potencialmente interesados en la prestación del servicio, el grado de competencia efectiva entre los mismos, la escasa importancia relativa de los activos específicos que impliquen costes de entrada (en particular, de los costes hundidos) o el suficiente control que se atribuya al futuro prestador del servicio sobre los costes derivados de dicha prestación (por ejemplo, sobre los costes salariales). Cuando, entre otros, existan estos elementos, el APL debería establecer que las entidades locales opten por fórmulas de gestión indirecta que permitan la prestación privada. Al mismo tiempo, debe asegurarse la revisión periódica del prestador tras el plazo contractual mínimo necesario para asegurar la viabilidad económica de dicha gestión. Esta opción resulta preferible para la competencia y la eficiencia frente a la constitución de entidades instrumentales de capital público o mixto. Esto es debido a que la estabilidad temporal y la vinculación estructural de estas entidades instrumentales con las entidades locales reducen o eliminan las tensiones competitivas en la prestación del servicio, no contando con los mismos incentivos para ser eficientes. Adicionalmente, la CNC quiere subrayar que la gestión indirecta no implica indefectiblemente la provisión mediante un único

prestador. El APL debería favorecer también la competencia «en el mercado», estableciendo que cuando la prestación pueda realizarse eficientemente por varios operadores, esta pluralidad de prestadores debería ser la forma de provisión elegida por la entidad local.

La Autoridad Catalana de la Competencia, en un informe emitido con relación a un proceso de municipalización del servicio de suministro de agua (2015), teniendo ya en cuenta lo establecido en el artículo 85,2 de la LBRL, ha insistido en la necesidad de justificar la opción por la gestión directa y sus ventajas respecto de la gestión indirecta. Dicha institución afirma la preferencia por la competencia en el mercado y por el mercado, frente al monopolio de titularidad y también frente a la gestión directa. Concretamente, afirma que:

[...] atendiendo a los efectos restrictivos de la competencia —de la opción por la gestión directa mediante medio propio— resulta necesario justificar tanto la necesidad como la proporcionalidad de hacer uso de este mecanismo, es decir, debería valorarse en qué medida el mercado presta o puede prestar el servicio objeto del encargo y en qué condiciones (básicamente precio y calidad) lo puede hacer, teniendo que descartar el acudir a la figura del medio propio siempre que sea potencialmente posible obtener el servicio en términos de relación calidad/precio más favorables que las que ofrece el medio propio.

En definitiva, la normativa comunitaria, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, respeta la decisión de las autoridades internas sobre el modo de gestión de los servicios públicos, en su terminología, servicios económicos de interés general. La normativa interna ha introducido recientemente unos límites a la libre decisión del titular del servicio, exigiendo que se acredite que la opción escogida es la más eficiente y sostenible, e imponiendo (en el ámbito estatal) una cierta presunción a favor de las formas de gestión indirecta, ya que la opción por la gestión directa exige una especial fundamentación.

IV.2. Remunicipalizar supone una decisión basada en la voluntad de modificar el régimen de gestión, no la recuperación de la gestión por razones de incumplimiento del contratista

La remunicipalización supone una decisión voluntaria organizativa. Se remunicipaliza cuando el ente titular del servicio entiende que concurren razones que justifican modificar el modo de gestión, pasando de la gestión indirecta a la directa. No se trata, por tanto, de una recuperación de la gestión directa derivada de un incumplimiento del contratista. La causa del cambio en el modo de gestión es una decisión organizativa basada en criterios de eficacia, no un incumplimiento del contratista que obligue

a la resolución contractual y recuperación de la gestión a favor de la administración (que luego podría volver a encomendar a un tercero).

IV.3. Remunicipalizar al término del período de gestión indirecta, o la remunicipalización impropia tras un proceso de municipalización

Puede entenderse también que la remunicipalización se produce cuando, al término del período establecido para la gestión indirecta, el ente titular decide modificar para el futuro el modo de gestión, asumiendo la gestión directa del servicio municipalizado. En este caso, se evita o reduce el principal obstáculo a la municipalización, los costes derivados de un rescate anticipado de la concesión o forma de gestión indirecta (volveremos sobre este punto). Al término de la gestión indirecta se produce una «ventana de oportunidad (*window of opportunity*)» que el ente titular del servicio puede aprovechar para imponer su nuevo criterio. Deberá justificarse la opción por la gestión indirecta, pero no deberá indemnizarse al ente que presta el servicio por la rescisión anticipada y no culpable del contrato de gestión del servicio público.

Otro supuesto distinto es el que hemos denominado «remunicipalización impropia». En este caso, el ente titular del servicio lo municipaliza, es decir, asume efectivamente la responsabilidad de su gestión y, al mismo tiempo, decide que la prestación se llevará a cabo de forma directa. Ciertamente, no existe una verdadera «remunicipalización», ya que el servicio no se prestaba antes de forma indirecta. Con este término, «remunicipalización impropia», queremos identificar los supuestos en los que de forma sucesiva y continua se produce un doble proceso de reserva al sector público de un servicio. Primero, se asume la prestación efectiva, e inmediatamente se asume la gestión directa. Aquí la idea de remunicipalizar no hace referencia a que se modifica el régimen de gestión, antes indirecto y ahora directo, devolviendo al municipio la forma de gestión, sino que la noción de remunicipalización identifica un proceso en el que se adoptan dos decisiones sucesivas de forma unitaria: primero, la asunción efectiva de un servicio público que, aunque declarado como tal, no se había asumido en su garantía de forma efectiva por el ente local; y, además, la reserva de la prestación del nuevo servicio al propio ente local.

IV.4. Rescate

La «remunicipalización» se identifica propiamente con la práctica del rescate. Según el dictamen 2918/2003 del Consejo de Estado de 27 de noviembre, «el rescate [...] es una forma de extinción de las concesiones en firme en la que la Administración acuerda poner término a su existencia, al concurrir una causa de interés público prevalente,

mediante indemnización a favor del concesionario por los daños que dicho acuerdo produce» (en general, sobre la figura del rescate, véase Mestre Delgado, 1992, pp. 262-270).

El rescate está contemplado en el artículo 286.c del Real Decreto Legislativo 3/2011 como una forma de resolución del contrato de gestión de servicios públicos (Ministerio de Economía y Hacienda, 2011). En el ámbito local, el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de la Generalidad de Cataluña (Departamento de Gobernación de Cataluña, 1995) reconoce que el rescate es una potestad de la administración titular del servicio —artículo 248.e— y, en el artículo 263, afirma que «la entidad local podrá extinguir la concesión antes del vencimiento del plazo estipulado, de manera unilateral, por razón del interés público y mediante la correspondiente indemnización, asumiendo la gestión directa del servicio por sí o por medio de un ente dependiente».

SERVICIOS
PÚBLICOS Y
REMUNICIPALI-
ZACIÓN

PUBLIC
SERVICES AND
REMUNICIPALI-
ZATION

Las notas que caracterizan la figura del rescate son las siguientes: La gestión indirecta del servicio se extingue de forma anticipada, por motivos de oportunidad organizativa, no por razones de incumplimiento del contratista, reunificando en una misma mano la titularidad y la gestión del servicio. Por ello, no es posible rescatar para volver a contratar la gestión del servicio. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1999 afirma lo siguiente:

Así, a través del Acuerdo municipal de 11 de julio de 1988, se produce una novación subjetiva del concesionario, determinante de la resolución del contrato preexistente, que opera como presupuesto o requisito habilitante necesario de una especie de potestad expropiatoria por razones de interés público, sobre la que se legitima la actuación del Jurado de Expropiación, según el artículo 99 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril. Pero la reversión anticipada que supone el rescate exige a la autoridad concedente el cumplimiento de determinados requisitos formales, exigidos en el número 1 del citado artículo 99 y del 52 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, entre otros: el preaviso a los interesados con seis meses de antelación. Y por otra parte, se condiciona la causa de extinción de la concesión a que la Administración concedente gestione directamente el servicio por sí o por medio de un ente público —artículo 79 de la Ley de Contratos del Estado— (las cursivas son mías).

Y añade que:

[...] resulta evidente que dejó sin ejecutar la mentada Sentencia de 6 de abril de 1987, fuera de los cánones establecidos en la Ley Jurisdiccional, privando, en consecuencia, al concesionario que obtuviera —«por la inejecución»— una indemnización por el procedimiento establecido en el artículo 106 de aquella Ley; vulnerándose además el artículo 79 de la

Ley de Contratos del Estado, que solo permite el rescate forzoso cuando la Administración concedente va a gestionar directamente el servicio por sí o por medio de un ente público (las cursivas son mías).

El rescate comporta la indemnización al concesionario en razón de los perjuicios derivados de la extinción anticipada de la concesión. De ahí la naturaleza expropiatoria que se atribuye al rescate. También sobre este punto se manifestó la sentencia antes citada:

El artículo 80, número 10 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, al igual que el artículo 127 del Reglamento de Servicios, artículo 127.1, faculta a las Corporaciones para dejar sin efecto la concesión antes del vencimiento, si lo justificasen las circunstancias sobrevenidas de interés público, mediante resarcimiento de los daños que se causasen, o sin él cuando no procediese; de esta forma se configura lo que podríamos denominar el *rescate forzoso*, como una especie de potestad expropiatoria para las concesiones de servicios públicos, por razones de interés público, expresamente contemplada en el artículo 41 de la Ley de Expropiación Forzosa y sujeta como toda expropiación a una indemnización determinada»

La excepción a la indemnización expropiatoria sería el supuesto del rescate contractual. Remitimos de nuevo a la sentencia ya citada, que opone al rescate forzoso con indemnización expropiatoria el rescate contractual:

[...] el *rescate contractual*, que también opera como causa de extinción de la concesión antes de su expiración normal, en virtud de las cláusulas establecidas en el pliego de condiciones, en cuyo caso la indemnización del concesionario se realiza según las modalidades previstas en el contrato —artículos 232, 233 y 274 del Reglamento General de Contratación, de 25 de noviembre de 1975 [...], y Sentencia de este Tribunal de 25 de septiembre de 1987 (RJ 1987\8253)—.

A este tipo de rescate hace también referencia el artículo 241,h del Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de los Entes Locales (ROAS) (Departamento de Gobernación de Cataluña, 1995).

V. CONCLUSIONES

El debate actual en torno a la mal llamada remunicipalización de los servicios públicos se sustenta en un planteamiento claramente favorable a los modos de gestión públicos frente a los modos de gestión privada. No se trata, pues, de un debate sobre qué actividades deben ser o no servicios públicos, ni de un debate sobre los procesos de liberalización de actividades económicas que se devuelven al mercado para que pasen

a prestarse en régimen de libre concurrencia, sujetas a regulación, pero ya no a un régimen de gestión directa pública o indirecta por concesión, concierto o empresa de economía mixta.

Este debate actual supone un giro radical respecto a los planteamientos imperantes hasta hace pocos años, favorables a la externalización de la actividad prestacional. El criterio imperante hasta hace pocos años era que las administraciones públicas debían actuar como responsables de la garantía de la prestación de los servicios públicos, haciendo realidad los principios de asequibilidad, igualdad, calidad y continuidad, pero debían descargarse de sus cometidos como administraciones prestacionales⁸. Las administraciones debían reducir su carga en aparatos administrativos de dirección y prestación de los servicios públicos, en el cobro a los usuarios (que debían pagar normalmente tarifas y no tasas) y en el gasto en inversiones de infraestructuras. Las administraciones debían adelgazarse en estos temas para ganar musculatura en las tareas de dirección y control de los concesionarios, así como también en la determinación y control de las tarifas.

La situación cambia cuando, dentro de planteamientos generales favorables a lo público, se cuestiona la eficacia del sector privado como gestor y se reivindica la eficacia de la gestión pública. Pues bien, así las cosas, creemos que el debate debería centrarse en argumentos contrastables focalizados en razones de eficacia y eficiencia de los modelos públicos y privados al llevar a cabo la prestación de servicios públicos de contenido económico. Por nuestra parte, hemos expuesto el marco jurídico formal de las diversas opciones. Pero la opción a adoptar, insistimos, deberá fundarse en el análisis de cada caso concreto y en razones económicas que escapen a nuestros conocimientos. En este punto, simplemente una reflexión: si los entes locales se han mostrado ineficientes en el control y dirección de los concesionarios, ¿serán eficientes en la gestión de los servicios públicos?

Por último, hay que recordar que la posibilidad de llevar a cabo una verdadera remunicipalización (recuperación de la gestión directa de un servicio que se está gestionando de forma indirecta) implica serios problemas. Esta remunicipalización requiere un rescate indemnizatorio, justificarse por razones de mayor eficacia y demostrar que no incide, aunque sea solo inicialmente, en un mayor déficit. Además, se

73

SERVICIOS
PÚBLICOS Y
REMUNICIPALI-
ZACIÓNPUBLIC
SERVICES AND
REMUNICIPALI-
ZATION

8 En este sentido, Martínez Alonso afirma que «en la disyuntiva de optar por la gestión directa de los servicios o por una de las modalidades contractuales que caracterizan la indirecta, invariablemente se esgrimen los argumentos del menor coste de estas, la conveniencia de introducir técnicas de gestión privada y adecuadas al mercado y la necesidad de no comprometer un volumen excesivo de recursos públicos. En una coyuntura económica como la de 2013, las propuestas en favor de la gestión indirecta cobran más fuerza todavía y en esta línea cabe citar el ya mencionado inciso incorporado al inicio del artículo 85.2 de la LBRL [Ley de Bases del Régimen Local], en el sentido de que los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas en el mismo (LRSAL 1º, 21)» (2014, p. 606).

enfrentará a los límites que impone la nueva directiva de concesiones para la resolución anticipada de los contratos concesionales. Por ello, creemos que en la práctica tan solo se llevarán a cabo, en su caso, las remunicipalizaciones sucesivas, esto es, aquellas que suponen asumir la gestión directa de servicios que se venían prestando de forma indirecta cuando la concesión se extingue. Y, aun así, habrá que demostrar la mayor eficacia del nuevo modo de gestión teniendo en cuenta todos los elementos a considerar: costes generales, incremento del capítulo primero, problemas de personal, gastos de inversión, gestión de las tasas y su cobro.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Autoridad Catalana de la Competencia (2015). Informe emitido de conformidad con el artículo 97.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el cual se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local. Número de referencia: OB 19/2015 - INF art 97.2 RDL 781/1986 Santa Maria d'Oló.

Comisión Nacional de la Competencia (2013). IPN 88/13. Anteproyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. 13 de marzo.

Consejo de Estado. Dictamen 2918/2003 (FOMENTO). Expediente de rescate de concesión otorgada a Hidroeléctrica Española, S.A. en el Puerto de Cartagena (Bahía de Escombreras). 27 de noviembre.

Constitución española (1978).

Departamento de Gobernación de Cataluña (1995). Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de los Entes Locales. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, 2066(23 de junio).

Duguit, Léon (1911). *Traité de droit constitutionnel*. 2 volúmenes. París: Fontemoing.

Font, Tomàs. (2016). Organización y gestión de los servicios de salud. El impacto del derecho europeo. *Revista de Administración Pública*, 199. <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rap.199.08>.

Instituto para el Desarrollo e Integración de la Sanidad (2014). Sanidad privada. Aportando valor. Análisis de la situación 2014.

Jefatura del Estado (1985). Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. *Boletín Oficial del Estado*, 80(3 de abril), 8945-8964. BOE-A-1985-5392.

Jefatura del Estado (1996). Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de Carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad

Económica. *Boletín Oficial del Estado*, 139(8 de junio), 18977-18988. BOE-A-1996-13002.

Jefatura del Estado (2012). Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. *Boletín Oficial del Estado*, 103(30 de abril), 32653-32675. BOE-A-2012-5730.

Jefatura del Estado (2015). Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. *Boletín Oficial del Estado*, 236(2 de octubre), 89411-89530. BOE-A-2015-10566.

Martínez-Alonso, José Luis (2014). El servicio público local. Redimensionamiento y gestión de actividades y servicios públicos. En Juan Antonio Carrillo Donaire & Pilar Navarro Rodríguez (coords.), *La reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local*. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos-La Ley.

Mestre Delgado, Juan Francisco (1992). *La extinción de la concesión de servicio público*. Madrid: La Ley.

Ministerio de Economía y Hacienda (2011). Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. *Boletín Oficial del Estado*, 276(16 de noviembre). BOE-A-2011-17887.

Parlamento Europeo (2015). Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de septiembre de 2015, sobre el seguimiento de la Iniciativa Ciudadana Europea Right2Water (2014/2239(INI)).

Pigeon, Martin & otros (2015). *Remunicipalización: el retorno del agua a manos públicas*. Amsterdam: Transnational Institute.

Sánchez Bayle, Mariano (2014). La privatización de la asistencia sanitaria en España. Documento de trabajo de la Fundación Alternativas (182/2014).

Tribunal Constitucional (1989). Sentencia 214/1989 de 21 de diciembre.

Tribunal de Cuentas. Informe de Fiscalización del Sector Público Local, Ejercicio 2011. Número 1.010.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2015). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 23 de diciembre. Asunto c-293/14.

Tribunal Supremo (1999). Sentencia de 5 de abril. Recurso de casación 7541/1999.

Tribunal Supremo (2000). Sentencia de 21 de diciembre. Recurso de casación 6448/1996.

Tribunal Supremo (2005). Sentencia de 23 de febrero. Recurso de casación 595/2013.

Unidad de Investigación Internacional de Servicios Públicos de la Universidad de Greenwich (2012). Por qué el agua es un servicio público: destapando los mitos de la privatización. 16 de mayo.

75

SERVICIOS
PÚBLICOS Y
REMUNICIPALI-
ZACIÓNPUBLIC
SERVICES AND
REMUNICIPALI-
ZATION

Unión Europea (2012). Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). 2012/C 326/01.

Unión Europea (2014). Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

Wallmann, Hellmut (2013). La experiencia de los ordenamientos europeos: ¿un retorno a las gestiones públicas/municipales? *Cuadernos de Derecho Local*, 31(2013), 70- 80.

Recibido: 24/02/2016

Aprobado: 05/04/2016

Teoría de la regulación (en especial, acerca de los fundamentos de la regulación)

Regulatory theory (specially regarding the grounds for regulating)

ESTELA BEATRIZ SACRISTÁN*

Resumen: El presente estudio analiza los fundamentos y el concepto de regulación, vista esta última específicamente desde la perspectiva jurídico-económica. Se propone la existencia de un presupuesto básico de las teorías de interés público de regulación, en un contexto de libertad. De esta manera, se comprobarán la función del derecho como regulador en la sociedad y las diversas justificaciones que se presentan para ello.

Palabras clave: regulación económica – teoría de la regulación – derecho como coordinación – razones para regular

Abstract: This study analyzes the foundation and the meaning of regulation, specifically from the legal and economic perspective. A basic budget of public interest theories of regulation arises, in a context of freedom. Thus, the role of law as a regulator in society and the various justifications presented for it will be verified.

Key words: economic regulation – regulatory theory – law as coordination – reasons for regulating

CONTENIDO: I. PLANTEO.– II. UN *PRIUS* Y SUS CONSECUENCIAS.– II.1. CONSAGRACIÓN DE LA LIBERTAD COMO PRESUPUESTO.– II.2. ASEGURAMIENTO INTERGENERACIONAL.– II.3. INSERCIÓN DE LAS FUERZAS DEL MERCADO.– III. DERECHO COMO COORDINADOR O REGULADOR.– III.1. COORDINADOR O REGULADOR PARA BIEN.– III.2. TRIPLE FUNCIÓN, FINALIDAD DE BIEN.– III.3. EXPLICITACIÓN. INSERCIÓN EN LA CADENA DELEGACIONAL.– III.4. CONCEPTO DE «REGULACIÓN AUTORITATIVA».– III.5. DERIVACIONES. LÍMITES.– III.6. RELACIONES *PRIUS*-DERECHOS.– III.7. RECAPITULACIÓN Y ARRANQUE.– IV. SUPUESTO DE REGULACIÓN ECONÓMICA.– IV.1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL.– IV.2. FUNDAMENTOS DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA.– IV.3. MERCADO COMO PUNTO DE ABORDAJE EPISTEMOLÓGICO.– V. RAZONES PARA REGULAR. FUNDAMENTOS DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA.– V.1. CONTROL DEL PODER MONOPÓLICO.–

* Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, 2006, con una tesis calificada como sobresaliente; participante del United States Judiciary Training Program del Federal Judicial Center, Washington D.C., 2005 y 2006; especialista en Derecho Administrativo-Económico por la Universidad Católica Argentina, 1998; abogada por la Universidad del Museo Social Argentino, 1992. Profesora de Derecho Administrativo y becaria postdoctoral en la Universidad Católica Argentina. Página web: www.estelasacristan.com.ar. Correo electrónico: es@bgcv.com.ar

V.2. CONTROLAR LAS GANANCIAS O LA RENTABILIDAD EXCESIVA. EL CASO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.– V.3. NEUTRALIZAR COSTOS O BENEFICIOS EXCEDENTES (EXTERNALIDADES).– V.4. INFORMACIÓN INADECUADA.– V.5. COMPETENCIA EXCESIVA O DESTRUCTIVA.– V.6. OTRAS JUSTIFICACIONES.– VI. REFLEXIONES FINALES.– VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEO¹

En el momento en que repaso estas notas, se está operando una suerte de justa medieval en la ciudad de Buenos Aires: se escuchan voces a favor de la libertad de industria, a favor de la prohibición, a favor de la regulación. Sucede que, en el ámbito porteño, ha desembarcado una aplicación —una *app*— que permite solicitar ser transportado en un auto conducido por un tercero, a un precio acordado, adelanto tecnológico que nos enfrenta con la libertad, la regulación y el significado y razón de ser de ésta última.

Cotidianamente, mencionamos o escuchamos la palabra «regulación» infinidad de veces. En el plano de las conductas, se habla de «regulado» y «desregulado» para distinguir lo sujeto a las normas jurídicas de lo sometido a las fuerzas del mercado. Se alude, con el término regulación, a las normas de contenido o con efectos económicos, en oposición a aquellas que refieren a contenidos no patrimoniales o efectos no mensurables patrimonialmente. También se emplea el término para referir la a acción y el efecto de regular, es decir, de uniformar, reajustar, ajustar, poner en orden. Incluso, se lo utiliza para referirse a «determinar reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo», con lo que equivaldría a normativizar o reglamentar.

Más allá de estas diferenciaciones y versiones —muchas de las cuales surgen de la lectura de la respectiva definición en el *Diccionario de la Real Academia Española*—, lo cierto es que el término no significa siempre lo mismo, e incluso se podría argumentar que sus inciertos bordes semánticos permiten hablar de diversos conceptos de regulación, e incluso de diversas clases, sea la misma más o menos general, o más o menos intensa: no es lo mismo normativizar que uniformar o reglamentar. Estas vertientes diversas del plano del significado podrían implicar distintos roles para el término y, en especial, diferentes modos de dar sentido a su pretendida vocación de servir como fundamento de medidas oficiales.

Así las cosas, propongo estas notas sobre una clase de regulación en particular —la de índole económica— y sus fundamentos o justificaciones. Ello, según la simple idea de que, en la medida en que

¹ Agradezco a mi estimada colega y amiga, la doctora Pilar Zambrano, por sus oportunos comentarios en la etapa de elaboración de este trabajo, el cual recoge frutos de la tarea de investigación desarrollada en la UCA.

regular, en general, tenga fundamentos, una medida oficial concreta de regulación también los tendrá, y viceversa. A tal fin, y por razones metodológicas, procedo a indagar el concepto de libertad, pues es este presupuesto el que sirve de telón de fondo de la regulación y la intervención del derecho en la vida en sociedad (sección II). Fijado ese punto de inicio, y comprobado el rol regulador del derecho (sección III), me detendré en el supuesto específico de la regulación económica (sección IV) para repasar, críticamente, las diversas justificaciones que se han propuesto para fundar la regulación (sección V). Finalmente, presentaré las reflexiones finales del caso (sección VI).

II. UN *PRIUS* Y SUS CONSECUENCIAS

El punto de abordaje del tema a desarrollar toma en consideración la preexistencia de un *prius* o presupuesto inicial ineludible: a saber, el de la libertad, que es «el supuesto metafísico del derecho y de ahí que este, por su misma esencia, consista en una protección de la libertad, [...] en una organización de la misma» (Legaz y Lacambra, 1979, p. 534).

II.1. Consagración de la libertad como presupuesto

Este presupuesto del derecho, en tanto concebido como normación (Legaz y Lacambra, 1979, p. 743; Vilanova, 1984, p. 113), es reconocido, en Argentina, por el derecho positivo en el momento de la organización constitucional misma. La Constitución argentina llamada «Constitución histórica» —para diferenciarla de la Constitución actual, fruto de varias reformas, incluyendo la de 1994—, sancionada entre 1853 y 1860, consagra una fórmula que se halla hoy vigente: ella asegura «los beneficios de la libertad», fórmula que se halla contenida en el Preámbulo². De tal manera, la libertad se yergue en presupuesto ontológico, necesario. Si bien puede negarse el carácter normativo de las previsiones contenidas en el Preámbulo por no integrar, en sentido estricto, el articulado del texto constitucional —aunque se ha justificado un aserto opuesto³—, no se podría negar su finalidad de exponer las razones que llevarán al Constituyente a sancionar la Constitución.

II.2. Aseguramiento intergeneracional

En el específico supuesto de la Constitución argentina, como ese «asegurar» los beneficios de la libertad aparece en el Preámbulo acompañado de la mención de las generaciones presentes y futuras

2 El punto es destacado por Linares Quintana (1978, 4, p. 104), quien se refiere a la «institucionalización de la libertad en la Constitución Nacional», citando a María Álvarez de Schuster (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 1941).

3 Al menos el objetivo de «afianzar la justicia» tiene plena operatividad (Gelli, tomo I, p. 7). Es importante destacar la diferenciación que la citada jurista efectúa en relación a las diversas etapas de Argentina y la garantías de los derechos en cada una de ellas (p. 7).

(«para nosotros, para nuestra posterioridad»), no parecería reducirse a las generaciones presentes necesitadas de protección —en lo que podría divisarse un espíritu cortoplacista, individualista si se quiere—. Ello es así en tanto se introduce una valoración del orden plural o no individual con criterio de solidaridad intergeneracional (sobre las diferencias entre individualismo liberal y otras formas de liberalismo, véase Recasens Siches, 1978, pp. 512ss.). Ambos extremos —generaciones tanto presentes como futuras— recuerdan los estudios de justicia intergeneracional que muchos años después efectuara Rawls.

En efecto, según el citado iusfilósofo, dado «el problema de hasta qué punto la generación presente está obligada a respetar las demandas de sus sucesores» (1978, p. 323), se sigue que «en el caso del individuo, la preferencia en el tiempo es irracional. Significa que no está considerando todos los momentos como partes iguales de una vida. En el caso de la sociedad, la pura preferencia en el tiempo es injusta. Significa (como, por ejemplo, cuando se desestima el futuro) que, los que viven, toman ventaja de su posición en el tiempo para favorecer sus propios intereses» (1978, p. 334).

Al prever el Preámbulo, entonces, que la libertad asistirá a generaciones presentes y futuras, parecería estar desplazando las injusticias de la preferencia irracional por el presente, para asistir, beneficiar o inspirar, también, al interés de las generaciones futuras. Esta tesitura con respecto a la tutela de los intereses intergeneracionales se halla presente también en la producción iusadministrativista (Cassagne, 1995, especialmente p. 1189).

II.3. Inserción de las fuerzas del mercado

En ese marco de libertad pura operarían fuerzas similares a las de la física. Todo se acomoda según leyes no escritas, o que, en rigor, no necesitan ser escritas. En ese mundo de pura libertad, cada uno ocupa su lugar, y el determinismo y la estática social —con sus inevitables mantenimientos del *statu quo* y la prevalencia del interés del más fuerte— desplazan toda posibilidad de cambio voluntario: es el universo de Lochner (Corte Suprema de los Estados Unidos de América, 1905), o de Hileret (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 1903), o el mundo del utilitarismo de Bentham⁴, del determinismo de Spencer⁵

4 «By the principle of utility is meant that principle which approves or disapproves of every action whatsoever, according to the tendency it appears to have to augment or diminish the happiness of the party whose interest is in question: or, what is the same thing in other words, to promote or to oppose that happiness» (Bentham, 1907, I, I.3).

5 Véase Spencer (1851), cuya mejor síntesis es hacer prevalecer a la naturaleza por encima del hombre, pues aquella domina a este: «He, like every other man, may properly consider himself as an agent through whom nature works» (XXXII, §7).

o de la supervivencia, en la lucha, del más apto (*survival of the fittest*) de Darwin⁶, tan bien reflejado en la literatura inglesa (véase Fowles, 1969).

En ese libre ámbito, la presencia estatal es mínima o nula: «la política social aplicada estaba claramente impregnada de espíritu liberal, lo que hacía que la asistencia brindada tuviera carácter mínimo, de modo que en ningún caso disuadiera a sus beneficiarios de continuar en la búsqueda de empleo»⁷. En ese libre ámbito, todo es ordenado tan solo por la naturaleza, entendida no en el sentido tomista, sino en el sentido —con apoyo en el determinismo— de desvinculación de toda consideración hacia el interés del otro, prevaleciendo el bienestar o el interés propios junto a la ceguera frente a las necesidades de los demás. En ese libre ámbito —en fin—, rigen las fuerzas, por ejemplo, de lo que se conoce como mercado —en rigor, el punto donde se encuentran la oferta y la demanda—, medio donde se crean o fijan los llamados precios de mercado, llevándolos hasta el punto máximo, pasado el cual ya nadie quiere o puede pagar más. Allí se genera la competencia; allí, aquel que se yergue como monopolista explota su beneficiosa situación tangencial respecto del mercado. La información a los adquirentes es retaceada pues su provisión podría hacer mermar la demanda; todo se hace buscando la máxima utilidad, a cualquier precio.

Así y todo, el mercado será —considerando una particular concepción sobre el hombre—, «el instrumento que permite encauzar el egoísmo natural (que es una pasión desenfrenada) hacia fines loables» (acerca de los diversos modos de concebir al hombre, véase Cianciardo, 2007, pp. 153-163). Volveré sobre ello en la sección IV.

III. DERECHO COMO COORDINADOR O REGULADOR

Sin embargo, no todo es estado de naturaleza en lo que respecta a las personas, pues mediante una herramienta loable con génesis en la práctica pueden considerarse superados el determinismo, la estática social o la pura lucha: el derecho. En este sentido, el derecho es uno de los medios que permiten la vida en sociedad: se ha afirmado, incluso, que, sin el derecho, la vida social sería impensable (Legaz y Lacambra, 1979, p. 276)⁸.

6 «All that we can do, is to keep steadily in mind that each organic being is striving to increase at a geometrical ratio; that each at some period of its life, during some season of the year, during each generation or at intervals, has to struggle for life, and to suffer great destruction. When we reflect on this struggle, we may console ourselves with the full belief, that the war of nature is not incessant, that no fear is felt, that death is generally prompt, and that the vigorous, the healthy, and the happy survive and multiply» (Darwin, 1860, III, p. 80).

7 Como recuerda de la Riva (2004, p. 58), citando a Ritter (1991, pp. 66-73) a propósito de la Ley de Pobres inglesa de 1834.

8 El derecho es la opción por la razón o la verdad frente a la violencia como modo de resolución de conflictos (Cotta, 1987, p. 38); el término violencia no tiene un sentido meramente físico, pues violento es todo lo que se desvía de lo razonable o debido en justicia, por efecto de un abuso de una posición dominante. Véase, asimismo, la propuesta de Zambrano (2009).

III.1. Coordinador o regulador para bien

En la misma línea de pensamiento, el derecho puede ser concebido como un instrumento coordinador o regulador de conductas: incluso, como un coordinador de conductas con justicia o como coordinador de conductas orientadas al bien común⁹.

La mentada concepción, puesta en términos cotidianos, implica que sin derecho sería arduo vivir en armonía con los demás, pues la vida tendría balcones al permanente uso de la fuerza, del capricho, del egoísmo. Esta concepción nos coloca, además, frente a la idea de regulación: se regulan conductas no solamente para contener la imposición de la voluntad del más fuerte, sino también para coordinar el obrar común de personas que, con buena voluntad, buscan un bien común.

El derecho no será, así, un mero instrumento ideado para, solamente, contener el uso ilegítimo de la fuerza, sino también, y fundamentalmente, un instrumento para superar los llamados «problemas de coordinación» (Finnis, 2011, p. 255). Además, la función coordinadora del derecho manifiesta también una cuestión antropológica previa: el hombre no se limita a actuar junto a otros, sino que actúa con otros en pos de un bien común. El derecho, en palabras de Cotta (1987), se da en el plano de la realización co-existencial del hombre¹⁰.

III.2. Triple función, finalidad de bien

Dentro de ese contexto que podemos percibir como social o de alteridad (con sus conductas pasibles de coordinación), puede advertirse la denominada triple función del derecho con relación al obrar humano.

(i) Por un lado, el derecho puede ser concebido como un medio de motivación de conductas (el respeto hacia los demás, o la posibilidad de una multa, me inducen o incentivan a extender el brazo antes de girar; repatrio dólares porque me atrae el incentivo de que me liberen de pagar impuestos)¹¹. Por otro lado, (ii) el derecho puede ser concebido como parámetro de interpretación de las conductas (extender el brazo antes de girar, u omitir hacerlo, es pasible de lecturas según moldes prefijados). Finalmente, (iii) el derecho puede ser concebido como parámetro de

9 Sobre el derecho como —sin perjuicio de ulteriores caracterizaciones— conjunto de reglas e instituciones dirigidas a resolver razonablemente cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad en pos del bien común de esa comunidad, véase Finnis (1980, p. 153; 2011, p. 276) y Zambrano (2010, especialmente p. 346).

10 Para más detalles sobre este punto, véase Zambrano (2010, p. 130): «La respuesta de Finnis, como la de Aquino y antes Aristóteles, asume un concepto teleológico de acción, donde el bien se constituye en fin necesario de todo obrar. El obrar se activa siempre en pos de un fin, y el fin que activa el "querer obrar" es el bien conocido: cada vez que obramos buscamos o apetecemos realizar algo que se nos representa como bueno».

11 Guibourg (1986, p. 14) fija la dicotomía y señala las diferentes teorías requeridas por cada vertiente (visión formal, visión fáctica). De acuerdo con Zambrano (2010, p. 336), las personas no actúan solamente porque sí o por temor a una sanción o a la espera de un beneficio, sino que actúan de tal o cual manera por una «razón de bien».

valoración de la conducta (en la medida en que el obrar sea contrario a una norma jurídica, es «malo», «injusto» o «ilegítimo»). Esto implica concebir al derecho como algo más que un conjunto de normas, para considerarlo un fenómeno producto de la práctica humana que realiza esas tres funciones.

En cierto modo, la concepción inicial y las otras dos son compatibles. En efecto, las conductas, en cuanto son interpretadas o apreciadas, presuponen alteridad, es decir, un punto de vista externo al agente, lo cual conduce a una dimensión no individual sino social. A su vez, la incentivación de conductas viene dada también desde lo social, pues así como el derecho me motiva a hacer, también me motiva a no hacer (por ejemplo, a no hacer lo contrario al derecho, es decir, lo contrario a la vida coordinada, en sociedad).

Así las cosas, ese formidable ordenador de nuestra vida en sociedad —el cual, a la vez que motiva y orienta conductas, nos permite interpretar o leer conductas de terceros— se inspira en obtener un *bien común* y se dirige hacia este. Creo, en este punto, que, como personas viviendo en sociedad, al menos aspiramos a ello. Resulta trascendente enfatizar esta finalidad, pues implica cambiar el centro de atención de la actividad o su percepción por las personas a la finalidad de la labor reguladora. Así, el regular ya no se limitará al control sostenido y concentrado ejercido por el órgano o ente estatal sobre actividades que son consideradas valiosas por una parte de la comunidad (Ogus, 2004, p. 1; quien cita la definición de Selznick, 1984, p. 363), donde la coacción parece dividir a unos contra otros, sino que, como coordinación, incluirá ordenar (y controlar ese orden) en vistas al bien de la comunidad total en una suerte de ejercicio que realiza el bien de todos. En el plano formal, ese formidable ordenador halla apoyo o sustento en, al menos, alguna clase de explicitación lingüística —textual, gestual o conductual— para poder llegar a ser cognoscible y poder ser incentivo, molde u objeto de valoración, según el punto de vista que se adopte.

Va de suyo que «la formación de costumbre es un método tosco para generar soluciones autoritativas a los problemas de coordinación» (Finnis, 2011, p. 245), con lo que la mentada explicitación representará un estadio posterior y —en la medida de su carácter autoritativo— más eficaz y eficiente de regulación.

III.3. Explicitación. Inserción en la cadena delegacional

Esas explicitaciones —que presuponen publicidad y puesta a disposición— podrán receptar o canalizar principios preexistentes, seguramente de larga data, o bien trasuntar nuevas orientaciones o moldes. Si la explicitación (i) es prospectiva y no retroactiva; (ii) no es de imposible cumplimiento; (iii) ha sido promulgada, resultando

(iv) clara y (v) coherente con las demás; y (vi) sus prescripciones son lo suficientemente estables como para permitirle a las personas ser guiadas por el contenido cognoscible de las mismas; (vii) el dictado de decretos y resoluciones aplicables a situaciones relativamente limitadas es orientado por reglas que son promulgadas, claras, estables y relativamente generales; y (viii) aquellos dotados de la autoridad para dictar, administrar y aplicar las reglas bajo algún cargo oficial (a) han de dar cuenta de su cumplimiento de las reglas aplicables a su actuación, y (b) en los hechos administran el derecho en forma previsible y de conformidad con su tenor; entonces, cumplidos todos estos recaudos, estaremos ante reglas o regulaciones que integren un «sistema jurídico» que «funcione bien» (Finnis, 2011, pp. 270-271). Este es el *desideratum* o la serie de recaudos del *rule of law* de la pluma de Fuller (1964, pp. 38-39), *desideratum* asumido por Finnis y que consiste en una serie de indicadores formales de que una ley es justa, sin asegurar, empero, sin más, que la misma lo sea¹².

Aun cuando no se compartiera ese *desideratum*, podría entenderse, en una hipótesis de mínima, que lo normal es la norma, que regular será reglar, aplicar la misma regla, y que de allí procedería el sentido prácticamente intercambiable de ambos términos (sobre la función «normadora» de la ley, véase Legaz y Lacambra, 1979, p. 404). Ciertamente que las regulaciones podrían tener forma de cláusula constitucional, de ley formal, de decreto, resolución, etcétera. Sucede que, independientemente de que cumplan con esa serie de recaudos, son pasibles de ser consideradas integrantes del encadenado de delegaciones que proceden de allí donde reside el poder originario, es decir, del soberano pueblo que deposita su poder en el poder constituyente originario o derivado¹³, poder que, eventualmente, es depositado en los poderes constituidos, en sus órganos y en otros delegatarios dotados de personalidad jurídica.

III.4. Concepto de «regulación autoritativa»

Por último, la idea de «regulación autoritativa (*authoritative regulation*)» (Finnis, 2011, p. 271) —es decir, en términos simples y siguiendo a Finnis, aquella equivalente a «razón suficiente» para creer o actuar en su conformidad— remite a la posibilidad de que haya regulaciones que concreten aquellos ocho caracteres, regulando conductas y perfilando lo que podemos catalogar como «autoridad para regular» o «competencia para regular». En esta perspectiva, si el derecho es autoridad (posibilidad lingüística adoptada por Zambrano, 2010, p. 341), regulación autoritativa será derecho aceptado en su fuerza autoritativa.

¹² En principio, si estos recaudos se cumplen, la ley será justa. Sin embargo, son un requisito necesario de justicia, pero no suficiente.

¹³ Acerca de esta cadena procedimental, formal y técnica de delegaciones, que me permito llamar cadena delegacional, véase Legaz y Lacambra (1979, p. 395).

El derecho es «autoritativo» cuando sus normas son moralmente obligatorias, es decir, cuando el obrar conforme a derecho no es meramente una cuestión de interés, sino de justicia. Esto implica superar una suerte de darwinismo spenciariano donde se actúa casi automáticamente acatando el derecho, para atender a otro tipo de voz: la que compele a actuar o no actuar, por razones morales. El derecho es capaz de generar obligaciones morales cuando cumple con su función de coordinar en vistas al bien común. Y ello —en fin— se hace patente o visible al particular por medio del cumplimiento de los *desiderata* ya explicitados. En otras palabras, cuando esos recaudos se verifican, el particular tiene razones para creer que el derecho realiza el bien común y, por lo mismo, para creer que cumplir con la norma es el camino para obrar con justicia.

III.5. Derivaciones. Límites

Más allá de todo lo dicho aquí, que la libertad constituya la regla —sea como *prius* o, al menos, como objeto de protección o elemento de organización—, según vimos antes, significa, entonces, que las limitaciones a la libertad constituirán la excepción. Esas limitaciones puede surgir de normas que aparentemente ostenten obligatoriedad. Y esas limitaciones pueden estar corporizadas en regulaciones. Esta distinción entre libertad y limitaciones manifestadas como regulaciones implica que, en caso de duda, habrá de preferirse siempre a la libertad, sustrato ontológico. Una interpretación en contrario implicaría degradar aquel *prius* o presupuesto, transformándolo, de regla, en excepción.

III.6. Relaciones *prius*-derechos

Dado el contexto propuesto —conformado, en lo principal, por un presupuesto de libertad y un ordenador o regulador—, aparecen las diversas *libertades* en particular: libertad de transitar, de permanecer, etcétera. A su vez, los *derechos* pueden concebirse como aquello que aparece cuando tal o cual libertad me es impedida de alguna manera. Por ello, como enseña Del Vecchio, puede decirse que, con los movimientos dirigidos a la consagración de derechos —pensemos en la Declaración de 1789, o incluso en el Bill of Rights de 1689 o en la Carta Magna de 1215—, «los derechos del hombre son afirmados como restauración de la libertad preexistente» (1957, p. 350).

III.7. Recapitulación y arranque

Esbozadas estas ideas iniciales, conviene dedicar los párrafos que siguen a indagar en el núcleo duro de la teoría de la regulación; es decir, abordar los distintos fundamentos justificativos de la existencia de regulaciones y, en especial, de regulaciones económicas (es decir, las relativas a aquellos

bienes que, por una razón u otra, resultan escasos), así como discutir sus modulaciones de cara a las variables hasta aquí consideradas.

IV. SUPUESTO DE REGULACIÓN ECONÓMICA

Las regulaciones de los negocios y actividades de contenido económico, por parte de quien posee «autoridad regulatoria» o «competencia regulatoria», pueden ser laxas, afectando apenas el *prius* de libertad subyacente. Pero también puede darse el supuesto de que sean tan intensas que se confundan con la propiedad de quien detenta esa autoridad o competencia, de modo tal que el margen de libertad de los actores privados —ajenos a las decisiones regulatorias— se vea prácticamente anulado o neutralizado.

IV.1. Aproximación conceptual

De forma liminar, puede afirmarse que una regulación autoritativa presupondrá separación entre regulador y regulado. Ello implica la identificación de la propiedad de quien detenta la autoridad o competencia y la de quien es regulado o aparece como dueño de la propiedad.

Con espíritu descriptivo, puedo decir que las regulaciones, en tanto emanadas de quien detenta esa autoridad o competencia, (i) estarán precedidas de alguna instancia cognoscitiva y participativa, en la que los futuros destinatarios puedan llegar a conocer los proyectos de regulación y expresar su parecer, vinculante o no. A su vez, esas regulaciones (ii) emanarán de un especialista, con lo que se tratará de una autoridad o competencia regulatoria especializada. Las mentadas regulaciones, asimismo, (iii) estarán dirigidas a cumplir con una finalidad o interés público, que no es otra cosa que el interés *del* público —no el interés de la autoridad con poder regulatorio, ni el interés del aparato estatal al cual accede, ni el interés particular de un funcionario al frente de un órgano o ente estatal—.

El proceso regulatorio operará encorsetado por (iv) la ley —ley en sentido amplio— presumiblemente delegante (dentro del encadenado de delegación ya mencionado en III.3.); (v) las regulaciones específicas que mantendrán a la autoridad regulatoria dentro de un eje procedimental de relativa formalidad e independencia, la cual, sin tener que lindar con la que se espera en un órgano judicial, deberá ser equidistante respecto de empresa o negocio regulado y público involucrado. Por último, (vi) las regulaciones nuevas tienden a tomar, como modelo —a imitar o a cambiar—, las regulaciones anteriores. Esa es la razón por la que, para entender una regulación, cobran importancia o relevancia las normas delegantes vigentes y pretéritas, las reglas de procedimiento

aplicables y las justificaciones teóricas que sirven de marco a la nueva medida regulatoria que regirá para el futuro. Los seis recaudos apuntados tienen, en mi opinión, valor suficiente como para poner evidencia que la regulación en cuestión será una «regulación autoritativa», es decir, que el proceso regulatorio de que se trate «funciona bien», empleando la expresión de Finnis (asumiendo el *desideratum* de Fuller).

Además, estos recaudos son vinculables a los enumerados por el citado autor. Así, el último recaudo, de aplicabilidad al futuro, se vincula a la explicitación de prospectividad y no retroactividad. Los recaudos, en la norma promulgada y dada a conocer, de claridad y coherencia, estarán asegurados al haber mediado la especialidad en el emisor y la participación de quienes habrán comprendido la norma en cuya elaboración se participaba. La estabilidad de las prescripciones —de los diversos grados, más superiores o más inferiores respecto de la ley delegante, y considerando la eventual subdelegación— puede hallar fuerte sustento en la participación, aunque con los límites derivados de la especialidad para detectar y reglar nuevas situaciones. Y el evitar la consecución de intereses privados para hacer primar el interés público (entendido —ya vimos— como interés del público, término que comprende incluso al regulado y a los terceros) se logrará con la actuación de aquellos dotados de la autoridad para dictar, administrar y aplicar las reglas que, aplicadas con criterio de igualdad, no resulten de imposible cumplimiento, en la medida en que rindan cuentas del cumplimiento de las reglas aplicables a su actuación (*accountability*) y sancionen las regulaciones asegurando previsibilidad.

IV.2. Fundamentos de la regulación económica

Tras esta apurada caracterización de las regulaciones autoritativas de carácter económico, corresponde, en lo que aquí interesa, indagar en la cuestión de los fundamentos de la regulación económica. Ello implica repasar las razones para regular. Esas razones son, principalmente, razones relativas a fallas del mercado¹⁴, es decir, fallas que tienen lugar en el natural contexto ya adelantado en la sección II.3. Sin embargo, los autores distinguen, además, otras razones (Armstrong & otros, 1999, pp. 11-20; Ogus, 2004, pp. 15ss.; Breyer, 1998; Pierce & Gellhorn, 1994, pp. 19ss.) e incluso efectúan una distinción entre fallas del mercado, fallas de la política o fallas políticas (Rossi, 2005, pp. 4-9) y fallas del gobierno (Munday, 2000, pp. 82-93). Veamos, entonces, que yace detrás de las razones para regular en lo relativo al mercado. Al hacerlo, nos centraremos en las denominadas «teorías del interés público» en la regulación y dejaremos de lado las «teorías del interés

87

TEORÍA DE LA
REGULACIÓN
(EN ESPECIAL,
ACERCA DE LOS
FUNDAMENTOS DE
LA REGULACIÓN)REGULATORY
THEORY
(SPECIALLY
REGARDING THE
GROUNDS FOR
REGULATING)

14 «According to the public interest theory, regulation is to be justified as a corrective to perceived deficiencies in the operation of the market» (Ogus, 2004, p. 15).

privado» en la regulación, por razones que, en lo sustancial, se vinculan a (i) el mayor predicamento y difusión que las primeras poseerían en el mundo de los estudiosos del derecho¹⁵; (ii) la interrelación entre las primeras y el mercado, que les sirve de contexto (para un completo estudio de los fundamentos y críticas a ambos conjuntos de teorías, véase Ogus, 2004, capítulos 1 a 4, especialmente p. 75).

IV.3. Mercado como punto de abordaje epistemológico

Ese contexto de mercado, empleado aquí, se fundamenta, como punto de abordaje epistemológico, en la adopción del *prius* ya indicado, es decir, el de la libertad constitucional e incluso preconstitucional. El mercado aparece como consustancial con la idea de libertad y esta brinda a aquel un marco adecuado para existir. Ese mercado se vincula a la libertad, pues se basa en la libertad individual (Messner, 1965, p. 755), si bien no se agota en ella. El mercado hace creer que los bienes y servicios serán obtenidos al menor precio que el juego recíproco de la oferta y la demanda aseguren. La consecuente competencia generada operaría, así, como dice la Corte Suprema argentina (1922), como «el regulador común» o supletorio o regulador-regla. Pero, en rigor, el mercado —lugar de confluencia de oferta y demanda, lugar donde nace la competencia— no opera en forma perfecta como para asegurar aquel resultado. Rige la ley de que a menor oferta mayor precio y viceversa, pero también rige la ley de maximización de ganancias de la firma y las economías de escala con sus costos decrecientes. En competencia perfecta, no ocurre ese soñado fenómeno de que los precios se influncien mutuamente, presionándose hacia arriba o hacia abajo. Antes bien, cada firma no modifica los precios del mercado, sino que reacciona ante los cambios en esos precios. Además, el consumidor es soberano, cada firma es obligada por el mercado a ser eficiente —so riesgo de sucumbir—. Asimismo, ninguna firma tiene ganancias monopólicas, pues convive y compete con las demás firmas en el mercado. Empero, este perfecto mercado puede no funcionar así.

V. RAZONES PARA REGULAR. FUNDAMENTOS DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA

El mercado descrito en su natural funcionamiento en la sección precedente puede fallar, o resultar, como enseña Breyer, «pretendidamente inhábil para enfrentar ciertos problemas estructurales en particular» (1998, p. 59). Dicho de otra manera, cuando *falla* el mercado, se puede tolerar

¹⁵ Al respecto, véase Massimino (2008). En este profundo estudio, se alcanzan conclusiones jurídicamente valiosas, a la luz de la aplicación de la teoría que reconoce la relevancia de los costes de transacción y, en general, la impronta de la regulación en la tarea de ponderarlos y reducirlos, en el específico campo estudiado en el citado trabajo de investigación.

esa falla; se pueden aplicar leyes *antitrust* para reconstruir las condiciones de mercado; se puede estatizar la firma privada monopolística; o se puede mantener a la firma privada en el mundo privado, sujetándola, empero, a regulaciones oficiales (por ejemplo, regulando sus precios). He aquí el abanico de alternativas, con sus diversas manifestaciones en la vida diaria¹⁶. Aquí solo interesa destacar la identificación de la insuficiencia o inhabilidad del mercado y la detección de una herramienta —entre otras— para encarar esa inhabilidad: tal herramienta es denominada *regulación económica*.

Las enumeraciones de fallas del mercado que efectúan los diversos autores poseen sus particularidades (Pierce & Gellhorn, 1994, pp. 42-58; Samuelson & Nordhaus, 1995, p. 272; Breyer, 1998, p. 59). Siguiendo a Breyer, puede decirse que las justificaciones más comunes para regular, en forma individual o acumulativa, son las siguientes: (i) controlar el poder monopólico, (ii) controlar las ganancias o la rentabilidad excesiva, (iii) neutralizar costos o beneficios excedentes (externalidades), (iv) información inadecuada, (v) competencia excesiva o destructiva, (vi) capacidad de negociación desigual, (vii) racionalización, (viii) riesgo moral o subjetivo, (ix) paternalismo, (x) escasez. Además, no se debe dejar de señalar que los autores agregan (xi) los problemas relativos a los bienes públicos (Feintuck, 2004, p. 23; Ogus & Veljanovski, pp. 239ss.), entre otros fundamentos.

V.1. Control del poder monopólico

En el marco de libertad del mercado, un monopolio puede aparecer por casualidad (una sola forma atiende todo un mercado, como sería el caso de un pediatra que preste servicios en un área rural donde no hay otros pediatras). El monopolio también puede derivar de la ley (la ley brinda exclusividad por cierto lapso temporal al descubridor de una droga farmacológica en la cual invirtió, en investigación, durante muchos años). Puede darse el caso de que haya barreras a la entrada de competidores (las reglamentaciones piden a los nuevos establecimientos ciertas inversiones mínimas iniciales para, artificialmente, convocar a inversores serios). Empero, también puede darse un supuesto que parece imposible de vencer: el que la industria de la que se trate no admita, en condiciones de eficiencia, más de un prestador, es decir, el monopolio natural. Y este es el caso que nos interesa más. En efecto, este último supuesto suele ser el justificativo más férreo para defender la necesidad de regulación económica. En ese ámbito, el monopolista, si no es regulado, recortará su producción a fin de que se eleven los precios.

16 «La figura de la concesión de servicios públicos concebida de acuerdo con nuestra doctrina mayoritaria no pudo sino constituir —y sigue constituyendo hoy día— un plano inclinado que desemboca necesariamente en la gestión estatal, ya sea al final del plazo contractual o aun antes, merced a la potestad estatal del rescate» (Mairal, 2013, p. 29).

Económicamente, se define al monopolio natural como aquel monopolio en el cual un solo proveedor produce todo el *output* de toda una industria: algunas industrias, se afirma, no pueden mantener eficientemente a más de una firma (Breyer, 1998, p. 59). Se enseña, desde la perspectiva de los costos, que hay monopolio natural cuando una sola gran firma produce a menor costo que varias firmas de menores dimensiones (Cooter, 2000, p. 77). A modo de ejemplo, las distribuidoras eléctricas o las compañías locales de teléfonos descubren que es progresivamente más económico —en cierta medida— proveer unidades extra de electricidad o de servicio telefónico. Y estas economías de escala poseen la suficiente fuerza como para presionar hacia arriba en forma muy marcada el precio de cada unidad si más de una firma ofreciera el mismo servicio en el mismo lugar. Es por ello que parecería más eficiente tener, en lugar de varias redes interconectadas superpuestas para llevar electricidad o telefonía, una sola red monopólica. Esa red monopólica, a su vez, tendría precios muy regulados (tarifas) y un régimen de inversiones (asociadas a esas tarifas) también regulado, y, en general, la atención oficial estaría puesta en la rentabilidad. Se advertirá, en el par de ejemplos dado, que no es ya la economía y la clase de red la que hace nacer el monopolio natural. Y, salvo un adelanto tecnológico que altere ese sustrato fáctico —por ejemplo, concretar comunicaciones mediante algo distinto de la red local de telefonía o emplear un generador eléctrico propio y desconectarse de la red—, ese sustrato subsiste a lo largo del tiempo.

Ya vimos que el monopolista restringirá su producción para que se eleve el precio. Es por eso que debe ser regulado: nace así el fundamento del aumento deseado en el *output*. Otros fundamentos para regular sobre la base de la existencia de un monopolio, especialmente natural, tienen que ver con la realización de transferencias indeseables de ingresos de los usuarios a los dueños de la firma; la necesidad de neutralizar la explotación del usuario en un medio en el cual la ausencia de competencia no permite acceder a las garantías contra la discriminación indebida; y evitar la concentración de poder en la firma monopolista, con sus previsibles consecuencias políticas y sociales (Breyer, 1998, p. 65).

V.2. Controlar las ganancias o la rentabilidad excesiva. El caso de los servicios públicos

Cuando un servicio es provisto por el Estado o una entidad estatal, no parece haber grandes preocupaciones respecto de si el Estado o la entidad estatal obtienen ganancias o rentabilidad: parecería que el rol del Estado no es hacer buenos negocios, sino llevar adelante el proyecto de un país a cualquier costo. Sin embargo, debe indicarse que las empresas públicas pueden ser utilizadas con fines partidarios o privados del gobernante, y no de la ciudadanía. Este es un problema latente en muchas empresas estatales que operan en Latinoamérica.

Ahora bien, la ganancia o rentabilidad desmedida suele despertar, cuando del sector privado se trata, una preocupación trascendental, aun cuando, según la doctrina extranjera, sea difícil definir unívocamente los términos ganancia o rentabilidad (Breyer, 1998, p. 65). En la literatura argentina se han generado encendidos alegatos en contra de la rentabilidad sin límites de la firma, en contra de las ganancias sin límite objetivo alguno (Gordillo, 1999, pp. 138-140, especialmente p. 139) con las que ella pueda beneficiarse, posición que de ninguna manera es desconocida en la producción doctrinaria económica¹⁷. Lo cierto es que toda empresa que halle una forma más económica, más eficiente, de producir su *output*, tendrá ganancias o rentabilidad. Tradicionalmente, se ha concebido que esas ganancias deben beneficiar a los productores que, habilidades mediante (sea porque son muy talentosos o porque tienen suerte), producen esa rentabilidad.

Empero, el control de las ganancias o de la rentabilidad es un concepto que, *prima facie*, colisiona con la libertad constitucional y con los derechos de propiedad que la norma fundamental garantizan. ¿Cómo puede compatibilizarse la apropiación de las rentas legítimas derivadas de la explotación de un bien, entonces, con el fundamento de la regulación que yace en la necesidad de controlar las ganancias de la firma? Aquí deben diferenciarse las meras ganancias monopólicas de las ganancias *lato sensu*. Las primera pueden y deben propiciar regulación, pero no porque medien ganancias, sino porque las mismas derivan de una posición monopólica. Las segundas —rentabilidad a secas— no pueden ni deben ser reguladas, como regla, y tampoco pueden fundamentar regulación alguna.

No obstante lo dicho, algunos autores hablan de ganancias inmerecidas, injustas, causantes de efectos sociales adversos, y así justifican la regulación de la propiedad, sea para prevenir y reprimir los abusos (Jolivet, 1985, p. 394); proteger contra el monopolio (ver los ejemplos que presenta Dworkin, 1984, pp. 376-377); desplazar la inestabilidad del tejido social (Rousseau, 1762, I, IX, derechos reales); agrandar a la firma o reducirla en o fuera de condiciones de eficiencia (Coase, 1937, especialmente pp. 22-23); entre otros muchos supuestos. Estos extremos no parecerían resultar inaplicables a las rentas y su apropiación, si bien resultaría harto debatible su procedencia según la escuela que se adopte (paternalista, libertaria, etcétera). Cabe resaltar que, en la historia de las privatizaciones británicas —que fueron modelo en muchas ocasiones para las respectivas privatizaciones argentinas—, ningún marco regulatorio y ningún regulador adoptó un enfoque por el cual la firma fuera compelida a compartir sus ganancias excesivas o inesperadas con

17 En efecto, Pierce lo ejemplifica del siguiente modo: si en época de plantación una helada azota a Florida, quienes cultivan naranjas en dicho estado sufrirán pérdidas excesivas, mientras que quienes las cultivan en California obtendrán ganancias excesivas (Pierce, 1994, p. 48).

los usuarios (Graham, 2000, p. 154; para una posición crítica frente a la idea de compartir las ganancias excesivas con los usuarios, véase Green & Rodríguez Pardina, 1999, especialmente pp. 12-13).

En lo referente a las firmas o industrias reguladas —en Argentina, pensemos en los servicios públicos, es decir, las actividades que fueron así calificadas por el legislador—, a diferencia del caso del Estado, la firma privada prestadora del servicio público perseguirá una rentabilidad positiva¹⁸. El regulador nunca podría ir en contra de este objetivo (Sacristán, 2007, pp. 138, 209). En efecto, nunca podría el regulador o el Estado en sentido amplio perseguir el aniquilamiento de una firma. Y, en función de cuánto tributa sobre sus rentas esa firma, se cumplirá un papel trascendente en el ejercicio de la función estatal de redistribución de los ingresos. Las revisiones tarifarias por ganancias excesivas —y las correlativas revisiones tarifarias por pérdidas excesivas— corren, en épocas de normalidad regulatoria, el riesgo de convertir una regulación por *price-capping* en una por *rate of return* (Sacristán, 2007, pp. 322-332). Además, desalentar la rentabilidad equivale a impedir la búsqueda de eficiencia en la producción (Breyer, 1982, p. 21).

En el caso de las privatizaciones argentinas, la rentabilidad de la firma regulada fue considerada tan importante que diversas leyes del Congreso de aprobación de tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones previeron específicamente la rentabilidad del inversor extranjero y su disponibilidad (por ejemplo, véase, en relación con el Reino Unido, la ley 24184 de 1992, artículo 6(1); en relación con los Estados Unidos, la ley 24124 de 1992, artículo V(1); en relación con Francia, la ley 24100, artículo 6.1.a. de 1992; todas estas leyes aseguran la libre remisión de ganancias)¹⁹. A su vez, la ley argentina de emergencia económica 25561 —vigente desde enero de 2002 hasta el día de hoy²⁰— incluyó expresamente en su artículo 9, como criterio a considerar en las renegociaciones respectivas, la rentabilidad de las empresas, con lo que se descartaba que renegociación alguna privase de la rentabilidad, pues no podía privar de un presupuesto fáctico-legal. Ello, claro está, con las salvedades ya expresadas respecto de la ausencia de univocidad en el término rentabilidad.

18 Véase Breyer (1982). En los capítulos V y VI se indaga en la cuestión de cómo el dato de la rentabilidad de la firma es tomado en cuenta por el regulador según los marcos regulatorios.

19 En Tawil (1999, p. XIV) se puntualiza que «la suscripción de estos tratados ha producido un efecto beneficioso en la reducción del llamado “costo argentino” y en algunos supuestos inclusive ha posibilitado la presencia del inversor».

20 Por artículo 1 de la ley 27200 (2015), se prorroga hasta el 31 de diciembre de 2017 la vigencia de la ley 25561.

V.3. Neutralizar costos o beneficios excedentes (externalidades)

Los economistas se refieren, mediante el término «externalidades», a aquellos costos excedentes o beneficios excedentes que permiten ver la diferencia entre los costos o beneficios sociales verdaderos (lo que algo realmente costó, o aquello en lo que realmente se benefició la sociedad toda) y un precio libre, desregulado, de mercado. Las externalidades aparecen cuando alguno de los efectos colaterales de la producción o el consumo no son incluidos en el precio de mercado. Ello puede suceder tanto respecto de un efecto positivo (por ejemplo, un plan masivo de vacunación, que beneficia al vacunado y a sus pares, que no serán contagiados; o, por citar otro caso, si mi vecino fumiga para eliminar malezas y el viento arrastra la fumigación hasta mi lote, donde también hay malezas que quiero eliminar) como respecto de un efecto negativo (por ejemplo, la polución por sulfuros lanzados al aire por una fábrica y los consecuentes daños a personas y cosas; o la intoxicación de mi felino en razón de la fumigación en el lote de mi vecino) (Samuelson & Nordhaus, 1995, p. 272).

El fundamento de la regulación en las externalidades negativas —la finalidad de evitar la ineficiente asignación de recursos, evitar el derroche— se relaciona con que el derecho debe intervenir para internalizar las externalidades. La intervención del Estado en el caso de las externalidades se impone en vistas al bien común, en tanto se lo entienda como construcción que permite una mínimamente ordenada vida en sociedad. Sin embargo, también es cierto que la intervención estatal misma, la regulación, poseería sus costos y su efecto redistribuidor de la riqueza y el ingreso. Es por ello que se ha propuesto reducir la aplicabilidad de este fundamento de las externalidades a los específicos supuestos en que la externalidad es cuantiosa, concreta y cuantificable (Breyer, 1998, p. 72).

V.4. Información inadecuada

Otra de las fallas enumeradas, como fundamento de la regulación, es la de la información inadecuada, imperfecta o asimétrica (Armstrong & otros, 1999, p. 12; Breyer, 1998, pp. 72ss.). Muchas veces no hay incentivos para brindar información, o no se la ofrece por razones egoístas, pues otros también se beneficiarían con su diseminación. En otras ocasiones, por iguales razones, se termina brindando información inútil, voluminosa, veraz pero superflua, redundante. Se afirma que un mercado guiado por la mano invisible presume que todos los consumidores, por ejemplo, saben exactamente qué consumen. Pero la realidad dista de esta situación, y es entonces cuando el Estado debe velar por que los consumidores tomen decisiones contando con la información

previa adecuada. A modo de ejemplo, el consumidor debe saber cuánto consume por hora una heladera que opere eficientemente desde el punto de vista de la energía, para saber cuándo hay que cambiarla por vetusta e ineficiente (Samuelson & Nordhaus, p. 280)²¹ o saber cuáles son los costos de una regulación en relación con sus beneficios (Cuadros, 1999, p. 93)²². En general, sin efectuar lógicas diferenciaciones, se lo presume incauto (Gilardi Madariaga de Negre, 2002, pp. 431-436). Es por ello que, a veces, el consumidor obtendrá información, para decidir, mediante un intercambio normal privado; otras, la obtendrá en sede judicial; y, cuando se esperan beneficios masivos en la disponibilidad inmediata de información, la regulación dirá cuál información deberá, en forma mandatoria, hallarse disponible²³. De este modo, el debate no consistiría en si se debe informar o no, sino en la cuestión de si la regulación hará descender, o no, el costo de proveer la información.

V.5. Competencia excesiva o destructiva

Se afirma que la competencia puede asegurar bienes y servicios a más bajos costos y precios, más calidad, más opciones, más innovación, mayor eficiencia y productividad, mayor desarrollo y crecimiento económicos, más igualdad de riqueza, una democracia más fuerte por medio de la dispersión del poderío económico, así como mayor bienestar mediante la promoción de la iniciativa individual, la libertad y la libre asociación (Banco Mundial, 2002, p. 133)²⁴. Sin embargo, parecería que no siempre la competencia es tan buena.

21 El modelo de simulación, en Argentina, puede hallarse en la página web de las distribuidoras eléctricas (por ejemplo, en la página web de Edenor). Dicho simulador permite desplazarse por los ambientes, identificando electrodomésticos y conociendo el respectivo consumo, así como el monto que se facturará, aproximadamente.

22 Recordemos que este análisis es muy usual en los Estados Unidos; en efecto, en 1981, a propuesta del entonces presidente, Ronald Reagan, se estableció que las propuestas de reglamentos se enviarían a la Oficina de Información y de Regulaciones de la Oficina de Administración y Presupuesto (Office of Information and Regulatory Affairs in the Office of Management and Budget), a fin de que el OMB (funcionario a cargo de Administración y Presupuesto) pudiera bloquear aquellas regulaciones que, a su juicio, demandaran costos que excedieran los beneficios. Para mayores detalles sobre este punto, véase Sacristán (1998, pp. 389ss., especialmente p. 395; 2005). Por lo demás, la consideración de los costos y beneficios viene también impuesta por la normativa positiva argentina, como puede verse en el decreto 333 de 1985, artículo 4.3.3., incisos c), d) y e).

23 Tal es el supuesto de la Securities and Exchange Commission (SEC) de los Estados Unidos. A veces, las consecuencias, transnacionales, de poner a disposición la información, son llamativas: «Washington, D.C., April 22, 2013. The Securities and Exchange Commission today announced a non-prosecution agreement (NPA) with Ralph Lauren Corporation in which the company will disgorge more than \$700,000 in illicit profits and interest obtained in connection with bribes paid by a subsidiary to government officials in Argentina from 2005 to 2009. The misconduct was uncovered in an internal review undertaken by the company and promptly reported to the SEC» (SEC, 2013).

24 «La competencia por capitales y otros recursos por parte de las firmas a lo largo de la economía lleva a que el dinero y los recursos abandonen a los sectores y firmas débiles, no-competitivas, y se dirijan hacia los sectores más fuertes y competitivos y hacia las firmas más fuertes y competitivas dentro de esos sectores. De tal modo, la propia operatividad del proceso competitivo torna claras a las decisiones sobre restructuración, y conduce a la economía más fuerte y más competitiva que sea posible» (Kolasky, 2002).

En general, se regulan el transporte aeronáutico, el transporte en camiones y el transporte en buques. Suele utilizarse, a tal fin, el argumento de que, si no se los regulara, la competencia devendría salvaje, excesiva, destructiva. Si se permitiera la competencia desmedida, se arguye, los precios de tal o cual firma bajarían hasta dar pérdidas y no ganancias, forzándose así a otras firmas a abandonar el mercado, con lo que los clientes de estas últimas tendrían que optar por un servicio distinto, más costoso, o por un prestador que, apenas captada la nueva clientela, elevaría sus precios en forma notable. Se ha definido al concepto analizado como «competencia despiadada (*cut-throat competition*)», o «competencia destructiva o ruinosa (*destructive or ruinous competition*)», expresión que se refiere a situaciones en las que la competencia redundante en precios que, en forma habitual o por largos períodos de tiempo, no cubren los costos de producción, en especial, los costos fijos involucrados. Ello, a su vez, aparece vinculado a industrias declinantes o enfermas con elevados niveles de capacidad excedente o con demandas que, en forma cíclica (estacionalidad) o casual (una moda pasajera), cambian dramáticamente, elevándose o descendiendo de forma notable (Khemani & Shapiro (comps.), 1993). Todo ello propiciaría, se arguye, la regulación del precio. Como puede verse, la definición prescinde del efecto de forzar a otras firmas a abandonar el escenario de mercado, así como prescinde de otros efectos posteriores sobre los clientes.

En vista de lo dicho, para determinar si se regulará en razón de la existencia de competencia excesiva, debería necesariamente descartarse, antes, la existencia de monopolio natural, que parecería ser el estadio previo a la competencia excesiva: varias empresas prestan el mismo servicio en el mismo lugar, algunas comienzan a bajar sus precios hasta por debajo de los costos, hasta que todas se van del mercado, excepto una. No obstante, ello no sería un fundamento para regular por la causal aquí repasada, sino debido a la existencia de monopolio natural. También debe descartarse la naturaleza cíclica de cierta clase de demandas (por ejemplo, se requiere mayor cantidad de electricidad en el día y mucha menos en horas de la madrugada). Por último, debería descartarse estarse ante una formación de «precios predatorios (*predatory pricing*)», situación combatida por las leyes *antitrust*²⁵ y que redundante en aquello que la definición antes volcada soslaya, es decir, el vender por debajo del costo para desplazar del mercado a la competencia y luego, una vez asegurada la demanda, elevar los precios.

25 «Las siguientes conductas, entre otras, en la medida que configuren las hipótesis del artículo 1, constituyen prácticas restrictivas de la competencia: [...] m) Enajenar bienes o prestar servicios a precios inferiores a su costo, sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales con la finalidad de desplazar la competencia en el mercado o de producir daños en la imagen o en el patrimonio o en el valor de las marcas de sus proveedores de bienes o servicios» (ley 25156 del año 1999, artículo 2).

V.6. Otras justificaciones

Otras justificaciones que se habrían esgrimido para justificar la regulación o la intervención estatal son (i) la desigual capacidad de negociación, (ii) la racionalización, (iii) el riesgo moral o subjetivo, (iv) el paternalismo, (v) la escasez y (vi) los problemas relativos a los bienes públicos.

La *desigual capacidad de negociación*, por cierto, suele vincularse directamente con otra falla que la precede y que se relaciona con el fundamento ya visto, relativo a la información inadecuada o insuficiente (acápite V.4.). La información insuficiente generará desigualdad para negociar, e incluso explotación de una parte hacia la otra. Ello es así, por cierto, en la medida en que la información que se deniegue esté ubicada bajo algún mandato legal de develación. Asimismo, esa desigualdad se basa en que una de las partes es la que tiene potestad para el dictado de decisiones de alcance general que incluso pueden incidir en la relación jurídica que está siendo negociada.

La *racionalización* puede ejemplificarse, en Argentina, con las medidas intervencionistas derivadas de la crisis energética (Sacristán, 2011): se insta al público a no consumir tal o cual bien o servicio. Tal clase de medidas, *ex post*, aplicadas sin importar el contrato regulatorio originario, no suelen tener éxito, mucho menos en tanto aplicadas en países de gran extensión sin políticas claras sobre objetivos de eficiencia energética.

El *riesgo moral* es definido como aquel costo que nunca se incluirá en el precio: cuando alguien asume un riesgo porque el costo involucrado en este no será sufragado por quien asume el riesgo, el riesgo es moral. En otras palabras, alguien que no es el comprador paga —total o parcialmente— lo que este adquirió (Breyer, 1998, p. 79). Un típico ejemplo es la prestación de una empresa de servicios médicos, a la cual tal vez le pago 1000 por mes y, repentinamente, me brinda, por estar convenido desde antes, un tratamiento cuyo valor es 100 000, monto que se costea con las cuotas que sufragán los demás asociados de esa empresa de medicina prepaga y que tal vez no esté sujeto a períodos de carencia bajo la normativa vigente. En los supuestos de medicina prepaga, si bien la intervención o regulación podría verse justificada para hacer más eficiente el sistema y para asignar de forma más económica los costos (limitando la oferta), la intervención o regulación suele utilizarse para, en razón del *moral hazard*, sumar prestaciones obligatorias a la base de servicios médicos a proveer (ampliando la oferta).

A su vez, el *paternalismo* presume que los consumidores no saben decidir tan bien como el Estado regulador: es por eso que se prefiere la decisión oficial antes que la del consumidor particular. Este fundamento, por cierto, que presupone un mercado —por lo que se excluiría a los servicios públicos, por antonomasia, monopolios naturales—, se superpone con el de información inadecuada, pues, en realidad, el gobierno desplaza

la decisión individual, en tanto presupone que esta es una decisión no informada o no suficientemente informada. La consecuencia directa es que se limita la libertad.

En efecto, cuando la decisión oficial es la que dice qué debo escuchar a las cero horas (ley 25636 de 2002); la que me obliga a comprar solo lámparas de bajo consumo (ley 26473 de 2009); la que fija el color de las tuberías de gas (véase las resoluciones emitidas por el Ente Nacional Regulador del Gas, ENARGAS); la que determina la cantidad de dinero circulante en el país (ley 24144 de 1992, artículo 3); la que prescribe la obligatoriedad de ver los films doblados únicamente al «castellano neutro» según su uso corriente en Argentina (decreto 933 de de 2013, reglamentario de la ley 23316), esto es, doblados a un oxímoron o contrasentido (la expresión «castellano neutro» lo es); o la que declara lo desaconsejable que es tomar bebidas directamente de la lata (Código Alimentario Argentino de 1969, artículo 235 tris), hay paternalismo. La diferencia entre paternalismo como fundamento para regular y paternalismo como neutralización o aniquilamiento de la decisión privada o autónoma es una de grado y de razonabilidad. Y la razonabilidad, como enseña con todo brillo Cianciardo, comprende tres subprincipios, a saber: el juicio de adecuación o idoneidad (2009a, pp. 64ss; 2009b, pp. 59ss.), el juicio de necesidad ó indispensabilidad (2009a, pp. 82ss.), y el juicio de proporcionalidad en sentido estricto (2009a, pp. 107ss.). En palabras del citado jurista, «toda intervención pública sobre las actividades de los ciudadanos ha de ser: a) idónea; b) indispensable; y, finalmente, c) proporcionada» (2009a, p. 27), y todo ello no es incompatible con la evaluación de una regulación.

Finalmente, la *escasez* fundamenta la regulación, pero lo hace de forma irracional, pues la escasez es, en un mercado, lo que empuja el precio hacia arriba cuando aumenta la demanda, con lo que permitir que se opere ese aumento y esperar será el mejor remedio. La solución, entonces, está en el mercado. Ahora, cuando se trate de bienes o servicios con respecto a los cuales no se admita más de un proveedor o prestador en condiciones de eficiencia (monopolio natural), el fundamento para regular no será la escasez sino esa específica clase de monopolio.

En lo que respecta a los *bienes públicos* —es decir, aquellos que se disfrutan en conjunto o subconjunto y de cuyos beneficios nadie podría salirse (típicamente, la seguridad o el orden legal)—, pueden generar una situación de falla del mercado; ello es así debido a que el mercado no puede ser el parámetro para fijar su oferta (Ogus, 2004, pp. 33-35 y 21-22). Se trata, en rigor, de bienes que se caracterizan por lo siguiente: (i) el consumo no es rival (el consumo por uno no deja a los demás privados de la oferta del bien); (ii) resulta imposible o demasiado costoso excluir, de sus beneficios, a los que no pagan por estos.

TEORÍA DE LA
REGULACIÓN
(EN ESPECIAL,
ACERCA DE LOS
FUNDAMENTOS DE
LA REGULACIÓN)

REGULATORY
THEORY
(SPECIALLY
REGARDING THE
GROUNDS FOR
REGULATING)

Ello redundaría en que el mercado es inhábil para determinar la oferta de los mismos y para medir la demanda, y redundaría, en general, en la imposibilidad de que haya incentivos a la oferta, o incentivos al uso racional neutralizante de los *free-riders* (Ogus, 2004, pp. 33-34).

VI. REFLEXIONES FINALES

Efectuado un abordaje del derecho como regulador, los argumentos o justificaciones recién reseñados en torno a la regulación —económica—, considerados, a su vez, en forma individual o conjunta, pueden ser encarados desde cuatro perspectivas analíticas diversas según nuestra comprensión del rol de la actuación del Estado y su relación con la actividad privada objeto de regulación económica.

Desde una perspectiva «libertaria», liberal en extremo, la preferencia por los mercados —incluso con todas sus fallas o imperfecciones— conducirá a la conclusión de que la regulación no tiene sentido o, en todo caso, es inútil, pues no brinda soluciones generales, sino dudosas.

Desde la perspectiva «normativista», la regulación será el resultado del esfuerzo político ordenado que busca superar las fallas del mercado, con lo que la regulación dejará de ser un ordenador para la coordinación y pasará a ser un mero solucionador de problemas atado a la coacción que algunos ven, irremediablemente, en toda verdadera norma.

Para los más entusiastas «anti-capitalistas», la regulación será uno más de los sistemas para golpear al mercado —creación capitalista—, allí donde más se destacan sus fallas o imperfecciones, y también para aniquilar a los gobiernos capitalistas contra los que se combate —gobiernos que dependen de dichos capitales privados—.

Finalmente, para los «pragmáticos», que se apoyan en los aparatos administrativo-burocráticos, tanto el mercado como el Estado serán las mejores opciones: en lugar de adentrarse en las cuestiones iusfilosóficas —especialmente ontológicas— y normativas ínsitas en la regulación, los partidarios de esta postura se concentrarán en el estudio empírico, cotidiano, de la regulación como sistema asociado al gobierno.

Cada una de estas posturas podrá tener su menor o mayor cuota de acierto. Sin embargo, en el caso de la experiencia argentina, que es la que más conozco, es claro que la práctica constitucional, con sus más de 150 años, conduce a estimar que es la primera de las opciones expuestas la que orienta la interpretación y la que iluminará el devenir regulatorio, que es, después de todo, uno más de los medios que permite vivir ordenadamente en sociedad. Tal opción se infiere de la época en que se sancionó la Constitución argentina (1853-1860). En efecto, dicha Constitución constituye el núcleo encima del cual se fueron

incorporando, por capas, derechos de segunda generación (a mediados del siglo XX) y de tercera generación (a fines del siglo XX) en ocasión de dos reformas constitucionales. Hay que destacar, empero, que esas dos generaciones de derechos proveyeron los matices propios de la ética social, casi imperceptible en el diseño originario.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Armstrong, Mark & otros (1999). *Regulatory reform. Economic analysis and British experience*. Cambridge: The MIT Press.

Banco Mundial (2002). *World Development Report 2002: Building Institutions for Markets*. Washington D.C.

Bentham, Jeremy (1907). *An introduction to the principles of morals and legislation*. Oxford: Clarendon Press. <http://dx.doi.org/10.1093/oseo/instance.00077240>

Breyer, Stephen (1982). *Regulation and its reform*. Cambridge: Harvard University Press.

Breyer, Stephen (1998). Typical justifications for regulation. En Robert Baldwin y otros, *A reader on regulation* (pp. 59-92). Oxford: Oxford University Press. <http://dx.doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198765295.003.0002>

Cassagne, Juan Carlos (1995). El servicio público y las técnicas concesionales. *Revista La Ley*, 1995-C-1174.

Cianciardo, Juan (2007). *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Cianciardo, Juan (2009a). *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Segunda edición. Buenos Aires: Ábaco

Cianciardo, Juan (2009b). *Principio de proporcionalidad y concepto de derecho. Una aproximación desde las tesis del positivismo jurídico*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Coase, Ronald H. (1993). The Nature of the firm (1937). En Oliver E. Williamson & Sidney G. Winter (eds.), *The nature of the firm. Origins, evolution, and development* (pp. 18-33). Oxford: Oxford University Press.

Constitución de la Nación Argentina (1853).

Cooter, Robert D. (2000). *The strategic constitution*. Princeton: Princeton University Press.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (1903). Hileret y Rodríguez contra la Provincia de Tucumán, sobre inconstitucionalidad de la ley provincial de 14 de junio de 1902 y devolución de dinero. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, 98(1903-1904), 20-52.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (1922). Don Agustín Erco-lano contra doña Julieta Lanteri Renshaw, sobre consignación. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, 136 (1922), 161-198.

99

TEORÍA DE LA
REGULACIÓN
(EN ESPECIAL,
ACERCA DE LOS
FUNDAMENTOS DE
LA REGULACIÓN)

REGULATORY
THEORY
(SPECIALLY
REGARDING THE
GROUNDS FOR
REGULATING)

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (1941). *María Elena Álvarez de Schuster, Amador Spagnol y otros. Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, 191 (1941), 388-410.

Corte Suprema de los Estados Unidos de América (1905). *Joseph Lochner, Plaintiff in Error v. People of the State of New York*, 198 U.S. 45; 25 S. Ct. 539; 49 L. Ed. 937,

Cotta, Sergio (1987). *El derecho en la existencia humana. Principios de ontofenomenología jurídica*. Traducción de Ismael Peidró Pastor. Pamplona: EUNSA.

Cuadros, Oscar A. (1999). *Bases constitucionales de la regulación pública*. San Juan: Fondo Editorial de la Universidad Católica de Cuyo.

Darwin, Charles (1860). *On the origin of species by means of natural selection, or the preservation of favoured races in the struggle for life*. Segunda edición. Londres: Murray. <http://dx.doi.org/10.5962/bhl.title.24329>

De la Riva, Ignacio M. (2004). *Ayudas públicas. Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*. Buenos Aires: Hammurabi.

Del Vecchio, Jorge (1957). *Persona, Estado y derecho*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

Dworkin, Ronald (1984). *Los derechos en serio*. Traducción de Marta Gustavino. Barcelona: Ariel.

Ente Nacional Regulador del Gas (2002). Gas Natural. Resolución 2747/2002, pónense en vigencia el «Código Argentino de gas-NAG» definido como el conjunto de normas y especificaciones técnicas de cumplimiento obligatorio para la industria del gas en la República Argentina. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 111(30.068), 15 de enero de 2003, 4-6.

Ente Nacional Regulador del Gas (2003). Gas Natural. Resolución 2785/2003. Modifícase la Resolución 2747/2002, mediante la cual se puso en vigencia bajo el nombre de «Código Argentino de Gas-NAG» y como cuerpo normativo, el conjunto de documentos técnicos de cumplimiento obligatorio para la industria del Gas. Buenos Aires, 30 de enero. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 111(30.085), 7 de febrero, 6.

Feintuck, Mike (2004). «The public interest» in regulation. Oxford: Oxford University Press. <http://dx.doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199269020.001.0001>

Finnis, John (1980). *Natural law and natural rights*. Oxford: Oxford University Press.

Finnis, John (2011). *Natural law and natural rights*. Segunda edición. Oxford: Oxford University Press.

Fowles, John (1969). *The French lieutenant's woman*. Londres: Jonathan Cape.

Fuller, Lon L. (1964). *The morality of law*. New Haven y Londres: Yale University Press.

Gelli, María Angélica (2008). *Constitución de la nación argentina. Comentada y concordada*. Cuarta edición. Buenos Aires: La Ley.

Gilardi Madarriaga de Negre, Cecilia (2002). La publicidad engañosa: nuevo fallo en defensa del consumidor indeterminado. *Revista de Derecho Administrativo*, 14.

Gordillo, Agustín (1999). Las ganancias sin límite objetivo alguno. En *Cien notas de Agustín. Notas asistemáticas de un lustro de jurisprudencia de derecho administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

Graham, Cosmo (2000). *Regulating public utilities. A constitutional approach*. Oxford: Hart Publishing.

Green, Richard & Martín Rodríguez Pardina (1999). *Resetting price controls for privatized utilities. A manual for regulators*. Washington D.C.: Economic Development Institute Development Studies-The World Bank. <http://dx.doi.org/10.1596/0-8213-4338-6>

Guibourg, Ricardo A. (1986). *Derecho, sistema y realidad*. Buenos Aires: Astrea.

Jolivet, Régis (1985). *Curso de filosofía*. Traducción de Leandro de Sesma. Buenos Aires: Club de Lectores.

Khemani, Shyam & Daniel Shapiro (comps.) (1993). *Glossary of industrial organisation economics and competition law*. Washington D.C.: Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs, OECD.

Kolasky, William (2002). The Role of Competition in Promoting Dynamic Markets and Economic Growth. US Department of Justice, Antitrust Division, Deputy Assistant Attorney General. 12 de Noviembre. 2002 WL 34170825 (D.O.J.).

Legaz y Lacambra, Luis (1979). *Filosofía del derecho*. Quinta edición. Barcelona: Bosch.

Linares Quintana, Segundo V. (1978). *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*. Buenos Aires: Plus Ultra.

Mairal, Héctor A. (2013). *El derecho administrativo y la decadencia argentina*. Buenos Aires: Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas-Pablo Casamajor Ediciones.

Massimino, Leonardo F. (2008). Un aporte desde la ley de procedimientos administrativos para el dictado de actos de alcance general eficientes (en especial, en el campo de la intervención administrativa en las industrias de redes naturalmente monopólicas). *Derecho Administrativo Austral*, I, 193-335.

Messner, Johannes (1965). *Social ethics. Natural law in the Western World*. Traducción de J.J. Doherty. Londres: Herder.

Munday, Stephen (2000). *Markets and market failures*. Oxford: Heinemann.

Ogus, Anthony (2004). *Regulation. Legal form and economic theory*. Oxford: Hart Publishing. <http://dx.doi.org/10.5040/9781472559647>

Ogus, Anthony & Cento Veljanovski (eds.) (1984). *Readings in the economics of law and regulation*. Oxford: Oxford University Press.

Pierce, Richard Jr. (1994). *Economic regulation*. Cincinnati: Anderson Publishing.

Pierce, Richard Jr. & Ernest Gellhorn (1994). *Regulated industries*. Tercera edición. St. Paul: West Publishing.

Presidencia de la Nación Argentina (1969). Código Alimentario Argentino. Ley 18284. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 77(21.732), 28 de julio, 1-2.

Presidencia de la República Argentina (1985). Administración Pública Nacional. Apruébanse las «Normas para la elaboración, redacción y diligenciamiento de los proyectos de actos y documentación administrativos». Decreto 333. Buenos Aires, 19 de febrero. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 93(25.640), 20 de marzo, 1-7.

Presidencia de la República Argentina (2013). Doblaje. Decreto 933/2013. Ley 23316, reglamentación. Buenos Aires, 15 de julio. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 121(32.681), 17 de julio, 1-2.

Rawls, John (1978). *Teoría de la justicia*. Traducción de María Dolores González. Buenos Aires: FCE.

Recasens Siches, Luis (1978). *Tratado general de filosofía del derecho*. Sexta edición. México: Porrúa.

Ritter, Gerhard. A. (1991). *El estado social: su origen y desarrollo en comparación internacional*. Madrid: Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales.

Rossi, Jim (2005). *Regulatory bargaining and public law*. Nueva York: Cambridge University Press.

Rousseau, Jean-Jacques (1762). *The social contract or principles of political right*. http://www.constitution.org/jjr/socon_01.htm#009.

Sacristán, Estela B. (1998). Las sesiones públicas (*open meetings*) del derecho administrativo norteamericano como forma de publicidad de la actividad administrativa. *Revista de derecho administrativo*, 27/29, 389-434.

Sacristán, Estela B. (2005). Control judicial de las medidas de emergencia (a propósito del análisis de costo-beneficio). En Guillermo Scheibler (coord.). *El derecho administrativo de la emergencia*, tomo IV (pp. 111-140). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

Sacristán, Estela B. (2007). *Régimen de las tarifas de los servicios públicos*. Buenos Aires: Ábaco.

Sacristán, Estela B. (2011). Un costoso régimen para garantizar el suministro de energía (en torno a la Res. SE 1281/2006). *Revista de Derecho Administrativo*, 75, pp. 201-216.

Samuelson, Paul A. & William D. Nordhaus (1995). *Economics*. Decimoquinta edición. Nueva York: Mc Graw Hill.

SEC (2013). SEC announces non-prosecution agreement with Ralph Lauren Corporation involving FCPA misconduct. <http://www.sec.gov/News/PressRelease/Detail/PressRelease/1365171514780#.UemYeBYQ5EQ>.

Selznick, Philip (1984). Focusing organizational research on regulation. En Roger Noll (ed.), *Regulatory policy and the social sciences* (pp. 363-367). Berkeley-Los Ángeles: University of California Press.

Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina (1986). Ley 23316, sancionada el 7 de mayo y promulgada el 23 de mayo. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 94(25.943), 3 de junio, 1-2.

Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina (1992a). Ley 24100, apruébase el acuerdo suscripto con la República Francesa para la promoción y protección recíproca de inversiones, sancionada el 10 de junio y promulgada el 30 de junio. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 100(27.428), 14 de julio, 1-4.

Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina (1992b). Ley 24124, apruébase el Tratado suscripto con los Estados Unidos de América sobre la promoción y protección recíproca de inversiones, sancionada el 26 de agosto y promulgada el 21 de setiembre. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 100(27.480), 25 de setiembre, 5-7.

Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina (1992c). Banco Central de la República Argentina. Ley 24144. Carta Orgánica. Régimen General. Sancionada el 23 de setiembre y promulgada parcialmente por los decretos 1860/92 y 1887/92. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 100(27.498), 22 de octubre, 1-6.

Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina (1992d). Ley 24184, apruébase el Convenio suscripto con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la promoción y la protección de inversiones. Sancionada el 4 de noviembre y promulgada el 24 de noviembre. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 100(27.526), 1 de diciembre, 1-3.

Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina (1999). Defensa de la Competencia. Ley 25156, Acuerdos y prácticas prohibidas. Posición dominante. Concentraciones y fusiones. Autoridad de aplicación. Presupuesto del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia. Procedimiento. Sanciones. Apelaciones. Prescripción. Disposiciones transitorias y complementarias, sancionada el 25 de agosto y promulgada el 16 de setiembre. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 107(29.233), 20 de setiembre, 5-13.

Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina (2002a). Emergencia pública y reforma del régimen cambiario. Ley 25561, sancionada el 6 de enero y promulgada el 6 de enero. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 110(29.810, número extraordinario), 7 de enero, 1-2.

Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina (2002b). Radiodifusión. Ley 25636, dispónese que todas las radiodifusoras y cadenas de televisión nacionales comiencen sus emisiones con la transmisión del Himno Nacional

Argentino, sancionada el 1 de agosto y promulgada el 22 de agosto. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 110(29.968), 23 de agosto, 2.

Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina (2009). Importaciones. Ley 26473, prohíbese a partir del 31 de diciembre de 2010, la importación y comercialización de lámparas incandescentes de uso residencial general en todo el territorio de la República Argentina, sancionada el 17 de diciembre de 2008 y promulgada el 12 de enero de 2009. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 117(31.577), 21 de enero, 1.

Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina (2015). Ley 27200. Ley 26204. Prórroga, sancionada el 28 de octubre y promulgada el 3 de noviembre. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 123 (33.249), 4 de noviembre, 7.

Spencer, Herber (1851). *Social statics or the conditions essential to happiness specified, and the first of them developed*. Londres: John Chapman.

Tawil, Guido S. (1999). Prólogo. En Esteban Ymaz Videla (XIII-XVI). *Protección de inversiones extranjeras*. Buenos Aires: La Ley.

Vilanova, José (1984). *Elementos de filosofía del derecho*. Segunda edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Zambrano, Pilar (2009). Los derechos ius-fundamentales como alternativa a la violencia. Entre una teoría lingüística objetiva y una teoría objetiva de la justicia. *Persona y Derecho*, 60, 131-152.

Zambrano, Pilar (2010). El derecho como razón excluyente para la acción: una aproximación desde la teoría iusnaturalista del derecho de John Finnis. *Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho*, 4, 323- 366.

Recibido: 25/01/16
Aprobado: 26/04/16

Competencia y regulación Competition and utility regulation

HEBERT EDUARDO TASSANO VELAOCHAGA*

Resumen: Con la entrada en vigencia de la Constitución Política del Perú de 1993, se estableció el modelo económico de economía social de mercado. Como parte del mismo, se realizaron una serie de reformas institucionales del Estado, creándose cuatro organismos reguladores de los servicios públicos y una agencia de competencia. El modelo económico de economía social de mercado garantiza la libre competencia en el mercado como regla general, estableciendo un marco regulatorio para los servicios públicos que, antes de la reforma, eran gestionados directamente por el Estado. Así, en el presente trabajo podremos conocer cómo se ha establecido el marco institucional peruano y cuáles son las principales similitudes y diferencias de la competencia y la regulación, para lo que detallaremos las funciones de la agencia de competencia y la de los organismos reguladores, así como la interacción que existe entre ambos.

Palabras clave: competencia – regulación – servicios públicos – economía social de mercado – libre competencia – agencia de competencia – organismos reguladores

Abstract: With the entry into force of the Constitution of Peru of 1993, the economic model of social market economy, which was accompanied by an institutional reform, creating four (4) regulators of utilities and one (1) competition agency, was established. The economic model of social market economy, guarantees free competition in the market as a general rule, establishing a regulatory framework for public services that before the reform, were managed directly by the State. Thus, in this paper we will learn how to set up the Peruvian institutional framework and what are the main similarities and differences between competition and regulation, for which we will detail the functions of the competition agency and regulatory bodies as well as interaction between the two.

Key words: competition – regulation – public services – social market economy – free competition – competition agency – regulators

* Presidente del Consejo Directivo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Master en Regulación de Servicios Públicos (Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, UPC, y el IEDE Business School, Universidad Europea de Madrid). Posgrados en Regulación del Sector Eléctrico (Universidad Pontificia Comillas de Madrid), Derecho de la Energía (UPC), Regulación de Servicios Públicos (PUCP), Instituciones Jurídicas del Mercado (UPC) y Gobernabilidad y Gobierno Local (Centro de Educación a Distancia para el Desarrollo Económico y Tecnológico, CEDDET-España), Programa de Especialización para Ejecutivos (PEE) en Organización y Administración (ESAN), 35th International Training Program on Utility Regulation & Strategy (Universidad de Florida). Profesor en las siguientes universidades: PUCP, ESAN, Universidad del Pacífico y Universidad San Martín de Porres. Correo electrónico: htassano@yahoo.com

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. ESTABLECIMIENTO DE LA LIBRE COMPETENCIA COMO REGLA GENERAL. DIFERENCIAS Y COINCIDENCIAS ENTRE LA LIBRE COMPETENCIA Y LA REGULACIÓN.- III. REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN PERÚ.- IV. AGENCIA DE COMPETENCIA INDECOPI.- V. INTERACCIÓN ENTRE LA AGENCIA DE COMPETENCIA INDECOPI Y LOS ORGANISMOS REGULADORES.- V.1. INTERACCIÓN INDECOPI-OSIPTEL.- V.2. INTERACCIÓN INDECOPI-OSITRAN.- V.3. INTERACCIÓN INDECOPI-OSINERGMIN.- VI. REFLEXIONES FINALES.- VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política del Perú de 1993 estableció el modelo de economía social de mercado y determinó las reglas, los principios rectores y los derechos fundamentales económicos que permiten su funcionamiento. Este sistema económico garantiza la libre iniciativa privada, pero a la vez establece que se debe contar con un marco regulatorio sólido y un sistema eficiente de promoción y defensa de la libre competencia y de la defensa del consumidor.

Si bien en la Constitución se garantiza la libertad de empresa, los agentes económicos deben realizar sus operaciones cumpliendo con el marco regulatorio establecido y con las normas de defensa de la competencia, lo cual garantizará que el mercado funcione con eficiencia y que los consumidores se vean beneficiados. Ello, teniendo en cuenta que un mercado dinámico donde no existan barreras de acceso ni permanencia y donde los agentes económicos actúen bajo los parámetros de la libre y leal competencia, traerá como consecuencia que existan más opciones para los consumidores y que se invierta en ofrecer productos y servicios de calidad a mejores precios, brindando un trato justo y equitativo.

Así, a partir del nuevo marco constitucional, se empezó a aplicar una política de liberalización de la economía que implicó un cambio en el modelo económico estatal. Por consiguiente, en virtud del nuevo rol subsidiario del Estado, ello supuso que este pudiera intervenir como ente regulador en el mercado, abocándose preferentemente a garantizar que los agentes que se desenvuelvan dentro de él no excedan el límite de lo permitido por la norma constitucional y por las normas sectoriales aplicables, y que, además, realicen su actividad a la par de un régimen de libre competencia.

En ese sentido, para que nuestro sistema económico de economía social de mercado sea posible, el Estado peruano ha creado, dentro de su estructura, organismos constitucionalmente autónomos y especializados, como el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), que es la agencia de competencia, y cuatro organismos reguladores de servicios públicos, los cuales gozan

de autonomía presupuestaria, financiera, económica, técnica, funcional y política.

Al respecto, este artículo busca conectar, explicar y desarrollar la vinculación entre los conceptos de competencia (como resultado de un proceso de liberalización) y de regulación (producto de la actividad reguladora estatal) desde un punto de vista contemporáneo y ágil, analizándolos además de manera clara y concisa, describiendo su marco institucional y ahondando en el rol de la agencia de competencia y de los organismos reguladores, para que de esta manera el lector pueda tener conocimiento de sus principales funciones, diferencias y puntos de interacción.

II. ESTABLECIMIENTO DE LA LIBRE COMPETENCIA COMO REGLA GENERAL. DIFERENCIAS Y COINCIDENCIAS ENTRE LA LIBRE COMPETENCIA Y LA REGULACIÓN

La liberalización del Estado denota la supresión de los obstáculos que impiden que pueda considerarse que la actividad económica sea libre —como, por ejemplo, los monopolios—, así como la liberalización de aquellas actividades publicadas —actividades que pueden ser gestionadas solo por el Estado o por los privados a través de concesiones— (De La Quadra-Salcedo, 2000, p. 31). En tal sentido, el contenido central y medular de la liberalización implica devolver a los privados la libre iniciativa económica, lo que, antes, en virtud de actos del Estado, estaba reservado a la titularidad y gestión estatal (De La Quadra-Salcedo, 2000, p. 31).

Teniendo en cuenta que con la liberalización el Estado decide abrir el mercado a la libre iniciativa privada, se deberá establecer como regla general el libre funcionamiento del mercado y, por tanto, garantizar que las actividades liberalizadas se presten en libre competencia, en contraposición a la intervención directa del Estado en la economía.

Al respecto, el artículo 61 de la Constitución Política del Perú de 1993 estipula lo siguiente: «El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios».

Ahora bien, este planteamiento de que la regla general es la libre competencia no desconoce que el Estado puede intervenir como regulador, puesto que, si bien es cierto que el mercado tiene sus propias reglas y, sobre la base de ellas, se satisfacen las necesidades de los ciudadanos, también es cierto que muchas veces los privados pueden advertir circunstancias especiales (por ejemplo, en el caso de los servicios

públicos, escenarios de monopolio legal o natural) que les permitan aprovecharse de los usuarios o consumidores ante la ausencia del Estado. En ese sentido, es claro que la regla general será que los agentes del mercado actúen en el marco constitucional establecido de libre competencia; sin embargo, existirán supuestos en los cuales el Estado deberá intervenir mediante la regulación para corregir determinadas fallas de mercado, como veremos más adelante. Esta regulación se realizará en una etapa de actuación de los agentes *ex ante*, sin perjuicio de la actuación del Estado *ex post* cuando determine que una cierta conducta es anticompetitiva.

En efecto, las normas de defensa de la competencia y la regulación son formas de intervención de los poderes públicos en los mercados. Ambas persiguen el interés general, pero tienen contornos distintos y específicos. Por un lado, el derecho de la competencia no es otra forma de regulación, sino una alternativa que procura conseguir las condiciones para crear o mantener los elementos de un mercado competitivo, más que repetir los resultados de la competencia o corregir sus defectos o fallos (Cases, 2009, pp. 425-426). Así, en el momento en que los poderes públicos estiman que la regulación económica no es necesaria, utilizan otro tipo de intervención en el mercado para el control de las conductas de los operadores económicos, como es la defensa de la competencia (Cases, 2009, p. 435).

Dicho ello, queda claro que, tal como lo hemos señalado anteriormente, el hecho de que el Estado haya aplicado una política de liberalización y, como consecuencia de ello, estén establecidos como regla general la libre competencia e, incluso, el rol subsidiario del Estado no implica que este no pueda intervenir en el mercado. Sin embargo, esta intervención se realizará de manera excepcional en determinados casos, para lo cual está habilitado a intervenir como regulador (*ex ante*) y a establecer reglas para la defensa de la libre competencia (*ex post*). Así, podemos afirmar que se trata de un nuevo modelo de «regulación para la competencia, pues dadas las tendencias colusivas de muchos sectores, la privatización y la teórica liberalización podía dar lugar a un monopolio privado, tan ineficiente como el monopolístico servicio público de titularidad estatal» (Ariño & López de Castro, 1999, p. 615).

En ese sentido, cuando existan justificaciones para que el Estado intervenga en el mercado (por ejemplo, en el caso de algunas industrias de red que son calificadas como servicios públicos, donde se presentan fallas de mercado), deberá decidir si corresponde crear un organismo regulador que se encargue de la regulación *ex ante* (Bullard, 2003, p. 633) necesaria y delimitar sus funciones respecto de las actividades que considere pertinente intervenir. O deberá decidirse si resulta pertinente crear una agencia de competencia que se encargue de la regulación *ex*

post (Bullard, 2003, p. 633), delimitando sus funciones y competencias, más aun para el caso de los servicios públicos.

III. REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN PERÚ

COMPETENCIA Y
REGULACIÓN

COMPETITION
AND UTILITY
REGULATION

Los servicios públicos se conciben como una técnica legal de regulación sobre actividades de contenido económico, destinadas a satisfacer necesidades esenciales de los ciudadanos, cuya titularidad ostenta el Estado a través de la *publicatio*¹ y cuya gestión la puede realizar el propio Estado o los particulares, a través de una concesión².

Ahora bien, en la medida en que se tratan de actividades que resultan esenciales para los ciudadanos, su gestión, ya sea por parte del Estado o por parte de los particulares, se encuentra sometida a un régimen jurídico especial, donde se establecen una serie de derechos y obligaciones para todas las partes que intervienen (concesionarios, concedente, usuarios, organismos reguladores). Así, por ejemplo, a diferencia de otro tipo de actividades, la gestión de las actividades consideradas servicios públicos está sometida a determinados principios jurídicos, tales como la igualdad, la mutabilidad, la continuidad y la universalidad. Por este motivo, existe un control estricto por parte del Estado a través de las autoridades administrativas competentes, dentro de lo que hemos denominado rol regulador del Estado.

Ello se encuentra de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58 de la Constitución Política del Perú, que establece que el Estado: «[...] orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura». El mencionado artículo confirma la importancia que tienen los servicios públicos para la población y el progreso social de la nación, de manera que no pueden quedar expuestos a los riesgos del mercado, debiendo el Estado intervenir de manera oportuna y objetiva (véase Tribunal Constitucional, 2005, apartado 35).

Dentro de este contexto, el Estado ha creado a los organismos reguladores de servicios públicos, los cuales tienen el encargo de intervenir (de manera *ex ante* o previa) en el mercado, para cumplir «la función de suministrar el marco regulador necesario a fin de promover nuevas inversiones, así como el ingreso de nuevos operadores, desarrollando

1 Debemos entender la *publicatio* como el acto de declaración de una actividad como servicio público, reservándola a favor del Estado, mediante una ley (ya que se trata de una limitación de la libertad de empresa).

2 Respecto a este punto, se debe precisar que este esquema conceptual no necesariamente es aplicado en los países que han liberalizado los servicios públicos, habiendo adoptado dentro de sus marcos jurídicos el concepto funcional de servicio público (en la Unión Europea bajo la denominación de Servicios de Interés Económico General), lo cual ha conllevado a dejar de utilizar como título habilitante la concesión.

al mismo tiempo mayores niveles de bienestar para los usuarios de los servicios bajo su supervisión» (véase Tribunal Constitucional, 2003, apartado 41).

En este punto, resulta conveniente apreciar que cuando hablamos de «regulación» hacemos referencia a la «regulación económica», la cual afecta a los sectores intervenidos, calificados como servicios públicos, se centra en la entrada y salida de la actividad (por medio de contratos de concesión) y afecta las condiciones económicas. De esta forma, es el Estado quien, a través de su prerrogativa de poder de control, puede establecer el «quantum» de producción, el ámbito físico o zonas de actuación y las tarifas (precios públicos) que se deben cobrar (Ariño & López de Castro, 1999, p. 615). En este caso, resulta importante tener en cuenta que «el objetivo de la regulación no es tanto controlar a las empresas, cuanto proteger a la sociedad en la ejecución de actividades que resultan esenciales para la vida y el bienestar de aquella» (Ariño & López de Castro, 1999, p. 617). Es por ello que cobra sentido el que la regulación económica se aplique en el caso de los servicios públicos y no en otras actividades. Sobre la base de este mandato constitucional es que el Estado ha creado los organismos reguladores.

La regulación se da en industrias que tienen determinadas características, no solo desde un aspecto legal (por ejemplo, ser consideradas actividades esenciales o importantes para el interés público), sino desde el punto de vista técnico y económico. En efecto, la organización económica en las industrias que proveen los servicios públicos es uno de los aspectos más complejos de la actividad económica. Estas industrias se caracterizan por la existencia de importantes costos hundidos³, economías de escala⁴ y de ámbito⁵, y el consumo masivo de los servicios⁶ (Levy & Spiller, 1994). A esto hay que agregar que la maduración de las inversiones y los períodos de depreciación de los activos en estas industrias son elevados —por encima de los quince años para el caso de las telecomunicaciones, veinte años para el sector eléctrico, treinta años para los servicios de agua y desagüe y aun plazos mayores para el caso de la infraestructura de transporte— y que requieren de largos períodos de recuperación de

3 La elaboración de infraestructura para la provisión de agua potable, electricidad y telefonía requiere del hundimiento de costos en la construcción de redes, esto es, costos que no son recuperables si se decide salir de la industria.

4 Normalmente, una red que provee de uno de los servicios mencionados a un grupo dado de usuarios es menos costosa que dos o más redes para el mismo grupo de usuarios. Por lo tanto, en dichas industrias el número de empresas es muy reducido.

5 Proveer dos servicios relacionados, como el agua potable y el alcantarillado, es menos costoso en una empresa que produzca ambos servicios que en dos empresas especializadas en cada uno de dichos servicios.

6 A diferencia de otros bienes y servicios provistos en una economía, el consumo de los servicios de agua potable, electricidad o telefonía es masivo. Es decir, un número muy grande de personas es abastecido por las empresas (aun en el caso de los servicios de telecomunicaciones, que presenta el menor ratio de penetración entre los servicios mencionados, el número de usuarios está en el orden de los dos millones).

111

COMPETENCIA Y
REGULACIÓNCOMPETITION
AND UTILITY
REGULATION

la inversión, lo que implica horizontes de largo plazo al momento de tomar decisiones tarifarias y de crecimiento de la demanda. Por lo tanto, se debe tener en cuenta que, además de reglas claras y estabilidad, se necesita de mecanismos adecuados y confiables para que los organismos reguladores cumplan sus funciones de supervisión y fiscalización, así como para resolver los posibles conflictos que surjan durante la larga ejecución de las concesiones y los reclamos que presenten los usuarios.

Teniendo en consideración las características de estas industrias, no es posible incorporar en el contrato regulatorio todos los *shocks* de costos y de demanda que a lo largo de la ejecución del contrato se presenten. Por ello, el diseño institucional y organizacional de los organismos reguladores debe resolver de forma óptima, en términos de mayor bienestar social, los intereses en conflicto de los actores de la actividad regulatoria: Estado, empresa regulada y organismo regulador. Esto se traduce en seguridad jurídica, para todos los agentes que participan en un sector determinado.

Por consiguiente, en el caso del Perú, el Estado ha publicado (es decir, las ha calificado como servicios públicos) aquellas actividades que cumplen con las características de las industrias reguladas, tales como las vinculadas a las telecomunicaciones, la electricidad, el gas natural, el agua potable y la infraestructura de transporte público. Para estos casos, el Estado peruano ha creado organismos reguladores encargados de realizar regulación *ex ante*, a propósito de los procesos de liberalización de los servicios públicos, los cuales, en algunos casos, estuvieron acompañados por privatizaciones de empresas estatales monopólicas (por ejemplo, en las áreas de telecomunicaciones y electricidad).

La finalidad de la creación de los organismos reguladores fue garantizar un tratamiento técnico de la regulación y supervisión de las actividades económicas calificadas como servicios públicos o de actividades que se desarrollan en condiciones de monopolio natural o poco competitivo y que requieren para su desarrollo la utilización de redes de infraestructura. Asimismo, se crearon para ejercer acción sobre el mercado mediante una intervención «arbitral», buscando el equilibrio entre los intereses de los usuarios, de los prestadores del servicio y del mismo Estado. Por ello, la regulación debe ser utilizada como un instrumento al servicio del mercado y no como un sustituto del mismo.

Los organismos reguladores se crean, además, para garantizar un marco institucional de seguridad y estabilidad en las reglas de juego y la inversión. En esa línea, su éxito dependerá del entendimiento de las relaciones entre la estructura del mercado, el diseño de las reglas y los requerimientos institucionales. Como veremos a continuación, la aparición de reguladores en el Perú determinó la liberalización de amplios sectores del mercado, la transferencia al sector privado de la propiedad

de numerosas empresas estatales y el otorgamiento de concesiones de servicios públicos y de obras públicas de infraestructura.

En nuestro ordenamiento jurídico, la ley 29158 (Congreso de la República del Perú, 2007) contempla como parte de las entidades públicas del Poder Ejecutivo a los organismos reguladores, señalando que son organismos públicos especializados con independencia para ejercer sus funciones y con arreglo a su ley de creación. Dichos organismos se crean para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados. La ley 27332 (Congreso de la República del Perú, 2000a) reconoce como este tipo de organismos los siguientes: i) Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), ii) Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN)⁷, iii) Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN), y iv) Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS) (véase Magide Herrero, 2000, pp. 51ss.)⁸.

De conformidad con la referida norma, los organismos reguladores ejercen las siguientes funciones: i) supervisora, ii) reguladora, iii) normativa, iv) fiscalizadora y sancionadora, v) de solución de controversias, y vi) de solución de reclamos de usuarios (Congreso de la República del Perú, 2000a, artículo 3).

Hasta el momento, habíamos mencionado que el marco institucional peruano había reservado para los organismos reguladores de servicios públicos el control *ex ante* y para la agencia de competencia INDECOPI el control *ex post*. Sin embargo, existe una excepción a la regla, ya que, en el sector de las telecomunicaciones, se le encomendó por ley al OSIPTEL actuar como agencia de competencia y hacerse cargo de los temas relacionados con la libre y leal competencia. En efecto, en las normas que establecen sus competencias, se señala que este organismo regulador está encargado no solo de cumplir con las funciones específicas de un regulador que ya hemos señalado, sino también de promover la existencia de condiciones de competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones. Este dato es destacable porque se trata del único organismo regulador con tales funciones, a diferencia de los otros sectores, en los que es la agencia de competencia INDECOPI quien interviene *ex post* si se trata de casos relacionados con la libre y leal competencia.

⁷ Inicialmente, se creó el OSINERG para la supervisión y fiscalización del sector de energía.

⁸ Cabe anotar que, en nuestro ordenamiento jurídico, se ha establecido de forma expresa que los organismos reguladores forman parte de la Administración Pública. Este aspecto no está libre de controversias en algunos países (Francia e Italia) porque, según los críticos, podría suponer la creación de un cuarto poder a efectos de su control.

IV. AGENCIA DE COMPETENCIA INDECOPI

Dentro del marco de liberalización descrito en el punto anterior, se puede afirmar, en el caso peruano, que los procesos de liberalización se iniciaron en la década de los noventa del siglo pasado a raíz del proceso de reforma del Estado, a partir de la Constitución Política de 1993. Siguiendo el modelo de otros países, en nuestro país se creó un organismo, o agencia de competencia, encargado de velar por la libre competencia instaurada a partir de la política de liberalización. La consigna fue que esta entidad se encargara de velar (*ex post*) por la defensa de la libre y leal competencia de todos los mercados de manera transversal. Este proceso competitivo, y su defensa en el Perú, se encuentran vinculados con la libre competencia, la represión de la competencia desleal, la protección al consumidor, el acceso al mercado, las medidas contra el *dumping* y los subsidios, y la salida del mercado o sistema concursal (INDECOPI, 2005, p. 31).

Resulta importante advertir que el INDECOPI es una institución particular en el mundo, pues tiene concentradas competencias que, por lo general, en los modelos de otros países, se encuentran bajo el ámbito de varias instituciones. Aunque ello nos llame la atención, debemos adelantar que el modelo presenta ventajas que no se dan en otros casos. Además de ello, se debe tener en cuenta que su singularidad también radica, con respecto a las opciones conocidas de la organización estatal en el mundo, en que «la protección de cada una de las áreas que hemos mencionado guarda relación con las funciones específicas asignadas a cada una de las comisiones que integran el área de Defensa de la Competencia del INDECOPI y que, finalmente, queda centralizada en última y definitiva instancia de pronunciamiento administrativo en el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual» (INDECOPI, 2005, p. 31). Dicho Tribunal se encuentra compuesto por cuatro Salas: Sala Especializada en Propiedad Intelectual, Sala Especializada en Defensa de la Competencia, Sala Especializada en Protección al Consumidor y Sala Especializada en Procedimientos Concursales.

El INDECOPI fue creado en noviembre de 1992, en un escenario de reforma del Estado, mediante decreto ley 25868 (Presidencia de la República, 1992), originalmente para proteger el mercado de las prácticas monopólicas, así como de las prácticas que generan competencia desleal y de aquellas que afectan a los agentes del mercado y a los consumidores; a su vez, se le asignó como tarea proteger los derechos de propiedad intelectual en todas sus manifestaciones y la calidad de los productos. Desde esa fecha, el INDECOPI ha ido cambiando y creciendo paralelamente al crecimiento de la economía y mercados del país. Actualmente, de acuerdo al decreto legislativo 1033 (Presidencia de la República, 2008a), el INDECOPI es un organismo público especializado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, con

personería jurídica de derecho público interno y que goza de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa. Tiene como principales funciones las siguientes: i) defender la libre y leal competencia, ii) corregir las distorsiones en el mercado, iii) proteger los derechos de los consumidores, iv) vigilar el proceso de facilitación del comercio exterior, v) proteger el crédito mediante la conducción de un sistema concursal, y vi) administrar el sistema de otorgamiento y protección de los derechos de propiedad intelectual.

De lo señalado, se puede advertir que todas las funciones que cumple el INDECOPI se encuentran vinculadas a tres ejes temáticos principales: i) defensa de la competencia, ii) propiedad intelectual, y iii) protección del consumidor. A partir de ello, se puede confirmar lo que habíamos adelantado sobre el diseño del modelo institucional, a saber, que el Perú ha optado por un modelo con competencias concentradas en un organismo.

De lo señalado, se debe tener en cuenta que el INDECOPI es una agencia de competencia y, por tanto, en ningún caso puede asumir tareas de regulación *ex ante*, puesto que podría afectar los procesos competitivos que se le ha encargado defender (Bullard, 2003, p. 636). Así, su actuación es en definitiva *ex post* cuando detecta alguna práctica presuntamente anticompetitiva en el mercado.

Como venimos mencionando, el INDECOPI tiene como una de sus funciones el impulsar y difundir la libre competencia, así como promover la participación adecuada de los agentes económicos en el mercado. A través de su actuación y la emisión de resoluciones por parte de los entes correspondientes, busca fomentar la competencia justa, leal y honesta entre los proveedores de bienes y servicios de modo tal que se genere un contexto equilibrado para el desenvolvimiento de la oferta y la demanda. Dada la estricta relación que existe entre la agencia de competencia INDECOPI y los organismos reguladores, en el sentido de que ambos buscan que los agentes del mercado actúen en el marco de la libre y leal competencia —aunque en etapas distintas—, conoceremos a continuación cómo interactúan estos organismos en el cumplimiento de sus funciones.

V. INTERACCIÓN ENTRE LA AGENCIA DE COMPETENCIA INDECOPI Y LOS ORGANISMOS REGULADORES

Como hemos venido mencionando, los organismos reguladores de servicios públicos (OSIPTEL, OSINERGMIN, SUNASS y OSITRAN) tienen el encargo de intervenir de manera *ex ante* o previa en el mercado para suministrar el marco regulador necesario, a fin de promover nuevas

inversiones, así como el ingreso de nuevos operadores, desarrollando al mismo tiempo mayores niveles de bienestar para los usuarios del servicio público. A su vez, el INDECOPI tiene el encargo de velar *ex post* por la defensa de la libre y leal competencia de todos los mercados de manera transversal. Como se ha mencionado, el OSIPTEL constituye una excepción, ya que por mandato de la ley se hace cargo de los temas relacionados con la defensa de la libre y leal competencia en el sector de las telecomunicaciones.

En el plano internacional, cabe anotar que, de un tiempo a esta parte, se viene asistiendo a un proceso de transformación de las principales instituciones que conforman la dinámica administrativa, lo cual ha sido posible en gran medida gracias a la extraordinaria versatilidad instrumental que caracteriza a las instituciones del derecho administrativo, cuya velocidad de mutación corre pareja con el crecimiento de las necesidades sociales y de las innovaciones tecnológicas. (Cassagne & Ariño Ortiz, 2005, p. 51). Así, se ha visto que en países como Brasil y México se han realizado reformas destinadas a fortalecer la labor de sus agencias de competencia, optando por un modelo de competencias separadas entre los organismos reguladores de servicios públicos y las referidas agencias de competencia. No obstante, también se han realizado reformas contrarias a esta visión, como es el caso de España, donde más bien se ha optado, en el año 2013, por agrupar en una sola entidad —la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)— a la agencia de competencia y a los organismos reguladores, por razones de índole presupuestal y por la búsqueda de una mayor sinergia y coordinación entre dichas entidades. Cabe señalar que, a la fecha, aún no se han hecho evidentes los resultados de la reforma española.

Regresando al caso Peruano, cabe indicar que, no obstante que la agencia de competencia INDECOPI y los cuatro organismos reguladores de servicios públicos fueron creados para regular el mercado en etapas diferentes, existen áreas en las que el INDECOPI interactúa con los organismos reguladores, lo cual desarrollaremos a continuación.

En cuanto a la determinación de competencia, la casuística nos ha demostrado que surge un problema cuando los agentes económicos incurren en prácticas anticompetitivas, al ejercer actividades económicas calificadas como servicios públicos y, por tanto, encontrarse sujetas a control por parte de los organismos reguladores. Es en este punto que surge el interrogante de cuándo la agencia de competencia debe o puede intervenir y sancionar las conductas infractoras a la normativa de defensa de la competencia. En ese sentido, el decreto legislativo 1034 (Presidencia de la República, 2008b) prescribe de manera indirecta que, cuando existe un conflicto entre las disposiciones regulatorias y las normas de defensa de la competencia, será de aplicación la norma

especial. Es decir, las normas de defensa de la competencia tendrán una aplicación residual frente a las disposiciones regulatorias, considerando su carácter general. Esto se encuentra en concordancia inmediata con el principio de especialidad, que ordena preferir la norma especial sobre la norma general, lo cual no implica que las normas de defensa de la competencia no sean aplicables en mercados regulados.

Así, los cuatro organismos reguladores (OSIPTEL, OSITRAN, OSINERGMIN y SUNASS) han incluido en sus reglamentos el principio de supletoriedad que señala lo siguiente: «Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicte el “Regulador” en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto, primarán las disposiciones dictadas por el Regulador». En consecuencia, queda claro que si se presentara un caso donde exista conflicto entre las disposiciones regulatorias y las normas de defensa de la competencia, se aplicarían las normas regulatorias.

V.1. Interacción INDECOPI-OSIPTEL

Hemos mencionado en varias oportunidades que el INDECOPI es la agencia de competencia con facultades para conocer controversias relacionadas con la afectación de la libre y leal competencia, siempre que dicha competencia no sea negada por ley. Sin embargo, justamente por mandato de la ley, el OSIPTEL hace las veces de agencia de competencia para conocer controversias relacionadas con la afectación de la libre y leal competencia, únicamente cuando las conductas afectan el mercado del servicio público de telecomunicaciones. Este principio queda claramente establecido en la ley 27336 (Congreso de la República del Perú, 2000b) y su reglamento 136-2011/CD-OSIPTEL (OSIPTEL, 2011).

Esta decisión de otorgar por ley las facultades de agencia de competencia al organismo regulador de las telecomunicaciones ha sido objeto de críticas, ya que se han identificado situaciones sobre las que se discute si deberían ser evaluadas por el OSIPTEL en el marco de la Ley de Libre Competencia o dentro de los alcances de la regulación *ex ante*. Esto ocurre, por ejemplo, en el mercado de banda ancha, donde actualmente se discute si es eficiente que el regulador tenga que evaluar *ex ante*, en el marco del Principio sobre Neutralidad de Red, las promociones que brinden los operadores con relación a las redes sociales o las que regulan la velocidad en el tráfico de datos que deriven de aplicativos, contenidos y servicios por red, cuando podría solucionar estos temas de manera *ex post* en el marco de la Ley de Libre Competencia, en caso ocurriera alguna práctica anticompetitiva que distorsione el mercado y, por tanto, perjudique a los consumidores.

V.2. Interacción INDECOPI-OSITRAN

La ley 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional (Congreso de la República del Perú, 2003), consigna como uno de sus fines promover el desarrollo y la competitividad de los puertos. En esa línea, el decreto supremo 003-2004-MTC, reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional (Ministerio de Transportes y Comunicaciones, 2004), establece que la utilización de los bienes portuarios de uso público solo está sujeta a regulación tarifaria por parte del organismo regulador, que en este caso es el OSITRAN, cuando no existan condiciones de competencia. En ese sentido, es el INDECOPI quien determina si existe competencia en el mercado de transporte marítimo. En esta interacción, la participación del INDECOPI constituye una garantía esencial para el funcionamiento eficiente del mercado de transporte marítimo, ya que permite que solo se someta a regulación tarifaria a aquellos servicios portuarios donde no es posible la competencia.

Para determinar si existe o no competencia en este mercado, en primer lugar el INDECOPI identifica el mercado relevante (de producto y geográfico). Para ello, es necesario determinar si el servicio en cuestión debe ser analizado de manera individual o como parte de un paquete. Luego de ello, debe identificarse a los demandantes del servicio o paquete de servicios y, respecto de ellos, debe analizarse la existencia de sustitutos adecuados. Finalmente, el INDECOPI determina la existencia de condiciones de competencia, para lo cual es necesario identificar la existencia de competencia real o potencial en el mercado relevante previamente definido.

Durante el periodo 2011-2015, el INDECOPI emitió 43 informes técnicos sobre condiciones de competencia en el sector portuario, de acuerdo con el siguiente detalle (datos proporcionados por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI el 4 de febrero de 2016):

- En 27 informes, se concluyó que sí existen condiciones de competencia.
- En 2 informes, se concluyó que, respecto de un servicio, sí existen condiciones de competencia; y, respecto de otro servicio, no existen condiciones de competencia.
- En 13 informes, se concluyó que no existen condiciones de competencia.
- En 1 informe, se concluyó que no corresponde emitir opinión, puesto que el OSITRAN determinó que el servicio consultado se encontraba dentro del contrato de concesión.

V.3. Interacción INDECOPI-OSINERGMIN

La ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico (Congreso de la República, 1997), estableció un mecanismo para el control de concentraciones en el sector eléctrico. En ese sentido, se encuentran sujetos a evaluación previa por parte de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI, todas las operaciones de concentración que involucren a empresas que desarrollan actividades de generación y/o distribución de energía eléctrica. Para ello, en virtud del artículo 35 del reglamento de la ley 26876 (Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales, 1998) el INDECOPI puede solicitar un informe al OSINERGMIN sobre los aspectos técnicos de los servicios y/o productos vinculados a la operación de concentración notificada, así como a los mercados respectivos, objeto de evaluación y autorización.

En consecuencia, la Secretaría Técnica suele solicitar al OSINERGMIN un informe que contenga su opinión respecto de los efectos, ya sean perjudiciales o beneficiosos, que, desde su perspectiva como organismo regulador especialista en el tema, podría generar la operación de concentración empresarial y, de ser el caso, los condicionamientos que sería conveniente que la Comisión disponga para aprobar dicha operación. Es preciso señalar que, cada vez que la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de Libre Competencia ha requerido un informe del OSINERGMIN, dicho organismo regulador ha atendido el pedido. Asimismo, cabe indicar que a la fecha el INDECOPI no ha denegado ninguna solicitud de concentración presentada en el sector eléctrico (datos proporcionados por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI el 4 de febrero de 2016).

VI. REFLEXIONES FINALES

En la década de los noventa se llevaron a cabo una serie de reformas con la finalidad de aumentar el desarrollo económico social del país. En virtud de ello, se realizó una reforma institucional del Estado, estableciéndose como regla general la libre competencia. Asimismo, el Estado asumió un rol regulador y dejó de lado el rol de prestador de los servicios públicos que venía llevando a cabo sin éxito. En ese contexto, y con la finalidad de garantizar el funcionamiento del modelo económico de economía social de mercado, el fortalecimiento de la institucionalidad del país resultaba clave para que la economía del país se recuperase y para que fuera posible incrementar el bienestar de la población.

Como hemos mencionado a lo largo del artículo, de acuerdo a nuestra Constitución, la regla general del modelo económico de economía social de mercado es que los agentes actúen en el marco de la libre y leal competencia; sin embargo, el Estado intervendrá con un rol

regulador únicamente cuando sea necesario. En el caso de nuestro país, la regulación se ha dirigido a los servicios públicos que antes eran gestionados directamente por el Estado. Así, por un lado, se creó al INDECOPI como la agencia de competencia y a cuatro organismos reguladores responsables de la regulación de los servicios públicos, esenciales para el bienestar y el desarrollo (OSITRAN, OSINERGMIN, OSIPTEL y SUNASS).

Cabe indicar que la agencia de competencia tiene la importante labor de velar por la promoción y defensa de la libre competencia en el mercado. Por su parte, los organismos reguladores tienen como objetivo lograr que las empresas privadas que brindan los servicios públicos lleven a cabo su actuación en un ámbito donde se simulen condiciones de competencia. Es por ello que realizan su labor en diferentes etapas: en el caso de los organismos reguladores, estos actúan en una etapa *ex ante*, siendo responsables del marco regulatorio pertinente y las autorizaciones; en el caso de la agencia de competencia, esta actúa en una etapa *ex post*, es decir, sanciona las conductas que lleven a cabo los agentes económicos que distorsionen en el mercado la libre y leal competencia.

Así, consideramos que, de acuerdo a la Constitución Política del Perú de 1993, la regla general es que los agentes económicos compitan en el mercado de manera libre, por lo que el rol regulatorio del Estado deberá aparecer solo de manera excepcional y cuando la situación lo amerite. Aquella es justamente la diferencia entre el modelo económico anterior y el modelo económico vigente de economía social de mercado. Por ello, consideramos importante que las facultades de la agencia de competencia y de los organismos reguladores se encuentren debidamente divididas y fortalecer, en ese sentido, las facultades de la agencia de competencia.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Ariño, Gaspar & Lucía López de Castro (1999). Nuevo servicio público y regulación económica. En Gaspar Ariño, *Principios de derecho público económico*. Granada: Comares.

Bullard, Alfredo (2003). *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra.

Cases, Luis, (2009). Regulación y competencia. Límites y conexiones. En Santiago Muñoz Machado y José Esteve Pardo (dirs.), *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*. Madrid: Iustel.

Cassagne, Juan Carlos (2006). La crisis de los servicios públicos en Argentina. En Juan Carlos Cassagne (dir.), *Servicio público y policía*. Buenos Aires: Universitas.

Cassagne, Juan Carlos & Gaspar Ariño (2005). El servicio público en el campo de la contratación administrativa. En *Servicios Públicos, Regulación y Renegociación*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Cassagne, Juan Carlos. (2007). Los poderes normativos y la estabilidad de las concesiones y licencias de servicios públicos. En Autores varios, *Derecho administrativo contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra.

Congreso de la República del Perú (1997). Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico. Ley 26876. *Diario Oficial El Peruano*, 19 de noviembre.

Congreso de la República del Perú (2000a). Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. Ley 27332. *Diario Oficial El Peruano*, 29 de julio de 2000.

Congreso de la República del Perú (2000b). Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones-OSIPTEL. Ley 27336. *Diario Oficial El Peruano*, 5 de agosto de 2000.

Congreso de la República del Perú (2003). Ley del Sistema Portuario Nacional. Ley 27943. *Diario Oficial El Peruano*, 01 de marzo.

Congreso de la República del Perú (2007). Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. Ley 29158. *Diario Oficial El Peruano*, 20 de diciembre.

Constitución Política del Perú (1993).

De la Quadra-Salcedo, Tomás (2000). Constitución y modelo económico liberalizador. *Cuadernos de Derecho Público*, 9, 27-46.

Delgado, Juan & Héctor Otero (2015). La CNMC: la historia de una reforma inacabada. *Papeles de Economía Española*, 145.

INDECOPI (2005). Perú. Los intereses nacionales en defensa de la competencia y los acuerdos preferenciales de comercio. *Serie de Publicaciones Institucionales*, 2.

Levy, Brian & Pablo Spiller (1994) The Institutional Foundations of Regulatory Commitment: A Comparative Analysis of Telecommunications Regulation. *Journal of Law, Economics and Organization*, 10(2), 201-246.

Magide Herrero, Mariano (2000). *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales (1998). Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico. Decreto Supremo 017-98-ITINCI. *Diario Oficial El Peruano*, 16 de octubre.

Ministerio de Transportes y Comunicaciones (2004). Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional. Decreto supremo 003-2004-MTC. *Diario Oficial El Peruano*, 4 de febrero.

OSIPTEL (2011). Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas. Resolución de Consejo Directivo 136-2011-CD/OSIPTEL. 27 de octubre

Presidencia de la República (1992). Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI. Decreto ley 25868. *Diario Oficial El Peruano*, 24 de noviembre.

Presidencia de la República (2008a). Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI. Decreto legislativo 1033. *Diario Oficial El Peruano*, 25 de junio.

Presidencia de la República (2008b). Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Decreto legislativo 1034. *Diario Oficial El Peruano*, 25 de junio.

Tribunal Constitucional (2003). Sentencia. Expediente 008-2003-AI/TC. 11 de noviembre.

Tribunal Constitucional (2005). Sentencia. Luis Nicanor Maraví Arias, en representación de cinco mil ciudadanos (demandante) c. Congreso de la República (demandado). Expediente 034-2004-PI/TC. 15 de febrero.

Recibido: 18/02/2016
Aprobado: 08/04/2016

Las comisiones de regulación en Colombia. Anatomía de una institución

Regulation commissions in Colombian law. Anatomy of a government agency

JULIÁN ANDRÉS PIMIENTO ECHEVERRI*

Resumen: La regulación en el derecho colombiano es un tema de capital importancia que ha venido ganándose un lugar primordial en el moderno derecho administrativo. Sin embargo, a pesar de que en ese sistema jurídico parece haberse acogido un concepto restringido, orgánico, de regulación económica, no muchos académicos se han ocupado de analizar las estructuras que se han encargado tradicionalmente de ejecutar esas actividades. Sin tomar partido por un concepto restrictivo de regulación, este estudio pretende demostrar las incoherencias y dificultades de la función de *regular* en el derecho colombiano, por su vinculación artificial a determinadas estructuras administrativas: las comisiones de regulación.

Palabras clave: regulación – comisiones de regulación – función administrativa – independencia y autonomía – entes reguladores – estructura del Estado

Abstract: Economic regulation as an administrative activity has become one of the quintessential subjects in modern Colombian administrative law. Despite the fact that Colombian law uses a fairly restrictive, organic, approach to economic regulation, few studies have analysed that connection between economic regulation and Government agencies. Without taking sides with that restrictive approach, this article tries to show the inconsistencies and difficulties to regulate properly in Colombian law, because of that connection between that administrative activity and those special agencies: the regulation commissions.

Key words: regulation – regulation commissions – administrative function – independence – autonomy – regulation agencies – public agencies

CONTENIDO: I. HACIA UN CONCEPTO ORGÁNICO DE LA ACTIVIDAD REGULATORIA.– I.1. CONSTRUCCIÓN DE UN CONCEPTO DE REGULACIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO.– I.1.1. BREVE APROXIMACIÓN A LA REGULACIÓN ECONÓMICA COMO ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO COLOMBIANO Y SU RELACIÓN CON LA ESTRUCTURA DEL ESTADO.– I.1.2. CONCEPTO DE REGULACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA.– I.2. REGULACIÓN COMO UNA ACTIVIDAD PROPIA DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN.–

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Titular de un Diplôme Supérieur d'Université (DSU) en Derecho Administrativo y Magíster en Derecho Público Interno de la Universidad Paris II, Panthéon-Assas. Doctor en Derecho público por la Universidad Paris II, Panthéon-Assas. Docente Investigador de la Universidad Externado de Colombia. Abogado consultor. El autor desea agradecer a Camilo Perdomo por sus valiosos aportes a partir de la lectura del borrador de este artículo. Correo electrónico: pimiento.julian@gmail.com

I.2.1. COMISIONES DE REGULACIÓN COMO EXPRESIÓN DE UN DETERMINADO MODELO DE ESTADO. LAS COMISIONES DE REGULACIÓN COMO ÓRGANOS CREADOS PARA «REGULAR».- I.2.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS COMPETENCIAS ATRIBUIDAS A LAS COMISIONES DE REGULACIÓN.- II. BALANCE Y PERSPECTIVAS DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO.- II.1. ANATOMÍA DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN.- II.1.1. EN COLOMBIA NO SON UNA NUEVA CATEGORÍA DE ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS ESPECIALMENTE CREADOS PARA REGULAR.- II.1.2. INDEPENDENCIA DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN COLOMBIANAS.- II.2. DEVENIR DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN.- III. CONCLUSIONES.- IV. BIBLIOGRAFÍA.

La estructura del Estado colombiano no es un asunto que haya ocupado de manera constante e intensa la atención de los juristas colombianos, con notables excepciones en los escritos de algunos administrativistas (para una visión de conjunto del fenómeno, véase Rodríguez, 2014). Lo cierto, sin embargo, es que tal situación ha venido cambiando, pues el tema se encuentra en una auténtica ebullición: la aparición de los entes autónomos, la consolidación de las intervenciones en la economía a través de entes instrumentales por cuenta de las privatizaciones y la utilización indiscriminada de las *agencias* como una supuesta manera de modernizar el Estado.

Las comisiones de regulación, como categoría, ocupan un lugar primordial en el desarrollo de este fenómeno; no solo porque constituyen una expresión evidente de la transformación del Estado moderno, denominado por algunos Estado Regulador (Ariño, 2003, p. 330), sino porque son prueba de que la organización estructural del Estado, al menos del colombiano, obedece a su transformación y a la asunción de distintas actividades y funciones ligadas a la evolución de la sociedad. Es decir que, de manera general, cada actividad que deba ser ejecutada por el Estado y que sea distinta de las que se han venido ejecutando requiere de la creación de nuevas estructuras administrativas.

Ahora bien, aun cuando la regulación económica, en el derecho colombiano, ha sido objeto de abundantes estudios, principalmente desde el punto de vista propio a la actividad, resulta necesario, a nuestro parecer, analizar dicha actividad en conjunto con los órganos que se han creado para realizarla. Por ello, el objetivo de este artículo es desarrollar las relaciones que existen entre la actividad regulatoria y las comisiones de regulación, para lo cual se hará un acercamiento, en una primera parte, al concepto orgánico de actividad regulatoria, tal y como lo ha diseñado el sistema colombiano (sección I), para luego realizar un balance de las comisiones de regulación¹ (sección II).

¹ Se hará un análisis global de las comisiones de regulación que existen —o han existido— en Colombia, aun de las que no están funcionando actualmente. El estudio se pretende exhaustivo de

I. HACIA UN CONCEPTO ORGÁNICO DE LA ACTIVIDAD REGULATORIA

Se ha explicado por la doctrina colombiana que el concepto de regulación es de difícil concreción y delimitación. Por nuestra parte, hemos afirmado que:

[...] no es fácil delimitar el concepto de regulación, esta afirmación no solo es válida para el derecho colombiano, sino que puede predicarse de la misma manera en el derecho comparado. La postura tradicional ha sido la de considerar que la regulación constituye una tipología nueva que se enmarca dentro de las modalidades de actuación del Estado. Así como hay una actividad de policía, una actividad de fomento o un servicio público, así habría una actividad regulatoria (Pimiento, 2013, p. 16).

En este escenario², se ha decantado en el derecho colombiano un concepto propio de la regulación (I.1.), fuertemente caracterizado por su vinculación con las comisiones de regulación (I.2.).

I.1. Construcción de un concepto de regulación en el derecho colombiano

La actividad regulatoria se puede analizar desde dos puntos de vista: por una parte, se debe estudiar —brevemente pues ha sido objeto de un buen número de estudios específicos— su originalidad en el marco de la evolución de las actividades que presta el Estado y, en particular, su intervención en la economía; por otra parte, se la puede analizar a partir de la evolución de las estructuras administrativas que soportan dicha actividad. Con el fin de entender el concepto de regulación en el derecho colombiano, se debe analizar, en primer lugar, la regulación económica como una actividad propia del Estado en la actualidad (I.1.1.), para luego decantar el concepto de regulación propio al derecho colombiano (I.1.2.).

esa categoría de entidades públicas, pero el análisis de cada una de ellas se remitirá a los aspectos relevantes para este estudio.

- 2 En este escrito se toma partido por el carácter autónomo de la función de regular. En palabras de Ramón Huapaya, «suele identificarse a la regulación, en un sentido amplísimo, con el poder de policía administrativo, o la actividad de ordenación y limitación de conductas de los agentes económicos, mientras que también, tradicionalmente, se identifica regulación con reglamentación de derechos. Sin embargo, estas visiones son algo limitadas, puesto que el poder de policía se enmarca en una perspectiva unilateral, de imposición, reglamentarista; mientras que, en cambio, la regulación va más allá de un sistema jerárquico de imposición de conductas, ya que también tiene otra faceta, enmarcada dentro de una lógica consensuada [...]» (2013, p. 573). Véase, también, Miranda & Márquez (2004). Resulta interesante, además, el acercamiento bifronte que adopta Camilo Perdomo, en el sentido de considerar que la regulación, en un sentido amplio, involucra no solo la garantía del buen funcionamiento del mercado con la efectividad de los derechos y, en un sentido estricto, la identifica con un conjunto de actividades tendientes a concretar sectorialmente dicha finalidad amplia (2014a); véase además Villegas (2010, pp. 511ss.).

125

LAS COMISIONES
DE REGULACIÓN
EN COLOMBIA.
ANATOMÍA DE
UNA INSTITUCIÓNREGULATION
COMMISSIONS IN
COLOMBIAN LAW.
ANATOMY OF A
GOVERNMENT
AGENCY

1.1.1. Breve aproximación a la regulación económica como actividad administrativa en el derecho colombiano y su relación con la estructura del Estado

Las técnicas de intervención pública en la economía han cambiado a la par con el desarrollado del Estado. En el Estado liberal, el modelo económico impuso el abstencionismo como regla general (Santamaría Pastor, 1991, pp. 136ss.), bajo el entendido de la perfección del mercado económico para solucionar los problemas de la sociedad. Así, la administración debía limitar su actuación, por una parte, a la protección de los derechos de las personas cuando existieran distorsiones en las relaciones entre particulares (Rincón, 2004, capítulo 1) y, por otra parte, le correspondía limitar las libertades de los individuos en aras de garantizar el mantenimiento del orden público en sus modalidades de seguridad, tranquilidad y salubridad públicas, es decir, como expresión del poder de policía (Garrido Falla, 1953, p. 17).

En el transcurso del siglo XIX y bajo la presión de las revoluciones sociales, el Estado debió intervenir de manera activa en la economía, apareció, entre otros, el concepto de servicio público (Montaña, 2005, capítulo 2). La ausencia de iniciativa privada en determinados sectores económicos impulsó una intervención directa en el mercado mediante la creación de agentes económicos —empresas industriales y comerciales (aunque no necesariamente, pues se mantuvo el principio de la prestación privada de servicios mediante concesionario de la Administración, véase Santamaría Pastor, 1991, p. 170)—, cuya finalidad era suplir las necesidades de los ciudadanos que los particulares ya no podían cumplir o, más ampliamente, garantizar de manera general el bienestar mediante el funcionamiento económico del Estado (Celier, 1949, pp. 134-135; Pimiento, 2013, p. 17).

Sin embargo, con la consolidación de una economía de mercado en la mayoría de países, esa modalidad de intervención no solo dejó de ser necesaria, sino que se consideró una intrusión. Las pesadas estructuras estatales y el régimen jurídico de derecho público se percibieron como una ventaja indebida frente a las empresas privadas (a la par de la notoria expansión del *new public management*, que entronaba a la empresa privada como el modelo de gestión por excelencia, véase Perdomo, 2014b, pp. 31-32). Esto generó el retiro del operador estatal de grandes sectores (liberalización), en particular se empezó a considerar los servicios públicos como actividades económicas y se comenzó el proceso de privatización de las empresas públicas³. De esta manera, al

3 El reconocimiento de la regulación como modalidad de la actividad administrativa genera muchos debates en torno al fundamento de dichas competencias, puesto que ello implica el «replanteamiento del sustento democrático de algunas decisiones de no poca importancia, cuyo fundamento, antes que encontrarse en la representatividad popular de los hacedores de normas, hallaba origen en la capacidad técnica de los cuadros de estos entes, que la mayor parte de las veces no solo eran poco

liberalizar servicios, el Estado debió asumir un nuevo papel frente a las actividades en las cuales anteriormente tenía un puesto principal: el de regulador —en una interesante sentencia, la Corte Constitucional de Colombia (2003) desarrolló las diferentes modalidades que puede asumir la intervención del Estado en la economía—. El Estado, como lo afirma Chevallier, «se mantiene presente en la economía, pero como un “estratega”, y ya no como un “piloto”» (2004, p. 53; la traducción es mía)⁴.

Esta breve presentación de la evolución de la actividad administrativa frente a la actividad económica y de su reflejo en la estructura del Estado permite entender mejor las potestades públicas en la intervención de la economía que se derivan directamente desde los postulados constitucionales. Ahora bien, desde un punto de vista orgánico, se puede concluir que las transformaciones del Estado —políticas, pero principalmente económicas— motivaron la aparición de nuevas actividades estatales —la regulación— y de estructuras administrativas específicamente diseñadas para cumplir esas finalidades⁵.

1.1.2. Concepto de regulación en la jurisprudencia colombiana

La regulación es una de las expresiones que adopta, en la actualidad, la intervención del Estado en la economía. En particular, se puede afirmar que la Constitución Política de Colombia (1991) estableció un modelo económico específico: la economía social de mercado (Corte Constitucional de Colombia, 2010). En este contexto resulta claro, además, que se consagró un concepto concreto de servicios públicos reconocido por dicho cuerpo normativo. Así, según el artículo 365 de la Constitución Política, en primer lugar, «los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado»; en segundo lugar, le corresponde al *Estado* «asegurar su prestación eficiente» a los habitantes; en tercer lugar, le corresponde al legislador determinar el régimen de su prestación; en cuarto lugar, «podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares», pero, finalmente, «el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios». Sucede que, como lo afirmamos en algún momento, el reconocimiento de los servicios públicos como actividades económicas, «no solo no excluye sino que fundamenta la intervención

numerosos sino que se encontraban distanciados en términos jerárquicos del personal de apoyo al servicio de la entidad» (Gil Botero, 2009, p. 18).

4 En efecto, «la actividad prestacional ha sido sustituida en gran medida por una intervención administrativa que se limita a imponer obligaciones jurídicas a los actores presentes en el mercado» (Montero, 2014, p. 24).

5 No necesariamente las comisiones de regulación, a pesar de que dichos entes fueron creados exclusivamente con esa finalidad. Por ello, se puede afirmar, desde ya, que, orgánicamente, si todo lo que hacen las comisiones de regulación se puede calificar como el ejercicio de la actividad de regular, no solo ellas cumplen dicha función, pues, como se verá más adelante, tal alcance depende del concepto de regulación que se adopte. Por otra parte, aunque en la misma línea, tampoco se puede llegar a afirmar que solo exista regulación en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios.

del Estado para garantizar la eficiencia de la prestación del servicio y los derechos de los usuarios, mediante la limitación de la libertad económica de los operadores» (Pimiento, 2013, p. 23). Queda claro, entonces, que la propia Constitución remitió al legislador la determinación del régimen jurídico de los servicios públicos, pero limitó su libertad al establecer que al Estado le corresponde garantizar su prestación y que, en todo caso, la *regulación* constituye una actividad estatal circunscrita, por esa ley, al ámbito de los servicios públicos domiciliarios. Se puede pensar, sin embargo, en un concepto más amplio.

Definir la regulación es un ejercicio, por decir lo menos, difícil (a este respecto resulta interesante el ejercicio realizado por Suárez Tamayo, 2013; así como Campanelli, 2014; para una evolución del concepto, véase la interesante obra de Perdomo, 2014b). Existen factores diferenciales para su definición en la jurisprudencia de las Altas Cortes y en la doctrina. Desde la jurisprudencia, se ha visto la regulación como «una eficaz herramienta constitucional tendiente a evitar que la sola operancia de las leyes del mercado pueda desdibujar los fines sociales de nuestro Estado» (Corte Constitucional de Colombia, 2000), por ello la regulación debe abarcar asuntos que «no se pueden abandonar al libre juego del mercado» cuya finalidad es «promover las condiciones que faciliten la efectividad de sus derechos y garantías, la fijación de controles tarifarios y de calidad de los servicios, las reglas mínimas que deben observar los prestadores de los mismos y la introducción del equilibrio y la armonía en las actividades que, en competencia, adelantan las empresas, las que necesitan de una permanente función interventora del Estado» (Corte Constitucional de Colombia, 2000)⁶. Es decir que, para la Corte Constitucional, «[l]a función de regulación de las actividades económicas por parte de las autoridades del Estado es una modalidad de la potestad de intervención del mismo en ellas, cuyo propósito general es lograr la efectividad de los fines sociales de aquel y corregir los defectos o imperfecciones del mercado» (Corte Constitucional de Colombia, 2005). A partir de estas definiciones jurisprudenciales se puede identificar tres elementos⁷ propios a la regulación económica, al menos en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios: *primero*, es una técnica de intervención estatal en la economía⁸; *segundo*, es una

6 Véase también, Corte Constitucional de Colombia (2003). En el mismo sentido, se puede afirmar que «[h]ablar de función reguladora del Estado supone que el sistema económico no puede llegar por sí mismo al equilibrio, que necesita de la mediación del Estado para lograrlo» (Chevallier, 2004, p. 57).

7 En dirección similar, «[l]a puesta en marcha de esta función supone la reunión de varias condiciones: una posición de exterioridad con respecto al juego económico; la capacidad de arbitrar los intereses presentes; una acción continua con el fin de establecer los ajustes necesarios» (Chevallier, 2004, p. 58).

8 En este sentido, son interesantes las reflexiones realizadas por la Corte Constitucional de Colombia: «El marco constitucional analizado evidencia que el alcance de la intervención del Estado, que es muy amplio, se extiende a todos los sectores de la economía y abarca fines que van desde la distribución equitativa de las oportunidades y la búsqueda de que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos, hasta la promoción de la productividad y de la competitividad. La amplitud del ámbito sobre el que se extiende la

actividad técnicamente compleja; y, en consonancia con lo anterior, *tercero*, el carácter técnico de la actividad permite concebir a las comisiones de regulación como un ente instrumental creado con el único fin de ejecutarla (Gil Botero, 2009, p. 18)⁹.

En cuanto técnica de intervención del Estado en la economía, existe un consenso acerca de que su finalidad consiste en promover la libre concurrencia en un determinado sector de la actividad económica —en Colombia, principalmente en la prestación de los servicios públicos domiciliarios— con el fin de corregir los posibles defectos del mercado para garantizar así la protección de los usuarios de los servicios públicos. Por otra parte, no existe duda de que el fundamento mismo de las competencias que se le han encomendado a las comisiones de regulación es la existencia de «órdenes técnicos y operativos» (Consejo de Estado, 2000) en determinados ámbitos económicos¹⁰. Se ha llegado a afirmar, entonces, que «[s]in dicha regulación general del Estado, el mercado económico no podría existir ni funcionar» (Corte Constitucional de Colombia, 2003). Esto quiere decir, entonces, que además de ser una de las modalidades a través de las cuales el Estado interviene en la economía, la regulación es ante todo la expresión de una actividad de carácter técnico, cuya preparación y ejecución requiere de unos conocimientos especiales de la actividad que se está regulando (Pimiento, 2013, pp. 20ss.).

La doctrina es fuente de definiciones diferentes según el contenido de la actividad regulatoria o de la tipología de normas que se utilizan para ejecutarla¹¹. Para Jacques Chevallier, por ejemplo, «la regulación implica una nueva concepción del rol del Estado en la economía [...] la regulación recubre el conjunto de procesos mediante los cuales los sistemas complejos logran mantener su estado estacionario, preservando sus equilibrios esenciales, a pesar de las perturbaciones exteriores» (2004, p. 57). En Colombia, los autores que se han ocupado de la materia optaron por distintos acercamientos al mismo problema, Dussan

intervención del Estado en la economía, y la variedad de fines que persigue, hace necesario que este disponga de múltiples instrumentos, aplicables de diferentes maneras en los diversos sectores de la actividad económica» (2003).

9 En efecto, tal y como lo afirma la Corte Constitucional de Colombia, mediante la regulación «se normativiza una actividad o un servicio cuyo cumplimiento o prestación involucra la efectividad de derechos fundamentales, como sucede en el ámbito de la prestación de los servicios públicos. Por ello, en este último campo el legislador ha diseñado diversos órganos de regulación, a los que usualmente ha llamado “comisiones de regulación”» (2007).

10 Así, «el ejercicio de la función de regulación obedece a criterios técnicos relativos a las características del sector y a su dinámica propia, lo cual no significa que las decisiones sobre qué sector regular, para qué fines específicos ha de ser regulado y con qué instrumentos se llevará a cabo dicha regulación carezcan de una dimensión política cuya definición corresponde generalmente al Congreso de la República» (Corte Constitucional de Colombia, 2003).

11 En efecto, «una de las fuentes de la ambigüedad del término “regulación” viene de su origen, la noción que aparece inicialmente en Estados Unidos, incluye a la vez un instrumento —que se llamaría reglamento— y una política pública particular. En esta acepción final significa, en derecho público americano, el control de algunos operadores del mercado por parte del poder público» (du Marais, 2004, p. 482).

LAS COMISIONES
DE REGULACIÓN
EN COLOMBIA.
ANATOMÍA DE
UNA INSTITUCIÓN
REGULATION
COMMISSIONS IN
COLOMBIAN LAW.
ANATOMY OF A
GOVERNMENT
AGENCY

ha afirmado, por ejemplo, que dicho concepto representa «la acción del Estado en la economía mediante la fijación de reglas en sectores considerados indispensables para el bienestar general de la sociedad». Sánchez y Villegas, por su parte, han dicho que conforma «las normas generales y específicas impuestas por las agencias de regulación del Estado que interfieren directamente en el mecanismo de asignación del mercado, o indirectamente alterando las decisiones de oferta y demanda de los usuarios y de las empresas prestadoras de servicios» (todos ellos citados en Villegas, 2010, p. 513; véase también Villegas, 2007). Por su parte, Gil Botero ha llegado a señalar que se trata de una «técnica de intervención del Estado en un sector económico, orientada a evitar distorsiones en los mercados y de manera específica a garantizar la libre competencia» (2009, p. 10). En el caso colombiano resulta también interesante el análisis de Perdomo, para quien, ante la imposibilidad de una definición sustantiva, satisfactoria y comprehensiva del sistema, se debe preferir la caracterización del concepto de regulación del siguiente modo:

[...] debe ser entendida como una actividad administrativa que corresponde a la función de intervención sobre la economía en cabeza del Estado contemporáneo, pero no con la finalidad de las tradicionales actividades de intervención (orden público e interés general), sino procurando, en un contexto de economía de mercado, la armonización de objetivos económicos con no económicos, en últimas, persiguiendo la realización y concreción de las garantías y derechos constitucionalmente reconocidos mediante actividades con connotación económica (2014b, p. 79).

En sistemas jurídicos cercanos al colombiano, por ejemplo en Perú, la doctrina hace referencia a la búsqueda de una armonización entre el interés general, los propios de los productores y demandantes, y la legalidad (Huapaya, 2013, p. 575; véase también Perdomo, 2014a).

En nuestro criterio, ya lo hemos dicho, la regulación debe ser distinguida de las demás actividades del Estado. No consiste en la prestación de un servicio público, no es una actividad de fomento y tampoco debe identificarse con la actividad de la policía (Pimiento, 2013)¹². La regulación difiere de todas ellas tanto por sus mecanismos como por

¹² Tal y como, equivocadamente, se concluyó en la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia (2000). Se debe recordar, siguiendo a Gaspar Ariño, que «cuando se habla de “regulación” se hace referencia con frecuencia a dos ámbitos distintos, que conviene aclarar. Una es la regulación externa, que en España se ha solido llamar “policía administrativa”, que hace referencia a aquellas condiciones de seguridad, salubridad, protección del medio ambiente y localización física en que se desarrolla la actividad económica de que se trata, pero sin entrar en el interior de esta ni predeterminedar las decisiones empresariales. Otro tipo de regulación es la llamada regulación económica: esta afecta a sectores intervenidos (en muchos casos, de servicio público), se centra fundamentalmente en la entrada y salida de la actividad (en muchos casos, mediante concesiones) y afecta las condiciones económicas en que la actividad se desarrolla» (2003, p. 588).

sus finalidades. En este orden de ideas, la *regulación es una actividad administrativa que busca mantener o generar las condiciones para que un mercado determinado opere de la manera más adecuada, mediante la garantía de la libre competencia, la prestación eficiente de los servicios públicos, etcétera.*

1.2. Regulación como una actividad propia de las comisiones de regulación

De lo dicho hasta este momento, se puede afirmar que la regulación económica, en tanto actividad administrativa, busca generar el beneficio social a través de la garantía de un adecuado funcionamiento del mercado. Es nuestra opinión, sin embargo, que a ese concepto funcional se le debe agregar un aspecto orgánico propio del derecho colombiano. En efecto, las comisiones de regulación son la expresión de un modelo de Estado, cuya finalidad es la de *regular* (I.2.1.), cuyas funciones, requieren en todo caso, de un análisis más específico (I.2.2.). Empero, debe quedar claro que, si bien la actividad de las comisiones de regulación se circunscribe a la regulación, no solo ellas lo pueden hacer, puesto que ello depende, en gran medida, del alcance que se le dé al concepto de regulación, como ya se ha dicho.

1.2.1. Comisiones de regulación como expresión de un determinado modelo de Estado. Las comisiones de regulación como órganos creados para «regular»

Se ha dicho que la evolución del Estado tiene una notable incidencia en las estructuras administrativas. En el caso colombiano, en un primer momento, en el Estado liberal, los órganos administrativos se reducían a Ministerios y Secretarías, en el entendido de que la función principal era la de ejecutar la ley mediante la expedición de reglamentos. En el Estado intervencionista, por otra parte, con la asunción de la función de prestar servicios públicos, fue necesario añadir estructuras técnicas, con personería jurídica, para la gestión de los distintos servicios públicos: los establecimientos públicos. Pero, ante la multiforme realidad de los servicios públicos, resultó imperativa la creación de otros órganos administrativos más adaptados a las necesidades económicas de la época: las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta¹³.

Ya en la última década del siglo pasado, en el marco de la tendencia mundial (García Llovet, 1993, p. 61), se identificó una nueva necesidad

13 La arquitectura del Estado colombiano se ha alejado por momentos de esa evolución, ello ocurrió, en particular, con la creación del Banco de la República y de la Superintendencia Bancaria. En realidad, se podría llegar a afirmar que la existencia de las superintendencias, como entes encargados de ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control de las actividades de los particularidades, es prueba de la originalidad del Estado colombiano con respecto a otros modelos estatales, en particular con respecto al francés (Montaña, 2015; véase también Rodríguez, 2014).

surgida a partir de la liberalización de los servicios públicos¹⁴, se ordenó la creación de las comisiones de regulación (para el origen de las comisiones de regulación, véase Polo, 2004, pp. 75ss.). En el caso colombiano, se trató de órganos encargados de regular el mercado de los servicios públicos en agua y saneamiento básico, energía eléctrica y gas y comunicaciones. El artículo 73 de la ley 142 de 1994 las definió a partir de sus funciones: «Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abusos de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad».

De esta manera, ante la necesidad de intervenir en mercados liberalizados, otrora reservados a la actividad estatal para ser prestados por órganos del Estado como la prestación de los servicios públicos, se debió crear un ente que garantizara calidad, expansión, cobertura y acceso mediante el libre juego del mercado (Huapaya, 2013, p. 576). Si bien al Estado no se le prohibió participar en la prestación de los servicios públicos, sí se le sometió a las reglas del mercado y a regímenes de igualdad con respecto a los particulares.

1.2.2. Naturaleza jurídica de las competencias atribuidas a las comisiones de regulación

El debate que se produjo en torno a la naturaleza de las funciones de las comisiones de regulación en el derecho colombiano culminó con una respuesta general que, en nuestro criterio, no resulta satisfactoria. En su primera jurisprudencia, la Corte Constitucional afirmó que las funciones de dichos entes provenían de las asignadas directamente al presidente de la República en el artículo 370 constitucional, es decir que se trató de una delegación presidencial. En efecto, «la simple lectura del artículo 370 de la Carta, que es literalmente reproducido por la norma impugnada, muestra que esas atribuciones son eminentemente presidenciales, teniendo en cuenta que han sido colocadas en cabeza del primer mandatario» (1998a; 1998b; véanse también Corte constitucional de Colombia, 2009; Castaño, 2009). A la misma conclusión llegó el Consejo de Estado (1997), al considerar que la regulación es una clara expresión más del poder reglamentario —sustentada en el artículo 189 constitucional— que el constituyente primario radicó en cabeza del presidente. De manera subsiguiente, la Corte Constitucional y el Consejo

¹⁴ En Colombia la cronología es clara: la Constitución Política de 1991 le otorgó al legislador la competencia de determinar el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios; en 1994, el legislador hizo uso de esa facultad mediante la ley 142 en la que se crearon las comisiones de regulación.

de Estado variaron su postura y llegaron a permitir que dicha potestad pudiera ser atribuida por autorización legal (Corte Constitucional de Colombia, 2001)¹⁵.

Ahora bien, en cuanto a las modalidades que adquiere la regulación en el derecho colombiano, resulta claro que dicha actividad no se restringe a la producción de reglamentos, puesto que «admite muchas formas que responden a las particulares y especificidades del sector económico llamado a ser regulado, que determinan diversas manifestaciones de esta actividad estatal» (Corte Constitucional de Colombia, 2007)¹⁶. Entre ellas se encuentra la posibilidad de adoptar normas, ciertamente, pero también las de recopilar información, resolver conflictos, emitir conceptos o recomendaciones, definir las tarifas, proteger los derechos y, en algunos casos muy precisos, sancionar. Se puede, entonces, concluir que la regulación se caracteriza por poseer una autonomía especial derivada de las especificidades de la actividad regulada¹⁷.

LAS COMISIONES
DE REGULACIÓN
EN COLOMBIA.
ANATOMÍA DE
UNA INSTITUCIÓN
REGULATION
COMMISSIONS IN
COLOMBIAN LAW.
ANATOMY OF A
GOVERNMENT
AGENCY

II. BALANCE Y PERSPECTIVAS DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO

Como se ha venido afirmando, en el derecho colombiano el concepto de regulación parece encontrarse íntimamente ligado al de los entes

15 En el mismo sentido, se puede encontrar la siguiente sentencia de la Corte Constitucional: «No obstante, la sujeción de la intervención estatal en la economía a la ley no implica que el legislador tenga una competencia exclusiva en este campo. Por el contrario, la Constitución dispone que otros órganos podrán, de acuerdo con el mandato de la ley y dentro de los parámetros que esta señale, intervenir en determinadas actividades» (2003). Véase también Consejo de Estado (2008).

16 De la misma manera, se ha afirmado que «[d]adas las especificidades de la función de regulación y las particularidades de cada sector de actividad socio-económica regulado, dicha función se puede manifestar en facultades de regulación y en instrumentos muy diversos. En un extremo se encuentra la facultad normativa de regulación, consistente en la adopción de normas que concreten reglas de juego dentro de ámbitos precisos predeterminados, en cumplimiento del régimen fijado por el legislador. En otro extremo se ubican facultades que, en principio, carecen de efectos jurídicos como la de divulgar información relativa al sector con el fin de incidir en las expectativas de los agentes económicos y consumidores o usuarios dentro del mismo, lo cual podría llevarlos a modificar su comportamiento. Entre estos extremos se pueden identificar múltiples facultades encaminadas al ejercicio de la función de regulación. Estas comprenden la facultad de conocer información proveniente de los agentes regulados con el fin de que el órgano de regulación cuente con todos los elementos de juicio para adoptar sus decisiones; la facultad de rendir conceptos a petición de un interesado, de oficio o por mandato de la ley; la facultad de emitir recomendaciones; la facultad de adoptar medidas individuales como autorizaciones o permisos; la facultad de efectuar el seguimiento del comportamiento de un agente regulado para advertirle que reoriente sus actividades dentro de los fines señalados por la ley o para dirigirle órdenes de hacer o no hacer después de haber seguido el procedimiento establecido en el régimen vigente; la facultad de presentar denuncias o iniciar acciones judiciales; la facultad de imponer sanciones administrativas respetando el debido proceso y el derecho de defensa; la facultad de definir tarifas dentro del régimen establecido por el legislador, en fin. Corresponde al legislador en ejercicio de su poder de configuración y respetando los límites constitucionales determinar qué facultades son adecuadas para que el órgano de regulación correspondiente cumpla sus funciones en aras de promover el interés general y de alcanzar los fines públicos que justifican su existencia» (Corte Constitucional de Colombia, 2003).

17 Sobre la naturaleza de dichos actos administrativos de carácter general, parece razonable la postura de Gil Botero, según la cual, se trataría de «unos reglamentos distintos de los decretos reglamentarios, que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, se encuentran ubicados por debajo de las leyes y los decretos reglamentarios que expida el presidente de la República y cuyo sustento normativo puede provenir de mandatos legales o de la delegación que el presidente de la República haga de las funciones que le fueron atribuidas en el artículo 370» (2009, p. 17).

u órganos administrativos que han sido creados para ejecutar dicha regulación (este concepto orgánico de regulación se puede encontrar, también, en Araque, 2010; aunque es vivamente criticada, entre otros, por Aníbal Zárate Pérez y por Camilo Perdomo, en particular, este último en 2014b). Vale la pena, entonces, interrogarse acerca de las comisiones de regulación como estructuras administrativas con el fin de determinar si cumplen, orgánicamente, con los requisitos necesarios para llevar a cabo adecuadamente la función de regular (II.1.), para luego analizar los vectores de reforma que se presentan en la actualidad en el derecho colombiano (II.2.).

II.1. Anatomía de las comisiones de regulación

Las comisiones de regulación en el derecho colombiano se construyeron a partir de estructuras administrativas preexistentes (II.1.1.), de las cuales no puede predicarse fácilmente que sean autónomas e independientes respecto del poder central (II.1.2.).

II.1.1. En Colombia no son una nueva categoría de órganos administrativos especialmente creados para *regular*

Si bien es cierto que la denominación de las comisiones de regulación es nueva en el ordenamiento jurídico colombiano, propia de la ley 142 de 1994, no es menos cierto que la categoría de estructura administrativa que adoptaron ya era conocida en el sistema nacional. En efecto, la misma ley 142 de 1994, en su artículo 69, determinó la naturaleza jurídica de las comisiones de regulación que creó, pues las identificó como Unidades Administrativas Especiales y las dotó de independencia administrativa, técnica y financiera.

La historia de las Unidades Administrativas Especiales es particularmente interesante (Sarria, 2015). Su nacimiento se remonta a la reforma administrativa de 1968, en la que el Gobierno nacional se vio abocado a crear un órgano administrativo «para la más adecuada atención de ciertos programas propios ordinarios de un ministerio o departamento administrativo, pero que por su naturaleza, o por el origen de los recursos que utilicen, no deban estar sometidos al régimen administrativo ordinario» (Presidencia de la República, 1968, artículo 1). Se optó, entonces, por crear una categoría de órganos a la que el Gobierno nacional pudiese acudir según las necesidades del momento y para cuestiones muy concretas. Se trata de una categoría que sirve para crear entidades públicas a la medida o, como lo denominó la doctrina, una categoría *cascarón*. Es muy revelador el hecho de que entidades tan disímiles como la Aeronáutica Civil y la Dirección de Aduanas e Impuestos Nacionales se hayan creado como expresión de esta categoría.

El hecho de que las comisiones de regulación hayan sido catalogadas como Unidades Administrativas Especiales tiene considerables consecuencias: *primero*, forman parte de la estructura del Estado; no solo eso, sino que, *segundo*, pertenecen a la rama ejecutiva del poder público; *tercero*, en el caso de las comisiones de regulación, al carecer de personalidad jurídica, forman parte del sector central; por lo tanto, *cuarto*, están, en teoría, sometidas a control jerárquico por parte del Gobierno nacional; sin embargo, *quinto*, la determinación de su régimen jurídico se encuentra en el acto de su creación, en el que se le puede otorgar mayor autonomía e independencia frente al Gobierno.

II.1.2. Independencia de las comisiones de regulación colombianas

La especificidad de la actividad encomendada obligó a dotar dichos órganos de una ingeniería distinta a la utilizada tradicionalmente¹⁸. Debía tratarse de entidades administrativas altamente especializadas, conformadas por funcionarios con perfil técnico, ajenos a los ambages de la coyuntura política. Es decir, debían ser autónomas e independientes (Laverde, 2014). Al ser autoridades administrativas, se encuentran inmersas en la estructura administrativa del Estado, su independencia es garantizada por el período de permanencia de sus miembros en el cargo y por el carácter técnico de quienes la componen (Pimiento, 2013, p. 29).

Para efectos pedagógicos y con la finalidad de analizar la independencia de las comisiones de regulación, se incluye, a continuación en una serie de cuadros, la información relevante de cada una de ellas —las que existen en la actualidad, las que desaparecieron y las creadas pero que no han entrado en funcionamiento—.

18 Para Jacques Chevallier, «[l]a regulación se distingue de los modos clásicos de intervención del Estado en la economía: consiste en la supervisión del juego económico, estableciendo ciertas reglas e interviniendo de manera permanente para amortizar las tensiones, resolver los conflictos, asegurar el mantenimiento de un equilibrio general; mediante la regulación, el Estado no es un actor sino un árbitro del juego económico, limitándose a establecer las reglas de los operadores y esforzándose por armonizar sus acciones» (2004, p. 58).

Tabla 1

a. Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC)

Composición	Organización interna	Requisitos de elección	Análisis funcional	Análisis financiero
2 miembros del Gobierno nacional: – Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (no se puede sesionar sin su presencia). – Director de Planeación Nacional. 3 miembros expertos: – Nombrados por el presidente. – no sometidos al régimen de carrera. 1 miembro con voz sin voto: – Superintendente de Servicios Públicos.	4 años reelegibles (periodos personales). Retiro solo por renuncia aceptada o muerte. Sometidos a control disciplinario. Reglamento interno aprobado por el Gobierno.	Miembros nombrados por el presidente de la República. Deben acreditar una experiencia mínima de 8 años en el sector.	Unidad Administrativa Especial (sin personería jurídica, pero autonomía administrativa, finanzas y técnica) adscrita al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. La norma de creación habla de independencia. Funciones: – Promover la competencia. – Evitar el abuso de posición dominante y regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones. – Regulación que incentive la construcción de un mercado competitivo – Puede regular precios si no hay suficiente competencia. La ley 1753 (Congreso de la República de Colombia, 2015) modificó el veto del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones: – Puede sesionar sin el ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. – La Presidencia puede ser ejercida por cualquier miembro. – Se sesiona con mayoría simple.	La financiación proviene de los proveedores bajo la forma de una contribución anual hasta del uno por mil (0,1%), de sus ingresos brutos por la provisión de sus redes y servicios de telecomunicaciones, excluyendo terminales.

Tabla 2

b. Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible (CREG)

Composición	Organización interna	Requisitos de elección	Análisis funcional	Análisis financiero
3 miembros del Gobierno nacional: – Ministro de Minas y Energía. – Ministerio de Hacienda. – Director de Planeación Nacional.	4 años reelegibles (períodos personales). Retiro solo por renuncia aceptada o muerte. Sometidos a control disciplinario. Reglamento interno aprobado por el Gobierno nacional.	Los miembros son nombrados por el presidente de la República. Experiencia mínima de 6 años en el sector. Calidad y remuneración fijada por el Gobierno nacional.	Unidad Administrativa Especial (sin personería jurídica, pero autonomía administrativa, financiera y técnica) adscrita al Ministerio de Minas y Energía. Funciones: – Regular monopolios cuando no pueda haber competencia. – Promover la competencia en los demás casos. – Regulación económica de la cadena de combustibles líquidos.	La financiación proviene de una contribución no superior al 1% de los gastos de funcionamiento sin gastos operativos, compras de electricidad, compras de combustibles y peajes, entre otros.
5 miembros expertos: – nombrados por el presidente. – no sometidos al régimen de carrera. 1 miembro con voz sin voto; Superintendente de Servicios Públicos.				

137

LAS COMISIONES
DE REGULACIÓN
EN COLOMBIA.
ANATOMÍA DE
UNA INSTITUCIÓN

REGULATION
COMMISSIONS IN
COLOMBIAN LAW.
ANATOMY OF A
GOVERNMENT
AGENCY

Tabla 3
c. Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA)

Composición	Organización interna	Requisitos de elección	Análisis funcional	Análisis financiero
4 miembros del Gobierno nacional: – Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio (Presidente/desempeate). – Ministro de Salud y Protección Social. – Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible – Director de Planeación Nacional. 4 miembros expertos: – Nombrados por el Presidente. – No sometidos al régimen de carrera. 1 miembro con voz sin voto: Superintendente de Servicios Públicos.	4 años reelegibles (períodos personales). Retiro solo por renuncia aceptada o muerte. Sometidos a control disciplinario. Reglamento interno aprobado por el Gobierno nacional.	Los miembros son nombrados por el Presidente de la República. Deben acreditar una experiencia mínima de 10 años en el sector.	Unidad Administrativa Especial (sin personería jurídica, pero autonomía administrativa, financiera y técnica) adscrita al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio. Diseño y definición del marco de regulación de los servicios de transporte y de infraestructura para – Fomentar eficiencia. – Promover la competencia. – Controlar monopolios. – Evitar abuso de posición dominante. No fija todas las tarifas.	Las contribuciones especiales que hagan las entidades reguladas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 85 de la ley 142 de 1994. Los ingresos provenientes de sus publicaciones, cuando hubiere lugar a ello. Los rendimientos financieros.

Tabla 4

d. Comisión de Regulación de Seguridad Social en Salud (CRES) (suprimida en 2012)

Composición	Organización interna	Requisitos de elección	Análisis funcional	Análisis financiero
2 miembros del Gobierno nacional: – Ministro de Salud. – Ministro de Hacienda. 5 miembros expertos: – Nombrados por el Presidente (pero de temas enviadas por los agentes del sector). – No sometidos al régimen de carrera. 1 miembro con voz sin voto: Superintendente de Salud.	3 años reelegibles (períodos personales). Régimen de inhabilidades propio. Sometidos a control disciplinario. Reglamento interno aprobado por el Gobierno nacional.	Los miembros eran nombrados por el Presidente de la República. Experiencia mínima de 10 años en el sector. Concurso público	Unidad Administrativa Especial (con personalidad jurídica, autonomía administrativa, técnica y patrimonial) adscrita al Ministerio de Salud. Funciones: – Definir y modificar el Plan Obligatorio de Salud. – Definir y revisar el listado de medicamentos esenciales y genéricos. – Definir el valor de la Unidad de pago por capitación (UPC). – Definir los criterios para establecer los pagos moderadores. – Reconocimiento y pago de las incapacidades originadas en enfermedad general o en las licencias de maternidad. Las decisiones deben consultar el equilibrio financiero del sistema.	Recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA)

139

LAS COMISIONES
DE REGULACIÓN
EN COLOMBIA.
ANATOMÍA DE
UNA INSTITUCIÓN

REGULATION
COMMISSIONS IN
COLOMBIAN LAW.
ANATOMY OF A
GOVERNMENT
AGENCY

Tabla 5
e. *Comisión de Regulación de la Infraestructura y Transporte (CRIT) (no se ha puesto en marcha)*

Composición	Organización interna	Requisitos de elección	Análisis funcional	Análisis financiero
2 <i>miembros del Gobierno nacional</i> : – Ministro de Transporte. – Director de Planeación Nacional. 3 <i>miembros expertos</i> : – Nonbrados por el Presidente. – Periodos fijos de 4 años. – No sometidos al régimen de carrera. 2 <i>miembros con voz sin voto</i> : – Director de la Unidad de Planeación de Infraestructura de Transporte. – Superintendente de Puertos y Transporte.	4 años reelegibles. Inhabilidad de 2 años con posterioridad al ejercicio.	Los miembros son nonbrados por el Presidente de la República. Experiencia mínima de 10 años en el sector.	Unidad Administrativa Especial (con <i>personal jurídica</i> , pero autonomía administrativa, financiera y técnica) adscrita al Ministerio de Transporte. Diseño y definición del marco de regulación de los servicios de transporte y de infraestructura, para. – Fomentar la eficiencia. – Promover la competencia. – Controlar los monopolios. – Evitar abuso de posición dominante. No fija todas las tarifas. Más enfocada en regular transporte que infraestructura. Fijación de tarifas de acceso a la infraestructura. Solución de conflictos.	Presupuesto General de la Nación. Recursos propios.

141

LAS COMISIONES
DE REGULACIÓN
EN COLOMBIA.
ANATOMÍA DE
UNA INSTITUCIÓNREGULATION
COMMISSIONS IN
COLOMBIAN LAW.
ANATOMY OF A
GOVERNMENT
AGENCY

Se puede extraer algunas conclusiones acerca de la independencia de las comisiones de regulación en el derecho colombiano. En primer lugar, se evidencia la importante presencia de miembros del Gobierno nacional tanto directamente en la composición, como en el proceso de selección de los expertos. Desde el punto de vista de la representación del Gobierno nacional, resulta interesante, aunque no por ello deseable, que la regla general sea que dos de los miembros sean ministros de Estado y/o directores de Departamento Administrativo. Por otra parte, se le permite a otro representante del Gobierno participar con voz, pero sin voto (el Superintendente encargado de ejercer las funciones de policía administrativa de la actividad en cuestión). Desde el punto de vista de la intervención en el proceso de selección de los expertos comisionados, también es interesante notar que son nombrados directamente por el presidente de la República y solo en el caso de la extinta CRES los candidatos provenían de las sociedades científicas y de los organismos representantes del sector regulado, es decir, eran representantes suyos. Por ello, es posible dudar de la independencia personal de las comisiones de regulación en el sistema colombiano.

En segundo lugar, su organización o funcionamiento interno no genera mucha discusión, excepto por el hecho de que se trata de períodos relativamente cortos (tres o cuatro años), con la posibilidad de reelección, lo que, a nuestro juicio, puede generar algún sometimiento a las directivas del Gobierno nacional. Otro aspecto relevante es que, en la mayoría de las comisiones de regulación —excepto en la CRC—, al ministro titular de la cartera a la cual se encuentra adscrita la entidad se le ha encomendado la presidencia de la comisión, otorgándosele la posibilidad de vetar las decisiones o, en algunos casos, de servir de voto de desempate. Además, le corresponde al Gobierno nacional aprobar el reglamento propio a la corporación. Por otra parte, el presidente de la República no puede destituir a los comisionados, pero no forman parte del régimen general de la carrera administrativa (son interesantes, a este respecto, las conclusiones acerca de las reformas estructurales que requieren las comisiones de regulación para lograr una regulación más técnica a las que arriba Suárez Tamayo, 2013). En este aspecto de la independencia funcional, las comisiones de regulación en Colombia solo cumplen parcialmente los estándares correspondientes.

En tercer lugar, en lo atinente al análisis funcional de las distintas comisiones de regulación, es posible afirmar que el hecho de que, para la primera jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa, el origen de las funciones de las comisiones de regulación lo constituyera exclusivamente una delegación presidencial podría considerarse como contrario a la independencia¹⁹. Sin embargo y a pesar de que, tal y como

19 En efecto, esta circunstancia permite concluir que la autonomía de las comisiones de regulación «no [su] independencia se encuentra por definición legal claramente limitada» (Laverde, 2014, p. 627).

lo demostramos en su momento, las Altas Cortes cambiaron de opinión al respecto para permitir la posibilidad de atribuciones funcionales provenientes directamente del legislador, no es menos cierto que las principales tareas que se les han encomendado son aquellas que supuestamente vienen del presidente de la República y que él podría asumir en cualquier momento y despojar a las comisiones de regulación. En nuestro criterio, aun cuando es cierto que la función de regular puede ser propia de autoridades de la rama ejecutiva, no son funciones atribuidas al presidente, en la medida en que, justamente, su aparición tiene que ver con la tecnificación de la regulación como garantía de la separación entre la política y la intervención estatal en determinados sectores económicos. Dicha tecnificación pretende asegurar el buen funcionamiento del mercado, razón por la cual es necesario cambiar de enfoque y darle autonomía a la función regulatoria como una actividad propia de las comisiones de regulación y distinta de las del sector central de la rama ejecutiva²⁰.

Por otra parte, parece relevante destacar el hecho de que, en Colombia, existe una división entre las facultades de regulación propiamente dichas —producción de normas— y las de sanción en caso de incumplimiento, reservándose las últimas a las superintendencias. Este desdoblamiento de funciones resulta interesante, pues permite preguntarse por el carácter regulatorio, en el derecho colombiano, de la potestad sancionadora a los agentes del mercado. Así, se podría concluir, por una parte, que el conjunto de esas funciones —regulatorias y sancionatorias— constituye la regulación en sentido funcional, pero, si se defiende, como entendemos que hace el ordenamiento colombiano, un concepto orgánico de regulación, sería necesario excluir las sanciones de esa función, en la medida en que no fueron atribuidas a las comisiones de regulación. En cualquier caso, la duplicidad de órganos no parece ser adecuada para la finalidad de una intervención técnica e independiente en el mercado, alejada de los avatares de la política. Por ello, sería deseable que se le atribuyera, a los órganos regulatorios, las competencias que en los sectores regulados tienen las superintendencias. Esto permitiría unificar las técnicas de intervención del Estado en la economía en una sola entidad pública, la cual debería gozar de una mayor autonomía e independencia que aquella que ostentan las superintendencias frente al poder político. A similar conclusión se puede llegar con respecto a la gestión de las infraestructuras que le sirven de soporte a los mercados regulados. No parece tener mucho sentido que exista una Agencia Nacional del Espectro —encargada de otorgar las concesiones de espectro radioeléctrico—, una agencia (la Autoridad Nacional de

²⁰ La visión aligerada de las funciones de las comisiones de regulación impulsada por la Corte Constitucional ha impedido que se generen «las controversias constitucionales que han tenido lugar en otros sistemas jurídicos, como en los Estados Unidos y Francia» (Vidal Perdomo, 2000). Véase también Barrera Carbonell, 2000.

Televisión), una superintendencia (la Superintendencia de Industria y Comercio), y una comisión de regulación (la Comisión de Regulación de Comunicaciones) actuando simultáneamente, aunque cada una con funciones propias, en el mismo sector.

A la luz de lo dicho hasta ahora, resulta pertinente cuestionar en qué medida las Comisiones de regulación poseen un carácter *independiente* en el derecho colombiano. El profesor Aníbal Zárate Pérez considera que la independencia, como requisito de los entes reguladores, se refiere a un conjunto de condiciones que, según diversos grados, son indicativas de la existencia de esa característica en los órganos administrativos (a pesar de enfocarse en los entes reguladores de la competencia, las reflexiones son plenamente aplicables a las comisiones de regulación, véase Zárate Pérez, 2011). En este sentido existirían cuatro grados de independencia según su mayor o menor relación y al respecto se concluye que «en su acepción amplia, la independencia es una noción abstracta susceptible de calificar diversos grados de libertad en el ejercicio de una función y de garantías estatutarias acordadas a las autoridades administrativas. Si se admite que esos dos elementos son indisociables, es posible esperar que a un mayor grado de libertad en el ejercicio de la función, corresponda mayores garantías estatutarias» (Zárate Pérez, 2011, p. 43). Desde esta perspectiva, que consideramos adecuada para analizar el grado de independencia de los entes reguladores, queda claro que, en su mayoría, las comisiones de regulación se ubican en los grados más bajos de independencia, a pesar de la importancia de dicha característica para el ejercicio de la función de *regular* los mercados económicos.

LAS COMISIONES
DE REGULACIÓN
EN COLOMBIA.
ANATOMÍA DE
UNA INSTITUCIÓN

REGULATION
COMMISSIONS IN
COLOMBIAN LAW.
ANATOMY OF A
GOVERNMENT
AGENCY

II.2. Devenir de las comisiones de regulación

El modelo regulatorio colombiano, por comisiones de regulación, parece entrar en una etapa de transformación que obedece a razones diversas y disímiles. Unas obedecen a la transformación de la estructura del Estado impulsada recientemente por el Gobierno nacional; otras, a la intención de apertura del modelo regulatorio a mercados distintos de los tradicionales servicios públicos domiciliarios. Frente a la transformación de la estructura del Estado colombiano, desde 2011, el Gobierno nacional se embarcó en una reforma que pretendía, como todas las anteriores, modernizar el Estado colombiano y cambiar profundamente las costumbres. Sin embargo, lo que se logró fue una reestructuración apenas cosmética con el cambio en la denominación de algunas entidades (Laverde, 2014, p. 618)²¹. Lo cierto, sin embargo, es que el Gobierno nacional escogió un cambio de denominación, desde

21 Resultan contundentes las conclusiones de Consuelo Sarria al respecto: «en el derecho colombiano [las agencias] no responden a unas características genéricas que las identifiquen y diferencien, ni tienen establecidas unas normas generales en relación con su naturaleza, su estructura, el régimen jurídico aplicable y su funcionamiento» (2015, p. 246).

ese momento se trataría de *agencias* sin modificar realmente el régimen jurídico de las estructuras administrativas que sirven para tal efecto²².

Así, aun cuando las *agencias* no están llamadas a reemplazar a las comisiones de regulación, sí parece que, en algunos casos, como se anotó, se superponen. En el sistema colombiano existen diversas entidades que intervienen simultáneamente en diferentes mercados con la excusa de que se trata de competencias distintas. Lo que se evidencia es un coro de voces discordantes que no permiten garantizar una adecuada regulación de la actividad económica. Ello no quiere decir que las *agencias* hayan sido un fracaso, por el contrario, en muchos casos —principalmente los relativos al otorgamiento de diferentes tipos de licencias—. Sin embargo, sí es relevante resaltar la presencia de múltiples autoridades administrativas que tienden a *regular* en conjunto amplios sectores de la economía.

En cuanto a la apertura del modelo regulatorio por comisiones de regulación a sectores económicos distintos de los servicios públicos domiciliarios, resulta pertinente anotar, por una parte, el fracaso de la CRES. Esta comisión estaba encargada de regular, entre muchos otros aspectos, los relativos a la UPC a pagársele a las entidades prestadoras del servicio de salud, así como de determinar los medicamentos y procedimientos que se incluyen en el Plan Obligatorio de Salud. A pesar de que se la dotó de una importante autonomía respecto del poder central, al menos desde el punto de vista funcional y financiero, no cumplió los objetivos para los cuales fue creada, en buena medida debido a la pobre selección de la mayoría de sus miembros y a la falta de conocimiento —solo se nombró un profesional de la salud— que, en general, tenían del sistema de salud. Esto llevó a su liquidación en el año 2012.

Por otra parte, parece interesante la creación de la Comisión de Regulación de Infraestructura y Transporte —CRIT (Ministerio de Transporte, 2014)—, encargada, entre otros, de definir los mercados de infraestructura y de transporte, pero, además, de regularlos con el fin de «[p]romover la competencia para evitar los monopolios y los abusos de la posición dominante en el acceso y uso de la infraestructura de transporte y en la prestación de los servicios de transporte». Aunque el fin es loable, se pueden formular los siguientes reparos: *primero*, la creación de la CRIT es de dudosa constitucionalidad, pues fue creada

²² Vale la pena señalar, a este respecto, como lo hace Alberto Montaña, que no todas las *agencias* creadas en ese momento adoptaron la forma de Unidades Administrativas Especiales. Las que no lo hicieron, «no se identifican con ninguna estructura administrativa precisa tradicional, y por ende deberían entenderse como una nueva» (2015, p. 29). Se puede concluir, igualmente siguiendo al profesor Montaña, que «es difícil entender qué pretendieron el legislador, primero, y luego principalmente el gobierno nacional, con la incorporación de *agencias* a la organización colombiana de la administración pública del orden nacional» (p. 41).

por decreto presidencial y no por ley como debería ocurrir en estos casos²³; *segundo*, a pesar de haber sido creada hace casi 2 años, no se ha puesto en funcionamiento; *tercero*, aun cuando se la haya dotado de personalidad jurídica, su financiación proviene estrictamente de recursos públicos, principalmente del Presupuesto General de la Nación, lo que le quita independencia frente al Gobierno central; *cuarto*, se excluyó el transporte aéreo del alcance de la regulación de la CRIT; *quinto*, tiene más competencias para regular el contrato de transporte —que entra dentro de la órbita de la autonomía de la voluntad propia a los agentes del mercado— que el acceso a la infraestructura, como debería haberse diseñado. En esta línea de pensamiento, se puede resaltar la dificultad inherente al derecho colombiano para utilizar las comisiones de regulación como órganos regulatorios por fuera del esquema de la ley 142 de 1994, es decir, para servicios públicos no domiciliarios o para sectores económicos ajenos a esa lógica.

III. CONCLUSIONES

Queda claro que la idea fundamental que se esconde detrás de la función de regular es la evidente insuficiencia de los instrumentos tradicionales de intervención del Estado en la economía —entre ellos, los órganos administrativos tradicionalmente dedicados a ello—, esto expresa la voluntad estatal de garantizar el buen funcionamiento de los mercados. En Colombia, al parecer, se acogió un concepto orgánico de regulación de los servicios públicos que, sin embargo, resulta incompleto en la medida en que se excluyó de dicha noción la función de sancionar el incumplimiento de las normas proferidas para tal fin. En este sentido, queda expuesta la dificultad de restringir el concepto de regulación a la simple producción normativa, dejando de lado otras funciones que resultan necesarias para garantizar, técnicamente, el buen funcionamiento de la libre concurrencia en los mercados regulados —observaciones, advertencias, funciones cuasijudiciales, etcétera—. Por ello, se propone un acercamiento más amplio al concepto en cuestión, tal y como se analizó en la primera parte de este documento, para que se incluyan, dentro del abanico de funciones que le han sido atribuidas a las comisiones de regulación, funciones omnicomprendivas en el ámbito de la actividad económica en la cual actúan. Así, se podría pensar en calificar la resolución de conflictos como una actividad jurisdiccional —con las implicaciones que ello tiene cuando es ejercida

23 En efecto, «cuando el Gobierno necesite crear una entidad administrativa, requerirá de ley o, al menos, de una “autorización de esta”. Obviamente, se trata de una autorización que tiene origen en el órgano Legislativo, que la expide, y que está dirigida al órgano Ejecutivo del poder público, quien la recibe. Sería enteramente contrario al orden constitucional suponer que la ley puede otorgar dicha autorización, para crear entes públicos constitutivos de la Rama Ejecutiva, a una autoridad ajena al Ejecutivo nacional o, peor, aun, a personas privadas» (Consejo de Estado, 2011). Véase Laverde, 2014.

por una autoridad administrativa—, pero también ampliar y tecnificar las funciones sancionatorias, como medidas para corregir los defectos del mercado. De la misma manera, se debe abandonar definitivamente el concepto de una función regulatoria derivada o delegada del Gobierno nacional.

Por otra parte, en el sistema colombiano, a pesar de las buenas intenciones, no es fácil tomar partido por una verdadera autonomía de los entes reguladores²⁴. Al contrario, la importante intervención del Gobierno nacional en la estructura interna de las comisiones de regulación es prueba de la ausencia de mecanismos de intervención en los mercados que sean realmente autónomos, a lo que se agrega la innecesaria calificación del grueso de sus funciones como derivadas de una delegación presidencial y de la posibilidad que tienen en algunas de ellas de vetar las decisiones de la comisión. Todos estos son indicadores de la necesaria reingeniería a la que deben someterse dichas comisiones para cumplir los postulados teóricos de una adecuada regulación económica. Es decir, es importante apartarse de lo que, en la doctrina, se ha denominado las agencias independientes *a la colombiana* (Uprimny, 2006, p. 239). No todo es negativo, sin embargo. Se puede afirmar que algunas comisiones de regulación, como la CRC²⁵, no solo han operado adecuadamente, sino que son respetadas en los sectores que regulan como órganos que cumplen a cabalidad la función que les ha sido encomendada. En todo caso, se debe dotar las comisiones de mayor independencia y autonomía, lo cual solo se podrá lograr si se desvinculan del sector central de manera real y completa.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Araque, Lucas (2010). La constitucionalidad de la regulación y las comisiones de regulación de servicios públicos domiciliarios. *Diálogos de Derecho y Política*, 4.

Ariño, Gaspar (2003). *Principios de derecho público económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Barrera Carbonell, Antonio (2000). Regulación en servicios públicos. *Revista de Derecho Público*, 11, 19-26.

Campanelli, María José (2014). La construcción de un concepto llamado regulación. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 12, 257-268.

²⁴ Vale la pena resaltar, en todo caso, que no es suficiente tener un ente regulador autónomo o independiente y unas funciones definidas, puesto que ello no necesariamente garantiza una adecuada calidad regulatoria, como lo muestra Bernardo Carvajal (2013).

²⁵ Aun cuando la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) presentó a la CRC un conjunto de reformas estructurales aconsejadas, entre las que se cuenta la unificación de las competencias normativas y sancionatorias en el mismo órgano (Espitia, 2014).

Carvajal, Bernardo (2013). ¿Cómo asegurar calidad regulatoria?. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 9, 41-62.

Castaño Daniel (2009). La función de regulación como mecanismo de intervención del Estado en la economía en materia de servicios públicos. Comentarios a la sentencia T-058 de 2009. *Revista Derecho del Estado*, 23, 221-230.

Celier, Charles (1949). *Droit public et vie économique*. París: Presses universitaires de France.

Chevallier, Jacques (2004). *L'État post-moderne*. Segunda edición. París: LGDJ. Existe una traducción al español realizada por Oswaldo Pérez, *El Estado posmoderno*. Bogotá: Universidad Externado, 2011.

Congreso de la República de Colombia (1994). Ley 142 de 1994. *Diario Oficial*, 41433(11 de julio).

Congreso de la República de Colombia (2015). Ley 1753 de 2015 por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 «Todos por un nuevo país». *Diario Oficial*, 49538(9 de junio).

Consejo de Estado de la República de Colombia (1997). Sentencia. Sección tercera, número de proceso 11857. 25 de setiembre.

Consejo de Estado de la República de Colombia (2000). Sentencia. Sección tercera, número de proceso 11744. 13 de julio.

Consejo de Estado de la República de Colombia (2008). Sentencia. Sección tercera, número de proceso 20409. 5 de marzo

Consejo de Estado de la República de Colombia (2011). Concepto. Sala de Consulta y Servicio Civil, número de proceso 2025. 8 de setiembre.

Constitución Política de Colombia (1991).

Corte Constitucional de Colombia (1998a). Sentencia C-272/98. Expediente D-1880. 3 de junio.

Corte Constitucional de Colombia (1998b). Sentencia C-444/98. Expediente D-1947. 26 de agosto.

Corte Constitucional de Colombia (2000). Sentencia C-1162/00. Expediente D-2863. 6 de setiembre.

Corte Constitucional de Colombia (2001). Sentencia C-170/01. Expediente D-3084. 14 de febrero.

Corte Constitucional de Colombia (2003). Sentencia C-150/03. Expediente D-4194. 25 de febrero.

Corte Constitucional de Colombia (2005). Sentencia C-1120/05. Expediente 5754. 1 de noviembre.

Corte Constitucional de Colombia (2007). Sentencia C-955/07. Expedientes D-6842 y otro. 14 de noviembre.

Corte Constitucional de Colombia (2009). ,Sentencia T-059/09. Expediente 2081295. 2 de febrero.

Corte Constitucional de Colombia (2010). Sentencia C-830/10. Expediente D-8096. 20 de octubre.

Du Marais, Bertrand (2004). *Droit public de la régulation économique*. París: Dalloz.

Espitia, María Carolina (2014). El servicio público de las telecomunicaciones: un reto para la regulación económica OECD (2014), Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en Colombia, OECD, Publishing, 184 pp. 243. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 12, 243-255.

García Llovet, Enrique (1993). Autoridades administrativas independientes y Estado de derecho. *Revista de Administración Pública*, 131, 61-118.

Garrido Falla, Fernando (1953). Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa. *Revista de Administración Pública*, 11, 11-31.

Gil Botero, Enrique (2009). La valoración jurídica de las manifestaciones normativas de las comisiones de regulación: los sutiles límites entre la función administrativa que les es propia y las funciones legislativa y judicial. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 3, 3-26.

González López, Edgar (2010). *Comentarios a la ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones-TIC*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Huapaya, Ramón (2013). *Administración Pública, Derecho Administrativo y Regulación. Estudios y cuestiones*. Segunda edición. Lima: Ara Editores.

Laverde, Juan Manuel (2014). Las agencias estatales: ¿crisis de identidad?. En Germán Bula Escobar y otros (eds.), *Derecho procesal administrativo, modernización del Estado y territorio* (pp. 616-646). Bogotá: Ibáñez.

Ministerio de Transporte de Colombia (2014). Decreto 947 de 2014 por el cual se crea la Comisión de Regulación de Infraestructura y Transporte y se establece su estructura. 21 de mayo.

Miranda, Alfonso & Carlos Márquez (2004). Intervención pública, regulación administrativa y economía: elementos para la definición de los objetivos de la regulación. *Revista Universitas*, 108, 71-117.

Montaña, Alberto (2005). *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Segunda edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Montaña, Alberto (2015). La incorporación de agencias en la estructura administrativa colombiana del orden nacional. Una confrontación axiológica de dos modelos organizacionales de la administración pública. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 13, 27-43. <http://dx.doi.org/10.18601/21452946.n13.04>

Montero, Juan José (2014). La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 12, 23-44.

Perdomo, Camilo (2014a). Control judicial de la regulación económica en clave de los actos administrativos proferidos por la Comisión de Regulación de Comunicaciones. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 12, 63-104.

Perdomo, Camilo (2014b). *Regulación económica: caracterización y control*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Pimiento, Julián (2013). La regulación. Análisis a partir de las funciones jurisdiccionales de la Comisión de Regulación de Comunicaciones. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 9, 15-40.

Polo, Miguel Efraín (2004). De la comisión de regulación de telecomunicaciones (un acercamiento a su naturaleza jurídica, a sus principales funciones y a la problemática en cuanto a su ubicación en la estructura del Estado). *Revista de la Maestría en Derecho Económico*, 2(2), 57-112.

Presidencia de la República de Colombia (1968). Decreto 1050 de 1968 por el cual se dictan normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la administración nacional.

Rincón, Jorge Iván (2004). *Las generaciones de los derechos fundamentales y la actividad de la administración pública*. Segunda edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Rodríguez, Libardo (2014). Visión analítica de las reformas administrativas en Colombia. En autores varios, *100 años de administración pública. Retos y perspectivas. Memorias Congreso Internacional Conmemorativo de la Ley 4 de 1913*. Bogotá: Consejo de Estado-Presidencia de la República-Escuela Superior de la Administración Pública.

Santamaría Pastor, Juan (1991). *Fundamentos de derecho administrativo (T. I)*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

Sarria, Consuelo (2015). ¿Las agencias son unidades administrativas especiales?. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 13, 237-252. <http://dx.doi.org/10.18601/21452946.n13.12>

Suárez Tamayo, David (2013). El concepto de regulación en servicios públicos domiciliarios en la doctrina y jurisprudencia colombiana, 1991-2010. *Letras Jurídicas*, 18(1), 22-69.

Uprimny, Catalina (2006). Las comisiones de regulación: el punto medio de las agencias independientes en Colombia. *Revista Universitas Estudiantes*, 3, 225-245.

Vidal Perdomo, Jaime (2000). Las comisiones de regulación de servicios públicos en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 4, 427-440.

Villegas, Lorenzo (2007). Reflexiones sobre la consolidación del Estado Regulador. En Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, *15 años de regulación de las telecomunicaciones en Colombia* (pp. 143-163). Bogotá: CRT.

Villegas, Lorenzo (2010). La ley de TIC y la regulación de las telecomunicaciones: la Comisión de Regulación de Comunicaciones. En Edgar González López (dir.), *Comentarios a la ley de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones-TIC*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Zárate Pérez, Aníbal (2011). *L'indépendance des autorités de concurrence. Analyse comparative Colombie, France, États-Unis*. Tesis para obtener el grado de Doctor en derecho público por la Université Panthéon-Assas, París. Disponible en <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/f6e96e4c-86a8-46c9-aac5-0e163d590431>, consultado el 10 de marzo de 2016.

Recibido: 15/03/16
Aprobado: 10/04/16

¿Es posible hacer cumplir la ley sin sancionar? Aplicando de manera «responsiva» la regulación en el Perú, a propósito del caso de abogacía de la competencia sobre las barreras burocráticas en el mercado de servicios públicos

Is it possible to enforce the law without sanctioning?:
Applying regulation with a “responsive” approach in Peru,
with regard the advocacy strategy about the bureaucratic
barriers in the market of public utilities

FRANCISCO OCHOA MENDOZA*

Resumen: Una regulación costosa y excesiva puede afectar negativamente la cantidad de ofertantes en el mercado, al desincentivar su acceso y/o permanencia en él. No obstante ello, en el mundo existen pocos mecanismos de defensa de la competencia que controlen este tipo de actividad. El presente artículo describe brevemente el mecanismo de control regulatorio empleado en el Perú a través de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi, la cual ha logrado en menos de 3 años la eliminación voluntaria de más de 1000 regulaciones y trabas administrativas que afectaban, entre otros, el mercado de infraestructura en servicios públicos, a través de una estrategia que prescinde del uso exclusivo de procedimientos sancionadores y privilegia la coordinación con los agentes regulados para lograr el cumplimiento efectivo de la ley. El desarrollo de esta estrategia, a su vez, permite demostrar la posibilidad de aplicar un nuevo estilo de «enforcement» en el Perú, que ha sido estudiado y adoptado en otros países del mundo, como es la «Regulación Responsiva».

Palabras clave: regulación – competencia – análisis de impacto regulatorio – abogacía de la competencia – servicios públicos – barreras burocráticas – regulación responsiva – enforcement

Abstract: Expensive and excessive regulations may affect the number of firms by discouraging them to access and remain into the market. Despite of such a fact, worldwide there are few legal mechanisms within competition law able to control regulatory activity. This document describes briefly the Peruvian

* Abogado por la Universidad de Lima, Perú, y Máster en Regulación con especialización en Servicios Públicos por la London School of Economics and Political Science, Reino Unido. Es profesor de la Maestría de Regulación en Servicios Públicos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Escuela de Posgrado de la Universidad del Pacífico. Es docente de la Escuela Nacional de la Competencia y ha sido profesor del curso de Derecho Administrativo en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Actualmente, es Subjefe de la Secretaría Técnica de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI. Las opiniones vertidas en el presente documento no comprometen en modo alguno a las instituciones antes mencionadas. Correo electrónico: fochoamendoza@me.com

mechanism of regulatory oversight through the Indecopi's Elimination of Bureaucratic Barriers Commission, which has reached in less than 3 years the voluntary elimination of more than 1000 regulatory and administrative burdens affecting, inter alia, the market of the deployment of infrastructure on public utilities. This has been the result of a strategy that not relies on sanctioning administrative procedures but in a coordinative-oriented approach with the regulatees aiming to reach the effective accomplishment of the law. In turn, the development of such a strategy make possible to show a new style of enforcement in Peru, which has been studied and undertaken in other countries around the world, namely "Responsive Regulation".

Key words: regulation – competition regulatory impact assessment – competition advocacy – public utilities – bureaucratic barriers – responsive regulation – enforcement

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. IMPACTO DE LA ACTIVIDAD REGULATORIA EN LA COMPETENCIA.– III. ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA Y CONTROL REGULATORIO.– IV. FUNCIONES ASIGNADAS LEGALMENTE A LA CEB DEL INDECOPI.– V. PROBLEMÁTICA DE LAS REGULACIONES MUNICIPALES EN SERVICIOS PÚBLICOS.– VI. «REGULACIÓN RESPONSIVA»: FUNDAMENTOS Y PRINCIPIOS.– VII. ESTRATEGIA «RESPONSIVA» DE LA CEB Y RESULTADOS OBTENIDOS.– VIII. CONCLUSIONES.– IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En el mes de marzo de 2016, el Perú fue anunciado como ganador de un concurso a nivel mundial. No se trataba de una competencia deportiva, gastronómica o de patrimonio cultural. Se trató de un certamen organizado por el Banco Mundial y la Red Internacional de Competencia (ICN)¹ que, desde el año 2014, convoca a todas las autoridades de competencia alrededor del mundo a presentar casos exitosos sobre «abogacía de la competencia».

La práctica ganadora consistió en una estrategia adoptada por una de las oficinas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) —la autoridad de competencia peruana—, la cual utilizó métodos de «persuasión» y «coordinación» en sustitución del uso exclusivo de los mecanismos de «castigo» o «sanción» para lograr el cumplimiento efectivo de la ley a su cargo. Los resultados obtenidos en menos de tres años fueron sorprendentes: casi 1000 supuestos de cambio en el comportamiento regulatorio respecto de barreras que frenaban la inversión, entre otros

¹ Las siglas corresponden a su nombre en inglés: International Competition Network. La ICN es una red de agencias de competencia de 92 jurisdicciones cuyo objetivo principal es la promoción de buenas prácticas de la competencia. Para mayor detalle, véase ICN (2009a).

sectores², en el mercado de servicios públicos (telecomunicaciones, suministro de agua, electricidad y gas natural) sin que fuera necesaria la imposición de multas. Esta estrategia no solo es interesante por la novedad de su diseño frente a la metodología de *sanción automática* por incumplimiento de la ley —utilizada usualmente por las autoridades administrativas—, sino que podría cambiar la lógica del *enforcement* a nivel nacional.

La referida estrategia —probablemente aplicada por primera vez en el Perú— posee ciertos elementos de la llamada «regulación responsiva»³ (Ayres & Braithwaite, 1992; Braithwaite, 2011), la cual ha sido utilizada en Reino Unido y en Australia como técnica de *enforcement* (Ivec & Braithwaite, 2015)⁴. Según esta forma de regulación, el regulador debe recurrir inicialmente a métodos de «diálogo» y «coordinación» con el regulado, utilizando herramientas más coercitivas solo como último recurso, a manera de escalamiento de una *pirámide de cumplimiento*.

El presente artículo pretende explicar brevemente de qué manera se construyó la mencionada estrategia de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (CEB)⁵ del INDECOPI, así como los resultados obtenidos, con énfasis en la defensa de la competencia y la supervisión de regulaciones. Para ello es necesario desarrollar seis temas básicos. En *primer lugar*, debe explicarse cuál es el impacto de la actividad regulatoria en la competencia, de tal manera que, en *segundo lugar*, pueda entenderse la importancia de las prácticas de *abogacía de la competencia* y de mecanismos de control regulatorio. En *tercer lugar*, se discutirá brevemente las funciones de supervisión regulatoria asignadas a la CEB del INDECOPI, así como las herramientas legales con las que cuenta (las cuales son únicas en el mundo). En *cuarto lugar*, se hará referencia a la problemática regulatoria —a nivel local— en el sector de servicios públicos, lo cual ameritó la intervención de la CEB. En *quinto lugar*, se identificará los elementos más importantes de la teoría de la «regulación responsiva» (desarrollada principalmente por John Braithwaite), los cuales se relacionan con la estrategia

¿ES POSIBLE
HACER CUMPLIR
LA LEY SIN
SANCIONAR?
APLICANDO DE
MANERA
«RESPONSIVA» LA
REGULACIÓN EN
EL PERÚ

IS IT POSSIBLE
TO ENFORCE THE
LAW WITHOUT
SANCTIONING?:
APPLYING
REGULATION
WITH A
“RESPONSIVE”
APPROACH IN
PERU

2 Los otros sectores analizados fueron, entre otros, los de construcción y actividades comerciales, afectados por la imposición de trabas en la obtención de licencias de edificación, habilitación urbana, de funcionamiento y la autorización para la ubicación de anuncios.

3 Adaptación al español del término «Responsive Regulation». La palabra «responsive», en idioma inglés, significa «dar una respuesta positiva o reaccionar rápidamente a algo o alguien» (Cambridge University Press, 2016).

4 En esta obra, las autoras identifican los distintos sectores en los que ha sido utilizado el modelo de «escalamiento de pirámide» de la regulación responsiva (salud, transporte, bioseguridad, seguridad en el trabajo, entre otros).

5 Debe precisarse que la referida estrategia fue ideada y desarrollada por el personal de la Secretaría Técnica de la CEB. Sin embargo, en el presente documento, la referencia a la CEB involucrará indistintamente tanto a la Comisión como a su Secretaría Técnica. Esto último, teniendo en cuenta que las secretarías técnicas dependen funcionalmente de las comisiones y que constituyen órganos de apoyo en la tramitación e investigación de los procedimientos que el órgano resolutorio tiene a su cargo, conforme a los artículos 43 y 44 del decreto legislativo 1033 (2008).

adoptada por la CEB en sus investigaciones. Finalmente, en *sexto lugar*, se explicará las particularidades de la mencionada estrategia, la cual ha hecho posible la eliminación voluntaria de regulaciones innecesarias sin el uso de sanciones.

II. IMPACTO DE LA ACTIVIDAD REGULATORIA EN LA COMPETENCIA

El derecho de la competencia tiene por objeto, principalmente⁶, buscar el bienestar del consumidor y la eficiencia económica del mercado (Hovenkamp, 1985, pp. 226-229; Bork, 1993, pp. 90-91, 426-429; Jones & Sufrin, 2014, pp. 4, 12-13)⁷ a través de la represión de comportamientos que restrinjan la existencia de nuevos competidores y/o que distorsionen las condiciones de los ofertantes. Tradicionalmente, la legislación sobre defensa de la competencia está enfocada en el comportamiento de los *agentes privados*, como si estos fuesen los únicos capaces de afectar la existencia o mantenimiento de un mercado competitivo. Como consecuencia de ello, las autoridades de competencia a nivel mundial dirigen sus esfuerzos hacia el monitoreo de prácticas abusivas de posición dominante, los acuerdos entre empresas sobre las condiciones del producto o servicio y, en algunos casos, el control de las concentraciones empresariales.

Sin embargo, el comportamiento de los *agentes públicos* —a través de la producción de regulaciones— también tiene un impacto importante en la competencia. En efecto, cuando las autoridades ejercen sus poderes regulatorios al imponer reglas de juego o cargas administrativas sobre los agentes que pretenden ofertar un bien o producto en el mercado, existe un efecto en la cantidad de ofertantes (Emberger, 2006; OECD, 2008). Esto se debe a que (i) algunas empresas encuentran muy difícil asumir los costos de cumplimiento de una regulación para ingresar formalmente a un mercado o para permanecer en él (en el caso de los competidores ya existentes); (ii) es poco probable que la regulación sea cumplida por razones extraeconómicas; (iii) la regulación prohíbe de manera absoluta la actividad; o (iv) la autoridad asigna con carácter exclusivo la posibilidad de desarrollar una actividad económica.

6 Si bien esta finalidad es aceptada mayoritariamente, no es la única reconocida por la literatura y las autoridades en materia de defensa de la competencia, ya que se identifican otros objetivos, tales como la «dispersión del poder de mercado», la «protección de los pequeños competidores y la estructura del mercado», la «promoción de fines socio-políticos» (impacto en el empleo al analizar una fusión, por ejemplo), entre otros (Jones & Sufrin, 2014, pp.15-19; OECD, 2003).

7 En nuestra legislación, se reconoce expresamente este objetivo en el artículo 1 del decreto legislativo 1034 (2008). Para un mejor desarrollo del tema, véase Quintana (2011).

A manera de ejemplo, cuando una municipalidad obliga a que todo restaurante tenga un mínimo estándar de lujo a través de la *categoría de 3, 4 o 5 «tenedores»*⁸, indirectamente genera que los empresarios que no puedan asumir los costos de dicha regulación se abstengan de ingresar a este mercado⁹. Esto, a su vez, origina que el mercado de restaurantes en el distrito, objeto de la regulación, se encuentre concentrado, ya que estará conformado únicamente por las empresas con la capacidad económica para cubrir los costos de la regulación. Del mismo modo, cuando la autoridad de salud exige que en el mercado de venta de *oxígeno medicinal* se comercialice únicamente el producto que tenga una concentración de pureza mínima del 99% al 100% (pese a que el grado usado y comercializado regularmente es a partir de 93%)¹⁰, *indirectamente excluye* del mercado a los competidores que no son capaces de asumir el costo de la nueva regulación¹¹.

La imposición de cargas administrativas para la obtención de autorizaciones también puede llevar a la imposibilidad de ser habilitado legalmente para ingresar al mercado o permanecer en él. Así, por ejemplo, cuando las municipalidades regulan el procedimiento para autorizar el *despliegue de infraestructura* a cargo de empresas prestadoras de servicios públicos (telecomunicaciones, suministro de agua, electricidad y gas natural, entre otros), la cantidad y costo de la documentación e información requerida puede originar que los operadores del servicio se vean desincentivados o impedidos de obtener las respectivas autorizaciones y, por tanto, no puedan desarrollar legalmente sus actividades.

Una regulación costosa no es el único supuesto de una práctica con impacto en la competencia. Cuando las autoridades públicas exigen *requisitos de imposible o difícil cumplimiento*, o cuando establecen *prohibiciones* para el desarrollo de una actividad, ni la capacidad

¿ES POSIBLE
HACER CUMPLIR
LA LEY SIN
SANCIONAR?
APLICANDO DE
MANERA
«RESPONSIVA» LA
REGULACIÓN EN
EL PERÚ

IS IT POSSIBLE
TO ENFORCE THE
LAW WITHOUT
SANCTIONING?:
APPLYING
REGULATION
WITH A
“RESPONSIVE”
APPROACH IN
PERU

8 En la legislación nacional, la categorización del número de «tenedores» es voluntaria y quienes deseen adoptarla deben contar con equipamiento mínimo en la infraestructura de sus restaurantes (como el hecho de tener como mínimo un ascensor, una sala de espera con bar), así como demostrar ciertas características del personal (tener jefes de cocina y de comedor por separado, personal uniformado) o del material de la vajilla, entre otros aspectos. Al respecto, véase Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (2004, anexo 3). El listado de completo de estos requerimientos se encuentra en el Anexo 3 del Reglamento de Restaurantes, aprobado por Decreto supremo 025-2004-Mincetur. Al respecto, véase Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (2004).

9 Una regulación similar fue objeto de análisis por parte de la CEB en algunos distritos de Lima Metropolitana, habiéndola declarado ilegal por contravenir el derecho a la libertad de empresa, reconocido en el decreto legislativo 757. Para mayor detalle, véase las resoluciones 3065-2010/SC1-INDECOPI y 0017-2014/CEB-INDECOPI.

10 Este tipo de regulación fue evaluada por la CEB y considerado como irrazonable, en tanto el Ministerio de Salud no pudo sustentar la necesidad y proporcionalidad de la medida en función del interés público protegido. Para mayor detalle, véase las resoluciones 0334-2012/CEB-INDECOPI y 1232-2013/SDC-INDECOPI.

11 De acuerdo a información de las empresas denunciadas en el expediente 000151-2010/CEB, el tipo de oxígeno exigido por el Ministerio de Salud solo podía ser suministrado por 5 empresas dentro del mercado local. Véase resolución 0334-2012/CEB-INDECOPI.

económica del empresario puede ser suficiente para ingresar al mercado o permanecer en él. En efecto, existen casos en los que municipalidades exigen que las empresas operadoras de servicios públicos (o los titulares de la infraestructura pasiva) cuenten con la aceptación de los vecinos de la zona para la instalación de *estaciones base de telecomunicaciones* en bienes de propiedad privada¹², pese a que cuentan con el permiso del propietario del inmueble. Si la empresa no logra conseguir dicho documento, la autorización es denegada y, en consecuencia, no estará habilitada para realizar la obra que le permitirá prestar el servicio público o la actividad de arrendamiento de la infraestructura. Otro caso similar se presenta cuando una autoridad local *prohíbe la instalación de antenas de telefonía móvil* en determinadas zonas¹³ (o en todo el distrito en el que no existe cobertura del servicio), con lo cual se restringe la posibilidad de que las empresas desarrollen sus actividades en el mercado.

Las *regulaciones prohibitivas* pueden originar, a su vez, que aquellos que ya se encuentran posicionados en el mercado —a quienes no se les aplica esta nueva regla— se beneficien con la imposibilidad de afrontar nuevos competidores. Un ejemplo de ello es la decisión, que ha sido adoptada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) desde hace más de 6 años, de *suspender el otorgamiento de nuevas autorizaciones* para prestar el servicio público de transporte de personas a nivel nacional¹⁴. Esta práctica genera que las empresas de transporte que fueron autorizadas con anterioridad a la decisión se mantengan en un mercado con reducida competencia.

Finalmente, las *regulaciones que asignan exclusividades* a ciertos agentes tienen un evidente impacto en la competencia. Un ejemplo de ello es la regulación que fuera emitida por la Municipalidad Metropolitana de Lima (MML) en la que se asignó la *exclusividad a una empresa para prestar el servicio de revisiones técnicas* dentro de la provincia de Lima¹⁵. Dicha decisión fue luego mantenida por el MTC al momento

12 Este tipo de regulación fue evaluada por la CEB y fue considerado como ilegal por contravenir la normativa nacional. Para mayor detalle, véase la resolución 0340-2015/SDC-INDECOPI.

13 Este tipo de regulación fue evaluado por la CEB en algunos distritos de Lima Metropolitana y en el interior del país y fue declarado ilegal por contravenir la normativa nacional que promueve la instalación de infraestructura en servicios públicos. Para mayor detalle, véase las resoluciones 0019-2007/CAM-INDECOPI, 1493-2007/TDC-INDECOPI y 0513-2015/SDC-INDECOPI.

14 La CEB se ha pronunciado sobre este tipo de medida en diversas oportunidades. Al respecto, véase las resoluciones 0453-2015/CEB-INDECOPI, 0143-2014/CEB-INDECOPI, 0170-2014/CEB-INDECOPI, 0194-2015/CEB-INDECOPI, 0284-2015/SDC-INDECOPI, 0271-2015/SDC-INDECOPI, 0226-2015/SDC-INDECOPI y 0188-2015/SDC-INDECOPI, entre otras.

15 Se trató de la ordenanza 694, modificada por la ordenanza 1064, a través de la cual la MML estableció que el servicio de revisiones técnicas en Lima sea prestado exclusivamente por la empresa Lidercon Perú S.A.C. Este caso fue evaluado por la CEB mediante la resolución 0013-2008/CAM-INDECOPI, confirmada por el Tribunal del INDECOPI con la resolución 1692-2008/TDC-INDECOPI.

de denegar las autorizaciones solicitadas por diversas empresas para participar en el mercado de revisiones técnicas¹⁶.

157

III. ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA Y CONTROL REGULATORIO

Pese a que las prácticas regulatorias pueden afectar al mercado y a la cantidad de ofertantes, la legislación sobre defensa de la competencia usualmente no incluye métodos punitivos para estos supuestos, sino que ofrece un mecanismo de naturaleza consultiva y de persuasión, denominado *abogacía de la competencia*. Esta labor involucra a todas aquellas actividades —desarrolladas por la autoridad de competencia— dirigidas a promover un ambiente competitivo para las actividades económicas a través de mecanismos no coercitivos, lo cual supone convencer a otras entidades públicas de abstenerse de adoptar medidas innecesarias que afecten la competencia (ICN, 2002, pp. i-iii).

La abogacía de la competencia es considerada como una herramienta complementaria a los mecanismos coercitivos aplicados sobre los agentes privados que infringen las reglas de competencia (Emberger, 2006). Sin embargo, una de las *principales limitaciones* de esta labor consiste en que, usualmente, las recomendaciones realizadas sobre el carácter anticompetitivo de una regulación *no son vinculantes para el agente regulador* (ICN, 2009a; 2009b, pp. 7-8). En ese sentido, la adopción de las recomendaciones depende principalmente del poder de la *persuasión* de la autoridad de competencia. De ahí que surge una interrogante válida: si la actividad regulatoria es capaz de afectar y distorsionar las condiciones de competencia, ¿por qué no existe un mecanismo por el cual los agentes reguladores se encuentren obligados a adoptar las recomendaciones de la autoridad de competencia?

El reporte emitido por la ICN el año 2009, señala que, a nivel mundial, los casos de abogacía de la competencia con herramientas vinculantes son mínimos (2009b, pp. 20-21)¹⁷. Incluso, tales supuestos excepcionales son aplicados de manera *ex ante* a la implementación de la regulación¹⁸ y, generalmente, involucran la obligación de «tomar en cuenta»¹⁹ y no de «estar obligado a implementar» la recomendación.

¿ES POSIBLE
HACER CUMPLIR
LA LEY SIN
SANCIONAR?
APLICANDO DE
MANERA
«RESPONSIVA» LA
REGULACIÓN EN
EL PERÚ

IS IT POSSIBLE
TO ENFORCE THE
LAW WITHOUT
SANCTIONING?:
APPLYING
REGULATION
WITH A
“RESPONSIVE”
APPROACH IN
PERU

16 Para mayor detalle, véase las resoluciones 0459-2013/CEB-INDECOPI y 0368-2015/CEB-INDECOPI, entre otras.

17 Incluso, de los 32 países analizados en dicho reporte, 13 no tenían facultades legales para exigir información a las entidades públicas en actividades de abogacía (ICN, 2009b, p. 11).

18 Los casos de abogacía vinculante, descritos en el reporte, son los de la India, México y Rumania (ICN, 2009b, p. 21).

19 En estos supuestos, se trata de una obligación de dar respuesta a «por qué no» se implementó la recomendación.

Se ha sugerido también que las prácticas de abogacía deben ser fortalecidas con la aplicación del Análisis de Impacto Regulatorio (RIA, por sus siglas en inglés: Regulatory Impact Assessment) a aquellas propuestas normativas que afecten la competencia (Emberger, 2006). El RIA es una herramienta para la búsqueda de la eficiencia y eficacia en la toma de decisiones regulatorias (OECD, 2008). En términos de eficacia, el RIA exige que la alternativa regulatoria escogida sea la necesaria e idónea para alcanzar el objetivo público propuesto, mientras que, en términos de eficiencia, se requiere que los beneficios de la medida sean superiores a los costos que ella involucra. Actualmente, si bien este mecanismo de calidad regulatoria es adoptado en diversos países del mundo (OECD, 2009)²⁰, ello no implica necesariamente que su aplicación haya sido adecuada (Hann & Dudley, 2007; Cecot & otros, 2008).

Con relación a lo señalado, es importante tener en cuenta que la implementación del RIA sufre de una limitación similar a la del mecanismo de abogacía, ya que las autoridades encargadas de realizar el monitoreo de su cumplimiento no poseen necesariamente poderes coercitivos para implementar sus recomendaciones y, en ningún caso, existe la posibilidad de ordenar el retiro de la regulación y aplicar mecanismos punitivos de manera conjunta.

IV. FUNCIONES ASIGNADAS LEGALMENTE A LA CEB DEL INDECOPI

Como agencia de competencia, el INDECOPI es una entidad atípica en comparación a sus pares a nivel mundial, no solo porque administra legislación que va más allá de la represión de prácticas anticompetitivas (como las leyes de protección al consumidor, propiedad intelectual, entre otras), sino porque incluye dentro de su estructura orgánica a una autoridad que tiene poder sobre toda regulación y/o actuación proveniente de la administración pública²¹ que afecte el desarrollo de las actividades económicas en el mercado: la CEB.

La CEB²² del INDECOPI tiene como función principal lograr la eliminación de toda exigencia, requisito, prohibición y/o cobro de la administración pública que afecte el desarrollo de las actividades económicas en el

20 De acuerdo al reporte de la OECD, desde el año 2005, los 31 países miembros han implementado el RIA en sus procesos regulatorios de alguna manera (2009, p. 13).

21 Como se ha señalado en diversos pronunciamientos del INDECOPI, la CEB no es competente para evaluar las disposiciones originadas en leyes, decretos legislativos u otra norma con fuerza de ley, en tanto su ámbito de supervisión no es la función legislativa sino la función administrativa.

22 Antes denominada «Comisión de Acceso al Mercado». Dicho nombre cambia con la vigencia del decreto legislativo 1033.

mercado y/o que afecte normas de simplificación administrativa²³. Para cumplir con dicha función, la CEB cuenta, entre otras, con las siguientes atribuciones²⁴:

- i. Conocer y evaluar toda modalidad actuación de la administración pública (que incluye a las regulaciones)²⁵ que califique como «barrera burocrática»²⁶.
- ii. Declarar la legalidad y/o razonabilidad de tales actuaciones.
- iii. Emitir mandatos de eliminación (general y particular)²⁷ de las regulaciones y/o actuaciones identificadas como ilegales y/o irrazonables, los cuales son vinculantes para toda la administración pública.
- iv. Imponer sanciones a los servidores públicos y entidades que desacaten sus mandatos y/o que infrinjan determinadas leyes y/o precedentes vinculantes²⁸.

El modelo de control regulatorio en el Perú a través de la CEB resulta sorprendente y poco convencional. En primer lugar, la mayor parte de sistemas legales pone énfasis en el análisis previo de las regulaciones (a través del RIA)²⁹, de modo tal que resulta competencia del Poder Judicial el control posterior de estas disposiciones, una vez implementadas. En el caso del Perú, si bien las entidades están obligadas a justificar sus regulaciones y actuaciones de manera previa a su emisión³⁰, esta obligación es supervisada de manera posterior por la CEB, pudiendo

¿ES POSIBLE
HACER CUMPLIR
LA LEY SIN
SANCIONAR?
APLICANDO DE
MANERA
«RESPONSIVA» LA
REGULACIÓN EN
EL PERÚ

IS IT POSSIBLE
TO ENFORCE THE
LAW WITHOUT
SANCTIONING?:
APPLYING
REGULATION
WITH A
“RESPONSIVE”
APPROACH IN
PERU

23 Función asignada a través del artículo 26BIS del decreto ley 25868 (1992), incorporado por el artículo 50 del decreto legislativo 807 (1996). Esta función también es reconocida en el artículo 23 del decreto legislativo 1033 (2008).

24 Para mayor detalle sobre las atribuciones de la CEB (de eliminación y de sanción), véase Ochoa Mendoza (2015, pp. 45-50).

25 Desde el año 1996 hasta el 2015, el artículo 26BIS del decreto ley 25868 establecía que la competencia de la CEB se limitaba a «actos y/o disposiciones de la administración pública». A partir de la vigencia del decreto legislativo 1212 (2015), que modifica el referido artículo, se amplía el ámbito de competencias de la CEB a «cualquier otra modalidad de actuación» de las entidades de la administración pública.

26 Definición establecida en el artículo 2 de la ley 28996 (2007).

27 El mandato de eliminación general involucra ordenar que la entidad no aplique —con efectos generales— la barrera identificada por la CEB, mientras que la eliminación particular (o «inaplicación») tiene efectos únicamente respecto de quien presentó una denuncia ante la CEB. Para mayor detalle, véase Ochoa Mendoza (2015, pp. 46-47).

28 Este último caso requiere que la CEB disponga la publicación en el Diario Oficial El Peruano de las resoluciones emitidas en procedimientos de oficio en los que se declara la ilegalidad y/o carencia de razonabilidad de una regulación. Luego de dicha publicación, los servidores que apliquen tales barreras pueden ser sancionados con hasta 20 Unidades Impositivas Tributaria (UIT), conforme al literal c) del artículo 26BIS del decreto ley 25868.

29 Por ejemplo, en el caso de los Estados Unidos de Norteamérica, la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios (OIRA, por sus siglas en inglés) realiza una evaluación previa de todas aquellas regulaciones que involucren un impacto económico anual superior a los 100 billones (orden ejecutiva 12866, 1993).

30 Esta obligación se desprende del «principio de razonabilidad» reconocido en el artículo IV del Título Preliminar de la ley 27444 o Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) (2001) y del artículo 26BIS del decreto ley 25868, en concordancia con el precedente de observancia obligatoria aprobado mediante resolución 186-97-TDC-INDECOPI (1997).

ordenarse la eliminación de las regulaciones innecesarias, incluso cuando estas ya han sido implementadas. En segundo lugar, alrededor del mundo, las autoridades encargadas de centralizar la revisión (de manera *ex ante*) de la adecuada aplicación del RIA no poseen poderes punitivos para hacer exigibles sus decisiones. Inclusive, en muchos casos, el análisis que realizan estas autoridades es considerado como una recomendación sin carácter vinculante.

Cabe señalar que las atribuciones actuales de la CEB han sido producto de una evolución normativa de 20 años³¹, en cuyo proceso estas fueron recortadas³² y cuestionadas. Sin embargo, diferentes conformaciones del Congreso de la República³³ y el propio Tribunal Constitucional (2010) han reconocido la validez e importancia de contar con una autoridad de control regulatorio como la CEB, con prerrogativas suficientes para cumplir su función. De hecho, en los últimos tres años, el Congreso ha reforzado las facultades sancionadoras de la CEB, cuadruplicando la cuantía de multas (de 5 a 20 Unidades Impositivas Tributarias)³⁴ y añadiendo mayores supuestos de infracción en materia de barreras burocráticas³⁵. El resultado es que actualmente el INDECOPI, a través de la CEB, posee mayores herramientas para intervenir en aquellas regulaciones que afecten innecesariamente el desarrollo del mercado y la competencia.

Teniendo en cuenta el amplio espectro de supervisión que posee la CEB (las entidades de la administración pública a todo nivel de gobierno)³⁶ y las extensas atribuciones legales otorgadas, cabe formularse las siguientes interrogantes: (i) ¿cómo es que la CEB prioriza sus esfuerzos de investigación sobre regulaciones presuntamente ilegales y/o irrazonables?, (ii) ¿de qué manera utiliza sus potestades sancionadoras?, y (iii) ¿qué resultados ha obtenido como consecuencia de sus amplios poderes?

31 Para mayor detalle sobre la evolución histórica de las competencias de la CEB, véase Ochoa Mendoza (2015, pp. 39-45).

32 En efecto, a través de la redacción original del artículo 48 de la LPAG (2001), se dispuso que la CEB no pueda ordenar la eliminación de las barreras contenidas en ordenanzas, sino que únicamente emita informes sobre la legalidad y/o razonabilidad de tales barreras.

33 En el año 2007, a través de la ley 28996, el Congreso retornó las facultades legales que fueron recortadas a la CEB el año 2001 a través de la LPAG. Posteriormente, con la ley 30056 (2013), se ratifican estas facultades y se refuerza la potestad sancionadora de la CEB.

34 La UIT del año 2016 ha sido fijada en 3950 soles, de acuerdo al decreto supremo 397-2015-EF (2015).

35 Esto a través de las leyes 30056 (2013) y 30230 (2014).

36 Debe precisarse que, desde 2008, las funciones de la CEB vinculadas a la eliminación de barreras burocráticas de alcance regional y/o local han sido desconcentradas gradualmente en las comisiones adscritas a 12 oficinas regionales del INDECOPI en el interior del país (véase la directiva 011-2013/DIR-COD-INDECOPI). Sin embargo, la CEB mantiene plenas competencias sobre todas las entidades del Poder Ejecutivo (ministerios y organismos dependientes), autoridades locales y regionales de Lima y Callao, además de otras provincias, así como sobre toda otra persona de derecho público o privado que ejerza funciones administrativas.

V. PROBLEMÁTICA DE LAS REGULACIONES MUNICIPALES EN SERVICIOS PÚBLICOS

La privatización de ciertos servicios públicos en el Perú, durante la década de 1990, no supuso una desaparición de la actuación del Estado en este tipo de mercados. Al igual que en Europa, los procesos de privatización dieron lugar a una forma distinta de intervención estatal que disminuyó la actuación del *Estado prestador* frente al surgimiento del *Estado regulador* (Majone, 1997). Bajo este modelo de intervención, los agentes privados que proveen de los servicios públicos entregados en concesión se encuentran regidos por determinadas reglas técnicas y económicas, derivadas del contrato de concesión suscrito con el Estado (Presidencia del Consejo de Ministros, 1996, artículo 25, último párrafo) (artículo 25 del Decreto Supremo 059-96-PCM)

, así como por las disposiciones normativas del sector y del organismo regulador correspondiente (Congreso de la República, 2000, artículo 3) (artículo 3 de la Ley 27332). Inclusive, en servicios aún no privatizados (como el suministro de agua potable y otros servicios de saneamiento), las empresas públicas también se encuentran sometidas a una regulación técnica y económica establecida por el regulador competente. Pese a la existencia de un marco regulatorio especial que rige la prestación del servicio (establecido y supervisado por el gobierno central), las empresas concesionarias de servicios públicos «en red» deben tener en cuenta, además, otro tipo de regulación cuyo origen y supervisión se encuentra a cargo de los gobiernos locales.

Los servicios de telecomunicaciones (telefonía fija, móvil e internet), así como la distribución de energía eléctrica, gas natural y agua potable, entre otros, requieren del despliegue de determinada infraestructura para la adecuada prestación del servicio (postes, ductos y tuberías, cableado, estaciones radioeléctricas, entre otros). A su vez, la existencia de esta infraestructura implica la realización de obras de instalación y/o mantenimiento en bienes de dominio público (como la reparación de roturas de pistas y veredas) o bienes que, aunque de propiedad privada, pueden afectar intereses públicos (como el tránsito de vehículos y personas, el urbanismo, el ornato y la seguridad en edificaciones, entre otros).

Debido a que el cuidado de estos intereses públicos ha sido asignado legalmente a los gobiernos locales, las empresas concesionarias —o las que están encargadas de instalar la infraestructura— deben obtener ciertas autorizaciones municipales de manera previa a las obras de despliegue de infraestructura. Así, la Ley Orgánica de Municipalidades (2003) atribuye a los gobiernos locales la posibilidad de exigir y normar el procedimiento de obtención de tres tipos de autorizaciones para el despliegue de infraestructura en servicios públicos, según se trate de

161

¿ES POSIBLE
HACER CUMPLIR
LA LEY SIN
SANCIONAR?
APLICANDO DE
MANERA
«RESPONSIVA» LA
REGULACIÓN EN
EL PERÚ

IS IT POSSIBLE
TO ENFORCE THE
LAW WITHOUT
SANCTIONING?:
APPLYING
REGULATION
WITH A
“RESPONSIVE”
APPROACH IN
PERU

(i) la ejecución del plan de obras de servicios públicos que afecten o utilicen la vía pública o zonas aéreas (numeral 3.2. del artículo 79); (ii) la instalación de estaciones radioeléctricas; y/o, (iii) el tendido de cables (numeral 3.6.5. del artículo 79).

Sin perjuicio de lo señalado, la atribución municipal antes mencionada se encuentra delimitada por dos marcos normativos de alcance nacional que privilegian la simplificación administrativa y la uniformidad en los trámites. El primero está vinculado a las disposiciones generales y principios sobre creación, aprobación y difusión de procedimientos administrativos, así como al reconocimiento de derechos derivados de su tramitación, lo cual se encuentra recogido en la ley 27444 (LPAG). El segundo está vinculado a la regulación especial de los procedimientos de autorización por el despliegue de infraestructura de servicios públicos, recogida en el decreto legislativo 1014 (2008) y, en el caso específico del servicio de telecomunicaciones, en la ley 29022 (2007)³⁷ (modificada por la ley 30228 (2014)) y su reglamento (2015).

La normativa antes mencionada tiene fuerza de ley y, por lo tanto, prevalece sobre cualquier otra norma de nivel local, en el entendido que se regula una materia de interés nacional como lo es la expansión de la infraestructura en servicios públicos y la simplificación de procedimientos. La razón de esta estandarización regulatoria en materias de procedimientos administrativos parece estar sustentada, además, en el *principio de unidad de mercado*, reconocido por el Tribunal Constitucional, según el cual el ejercicio de las actividades económicas en el territorio nacional no puede estar sujeto a regulaciones heterogéneas y diferenciadas según el espacio geográfico (2010, fundamento 9). Sobre la base de la mencionada legislación, es posible identificar, entre otras, las siguientes reglas de cumplimiento obligatorio para las municipalidades en los procedimientos para el despliegue de infraestructura de servicios públicos:

Reglas derivadas del procedimiento administrativo general:

- No puede exigirse documentación e información que ya posee o ha sido tramitada ante la misma municipalidad (LPAG, artículos 40 y 41).
- El Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) debe haber sido aprobado por ordenanza debidamente publicada

³⁷ Ley para el Fortalecimiento de la Expansión de Infraestructura en Telecomunicaciones (antes denominada Ley para la Expansión de Infraestructura en Telecomunicaciones, publicada el 20 de mayo de 2007). Dicha ley tuvo una vigencia de 4 años a partir de la vigencia del Reglamento, aprobado mediante decreto supremo 039-2007-MTC (2007). Posteriormente, el 29 de mayo de 2012, se publicó la ley 29868, que restableció la vigencia de la ley 29022 por un plazo de 4 años. Finalmente, el 12 de julio de 2014 se publicó la ley 30228, que proroga por 10 años la vigencia de la ley 29022 a partir de la vigencia de la ley 29868 (30 de mayo de 2012).

(LPAG, artículo 36.1) y el contenido del TUPA debe ser publicado en los portales de la entidad y en el portal de servicios al ciudadano y empresas (LPAG, artículo 38).

- Únicamente puede exigirse aquello que ha sido consignado previamente en el TUPA de la municipalidad, siempre que los procedimientos y derechos de trámite en él contenidos hayan sido (Ley Orgánica de Municipalidades, artículos 40 y 44) (i) aprobados expresamente por ordenanza municipal; (ii) en el caso de los derechos, adicionalmente, deben haber sido ratificados por la municipalidad provincial.
- El monto del derecho de trámite por autorizaciones no puede exceder del costo real del servicio y no puede superar la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) (LPAG, artículos 44 y 45).
- Únicamente pueden exigirse requisitos que sean necesarios y vinculados con la finalidad del procedimiento (LPAG, artículo 39).

*Reglas generales para los servicios públicos en general*³⁸:

- El uso de bienes de dominio público para el despliegue de infraestructura es gratuito (decreto legislativo 1014, artículo 3). Solo corresponde solicitar una autorización a la municipalidad correspondiente.
- El derecho de trámite que se cobre por la autorización de conexión domiciliaria no puede exceder del 1% de la UIT (decreto legislativo 1014, artículo 4)³⁹.
- Los procedimientos sobre instalación de infraestructura en bienes públicos son de evaluación previa con silencio administrativo positivo, cumplido luego de transcurridos 5 días de presentada la solicitud (decreto legislativo 1014, artículo 5, modificado por la ley 30056 de 2011, artículo 5).
- Los procedimientos sobre instalación de infraestructura en bienes privados se rigen por el plazo general de 30 días hábiles de la LPAG (artículo 35°).
- Los requisitos para obtener las autorizaciones y las restricciones municipales para la realización de obras de infraestructura solo pueden estar relacionados a 4 aspectos (decreto legislativo 1014,

¿ES POSIBLE
HACER CUMPLIR
LA LEY SIN
SANCIONAR?
APLICANDO DE
MANERA
«RESPONSIVA» LA
REGULACIÓN EN
EL PERÚ

IS IT POSSIBLE
TO ENFORCE THE
LAW WITHOUT
SANCTIONING?:
APPLYING
REGULATION
WITH A
“RESPONSIVE”
APPROACH IN
PERU

38 De acuerdo al artículo 2 del decreto legislativo 1014, los servicios públicos esenciales protegidos por dicho dispositivo son los siguientes:

a) Agua potable y alcantarillado,
b) transmisión y distribución de electricidad, así como alumbrado público,
c) gas natural,
d) telecomunicaciones.

39 La constitucionalidad de dicho dispositivo ha sido validada por el Tribunal Constitucional (2011).

artículo 6.2): (i) desarrollo urbanístico, patrimonio histórico o cultural de la Nación; y/o (ii) el medio ambiente.

- El desvío de tránsito para realizar alguna obra de infraestructura no requiere de una autorización. Para ello, basta con cursar una comunicación a la municipalidad competente, con la fecha y plan de desvío con una antelación de 7 días hábiles (decreto legislativo 1014, artículos 6.4, 6.5, 6.6).

*Reglas especiales para el servicio público de telecomunicaciones*⁴⁰:

- El procedimiento para obtener autorizaciones para instalación de infraestructura —sea en bienes públicos o privados— es de aprobación automática (no de evaluación previa) (artículo 5 de la ley 29022, modificada por la ley 30228).
- No puede exigirse mayores requisitos de los previstos en el reglamento de la ley 29022 (artículos 4 y 5 de la ley 29022, modificada por la ley 30228).
- El plan de ejecución de obras que exijan las municipalidades deberá ceñirse a las condiciones y requisitos establecidos en el reglamento de la ley, aprobado por el Poder Ejecutivo (Reglamento de la ley 29022, artículos 12, 14 y 15).
- La instalación de infraestructura puede realizarse sobre predios urbanizados, no urbanizados, eriazos, rústicos e inclusive que no cuenten con proyectos de habilitación urbana (ley 30228, tercera disposición complementaria y final).

Pese a las reglas de alcance nacional antes mencionadas, diversos gobiernos locales han emitido regulaciones que restringen la tramitación de autorizaciones para el despliegue de infraestructura de servicios públicos. De dichas regulaciones, las principales son las siguientes:

- Prohibición de instalar antenas de telefonía móvil y estaciones radioeléctricas en bienes de dominio público y privado.
- Imposición de plazos que superan los 5 días hábiles para la tramitación de procedimientos de despliegue de infraestructura.
- Imposición de procedimientos de evaluación previa cuando corresponde aprobación automática.
- Exigencia de requisitos que exceden la lista establecida en los artículos 12, 14 y 15 del Reglamento de la ley 29022, en el caso

⁴⁰ De acuerdo a la sexta disposición complementaria y final de la ley 30228, la ley 29022 y sus normas complementarias son las únicas que rigen para la instalación de infraestructura necesaria para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

de instalación de infraestructura para la prestación del servicio de telecomunicaciones.

- Exigencia de tramitar autorizaciones de desvío de tránsito vehicular pese a que únicamente corresponde enviar una comunicación a la autoridad local competente.
- Exigencia de contar con licencia de edificación en el inmueble en el que se instale la infraestructura de telecomunicaciones.
- Exigencia de pagar un derecho de trámite en función de la extensión de la obra (metros lineales de cableado o ductos) o cantidad de elementos (postes, cámaras, entre otros), sin que ello esté relacionado con el costo del servicio administrativo.

Como se ha señalado en párrafos precedentes, la imposición de cargas administrativas costosas y de difícil cumplimiento desincentivan a los agentes económicos que desean acceder o permanecer en el mercado. En los servicios públicos, la imposición de regulaciones excesivas no solo tiene un impacto en la cantidad de ofertantes sino, además, en la propia cobertura del servicio, lo cual afecta la calidad y continuidad de estos. Teniendo en cuenta lo mencionado, resulta comprensible que la CEB del INDECOPI deba enfocar sus esfuerzos en mercados estratégicos como el de servicios públicos esenciales, además de que ello ha sido asignado expresamente como función de supervisión por el decreto legislativo 1014 y la ley 29022.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la labor de la CEB del INDECOPI enfrenta, en este sentido, una limitación importante: sus atribuciones no le permiten ordenar, *vía un procedimiento iniciado de oficio*, la eliminación con efectos generales de las barreras contenidas en ordenanzas municipales (LPAG, artículo 48). Pese a esta limitación, afortunadamente, la CEB puede utilizar mecanismos de disuasión efectivos, como la imposición de sanciones de hasta 20 UIT cuando verifique que una municipalidad viene aplicando —en la práctica— alguna barrera (i) considerada como infracción según el artículo 26BIS del decreto ley 25868; e (ii) identificada como ilegal y/o irrazonable en un precedente resolutivo de la CEB publicado en el *Diario Oficial El Peruano*.

Con las condiciones antes mencionadas, se requería que la CEB adopte una estrategia inteligente de *enforcement* que no involucre el uso indiscriminado de sus potestades sancionadoras (cuyo costo involucra no solo el procedimiento sancionador sino también el de ejecución coactiva) y que, a su vez, pudiera lograr una modificación con efectos generales en las regulaciones municipales.

¿ES POSIBLE
HACER CUMPLIR
LA LEY SIN
SANCIONAR?
APLICANDO DE
MANERA
«RESPONSIVA» LA
REGULACIÓN EN
EL PERÚ

IS IT POSSIBLE
TO ENFORCE THE
LAW WITHOUT
SANCTIONING?:
APPLYING
REGULATION
WITH A
“RESPONSIVE”
APPROACH IN
PERU

Tradicionalmente, se conocen dos estilos de *enforcement* o formas de hacer cumplir la ley; por un lado, la estrategia *sancionadora* o *disuasiva* («deterrence strategy») y, por otro lado, la estrategia *persuasiva* a través del consejo, negociación y/o coordinación («compliance strategy» o «adaptive strategy») (Black, 2001, p. 9; Hawkins; 1990; Gunningham, 2012). En el caso de la primera, se parte de la premisa de que las personas actúan racionalmente ante los incentivos generados por una sanción. De esa forma, se considera que la mayoría de sujetos regulados son seres «calculadores sin moral» (Kagan & Scholz, 1984) que solo cumplirán la ley en la medida en que existan altas probabilidades de detección y cuando la sanción sea severa (Gunningham, 2012). En el caso del segundo tipo de estrategia, se prefiere la cooperación, negociación y diálogo entre el regulador y el regulado a fin de alcanzar el cumplimiento de las normas (Hawkins, 1984).

Frente a la pregunta «¿cómo hacer cumplir las leyes?», cabe hacerse una pregunta más realista: «¿por qué no funcionan o no se cumplen las leyes?» Según Robert Baldwin, las normas no funcionan cuando aquellos con voluntad de cumplirlas no saben qué implica *cumplir* (agentes bien intencionados pero mal informados) y cuando aquellos menos deseosos o capaces de cumplir (agentes bien/mal informados y mal intencionados) no están lo suficientemente estimulados para cumplirlas (1990, pp. 324ss.). Lo señalado implica que el éxito de una regulación parte del hecho de aceptar que no todos los agentes sujetos a ella reaccionan del mismo modo ni poseen los mismos incentivos o nivel de información.

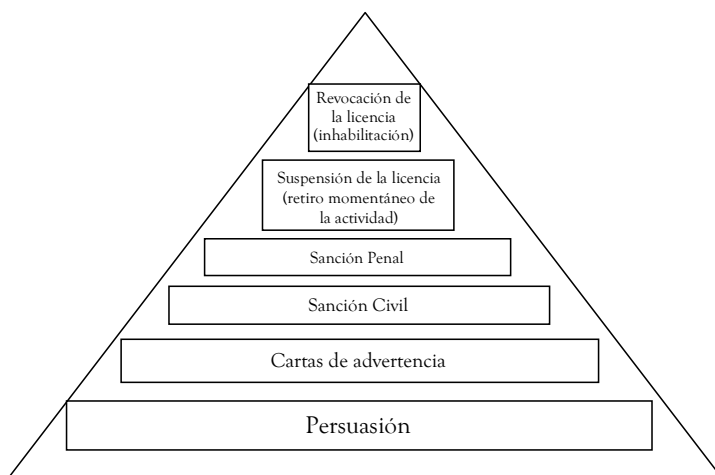
Existe una estrategia que no requiere descartar o hacer prevalecer alguno de los mencionados estilos de *enforcement* y que, además, reconoce que los sujetos regulados pueden adoptar distintos comportamientos dependiendo de sus motivaciones, de la cultura de su entorno y del nivel de información, entre otros aspectos. A este tipo de técnica se lo ha conocido como *regulación responsiva* y consiste, principalmente, en que el regulador escale gradualmente una «pirámide de cumplimiento (*enforcement pyramid*)» al momento de buscar el cumplimiento de la ley, comenzando —desde la base— con acciones de persuasión, hasta llegar a la cumbre con medidas más punitivas o sancionadoras, según el tipo de respuesta y compromiso que pueda obtener del sujeto regulado (Ayres & Braithwaite, 1992).

Así, a través de la interacción y la observación, el regulador es capaz de identificar a aquellos sujetos que tienen la predisposición de cumplir las leyes pero que requieren información sobre «cómo cumplirlas» o

que están «en proceso de cumplirlas», frente a aquellos que, estando bien informados, voluntariamente incumplen las leyes. En el caso de los primeros, el envío de comunicaciones (*prompt letters*) puede originar un cambio en su comportamiento o un compromiso de mejora, con lo cual no se hace necesario seguir escalando la pirámide. En el caso del segundo tipo de sujetos mencionado, debido a su falta de cooperación con el modelo responsivo, corresponde seguir escalando la pirámide hacia medidas menos benignas, como la imposición de sanciones, hasta lograr que cumplan con la ley.

Básicamente, la composición de la pirámide propuesta por Ayres y Braithwaite puede apreciarse en el siguiente gráfico (véase 1992, gráfico 2.1., p. 35):

Gráfico 1
«Pirámide de cumplimiento»



Como precisan Ayres y Braitwaite, el éxito de la estrategia piramidal depende en gran medida de la posibilidad de contar con «grandes garrotes», además de con una variedad de métodos menos coercitivos (1992, p. 19), de tal manera que los reguladores puedan usar sus poderes sancionadores como «pistolas benignas» que solo sean usadas para disuadir e incapacitar a los mayores ofensores y persuadir a los sujetos que tienen la intención de cooperar y cumplir con la ley. Para aplicar adecuadamente esta estrategia, se han propuesto ciertos principios básicos a ser tomados en cuenta por las autoridades a cargo de una regulación (Braithwaite, 2011):

167

¿ES POSIBLE
HACER CUMPLIR
LA LEY SIN
SANCIONAR?
APLICANDO DE
MANERA
«RESPONSIVA» LA
REGULACIÓN EN
EL PERÚ

IS IT POSSIBLE
TO ENFORCE THE
LAW WITHOUT
SANCTIONING?:
APPLYING
REGULATION
WITH A
“RESPONSIVE”
APPROACH IN
PERU

1. Pensar en contexto; no imponer una teoría preconcebida.
2. Escuchar activamente, estructurando un diálogo que (i) dé voz a las partes interesadas; (ii) establezca objetivos comunes y la manera de monitorearlos; (iii) construya compromiso ayudando a los actores a encontrar una motivación propia para mejorar; y, (iv) comunique la firme decisión de supervisar la conducta hasta que el problema sea arreglado.
3. Hacer participar —con equidad— de la solución del problema a quienes se resisten a cumplir con la regulación, mostrándoles respeto y utilizando su resistencia como una oportunidad para mejorar la estrategia regulatoria.
4. Premiar a quienes muestran compromiso con el cumplimiento de la regulación, ya sea (i) apoyando su innovación; (ii) «alimentando» su motivación para la mejora continua en su comportamiento; y, (iii) ayudando a los «líderes» del cumplimiento regulatorio a inspirar a los «rezagados» la existencia de nuevos límites de excelencia.
5. Señalar que, para alcanzar los objetivos, se preferirán métodos de apoyo y educación para construir mejores capacidades en los regulados.
6. Señalar —no amenazar inmediatamente— que existe un abanico de métodos que pueden ser utilizados escaladamente, precisando que las sanciones más severas serán usadas cuando sea necesario y como último recurso.
7. Emplear una gobernanza piramidal en red, involucrando no solo a la agencia reguladora sino a otros actores (públicos o privados) interesados en que se cumpla la ley y que puedan participar como socios estratégicos.
8. Provocar una «responsabilidad activa» que privilegia el cumplimiento de los objetivos regulatorios para futuros comportamientos, frente a la «responsabilidad pasiva», la cual mantiene el reproche sobre los actores responsables por comportamientos pasados.
9. Aprender y evaluar qué tan bien y a qué costo han sido obtenidos los objetivos regulatorios, comunicando finalmente las lecciones aprendidas.

Si bien se reconocen ciertas limitaciones y cuestionamientos a esta estrategia en cuanto a su aplicación práctica y consecuencias (Parker, 2006, pp. 613-617; Baldwin y Black, 2007, pp. 6-10; Gunningham, 2012), lo cierto es que propone un enfoque distinto dentro de las técnicas para hacer cumplir la ley, permitiendo que el regulador no actúe solo como

una «máquina sancionadora» programada para castigar, sino como una autoridad que escucha, dialoga y observa a los sujetos involucrados con la regulación. Este enfoque también resulta importante en sistemas legales en los que la potestad sancionadora de las autoridades es cuestionada debido a los incentivos recaudatorios que estas últimas pueden tener. En este tipo de contexto, aplicar una técnica responsiva de escalamiento permite al regulador mostrar a la sociedad y al mercado que el objetivo principal del *enforcement* es el cumplimiento efectivo de la ley, antes que la imposición (y recaudación) de multas.

Más allá de las valoraciones antes mencionadas, la efectividad de una técnica de cumplimiento regulatorio solo es posible de ser comprobada a través de resultados verificados en la práctica. En ese sentido, la experiencia de la CEB en la adopción de una estrategia de coordinación y persuasión para el cumplimiento de ciertos objetivos regulatorios sirve como base para afirmar que la regulación responsiva puede ser efectiva en ciertos casos.

VII. ESTRATEGIA «RESPONSIVA» DE LA CEB Y RESULTADOS OBTENIDOS

La experiencia en la realización de investigaciones de oficio (normativa y de campo) a entidades públicas por parte del personal de la CEB muestra que una de las razones principales por las que se imponen barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad —sobre todo a nivel de gobierno local— se relaciona con la falta de información y/o capacitación de los servidores públicos respecto del marco legal vigente en materia de simplificación de trámites y promoción de la iniciativa privada, más que con la mera voluntad de cometer una infracción a las leyes nacionales. Así, podría ser posible identificar distintos grupos de entidades a ser supervisadas, según su nivel de *información*, *capacidad* y *voluntad* de cumplimiento de la ley. Por tanto, la adecuación de las regulaciones municipales a la normativa nacional requiere de una estrategia de *enforcement* que sepa reconocer las limitaciones y capacidades de los agentes supervisados, utilizando las herramientas sancionadoras únicamente como último recurso.

A partir del año 2013, ya con las nuevas potestades sancionadoras de la CEB, se desarrolló una estrategia de investigación y supervisión que contempló las siguientes 4 etapas:

1.— Etapa de evaluación y diagnóstico

- Revisión de cada uno los TUPA y/u ordenanzas de las municipalidades distritales bajo jurisdicción de la CEB (Lima Metropolitana y el Callao) respecto de los procedimientos para

¿ES POSIBLE
HACER CUMPLIR
LA LEY SIN
SANCIONAR?
APLICANDO DE
MANERA
«RESPONSIVA» LA
REGULACIÓN EN
EL PERÚ

IS IT POSSIBLE
TO ENFORCE THE
LAW WITHOUT
SANCTIONING?:
APPLYING
REGULATION
WITH A
“RESPONSIVE”
APPROACH IN
PERU

obtener, entre otras, las autorizaciones para el despliegue de infraestructura en servicios públicos.

- Verificación sobre la vigencia del TUPA y/u ordenanza objeto de investigación.
- Evaluación de legalidad respecto de cada una de las exigencias, requisitos y/o cobros de los procedimientos antes mencionados, así como de las restricciones vinculadas a la actividad de despliegue de infraestructura.
- Identificación de las regulaciones posiblemente ilegales.

2.— Etapa informativa y de persuasión

- Envío de comunicaciones a las municipalidades sobre las posibles infracciones, en las que se les informaba lo siguiente:
 - i. Identificación de la posible infracción dentro de su TUPA y/u ordenanza.
 - ii. Marco normativo —de alcance nacional— que podría estar siendo vulnerado (posible infracción).
 - iii. Posible sanción por aplicar dicha regulación (hasta 20 UIT).
 - iv. Plazo para contestar sobre las acciones adoptadas sobre lo informado.
 - v. Posible sanción por no suministrar la información solicitada (hasta 50 UIT).
- Recepción de respuestas y *feedback* de las entidades, las cuales pueden clasificarse en:
 - i. Respuestas de compromiso: en la que la entidad acepta el diagnóstico realizado por la CEB y, en consecuencia, ofrece un futuro cambio (modificación o eliminación) en su regulación.
 - ii. Respuestas de adecuación: en la que la entidad comunica que ha adecuado su regulación con motivo de las recomendaciones efectuadas por la CEB.
 - iii. Respuestas de negativa de mejora: en la que la entidad manifiesta su oposición a las recomendaciones efectuadas, negándose a adecuar su regulación a las normas nacionales.

3.— Etapa de diálogo y coordinación

- En el caso de las respuestas de *compromiso*, la CEB inició un seguimiento regulatorio (o «regulatory tracking») que involucraba las siguientes actividades:

- i. Revisión diaria de los TUPA y/u ordenanzas de cada una de las municipalidades que ofrecieron una adecuación.
- ii. Coordinaciones telefónicas con los servidores públicos involucrados con el ofrecimiento de adecuación, con la finalidad de verificar el estado del proceso de modificación normativa.
- iii. De ser el caso, envío de nuevas comunicaciones, reiterando las posibles infracciones y recordando los compromisos de mejora.

4.– Etapa responsiva por parte de la CEB

- En el caso de las respuestas que evidencian una negativa a adecuarse a la ley, la CEB disponía, según fuera el caso, el inicio de los siguientes tipos de procedimientos:
 - i. Procedimiento administrativo sancionador en contra de la entidad, previo a la recolección de pruebas sobre la aplicación de las barreras burocráticas, cuando se trate de alguna de las 7 infracciones establecidas en el literal d) del artículo 26BIS del decreto ley 25868⁴¹; o,
 - ii. Procedimiento administrativo «declarativo» en contra de la entidad, con la finalidad de emitir, identificar y declarar oficialmente la ilegalidad y/o carencia de razonabilidad de la barrera burocrática investigada. Esta declaración, luego de ser publicada en el *Diario Oficial El Peruano*, conduce al inicio de un procedimiento sancionador en contra de los servidores públicos que apliquen tal barrera.

Es importante notar que la estrategia de investigación desplegada por la CEB coincide con el método de escalamiento piramidal desarrollado por Ayres y Braithwaite. En efecto, inicialmente, en la base de la pirámide se recurre al uso de cartas informativas que pueden persuadir a la municipalidad de modificar su normativa. En caso de no obtenerse

¿ES POSIBLE
HACER CUMPLIR
LA LEY SIN
SANCIONAR?
APLICANDO DE
MANERA
«RESPONSIVA» LA
REGULACIÓN EN
EL PERÚ

IS IT POSSIBLE
TO ENFORCE THE
LAW WITHOUT
SANCTIONING?:
APPLYING
REGULATION
WITH A
“RESPONSIVE”
APPROACH IN
PERU

41 Las infracciones son las siguientes:

- Exigir requisitos adicionales a los máximos establecidos en la ley 28976 (Ley Marco de Licencia de Funcionamiento) y en la ley 29090 (Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones), o en aquellas disposiciones legales que las sustituyan o complementen. Exigir derechos de tramitación incumpliendo lo dispuesto por el artículo 45 de la LPAG o el artículo 70 del la Ley de Tributación Municipal.
- Incumplir la obligación establecida en el artículo 38.8 de la LPAG.
- Establecer plazos mayores a los señalados en los dispositivos legales que regulan el otorgamiento de licencias, autorizaciones y permisos, así como al despliegue para la ejecución y/o implementación de infraestructura en servicios públicos a que hacen referencia los numerales 2 y 3 del literal c) del artículo 26BIS.
- Aplicar regímenes de silencio administrativo sin observar lo dispuesto en la ley 29060 (Ley del Silencio Administrativo), o la ley que la sustituya.
- Exigir documentación y/o información prohibidas de solicitar conforme a los artículos 40 y 41 de la LPAG.
- Incumplir la obligación establecida en el numeral 126.2 del artículo 126 de la LPAG.

un compromiso de adecuación como respuesta, la CEB «asciende» a un segundo escalón que implica el inicio de un procedimiento —declarativo o sancionador, según corresponda—, luego del cual las municipalidades aún tienen la posibilidad de adecuar su conducta en el tiempo que dure el procedimiento. Finalmente, si es que durante el procedimiento no se obtuvo una respuesta satisfactoria o un cambio de comportamiento, se emite una resolución final mediante la cual: (i) se declara con carácter oficial la ilegalidad y/o carencia de razonabilidad de la regulación cuestionada; y (ii) se impone una sanción directamente a la municipalidad procesada o se procede a publicar la resolución para que, posteriormente, ante cualquier denuncia de parte, pueda sancionarse a los servidores públicos de la entidad por aplicar la barrera.

La estrategia antes descrita ha sido efectiva (probablemente no en términos de imposición de multas) en cuanto al logro de la eliminación —con efectos generales— de las regulaciones que fueron identificadas como presuntamente ilegales por la CEB. Desde junio del 2013 hasta diciembre del 2015 (30 meses), se reportaron 1137 *barreras* burocráticas eliminadas de manera voluntaria por parte de gobiernos locales, sin que haya sido necesaria la imposición de sanciones⁴². De este total, 483 *correspondieron a barreras que afectaban* la tramitación de autorizaciones para el despliegue de infraestructura en *servicios públicos* de telecomunicaciones, distribución de energía eléctrica, gas natural y agua potable. El hecho de que la adecuación antes descrita fue producto del monitoreo efectuado por la CEB se puede corroborar en la *parte considerativa* de algunas de las normas (decretos de alcaldía y ordenanzas) que aprobaban la modificación y/o derogación de las barreras investigadas previamente⁴³. En efecto, dichos documentos reconocían que las comunicaciones cursadas por el INDECOPI (o el inicio de los procedimientos) sustentaban y motivaban el cambio normativo.

Este tipo de estrategia adoptado por la CEB no solo produce resultados a gran escala, sino que *además genera ahorros para el mercado y promueve un uso eficiente de los recursos del Estado*. En el caso de los agentes económicos, ha sido reportado en más de una oportunidad que la eliminación de barreras burocráticas puede generar ahorros millonarios (Mínguez, 2011; Coronado & otros, 2014)⁴⁴. En el caso

42 Esta cifra representa la cantidad de barreras eliminadas entre la etapa de investigación (antes del inicio formal de un procedimiento) hasta antes de la emisión de una resolución en la que se imponga una sanción o se declare formalmente la ilegalidad y/o irrazonabilidad de la barrera burocrática. Para mayor detalle, véase Secretaría Técnica de la CEB (2016)

43 Al respecto, ver Decreto de Alcaldía N° 014-2014-ACL/MVES, de la Municipalidad Distrital de Villa El Salvador, publicado el 13 de agosto de 2014.

44 En un primer estudio, elaborado por Raúl Mínguez, se concluyó que las decisiones de la CEB en el año 2010 generaron un beneficio de aproximado S/. 15 MM (aprox. US\$ 4900 MM) para los agentes económicos beneficiados con la eliminación de las barreras identificadas. En un segundo estudio, usando una fórmula similar, la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI estimó que la

del Estado, el INDECOPI se beneficia en la utilización responsable de los procedimientos sancionadores, los cuales definitivamente generan mayores costos que la emisión de cartas informativas y la realización de llamadas telefónicas, por lo que los métodos punitivos deben ser utilizados solo como último recurso y como herramienta disuasiva (o «pistola benigna»), en tanto se tenga la capacidad de utilizar otros medios más efectivos.

En efecto, la tramitación de un procedimiento administrativo sancionador no solo implica el despliegue de actividades de análisis, investigación y decisión, durante un plazo máximo de 120 días hábiles en la CEB, sino que implica el inicio de procedimientos de ejecución coactiva para perseguir el cobro de la multa. Además, una actitud colaborativa con estrategias de persuasión y coordinación, como la adoptada por la CEB, puede generar un ahorro en gastos de defensa jurídica en el caso de las entidades supervisadas, además de evitar el pago de una multa que puede llegar hasta las 20 UIT.

El proceso de la estrategia descrito y los resultados obtenidos por la CEB, entre los años 2013 y 2015, han sido reconocidos como un caso exitoso por parte del ICN y el Banco Mundial en su reciente concurso de abogacía de la competencia a nivel mundial (véase la página web del Banco Mundial), especialmente por su impacto en sectores estratégicos para la economía peruana como el de infraestructura en servicios públicos. A juicio de los referidos organismos internacionales, la práctica peruana destaca por los resultados a gran escala obtenidos, a pesar de que la CEB no cuenta con poderes de derogación de normas. Asimismo, la ICN y el Banco Mundial reconocen implícitamente que la actividad de control regulatorio de la CEB tiene un importante impacto en la defensa de la competencia al permitir que los agentes que desean ingresar o permanecer en el mercado vean eliminadas las barreras administrativas que obstruyen dichos fines.

Finalmente, más allá de los resultados obtenidos por la CEB, será importante determinar a través de la práctica y de la investigación si es que esta estrategia de *enforcement* puede ser replicada con éxito en otro tipo de órganos resolutivos y de supervisión (no solo dentro del INDECOPI, sino dentro de la administración pública en general). Para ello, debe tenerse en cuenta que cada ambiente regulatorio posee distintas características, ya sea por el marco legal que lo rige, el tipo de autoridad reguladora y sus atribuciones, los sujetos regulados, las partes interesadas, entre otros aspectos. Afortunadamente, la esencia de la regulación responsiva consiste en observar a los elementos y sujetos antes descritos, adoptando acciones según los mensajes y

¿ES POSIBLE
HACER CUMPLIR
LA LEY SIN
SANCIONAR?
APLICANDO DE
MANERA
«RESPONSIVA» LA
REGULACIÓN EN
EL PERÚ

IS IT POSSIBLE
TO ENFORCE THE
LAW WITHOUT
SANCTIONING?:
APPLYING
REGULATION
WITH A
“RESPONSIVE”
APPROACH IN
PERU

eliminación de 209 barreras por parte de la CEB en el año 2013 generó un ahorro de más de S/. 131 MM (aprox. US\$ 41280 MM).

comportamientos que se muestren en el mercado, partiendo de valores esenciales como el respeto, el diálogo, el uso eficiente de recursos y la coordinación entre Estado, empresa y ciudadanos.

VIII. CONCLUSIONES

Del presente documento es posible extraer las siguientes conclusiones:

1. La actividad regulatoria sobre los agentes económicos puede afectar la cantidad de ofertantes en el mercado; sin embargo, la legislación sobre defensa de la competencia usualmente no incluye métodos punitivos para conductas regulatorias, sino que ofrece un mecanismo de naturaleza consultiva y de persuasión, denominado «abogacía de la competencia».
2. Una de las principales limitaciones de una estrategia de abogacía de la competencia es su carácter no vinculante sobre las autoridades públicas.
3. El modelo de control regulatorio en el Perú resulta sorprendente a nivel comparado debido a que la autoridad de competencia peruana, a través de la CEB, posee como atribuciones las siguientes: (i) la emisión de mandatos de eliminación (general y particular) de las regulaciones identificadas como ilegales y/o irrazonables; y, (ii) la imposición de sanciones a los servidores públicos y entidades que desacaten sus mandatos y/o que infrinjan determinadas leyes y/o precedentes vinculantes.
4. La CEB posee un amplio ámbito de supervisión; sin embargo, en los últimos 3 años, consideró necesario priorizar los esfuerzos de investigación en sectores estratégicos como los servicios públicos esenciales (telecomunicaciones, distribución de energía eléctrica, agua potable y gas natural), con la finalidad de verificar que no se impongan barreras burocráticas ilegales y/o irrazonables por parte de los gobiernos locales.
5. La labor de la CEB enfrenta una limitación importante. Sus atribuciones no le permiten ordenar, vía un procedimiento iniciado de oficio, la eliminación con efectos generales de las barreras burocráticas contenidas en ordenanzas. Por lo tanto, se requiere la adopción de una estrategia de *enforcement* que no involucre el uso indiscriminado de sus potestades sancionadoras y que, a su vez, pueda lograr un efecto general en las regulaciones municipales.
6. La «regulación responsiva» es una estrategia de *enforcement* que consiste, principalmente, en que el regulador escale gradualmente una «pirámide de medidas» al momento de buscar el cumplimiento

de la ley, comenzando desde la base con acciones de persuasión y consejo hasta llegar a la cumbre con medidas más punitivas o sancionadoras, según el tipo de respuesta y compromiso que pueda obtener del sujeto regulado.

7. Una las razones principales por las que se imponen barreras burocráticas ilegales y/o irrazonables —sobre todo a nivel municipal— es la falta de información y/o capacitación de los servidores públicos respecto del marco legal vigente en materia de simplificación de trámites y promoción de la inversión privada, antes que por la mera voluntad de cometer una infracción.
8. En su actividad de supervisión sobre las municipalidades de Lima y Callao en materia de eliminación de regulaciones innecesarias para el despliegue de infraestructura en servicios públicos, la CEB adoptó una estrategia que coincide con el método de escalamiento piramidal desarrollado por Ayres y Braithwaite.
9. La CEB recurrió al uso de cartas informativas para persuadir a las municipalidades de modificar su normativa. Si es que durante la investigación o procedimiento no se obtenía una respuesta satisfactoria o un cambio de comportamiento, se procedía a la emisión de una resolución final sancionadora o con orden de publicación para una posible sanción.
10. La estrategia adoptada por la CEB dio como resultado la eliminación voluntaria de más de 1000 barreras burocráticas en menos de 3 años, de las que más del 40% (483) corresponden a regulaciones que afectaban el mercado de infraestructura de servicios públicos.
11. El proceso de la estrategia descrito y los resultados obtenidos en la CEB entre los años 2013 y 2015 fueron reconocidos como un caso exitoso por parte del ICN y el Banco Mundial en su reciente concurso de abogacía de la competencia a nivel mundial, especialmente por su impacto en sectores estratégicos para la economía peruana, como el sector de infraestructura en servicios públicos, entre otros.
12. El reto siguiente en la aplicación de la «regulación responsiva» en el Perú consiste en determinar a futuro —a través de la práctica y de la investigación— si es que esta estrategia de *enforcement* puede ser replicada con éxito a otro tipo de oficinas, no solo dentro del INDECOPI, sino dentro de la administración pública en general.

¿ES POSIBLE
HACER CUMPLIR
LA LEY SIN
SANCIONAR?
APLICANDO DE
MANERA
«RESPONSIVA» LA
REGULACIÓN EN
EL PERÚ

IS IT POSSIBLE
TO ENFORCE THE
LAW WITHOUT
SANCTIONING?:
APPLYING
REGULATION
WITH A
“RESPONSIVE”
APPROACH IN
PERU

IX. BIBLIOGRAFÍA

Ayres, Ian & John Braithwaite (1992). *Responsive regulation*. Oxford: Oxford University Press.

Baldwin, Robert (1990). Why rules don't work. *Modern Law Review*, 53(3), 321-337.

Baldwin, Robert & Julia Black (2007). *Really responsive regulation*. Londres: London School of Economics.

Banco Mundial. The 2015-2016 Competition Advocacy Contest. How to build a culture of competition for private sector development and economic growth. <http://www.worldbank.org/en/events/2015/10/30/the-2015---2016-competition-advocacy-contest-how-to-build-a-culture-of-competition-for-private-sector-development-and-economic-growth#5>.

Black, Julia (2001). Managing discretion. En *Penalties: policy, principles and practice in government regulation*. ALRC Conference Papers.

Bork, Robert H. (1993). *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nueva York: Basic Books.

Braithwaite, John (2011). The essence of responsive regulation. *UBC Law Review*, 44, 475-520.

Cambridge University Press (2016). Cambridge Dictionaries Online. <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/>.

Cecot, Caroline & otros (2008). An evaluation of the quality of impact assessment in the European Union with lessons for the US and the EU. *Regulation and Governance*, 2 (4), 405-424.

Congreso de la República (2000). Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. Ley 27332. *Diario Oficial El Peruano*, 29 de julio.

Congreso de la República (2001). Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley 27444. *Diario Oficial El Peruano*, 11 de abril.

Congreso de la República (2003). Ley Orgánica de Municipalidades. Ley 27972. *Diario Oficial El Peruano*, 27 de mayo.

Congreso de la República (2007a). Ley Marco de Licencia de Funcionamiento. Ley 28976. *Diario Oficial El Peruano*, 5 de febrero.

Congreso de la República (2007b). Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada. Ley 28996. *Diario Oficial El Peruano*, 4 de abril.

Congreso de la República (2007c). Ley para la Expansión de Infraestructura en Telecomunicaciones. Ley 29022. *Diario Oficial El Peruano*, 20 de mayo.

Congreso de la República (2007d). Ley del Silencio Administrativo. Ley 29060. *Diario Oficial El Peruano*, 7 de julio.

Congreso de la República (2007e). Ley de Regulación de Habilitaciones Urbanas y de Edificaciones. Ley 29090. *Diario Oficial El Peruano*, 25 de setiembre.

Congreso de la República (2012). Ley que restablece la vigencia de la Ley 29022: Ley para la Expansión de Infraestructura en Telecomunicaciones. *Diario Oficial El Peruano*, 29 de mayo.

Congreso de la República (2013). Ley que modifica diversas leyes para facilitar la inversión, impulsar el desarrollo productivo y el crecimiento empresarial. Ley 30056. *Diario Oficial El Peruano*, 2 de julio.

Congreso de la República (2014a). Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país. Ley 30230. *Diario Oficial El Peruano*, 12 de julio.

Congreso de la República (2014b). Ley que modifica la Ley 29022, Ley para la Expansión de Infraestructura en Telecomunicaciones. Ley 30228. *Diario Oficial El Peruano*, 12 de julio.

Coronado, Javier & otros (2014). Midiendo el costo económico potencial de las barreras burocráticas en el Perú. *Observatorio de Mercados*, 8(16).

Emberger, Geraldine (2006). How to strengthen competition advocacy through competition screening. *Competition Policy Newsletter (Opinions and Comments)*, 1, pp. 28-32.

Gunningham, Neil (2012). Chapter 7: Enforcement and compliance strategies. En Robert Baldwin y otros (eds.). *The Oxford handbook of regulation* (pp. 120-145). Oxford: Oxford University Press.

Hann, Robert W. & Patrick Dudley (2007). How well does the government do cost-benefit analysis? *Review of Environmental Economics and Policy*, 1(2), 192-211.

Hawkins, Keith (1984). Compliance Strategy. En *Environment and enforcement: regulation and the social definition of pollution*. Oxford: Oxford University Press.

Hawkins, Keith. (1990) «Compliance strategy, prosecution policy and aunt Sally». *British Journal of Criminology*, 30(4), 444-466.

Hovenkamp, Herbert J. (1985). Antitrust policy after Chicago. *Michigan Law Review*, 84, 213-284.

ICN (2002). Advocacy and Competition Policy. ICN's Conference. Naples, Italy. México: Comisión Federal de Competencia.

ICN (2009a). ICN factsheet and key messages. <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc608.pdf>

ICN (2009b). Report on Assessment of ICN Members' Requirements and Recommendations on Further ICN Work on Competition Advocacy. Presented at the 8th Annual Conference of the ICN (Zurich, June 2009).

INDECOPI (1997). Resolución 186-97-TDC-INDECOPI.

¿ES POSIBLE
HACER CUMPLIR
LA LEY SIN
SANCIONAR?
APLICANDO DE
MANERA
«RESPONSIVA» LA
REGULACIÓN EN
EL PERÚ

IS IT POSSIBLE
TO ENFORCE THE
LAW WITHOUT
SANCTIONING?:
APPLYING
REGULATION
WITH A
"RESPONSIVE"
APPROACH IN
PERU

- INDECOPI (2007a). Resolución 0019-2007/CAM-INDECOPI.
- INDECOPI (2007b). Resolución 1493-2007/TDC-INDECOPI.
- INDECOPI (2008a). Resolución 0013-2008/CAM-INDECOPI.
- INDECOPI (2008b). Resolución 1692-2008/TDC-INDECOPI.
- INDECOPI (2010). Resolución 3065-2010/SC1- INDECOPI.
- INDECOPI (2012). Resolución 0334-2012/CEB- INDECOPI.
- INDECOPI (2013a). Directiva 011-2013/DIR-COD-INDECOPI.
- INDECOPI (2013b). Resolución 0459-2013/CEB-INDECOPI.
- INDECOPI (2013c). Resolución 1232-2013/SDC- INDECOPI.
- INDECOPI (2014a). Resolución 0017-2014/CEB- INDECOPI.
- INDECOPI (2014b). Resolución 0143-2014/CEB-INDECOPI.
- INDECOPI (2014c). Resolución 0170-2014/CEB-INDECOPI.
- INDECOPI (2015a) Resolución 0368-2015/CEB-INDECOPI.
- INDECOPI (2015b). Resolución 0188-2015/SDC-INDECOPI.
- INDECOPI (2015c). Resolución 0194-2015/CEB-INDECOPI.
- INDECOPI (2015d). Resolución 0226-2015/SDC-INDECOPI.
- INDECOPI (2015e). Resolución 0271-2015/SDC-INDECOPI.
- INDECOPI (2015f). Resolución 0284-2015/SDC-INDECOPI.
- INDECOPI (2015g). Resolución 0340-2015/SDC- INDECOPI.
- INDECOPI (2015h). Resolución 0453-2015/CEB-INDECOPI.
- INDECOPI (2015i). Resolución 0513-2015/SDC-INDECOPI.
- Ivec, Mary & Valerie Braithwaite (2015). Application of responsive regulatory theory in Australia and overseas: update. Canberra: Regulatory Institutions Network-Australian National University.
- Jones, Alison & Brenda Sufrin (2014). *EU Competition Law. Text, cases, and materials*. Quinta edición. Oxford: Oxford University Press.
- Kagan, Robert A. y John T. Scholz (1984). The «criminology of the corporation» and regulatory enforcement strategies. En Keith Hawkins y John Thomas (eds.), *Enforcing regulation* (pp. 67-95). Boston: Kluwer-Nijhoff.
- Majone, Giandomenico (1997). From the Positive to the Regulatory State: causes and consequences of changes in the mode of governance. *Journal of Public Policy*, 17(2), 139-167.
- Mínguez, Raúl (2011). Estudio de medición del impacto de las barreras burocráticas en el mercado. Lima: Programa COMPAL-Proyecto para el Perú.

Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (2004). Reglamento de Restaurantes. Decreto supremo 025-2004-MINCETUR. *Diario Oficial El Peruano*, 10 de noviembre.

Ministerio de Transportes y Comunicaciones (2007). Reglamento de la ley 29022: Ley para la Expansión de Infraestructura en Telecomunicaciones. Decreto supremo 003-2015-MTC. *Diario Oficial El Peruano*, 13 de noviembre.

Ochoa Mendoza, Francisco J. (2015). Fundamentos del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas. *Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual*, 19 (10), 1-56.

OECD (2003) The objectives of competition law and policy. OECD Global Forum on Competition. <http://www.oecd.org/daf/competition/2486329.pdf>.

OECD (2008) Introductory handbook for undertaking regulatory impact analysis. París: OECD Publishing.

OECD (2009). Regulatory Impact Analysis. A Tool for Policy Coherence. París: OECD Publishing.

Parker, Christine (2006). The «compliance» trap: the moral message in responsive regulatory enforcement. *Law & Society Review*, 40(3), 591-622.

Presidencia de la República (1992). Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual —INDECOPI. Decreto ley 25868. *Diario Oficial el Peruano*, 24 de noviembre.

Presidencia de la República (1996). Facultades, Normas y Organización del INDECOPI. Decreto legislativo 807. *Diario Oficial El Peruano*, 18 de abril.

Presidencia de la República (2008a). Decreto legislativo que establece medidas para propiciar la inversión en materia de servicios públicos y obras públicas de infraestructura. Decreto Legislativo 1014. *Diario Oficial El Peruano*, 16 de mayo de 2008.

Presidencia de la República (2008b). Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial-INDECOPI. Decreto legislativo 1033. *Diario Oficial El Peruano*, 25 de junio.

Presidencia de la República (2008c). Decreto legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Decreto legislativo 1034. *Diario Oficial El Peruano*, 25 de junio.

Presidencia de la República (2015a). Reglamento de la ley 30228. Decreto supremo 003-2015-MTC. *Diario Oficial El Peruano*, 18 de abril.

Presidencia de la República (2015b). Decreto legislativo que refuerza las facultades sobre eliminación de barreras burocráticas para el fomento de la competitividad. Decreto legislativo 1212. *Diario Oficial El Peruano*, 24 de setiembre.

¿ES POSIBLE
HACER CUMPLIR
LA LEY SIN
SANCIONAR?
APLICANDO DE
MANERA
«RESPONSIVA» LA
REGULACIÓN EN
EL PERÚ

IS IT POSSIBLE
TO ENFORCE THE
LAW WITHOUT
SANCTIONING?:
APPLYING
REGULATION
WITH A
“RESPONSIVE”
APPROACH IN
PERU

Presidencia de la República (2015c). Decreto supremo que aprueba la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) para el año 2016. Decreto supremo 397-2015-EF. *Diario Oficial El Peruano*, 24 de diciembre.

Presidencia del Consejo de Ministros (1996). Texto único ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. Decreto Supremo 059-96-PCM. *Diario Oficial El Peruano*, 27 de diciembre.

Presidente de los Estados Unidos (1993). Executive Order 12866. 58 FR 51735, 4 de octubre.

Quintana, Eduardo (2011). El objetivo de la ley de competencia peruana y la interpretación de las conductas prohibidas. *Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual*, 13(7), 19-59.

Secretaría Técnica de la CEB (2016). Listado de barreras burocráticas eliminadas por acciones de la CEB. <https://www.indecopi.gob.pe/web/eliminacion-de-barreras-burocraticas/informacion-util>

Tribunal Constitucional (2010). Sentencia recaída en el expediente 00014-2009-AI. Alcalde de la Municipalidad Metropolitana de Lima (demandante) contra Congreso de la República (demandado). 25 de agosto.

Tribunal Constitucional (2011). Sentencia recaída en el expediente 00031-2010-AI. Municipalidad Metropolitana de Lima contra el Poder Ejecutivo. 23 de mayo.

Recibido: 28/03/2016
Aprobado: 20/04/2016

El tratamiento de los servicios públicos en los arbitrajes de inversión: una propuesta desde la perspectiva del derecho administrativo global

Public services in the international investment arbitration: an approach under the perspective of the global administrative law

JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ GONZÁLEZ*

Resumen: El servicio público ha sido, tradicionalmente, un concepto propio del derecho administrativo doméstico. Sin embargo, como consecuencia de la globalización, la regulación del servicio público, como manifestación de la actividad administrativa, pasa a estar regida también por el derecho administrativo global, especialmente, en el contexto del arbitraje internacional de inversiones.

Palabras clave: servicio público – regulación – derecho administrativo global – arbitraje internacional de inversiones

Abstract: The public service has been, traditionally, a domestic concept of the Administrative Law. However, as a consequence of globalization, the public service regulation by the Administration is also subject to the Global Administrative Law, specifically in the context of the international investment arbitration.

Key words: public service – regulation – global administrative law – international investment arbitration

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. REGULACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMPARADO EN IBEROAMÉRICA.– II.1. BREVES NOTAS SOBRE LA IMPORTANCIA DEL SERVICIO PÚBLICO COMO CONCEPTO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMPARADO EN IBEROAMÉRICA.– II.2. INTRODUCCIÓN DEL CONCEPTO DE REGULACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMPARADO EN IBEROAMÉRICA.– II.3. REGULACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS COMO SÍNTESIS.– III. LA REGULACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL.– III.1. APROXIMACIÓN AL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL.– III.2. ACTIVIDAD REGULATORIA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL Y

* Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela y en la Universidad Católica Andrés Bello. Director del Centro de Estudios de Derecho Público, Universidad Monteávila. Investigador visitante en Georgetown University. Correo electrónico: ignandez@gmail.com

SU IMPACTO EN EL SERVICIO PÚBLICO. LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL REGULATORIA.– IV. ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES Y SU IMPACTO EN LA REGULACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.– IV.1. PRELIMINAR. EL IMPACTO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES SOBRE LA REGULACIÓN DOMÉSTICA DEL SERVICIO PÚBLICO.– IV.2. TRATO JUSTO Y EQUITATIVO COMO ESTÁNDAR ESPECIALMENTE APLICABLE A LA REGULACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO.– IV.3. A MODO DE RECAPITULACIÓN: REGULACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO, DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL Y GOBERNANZA.– V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El servicio público es una de las figuras claves del derecho administrativo en Iberoamérica. Así, el servicio público se emplea para describir cierta forma de la actividad administrativa o para fijar un criterio que permita abordar un concepto de derecho administrativo. En cualquiera de estas modalidades, el servicio público siempre ha aludido a una *actividad del Estado*, con lo cual, ha sido un *concepto estatal*. En su manifestación más difundida, el servicio público ha intensificado esa característica, al presentarse como un *concepto estatista*. Aquí interesa diferenciar el *concepto estatal* de derecho administrativo del *concepto estatista*. El primero reconoce que el derecho administrativo regula una parcela concreta del quehacer del Estado, mientras que el segundo concepto sitúa al Estado en el centro del derecho administrativo.

Así, el servicio público alude, en su primera expresión más difundida, a las actividades que satisfacen necesidades de interés general y que, por tal razón, han sido «asumidas» por el Estado, quien se encarga —típicamente en condiciones de monopolio— de su gestión. Por ello se trata de un concepto estatista, en el sentido que pivota en torno al Estado. La concepción estatista del servicio público ha cedido en tiempos recientes a favor de una *concepción material o sustantiva*, en la cual el énfasis se coloca en el control que debe ejercer el Estado sobre la gestión de la actividad, pero asumiendo que tal gestión estará a cargo de la iniciativa privada. En este contexto, se introdujo el concepto de *regulación del servicio público* para aludir a la intervención administrativa que garantiza el cumplimiento de ciertos objetivos, pero siempre procurando que la gestión del servicio público se lleve a cabo en condiciones de mercado y, por ende, de competencia.

Incluso con el cambio importante que este concepto introdujo, lo cierto es que la regulación de servicio público sigue describiendo a una actividad propia del Estado, o sea, una *actividad estatal*, aunque no estatista, pues reconoce la primacía del mercado como mecanismo para transar esas actividades. Es en este punto en el cual ha operado una todavía más reciente y monumental transformación: *la regulación del servicio público*

ya no es un concepto estatal, pues alude también a un sistema jurídico que se desarrolla en el espacio global. Lo anterior responde a una consecuencia muy específica de la globalización sobre el derecho administrativo, que ha permitido a un sector de la doctrina postular la existencia del derecho administrativo *global*, definido principalmente a través de la *administración global*. De esa manera, la administración global lleva a cabo una actividad calificada de regulación y que incide en actividades tradicionales consideradas servicio público. Una muestra específica de esa regulación en el espacio global deriva de la cooperación regulatoria asumida en el marco de tratados de integración que promueven la libre transferencia de capitales y servicios.

La existencia de una regulación que no emana del Estado pero que incide en la gestión doméstica del servicio público plantea retos importantes en cuanto a la compatibilidad de esa regulación global con la gobernanza democrática. El derecho administrativo global, precisamente, pretende paliar ese déficit democrático, exigiendo que las decisiones adoptadas en el espacio global sean racionales y que, además, sean consecuencia de un previo procedimiento basado en el principio de participación.

La relación entre la regulación del servicio público y la globalización, finalmente, puede estudiarse desde otra arista, a saber, la incidencia derivada del control de la regulación doméstica del servicio público por parte del arbitraje internacional de inversiones. Frente a quienes conciben a ese arbitraje como un mecanismo limitado a resolver disputas comerciales, en este ensayo se considera que el arbitraje, al actuar como control externo sobre la administración doméstica, coadyuva a la defensa del Estado de derecho en el espacio global. Pero para cumplir debidamente ese objetivo, es preciso que el arbitraje considere a los principios generales de derecho administrativo como fuentes del derecho internacional de acuerdo con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Esto permitirá que el control arbitral de la regulación doméstica del servicio público se encuadre en un marco general de derecho administrativo.

Tales son, en síntesis, los temas tratados en el presente estudio, en el cual la relación entre la regulación y el servicio público se plantea en tres etapas: (i) desde la concepción tradicional del servicio público; (ii) desde la introducción del concepto de regulación del servicio público; y (iii) desde la incidencia de la globalización sobre la regulación del servicio público, tomando en cuenta (a) la existencia de una regulación global y (b) el impacto del arbitraje internacional de inversiones sobre la regulación doméstica del servicio público.

EL TRATAMIENTO
DE LOS SERVICIOS
PÚBLICOS EN LOS
ARBITRAJES DE
INVERSIÓN: UNA
PROPUESTA DESDE
LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO
GLOBAL

PUBLIC
SERVICES IN THE
INTERNATIONAL
INVESTMENT
ARBITRATION: AN
APPROACH UNDER
THE PERSPECTIVE
OF THE GLOBAL
ADMINISTRATIVE
LAW

II.1. Breves notas sobre la importancia del servicio
público como concepto en el derecho administrativo
comparado en Iberoamérica

La tesis del servicio público representa uno de los aportes de mayor relevancia que el derecho administrativo francés ha hecho al derecho administrativo comparado. Desde su formulación científica inicial a finales del siglo XIX, el servicio público ha jugado un papel relevante en el concepto de derecho administrativo, especialmente, desde el análisis comparado del derecho administrativo Iberoamericano. ¿Por qué el concepto de servicio público ha tenido tanta influencia? La respuesta a esta pregunta se torna más compleja si consideramos la imprecisión conceptual del servicio público, no solo en Francia, sino también en Iberoamérica. Pese a ello, no dudamos en afirmar que el servicio público es uno de los conceptos fundamentales del derecho administrativo comparado en Iberoamérica.

Una posible explicación a esta interrogante es que *el servicio público permite articular, desde el derecho administrativo, la respuesta institucional a los cometidos sociales de la administración pública*. En efecto, en sus orígenes, y como es sabido, el servicio público se presentó como una explicación alternativa a la fundamentación jurídica del Estado. León Duguit señaló, en este sentido, lo siguiente: «La noción de servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del derecho público [...] Decir que un servicio deviene o llegará a ser un servicio público, es decir que este servicio será organizado por los gobernantes, que funcionará bajo su intervención y que deberán asegurar su funcionamiento sin interrupción» (Duguit, 1926, p. 111). De allí surge el primer concepto descriptivo de servicio público: el conjunto de actividades que satisfacen necesidades de interés general y que, por ello, han de ser asumidas por el Estado, a fin de garantizar su prestación en condiciones de igualdad, regularidad y mutabilidad. Este concepto, por ejemplo, puede ser encontrado en Marienhoff (1993, p. 311). Bajo esta visión, el concepto de servicio público es material, pero incorpora también un elemento subjetivo, referido a la presencia del Estado.

Desde esta perspectiva, el servicio público aparece como una excepción a los principios liberales tradicionales del derecho administrativo. Así, de acuerdo con la tesis del servicio público, existen ciertas necesidades cuya satisfacción no puede quedar entregada a la libre iniciativa privada. Antes por el contrario, el Estado —a través de su Administración— debe intervenir con un propósito final: asegurar que esas actividades

sean atendidas adecuadamente. De allí derivan las «reglas del servicio público» (Esplugas, 2012, pp. 27ss.), de acuerdo con las cuales, las actividades de servicio público deben ser ofrecidas a todos los usuarios en igualdad de condiciones; de manera continua y regular, y adaptándose al cambio de esas necesidades. El servicio público, desde esta perspectiva, es un título que justifica la intervención administrativa en el orden socioeconómico. Es, además, un título que justifica esa intervención con un carácter más expansivo que la intervención derivada del llamado orden público, y resumida en la categoría de la actividad de policía administrativa (Brewer-Carías, 1981, pp. 65 ss.).

Todo lo anterior configuró al concepto de servicio público como un concepto estatista. Las actividades declaradas o consideradas servicio público son «asumidas» por el Estado, lo que implica —al menos, según una posición que consideramos preponderante en la doctrina— que esas actividades pasan a ser actividades estatales, o sea, actividades propias del Estado (*publicatio*), quien podrá gestionarlas directamente (a través de la Administración) o de manera indirecta (por medio de la iniciativa privada, pero bajo el control de la Administración). De allí devino un «concepto propio» o «estricto» de servicio público, especialmente desarrollado por la doctrina española (Garrido Falla, 1994, pp. 7ss.). A partir de este concepto, especialmente trabajado hacia la mitad del siglo pasado, el derecho administrativo se definió sobre la base del servicio público, con una influencia notable de la doctrina francesa (Jezè, 1947, p. 1). Por ello, el concepto de derecho administrativo dependió, en Iberoamérica, del servicio público (Bielsa, 1947, p. 5; Lares Martínez, 2001, pp. 203ss.).

Este apretado resumen nos permite formular algunas conclusiones generales en torno a la importancia del servicio público en el derecho administrativo comparado en Iberoamérica: en primer lugar, el derecho administrativo en Iberoamérica tomó el concepto de servicio público del derecho francés para adaptarlo a su propia realidad. Como punto en común, encontramos la idea según la cual el servicio público alude a actividades de interés general o interés social que, por tal razón, son asumidas por el Estado (Hernández González, 2006, p. 236). Con lo cual, el servicio público es un cometido asumido por el Estado. En segundo lugar, el servicio público caracterizó a una técnica de la actividad administrativa llamada, precisamente, «actividad administrativa de servicio público». Esta actividad presenta un contenido doble. Por un lado, la actividad de servicio público alude a la gestión directa del servicio público por parte de la Administración. Por el otro lado, la actividad de servicio público alude al control de la Administración sobre la gestión indirecta del servicio público por parte de la iniciativa privada (Araujo-Juárez, 2010, pp. 221ss.). Esa gestión indirecta, típicamente, se

EL TRATAMIENTO
DE LOS SERVICIOS
PÚBLICOS EN LOS
ARBITRAJES DE
INVERSIÓN: UNA
PROPUESTA DESDE
LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO
GLOBAL

PUBLIC
SERVICES IN THE
INTERNATIONAL
INVESTMENT
ARBITRATION: AN
APPROACH UNDER
THE PERSPECTIVE
OF THE GLOBAL
ADMINISTRATIVE
LAW

lleva a cabo por medio de la concesión (Badell, 2002, p. 23; Santofimio Gamboa, 2011, pp. 43ss.).

En tercer lugar, cuando el servicio público es gestionado por la iniciativa privada a través de la concesión, la Administración se encarga de controlar la actuación del concesionario privado. Pero ese control es, en cierto modo, resultado de una especie de actividad interna de la Administración, pues se considera que la Administración interviene sobre un derecho que le es propio, delimitando su contenido. Conviene finalizar este punto resaltando que el servicio público es también una idea finalista (Martín Rebollo, 2003, p. 494). Con ello quiere decirse que el servicio público responde, más allá de la técnica empleada, a un propósito final: asegurar, mediante la acción colectiva del Estado, la satisfacción de ciertas necesidades consideradas de interés general. Ello es lo que ha permitido mantener esa figura, incluso, en un contexto económico muy distinto a aquel bajo el cual esa figura surgió, caracterizado por la promoción de la libertad económica en el marco de la regulación dictada por el Estado, como veremos en el punto siguiente.

II.2. Introducción del concepto de regulación en el derecho administrativo comparado en Iberoamérica

La importancia del servicio público no se vio afectada por su crisis o, más bien, *sus crisis* (Chevallier, 1997, pp. 8ss.). Hubo, así, una «crisis conceptual», por la extensión del concepto de servicio público a actividades de gestión económica de la Administración a través de los llamados «servicios públicos industriales y comerciales» (Waline, 2008, pp. 348ss.). Luego encontramos la «crisis material», consecuencia de la —así denominada— «crisis del Estado social» (Martín-Retortillo Baquer, 2000, pp. 203ss.). Esa crisis afectó las formas de intervención administrativa respecto del servicio público (Fernández, 1996, pp. 37ss.), pero en modo alguno menguó la importancia del servicio público dentro del derecho administrativo en Iberoamérica. De esa manera, la llamada crisis del Estado social llevaría a replantear las técnicas tradicionales de intervención estatal sobre el servicio público, en parte, como modo de paliar el expansivo gasto público (Martín Mateo, 1999, pp. 25ss.). Consecuentemente, se implementaron programas de liberalización traducidos en la privatización, la desregulación y la neo-regulación.

Mientras que algunos entendieron que ese cambio debía producir la «muerte» del servicio público, otros apostaron por adecuar la figura al entorno de la liberalización. Tal fue la tesis expuesta por Gaspar Ariño Ortiz (1997, p. 25) sobre el «nuevo servicio público», y de acuerdo con la cual, el servicio público adquiere una nueva realidad en un marco jurídico que garantiza la libertad de empresa y la competencia. Esto implicó, en palabras de Cassagne (2010, p. 484) desplazar el concepto

subjetivo de servicio público centrado en el Estado, por un concepto material u objetivo, en el cual el servicio público es gestionado en condiciones de mercado bajo la regulación del Estado.

En esta renovación conceptual, la impronta de España —y, por ende, del derecho europeo— ha sido fundamental. Como resume Zegarra (2005a, p. 200) «la vigencia de la noción del servicio público estaría unida al nuevo marco conceptual introducido por la Unión Europea», en el cual el objetivo de la cohesión social se cohonestó con la promoción de la libre competencia, a través del concepto específico de «servicios de interés económico general».

Un cambio importante en este sentido operó en la actividad de limitación de la Administración. Frente a la actividad interna que caracterizó a la visión tradicional del servicio público en su gestión indirecta por la iniciativa privada, el nuevo servicio público llevó a diseñar técnicas de limitación externas que incidían sobre la libertad económica, pero siempre de acuerdo con el principio de menor intervención y subsidiariedad. Esas técnicas, además, debían compatibilizarse con la libre competencia y, por ello, con el mercado (de la Cuétara, 1999, pp. 125ss.). Como se trató de una idea nueva, fue necesario acuñar un concepto nuevo. Fue así como se introdujo, en Iberoamérica, el concepto de «regulación».

El concepto de regulación ha sido ampliamente tratado en el derecho administrativo de Estados Unidos (Breyer & Stewart, 1992, pp. 6-11). Incorporar este concepto al bagaje conceptual del derecho administrativo en Iberoamérica supuso no pocos retos, pues la tradición ha sido enfocar este tipo de actividad administrativa a través de la categoría de la policía administrativa (Tornos Mas, 2000, p. 1338). En todo caso, no puede interpretarse la teoría de la regulación económica, simplemente, como una denominación distinta de la actividad de policía o limitación. Antes por el contrario, es preciso dotar a ese concepto de una realidad específica que considere el análisis económico en la justificación de la actividad de regulación (de la Cruz Ferrer, 2002, p. 147; Meilán, 2011, p. 318).

Bajo esta concepción persiste la idea del servicio público: que existen necesidades de interés general cuya satisfacción debe ser garantizada por el Estado. Lo que cambia —y mucho— es la técnica a la cual acude el Estado para lograr ese objetivo, pues frente al régimen exorbitante del servicio público tradicional, la regulación del servicio público se basa en la promoción de la libre iniciativa económica (Hernández González, 2006, p. 147). Dentro de los muchos ejemplos que podemos señalar para ejemplificar este cambio, podemos referirnos al concepto de «*servicio universal de telecomunicaciones*». Como resume Diego Zegarra (2005b, p. 516), respecto del servicio público, el servicio universal abandona el elemento subjetivo configurador de tal concepto. Pero, a la vez,

EL TRATAMIENTO
DE LOS SERVICIOS
PÚBLICOS EN LOS
ARBITRAJES DE
INVERSIÓN: UNA
PROPUESTA DESDE
LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO
GLOBAL

PUBLIC
SERVICES IN THE
INTERNATIONAL
INVESTMENT
ARBITRATION: AN
APPROACH UNDER
THE PERSPECTIVE
OF THE GLOBAL
ADMINISTRATIVE
LAW

mantiene el principio conforme al cual la Administración debe asegurar la prestación de ciertas actividades bajo determinadas condiciones. Por ello, el concepto de servicio público ha sido relacionado con el de servicio universal (Hernández-Mendible, 2009, p. 104). Así, como hemos expuesto en otro lugar (Hernández González, 2005, p. 27), el servicio universal mantiene la idea del servicio público como sinónimo de garantía de prestación de ciertas actividades bajo parámetros de calidad mínima, pero reconoce que, en virtud del principio de subsidiariedad, la intervención administrativa debe causar la menor lesión al mercado, es decir, a la libertad de empresa, la propiedad privada y la competencia efectiva.

II.3. Regulación de servicios públicos como síntesis

La llamada «regulación de servicios públicos» puede ser caracterizada, entonces, como una «síntesis», o sea, como la convergencia de la tesis del servicio público con la tesis de la regulación. Esa convergencia es compleja, habida cuenta de los orígenes disímiles de ambas tesis: mientras que el servicio público parte de la predominancia del Estado sobre la iniciativa privada, la tesis de la regulación parte de la predominancia de la iniciativa privada sobre el Estado.

Con todo, la regulación de servicio público se traduce en diversas limitaciones administrativas sobre la libre iniciativa privada. Esa actividad administrativa de limitación debe respetar un conjunto de garantías jurídicas que reconocen que esa limitación implica la restricción de derechos fundamentales como la libertad económica y la propiedad privada (Hernández González, 2004, p. 202). Tal es una de las funciones básicas que el derecho administrativo atiende en este nuevo contexto: asegurar el cumplimiento de las garantías jurídicas de la libertad de empresa propias del Estado de Derecho (Rodríguez-Arana Muñoz, 2014, p. 336).

Así, frente a esta regulación, el derecho administrativo (i) garantiza que el proceso de toma de decisiones responda al principio general de participación, conforme al principio general de transparencia; (ii) garantiza que la regulación adoptada cuente con el anclaje legal necesario y sea proporcional y adecuada, conforme al principio general de menor intervención; y (iii) permite a los interesados acudir a mecanismos autónomos e independientes de revisión de la regulación dictada, lo que se traduce en la garantía del derecho de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa. Este sistema de garantías, como corresponde al derecho administrativo, es un sistema doméstico, es decir, es un sistema de derecho público interno anclado en el concepto estatal de derecho administrativo. Por lo anterior, la tesis de la regulación del servicio público responde a un concepto estatal, pues esa regulación es

una función propia de la Administración de cada Estado, la cual queda regulada por el derecho público interno y sometida al control del Poder Judicial doméstico.

III. REGULACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

III.1. Aproximación al derecho administrativo global

La relación entre el derecho administrativo y la globalización ha sido considerada para postular la existencia del derecho administrativo *global*, de acuerdo con los principios condesados por Kingsbury, Nico y Stewart (2005, pp. 15ss.), y tratados también por Mir Puigpelat (2004, p. 208) y Casse (2010, pp. 761ss.), entre otros autores. Resumiremos, a continuación, el contenido básico de esta propuesta, tomando en cuenta las reflexiones que llevaron a su formulación, para luego conectar esa tesis con la figura de la regulación del servicio público.

Una de las primeras reflexiones en relación con el impacto de la globalización sobre el derecho administrativo fue realizada por Alfred Aman (2001a, pp. 341ss.). Entonces, la preocupación principal residía en las consecuencias de la globalización sobre el gobierno, la gobernanza democrática y la rendición de cuentas o *accountability*. En efecto, el surgimiento de un ordenamiento global con «autoridades» igualmente globales (Slaughter, 2011, pp. 177ss.) cuyo origen, sin embargo, no era democrático, llevó a considerar cómo los principios de gobernanza democrática y rendición de cuentas podían cobrar vigencia en ese ámbito global. Se entendió, entonces, que era útil enfocar la actividad de esas autoridades a través del derecho administrativo, en tanto uno de los objetivos de ese derecho es, precisamente, garantizar la gobernanza democrática y la rendición de cuentas. En suma, la aplicación del derecho administrativo pretendía cubrir lo que Shapiro (2001, pp. 369ss.) denominó el «problema democrático», o lo que Aman calificó como el «déficit democrático» (2001b, p. 379).

Es decir, la doctrina observó cómo la globalización había derivado en el surgimiento de autoridades internacionales que ejercían una actividad similar a la actividad administrativa. La existencia de esas autoridades, advertimos, no es novedosa, pues la doctrina (Fernández Lamela, 2012, pp. 30ss.) recuerda cómo el derecho administrativo ya se había encargado de analizar a la «Administración Internacional», a fin de describir la existencia de organismos internacionales con funciones similares a las funciones de la Administración, como puede suceder, por ejemplo, en el marco de la Organización de Naciones Unidas (ONU). Lo novedoso fue el cambio que la globalización produjo en el funcionamiento de la «Administración Internacional», debido, básicamente, a las siguientes

EL TRATAMIENTO
DE LOS SERVICIOS
PÚBLICOS EN LOS
ARBITRAJES DE
INVERSIÓN: UNA
PROPUESTA DESDE
LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO
GLOBAL

PUBLIC
SERVICES IN THE
INTERNATIONAL
INVESTMENT
ARBITRATION: AN
APPROACH UNDER
THE PERSPECTIVE
OF THE GLOBAL
ADMINISTRATIVE
LAW

razones: (i) la globalización derivó en el crecimiento del número de organismos internacionales, los cuales adquirieron nuevas y variadas funciones; (ii) tales organismos comenzaron a dictar normas jurídicas, de lo cual devino una suerte de derecho derivado dentro del derecho internacional; (iii) dentro de ese ordenamiento, los organismos internacionales ampliaron el catálogo de medidas que podían dictar con efecto inmediato sobre los Estados; y (iv) se crearon organismos de revisión en el ámbito internacional (Van Harten, 2008, pp. 97ss.).

En cierto modo, la globalización promovió la creación de redes de «Administraciones Internacionales» con una complejidad tal que se entendió que había surgido un auténtico ordenamiento jurídico y, con él, una Administración Global. Es decir, que la existencia de un ordenamiento global, de contenido principalmente económico, llevó a la doctrina a observar cómo las decisiones usualmente adoptadas por el Estado —por medio de su Administración— ahora eran resultado de procesos en el orden global. De acuerdo con Kinney (2002, p. 415), el derecho administrativo podía ofrecer herramientas para que la toma de decisiones en el orden global fuese resultado de procedimientos transparentes y accesibles, favorables a la rendición de cuentas. Continuando con estas reflexiones, Kingsbury, Nico y Stewart (2005, pp. 15ss.) observaron cómo, en el ámbito global, esas autoridades —de formación heterogénea— podían ser caracterizadas como *Administraciones Globales*, en tanto llevan a cabo una actividad concreta para atender las necesidades específicas del ordenamiento global, actividad similar a la actividad administrativa en el orden doméstico (Muci Borjas, 2007, p. 45).

Como puede verse, el concepto de Administración Global es funcional, no orgánico. Por ello, para Libardo Rodríguez: «el derecho administrativo transnacional o global puede ser definido como el conjunto de principios y reglas jurídicas que tienen por objeto regular la organización de la administración pública transnacional y la actividad administrativa de los órganos que conforman dicha administración y de las personas públicas o privadas que son afectadas por esa actividad» (2013, p. 4). Ello resulta por demás lógico, en tanto el concepto orgánico presupone al Estado y, en estos casos, según la doctrina, se *trata de una Administración sin Estado*. Así, el derecho administrativo global es un *derecho sin Estado* (Battini, 2003, p. 271), lo que choca con la definición del derecho administrativo como un *derecho estatal* (Brewer-Carías, p. 243). Este choque implica un problema conceptual que, en nuestra opinión, no se ha resuelto del todo. Ciertamente, el derecho administrativo global es solo un nombre que trata de describir una realidad específica derivada de la globalización económica (Harlow, 2006, p. 187). De esa realidad se ha intentado construir un derecho administrativo que no depende ya del Estado —no es, por ende, un *derecho estatal*—, por cuanto depende

de la existencia de las llamadas Administraciones Globales, concepto que incluso se ha extendido a organizaciones privadas internacionales que, a decir de los autores, participan en el ejercicio de una «actividad administrativa» (Battini, 2005, p. 2).

Quizás por ello ese derecho aparece articulado en torno a ciertos principios generales (Rodríguez-Arana, 2009, p. 7), en los cuales se aprecia la influencia del derecho administrativo de Estados Unidos (Stewart, 2005, p. 73), pero también del derecho europeo (Ballbé, 2007, p. 215). Por ello, se ha observado que la formulación de tales principios es resultado de un *ejercicio comparativo de diversos sistemas* (Wuertenberger & Karacz, 2008, p. 577). Ahora bien, si el concepto de Administración Global es funcional, es preciso caracterizar la función ejercida por esa Administración. Para ello, la doctrina ha acudido al concepto de *regulación*, ya tratado. De esa manera, el concepto de actividad o función administrativa adoptado en el espacio global es ciertamente amplio: *la adopción de medidas individuales o regulatorias que procuran la tutela del interés general*. Un concepto que se equipara, así, al concepto de regulación (Mitchell & Farnik, 2009, p. 244).

Esa actividad administrativa de regulación dentro del espacio global incide en ámbitos propios del Estado, en materias que antes eran atendidas por la Administración doméstica. Por ello, esa actividad incide también sobre la conducta de los operadores económicos. Estos efectos jurídicos, como hemos visto, fueron precisamente el aliciente para proponer la creación del derecho administrativo global, a través de la formulación de principios generales —construidos desde el método de derecho comparado— que se encargan de asegurar, entre otros objetivos, la participación democrática en la toma de decisiones de esas Administraciones y, además, el cumplimiento de principios generales como la proporcionalidad (Savino, 2006, p. 121).

El derecho administrativo global, como puede apreciarse, describe una de las mayores transformaciones del derecho administrativo, pues incide en su elemento conceptual medular, a saber, ser un *derecho estatal* anclado en la soberanía. Actualmente, decisiones que eran privativas de la Administración doméstica en ejercicio de la soberanía estatal son adoptadas por Administraciones Globales al margen del Estado (Casini, 2012, pp. 1ss.). Todo ello ha llevado a Sabino Cassese a opinar que el derecho administrativo global es actualmente el mayor desarrollo en el campo del derecho público, en tanto trasciende del ámbito natural de los Estados, incluso, en el ámbito internacional (2012, p. 1).

EL TRATAMIENTO
DE LOS SERVICIOS
PÚBLICOS EN LOS
ARBITRAJES DE
INVERSIÓN: UNA
PROPUESTA DESDE
LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO
GLOBAL

PUBLIC
SERVICES IN THE
INTERNATIONAL
INVESTMENT
ARBITRATION: AN
APPROACH UNDER
THE PERSPECTIVE
OF THE GLOBAL
ADMINISTRATIVE
LAW

III.2. Actividad regulatoria en el derecho administrativo global y su impacto en el servicio público. La cooperación internacional regulatoria

Como estudiamos en el punto anterior, la globalización ha derivado en el surgimiento de organismos internacionales que llevan a cabo una actividad catalogada como «actividad administrativa», lo que ha permitido identificar a esos organismos como «Administraciones Globales». La actividad administrativa de esa Administración Global, en sentido restringido, ha sido catalogada como «regulación». La regulación a cargo de la Administración Global tiene, así, dos dimensiones que convendría distinguir. Por un lado, *la Administración Global dicta medidas de regulación que controlan y limitan la actividad administrativa doméstica*. En este caso, el derecho administrativo global controla y limita la actividad administrativa doméstica de acuerdo con el cumplimiento de estándares definidos en tratados internacionales. El ejemplo prototípico es el ordenamiento de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y, en especial, las decisiones del Órgano de Apelación (Battini, 2008, pp. 1ss.). Las controversias entre Estados, al interior de la OMC, pueden ser resueltas en el marco de una especie de arbitraje resuelto por un panel *ad hoc*. Las decisiones así obtenidas podrán ser revisadas por el Panel de Apelaciones, el cual —en suma— revisará la conducta de los Estados.

Uno de los ejemplos más citados es el caso Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón (OMC, 1998), en el cual el Órgano de Apelación controló una medida de regulación adoptada por la Administración doméstica, y por medio de la cual se restringía el comercio de determinados mariscos. El Órgano consideró que tal medida no se ajustaba a los estándares exigidos en el marco de la OMC (Cassese, 2005, p. 109). De otro lado, *la Administración Global dicta decisiones que son aplicadas por la Administración doméstica a través de su actividad de regulación*. No se trata, queremos aclararlo, de un efecto jurídico directamente vinculante. En realidad, muchas de las decisiones adoptadas por la Administración Global no son, en sentido estricto, jurídicamente vinculantes, pero la Administración doméstica decide incorporarlas al ordenamiento interno. De allí la referencia a un «derecho informal» o *Soft Law*, para describir cómo la regulación global impacta el proceso de toma de decisiones de la Administración doméstica (Hillgenberg, 1999, p. 39). Un ejemplo de ello son las decisiones adoptadas en el marco del *Codex Alimentarius*, que, más allá de su carácter jurídicamente vinculante, terminan incidiendo, determinadamente, en las decisiones regulatorias domésticas dentro del sector de alimentación.

Estos dos efectos del derecho administrativo global sobre el derecho administrativo doméstico inciden sobre el servicio público. De esa manera, *la regulación dictada por la Administración Global controla y*

limita las políticas públicas adoptadas por el Estado respecto de los servicios públicos, en la medida en que esas políticas se estimen contrarias a los estándares aplicables en el derecho internacional. Además, las decisiones domésticas sobre la regulación del servicio público están influenciadas por la Administración Global. Un sector en el que ello es bastante común es en el transporte aéreo, en la medida que la regulación administrativa doméstica toma en cuenta las decisiones de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI).

Junto a lo anterior, debe también tomarse en cuenta que la globalización, al ampliar el ámbito territorial de gestión de actividades usualmente consideradas servicio público, hace insuficiente la regulación doméstica e impulsa una regulación global, en especial, mediante mecanismos de cooperación entre las distintas autoridades regulatorias. De allí surge la denominada *cooperación internacional regulatoria*. Así, como resumen Bull y otros (2015, pp. 1ss.), la globalización ha promovido la coordinación entre las regulaciones adoptadas por los Estados, con el propósito de homogeneizar esa regulación y, de esa manera, promover el libre tráfico de bienes y servicios. Tal coordinación llega incluso a la creación de organismos internacionales, como el Consejo de Cooperación Regulatorio creado entre Estados Unidos de América y Canadá. La coordinación puede implementarse también a través de mecanismos similares al *Codex Alimentarius*, ya comentado. Uno de los ámbitos en los cuales se espera que esta cooperación se desarrolle es mediante tratados multilaterales de libre comercio como, por ejemplo, el *Acuerdo Transatlántico para el Comercio y las Inversiones* («Transatlantic Trade and Investment Partnership», TTIP).

EL TRATAMIENTO
DE LOS SERVICIOS
PÚBLICOS EN LOS
ARBITRAJES DE
INVERSIÓN: UNA
PROPUESTA DESDE
LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO
GLOBAL

PUBLIC
SERVICES IN THE
INTERNATIONAL
INVESTMENT
ARBITRATION: AN
APPROACH UNDER
THE PERSPECTIVE
OF THE GLOBAL
ADMINISTRATIVE
LAW

IV. ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES Y SU IMPACTO EN LA REGULACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

IV.1. Preliminar. El impacto del arbitraje internacional de inversiones sobre la regulación doméstica del servicio público

Una especial arista de la influencia del derecho administrativo global sobre la regulación doméstica del servicio público la encontramos en el arbitraje internacional de inversiones. Una primera aproximación lleva a considerar que el arbitraje internacional es una modalidad del arbitraje comercial internacional y que, por ende, es un mecanismo de solución de controversias de naturaleza comercial, en el cual la actuación de los árbitros queda limitada por la autonomía de las partes reflejada en el acuerdo arbitral. La realidad, sin embargo, es otra. El auge de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) y, más recientemente, de los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII), evidencia que el arbitraje

de inversiones es un mecanismo que permite resolver disputas basadas en políticas públicas del Estado. Los AII actúan, de esa manera, como *límites externos a la actividad doméstica del Estado*, por cuanto definen un conjunto de estándares que permiten la revisión de esa actividad.

Esos estándares son reglas que establecen cómo el Estado sede deberá tratar al inversor, a fin de prevenir medidas discriminatorias, abusivas o expropiatorias, entre otras medidas prohibidas por el tratado. Esos estándares de protección del inversor son, al mismo tiempo, estándares de revisión del Estado sede, cuyo control podrá efectuarse a través de los mecanismos de solución de disputas Estado-inversor previstos en los AII, como sucede en especial con el arbitraje administrado por el Centro Internacional de Arreglo de Disputas relativas a Inversiones (CIADI). Por ello, la doctrina ha observado que el arbitraje internacional de inversiones es un mecanismo de derecho público que permite el control del Estado para promover la gobernanza democrática y el principio de legalidad en el espacio global (Ortino, 2013, p. 437; Schill, 2011, p. 57).

Ahora bien, en el ámbito de los AII, y dentro de la teoría general de la responsabilidad internacional del Estado, debe recordarse que tal responsabilidad es exigible respecto de cualquiera de las funciones del Estado. Ello abarca, por ello, a la responsabilidad del Estado por el ejercicio de la función administrativa. De hecho, en la práctica, la relación entre el Estado y el inversor es típicamente una relación jurídico-administrativa. Es por lo anterior que lo común será que los estándares de revisión sean aplicados a la Administración del Estado sede. Para la Administración, esto implica un nuevo tipo de vinculación al ordenamiento jurídico, pues tal vinculación regirá, también, respecto del tratado aplicable. Como el tratado actúa como límite externo a la Administración, podemos hablar de la *vinculación negativa de la Administración al Tratado*. De esa manera, en el caso de Waste Management, Inc. contra México (CIADI, 2004, párrafo 98), el Tribunal Arbitral analizó el artículo 1.105 del *Tratado de Libre Comercio de América del Norte* (TLCAN, conocido por sus siglas en inglés como «NAFTA»), como un estándar de revisión del Estado sede, esto es, como un límite externo al Estado sede. Para Weiler (2013, p. 566), esta aproximación permite apreciar el grado de deferencia hacia el Estado sede presente en el arbitraje internacional. De esa manera, para la Administración del Estado sede, el arbitraje internacional se presenta como un control externo y jurisdiccional que, a la par de proteger los derechos del inversor, asegura el cumplimiento de los estándares definidos en el tratado. Tal control aplica en general para toda la actividad administrativa, incluyendo, por ello, a la regulación del servicio público.

En efecto, la crisis de Argentina de inicios del presente siglo permitió comprobar cómo el arbitraje basado en tratados implica un control

sobre políticas públicas del Estado sede y, también, sobre su actividad administrativa, como la regulación del servicio público. El alcance del control arbitral ha derivado en problemas institucionales y teóricos. Así, institucionalmente, el arbitraje internacional de inversiones no cuenta con un marco específico adaptado a su especial naturaleza, que lo hace muy distinto del arbitraje comercial internacional. Conceptualmente, además, se ha cuestionado cuál es la verdadera naturaleza de tal arbitraje. En este punto, al menos, se han planteado dos posiciones.

Una primera posición denuncia la «crisis de legitimidad» del arbitraje internacional de inversiones. En resumen, esta posición sostiene que el arbitraje de inversiones revisa actuaciones de derecho público del Estado sede, pese a lo cual carece de un marco institucional adecuado que asegure su objetividad e independencia y, por ende, la correcta tutela del interés general (Van Harten, 2008 p. 45). Por otro lado, se ha señalado que los AIJ suelen contemplar reglas parcializadas a favor del inversor (Miles, 2013, p. 331). Finalmente, y desde la particular posición Latinoamericana, se afirma (Rondón de Sansó, 2010, p. 151) que el arbitraje internacional carece del marco institucional adecuado que le permita revisar políticas públicas. Esta crítica tiene, en Latinoamérica, campo fértil, debido a la impronta cultural de la *doctrina Calvo*, como ha resumido Titi (2014a, pp. 359ss.). De allí que Bolivia, Ecuador y Venezuela han optado, siguiendo esas críticas, por denunciar la Convención CIADI, decisión que se ha justificado, en suma, en la alegada incompatibilidad entre el arbitraje y la soberanía (Rondón de Sansó, 2012, p. 205).

Frente a esta posición, otro sector ha señalado que, debido a las debilidades y deficiencias institucionales del arbitraje Estado-inversor, es preciso articular un marco jurídico adecuado basado en principios generales de derecho administrativo (Wälde, 2007, p. 42). Se considera, así, que ese arbitraje cumple un rol similar al control judicial de la Administración Pública en el ámbito doméstico, motivo por el cual es preciso considerar la aplicación de principios generales de derecho administrativo como fuente de derecho internacional de acuerdo con el artículo 38.1 c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, todo lo cual conecta a ese arbitraje con el derecho administrativo global (Delpiazzo, 2011, p. 289).

Así, el comentado artículo 38 incluye, dentro de las fuentes de derecho internacional, a «los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas». Precisamente, esa norma ha sido invocada por la doctrina a fin de articular los principios generales de derecho administrativo como fuente del derecho administrativo global, en especial, en el ámbito del arbitraje internacional de inversiones (Della Cananea, 2011, p. 89). Algunas decisiones arbitrales, igualmente,

EL TRATAMIENTO
DE LOS SERVICIOS
PÚBLICOS EN LOS
ARBITRAJES DE
INVERSIÓN: UNA
PROPUESTA DESDE
LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO
GLOBAL

PUBLIC
SERVICES IN THE
INTERNATIONAL
INVESTMENT
ARBITRATION: AN
APPROACH UNDER
THE PERSPECTIVE
OF THE GLOBAL
ADMINISTRATIVE
LAW

han invocado esa norma para extraer principios generales que permiten complementar la interpretación del TBI aplicable, como sucedió con el caso de Gold Reserve Inc. contra Venezuela (CIADI, 2014). Sin embargo, esos principios no pueden ser extraídos de determinado sistema de derecho administrativo, en tanto incumplirían la condición según la cual los principios generales, como fuente de derecho internacional, deben ser principios de amplia difusión. Por ello, en la decisión del caso *Texaco Overseas Petroleum Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, de 19 de enero de 1977, se concluyó que el concepto de contrato administrativo no podía ser tomado como principio general, pues ese concepto solo es conocido en ciertos modelos de derecho administrativo (Hirsch, 2012, p. 25).

Para nosotros, es la segunda posición la que debería prevalecer. El arbitraje Estado-inversor ha evolucionado rápidamente, lo que ha impedido avanzar las reformas institucionales adecuadas, especialmente en el marco del CIADI, que es un centro de arbitraje único, dada su especialidad en la resolución de disputas Estado-inversor. Ello, lejos de justificar desechar al arbitraje de inversiones, debería conducir a un cambio de concepción en cuanto a su naturaleza y función. Tres conclusiones deben ser apuntadas en este sentido. Así, en *primer* lugar, el arbitraje internacional de inversiones no es estrictamente un modo alternativo a la solución judicial de disputas, sino un mecanismo único y especial, pues permite —dentro del espacio global— dirimir conflictos entre el Estado y el inversor, a partir de la aplicación de los estándares de revisión previstos en los tratados (Paulsson, 2008, p. 1). En *segundo* lugar, la especial naturaleza del arbitraje Estado-inversor pasa por concebir a ese arbitraje como un mecanismo que cumple fines similares a los medios de control existentes sobre la Administración doméstica, especialmente, por parte del juez, en el ámbito de la denominada jurisdicción contencioso-administrativa. De esa manera, y al igual que la jurisdicción contencioso-administrativa, el arbitraje permite el control del principio de legalidad y la defensa de derechos subjetivos, pero dentro del espacio global (Muci Borjas, 2010, p. 71). En *tercer* y último lugar, asumiendo esa naturaleza, el arbitraje internacional de inversiones, además de la interpretación y aplicación del tratado correspondiente, debe acudir a los principios generales del derecho administrativo como fuente supletoria, de conformidad con el citado artículo 38 del Estatuto. A través del derecho administrativo comparado es posible sistematizar un conjunto de principios aplicables al control arbitral, para asegurar que dicho control se ajuste a los fines de interés público que persigue el arbitraje como mecanismo orientado a promover, en el espacio global, el Estado de derecho.

Ahora bien, *una de las medidas del Estado sede que quedan sometidas al arbitraje internacional es, precisamente, la regulación del servicio público.*

En efecto, la regulación del servicio público se somete, en el ámbito global, a los estándares de revisión establecidos en el tratado aplicable, con lo cual toda disputa basada en la alegada violación de esos estándares por la regulación del servicio público podrá ser dirimida por el arbitraje internacional, lo que evidencia la conclusión antes apuntada: la regulación del servicio público ya no es una materia privativa del Estado. Además, la intensidad de la regulación del servicio público amplía la probabilidad de revisión por el Tribunal Arbitral a fin de determinar el cumplimiento de los estándares aplicables. Los controles de entrada al mercado; controles de inversión, de contratos y de precios; controles derivados del derecho de los usuarios y controles de salida, son algunas de las técnicas de limitación derivadas de la regulación del servicio público y que pueden encuadrar en violaciones a los estándares aplicables de acuerdo con el Tratado. De ello resulta que la regulación doméstica del servicio público es controlada, en el espacio global, por el Tribunal Arbitral.

El control arbitral sobre la regulación de servicio público evidencia el alcance que tal control tiene y los riesgos que han sido señalados, en tanto un control indebido podría derivar en la extralimitación en el ámbito del arbitraje de inversiones. Es esta, probablemente, una de las preocupaciones actuales más recurrentes en el arbitraje de inversiones. La respuesta ha sido establecer, como principio, que el control arbitral no puede perturbar el ejercicio del —así llamado— «derecho a regular», es decir, el reconocimiento de la competencia del Estado sede para regular la economía. De esa manera, la expansión de los TBI, aunado a la amplitud de los estándares de revisión contenidos en los tratados, ha llevado a ciertos Estados a cuestionar en qué medida esos tratados interfieren en el ejercicio de las potestades públicas de intervención en la economía, o sea, en la actividad regulatoria del Estado. Ello ha llevado a plantear la necesidad de acotar los estándares de revisión para respetar el «derecho a regular», también conocido como «espacio regulatorio». Uno de los puntos de reforma del sistema de solución de controversias entre el Estado y el inversor se basa, precisamente, en la necesidad de respetar ese «derecho», como ha señalado la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD, 2015, pp. xi y ss.).

A fin de garantizar el «derecho a regular» se han establecido, en el tratado, excepciones inspiradas en el artículo XX del *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio* («General Agreement on Tariffs and Trade», GATT). Así, recientes AII han incorporado excepciones inspiradas en ese artículo, y conforme a las cuales las medidas del Estado sede adoptadas en determinadas materias no podrán ser consideradas una violación al tratado, salvo cuando sean medidas arbitrarias (Titi, 2014b, p. 35). Por ello, la tendencia del Estado sede es a defender su «derecho a regular» en áreas que usualmente caen bajo el ámbito de la

EL TRATAMIENTO
DE LOS SERVICIOS
PÚBLICOS EN LOS
ARBITRAJES DE
INVERSIÓN: UNA
PROPUESTA DESDE
LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO
GLOBAL

PUBLIC
SERVICES IN THE
INTERNATIONAL
INVESTMENT
ARBITRATION: AN
APPROACH UNDER
THE PERSPECTIVE
OF THE GLOBAL
ADMINISTRATIVE
LAW

regulación del servicio público, lo que refleja su pretensión de elevar el alcance de los estándares de revisión y, por ello, ampliar la deferencia del Tribunal Arbitral hacia esa regulación.

Esto demuestra la tensión entre la concepción estatal del servicio público —sometido al derecho doméstico y al control de los tribunales domésticos— y el derecho global, que pregona la aplicación del derecho internacional así como el control de organismos internacionales, como sucede con el arbitraje internacional de inversiones. La tendencia parece ser promover un sistema balanceado en el cual, reconociendo la aplicación del derecho internacional a la regulación doméstica del servicio público, se salvaguarde el «derecho a regular», limitando así el alcance del control arbitral.

IV.2. El trato justo y equitativo como estándar especialmente aplicable a la regulación del servicio público

Tal y como indicamos en el punto anterior, los AII establecen distintos estándares que, a pesar de no responder a un lenguaje común, sí parten de principios generales de similar entidad. De allí que es común observar en distintos AII estándares bastante homogéneos. Probablemente el estándar más común, y que tiene un ámbito de aplicación mayor, es el estándar del «trato justo y equitativo». La formulación básica de este estándar consiste en una regla según la cual el Estado se compromete a otorgar un tratamiento al inversor que sea racional, proporcionado y conforme con las expectativas legítimas existentes. Ese estándar se aplica, especialmente, frente a actuaciones que no puedan ser catalogadas de expropiación (directa o indirecta), lo que hace que su ámbito de aplicación sea ciertamente amplio. Por ello, el estándar del trato justo y equitativo ha sido considerado como el estándar principal del arbitraje internacional de inversiones (Diehl, 2012, p. 18).

Las decisiones arbitrales no han seguido un patrón común al momento de interpretar ese estándar, cuya indeterminación normativa dificulta interpretaciones más concretas. Debido a la necesidad de proteger el «derecho a regular», algunos Estados han implementado reformas en los tratados que tienden a equiparar ese estándar con el «estándar mínimo internacional», o sea, el estándar que fija reglas mínimas y básicas de tratamiento al inversor, y generalmente proscriben medidas claramente abusivas del Estado (Kläger, 2011, pp. 262ss.).

En todo caso, como afirma Kläger, el estándar del trato justo y equitativo ha venido interpretándose en torno a diversos principios generales, entre los cuales destaca el principio de respeto de la confianza legítima, el principio de buena fe, el principio de proporcionalidad y la interdicción

a la arbitrariedad. Como se observa, se trata de principios que son muy conocidos dentro del derecho administrativo, todo lo cual justifica que la interpretación de ese estándar tome en cuenta, también, los principios generales de derecho administrativo como fuente de derecho internacional. Precisamente, el estándar que con mayor frecuencia puede ser aplicado por el Tribunal Arbitral para revisar la regulación de servicio público del Estado sede es el estándar del trato justo y equitativo, interpretado de acuerdo con los principios generales ya señalados.

Probablemente uno de los casos más célebres en este sentido es el caso de Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. contra México (CIADI, 2003). Esa decisión se originó como consecuencia de la decisión de la Administración de no renovar la autorización de operación de un centro de confinamiento de desechos sólidos. Luego de interpretar el estándar del trato justo y equitativo a través de los principios de confianza legítima y buena fe, el Tribunal concluyó que la Administración había obrado en violación a tales principios:

En suma, la conducta del INE reseñada frustró justas expectativas de Cytrar sobre la base de las cuales Cytrar cifró su actuación y la Demandante su inversión, o afectó de manera negativa la generación de pautas claras que le permitieran a la Demandante o a Cytrar orientar su accionar o su conducta para evitar la no renovación de la Autorización, o debilitó su posición para hacer valer derechos o explorar vías que les permitieran mantenerla (párrafo 173).

La regulación de servicio público, en el marco del derecho internacional de las inversiones, queda sujeta a los principios de buena fe y expectativa legítima, como concretas manifestaciones del estándar del trato justo y equitativo. Ello obliga, entre otras exigencias, a establecer un marco regulatorio claro, predecible y consistente con las expectativas del operador de servicio público.

Otro antecedente relevante se originó con ocasión de la crisis argentina de inicios de siglo. Dentro de las medidas de emergencia económicas adoptadas, fue suspendido el incremento de tarifas de actividades consideradas servicio público, como el gas. En el caso CMS Gas Transmission Company contra Argentina (CIADI, 2005), se concluyó que las medidas de emergencia económica, al haber impactado el régimen tarifario en menoscabo de las expectativas del inversor —basándose en el criterio del caso Tecmed (CIADI, 2003)— eran violatorias al estándar del trato justo y equitativo.

Como puede observarse en las decisiones comentadas, el análisis del estándar del trato justo y equitativo se lleva a cabo desde la perspectiva del derecho internacional público, lo que es claramente insuficiente. Tal derecho no establece reglas aplicables a relaciones entre el Estado y

EL TRATAMIENTO
DE LOS SERVICIOS
PÚBLICOS EN LOS
ARBITRAJES DE
INVERSIÓN: UNA
PROPUESTA DESDE
LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO
GLOBAL

PUBLIC
SERVICES IN THE
INTERNATIONAL
INVESTMENT
ARBITRATION: AN
APPROACH UNDER
THE PERSPECTIVE
OF THE GLOBAL
ADMINISTRATIVE
LAW

los inversores con ocasión de la actividad administrativa de aquel. Por ello, si bien el derecho internacional público otorga el marco básico para la interpretación del tratado aplicable, es preciso *además* acudir a los principios generales de derecho administrativo como fuentes del derecho internacional a fin de llegar a un concepto más preciso y acotado de «trato justo y equitativo». El derecho administrativo, desde esta perspectiva comparada, refuerza la certidumbre en la aplicación de los estándares de revisión. Pero, al margen de ello, los ejemplos citados acreditan que la regulación de los servicios públicos dejó de ser un asunto de estricta soberanía estatal, pues tal regulación también queda sometida a los AII aplicables y por ello, al arbitraje internacional de inversiones como mecanismo para resolver cualquier diferencia derivada de la violación de los estándares establecidos en el tratado, como de manera particular sucede con el estándar del trato justo y equitativo.

Que la regulación de servicio público haya dejado de ser un asunto de estricta soberanía estatal no implica que haya dejado de ser un asunto propio de derecho administrativo. Todo lo contrario, este ensayo propone que, dentro de las fuentes de derecho internacional aplicables al tratado, debe prestarse especial atención a los principios generales de derecho administrativo conforme al citado artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Con ello, y desde el derecho administrativo comparado aplicado dentro del espacio global (lo que es otra forma de aproximarse al derecho administrativo global), podrá coadyuvarse no solo a una aplicación más racional de los estándares previstos en el tratado, sino además, a una visión más equilibrada, como corresponde a la concepción que ve, en el derecho administrativo, el equilibrio entre las prerrogativas de la Administración y los derechos del ciudadano, en este caso, inversor.

IV.3.A modo de recapitulación: regulación del servicio público, derecho administrativo global y gobernanza

Las consideraciones antes expuestas demuestran que el arbitraje de inversiones no puede ser valorado únicamente como un instrumento orientado a promover la inversión extranjera directa. Es preciso, además, considerar que ese arbitraje permite la revisión de la actividad administrativa del Estado sede y, en especial, la regulación del servicio público. En tanto mecanismo de control externo sobre la Administración del Estado sede, *el arbitraje debe ser valorado como un instrumento que propende a la protección del Estado de derecho en el ámbito global*, y que atiende también a objetivos propios del desarrollo sustentable. No es de extrañar que el objetivo 10 de la Declaración de la Organización de Naciones Unidas, intitulada *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible* incluya lo siguiente: «Fomentar la asistencia oficial para el desarrollo y las corrientes financieras, incluida la

inversión extranjera directa, para los Estados con mayores necesidades, en particular los países menos adelantados, los países africanos, los pequeños Estados insulares en desarrollo y los países en desarrollo sin litoral, en consonancia con sus planes y programas nacionales» (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2015, objetivo 10.b). Desde el derecho administrativo global, puede afirmarse que la consecución de objetivos de servicio público no es incompatible con la promoción de la inversión privada y, por ello, con la promoción de un marco jurídico de protección de esa inversión a través del arbitraje internacional.

V. BIBLIOGRAFÍA

Aman, Alfred C. (2001a). Introduction: globalization, accountability, and the future of administrative law symposium. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 8(2), 341-346.

Aman, Alfred C. (2001b). The limits of globalization and the future of administrative law: From government to governance. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 8(2), 379-400.

Araujo-Juárez, José (2010). *Derecho administrativo general. Servicio público*. Caracas: Ediciones Paredes.

Ariño Ortiz, Gaspar (1997). Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico. En Gaspar Ariño Ortiz y otros, *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons.

Asamblea General de las Naciones Unidas (2015). *Transformar nuestro mundo: la agenda 2030 para el desarrollo sostenible*. Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015. A/RES/70/1.

Badell Madrid, Rafael (2002). *Régimen jurídico de las concesiones en Venezuela*. Caracas: Torino.

Ballbé, Manuel (2007). El futuro del derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización. *Revista de Administración Pública*, 174, 215-276.

Battini, Stefano (2003). *Amministrazioni senza Stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore.

Battini, Stefano (2005). International organizations and private subjects: A move toward a global administrative law?. *IIIJ Working Paper 2005/3. Global Administrative Law Series*. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.723165>

Battini, Stefano (2008). Le due anime del diritto amministrativo globale. En autores varios, *Il diritto amministrativo oltre i confini. Omaggio degli allievi a Sabino Cassese* (pp. 1-22). Milán: Giuffrè.

Bielsa, Rafael (2010). *Derecho Administrativo, Tomo I*, Buenos Aires: Librería y Editorial El Ateneo.

201

EL TRATAMIENTO
DE LOS SERVICIOS
PÚBLICOS EN LOS
ARBITRAJES DE
INVERSIÓN: UNA
PROPUESTA DESDE
LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO
GLOBAL

PUBLIC
SERVICES IN THE
INTERNATIONAL
INVESTMENT
ARBITRATION: AN
APPROACH UNDER
THE PERSPECTIVE
OF THE GLOBAL
ADMINISTRATIVE
LAW

Brewer-Carías, Allan (1981). Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias. *Revista de Derecho Público*, 6, 65-71.

Brewer-Carías, Allan (2010). Global administrative law on international police cooperation: A case of global administrative law procedure. En Javier Robalino Orellana & Xaime Rodríguez-Arana (eds.), *Global administrative law: Towards a lex administrativa*. Londres: Cameron May.

Breyer, Stephen & Richard Stewart (1992). *Administrative law and regulatory policy. Problems, text and cases*. Boston: Little, Brown and Company.

Bull, Reeve T. & otros (2015). New approaches to international regulatory cooperation: the challenge of TTIP, TPP, and mega-regional trade agreements. *Law and Contemporary Problems*, 78, 1-29.

Casini, Lorenzo (2012). Beyond the State: the emergence of global administrative law. En Sabino Cassese & otros (eds.), *Global administrative law: the casebook*. Institute for International Law and Justice-Istituto di Recherche sulla Pubblica Amministrazione.

Cassagne, Juan Carlos (2010). *Derecho administrativo. Tomo II*. Lima: Palestra.

Cassese, Sabino (2010). Is there a global administrative Law?. En Armin Bogdandy & otros (eds.), *The exercise of public authority by international institutions* (pp. 761-776). Berlín: Springer. http://dx.doi.org/10.1007/978-3-642-04531-8_25

Cassese, Sabino (2012). What is Global Administrative Law and why study it?. En Sabino Cassese & otros, *Global administrative law: An Italian perspective* (pp. 1-10). Robert Schuman Centre For Advanced Studies Policy Papers, 2012/04.

CIADI (2003). Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States. ARB(AF)/00/2, 29 de mayo.

CIADI (2004). Waste Management, Inc. v. United Mexican States. ARB(AF)/00/3, 30 de abril de 2004.

CIADI (2005). CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic. ARB/01/8, 12 de mayo.

CIADI (2014). Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela. ARB(AF)/09/1, 22 de setiembre.

Chevallier, Jacques (1997). Regards sur une évolution. *AJDA*, 20 de junio.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD) (2015). *World investment report 2015*. Organización de Naciones Unidas.

Corte Internacional de Justicia (s/f). Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>

De la Cuétara Martínez, Juan Miguel (1999). El nuevo modelo de regulación para la competencia. *Anuario de la Facultad de Derecho*, 3, 125-131.

De la Cruz Ferrer, Juan (2002). *Principios de regulación económica en la Unión Europea*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos.

Della Cananea, Giacinto (2011). Genesis and structure of general principles of global public law. En Edoardo Chiti & Bernardo Giorgio Mattarella (eds.), *Global administrative law and EU administrative law: Relationships, legal issues and comparison* (pp. 89-110). Berlín-Heidelberg: Springer. http://dx.doi.org/10.1007/978-3-642-20264-3_5

Delpiazzi, Carlos E. (2011). Hacia un derecho administrativo global. En Aurilivi Linares Martinez y A. Saddy (coords.), *Estudos sobre Regulação e crises dos mercados financeiros*. Río de Janeiro: Lumen.

Diehl, Alexandra (2012). *The core standard of international investment protection: fair and equitable treatment*. Alphen aan den Reijn: Kluwer Law International.

Duguit, León (1926) *Las transformaciones del Derecho público*, Madrid: Francisco Beltrán.

Esplugas, Pierre (2012). *Le service public*. París: Dalloz.

Fernández Lamela, Pablo (2012). *Introducción al derecho administrativo internacional*. México D.F.: Novum.

Fernández, Tomás-Ramón (1996). Servicio público y empresa pública: el final de una época. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 89.

Garrido Falla, Fernando (1994). El concepto de servicio público en el derecho español. *Revista de Administración Pública*, 135, 7-36.

Harlow, Carol (2006). Global administrative law: The quest for principles and values. *The European Journal of International Law*, 17(1), 187-214. <http://dx.doi.org/10.1093/ejil/chi158>

Hernández González, José Ignacio (2004). *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del derecho español y venezolano*. Caracas: FUNED-IESA.

Hernández González, José Ignacio (2005). *El régimen legal del servicio universal de telecomunicaciones en Venezuela*. Caracas: FUNEDA.

Hernández González, José Ignacio (2006). *Derecho administrativo y regulación económica*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Hernández-Mendible, Víctor (2009). *Telecomunicaciones, regulación y competencia*. Caracas: FUNEDA -Editorial Jurídica Venezolana.

Hillgenberg, Hartmut (1999). A fresh look at soft law. *European Journal of International Law*, 10(3), 499-515. <http://dx.doi.org/10.1093/ejil/10.3.499>

Hirsch, Moshe (2012). Sources of international investment law. En Andrea K. Bjorklund y August Reinisch (eds.), *International investment*

EL TRATAMIENTO
DE LOS SERVICIOS
PÚBLICOS EN LOS
ARBITRAJES DE
INVERSIÓN: UNA
PROPUESTA DESDE
LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO
GLOBAL

PUBLIC
SERVICES IN THE
INTERNATIONAL
INVESTMENT
ARBITRATION: AN
APPROACH UNDER
THE PERSPECTIVE
OF THE GLOBAL
ADMINISTRATIVE
LAW

law and soft law (pp. 9-38). Cheltenham: Edward Elgar. <http://dx.doi.org/10.4337/9781781003220.00007>

Jezè, Gastón (1947). *Derecho administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: El Ateneo.

Miles, Kate (2013). *The origins of international investment law: Empire, environment, and the safeguarding of capital*. Cambridge: Cambridge University Press. <http://dx.doi.org/10.1017/cbo9781139600279>

Kingsbury, Benedict, Nico Krisch & Jonathan B. Wiener (2005). The emergence of global administrative law. *Law & Contemporary Problems*, 68, 15-61.

Kinney, Eleanor D. (2002). The emerging field of international administrative law: its content and potential. *Administrative Law Review*, 54(1), 415-433.

Kläger, Roland (2011). *Fair and equitable treatment in international investment law*. Oxford: Oxford University Press. <http://dx.doi.org/10.1017/CBO9780511974915>

Lares Martínez, Eloy (2001). *Manual de derecho administrativo*. Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.

Marienhoff, Miguel (1993). *Tratado de derecho administrativo*. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Martín Mateo, Ramón (1999). *El marco público de la economía de mercado*. Madrid: Trivium.

Martín Rebollo, Luis (2003). Sociedad, economía y Estado (a propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público). En Luis Cosculluela (coord.), *Estudios de derecho público económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo Baquer* (pp. 611-648). Madrid: Civitas.

Martín-Retortillo Baquer, Sebastián (2000). La Administración Pública en la llamada crisis del Estado social de Derecho. En *Fragmentos de derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons.

Meilán Gil, José Luis (2011) *Una aproximación al Derecho administrativo global*, Madrid: Global Law Press – Editorial Derecho Global.

Mir Puigpelat, Oriol (2004). *Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo*. Madrid: Civitas.

Mitchell, Andrew D. & John Farnik (2009). Global administrative law: Can it bring global governance to account? *Federal Law Review*, 37, 237-261.

Muci Borjas, José Antonio (2007). *El derecho administrativo global y los Tratados Bilaterales de Inversión (BITs)*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Muci Borjas, José Antonio (2010). Control judicial y arbitraje internacional conforme al derecho administrativo global. *Revista de Derecho Público*, 122, 71-85.

Organización Mundial del Comercio (1998). Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón. AB-

1998-4. Informe del Órgano de Apelación. WT/DS58/AB/R, 12 de octubre de 1998 (98-3899).

Ortino, Federico (2013). The investment treaty system as judicial review. *American Journal of International Arbitration*, 24(3), 437-468.

Paulsson, Jan (2008). International arbitration is not arbitration. *Stockholm International Arbitration Review*, 2.

Rodríguez-Arana Muñoz, Xaime (2009). El derecho administrativo global: un derecho principal. *Revista de Derecho Público*, 120, 7-48.

Rodríguez-Arana Muñoz, Xaime (2014). *Derecho administrativo y Administración Pública en tiempos de crisis*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Rodríguez, Libardo (2013). El derecho administrativo transnacional o global: un nuevo capítulo del derecho administrativo. *Global Law Press*. <http://es.globallawpress.org/articulos-interes-seleccion-semana/>

Rondón de Sansó, Hildegard (2010). *Aspectos jurídicos fundamentales del arbitraje internacional de inversión*. Caracas: Exlibis.

Rondón de Sansó, Hildegard (2012). *En torno a la denuncia de Venezuela del CIADI*, Caracas.

Cassese, Sabino (2005). Global standards for national administrative procedure. *Law and Contemporary Problems*, 68, 109-126.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando (2011). León Duguit y su doctrina realista, objetiva y positiva del derecho en las bases del concepto de servicio público. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 5, 43-86.

Savino, Mario (2006). Il ruolo del comitati negli ordinamenti europeo e globale. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico. Quaderno 2. Diritto e Amministrazioni Nello Spazio Giuridico Globale*, 121-149.

Schill, Stephan W. (2011). Enhancing international investment law's legitimacy: Conceptual and methodological foundations of a new public law approach. *Virginia Journal of International Law*, 52(1), 57-102.

Shapiro, Martin (2001). Administrative law unbounded: Reflections on government and governance. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 8(2), 369-377.

Slaughter, Anne-Marie (2001). Governing the global economy through government networks. En Michael Byers (ed.), *The role of law in international politics* (pp. 177-205). Oxford: Oxford University Press. <http://dx.doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199244027.003.0010>

Stewart, Richard (2005). U.S. Administrative law: A model for global administrative law? *Law and Contemporary Problems*, 68(3), 63-108.

Titi, Catharine (2014a). Investment arbitration in Latin America the uncertain veracity of preconceived ideas. *Arbitration International Law*, 30(2), 357-386. <http://dx.doi.org/10.1093/arbitration/30.2.357>

EL TRATAMIENTO
DE LOS SERVICIOS
PÚBLICOS EN LOS
ARBITRAJES DE
INVERSIÓN: UNA
PROPUESTA DESDE
LA PERSPECTIVA
DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO
GLOBAL
PUBLIC
SERVICES IN THE
INTERNATIONAL
INVESTMENT
ARBITRATION: AN
APPROACH UNDER
THE PERSPECTIVE
OF THE GLOBAL
ADMINISTRATIVE
LAW

Titi, Catharine (2014b). *The right to regulate in international investment law*. Oxford: Hart-Nomos. <http://dx.doi.org/10.5040/9781472561695>

Tornos Mas, Joaquín (2000). La actividad de regulación. En Francisco Sosa Wagner (coord.), *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo, Tomo I* (pp. 1329-1342). Valencia: Tirant lo Blanch.

Van Harten, Gus (2008). *Investment treaty arbitration and public law*. Oxford: Oxford University Press. <http://dx.doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199552146.001.0001>

Wälde, Thomas (2007). The specific nature of investment arbitration. En Philippe Kahn y Thomas Wälde (eds.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers. <http://dx.doi.org/10.1163/ej.9789004153721.3-987.2>

Waline, Jean (2008). *Droit administratif*. París: Dalloz.

Weiler, Todd (2013). *The interpretation of international investment law: Equality, discrimination, and minimum standards of treatment in historical context*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers. <http://dx.doi.org/10.1163/9789004232235>

Wuertenberger, Thomas D. & Maximilian C. Karacz (2008). Using an evaluative comparative law analysis to develop global administrative law principles. *Michigan State Journal of International Law*, 17(2008-2009), 567-599.

Zegarra, Diego (2005a). *El servicio público. Fundamentos*. Lima: Palestra.

Zegarra, Diego (2005b). *Servicio público y regulación. Marco institucional de las Telecomunicaciones en el Perú*. Lima: Palestra.

Recibido: 11/03/2016
Aprobado: 02/05/2016

El monopolio en el servicio público de suministro de agua en España: conflictos y tutela

The monopoly on water supply public service in Spain: conflicts and legal protection

FRANCISCO JOSÉ VILLAR ROJAS*

Resumen: En España, la prestación del servicio de suministro de agua potable en régimen de monopolio pugna con la existencia de medios que permiten obtener ese recurso de fuentes alternativas. La viabilidad del servicio público requiere mecanismos de tutela frente a esas conductas. El presente estudio analiza el fundamento y el significado de la declaración de monopolio; las excepciones legales a ese régimen, en particular los supuestos de autoconsumo; y los mecanismos existentes para proteger ese régimen y, en su caso, restablecer el monopolio y sus equilibrios.

Palabras clave: suministro de agua – servicio público – monopolio – autoabastecimiento

Abstract: In Spain, the monopoly provision of potable water supply struggles with means to obtain that resource from other sources. The viability of the public service requires mechanisms of protection against such supplies. This study analyzes the foundation and meaning of the declaration of monopoly; legal exceptions to that regime, particularly self-consumption cases; and mechanisms to protect public service provision and, if necessary, restore the monopoly and its balances.

Key words: water supply – public service – monopoly – self-supply

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN: MONOPOLIO VERSUS AUTOCONSUMO EN EL SERVICIO PÚBLICO DE SUMINISTRO DE AGUA.– II. ALCANCE DE LA EXCLUSIVIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO.– II.1. SIGNIFICADO JURÍDICO DEL MONOPOLIO.– II.2. IMPOSIBILIDAD DE QUE OTROS OPERADORES REALICEN LA ACTIVIDAD DE SUMINISTRO.– II.3. IMPOSIBILIDAD DE LOS USUARIOS DE OBTENER EL SERVICIO DE OTROS PROVEEDORES.– III. LÍMITE: EL AUTOCONSUMO EN LA LEGISLACIÓN DE AGUAS.– III.1. SUPUESTOS REGULADOS.– III.2. COMPATIBILIDAD CON EL MONOPOLIO, EN PARTICULAR, LAS DESALADORAS.– IV. DEFENSA DEL MONOPOLIO.– IV.1. POTESTADES ADMINISTRATIVAS SOBRE EL SERVICIO PÚBLICO.– IV.2. REQUERIMIENTO DE SUSPENSIÓN Y CESE DE LA ACTIVIDAD ILEGAL Y, EN SU CASO, EJECUCIÓN SUBSIDIARIA.– IV.3. REPARACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS AL GESTOR DEL SERVICIO.–

* Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de La Laguna, Islas Canarias, España.
Correo electrónico: fjvillar@ull.es

I. INTRODUCCIÓN: MONOPOLIO VERSUS AUTOCONSUMO EN EL SERVICIO PÚBLICO DE SUMINISTRO DE AGUA

El servicio público de suministro de agua a los vecinos es, tradicionalmente, un servicio municipal que, de ordinario, se presta en régimen de monopolio o exclusividad (véanse Molina Giménez, 2001; Álvarez Fernández, 2004; y Mestre Delgado, 2011a; 2011b). Esta forma de prestación no es un mandato imperativo. Por el contrario, de acuerdo con la legislación, este servicio, aun siendo obligatorio, puede ser prestado en concurrencia o en régimen de exclusividad (artículos 26.1.a y 86.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en adelante LBRL).

Con todo, lo normal es que esta clase de servicios sean prestados en régimen de monopolio por su condición local y por su dependencia de una infraestructura difícilmente duplicable (algo generalizado en todo el mundo, véase Baldwin, Cave & Lodge, 2011, p. 465). Se trata de una modalidad de gestión que, tradicionalmente, se imponía por el procedimiento de «municipalización» y que, tras la Constitución de 1978, se articula a través de la «reserva» de servicios esenciales (ampliamente Díaz Lema, 1994). Con esta modalidad de gestión se persigue asegurar la universalidad e igualdad en el acceso al servicio, la eficiencia en la implantación y uso de las conducciones y canalizaciones, la redistribución de costes entre todos los usuarios (subvenciones cruzadas) y, en la medida de lo posible, la autofinanciación del servicio (que resultaría más difícil si determinados usuarios pudieran quedar, a su arbitrio, fuera de su ámbito, en particular, los industriales). En suma, las ventajas que se predicen de la prestación por un único proveedor de servicios (por más que no puedan olvidarse sus desventajas en términos de ineficiencia, véase Baldwin, Cave & Lodge, 2011, pp. 444-446).

De otra parte, desde siempre también, el suministro de agua potable ha convivido con medios y fórmulas de autoabastecimiento, de modo significativo en el caso de grandes empresas con medios suficientes para disponer de recursos hidráulicos (extrayéndola de ríos, lagos, pozos o galerías) y medios de transporte propios (conducciones y canalizaciones de su titularidad) para trasladarla hasta los lugares de consumo. Se trata de una realidad que la evolución tecnológica ha ido favoreciendo; el paradigma es la desalación de agua marina, que no solo sirve para atender las necesidades propias, sino también para vender a terceros (es el caso de los hoteles situados en el litoral de zonas con problemas de suministro). La mejor prueba de esta realidad es la evacuación de aguas residuales en cantidad que no se corresponde con los suministros

realizados. Se trata de un fenómeno imparable, con independencia del mayor o menor tiempo que requiera su consolidación.

Pues bien, la viabilidad técnica y la asequibilidad económica de estos modos de captación y suministro de agua constituyen un claro desafío a los servicios públicos prestados en condiciones de exclusividad y a sus fundamentos. El autoconsumo de agua, como de cualquier otro suministro (lo mismo ocurre con la electricidad mediante energías alternativas), pone en cuestión la vinculación tradicional entre esa necesidad básica y una infraestructura para atenderla, que, en buena medida, explica la tendencia a su prestación en régimen de exclusividad (monopolio natural). La tecnología que permite el autoabastecimiento evidencia que esa conexión ya no es tan imprescindible.

A buen seguro, esos cambios tecnológicos llevarán a un replanteamiento en el entendimiento y la ordenación de estos servicios (igual que ocurrió con las telecomunicaciones, también muchos años servicios dependientes de la red de cables). Pero, en tanto ese cambio técnico se consolida y el consiguiente cambio legal se produce, la protección de los intereses públicos que subyacen a la prestación tradicional de ese servicio público (universalidad, reparto de costes, autofinanciación) exige establecer con precisión el alcance, los límites y los mecanismos de tutela del monopolio público; única forma de asegurar su funcionalidad y, al mismo tiempo, de acotar el espacio que corresponde al autoabastecimiento. La explicación de este equilibrio jurídico constituye el objeto de este trabajo.

EL MONOPOLIO
EN EL SERVICIO
PÚBLICO DE
SUMINISTRO DE
AGUA EN ESPAÑA:
CONFLICTOS Y
TUTELA

THE MONOPOLY
ON WATER SUPPLY
PUBLIC SERVICE IN
SPAIN: CONFLICTS
AND LEGAL
PROTECTION

II. ALCANCE DE LA EXCLUSIVIDAD EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

II.1. Significado jurídico del monopolio

La declaración de monopolio sobre el servicio público significa que las tareas en que consiste el servicio, su prestación, son asumidas por la Administración con exclusión de cualquier otro sujeto, y ello con independencia del modo en que las gestione (Constitución española, artículo 128.2; LBRL, artículo 86.3; Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, artículo 97, en adelante TRRL).

El monopolio significa «exclusividad» (literalmente, STS 3^a de 10 de abril de 1979, RJ 2059¹). Esta condición se proyecta sobre las dimensiones funcional, territorial, personal y prestacional, del servicio público de que se trate. Para explicar cada una de ellas se toma como

¹ Las sentencias se citan por la referencia de la base de datos Westlaw-Aranzadi.

referencia la regulación contenida en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (Ministerio de la Gobernación, 1955, en adelante RSCL), el cual continúa vigente (sobre esta norma, véanse Albi Cholbi, 1960; Sosa Wagner, 2008; y Mestre Delgado, 2011a; 2011b).

Exclusividad funcional (RSCL, artículo 47): el monopolio del servicio de suministro y abastecimiento de aguas, así como del alcantarillado, se proyecta sobre todas las tareas en que consisten estas prestaciones (LBRL, artículo 86.3 en relación con los artículos 25.2.c y 26.1.a y b). En concreto, el abastecimiento supone la provisión de agua a domicilio en las condiciones de calidad reglamentarias, lo que abarca la distribución, el almacenamiento y el suministro hasta las instalaciones propias del usuario (véase, entre otras, STS 3ª, de 23 de febrero de 2015, RJ 943). En cuanto al servicio de alcantarillado, en función de la evolución de la legislación, incluye la evacuación/recogida de las aguas residuales, su tratamiento y depuración (en detalle, sobre este servicio, véanse Setuain Mendiá, 2002; y Oller Rubert, 2008). A su vez, esa exclusividad se proyecta sobre los medios e infraestructuras necesarios para su prestación, básicamente, las redes de suministro y de evacuación, y las instalaciones complementarias indispensables, que en virtud de esta vinculación tienen la consideración de bienes de dominio público (Ministerio de Administración Territorial, 1986b, artículo 4; Jefatura del Estado, 2003, artículo 5.1).

Exclusividad territorial (RSCL, artículo 46.1.c): el monopolio del suministro de agua y de alcantarillado se extiende sobre cualesquiera necesidades de los mismos que se produzcan en el término municipal (en este sentido, véase STS 3ª, de 7 de diciembre de 1979, RJ 4209). La jurisprudencia habla del «principio de territorialidad» como límite objetivo del monopolio (entre otras, véanse SSTs 3ª de 8 de noviembre de 1988, RJ 8796, de 5 de febrero de 1991, RJ 1244, y de 9 de mayo de 1996, RJ 4115). No existe ninguna parte del municipio excluido, ni siquiera en los bienes declarados dominio público de titularidad estatal situados en el término municipal como puertos y aeropuertos (así, SSTs 3ª, de 19 de junio de 1970, RJ 3413, de 7 de julio de 1980, RJ 4455, y de 14 de noviembre de 1986, RJ 6199).

Exclusividad personal (RSCL, artículo 128.1, obligación segunda): el monopolio obliga a todos cuantos precisen o demanden esos servicios en el término municipal. El que, normalmente, se hable de «vecinos» no puede llevar a equívoco. La obligación se impone sobre cualesquiera ciudadanos o empresas, personas físicas o jurídicas, que precisen de esos servicios por encontrarse en el ámbito del monopolio, sean o no vecinos en sentido estricto, sin que, por otra parte, tengan libertad para elegir proveedor (en este sentido, véase entre otras, STSJ Valencia de 21 de mayo de 2003, Jur 34629).

Exclusividad prestacional (RSCL, artículos 51 y 128.1): el monopolio determina que el gestor autorizado —claro está, también el Ayuntamiento si lo presta de modo directo— es el único que puede atender la demanda de esos servicios mediante el suministro o provisión de los mismos. Es el único al que pueden dirigirse los demandantes de esos servicios, también el prestador obligado a atender esas demandas en las condiciones reglamentariamente establecidas (véase STSJ Valencia de 15 de diciembre de 2000, RJCA 2757).

Pues bien, de este conjunto de dimensiones del monopolio sobre el servicio público, a los efectos de este análisis y del alcance del autoabastecimiento, las más relevantes son la exclusividad prestacional y la personal.

II.2. Imposibilidad de que otros operadores realicen la actividad de suministro

Como queda dicho, la declaración de monopolio determina que el servicio solo puede ser prestado por el único operador o gestor que tenga título habilitante, cualquiera que sea la modalidad del mismo —encomienda, contrato de concesión, autorización— (LBRL, artículo 86.3; TRRL, artículos 100-108). Lo esencial es que sea único o exclusivo.

En razón de esa dimensión, el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales formula la siguiente precisión:

«Aprobada definitivamente la municipalización o provincialización con monopolio, comportará para la Corporación las siguientes facultades: a) impedir el establecimiento de empresas similares dentro del correspondiente territorio jurisdiccional, y b) expropiar las que ya estuviesen instaladas con rescate de concesiones» (RSCL, artículo 51; TRRL, artículo 98).

Los términos son gráficos. No se trata tan solo de que el prestador sea único, sino que, además, la Corporación puede impedir que otras empresas se establezcan con el fin de ofrecer/prestar ese mismo servicio. De igual modo queda facultada para rescatar, y con ello extinguir, las concesiones otorgadas con anterioridad a la monopolización (véase, entre otras, STS. 3ª, de 18 de junio de 1986, RJ 5516).

Con el fin de viabilizar esas previsiones, ese reglamento —en línea con la legislación vigente— establece un conjunto de previsiones en orden a la expropiación de empresas similares o incompatibles, así como el rescate de concesiones (RSCL, artículos 52-54; TRRL, artículos 98-99). La consecuencia primaria de este régimen es que cualquier empresa u operador que realice la actividad propia del suministro de agua, proveyendo agua a cualesquiera ciudadanos o empresas en el ámbito municipal, distinta de aquella que ostenta el

monopolio, estará actuando sin título habilitante, esto es, de manera ilegal o clandestina.

II.3. Imposibilidad de los usuarios de obtener el servicio de otros proveedores

La otra dimensión relevante que comporta el monopolio es el deber de los usuarios de obtener el servicio del único gestor autorizado sin que puedan hacerlo de otro proveedor diferente, ni siquiera de aquel que preste igual servicio en un municipio colindante (RSCL, artículo 47 en relación con el artículo 34). Como queda dicho, la declaración de monopolio determina para los vecinos la condición de servicio de recepción y uso obligatorio del servicio correspondiente. Esto significa obligatoriedad de usar el servicio implantado cuando lo necesiten.

Ahora bien, esta afirmación no supone, sin más, que el servicio sea de recepción obligatoria, esto es, lo demanden o no los usuarios, que es cuestión diferente relacionada con la naturaleza de la contraprestación económica que se imponga (Ministerio de Hacienda, 2004, artículo 20). Por el contrario, el suministro de agua es de prestación voluntaria en el sentido de que no se recibe sin previa solicitud. De este modo, cuando se necesita agua, si el suministro está ordenado en condiciones de monopolio, el usuario viene obligado a recabarlo del titular del servicio, que, a su vez, está legalmente obligado a atenderlo (RSCL, artículo 128.1, obligación segunda). El usuario no tiene libertad de elección de proveedor. Si está establecido el monopolio, su derecho solo puede exigirlo y hacerlo efectivo a través de la entidad o empresa gestora correspondiente. En este sentido se pronuncian los Tribunales:

[...] el servicio público de suministro de agua potable es una competencia municipal que obligadamente debe activar el Ayuntamiento (artículo 26 de la LBRL), y *pueden exigir los vecinos* (artículo 18 de la misma) *su prestación, pero no está en manos de estos proveerse del mismo de espaldas a la organización y control municipales*, tratándose de un servicio que al tiempo es de recepción obligatoria en edificaciones susceptibles de uso residencial (y otros), de modo que el ordenamiento no reconoce a los propietarios —por razones sanitarias obvias y aun de otra índole— el derecho a decidir si cuentan o no con él» (STSJ Valencia, de 21 de mayo de 2003, Jur 34629).

La consecuencia de esta exclusividad es la ilegalidad de cualquier suministro que un usuario contrate o reciba de un operador distinto del autorizado en el ámbito del monopolio. No obstante, el autoabastecimiento constituye una forma singular de provisión que,

en determinadas condiciones, es compatible con la reserva pública del servicio.

213

III. LÍMITE: EL AUTOCONSUMO EN LA LEGISLACIÓN DE AGUAS

III.1. Supuestos regulados

El autoabastecimiento consiste en la atención de las necesidades propias mediante el consumo de agua producida con medios propios ya sea por extracción —pozo o galería—, ya sea por producción industrial —básicamente, desalación—. En ningún caso es autoconsumo la provisión desde otro proveedor o usuario distinto del autorizado, como tampoco el suministro a un tercero. La regulación legal de esta opción de consumo se contiene en las siguientes normas:

- La Ley de Aguas permite utilizar en el propio predio aguas procedentes de manantiales y aguas subterráneas localizadas en el mismo con el límite de 7000 m³ anuales (Ministerio de Medio Ambiente, 2001, artículo 54.2; texto refundido de la Ley de Aguas, en adelante TRLA).
- El derecho transitorio de la legislación de aguas, en tanto admite la subsistencia de derechos de propiedad sobre aguas privadas adquiridos con anterioridad a la entrada en vigor de esas normas, lleva implícito el derecho del propietario a utilizarlas para atender sus necesidades (básicamente, de acuerdo con la disposición transitoria tercera del TRLA).
- Con el antecedente del real decreto 1327/1995, de 28 de julio, sobre instalaciones de desalación, la vigente Ley de Aguas, a partir de su modificación por la ley 11/2005, de 22 de junio, limita el derecho a consumir agua procedente de plantas de desalación de agua salada o salobre en volumen igual al permitido para las aguas procedentes de manantiales y subterráneas.

Estos son los supuestos regulados. En ellos, la idea clave es la extracción o producción para consumo propio, sin que sea admisible utilizar el agua obtenida para la provisión de terceros. Igualmente, el agua o, en su caso, la instalación, debe encontrarse o situarse en el propio predio o finca. Este es el ámbito del autoconsumo. A los anteriores cabe añadir los casos de «suministro privado de agua» (Álvarez Fernández, 2004, pp. 371-382), que se producen cuando el servicio público resulta insuficiente o cuando una urbanización privada asume esa prestación como entidad urbanística

EL MONOPOLIO
EN EL SERVICIO
PÚBLICO DE
SUMINISTRO DE
AGUA EN ESPAÑA:
CONFLICTOS Y
TUTELA

THE MONOPOLY
ON WATER SUPPLY
PUBLIC SERVICE IN
SPAIN: CONFLICTS
AND LEGAL
PROTECTION

de conservación, pero, en todo caso, subordinado al funcionamiento de aquel. Ahora bien, en tanto que provisionales, se trata de situaciones distintas de aquellas en las que se centra este análisis.

III.2. Compatibilidad con el monopolio, en particular las desaladoras

Como queda dicho, el problema que suscita el autoabastecimiento es su compatibilidad con la declaración del suministro o abastecimiento como servicio público en régimen de monopolio. En el caso del consumo de aguas de manantiales o subterráneas, su reconocimiento como derecho por la ley estatal, ya sea sobre aguas públicas (máximo 7000 m³ por año), ya sea sobre aguas de propiedad privada preexistentes, parece difícilmente desplazable por la declaración municipal de monopolio (sobre esta regulación, véase Cantero Martínez, 2002). Por supuesto, este supuesto de autoconsumo se reconoce sin desconocer el problema que, para el titular de este derecho, supone asegurar la potabilidad y calidad de esos caudales en caso de uso para consumo doméstico (los exigidos por los criterios sanitarios de la calidad de agua de consumo humano, Ministerio de la Presidencia, 2003).

En cuanto a la producción industrial —desalación—, como queda apuntado, la cuestión resulta más compleja por la evolución cambiante de la normativa básica del Estado sobre esta técnica y sobre ese recurso (sobre el régimen de la desalación, véanse Jiménez Shaw, 2003; 2007; 2009 y 2010; Agudo González, 2004; Blanquer Criado, 2005; Suay Rincón, 2005; y Plaza Martín, 2015). Inicialmente, el real decreto 1327/1995 sobre las instalaciones de desalación de agua marina o salobre admitía el consumo particular en volumen igual al permitido para las aguas subterráneas o de manantiales (un máximo de 7000 m³ anuales, Ministerio de la Presidencia, 1995, artículo 4.5). Con posterioridad, la ley 46/1999, de modificación de la Ley de Aguas de 1985 (redacción anterior al Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001), amplió con creces esa posibilidad, al establecer una regulación que permitió hablar de un «derecho a la desalación» (Jefatura del Estado, 1999, artículos 2.e y 12 bis). Este entendimiento resultó confirmado por el real decreto 606/2003, de modificación del real decreto 849/1986, del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, para adaptarlo a lo dispuesto por la mencionada ley 46/1999. En concreto, esa reforma derogó de forma expresa el citado real decreto 1327/1995, entendiendo que sus disposiciones se oponían al «carácter de actividad libre» de la desalación (Ministerio de Medio Ambiente, 2003).

Tras la refundición de la legislación estatal de aguas (con la aprobación del TRLA de 2001), el régimen legal de la desalación cambió de modo drástico. La ley 11/2005 (Jefatura del Estado, 2005), sobre el Plan

Hidrológico Nacional, modificó la regulación de las aguas desaladas, incorporando aquellas de plano dentro del dominio público hidráulico y sometiendo su aprovechamiento a las mismas reglas que el resto de esa clase de bienes demaniales (en concreto, la disposición final primera de la ley 11/2005 dio nueva redacción, en el sentido apuntado, a los artículos 2.º y 13 del TRLA). Producido este cambio, cualquier argumento para seguir hablando de un «derecho a la desalación» decayó y, con él, también el reconocimiento del derecho al autoabastecimiento. Desde entonces, la producción industrial de agua —desalación— es igual que la producción conforme al ciclo natural —aguas subterráneas—, esto es, se trata de un aprovechamiento del dominio público hidráulico, sujeto, como todos, a la planificación hidráulica.

Siendo, por tanto, la desalación hoy un modo de producción de agua de igual régimen que cualquier otro aprovechamiento hidráulico, su relación con el servicio público de suministro de agua queda determinada por el orden de usos establecidos por la legislación y planes hidráulicos. En concreto, el criterio rector es el de preferencia o prioridad del abastecimiento de agua a poblaciones sobre cualquier otro uso o destino (TRLA, artículo 60.3). En este sentido, los tribunales se han pronunciado a favor de la preferencia o prioridad del servicio público sobre la desalación para autoconsumo o consumo privado —hotelero— cuando aquel se encuentra disponible (véase STSJ Canarias de 18 de marzo de 2009, Jur 249025; de un modo general, sobre la prioridad de la distribución-suministro domiciliario, véase la STS 3ª, de 5 de marzo de 1991, RJ 1973).

En resumen, el único supuesto regulado con carácter general de autoconsumo es el que deriva del derecho al uso privativo de aguas procedentes de manantiales o subterráneas situadas en el propio predio con un volumen de 7000 m³ anuales (TRLA, artículo 54.2); supuesto que se extiende y engloba también la titularidad de derechos sobre aguas privadas preexistentes, amparados por el derecho transitorio (básicamente, TRLA, disposición transitoria tercera).

Por su parte, en la producción industrial, el autoabastecimiento se limita a las autorizaciones para desalación que hubieran sido otorgadas con anterioridad a la ley estatal 11/2005. Cualquier otra modalidad de producción industrial que, desde entonces, pudiera ser autorizada o concesionada queda vinculada o condicionada por la declaración de monopolio del servicio público —si existiera—, sin que sea posible la entrega, enajenación o distribución del agua producida a terceros/vecinos, puesto que, en estos casos, el suministro es competencia exclusiva municipal, cualquiera que sea la modalidad de gestión. No existen más excepciones. Elegida la gestión del servicio en régimen de monopolio, las únicas excepciones son aquellas que, de forma expresa,

EL MONOPOLIO
EN EL SERVICIO
PÚBLICO DE
SUMINISTRO DE
AGUA EN ESPAÑA:
CONFLICTOS Y
TUTELA

THE MONOPOLY
ON WATER SUPPLY
PUBLIC SERVICE IN
SPAIN: CONFLICTS
AND LEGAL
PROTECTION

admita y delimite el legislador. De otro modo aquella declaración resultaría un *flatus vocis* y, lo más importante, sería un mecanismo incierto como marco jurídico de referencia necesario para la Administración, para el gestor del servicio, así como para los usuarios. En fin, establecido el alcance del monopolio en el suministro e identificados los supuestos admisibles de autoconsumo, se está en condiciones de indagar sobre los mecanismos jurídicos que permiten asegurar la exclusividad inherente a aquel y, con ella, proteger las razones y los fines públicos que la explican.

IV. DEFENSA DEL MONOPOLIO

IV.1. Potestades administrativas sobre el servicio público

La Administración municipal ostenta todas las potestades administrativas que el ordenamiento le atribuye, tanto en su condición de administración territorial como, en particular, en su condición de titular del servicio público. En este caso, como recoge el reglamento de servicios, «Las Corporaciones locales tendrán plena *potestad para constituir, organizar, modificar y suprimir, los servicios de su competencia*, tanto en el orden personal, como en el económico, o en cualesquiera otros aspectos» (RSCL, artículo 30). Como administración territorial es titular de todas las potestades que derivan precisamente de tal configuración, enunciadas en el artículo 4 de la LBRL. Entre esas potestades se encuentran la reglamentaria, la de presunción de legalidad y de ejecución de sus actos, las potestades de ejecución forzosa y la sancionadora. Potestades desarrolladas de manera general tanto en la propia LBRL como en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Jefatura del Estado, 1992, en adelante LPAC).

Por lo que respecta a su condición de «*dominus*» de la actividad reservada en condiciones de monopolio (LBRL, artículos 25.2, c), 85.1 y 86.2), la Entidad Local ostenta todas las potestades inherentes a los servicios públicos o esenciales. Entre esas potestades se encuentran, acumulativamente a las que derivan de su condición de administración territorial, la potestad de elegir la forma de gestión, directa o indirecta del servicio (LBRL, artículo 85.2; TRRL, artículo 96; Ministerio de Economía y Hacienda, 2011, artículo 275; texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en adelante TRLCSP), con los límites y facultades previstos en la legislación (LBRL, artículo 85 bis; para la gestión indirecta, TRRL, artículos 103, 104 y 108; para gestión mediante sociedad especializada, TRRL, artículos 101-102; para las sociedades mercantiles, LBRL, artículo 85 ter y TRRL, artículo 105; para los consorcios, LBRL, artículo 87 y TRRL, artículo 110); la facultad de decidir si dicha actividad reservada se presta de manera monopolizada

(LBRL, artículo 86.2; TRRL, artículo 97.2), lo que incluye la declaración de *causa expropriandi* y necesidad de ocupación de los bienes a efectos expropiatorios (TRRL, artículos 98-99) y la posibilidad de actuar con personal directamente dependiente de la corporación (TRRL, artículo 100), además de que el monopolio pueda extenderse a varios municipios si existe acuerdo entre los afectados (TRRL, artículo 109); la administrativización de las relaciones entre el gestor y el usuario del servicio que en todo caso se someten «a las normas del propio servicio» y resto de normativa aplicable (TRRL, artículo 106); y la potestad tarifaria (TRRL, artículo 107).

En cuanto a la gestión indirecta del servicio público mediante contrato administrativo, además de las previsiones especiales previstas en la legislación de régimen local, la legislación de contratación del sector público establece las siguientes potestades: la de definir el régimen del servicio en lo que no se oponga a la legislación de contratos («y por las disposiciones especiales del respectivo servicio, en lo que no se oponga», TRLCSP, artículo 276); la de elección de la modalidad de contratación específica dentro de la gestión indirecta (TRLCSP, artículo 277); la de fijar la duración del contrato (TRLCSP, artículo 278); la de *ostentar los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate* (TRLCSP, artículo 279.2); la potestad de ejercer el *ius variandi* (TRLCSP, artículo 282); la titularidad del derecho de reversión a la extinción del contrato (TRLCSP, artículo 283); la potestad de intervención del servicio cuando exista perturbación grave (TRLCSP, artículo 285); y la potestad de resolución del contrato, incluyendo el rescate o la supresión del mismo (TRLCSP, artículo 286). Ello se completa, desde la perspectiva del contratista-gestor, con el establecimiento de un conjunto de obligaciones, como prestar el servicio con la continuidad convenida; garantizar a los particulares el acceso al mismo en las condiciones establecidas, con derecho al abono de la tarifa aprobada; cuidar del buen orden del servicio, pudiendo dictar las oportunas instrucciones y sin perjuicio de los poderes de policía que ostenta la administración; indemnizar por los daños causados en el desarrollo del servicio y respetar el principio de no discriminación en los contratos de suministro (TRLCSP, artículo 280). Lo decisivo es que todas estas potestades se proyectan sobre el servicio público con independencia del modo de gestión. Es cierto que la mejor regulación de estas potestades y de su proyección sobre el servicio y el ente gestor se formula en relación con la gestión mediante concesión administrativa, pero no es menos cierto que la jurisprudencia viene entendiendo que esa regulación es aplicable cualquiera que sea la modalidad de gestión. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1981 (RJ 3149) señala lo siguiente:

EL MONOPOLIO
EN EL SERVICIO
PÚBLICO DE
SUMINISTRO DE
AGUA EN ESPAÑA:
CONFLICTOS Y
TUTELA

THE MONOPOLY
ON WATER SUPPLY
PUBLIC SERVICE IN
SPAIN: CONFLICTS
AND LEGAL
PROTECTION

El recurrente argumenta únicamente sobre las cláusulas del pliego de condiciones, y el Reglamento del Servicio de Aguas, como si esta fuera la única normativa a tener en cuenta, *con olvido de las potestades interventoras, que competen a la Administración en las relaciones concesionales, aunque no sean exclusivas de estas sino que se manifiestan en todas las modalidades gestoras que la Administración utiliza, como un poder o potestad derivado de la naturaleza misma de la competencia que le está atribuida* y, al mismo tiempo como una obligación —artículo 60 del Reglamento de Contratación— y que por ser una materia de interés público es irrenunciable como declara de modo expreso el artículo 116-2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales; *como una manifestación de tales potestades irrenunciables, además del poder de vigilancia, está el poder de dirección* que se produce mediante la formulación al contratista de órdenes ejecutivas que este está obligado a cumplir, como determina el artículo 127-1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales en su norma segunda, que coincide con lo dispuesto de modo general para los Municipios en el apartado d) del artículo 116 de la Ley de Régimen Local al atribuir al Alcalde la facultad de dictar las disposiciones particulares que exija el mejor cumplimiento de los distintos servicios; este poder podrá ejercitarse cuando sea necesario y nada obsta a que se exteriorice, como en este caso, ante una petición del concesionario, por lo que la alegación de incongruencia del actor no es de recibo.

Queda claro, por tanto, que las potestades que ostenta la Administración en una concesión de servicio público son en realidad potestades comunes o generales a todo servicio público.

Pues bien, a la luz de ese entendimiento, el artículo 127 del RSCL enuncia como *potestades inherentes a la Administración* sobre el servicio público las siguientes:

Artículo 127.

1. La Corporación concedente ostentará, sin perjuicio de las que procedan, las potestades siguientes:

1.^a *Ordenar discrecionalmente*, como podría disponer si gestionare directamente el servicio, las modificaciones en el concedido que aconsejare el interés público, y, entre otras:

- a) la variación en la calidad, cantidad, tiempo o lugar de las prestaciones en que el servicio consista; y
- b) la alteración de las tarifas a cargo del público y en la forma de retribución del concesionario.

2.^a *Fiscalizar la gestión* del concesionario, a cuyo efecto podrá *inspeccionar el servicio*, sus obras, instalaciones y locales y la documentación relacionada con el objeto de la concesión, y *dictar las órdenes para mantener o restablecer la debida prestación*.

3.^a Asumir temporalmente la ejecución directa del servicio en los casos en que no lo preste o no lo pudiese prestar el concesionario, por circunstancias imputables o no al mismo.

4.^a Imponer al concesionario las correcciones pertinentes por razón de las infracciones que cometiere.

5.^a Rescatar la concesión.

6.^a Suprimir el servicio.

2. *La Corporación concedente deberá:*

1.^o *Otorgar al concesionario la protección adecuada para que pueda prestar el servicio debidamente.*

2.^o Mantener el equilibrio financiero de la concesión, para lo cual:

a) compensará económicamente al concesionario por razón de las modificaciones que le ordenare introducir en el servicio y que incrementaren los costos o disminuyeren la retribución; y

b) revisará las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión.

3.^o Indemnizar al concesionario por los daños y perjuicios que le ocasionare la asunción directa de la gestión del servicio, si esta se produjere por motivos de interés público independientes de culpa del concesionario.

4.^o Indemnizar al concesionario por el rescate de la concesión o en caso de supresión del servicio.

Por su parte, de conformidad con el siguiente artículo 128.1 del RSCL, el concesionario del servicio público, esto es el *gestor del servicio*, asume las siguientes *obligaciones*:

Artículo 128.

1. Serán obligaciones generales del concesionario:

1.^a *Prestar el servicio del modo dispuesto en la concesión u ordenado posteriormente por la Corporación concedente, incluso en el caso de que circunstancias sobrevenidas e imprevisibles ocasionaren una subversión en la economía de la concesión, y sin más interrupciones que las que se habrían producido en el supuesto de gestión directa municipal o provincial.*

2.^a *Admitir al goce del servicio a toda persona que cumpla los requisitos dispuestos reglamentariamente.*

3.^a Indemnizar a terceros de los daños que les ocasionare el funcionamiento del servicio, salvo si se hubieren producido por actos realizados en cumplimiento de una cláusula impuesta por la Corporación con carácter ineludible.

4.^a No enajenar bienes afectos a la concesión que hubieren de revestir a la entidad concedente, ni gravarlos, salvo autorización expresa de la Corporación.

5.^a *Ejercer, por sí, la concesión* y no cederla o traspasarla a terceros sin la anuencia de la Corporación, que sólo podrá autorizarla en las circunstancias que señala el párrafo 2 del artículo 52 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones locales.

Igualmente, según el artículo 128.2 y 3 del mismo reglamento, el concesionario, por tanto, *el gestor*, ostenta las siguientes *facultades y derechos*:

Artículo 128.

2. *La concesión otorgará al concesionario las facultades necesarias para prestar el servicio.*

3. Serán derechos del concesionario:

1.^o Percibir la retribución correspondiente por la prestación del servicio.

2.^o Obtener compensación económica que mantenga el equilibrio financiero de la concesión en los casos en que concurra cualquier de las circunstancias a que se refieren los números 2.^o, 3.^o y 4.^o del párrafo 2 del artículo anterior.

3.^o Utilizar los bienes de dominio público necesarios para el servicio.

4.^o Recabar de la Corporación los procedimientos de expropiación forzosa, imposición de servidumbres y desahucio administrativo para la adquisición del dominio, derechos reales o uso de los bienes precisos para el funcionamiento del servicio.

4. La Corporación concedente podrá otorgar al concesionario:

1.^o Reconocimiento de vecindad a su persona, dependientes y operarios en el Municipio de la concesión, para el disfrute de los aprovechamientos comunales.

2.^o *Utilización de la vía de apremio* para la percepción de las prestaciones económicas que adeuden los usuarios por razón del servicio.

Esos son los poderes y los instrumentos con que cuenta la Administración municipal para garantizar la adecuada prestación del servicio público y, en particular, para asegurar el cumplimiento de las normas y reglas que conforman su ordenación jurídica y económica, entre ellas su prestación en monopolio.

Así, cuando un tercero realiza la actividad de provisión propia de esos servicios sin el título jurídico-administrativo necesario, como cuando un usuario recibe el suministro de un prestador no autorizado, la Administración titular del servicio cuenta con potestades suficientes

para responder a esas demandas y para corregir las conductas ilegales y sus efectos. Asimismo, el gestor puede y debe dirigirse a la Administración pidiendo su protección para poder prestar el servicio debidamente, para que se respeten las reglas del servicio público en los términos pactados, para que se restablezca la situación jurídica que está siendo perturbada por actuaciones de hecho y, también, para corregir o compensar el perjuicio económico que de esa infracción se derive para el gestor y para el servicio público (RSCL, artículo 127, apartado 2.1).

IV.2. Requerimiento de suspensión y cese de la actividad ilegal y, en su caso, ejecución subsidiaria

En concreto, cuando la perturbación del servicio se debe a que un operador no autorizado suministra agua y un usuario la recibe, para restablecer el orden jurídico infringido, la Administración está facultada para *requerir de suspensión esa actividad ilegal de suministro y de recepción, con orden de cese de su ejercicio, y clausura, si fuera preciso, de las instalaciones que se utilicen* para ello. Se trata de una conducta ilegal, como quedó explicado más atrás, porque se hace al margen de las reglas del servicio público monopolizado, que se proyectan tanto para el suministro como para la recepción del mismo. La Administración titular del servicio público debe exigir la suspensión de la actividad ilegal a ambos. Esto forma parte de su posición de *dominus* de la actividad; de su poder de dirección y control sobre la actividad, poder ínsito a toda actividad de servicio público, que comporta la posibilidad de inspeccionar el servicio, de dictar órdenes para mantener o restablecer la debida prestación, para otorgar al gestor del servicio la debida protección.

En particular, la posibilidad de que el municipio pueda dictar órdenes (como mandatos de hacer, no hacer o soportar) es clara. La ostenta como Administración pública al disponer que «las entidades locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de los siguientes medios: e) órdenes individuales constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo» (LBRL, artículo 84). Además, se le reconoce, específicamente, cuando, como titular del servicio, debe «dictar las órdenes para mantener o restablecer la debida prestación» (RSCL, artículo 127.1, segunda potestad).

En función de esos títulos, el municipio puede requerir tanto a la entidad que está prestando la actividad de suministro o introduciendo agua en el municipio sin ser un gestor autorizado para ello, como al usuario que está recibiendo el agua al margen de las reglas del servicio público monopolizado, para que dejen de hacerlo. Esa orden, en cuanto acto administrativo, goza de la presunción de legalidad de todos los actos de la Administración pública y es ejecutiva de conformidad con las reglas aplicables a cualquier acto administrativo (LPAC, artículos 56, 57 y 94).

221

EL MONOPOLIO
EN EL SERVICIO
PÚBLICO DE
SUMINISTRO DE
AGUA EN ESPAÑA:
CONFLICTOS Y
TUTELA

THE MONOPOLY
ON WATER SUPPLY
PUBLIC SERVICE IN
SPAIN: CONFLICTS
AND LEGAL
PROTECTION

Para garantizar esa orden de suspensión, la administración puede utilizar los medios de ejecución forzosa previstos en el ordenamiento jurídico para ello (LPAC, artículos 93ss.). Una vez que se notifique tanto al gestor no autorizado como al usuario la orden de suspensión, otorgando un plazo para ello y, una vez que se realice el oportuno apercibimiento en la misma orden de suspensión (LPAC, artículo 95), podrá utilizar la ejecución subsidiaria para poner fin al suministro-recepción ilegal del agua en este término municipal. En este sentido, el artículo 98 de la LPAC dispone que «habrá lugar a la ejecución subsidiaria cuando se trate de actos que por no ser personalísimos puedan ser realizados por sujeto distinto al obligado». Esta ejecución se realizará en los términos previstos en el propio artículo citado, es decir, con la posibilidad de realizarlo directamente por la Administración o por la persona que determine la Administración, todo ello a costa del obligado.

Es importante destacar que, tal y como se preocupa en señalar el propio artículo 98 citado, «el importe de los gastos, daños y perjuicios se exigirá conforme a lo dispuesto en el artículo anterior», esto es, a través de la vía de apremio. Asimismo, siempre de conformidad con lo previsto en el citado precepto, el importe de los gastos se puede liquidar de manera provisional por la Administración y realizarse antes de la propia ejecución. Los daños y perjuicios derivados de la ejecución de la orden de suspensión de la actividad también quedan cubiertos por dicha previsión legal.

IV.3. Reparación de los daños y perjuicios causados al gestor del servicio

Al margen del requerimiento que la Administración realice tanto al usuario que recibe el servicio alternativo como a la entidad que suministra agua sin título jurídico alguno, se encuentra el problema de la reparación de los daños y perjuicios que puedan haberse causado al gestor por esa conducta ilegal; en particular, las tarifas dejadas de abonar por el usuario al recurrir a un suministro alternativo, de igual modo que los costes vinculados con la obligación reglamentaria y contractual de tener a disposición de esos mismos usuarios el servicio público, así como la consideración de esos suministros en el equilibrio económico financiero del servicio, en la retribución del gestor, y en la estructura tarifaria. Como es sabido, la tarifa es el mecanismo de financiación del servicio público, de ahí que su falta de abono como consecuencia de ese suministro alternativo ilegal pone en peligro la financiación del servicio, que se rige por la regla de la autofinanciación (TRRL, artículo 107) y, en caso de gestión indirecta, el equilibrio económico del contrato administrativo de gestión del servicio público (TRLCSJ, artículo 282.2). Por tal motivo, el gestor del servicio público, una vez que cuantifique el importe de los daños y perjuicios que le ha causado ese suministro alternativo ilegal, lo puede poner en conocimiento de la Administración

titular del servicio para que esta, a su vez, reclame dichas cantidades al usuario que ha hecho uso del suministro ilegal alternativo. A estos efectos, la Administración puede utilizar la vía de apremio para hacer efectivas dichas cantidades, en el caso de que el usuario no pague voluntariamente.

Nada impide, por otra parte, que la empresa gestora pueda reclamar en vía civil el pago de esas cantidades en concepto de daños y perjuicios. Su condición de sujeto privado se lo permite, como tiene reconocida alguna jurisprudencia civil menor (véanse Sentencia Audiencia Provincial, SAP, de Málaga, 8 de octubre de 1998, AC 7368, SAP de Las Palmas de Gran Canaria, de 21 de mayo de 2002, Jur 189993, SAP de Soria, de 23 de junio de 2004, Jur 226341). No obstante, debe recordarse que, en ese orden jurisdiccional, la apelación a la posición de monopolio, como a otros privilegios administrativos, queda en un segundo plano frente a una relación que se considera *inter privados* y en la que la empresa prestadora del servicio habrá de acreditar la obligación del usuario de contratar con ella, como la ilegalidad del suministro efectuado por el operador demandado. En casos análogos, el criterio más extendido es el que diferencia la relación jurídico-administrativa de la civil (el ejemplo de la transmisión de viviendas de protección oficial con sobreprecio, nula a efectos administrativos, válida a efectos civiles).

EL MONOPOLIO
EN EL SERVICIO
PÚBLICO DE
SUMINISTRO DE
AGUA EN ESPAÑA:
CONFLICTOS Y
TUTELA

THE MONOPOLY
ON WATER SUPPLY
PUBLIC SERVICE IN
SPAIN: CONFLICTS
AND LEGAL
PROTECTION

IV.4. Limitaciones del régimen sancionador

Como queda descrito, la Administración cuenta con mecanismos suficientes para restablecer la legalidad propia del monopolio, ordenando la paralización de los suministros ajenos a ese régimen. Sin embargo, cuando se trata de sancionar o reprimir esas conductas, la regulación es claramente insuficiente.

En efecto, si se busca la norma que tipifique esta clase de comportamientos, lo normal es encontrar una referencia en el reglamento del servicio público correspondiente que los califica como infracción administrativa. Así, esa calificación suele proyectarse sobre el suministro de agua sin título habilitante, la recepción por los usuarios de agua de fuentes distintas del servicio público o la conexión de la instalación propia con otras para recibir agua de otra procedencia. Pero, igualmente de ordinario, esas normas carecen de un régimen sancionador o el que recogen resulta inadecuado, por reducido, frente a la conducta tipificada. Lo habitual es que esos reglamentos regulen con detalle el mecanismo de «suspensión del suministro» y omitan sanción alguna, pecuniaria al menos, de las conductas contrarias al régimen de prestación (monopolio).

La razón de esto último no es la falta de títulos legales para establecer ese régimen sancionador. Tanto las leyes autonómicas sobre aguas, como el

Título XI de la LBRL, que faculta a las entidades locales para tipificar infracciones y sanciones en determinadas materias, ofrecen cobertura suficiente para una regulación de esa clase. El motivo, por el contrario, es que la suspensión del suministro se considera mecanismo suficiente para restablecer el servicio y corregir las conductas contrarias al mismo; y ello porque, dentro de la lógica del sistema, es inimaginable que un tercero que no sea el gestor del servicio suministre agua, y menos aun que un usuario pueda recibir el servicio de un operador que no sea el gestor autorizado. El monopolio y la dependencia del servicio público para satisfacer la necesidad de agua potable se estiman bastante para evitar esas situaciones. Pero es claro que no es así. La protección de los intereses públicos requiere un mecanismo para impedir los suministros al margen del monopolio. Pero también precisa un régimen sancionador que castigue esos comportamientos y que, además, cumpla una función preventiva. Por ello, en el caso del suministro municipal de agua potable, la falta de este segundo elemento constituye una debilidad del marco regulatorio necesario para asegurar la exclusividad como modalidad de prestación².

V. CONCLUSIONES: LA OBLIGACIÓN LEGAL DE PROTEGER EL MONOPOLIO

El monopolio en la prestación de servicios públicos, como suele ser lo ordinario en el servicio municipal de abastecimiento domiciliario de agua potable, constituye un mecanismo regulatorio que, cuando se emplea, debe ser objeto de tutela y protección, en la medida de los intereses públicos que lo legitiman y a los que debe servir. Es indiscutible que no tiene sentido poner puertas al campo y que, de producirse el cambio tecnológico preciso, la organización tradicional del suministro de agua sobre la base de su condición de monopolio natural, como el de energía o, antes, el de telefonía, resultará desplazada y obsoleta, a favor de un sistema de autoprovisión en un contexto de reordenación jurídica de este servicio que parece inevitable (López de Castro, 2014).

Ahora bien, en tanto esa transformación se produce, el normal funcionamiento de los servicios públicos requiere de certidumbre regulatoria y ello implica el adecuado entendimiento de lo que significa el monopolio público, de las obligaciones que comporta, de sus excepciones —como los supuestos legales de autoabastecimiento— y, lo más importante, de los mecanismos que permitan a la Administración reaccionar frente a las conductas que lo debiliten o lo pongan en cuestión.

2 La protección de los monopolios estatales de bienes y servicios se efectúa por la Ley Orgánica 12/1995 de Represión del Contrabando (modificada sustancialmente por Ley Orgánica 6/2011). Pero se trata de una regulación no aplicable a los monopolios locales (Jefatura del Estado, 1995).

A esos fines, tradicionalmente, el ordenamiento jurídico ha conferido a la Administración titular del servicio potestades y prerrogativas más que suficientes para asegurar la regularidad y continuidad de la prestación en régimen de exclusividad. De modo particular, aquella puede reaccionar frente a las conductas que se opongan al monopolio, ya se trate de suministradores distintos del monopolista autorizado, ya se trate de usuarios que buscan fuentes alternativas de provisión, estando obligados a proveerse del gestor autorizado. En estos casos, la Administración está obligada a actuar y, antes que otra cosa, a restablecer las condiciones de prestación mediante la suspensión y el bloqueo de esos suministros ilegales o clandestinos. Los intereses públicos que sustentan el monopolio así lo imponen; de otro modo, la función redistributiva de esta forma de prestación devendría inútil e, incluso, gravosa e injustificada para aquellos que no pueden escaparse y, en consecuencia, que deben soportar sus cargas y sus pérdidas —las que puedan derivar de aquellas conductas y que bien pueden traducirse en incremento de las tarifas—. El monopolio exige que la Administración intervenga y ejerza sus potestades.

Esto último, el deber de actuar, explica sin solución de continuidad las previsiones normativas que, de modo expreso, habilitan a los gestores de esos servicios —básicamente, empresas mixtas y concesionarios— para recabar de la Administración su tutela con el fin de poder prestar el servicio en las condiciones debidas —reglamentarias y, en su caso, contractuales—. Tutela o protección que consiste en el ejercicio efectivo de aquellas potestades en orden a garantizar el normal funcionamiento del servicio monopolizado. Aquellas prerrogativas no son, por tanto, un poder discrecional, sino que su ejercicio deviene obligado cuando el servicio lo requiere. Consecuencia de este equilibrio es el derecho del gestor a exigir de la Administración la reparación de los daños y perjuicios que puedan derivarse de la pasividad de aquella en reaccionar ante esas conductas. Es cierto que el operador puede ejercer acciones judiciales frente a aquellos suministradores o usuarios que vulneren su estatuto jurídico. Sin embargo, esta posibilidad es secundaria. El primer obligado a proteger el monopolio es el poder público que lo impuso con independencia de cuál sea la acción del gestor. Lo normal es que lo haga a petición del operador autorizado, pero, siendo el monopolio una decisión pública, esa reacción puede y debe ser adoptada por propia iniciativa, cualquiera que sea la actitud de aquel.

La razón del deber que recae sobre la Administración es que la tutela del monopolio sobre el servicio público no es cuestión jurídica privada, tampoco es un asunto de libre competencia —de pugna entre empresas—, ni siquiera de relación entre el prestador y los usuarios. La protección de ese régimen de exclusividad trae causa de la obligación de garantizar el funcionamiento del servicio público en relación con el cual

EL MONOPOLIO
EN EL SERVICIO
PÚBLICO DE
SUMINISTRO DE
AGUA EN ESPAÑA:
CONFLICTOS Y
TUTELA

THE MONOPOLY
ON WATER SUPPLY
PUBLIC SERVICE IN
SPAIN: CONFLICTS
AND LEGAL
PROTECTION

se establece. Siendo ese su fundamento, la aplicación y el entendimiento del monopolio y de la intervención de la Administración en orden a su protección se rigen por el principio *pro servicio*, por ningún otro. Esta es la regla que da sentido y coherencia a la regulación de esta modalidad de prestación, sea el suministro de agua, sea cualquier otro servicio público que se realice en esas condiciones. En fin, la obligación de la Administración de tutelar el monopolio trae causa y debe ser aplicada en razón y en atención al servicio sobre el que se proyecte, primando esta condición sobre la mera exclusividad. Se protege el monopolio como medio para asegurar el servicio público. Esta es la finalidad de ese deber, el que obliga a aquella a actuar; aunque también, debe añadirse, ese es el límite de la intervención pública, sin que pueda ir más allá de lo necesario para cumplir esa misión.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Agudo González, Jorge (2004). La desalación de aguas marinas en el Texto Refundido de la Ley de Aguas. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 38(211), 83-148.

Albi Cholbi, Fernando (1960). *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*. Madrid: Aguilar.

Álvarez Fernández, Mónica (2004). *El abastecimiento de agua en España*. Madrid: Thomson-Civitas.

Baldwin, Robert, Martin Cave & Martin Lodge (2011). *Understanding regulation. Theory, strategy and practice*. Segunda edición. Oxford: Oxford University Press. <http://dx.doi.org/10.1093/acprof:osobl/9780199576081.001.0001>

Blanquer Criado, David (2005). *La iniciativa privada y el ciclo integral del agua*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Cantero Martínez, Josefa (2002). El régimen transitorio de la Ley de Aguas y los aprovechamientos preexistentes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista de Administración Pública*, 159, 221-256.

Constitución española (1978).

Díaz Lema, José Manuel (1994). *Los monopolios locales*. Madrid: Montecorvo.

Jefatura del Estado (1985). Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. *Boletín Oficial del Estado*, 80(3 de abril), 8945-8964. BOE-A-1985-5392.

Jefatura del Estado (1992). Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. *Boletín Oficial del Estado*, 285(27 de noviembre). BOE-A-1992-26318.

Jefatura del Estado (1995). Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando. *Boletín Oficial del Estado*, 297(13 de diciembre). BOE-A-1995-26836.

Jefatura del Estado (1999). Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas. *Boletín Oficial del Estado*, 298(14 de diciembre), 43100-43113. BOE-A-1999-23751.

Jefatura del Estado (2003). Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. *Boletín Oficial del Estado*, 264(4 de noviembre). BOE-A-2003-20254.

Jefatura del Estado (2005). Ley 11/2005, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional. *Boletín Oficial del Estado*, 149(23 de junio), 21846-21856. BOE-A-2005-10622.

Jiménez Shaw, Concepción (2003). *Régimen jurídico de la desalación del agua marina*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Jiménez Shaw, Concepción (2007). Desalación y Territorio. En Antonio Embid Irujo (dir.), *Agua y Territorio*. Cizur Menor: Cívitas-Thomson-Aranzadi.

Jiménez Shaw, Concepción (2009). Aspectos jurídicos de la desalación. En José A. Ibáñez Mengual (coord.), *Desalación de aguas. Aspectos tecnológicos, medioambientales, jurídicos y económicos*. Murcia: Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua.

Jiménez Shaw, Concepción (2010). La desalación. Cuestiones jurídicas que plantea. *Diario La Ley*, 31(7366).

López de Castro García-Morato, Lucía (2014). La configuración jurídica poliédrica del servicio de abastecimiento de agua a poblaciones ante el mercado interior: mucho más que un servicio de interés económico general. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 163, 181-215.

Mestre Delgado, Juan Francisco (2011a). El servicio público de abastecimiento de agua. En Santiago Muñoz Machado (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, tercera edición, tomo II. Madrid: Iustel.

Mestre Delgado, Juan Francisco (2011b). Las formas de prestación de los servicios públicos locales, en particular, la concesión. En Santiago Muñoz Machado (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, tercera edición, tomo II. Madrid: Iustel.

Ministerio de Administración Territorial (1986a). Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local. *Boletín Oficial del Estado*, 96(22 de abril). BOE-A-1986-9865.

Ministerio de Administración Territorial (1986b). Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales. *Boletín Oficial del Estado*, 161(7 de julio). BOE-A-1986-17958.

Ministerio de Economía y Hacienda (2011). Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. *Boletín Oficial del Estado*, 276(16 de noviembre). BOE-A-2011-17887.

EL MONOPOLIO
EN EL SERVICIO
PÚBLICO DE
SUMINISTRO DE
AGUA EN ESPAÑA:
CONFLICTOS Y
TUTELA

THE MONOPOLY
ON WATER SUPPLY
PUBLIC SERVICE IN
SPAIN: CONFLICTS
AND LEGAL
PROTECTION

Ministerio de Hacienda (2004). Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. *Boletín Oficial del Estado*, 59(9 de marzo). BOE-A-2004-4214.

Ministerio de la Gobernación (1955). Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales. *Boletín Oficial del Estado*, 196(15 de julio). BOE-A-1955-10057.

Ministerio de la Presidencia (1995). Real Decreto 1327/1995, de 28 de julio, sobre las instalaciones de desalación de agua marina o salobre. *Boletín Oficial del Estado*, 189(9 de agosto), 24648-24650. BOE-A-1995-19001.

Ministerio de la Presidencia (2003). Real Decreto 140/2003, de 7 de febrero, por el que se establecen los criterios sanitarios de la calidad del agua de consumo humano. *Boletín Oficial del Estado*, 45(21 de febrero), 7228-7245. BOE-A-2003-3596.

Ministerio de Medio Ambiente (2001). Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas. *Boletín Oficial del Estado*, 176(24 de julio). BOE-A-2001-14276.

Ministerio de Medio Ambiente (2003). Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los Títulos preliminar, I, IV, V, VI y VIII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas. *Boletín Oficial del Estado*, 135(6 de junio), 22071-22096. BOE-A-2003-11384.

Molina Giménez, Andrés (2001). *El servicio público de abastecimiento de agua en poblaciones. El contexto liberalizador*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Oller Rubert, Marta (2008). *Saneamiento de aguas residuales y reforma del Derecho Administrativo*. Barcelona: Atelier.

Plaza Martín, Carmen (2015). El dominio público hidráulico. En Julio V. González García (dir.), *Derecho de los bienes públicos*, tercera edición. Valencia: Tirant lo Blanch.

Setuain Mendía, Beatriz (2002). *El saneamiento de las aguas residuales en el ordenamiento español. Régimen jurídico*. Valladolid: Lex Nova.

Sosa Wagner, Francisco (2008). *La gestión de los servicios locales*. Séptima edición. Cizur Menor: Civitas.

Suay Rincón, José (2005). La problemática jurídica de las desaladoras. En Santiago González-Varas (dir.), *Aguas y urbanismo*. Murcia: Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua.

Recibido: 27/03/16
Aprobado: 06/04/16

El acceso universal al agua potable. La experiencia peruana

Universal access to potable water: The Peruvian experience

ALBERTO CAIRAMPOMA ARROYO

& PAUL VILLEGAS VEGA*

Resumen: En el presente artículo se da cuenta del desarrollo del acceso universal al agua potable en el Perú. Para conseguir ello, previamente, se analiza el régimen jurídico del agua potable y saneamiento, los principales actores de la actividad y la política de acceso universal. Esto permite, posteriormente, explicar cómo es que se ha previsto conseguir el acceso de todos los usuarios al agua potable en los sectores urbanos y rurales, respectivamente.

Palabras clave: servicio público – servicio de agua potable – servicio universal – acceso universal – principio de universalidad – empresas prestadoras de servicios de saneamiento – sector urbano – sector rural

Abstract: The present article aims to review the development of universal access to potable water in Peru, for this, firstly it analyses the regulations applicable to potable water and sanitation, the main actors of the activity and universal access policy. Subsequently, it explains how the access of all users to potable water in urban and rural areas, respectively is planned.

Key words: public service – potable water service – universal service – universal access – principle of universality – companies providers of sanitation services – urban sector – rural sector

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. RÉGIMEN JURÍDICO DEL SERVICIO DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO.– II.1. SERVICIO PÚBLICO EN EL PERÚ.– II.2. SERVICIO DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO.– II.3. PRINCIPALES ACTORES DEL SECTOR.– II.4. DESARROLLO DEL SECTOR Y ESTADO ACTUAL DEL ACCESO A LOS SERVICIOS.– II.5. ACCESO UNIVERSAL EN LA POLÍTICA DE ESTADO SOBRE LOS RECURSOS HÍDRICOS.– III. MARCO DEL SECTOR URBANO EN LA POLÍTICA DE ACCESO UNIVERSAL.– III.1. ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS DE SANEAMIENTO.– III.2. SOBRE EL DESEMPEÑO DE LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIO DE SANEAMIENTO.– III.3. DESARROLLO DEL ACCESO UNIVERSAL EN EL SECTOR URBANO.– IV. SECTOR RURAL: INSTRUMENTOS JURÍDICOS ACTUALES.– V. CONCLUSIONES.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «El acceso universal al agua potable de poblaciones vulnerables», financiado por la Dirección de Gestión de la Investigación de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Alberto Cairampoma Arroyo es profesor de Derecho Administrativo de la PUCP e integrante del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo de la misma casa de estudios. Asimismo, es miembro de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Correo electrónico: vcairampoma@pucp.pe. Paul Villegas Vega es profesor adjunto de Derecho Administrativo de la PUCP e integrante del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo de la misma casa de estudios. Correo electrónico: villegas.pavl@pucp.edu.pe

I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo en términos de cobertura, calidad y eficiencia de la operación de los servicios públicos resulta un aspecto modular para el desarrollo y bienestar de todo país. En efecto, a partir de una adecuada prestación de los referidos servicios, se brinda una plataforma que permite, por un lado, mejorar el nivel de vida de las personas y, por otro, mejorar el nivel de productividad de las industrias (Bonifaz Fernández & Montoya, 2013, p. 5; Berg, 2009, p. 275). En el marco de los servicios públicos, el servicio de abastecimiento de agua potable y saneamiento (usualmente designados como servicios de saneamiento en la normativa y doctrina peruana) representan el medio por el cual se podrá satisfacer la necesidad de agua potable y la evacuación del agua utilizada.

La Ley General de Servicios de Saneamiento, ley 26338, se encarga de regular los referidos servicios en el Perú. En ella, se procura establecer un marco institucional y normativo que permita brindar los servicios de manera continua, regular, a un precio asequible, en condiciones de igualdad, conforme al estándar de calidad establecido y promoviendo el acceso universal (Congreso de la República del Perú, 1994). De esta manera, se busca que la prestación del servicio se brinde de manera eficiente, conforme a los costes incurridos, y en equidad, permitiendo el acceso al agua en hogares en estado de pobreza (Bonifaz Fernández & Montoya, 2013, p. 4). De este modo se busca evitar la ficción de la industria, en la cual los operadores simulan prestar el servicio (caracterizado por la baja calidad y la lenta expansión de la red) y los usuarios simulan pagar el servicio (precios bajos o subvencionados) (Berg, 2009, p. 278).

En este escenario, la relevancia del acceso universal en el abastecimiento de agua potable y saneamiento, tema central del presente estudio, cobra mayor importancia debido a que permite alcanzar objetivos sociales, al garantizar el suministro conforme a una calidad mínima y a un precio accesible para las familias pobres (Calzada & Miralles, 2009, p. 99; Yepes, 2003, pp. 2-3; Stapper Buitrago & Londoño, 2009, p. 314). A continuación, se propone el análisis del régimen jurídico del servicio público de abastecimiento de agua potable y saneamiento, las particularidades del sector urbano y rural respecto de la política de acceso (servicio) universal y, se culmina, con la identificación de una propuesta de mejora.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DEL SERVICIO DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO

La relevancia de contar con un servicio de agua potable y saneamiento que se brinde de manera adecuada ha llevado a que la operación de los referidos servicios presente distintas características. Así, las diversas

experiencias de operación muestran que, en algunos países, se ha optado por mantener el sector bajo control público y, en otros, bajo control privado (Bel, 2012; Pigeon & otros (eds.), 2013; Zafra Gómez & otros, 2013, pp. 9-17). La diversidad de experiencias respecto de los servicios de agua potable y saneamiento se presenta, por una parte, debido a la relevancia de los servicios para la vida, la salud y la dignidad de la persona y, por otra, por la complejidad propia que la industria en red presenta (Berg, 2009, p. 277; Pozzoli & otros, 2014, p. 53).

De esta manera, resulta necesario resaltar que la prestación de los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento en el Perú mantienen un régimen de servicio público propio del ordenamiento jurídico peruano, el cual se desarrolla a continuación —de manera sucinta— para, posteriormente, analizar el régimen particular del servicio de abastecimiento de agua potable y saneamiento.

II.1. Servicio público en el Perú

El Perú presenta un régimen económico, reconocido en los artículos 58 al 65 de la Constitución Política del Perú (1993), que prioriza la participación del sector privado en la economía, otorgándole un rol subsidiario al Estado, el cual le permite velar por las necesidades de interés general (Kresalja Rosselló, 2015, pp. 104-132). En ese sentido, los servicios públicos no fueron la excepción, debido a que en ellos se priorizó la actividad de supervisión y regulación por parte de la administración pública, dejando rezagado el esquema de prestación directa, conforme al nuevo rol adoptado por el Estado.

El servicio público se presenta como una categoría jurídica que ha sido abordada por diversos especialistas, lo cual ha significado que se le otorguen definiciones distintas y, en algunos casos, muy distantes entre sí (Pozzoli & otros, 2014, p. 1). En el Perú, una primera aproximación de servicio público se desprende de la definición brindada por Danós: «actividades económicas de especial trascendencia para la vida del país, de carácter prestacional, respecto de los cuales corresponde al Estado cumplir un rol de garante o asegurador de la satisfacción de las necesidades públicas para alcanzar el bienestar general, a través de la prestación por parte de operadores privados, o en su defecto, por el Estado directamente» (2008, p. 258).

En efecto, los servicios públicos son actividades económicas de interés general que, conforme al rol del Estado en la economía, son garantizadas por este y brindadas por operadores privados preferentemente. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional del Perú ha señalado que el Estado aún mantiene la obligación de garantizar, regular y vigilar los referidos servicios (2005, párrafo 42). Adicionalmente, el citado tribunal

se ha referido a los servicios públicos caracterizándolos por su carácter esencial, la necesidad de continuidad de la prestación, la regularidad en la calidad del servicio y la igualdad en el acceso al mismo (párrafo 40). Por otro lado, el Tribunal Constitucional del Perú no ha olvidado hacer énfasis en la universalidad de los servicios públicos, al mencionar que los mismos deben ser brindados de manera sostenible a toda la población (párrafos 42, 44). Es en este contexto que la Ley General de los Servicios de Saneamiento (artículo 3) señala de necesidad pública y preferente interés nacional la gestión y prestación de los servicios de saneamiento, procurándose se brinden de manera universal y sostenible, conforme a la calidad establecida en las normas específicas, protegiéndose, además, la salud y el medio ambiente.

II.2. Servicio de agua potable y saneamiento

La consideración del servicio de abastecimiento de agua potable y saneamiento como servicio público, debido a su alto impacto en el desarrollo y bienestar del país, ha llevado a que el Estado mantenga una presencia constante en el sector (Komives & otros, 2006, pp. 2-3). Es por ello que la normativa aplicable ha procurado establecer reglas claras que permitan el progreso de los servicios en cuestión sobre la base de los beneficios que aportan. Entre las disposiciones más importantes, se encuentra la estructura de los sistemas que integran los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento, y los principios de los referidos servicios.

La estructura de la industria referida, no debe reducirse a la consideración de las actividades más visibles para la población, la distribución de agua potable y la recolección de aguas residuales. Por el contrario, la industria comprende más actividades como las siguientes: i) la captación y almacenamiento de agua cruda; ii) el tratamiento de agua cruda; iii) la distribución de agua potable (transporte y entrega); iv) la recolección de aguas residuales; v) el tratamiento de aguas residuales; y vi) la evacuación de aguas residuales tratadas en cuerpos de agua (Caro-Patón Carmona, 2011, pp. 1435-1436). En el mismo sentido, el Reglamento General de los Servicios de Saneamiento identifica la presencia de cuatro sistemas: i) el abastecimiento de agua potable; ii) el alcantarillado sanitario; iii) el alcantarillado pluvial; y iv) la disposición de excretas (Presidencia de la República, 2005, artículo 4).

A partir de la consideración de los referidos sistemas, el Estado ha distinguido entre cada uno de ellos para poder garantizarlos, supervisarlos y regularlos de una manera más eficiente. Con la misma finalidad, en la Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento, ley 30045, se han establecido principios que procuren réditos tanto en eficiencia como en bienestar. Los principios reconocidos son el de i) acceso

universal, ii) inclusión social, iii) protección del ambiente, iv) autonomía empresarial; y, v) eficiencia (Congreso de la República del Perú, 2013, artículo III). A partir de ellos, se procura que se brinden los servicios de saneamiento a toda la población, considerando la particularidad de las poblaciones rurales y de escasos recursos. Adicionalmente, se procura que las entidades prestadoras de servicios de saneamiento cuenten con la competencia exclusiva para la gestión de los servicios de saneamiento y administración de los proyectos bajo su ámbito de influencia. Por último, se establece que los servicios de saneamiento deben brindarse procurando la eficiencia, aprovechando las tecnologías disponibles, las economías de escala y la posibilidad de modernización de la gestión; y conforme a la protección del medio ambiente, procurándose así considerar los costes por la utilización de los recursos hídricos y la evacuación de aguas residuales tratadas en los cuerpos de agua correspondientes.

233

EL ACCESO
UNIVERSAL AL
AGUA POTABLE.
LA EXPERIENCIA
PERUANAUNIVERSAL
ACCESS TO
POTABLE WATER:
THE PERUVIAN
EXPERIENCE

II.3. Principales actores del sector

En atención a lo expuesto, teniendo en claro la estructura y principios aplicables a los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento, resulta necesario tomar en consideración a los agentes públicos y privados que participan en el sector. Ello, en virtud a que los diferentes agentes (productores, consumidores o autoridades) mantienen distintas prioridades, lo cual conlleva una visión distinta de los objetivos y resultados del sector basada en sus respectivas prioridades (Berg, 2009, p. 285). Adicionalmente, no se puede obviar que los distintos agentes tampoco poseen las mismas circunstancias presupuestarias, tecnológicas ni de disponibilidad de información. Esto genera una disparidad aun mayor (y mayor dificultad para comprender la situación del otro) en escenarios de cooperación (Berg, 2009, p. 280).

Cabe precisar que los agentes públicos participantes, en los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento, mantienen una distribución competencial de carácter compartido. Es decir, se ha establecido que las administraciones públicas que participan en el sector de agua y saneamiento mantengan distintas funciones, repartiéndose así las competencias del sector. A continuación, se hace mención de los principales actores. El Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento ha sido reconocido como el ente rector del sector; razón por la cual se le ha encomendado el diseño, ordenación y ejecución de las políticas nacionales, conforme a lo dispuesto en la Ley General de Servicios de Saneamiento (artículo 8). En segundo lugar, el organismo regulador del sector, la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS), es el organismo encargado de supervisar y regular que la prestación de los servicios se realice conforme a los estándares establecidos (Ley General de Servicios de Saneamiento, artículo 9). En tercer lugar, al Organismo Técnico de la Administración

de los Servicios de Saneamiento (OTASS), última entidad pública en incorporarse al sector, se le ha encargado la supervisión de la gestión empresarial de las entidades prestadoras de servicios de saneamiento (Ley de modernización de los servicios de saneamiento, artículo 4).

En cuarto lugar, encontramos las municipalidades provinciales y distritales. En el caso de las primeras, la Ley General de Servicios de Saneamiento (artículo 5) las ha señalado como responsables de la prestación eficiente y adecuada de los servicios de agua potable y saneamiento en el ámbito urbano. Mientras tanto, las municipalidades distritales han sido señaladas como responsables en el ámbito rural (artículo 6-A). De esta manera, se entiende que las municipalidades provinciales, para el caso del ámbito urbano, y las municipalidades distritales, para el caso del ámbito rural, son las administraciones públicas a las cuales se les ha atribuido la competencia para gestionar y garantizar la prestación de los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento. En quinto lugar, los Gobiernos regionales participan en el sector, según lo indica la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, mediante un rol de colaboración, estando obligados a apoyar, técnica y financieramente, a las municipalidades para la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento (Congreso de la República del Perú, 2002, artículo 58).

En sexto lugar, se encuentran los prestadores de los servicios de agua potable y saneamiento en el ámbito urbano, las Entidades prestadoras de servicios de saneamiento (EPS), quienes prestan los servicios conforme lo dispuesto en la Ley General de Servicios de Saneamiento (artículo 6). En caso las municipalidades provinciales, conforme lo dispuesto en la Ley General de Servicios de Saneamiento (artículo 45), otorguen al sector privado el derecho de explotación de los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento, será la concesión el título habilitante que deberá ser utilizado. En sétimo y último lugar, se encuentran los usuarios que reciben la prestación de los servicios referidos. En la Ley General de Servicios de Saneamiento (artículo 6), se identifica como tal a toda persona natural o jurídica que se beneficia de los servicios, a la cual se le garantiza una prestación adecuada a los aspectos técnicos establecidos y se le constriñe a disfrutar de los servicios sin dañar su infraestructura.

La relevancia de los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento, reconocida en el ordenamiento jurídico peruano como servicio público, nos presenta un sector primordial para el país. Por ello, el conocimiento de los participantes en el sector y la comprensión de la situación particular de cada uno de ellos resultan primordiales para llegar a consensos que permitan progresar a la industria, beneficiándose así los diversos agentes (Berg, 2009, pp. 285-288).

II.4. Desarrollo del sector y estado actual del acceso a los servicios

Teniendo en consideración lo señalado, respecto a la estructura de la industria, los principios aplicables y los agentes que participan en la misma, resulta necesario conocer el estado actual de la prestación de los servicios referidos. En efecto, la comprensión de la situación actual, del proceso adoptado que ha llevado a los servicios de saneamiento a una mejor posición, y la comparación entre diferentes sistemas adoptados permiten realizar comparaciones válidas para una mejor toma de decisiones (Pozzoli & otros, 2014, pp. 34-36; Berg, 2009, p. 278). Ello permite, por un lado, que los ciudadanos conozcan el desempeño en la prestación de los servicios y, por otro, que los decisores políticos se preocupen por el sector gracias a que la información disponible muestra que aún hay tareas pendientes (Berg, 2009, 279; Organización Mundial de la Salud (OMS) & UNICEF, 2016).

A nivel supranacional, se han realizado avances tanto en la prestación del servicio de abastecimiento de agua potable como en el servicio de saneamiento. Al respecto, en el Gráfico 1 se detalla que, al año 2015, el 91% de la población mundial tiene acceso al agua potable; mientras que en saneamiento se presenta un acceso del 68% (OMS y UNICEF, 2016, pp. 54-55). Además, se puede observar que, a nivel latinoamericano al año 2015, el acceso al agua potable asciende a 95% de la población, lo cual deja al Perú debajo del promedio regional, debido al 87% obtenido. En el caso de saneamiento, se repite la tendencia: América Latina presenta un 83% de acceso, mientras que Perú, 76%.

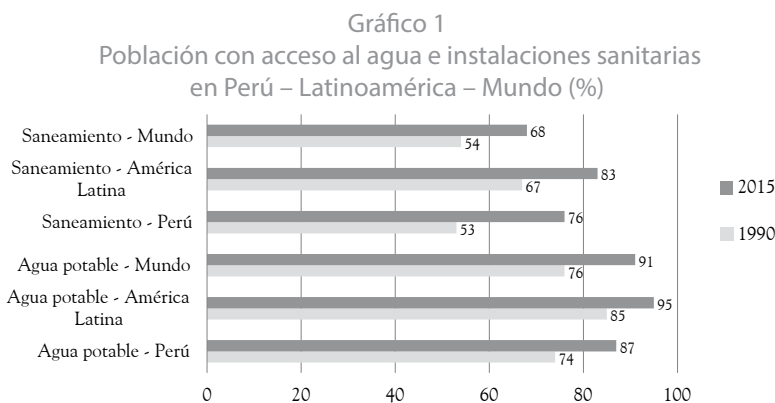


Gráfico elaborado por el autor sobre la base de OMS & UNICEF (2016).

A nivel nacional, se puede observar que se han realizado avances tanto en el promedio global, urbano como rural, al comparar el estado de los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento brindados en los años 1990 y 2015 (OMS & UNICEF, 2016, pp. 54-55).

El Gráfico 2 muestra que, al año 2015, el 87% de la población peruana tuvo acceso a agua potable, lo cual representa una mejora considerable frente al 74% obtenido en 1990. No obstante, la situación no resulta igual de favorable respecto al servicio de saneamiento que, en 1990, era aprovechado por el 53% de la población peruana; mientras que, al año 2015, es aprovechado por 76%. A partir de ello, se observa que aproximadamente la cuarta parte de la población peruana aún no disfruta de los servicios de saneamiento.

Gráfico 2
Población con acceso al agua e instalaciones sanitarias en el Perú (%)

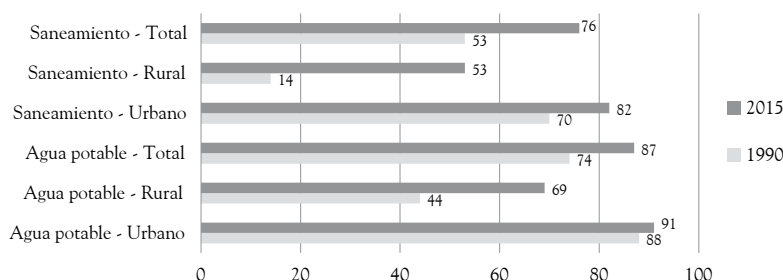


Gráfico elaborado por el autor sobre la base de OMS & UNICEF (2016).

A partir de la información brindada, se observa que el estado de los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento se encuentra en un progreso continuo. No obstante, diversas variables han desacelerado la mencionada mejora como, por ejemplo, el contexto económico mundial, el crecimiento poblacional, la dificultad de acceso a los lugares en los cuales aún no se brindan los servicios, entre otras.

II.5. Acceso universal en la política de Estado sobre los recursos hídricos

Antes de hacer referencia a cómo se viene materializando el acceso universal en el Perú, resulta necesario conocer si existe una política de Estado al respecto, cómo está planteada y qué organismos públicos y privados están involucrados. En el caso peruano, no existe una política específica sobre servicio o acceso universal, más bien esta forma parte de la política de Estado sobre los recursos hídricos. En efecto, se ha establecido como objetivo del Estado asegurar «el acceso universal al agua potable y saneamiento a las poblaciones urbanas y rurales de manera adecuada y diferenciada, con un marco institucional que garantice la viabilidad y sostenibilidad del acceso, promoviendo la inversión pública, privada y asociada, con visión territorial y de cuenca, que garantice la eficiencia en la prestación de los servicios, con transparencia, regulación, fiscalización y rendición de cuentas» (Acuerdo Nacional, 2012, p. 10).

Para garantizar el cumplimiento de este objetivo, se señala que el Estado recurrirá a todas la opciones posibles, sean públicas o privadas, a fin de alcanzar el cien por ciento de cobertura de agua potable y saneamiento. Punto seguido, se reconoce la importancia de que las entidades prestadoras cuenten con el derecho de uso de agua poblacional otorgado por la Autoridad Nacional del Agua. Estas son las referencias puntuales que se hacen en la *Política de Estado sobre recursos hídricos* (Acuerdo Nacional, 2010) acerca del acceso universal. Sin lugar a dudas, resulta insuficiente por todo lo que involucra el desarrollo y materialización de una verdadera política de servicio universal, pues involucra muchos otros factores, como lo veremos en los siguientes puntos.

III. MARCO DEL SECTOR URBANO EN LA POLÍTICA DE ACCESO UNIVERSAL

El análisis que hemos realizado acerca del régimen jurídico del servicio de agua potable y saneamiento en el Perú ofrece el contexto para el estudio específico de la situación en la que se desarrolla el servicio en el ámbito urbano y rural. Así, en la presente sección, se partirá por comprender la participación de las Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento en el sector urbano, para posteriormente analizar la aplicación de la política de acceso universal en el mismo sector.

III.1. Entidad prestadora de servicios de saneamiento (EPS)

En el ámbito urbano, las EPS son las entidades encargadas de prestar los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento. Para ello, se ha considerado que los referidos operadores pueden ser entidades públicas, privadas o mixtas, siempre y cuando mantengan como único propósito la prestación de los referidos servicios (Ley General de Servicios de Saneamiento, artículo 6). Conforme al principio de autonomía empresarial señalado líneas arriba, las entidades deben poseer patrimonio propio que les permita realizar una gestión con autonomía empresarial, funcional y administrativa (Ley General de Servicios de Saneamiento, artículo 6). Excepcionalmente, los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento podrán ser brindados por la municipalidad provincial, mediante operadores especializados o de manera directa. Además, los servicios podrán ser brindados por una municipalidad distrital (mediante delegación) en caso se presenten pequeñas ciudades, aquellas con una población entre 2001 y 15 000 habitantes, que no se encuentren en el ámbito de responsabilidad de una EPS (Reglamento de la Ley General de Servicios de Saneamiento, artículos 26 y 164).

237

EL ACCESO
UNIVERSAL AL
AGUA POTABLE.
LA EXPERIENCIA
PERUANAUNIVERSAL
ACCESS TO
POTABLE WATER:
THE PERUVIAN
EXPERIENCE

Las EPS son, a partir de lo señalado, la opción adoptada por el sector para satisfacer las necesidades de los usuarios, sin descuidar la promoción del bienestar ni la eficiencia de los referidos operadores (Pozzoli & otros, 2014, p. 34). En el mismo sentido, se hace más relevante la participación de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS), quien supervisa a los operadores y se encarga de garantizar que la prestación de los servicios se brinde en condiciones adecuadas a los estándares establecidos (Ley General de los Servicios de Saneamiento, artículo 9).

Así, con aquella supervisión, se busca que la operación de los servicios en referencia se brinde de manera satisfactoria en términos de efectividad, eficiencia y rentabilidad; logrando satisfacer a los distintos actores del sector (Pozzoli & otros, 2014, p. 35). En el Perú, se ha clasificado a las EPS en relación con la población urbana presente en sus ámbitos de responsabilidad, así se identifican las de mayor tamaño y las de menor tamaño. Esto puede observarse, a continuación, en el Cuadro 1.

Cuadro 1

Ámbito	Población	Tipo de operador	Regulador
Urbano	2001 a 15000	Operador especializado o unidad de gestión	X
	15001 a 30000	EPS de menor tamaño	SUNASS
	30001 a 60000		
	60001 a más	EPS de mayor tamaño	

Cuadro elaborado por el autor sobre la base de la Ley General de Servicios de Saneamiento (Congreso de la República, 1994) y su Reglamento (Presidencia de la República, 2005).

Las EPS de mayor tamaño son aquellas que brindan servicios, dentro de su ámbito de responsabilidad, a una población urbana mayor a los 60 000 habitantes. Mientras que las de menor tamaño son los operadores al servicio de una población de mínimo 15 001 y máximo 60 000 habitantes. En la actualidad, el Perú cuenta con cincuenta Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento, entre las cuales destacan Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima S.A. (SEDAPAL), Agua de Tumbes S.A. (ATUSA) y Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento Grau (EPS Grau) (Vergara León, 2014, pp. 12-14).

Estas tres EPS destacan por mantener la titularidad de sus acciones de una manera distinta a los cuarenta y siete operadores restantes. En el caso de SEDAPAL, empresa creada en 1981 producto de la transformación de

la hoy extinta Empresa de Saneamiento de Lima (ESAL), sus acciones son de propiedad del Estado, en específico, del Gobierno Central. SEDAPAL es la EPS con más conexiones en el Perú. Actualmente, la cifra asciende a 1 386 692, lo cual representa el 42% de conexiones en el país. Su ámbito de operación comprende la provincia de Lima, la Provincia Constitucional del Callao y las demás zonas que se adscriban por continuidad territorial.

Por otro lado, Agua de Tumbes S.A. es el operador que brinda los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento en Tumbes, mediante una concesión que se inició en el año 2005. Actualmente, la mayoría del accionariado de la empresa se encuentra en propiedad Aguas de Manizales S.A. E.S.P., empresa colombiana que, a su vez, cuenta con una participación pública mayoritaria. Por último, EPS Grau es una empresa que brinda sus servicios en Piura, declarada, desde el año 2000, en estado de insolvencia por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Ello ha llevado a que esta empresa se encuentre bajo el control de una Junta de Acreedores hasta la actualidad.

En el caso de los 47 operadores restantes, a diferencia de las empresas mencionadas, tienen como accionistas a las municipalidades correspondientes a su ámbito de operación. Las acciones de los últimos operadores aludidos eran propiedad de cada municipalidad provincial y distrital que se encontrase dentro de su ámbito de operación; situación que ha variado a partir de lo dispuesto en el decreto legislativo 1240 (Presidencia de la República, 2015b), el cual modifica la conformación del accionariado manteniendo únicamente a las municipalidades provinciales como propietarias de acciones de las EPS (Ley General de Servicios de Saneamiento, artículo 19).

En este punto, se puede observar que, al margen de contadas excepciones, las empresas encargadas de la operación de los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento se encuentran en manos públicas. Esto evidencia la relevancia de la participación de las empresas públicas en contextos de desarrollo, como el experimentado por el Perú (Rozas Balbontin & Bonifaz Fernández, 2014, pp. 18-19). Si bien lo señalado demuestra la preferencia por el mantenimiento de la participación pública en la prestación de los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento, debe tomarse en consideración que la Ley General de Servicios de Saneamiento (artículos 45-47) habilitó, en 1994, a las diferentes municipalidades responsables de garantizar los servicios para que otorguen los derechos de explotación correspondientes que permitan la participación privada en el sector. Sin embargo, este fenómeno no se debe atribuir únicamente a la falta de intención política. Aspectos medulares como i) la destrucción de la capacidad productiva y

EL ACCESO
UNIVERSAL AL
AGUA POTABLE.
LA EXPERIENCIA
PERUANA

UNIVERSAL
ACCESS TO
POTABLE WATER:
THE PERUVIAN
EXPERIENCE

de capitales, ii) la insuficiencia de capitales privados; y iii) la debilidad de los agentes privados para afrontar la demanda de los servicios públicos determinaron que el sector público utilice diversas herramientas, entre ellas la empresa pública, para garantizar la satisfacción de necesidades públicas (Rozas Balbontin & Bonifaz Fernández, 2014, p. 22).

III.2. Sobre el desempeño de las empresas prestadoras de servicio de saneamiento

Ahora bien, conociendo las particularidades que las entidades prestadoras de servicios de saneamiento presentan en el Perú, cabe analizar su desempeño. Al respecto, en un estudio realizado sobre la gobernabilidad (ámbito externo) y gobernanza (ámbito interno) de un universo de cuarenta y nueve operadores, se observa que ninguno es calificado con un buen desempeño. Nueve son calificadas con un desempeño regular, doce, con un desempeño bajo y veintiocho, con un desempeño muy bajo (Rojas Méndez & Venero Farfán, 2015).

El desempeño de las EPS, demuestra que aún quedan aspectos por mejorar con relación a las deficiencias presentes en la atención al cliente, a la sostenibilidad económica, al bajo nivel remunerativo del sector, entre otros. La obtención de una mejora en el desempeño de los operadores de los servicios de agua potable y saneamiento requiere acciones concretas de cada uno de ellos que permitan prestar sus servicios conforme a sus objetivos de eficiencia y bienestar. Esto debe sumarse a las medidas legislativas que permitan un contexto más favorable para el desempeño de los referidos operadores. Adicionalmente, la valoración del agua por la comunidad, por un lado, servirá para mantener un gasto del agua potable más responsable y, por otro, permitirá la comprensión del coste real por el aprovechamiento de los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento (Berg, 2009, pp. 294, 302).

En virtud del contexto presentado, el Estado ha procurado realizar distintos esfuerzos que permitan la consecución de objetivos por parte de las EPS. Entre ellos, se encuentra la inversión para el incremento de la cobertura y el mantenimiento de las redes, el trabajo en campañas de concientización sobre la importancia del agua en un contexto de escasez y la creación de un nuevo agente en el sector: el Organismo Técnico de la Administración de los Servicios de Saneamiento (OTASS). Dicho organismo se encarga de ejecutar la política establecida por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento en materia de administración. Es por ello que se le han brindado facultades de ordenación, supervisión, fiscalización y sanción (Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento, artículo 4).

Finalmente, el sector público está experimentando muchos cambios, fenómeno que no es particular de la experiencia peruana, sino más bien de carácter mundial. Este fenómeno ha afectado sobre todo a las industrias en red consideradas servicios públicos, mediante la adopción de grandes cambios, cuyos paradigmas se pueden encontrar en los fenómenos de la privatización y la remunicipalización (Rozas Balbontin & Bonifaz Fernández, 2014, pp. 12-14). En este escenario, los operadores de servicios de saneamiento en el Perú tienen como objetivo brindar un servicio que permita obtener resultados tanto a nivel de eficiencia como de bienestar, considerando aspectos a nivel regulatorio, de tamaño de empresa y de interrelación de los agentes en el sector (Pozzoli & otros, 2014, p. 52). Ello ha llevado a que se implementen cambios en la estructura de la industria mediante cambios normativos y la inclusión de un nuevo agente en el sector.

III.3. Desarrollo del acceso universal en el sector urbano

Los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento, así como los demás servicios brindados a partir de una industria en red, presentan dificultades en la prestación de servicios en áreas caracterizadas bien por su aislamiento, por el estado de pobreza de la población o por ambas. Frente a este escenario de imposibilidad de rentabilidad económica, la intervención del Estado se justifica en la necesidad de garantizar un estándar mínimo de los servicios de agua potable y saneamiento, al reconocer que los costes de la prestación no serán cubiertos, de la manera habitual, por la tarifa (Ariño Ortiz, 2004, p. 634). De esta manera, la búsqueda de la universalidad de los servicios permite el uso de instrumentos como la tarifa subsidiada, la promoción de la extensión de la cobertura de las redes o el inicio de la prestación del servicio en áreas rurales o marginales; los cuales permiten conseguir los objetivos sociales aún rezagados (Stapper Buitrago & Londoño, 2009, p. 314).

Adicionalmente, se puede dar cuenta de otros mecanismos de financiamiento de servicio o acceso universal, tales como las obligaciones de servicio universal o el establecimiento de Fondos de Servicio Universal que implican elegir a un operador que deberá suministrar a toda la población un paquete básico de servicios garantizando una calidad mínima a un precio asequible (Calzada & Millares, 2009, p. 99). Cabe precisar que este tipo de mecanismos es utilizado en actividades que han sido previamente liberalizadas (pensemos, por ejemplo, en el caso de las telecomunicaciones o electricidad), lo cual explica que se deba elegir a un operador de un conjunto de operadores. En el caso de la prestación del servicio por una empresa monopólica, se suele utilizar los subsidios cruzados.

En el Perú, se ha reconocido el principio de universalidad para los servicios públicos y, por ende, para los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento. Por esta razón, se busca que la prestación de los referidos servicios se brinde a toda la población independientemente de si se encuentra en el ámbito urbano o rural. Sin embargo, la universalidad puede ser entendida de distinta manera, en función de si se apunta a una política de servicio universal o a una de acceso universal. El servicio universal se concentra en garantizar que la población pueda acceder a un aprovechamiento definido (mínimo) de los servicios. El acceso universal, por su parte, tiene como objetivo asegurar que las distintas ciudades tengan a su disposición los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento, así sea a nivel comunitario (Ariño Ortiz, 2004, pp. 640-641; Calzada & Miralles, 2009, pp. 99-100).

Respecto a la política de acceso universal, cabe resaltar que puede presentarse como un periodo intermedio (de transición), cuando existen zonas en las cuales aún no se cuenta con los medios necesarios para garantizar la prestación de manera individualizada. Generándose así un primer adelanto para la posterior consecución de una política de servicio universal. En ambas políticas, resulta necesario prever que las acciones adoptadas para la prestación de los servicios, caracterizados por su perfil social, no contarán con compensaciones económicas suficientes para cubrir los costos reales, debido a las limitaciones presupuestarias de los usuarios beneficiados. Ello obliga a que se adopte una manera distinta que permita brindar los servicios adecuadamente, es decir, con la operación y mantenimiento necesario (Ariño Ortiz, 2004, p. 636).

Entre las opciones propuestas y empleadas internacionalmente, la primera opción consiste en revisar la eficiencia de las tarifas utilizadas en los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento. El objetivo de dicha revisión es la recuperación del coste real de los servicios referidos y la posibilidad de disponer de un financiamiento adicional (Ariño Ortiz, 2004, p. 642). La recuperación del coste real de los servicios permite un escenario de eficiencia económica, en el cual es necesario que el costo económico asociado a cada uno de los recursos utilizados (capital, mano de obra, recursos hídricos, medio ambiente, entre otros) sea recuperado conforme a los costos en que efectivamente el consumo de cada usuario ha incurrido (Yepes, 2003, p. 2; Stapper Buitrago & Londoño, 2009, pp. 330-333).

Superado el análisis respecto de la recuperación de costes en los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento, se presentan otras herramientas que podrían permitir su acceso, favoreciendo el nivel de vida y salud de la población (Yepes, 2003, p. 2). Se tiene como objetivo

que los usuarios de menor ingreso tengan la posibilidad de aprovechar los servicios, permitiéndoles, así, disfrutar del abastecimiento de agua potable en casa o en un lugar cercano y del retiro de excretas en condiciones sanitariamente seguras, pagando un precio asequible por estos servicios básicos (Yepes, 2003, pp. 2-3, 9).

Una de las posibilidades para brindar los servicios a un precio asequible para los usuarios de menores recursos es la aplicación de subsidios. Estos últimos consisten en cobrar tarifas inferiores a los costes reales de prestación a un grupo de usuarios (hogares de menores ingresos), mientras que a otro grupo de usuarios (hogares de mayores ingresos, usuarios industriales y comerciales) se les cobra tarifas superiores a los costes reales de la prestación, lo que permite cubrir el coste no pagado por el primer grupo (Stapper Buitrago & Londoño, 2009, p. 322; Bonifaz Fernández & Montoya, 2013, pp. 4-5; Komives & otros, 2006). Los subsidios se pueden identificar por el criterio de discriminación aplicado. Así se presenta un primer grupo, el cual se basa en el perfil socioeconómico de los usuarios domésticos y en la actividad económica en caso sean usuarios no domésticos (industriales o comerciales); mientras que el segundo se concentra en los niveles de consumo. Cabe resaltar que resulta compatible la aplicación de ambos, como se demuestra en la práctica (Yepes, 2003, p. 4). La región de Latinoamérica y el Caribe no se mostró reacia a la aplicación de subsidios cruzados, por el contrario, encontró en ellos el instrumento necesario para cumplir con los objetivos de eficiencia y desarrollo propuestos. No obstante, la región no obtuvo los resultados esperados, conforme se puede observar a partir de la revisión de la suficiencia financiera de las entidades prestadoras y de las coberturas de la región (Yepes, 2003, pp. 7, 9).

En el caso del Perú, en el ámbito urbano aún se presenta un porcentaje de población sin servicios. Al año 2015, el acceso al agua potable en el ámbito urbano asciende a 91% de la población y, en el caso del saneamiento, se presenta un 82% de acceso (OMS & otros, 2016, pp. 54-55).

Así, la constante dificultad para cumplir con garantizar la universalidad de los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento en el ámbito urbano ha tenido como consecuencia la aplicación de subsidios cruzados. Estos subsidios se encuentran regulados actualmente mediante la resolución 030-2011-SUNASS-CD de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (2011). La metodología recogida en la referida resolución establece que los operadores de los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento utilizarán la base generada por el Sistema de Focalización de Hogares para el establecimiento de la población que será beneficiada por los subsidios y los usuarios que soportarán la carga de los mismos. Se considera que los usuarios que

243

EL ACCESO
UNIVERSAL AL
AGUA POTABLE.
LA EXPERIENCIA
PERUANAUNIVERSAL
ACCESS TO
POTABLE WATER:
THE PERUVIAN
EXPERIENCE

se benefician de la tarifa subsidiada son los usuarios domésticos que i) residen en hogares calificados en situación pobreza y ii) cumplen con las condiciones que establezca la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento. Por otra parte, se ha establecido que los usuarios regulares (usuarios domésticos no calificados como pobres y los usuarios no residenciales) sean quienes permitan la sostenibilidad de los referidos servicios mediante el pago de los costes no cubiertos por los usuarios favorecidos por los subsidios. Cabe precisar que, para la imposición de los referidos subsidios, se tomará en consideración la capacidad de pago de los usuarios regulares en el ámbito de cada entidad prestadora de los servicios de saneamiento.

Al respecto, la aplicación de los subsidios ha significado una mejora en el establecimiento de la población que necesita de los mismos, excluyendo a otro grupo de usuarios que sí cuenta con la capacidad de pago de la tarifa estándar domiciliaria (Stapper Buitrago & Londoño, 2009, pp. 322-323; Bonifaz Fernández & Montoya, 2013, p. 29; Komives & otros, 2006, pp. 59-77; Yepes, 2003, pp. 14-15). Por tanto, la aplicación de la metodología de subsidios cruzados basada en la focalización permite un mejor desempeño de los operadores del servicio, conforme a los objetivos de eficiencia y bienestar.

Adicionalmente a la aplicación de subsidios en el ámbito urbano, actualmente se cuenta con el Programa Nacional de Saneamiento Urbano, antes denominado Programa Agua para Todos (Presidencia de la República, 2012), el cual tiene como ámbito de intervención las áreas urbanas a nivel nacional (Presidencia de la República, 2012, Disposición complementaria modificatoria única). La misión del Programa Nacional de Saneamiento Urbano es, como se indica en su página web, mejorar la calidad de los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento, colaborar con la ampliación de la cobertura y promover la sostenibilidad de los servicios referidos en el ámbito urbano. Para ello, participa en programas y proyectos financiados con recursos públicos, contribuye con aspectos relacionados a la sostenibilidad y calidad de los servicios en conjunto con los agentes del sector y coordina con los distintos niveles de gobierno para la realización de los programas y proyectos de los servicios en el ámbito urbano.

Culminado el análisis sobre los aspectos determinantes de la prestación de abastecimiento de agua potable y saneamiento en el ámbito urbano, y la aplicación de la política de acceso universal aplicada en el referido ámbito, se detalla, a continuación, los instrumentos jurídicos que actualmente se aplican en el ámbito rural.

IV. SECTOR RURAL: INSTRUMENTOS JURÍDICOS
ACTUALES

245

El rezago del desarrollo del ámbito rural no es una situación extraña al modelo adoptado (preferido) por los operadores y funcionarios relacionados con los servicios de agua potable y saneamiento. En el caso de los prestadores de los servicios, desarrollar una iniciativa en sistemas urbanos les permite beneficiarse de las ventajas económicas que en ellos se presentan, por ejemplo, la densidad poblacional. Y, en el caso de los funcionarios, organizar y apoyar iniciativas en sistemas urbanos resulta más beneficioso por el peso político de las grandes ciudades. Esto conduce al descuido de las áreas rurales (Berg, 2009, p. 307).

En el mismo sentido, la prestación se dificulta debido a que los responsables de garantizar los servicios en distintos países, entre ellos el Perú, son las municipalidades provinciales, las cuales mantienen una capacidad institucional limitada (Stapper Buitrago & Londoño, 2009, p. 328). Ello, en el ámbito rural, se dificulta aun más debido a que la responsabilidad recae sobre la municipalidad distrital y, de manera residual, sobre la municipalidad provincial (Ley General de Servicios de Saneamiento, artículo 6-A). En el Perú, actualmente se ha establecido que las Entidades Prestadoras de Servicios de Saneamiento brinden los mencionados servicios en zonas rurales si es que su zona de influencia lo contemplara. En caso contrario, la municipalidad se encarga de administrar los servicios a través de organizaciones comunales u otras modalidades de gestión alternativas establecidas por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (Ley General de Servicios de Saneamiento, artículo 6-A y su Reglamento, artículo 173).

Respecto a las organizaciones comunales (denominadas Juntas Administradoras de Servicios de Saneamiento, JASS), cabe señalar que serán las encargadas de organizar la prestación de los servicios de abastecimiento de agua potable y saneamiento en el ámbito rural. Entre sus actividades, se considera la organización del financiamiento de las actividades, sobre lo cual se detalla que las cuotas familiares deberán cubrir, por lo menos, la administración, operación, mantenimiento y reposición de los servicios (Reglamento de la Ley General de Servicios de Saneamiento, artículo 174). Asimismo, se señala que las organizaciones comunales deberán registrarse en la municipalidad a cuya jurisdicción pertenezcan a efectos de que se les reconozcan las obligaciones y derechos que como tal mantenga. La aplicación del referido modelo ha tenido como resultado, al año 2015, que el acceso al agua potable en el ámbito rural ascienda a sesenta y nueve por ciento de la población; mientras que, en el caso del saneamiento, a cincuenta y tres por ciento (OMS & otros, 2016, pp. 54-55).

EL ACCESO
UNIVERSAL AL
AGUA POTABLE.
LA EXPERIENCIA
PERUANAUNIVERSAL
ACCESS TO
POTABLE WATER:
THE PERUVIAN
EXPERIENCE

En este contexto, se crea el Programa Nacional de Saneamiento Rural (Presidencia de la República, 2012), el cual se encuentra orientado a viabilizar el acceso al agua potable y saneamiento sostenible en favor de la población del ámbito rural. Este programa ha fusionado todos los programas y proyectos de saneamiento rural del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, algunos de ellos son el Programa Nacional de Agua y Saneamiento Rural (PRONASAR), el Programa de Mejoramiento y Ampliación de los Servicios de Agua y Saneamiento en Perú (PROCOES) y el Programa de Agua Potable y Saneamiento para la Amazonía Rural. Como ya se indicó, también existe un Programa Nacional de Saneamiento Urbano (que reemplazó al Programa «Agua para Todos»).

En este contexto, el Programa Nacional de Saneamiento Rural prioriza las siguientes actividades:

- construcción, rehabilitación y/o ampliación de infraestructura de agua y saneamiento;
- implementación de soluciones tecnológicas no convencionales para el acceso al agua potable;
- instalación de sistemas de disposición sanitaria de excretas;
- fortalecimiento de capacidades en los gobiernos regionales y locales, las organizaciones comunales y la población, para la gestión, operación y mantenimiento de los servicios;
- fortalecimiento de capacidades en los gobiernos regionales y locales para la identificación, formulación y ejecución de planes, programas y proyectos de inversión en saneamiento rural; y
- fortalecimiento de la educación sanitaria en la población beneficiaria.

De esta manera, a partir de la creación de los programas de saneamiento urbano y rural, se ha procurado que no se presente una competencia entre los recursos destinados para los distintos ámbitos, lo cual ha dado pie al desarrollo de los servicios referidos en ambos casos (Stapper Buitrago & Londoño, 2009, p. 315). No obstante ello, se puede corroborar en la práctica que, durante los últimos años de gestión, a través del decreto supremo 005-2015-VIVIENDA, se ha autorizado la intervención del Programa de Saneamiento Urbano en proyectos de inversión pública en centros poblados rurales (Presidencia de la República, 2015a).

V. CONCLUSIONES

En el Perú, el acceso a los servicios de agua potable y saneamiento tiene bajos niveles de penetración tanto a nivel urbano como rural, resultando la situación más crítica y preocupante en el segundo escenario. La actividad del agua y saneamiento se encuentra gestionada en el ámbito urbano por empresas prestadoras de servicio de saneamiento (EPS) y, en el ámbito rural, por Juntas Administradoras de Servicios de Saneamiento (JASS). Respecto al desarrollo del servicio universal en el Perú, actualmente la Ley General de Servicios de Saneamiento y la política de Estado sobre los recursos hídricos han contemplado el acceso universal al agua potable y saneamiento para las poblaciones urbanas y rurales. Sin embargo, el desarrollo del acceso universal y los mecanismos a utilizarse a propósito de él aún no han quedado definidos.

En el ámbito urbano, se advierte que la mayoría de EPS tiene un mal desempeño y el mecanismo de financiamiento para brindar el servicio de agua potable es el de subsidio cruzado. En este caso, resulta necesario que se apliquen tarifas que cubran los costos y se mejore el enfoque de los subsidios hacia familias en situación de pobreza y extrema pobreza. En el ámbito rural, se ha creado el Programa Nacional de Saneamiento Rural, el cual tiene por objetivo, entre otros, construir, rehabilitar y/o ampliar la infraestructura de agua y saneamiento existente. Este programa, el cual tiene pocos años de creación, resulta aún insuficiente.

Dentro de este escenario, resulta necesario revisar la política de Estado sobre recursos hídricos y desarrollar un acápite donde se detallen los objetivos que se desean conseguir en el corto, mediano y largo plazo. A partir de ello, se debe establecer un marco normativo que establezca un diseño institucional para el desarrollo del acceso universal, estableciendo responsabilidades para todos los actores, públicos y privados, involucrados. Todo ello, en la medida en que los esfuerzos que se vienen realizando no han ofrecido resultados que indiquen que el sistema viene funcionando.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo Nacional (2012). *Política de Estado sobre los recursos hídricos*. Lima: Secretaría del Acuerdo Nacional.

Ariño Ortiz, Gaspar (2004). *Principios de derecho público*. Lima: ARA Editores.

Bel, Germà (2012). Economía y política de la privatización local. *Anuari Societat Catalana d'Economia*, 20, 13-20.

Berg, Sanford V. (2009). El desempeño de las empresas de servicio público de agua en América Central: la economía política de la cobertura, la calidad y el coste. En Joan Calzada y otros (eds.), *Más allá del mercado. Las políticas de servicio universal en América Latina* (pp. 275-311). Barcelona: Fundación CIDOB.

247

EL ACCESO
UNIVERSAL AL
AGUA POTABLE.
LA EXPERIENCIA
PERUANA

UNIVERSAL
ACCESS TO
POTABLE WATER:
THE PERUVIAN
EXPERIENCE

Bonifaz Fernández, José Luis & Jimena Montoya (2013). Propuesta para mejorar la progresividad del subsidio cruzado al agua potable en SEDAPAL. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico.

Calzada, Joan & Antonio Miralles (2009). Subastas para los subsidios del servicio universal. En Joan Calzada y otros (eds.), *Más allá del mercado. Las políticas de servicio universal en América Latina* (pp. 99-140). Barcelona: Fundación CIDOB.

Caro-Patón Carmona, Isabel (2011). El precio del servicio público del agua. En Juan Miguel de la Cuétara Martínez y otros (coords.), *Derecho administrativo y regulación económica. Liber Amicorum, Gaspar Ariño Ortiz* (pp. 1421-1445). Madrid: La Ley.

Congreso de la República del Perú (1994). Ley General de Servicios de Saneamiento, ley 26338. *Diario Oficial El Peruano*, 24 de julio.

Congreso de la República del Perú (2002). Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, ley 27867. *Diario Oficial El Peruano*, 18 de noviembre.

Congreso de la República del Perú (2013). Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento, ley 30045. *Diario Oficial El Peruano*, 18 de junio.

Constitución Política del Perú (1993).

Danós Ordóñez, Jorge (2008). El régimen de los servicios públicos en la Constitución peruana. *THÉMIS-Revista de Derecho*, 55, 255-64.

Komives, Kristin, Vivien Foster, Jonathan Halpern & Quentin Wodon (2006). *Agua, electricidad y pobreza. ¿Quién se beneficia de los subsidios a los servicios públicos?* Traducción de María Victoria Mejía. Bogotá: Mayol Ediciones-Banco Mundial.

Kresalja Rosselló, Baldo (2015). *¿Estado o mercado? El principio de subsidiaridad en la constitución peruana*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Organización Mundial de la Salud & UNICEF (2016). Progresos en materia de saneamiento y agua potable. Informe de actualización 2015 y evaluación del ODM. Panorámicas para Latinosan 2016.

Pigeon, Martin, David A. McDonald, Oliver Hoedeman & Satoko Kishimoto (eds.) (2013). *Remunicipalización: El retorno del agua a manos públicas*. Ámsterdam: Transnational Institute.

Pozzoli, Stefano, Loris Landriani, Luigi Lepore & Rosella Romano (2014). *Governance and performance of water utility firms*. Nueva York: Springer.

Presidencia de la República (2005). Aprueban el Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley General de Servicios de Saneamiento, Ley 26338. Decreto supremo 023-2005-VIVIENDA. *Diario Oficial El Peruano*, 1 de diciembre.

Presidencia de la República (2012). Crean el Programa Nacional de

Saneamiento Rural en el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. Decreto supremo 002-2012-VIVIENDA. *Diario Oficial El Peruano*, 7 de enero.

Presidencia de la República (2015a). Autorizan al Programa Nacional de Saneamiento Urbano para intervenir en proyectos de inversión pública de saneamiento en el ámbito de los centros poblados rurales. Decreto supremo 005-2015-VIVIENDA. *Diario Oficial El Peruano*, 26 de febrero.

Presidencia de la República (2015b). Decreto legislativo 1240. Decreto legislativo que modifica la ley 26338, Ley General de Servicios de Saneamiento y la ley 30045, Ley de Modernización de los Servicios de Saneamiento. *Diario Oficial El Peruano*, 26 de setiembre.

Programa Nacional de Saneamiento Urbano (s/f). Página web del Programa Nacional de Saneamiento Urbano: <http://www.vivienda.gob.pe/pnsu/index.html> (fecha de consulta: 11 de marzo de 16).

Rojas Méndez, Rosario & Julio Venero Farfán (2015). *Resultados de gobernabilidad y gobernanza 2014*. Lima: Organismo Técnico de Administración de los Servicios de Saneamiento (OTASS).

Rozas Balbontin, Patricio & José Luis Bonifaz Fernández (2014). *Notas sobre la teoría de la empresa pública de servicios de infraestructura y su regulación*. Santiago de Chile: CEPAL.

Stapper Buitrago, Cristian & Giovanna Londoño (2009). El servicio universal en los servicios de distribución de agua y alcantarillado de Colombia. En Joan Calzada y otros (eds.), *Más allá del mercado. Las políticas de servicio universal en América Latina* (pp. 313-349). Barcelona: Fundación CIDOB.

Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (2011). Resolución de Consejo Directivo 030-2011-SUNASS-CD. *Diario Oficial El Peruano*, 8 de agosto.

Tribunal Constitucional del Perú (2005). Sentencia. Luis Nicanor Maraví Arias, en representación de cinco mil ciudadanos (demandante) c. Congreso de la República (demandado). Resolución del 15 de febrero de 2005. Expediente 00034-2004-PI/TC.

Vergara León, Ana (2014). *Las EPS y su desarrollo 2013. Informe 0278-2014/SUNASS-120-F*. Lima: SUNASS-Gerencia de Supervisión y Fiscalización.

Yepes, Guillermo (2003). *Los subsidios cruzados en los servicios de agua potable y saneamiento*. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo.

Zafra Gómez, José Luis, Gemna Pérez López & Diego Prior Jiménez (2013). Impacto en las formas de gestión sobre la eficiencia económica local. En autores varios, *Formas de gestión y eficiencia de los servicios públicos municipales* (pp. 9-27). Sevilla: Fundación Pública Andaluza Centro de Estudios Andaluces-Consejería de la Presidencia, Junta de Andalucía.

EL ACCESO
UNIVERSAL AL
AGUA POTABLE.
LA EXPERIENCIA
PERUANA

UNIVERSAL
ACCESS TO
POTABLE WATER:
THE PERUVIAN
EXPERIENCE

Recibido: 29/02/2016
Aprobado: 05/05/2016

Crisis y mutación del servicio público sanitario en España

Crisis and mutation of the public health service in Spain

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ*

Resumen: El objeto de este trabajo es analizar los efectos que las reformas adoptadas recientemente en España, con motivo de la crisis económica, han tenido en el servicio público sanitario. No se trata solo de meros recortes presupuestarios y de medidas de ahorro en el gasto público. Las reformas buscan la eficiencia y la sostenibilidad económica del sistema sanitario. Sin embargo, han producido una importante «mutación» del servicio público que ha afectado a sus principios básicos inspiradores, al modelo de aseguramiento, a su universalidad, a su financiación y, con ello, a los principios de equidad y cohesión del sistema.

Palabras clave: sistema público sanitario – sostenibilidad del sistema – universalidad – reformas sanitarias – servicio público – copagos – cobertura sanitaria – derecho a la protección de la salud – inmigrantes irregulares

Abstract: The aim of this paper is to analyze the effects that recent health reforms adopted in Spain because of the economic crisis have had on the National Health System. It is not only a matter of mere budgetary cuts or measures of saving in the public expense. Reforms are looking for the efficiency and financial sustainability of health care services. However, a «mutation» in the public service has taken place. Reforms have affected the basic principles of the public system: the insurance model, its universality, the financing of the system and the principles of equity and cohesion of the public service.

Key words: national health system – sustainability of health care services – universality – public service – health reforms – user charges – health coverage – right to the protection of the health – illegal immigrants

CONTENIDO: I. CONFORMACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD: SUS RASGOS BÁSICOS Y SUS PRINCIPIOS INSPIRADORES.– II. IRRUPCIÓN DE LA CRISIS ECONÓMICA Y LAS REFORMAS ADOPTADAS PARA EL AHORRO EN EL GASTO SANITARIO: ¿MUTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO?.– III. ALGUNOS DE LOS CAMBIOS MÁS SIGNIFICATIVOS EN EL SISTEMA.– III.1. AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD Y LA VUELTA A LOS CONCEPTOS DE «ASEGURADO» Y «BENEFICIARIO DE UN ASEGURADO».– III.2. DETERIORO DEL PRINCIPIO DE GRATUIDAD DE SUS PRESTACIONES.– III.3. FRACTURA EN

* Profesora Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM, España). El presente trabajo ha sido realizado en el seno del Proyecto de Investigación de I+D+I del Ministerio de Economía y Competitividad DER2014-55501-R, titulado «La asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea. Nuevos retos y desafíos para una gestión sostenible y para la cooperación sanitaria entre Estados». Correo electrónico: josefa.cantero@uclm.es

I. CONFORMACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL
DE SALUD: SUS RASGOS BÁSICOS Y SUS
PRINCIPIOS INSPIRADORES

Hasta la aprobación de la Constitución española de 1978, la cobertura de los problemas de salud de la población estaba en manos de una pluralidad de estructuras y sistemas sanitarios que funcionaban en paralelo y sin prácticamente coordinación, lo cual suponía un importante problema organizativo y, a la vez, un derroche de energía que dificultaba considerablemente la adopción de políticas públicas sanitarias. El ordenamiento jurídico sanitario preconstitucional, atomizado en una pluralidad de normas reglamentarias y otros instrumentos internos de carácter organizativo, venía conformado básicamente por dos normas esenciales. Interesa traer a colación estas normas, aunque forzosamente haya de ser de una manera muy escueta, porque, como tempranamente subrayó Muñoz Machado, los servicios sanitarios tienen en su ciclo histórico algunos aspectos circulares y de retorno a fórmulas que ya inspiraron la organización de los servicios sanitarios alguna vez en el pasado (Muñoz Machado, 1995, p. 12).

La primera de estas normas fue la Ley de Creación del Seguro Obligatorio de Enfermedad (Ministerio de Trabajo, 1942), la cual configuraba un sistema de aseguramiento basado directamente en el pago por parte del empresario de una cuota vinculada al trabajo y cuya gestión correspondía al *Instituto Nacional de Previsión*. En esta norma se establecían los conceptos jurídicos de «asegurado» y «beneficiario de un asegurado» (artículo octavo), que son los que ahora se han recuperado en nuestro modelo sanitario como consecuencia directa de la crisis económica. Luego volveremos sobre ello. Posteriormente, a través del decreto 2065/1974 (Ministerio de Trabajo, 1974), este modelo se cristalizaría en el sistema de Seguridad Social que estuvo vigente hasta que, en el año 1986, la Ley General de Sanidad configurara el Sistema Nacional de Salud como un servicio público de carácter universal (Jefatura del Estado, 1986). Durante todos esos años, la atención sanitaria a través de la Seguridad Social experimentó una notable progresión, tanto en lo relativo a sus prestaciones como en la extensión de su ámbito subjetivo mediante la inclusión de nuevos colectivos de población. La segunda de estas normas significativas fue la Ley de Bases de la Sanidad Nacional, de 25 de noviembre de 1944, que se elaboró con la voluntad de fijar un marco global para las prestaciones sanitarias del Estado y de establecer principios generales de actuación de policía sanitaria ante enfermedades

contagiosas que pudieran derivar en un problema de salud pública (Cortes Españolas, 1944). Si la anterior ley se centraba en la atención sanitaria, esta focalizaba su atención en la salud pública. En ella se ponía fundamentalmente el énfasis en las necesidades sanitarias colectivas más que en la salud individual, su preservación y curación.

La entrada en vigor de la Constitución española de 1978 puso de manifiesto la necesidad de adaptar este arcaico modelo sanitario, vigente desde los años cuarenta, al nuevo marco constitucional del Estado social, a sus valores, a sus principios y, sobre todo, al nuevo sistema de descentralización política que se establecía. Se trataba fundamentalmente de dar cumplimiento al derecho a la protección de la salud que consagra su artículo 43, que encarga al legislador el establecimiento de los derechos y deberes de todos los ciudadanos en materia sanitaria y atribuye a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Además, era necesario cumplir estos mandatos teniendo en cuenta el nuevo marco de descentralización política y el importante papel que las comunidades autónomas estaban llamadas a desempeñar en materia sanitaria.

Este desarrollo constitucional vino de la mano de la Ley General de Sanidad (Jefatura del Estado, 1986; en adelante LGS), la cual configuró los rasgos básicos del nuevo servicio público sanitario a través del *Sistema Nacional de Salud* (SNS). Con la intención de que la creación de las comunidades autónomas no agravara todavía más el espinoso problema de dispersión organizativa que planteaba el modelo anterior, la ley quiso fundamentar el sistema en el principio de integración. Para ello, configuró el SNS como el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, en los que se integrarían, a su vez, todos los servicios públicos sanitarios de sus administraciones locales. La ley engloba, pues, todas las funciones y prestaciones sanitarias que son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud, integrando todas las estructuras y servicios sanitarios públicos, ya sean del Estado, de las comunidades autónomas o de la administración local (LGS, artículo 44).

Las comunidades autónomas se convertían en las verdaderas protagonistas del servicio público (Pemán & Köling, 2012, p. 9). La ley obligaba a la creación de un servicio de salud en cada una de ellas, en el que a su vez se integrarían todos los centros, servicios y establecimientos sanitarios pertenecientes a sus provincias y a sus ayuntamientos, los cuales pasaban a depender funcionalmente de ella aunque mantuvieran la titularidad de los centros. La coordinación y colaboración entre todas estas estructuras se atribuía al *Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud*, que se configuraba como el órgano encargado de

promover la cohesión del sistema y en el que estarían presentes tanto la Administración General del Estado como las Administraciones Autonómicas. Se instituía de esta manera el órgano permanente encargado de la coordinación, cooperación, comunicación e información de los servicios de salud, entre ellos y con la Administración del Estado; y de garantizar los derechos de los ciudadanos en todo el territorio nacional.

La LGS definió los principios que habrían de inspirar el nuevo servicio público. La universalización progresiva de la asistencia sanitaria y su financiación pública con cargo a los Presupuestos Generales del Estado estaban llamadas a constituir los elementos básicos de la arquitectura del sistema público y a convertirse en los factores más importantes para la cohesión social mediante la reducción de las desigualdades entre los ciudadanos. La prestación de una atención integral a la salud, que no solo promueve la salud, sino que está orientada también hacia la prevención de la enfermedad, la curación y la rehabilitación, es otro de los principios básicos inspiradores del sistema. La necesaria coordinación e integración de todos los recursos sanitarios públicos en un único dispositivo, junto con el compromiso de conseguir un alto nivel de calidad en la prestación de los servicios y de favorecer la participación ciudadana, conforman el marco de la actuación sinérgica de las distintas Administraciones Públicas.

Pues bien, una vez instaurado el sistema, desde enero del año 2002 se hizo efectivo el traspaso de las competencias y responsabilidades en materia de asistencia sanitaria a las comunidades autónomas que todavía no las habían asumido en sus respectivos Estatutos de Autonomía. El avance en la descentralización política hizo necesario dar un nuevo paso más en todo este proceso de construcción del SNS a través de una nueva norma básica, la Ley de Cohesión y Calidad del SNS (Jefatura del Estado, 2003). Este nuevo marco legal pretendía establecer las garantías necesarias para que el sistema sanitario siguiera manteniendo una identidad común en todo el territorio y no acabara convirtiéndose en un «reino de taifas». Respondía a la necesidad de respetar los principios constitucionales de unidad, autonomía y solidaridad en los que se fundamenta nuestro Estado autonómico.

Estas dos normas básicas, elaboradas por distintos Gobiernos pertenecientes a distintos colores políticos (el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) y el Partido Popular (PP), respectivamente), definieron los principios que habrían de inspirar y regir el nuevo servicio público. Con la aprobación de la ley de 2003, podemos decir que se ratificó el modelo y hubo un claro consenso político y social sobre una idea esencial: que la universalización progresiva de la asistencia sanitaria y su financiación pública debían constituir los elementos básicos del sistema

sanitario y convertirse en los factores más importantes para la cohesión social mediante la reducción de las desigualdades entre los ciudadanos¹.

255

II. IRRUPCIÓN DE LA CRISIS ECONÓMICA Y LAS REFORMAS ADOPTADAS PARA EL AHORRO EN EL GASTO SANITARIO: ¿MUTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO?

CRISIS Y
MUTACIÓN DEL
SERVICIO PÚBLICO
SANITARIO EN
ESPAÑA

CRISIS AND
MUTATION OF THE
PUBLIC HEALTH
SERVICE IN SPAIN

La sanidad española es uno de los servicios públicos mejor valorados por los ciudadanos. Implica un gasto razonable, que está en la media de los países de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos). El gasto total del sistema sanitario español ascendió, según los datos disponibles correspondientes al año 2012, «a 95 670 millones de euros, lo que representa un 9,3% del PIB, del cual un 6,7% se financia con recursos públicos y un 2,6%, con recursos privados», correspondiendo a las comunidades autónomas soportar casi la carga total de los gastos sanitarios (Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2014, p. 6). A pesar de ello, la situación de grave crisis económica y financiera que está padeciendo España en los últimos años está afectando de modo directo a la sanidad y ha llevado al legislador a introducir en ella cambios de gran calado que afectan a sus principios inspiradores. Los datos estructurales y las cifras más significativas del gasto sanitario público mostraban, en el año 2012, que la sanidad pública se encontraba en una situación de grave dificultad económica, con una deuda de más de 16 000 millones de euros. Además, nos encontrábamos ante un nuevo marco constitucional de estabilidad presupuestaria (Constitución española, artículo 135) y ante un nuevo contexto europeo que nos obligaba al cumplimiento de los compromisos asumidos por España para la disminución del déficit público.

Efectivamente, el 2 de marzo de ese mismo año, el 2012, España firmó en Bruselas el *Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria* (TECG), también conocido como el Pacto Presupuestario, con el que se instituía el denominado pacto presupuestario o «regla de equilibrio presupuestario». El Pacto obliga al Estado español a mantener unas finanzas públicas saneadas y sostenibles y a evitar un déficit público excesivo (superior al 3% de su producto interior bruto, PIB). Asimismo, con la firma de este Pacto, el Estado español se obligaba a consagrar estos compromisos en «normas

¹ En los debates parlamentarios sobre la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud se resaltó notablemente el espíritu de acuerdo que informó toda la tramitación del proyecto de ley y la gran legitimidad que le otorgaba «la capacidad de acuerdo y la capacidad de consenso» alcanzada entre los distintos grupos parlamentarios, así como el compromiso de algunos de ellos de practicar «la lealtad institucional de no cambiar las reglas de juego de forma unilateral» y «de poder llegar a acuerdos en lo que tiene que ser el futuro legislativo en lo que se refiere a la materia de sanidad» (Cortes Generales, 2003, p. 12956).

permanentes y estables», por lo que fue necesaria la reforma del artículo 135 de la Constitución española, así como la introducción de mecanismos automáticos de adopción de medidas correctoras en caso de incumplimiento de los objetivos de déficit. Ello motivó la aprobación de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (Jefatura del Estado, 2012b). Por lo demás, la firma de este acuerdo resultaba esencial para España, en la medida en que el acceso por parte de un Estado a los beneficios de asistencia financiera a través de los llamados fondos del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) —previstos en el Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad— se había condicionado a la previa ratificación del TECG.

Conviene tener en cuenta, no obstante, que el debate sobre la sostenibilidad del sistema sanitario no es, en modo alguno, nuevo en nuestro ordenamiento. Como ha subrayado Esteve Pardo, nuestro modelo de Estado social no tiene grandes enemigos «externos». Su principal enemigo es «interno» y es su propia sostenibilidad en términos económicos y de financiación (Esteve Pardo, 2015, p. 16). De hecho, hace ya años que la doctrina económica más especializada ha considerado que la sostenibilidad del sistema requiere importantes cambios estructurales (Caines & otros, 1997, pp. 43, 109, 179). La reducción del despilfarro en la Administración sanitaria; la evaluación de las técnicas y servicios sanitarios y, sobre todo, la vinculación de sus resultados en salud en la toma de decisiones de inversión; la mejor coordinación entre los niveles de atención primaria y especializada y la promoción de fórmulas de buen gobierno de la sanidad han sido algunos de los ejes de reforma apuntados por los expertos (Urbanos & González, 2014; Oliva, Peiró & Puig-Junoy, 2013, pp. 6ss.). Sin embargo, el contexto de la grave crisis económica actual, el nuevo marco constitucional de estabilidad presupuestaria y la caída alarmante de ingresos que se produjo en España durante los primeros años de crisis nos han situado ante un panorama todavía mucho más complejo y grave que en crisis anteriores.

El Gobierno de la nación adoptó medidas inmediatas de ahorro para aumentar la eficiencia del servicio sanitario y permitir su sostenibilidad. Estos objetivos se abordaron básicamente a través del Real Decreto-ley 16/2012 de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad de sus prestaciones (Jefatura del Estado, 2012a). Se trata de una norma con rango de ley que fue adoptada por el Gobierno como respuesta inmediata a estos graves problemas económicos y que ha supuesto una modificación sustancial de algunos aspectos que hasta ese momento se habían considerado como los rasgos de identidad del sistema público sanitario, especialmente de su carácter universal y gratuito. De ahí que, a mi juicio, pueda hablarse de una auténtica mutación del servicio público. Se mantiene el servicio

sanitario, su titularidad y su forma de financiación, pero al mismo tiempo se incorporan cambios de gran calado que afectan a la titularidad del derecho, al precio del servicio y a los principios inspiradores del modelo.

Entre otras muchas medidas, esta norma ha establecido una nueva categorización de la cartera común de prestaciones para introducir el copago o aportación dineraria del usuario en algunas de ellas. Ha instaurado para los jubilados pensionistas la obligación de realizar estas aportaciones para las prestaciones farmacéuticas; ha elevado los porcentajes de participación de los demás colectivos y ha establecido una nueva regulación de la titularidad del derecho a la asistencia pública sanitaria que ha supuesto la exclusión de determinados colectivos ciudadanos mediante el recurso al nuevo concepto jurídico de «asegurado» y de «beneficiario de un asegurado». Además, ha aprovechado para recentralizar la competencia relativa al reconocimiento del derecho (Cantero Martínez, 2013a; 2013b). Antes correspondía a las comunidades autónomas y ahora ha pasado al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), que es un organismo autónomo de la Administración General del Estado. Por lo demás, el hecho de que esta reforma se adoptara de forma unilateral por el Gobierno, a través de la figura excepcional del Real Decreto-ley, fue objeto de importantes críticas. No solo se trataba de adoptar medidas urgentes de ahorro en el gasto sanitario. La norma aprovechaba para modificar múltiples aspectos del ordenamiento sanitario y realizar una profunda reforma estructural del Sistema Nacional de Salud, disponiendo medidas nuevas de gran calado. Por ello se ha entendido que, si se pretendía ir más allá de la adopción de puntuales medidas de ahorro para modificar los consensos básicos que en su día llevaron a la configuración del servicio público, dichos cambios deberían haber sido acordados en las Cortes Generales, tras su previo debate político y social, intentado buscar consensos, tal como ocurrió con la Ley 16/2003 (Jefatura del Estado, 2003). Sin embargo, no se hizo así y ello ha derivado en un importante problema político por la ruptura de los consensos sobre el modelo sanitario.

Además, la situación económica ha permitido al Gobierno seguir avanzando en esta lectura «recentralizadora» de la crisis, alterando el modelo clásico de relaciones entre el Estado y las comunidades autónomas. Las reformas introducidas por la Ley Orgánica 6/2015 (Jefatura del Estado, 2015a) han venido a intensificar todavía más este marco de relaciones, concediendo al Estado importantes mecanismos de control, supervisión y sanción del gasto sanitario de las comunidades autónomas como titulares del servicio público². Como se ha señalado, a partir del artículo 135 de la Constitución, la integración o centralización

CRISIS Y
MUTACIÓN DEL
SERVICIO PÚBLICO
SANITARIO EN
ESPAÑA

CRISIS AND
MUTATION OF THE
PUBLIC HEALTH
SERVICE IN SPAIN

2 La doctrina constitucional ha avalado que el Estado imponga límites presupuestarios a las comunidades autónomas, limitando así su autonomía financiera, toda vez que corresponde a este «la responsabilidad de garantizar el equilibrio económico general» (Tribunal Constitucional, 2011, p. 157).

de las políticas presupuestarias asumida a nivel europeo puede trasladarse también a la esfera interna, dotando, en consecuencia, a las instancias centrales de gobierno de un margen de maniobra del que carecían en la conformación inicial del correspondiente Estado políticamente descentralizado (Medina Guerrero, 2014, p. 194). El legislador orgánico ha establecido un marco normativo general que afecta a todas las comunidades autónomas y a todo su gasto, y un régimen específico y particular que afecta especialmente al gasto sanitario y farmacéutico. Bajo el pretexto de asegurarse de que España cumple a rajatabla la disciplina fiscal de equilibrio presupuestario impuesto por la normativa comunitaria, se ha instituido un novedoso y complejo entramado de relaciones institucionales entre el Estado y las comunidades autónomas que puede condicionar seriamente la autonomía presupuestaria de estas y, con ello, su autonomía político sanitaria.

Esta nueva norma del año 2015, efectivamente, ha introducido un nuevo título en la LGS de 1986 con la intención de conseguir una mayor transparencia y control del gasto sanitario, especialmente del gasto farmacéutico. Crea nuevas obligaciones de información para las comunidades autónomas, las cuales deberán informar y rendir cuentas mensualmente al Ministerio de Economía y Hacienda (no al de Sanidad) sobre todos los gastos relativos a los fármacos, los gastos de inversión sanitaria y sobre las medidas adoptadas para mejorar la eficacia y sostenibilidad del sistema sanitario. Al mismo tiempo, ha instituido la llamada «regla de gasto sanitario», que supone vincular el crecimiento del gasto farmacéutico directamente con el PIB del país, no con sus necesidades asistenciales. Se crea un peculiar fondo denominado «instrumento de apoyo a la sostenibilidad del gasto farmacéutico y sanitario de las comunidades autónomas», al que se pueden adherir las comunidades autónomas (por Acuerdo de su Consejo de Gobierno). Su adhesión, no obstante, tiene importantes consecuencias para la comunidad autónoma. Supone aplicarles automáticamente la nueva «regla de gasto sanitario», de tal forma que, si el gasto farmacéutico de la comunidad autónoma excede de la tasa de crecimiento del PIB, las consecuencias serán importantísimas: no podrá aprobar su propia cartera de servicios complementaria. Se tendría que limitar, sin más, a prestar solo los servicios previstos en la cartera común del SNS, siendo obligatorio que destine además todos los recursos económicos que sean necesarios para ello (Jefatura del Estado, 2015a, disposición final cuarta). Su acceso al reparto de recursos económicos que realice el Estado estará condicionado a un previo informe estatal y deberá aplicar forzosamente las medidas de mejora de la eficiencia y sostenibilidad del sistema sanitario que sean acordadas por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

En fin, aunque no nos vamos a detener en ello, esta nueva reforma simboliza a la perfección el prototipo de ajuste o recorte de carácter lineal que se está produciendo en materia sanitaria. Al fijar topes insoslayables de gasto sanitario, no tiene en cuenta la posibilidad de que pueda producirse una emergencia social que dispare el gasto farmacéutico o la aparición de nuevos fármacos que, aun siendo más costosos, mejoren sensiblemente la calidad de vida del paciente (pensemos, por ejemplo, en los nuevos fármacos contra la hepatitis C, que en el año 2015 han supuesto más del 18% del total del gasto farmacéutico).

Por lo demás, resulta llamativo el modo en que se ha producido esta mutación del servicio sanitario. Las modificaciones más importantes que afectan a los rasgos esenciales del modelo se han adoptado de forma sorpresiva, a través de la figura excepcional del Real Decreto-ley, sin que hayan sido precedidas de un sosegado y profundo debate social, político, económico e incluso jurídico, lo que explica algunos de los errores de la norma y que algunas de sus medidas no hayan llegado siquiera a aplicarse. Las reformas que afectan a la transparencia y límites del gasto farmacéutico de las comunidades autónomas obedecen simplemente a una enmienda que a última hora planteó el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso mientras se debatía la reforma del sistema de financiación de las comunidades autónomas³. Ambas reformas han sido impugnadas ante el Tribunal Constitucional. La falta de acuerdos políticos sobre la sanidad ha provocado una situación ciertamente paradójica, por no calificarla incluso de anárquica. Hemos asistido con toda normalidad a un incumplimiento por parte de la propia Administración sanitaria de algunas de las medidas que —supuestamente— se adoptaron por imperiosas y urgentes razones de necesidad que no podían ser demoradas en el tiempo y que, en consecuencia, permitían eludir el debate político. Ello es lo que ha ocurrido, por ejemplo, con los copagos previstos para la farmacia hospitalaria o con los copagos por el transporte en ambulancia no urgente, que nunca llegaron a aplicarse. Estamos asistiendo a un incumplimiento sistemático por parte de casi todas las Comunidades Autónomas de la nueva regulación del Real Decreto-ley 16/2012 (Jefatura del Estado, 2012a) sobre los inmigrantes irregulares y ante un fracaso político del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud en su intento de introducir un poco de cordura en la materia y conseguir unos mínimos consensos políticos sobre esta espinosa cuestión. De ahí la necesidad de poner un poco de sensatez en esta materia a través de un gran Pacto Político por la sanidad pública que defina sus notas esenciales y aleje la salud de la confrontación política.

3 Obedece nuevamente a los compromisos comunitarios. En concreto, a una Recomendación del Consejo Europeo relativo al Programa Nacional de Reformas y a la emisión del dictamen del propio Consejo sobre el Programa de Estabilidad, donde se indicaba la necesidad de que España revisara los gastos de todas las Administraciones y, sobre todo, racionalizara el gasto farmacéutico (Comisión Europea, 2014).

III. ALGUNOS DE LOS CAMBIOS MÁS SIGNIFICATIVOS EN EL SISTEMA

Las comunidades autónomas, que son las titulares del servicio, han adoptado muchas medidas de carácter político y administrativo que se traducen también en importantes cambios en el modelo hasta ahora conocido. Las medidas no solo afectan a los derechos de los ciudadanos, sino también a las condiciones de trabajo del personal estatutario y a la organización misma del servicio. En algunas comunidades autónomas se han llevado a cabo potentes reestructuraciones organizativas, jubilaciones masivas e indiscriminadas de personal⁴ o cierre de algunos centros sanitarios (Puntos de Atención Continuada, por ejemplo, en Castilla-La Mancha), lo que ha puesto en serio riesgo el principio de continuidad del servicio sanitario. Pero posiblemente las más polémicas son las que afectan al principio de mutabilidad de los servicios públicos, las que han supuesto el importante aumento de derivaciones de pacientes hacia centros privados concertados, el trasvase hacia empresas privadas de la asistencia hospitalaria a través de externalizaciones o la peculiar reinterpretación de las clásicas fórmulas de cooperación administrativa⁵.

En este trabajo, sin embargo, solo nos vamos a centrar en el análisis de algunas de las modificaciones más importantes que afectan a los rasgos esenciales del servicio público y al estatus jurídico de sus usuarios. Veámoslas.

III.1. Afectación del principio de universalidad y la vuelta a los conceptos de «asegurado» y de «beneficiario de un asegurado»

Decía Muñoz Machado que los servicios sanitarios están sometidos a ciclos históricos que siempre retornan a fórmulas ya usadas alguna vez en el pasado (1995, pp. 12 y 145). Y así podemos decir que ha sucedido con la reforma operada por el Real Decreto-ley 16/2012 en lo relativo al carácter universal del servicio sanitario (Jefatura del Estado, 2012a). La universalidad ha sido una de las notas básicas y esenciales que

4 En este sentido, por ejemplo, en Valencia y en Castilla-La Mancha se han anulado los Planes de Ordenación de Recursos Humanos adoptados para acordar la jubilación automática del personal sanitario y la anulación de las prórrogas de servicio activo concedidas a los médicos. En estos casos, la mera intención de ahorrar en las nóminas de estos profesionales ponía en riesgo las prestaciones sanitarias por no prever medidas alternativas de incorporación de otros médicos u otras medidas de reestructuración organizativa de los servicios afectados.

5 En marzo de 2015, por ejemplo, se suscribió un convenio de cooperación entre las comunidades autónomas de Castilla-La Mancha y Madrid para la prestación de atención sanitaria hospitalaria en determinadas zonas limítrofes de ambas comunidades. Sin embargo, este acuerdo suscitó una importante polémica porque iba mucho más allá de lo que son estas necesarias fórmulas recíprocas de colaboración entre vecinos. Tenía un carácter exclusivamente unidireccional y escondía contenidos que serían más propios de los contratos administrativos. Así, su contenido solo permitía que los pacientes castellano-manchegos fueran atendidos por los hospitales madrileños previo pago de una cápita (de 402,89€) y previo compromiso de inversión de Castilla-La Mancha en los hospitales de Madrid para la contratación en ellos de nuevos profesionales sanitarios y para la compra de tecnología (Cantero Martínez, 2015).

han inspirado el Sistema Nacional de Salud. A ella se refería la LGS de 1986, tanto en su exposición de motivos como en su disposición transitoria quinta, al disponer que la universalidad o extensión de la asistencia sanitaria pública se efectuaría de forma progresiva, conforme lo fueran permitiendo las condiciones económicas y presupuestarias del país. Había, pues, una clara voluntad social y política en conseguir su universalización, esto es, la extensión del derecho a la protección de la salud a toda persona por el mero hecho de serlo, por su condición de ser humano y de residir en el territorio español, con independencia de su situación administrativa o jurídica o de su vinculación con la Seguridad Social (Beltrán, 2013, p. 89). Un paso fundamental en este proceso se dio con la desvinculación de la financiación del servicio de las cuotas de la seguridad social que corrían a cargo del trabajador y empresario, pasando a ser responsabilidad de los poderes públicos a través de las leyes de presupuestos generales del Estado.

En esta evolución hemos seguido, además, el camino lógico que inspira a los derechos sociales y que hace honor a la idea de solidaridad y justicia social que con ellos se persigue: su carácter progresivo y su reconocimiento especialmente a los más necesitados. Un hito importante en este camino fue la extensión, en el año 1989, de la cobertura sanitaria pública a las clases sociales más pobres y necesitadas, a todos los españoles que tuvieran establecida su residencia en territorio nacional y carecieran de recursos económicos (Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno, 1989). El segundo paso se dio en el año 2000 con su extensión a todos los extranjeros que residieran en el territorio nacional y estuvieran empadronados en un municipio, con independencia de que tuvieran o no su residencia legalizada a través de la correspondiente autorización administrativa a través de la Ley Orgánica 4/2000 de extranjería (Jefatura del Estado, 2000; véase Martín Delgado, 2002, p. 206; Palomar & otros, 2012, p. 427; Gómez Martín, 2013, p. 534). El último paso, el definitivo, se dio con la disposición adicional sexta de la Ley General de Salud Pública (Jefatura del Estado, 2011). Se establecía una cláusula general de cierre del sistema que venía a perfeccionar el modelo universal de prestaciones sanitarias públicas, al extender el derecho de acceso a todos los españoles, residentes en territorio nacional, a los que no pudiera serles reconocido en aplicación de otras normas del ordenamiento jurídico.

El Real Decreto-ley 16/2012 ha supuesto un punto de inflexión en esta materia. Vuelve a relacionar las prestaciones sanitarias con el sistema de Seguridad Social al designar a sus titulares mediante los antiguos conceptos jurídicos de «asegurado» y de «beneficiario del asegurado», propios de la legislación sanitaria española de los años cuarenta. Atribuye el reconocimiento del derecho y su control al Estado, a través del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) o del Instituto

Social de la Marina (Jefatura del Estado, 2012a). Mezcla así los títulos competenciales relativos a la sanidad y a la Seguridad Social de los puntos 16 y 17 del artículo 149.1 de la Constitución, en relación con sus artículos 43 y artículo 41. Una vez que el Estado ha reconocido dicha condición jurídica, corresponde después a las Comunidades Autónomas hacer efectivas las prestaciones sanitarias a través de la expedición de la correspondiente tarjeta sanitaria individual.

Según la nueva redacción dada al artículo 3 de la Ley de Cohesión y Calidad del SNS (Jefatura del Estado, 2003) por este Real Decreto-ley y las sucesivas modificaciones de que ha sido objeto este precepto, la condición de «asegurado» se reconoce solo a aquellas personas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

- a) ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta; b) ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social; c) ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo y d) haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza, encontrarse en situación de desempleo, no acreditar la condición de asegurado por cualquier otro título [y residir en España] [...] tendrán la condición jurídica de *beneficiarios de un asegurado*, siempre que residan en España, el cónyuge del asegurado o persona con análoga relación de afectividad, [...] así como los descendientes y personas asimiladas a cargo del mismo que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65% (Jefatura del Estado, 2012a, capítulo I, artículo 1; las cursivas son mías. Para el desarrollo del nuevo modelo de aseguramiento, véase Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2012).

Estas nuevas categorías jurídicas han supuesto la exclusión de determinados colectivos de personal, rompiendo así la nota de universalidad que hasta ahora había caracterizado al servicio público sanitario español (Cantero Martínez, 2014, p. 110). Además, podríamos decir que afecta directamente a la nota de solidaridad que inspira a nuestro ordenamiento sanitario, toda vez que afecta a los colectivos más empobrecidos y vulnerables, los que más necesitan de las prestaciones del sistema público sanitario. Así ha sucedido con los inmigrantes irregulares y los parados españoles que se trasladan al extranjero en busca de trabajo y permanecen fuera más de tres meses, que han perdido la titularidad del derecho.

Efectivamente, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, modificó estas normas para exigir un requisito adicional más para obtener la condición jurídica de asegurado: la residencia en el territorio

español (Jefatura del Estado, 2013). Esta exigencia ha supuesto la expulsión del sistema de los españoles que residan fuera de España más de 90 días al año, lo que incide especialmente en los jóvenes parados que deciden trasladarse al extranjero para buscar un empleo (Cantero Martínez, 2014, p. 111). A los tres meses pierden su tarjeta sanitaria. Se pensó para evitar que los extranjeros comunitarios que trabajaron en España y generaron su derecho a la asistencia sanitaria pudieran seguir recibiendo tratamientos médicos con cargo a la sanidad pública española cuando, por motivos de la crisis, decidieran volver a sus países de origen. Sin embargo, provoca efectos enormemente injustos.

El otro gran colectivo afectado que ha perdido el derecho ha sido el de los inmigrantes irregulares, esto es, los extranjeros que no poseen o han perdido la autorización administrativa de residencia en España. Ya no solo se requiere el empadronamiento, sino también la autorización legal de residencia en el territorio nacional. Este colectivo solo recibirá asistencia sanitaria en caso de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica. En todo caso, queda garantizada la asistencia al embarazo, parto y postparto, así como la asistencia a los extranjeros menores de dieciocho años, quienes recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles, realizando las aportaciones de la cartera de servicios que correspondan como si se tratara de trabajadores en activo. El Real Decreto 576/2013 ha regulado la posibilidad de que estos colectivos que quedan sin cobertura sanitaria puedan acceder parcialmente a la misma a través de la suscripción de un *convenio especial de prestación de asistencia sanitaria* que permite obtener determinadas prestaciones previo pago de un precio público (60 euros o 157 euros si tienen más de 65 años). El convenio, no obstante, no conlleva la expedición de tarjeta sanitaria para el suscriptor porque no concede el reconocimiento de la condición de persona asegurada o beneficiaria (Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2013a).

La exclusión de colectivos poblacionales, cuyos ahorros todavía no conocemos, puede causar un serio problema de salud pública. Ello explica que se esté intentando «parchear» el problema a través, fundamentalmente, del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y mediante la adopción de peculiares y controvertidas propuestas. En el año 2013, cuando el Partido del Gobierno de la nación gobernaba también en casi todas las comunidades autónomas, se aprobó en el Consejo Interterritorial un documento titulado «Intervención sanitaria en situaciones de riesgo para la salud pública» (Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2013b), el cual permitía atender al inmigrante irregular ante enfermedades contagiosas o ante enfermedades mentales graves. La medida, aunque imprescindible, nos conduce a una visión muy empobrecida de lo que deben ser las

responsabilidades públicas, que solo se preocupan por la situación del inmigrante si causa un riesgo para la salud de los demás. Recuerda nuevamente a la policía sanitaria y al sistema de beneficencia propio de principios del siglo pasado (Muñoz Machado, 1995, p. 80).

Los problemas causados por la forma en que se han producido esos cambios se han vuelto a presentar con toda su crudeza cuando los procesos electorales autonómicos, llevados a cabo en mayo de 2015, han cambiado el color político del mapa autonómico. En setiembre de 2015, se ha vuelto a plantear ante el Consejo Interterritorial otro controvertido documento para la fijación de «criterios mínimos para la inclusión en los programas de asistencia social y sanitaria de las comunidades autónomas de los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España que carezcan de recursos económicos» (Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2015b). La medida ha sido provocada por la inusual situación que estamos viviendo, toda vez que casi todas las Comunidades Autónomas han adoptado normas (u otros instrumentos organizativos internos) que permiten extender la sanidad a este colectivo, desconociendo la limitación del Real Decreto-ley (Jefatura del Estado, 2012a). El País Vasco y Navarra fueron las pioneras⁶. El documento presentado por el Ministerio no deja de ser paradójico porque pretende reconducir la asistencia sanitaria al inmigrante irregular a las competencias autonómicas en materia de protección social, no en sus competencias sanitarias (Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2015b). Por ello, si se hubiera aprobado el documento, se hubiera instaurado para este colectivo un nuevo modelo de «asistencia social sanitaria» que recuerda más bien al sistema de beneficencia ya conocido en nuestro país el siglo pasado. Para su disfrute, hubiera sido necesaria la previa inscripción del inmigrante en un registro, acreditar el empadronamiento con una antigüedad mínima, no poseer recursos económicos y acreditar su situación de «vulnerabilidad y exclusión» mediante la intervención de un asistente o trabajador social en el procedimiento administrativo. El documento no fue aprobado en el Consejo Interterritorial porque la mayoría de las Comunidades Autónomas manifestaron la necesidad de derogar en este

6 Las normas fueron impugnadas por el Gobierno ante el Tribunal Constitucional y los Autos del Tribunal Constitucional (2012a; 2014a) han levantado la suspensión automática de las mismas para permitir que puedan seguir prestando la asistencia a los inmigrantes irregulares, al entender que «el derecho a la salud y a la integridad física de estas personas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que todavía no ha podido ser concretado» (Tribunal Constitucional, 2012a, quinto fundamento jurídico; 2014a, sexto fundamento jurídico). Este camino ha sido seguido por prácticamente todas las Comunidades Autónomas. Por el momento, las últimas en incorporarse han sido Valencia (Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública, 2015) y Castilla-La Mancha (Consejería de Sanidad, 2016).

punto el Real Decreto-ley (Jefatura del Estado, 2012a) para la vuelta a un sistema universal⁷.

265

III.2. Deterioro del principio de gratuidad de sus prestaciones

Este servicio público nunca ha sido gratis. Como ha explicado la Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de mayo de 2014, aunque el sistema sanitario se haya considerado como un servicio gratuito, lo único que implica es que el usuario no paga, «en cuyo caso se financiará indirectamente con el conjunto de tributos del sistema y demás ingresos del Estado, en lugar de, directamente, con cargo a las aportaciones del usuario» (2014b, sétimo fundamento jurídico, p. 29). La gratuidad —o financiación pública— de las prestaciones ha constituido también un «principio y criterio sustantivo» del servicio público sanitario (Jefatura del Estado, 2003, artículo 3.e y exposición de motivos) sobre el que también han incidido las reformas sanitarias.

CRISIS Y
MUTACIÓN DEL
SERVICIO PÚBLICO
SANITARIO EN
ESPAÑA

CRISIS AND
MUTATION OF THE
PUBLIC HEALTH
SERVICE IN SPAIN

El Real Decreto-ley 16/2012 ha establecido una nueva categorización de la cartera común de prestaciones para facilitar la introducción del copago (repago) o aportación dineraria del usuario en algunas de ellas (Jefatura del Estado, 2012a, artículo 8). Solo son gratuitas —por quedar cubiertas de forma completa por la financiación pública— las prestaciones que constituyen la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud, que comprende todas las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realizan en centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente. Por el contrario, las prestaciones que conforman la nueva cartera común suplementaria y la cartera común de servicios accesorios quedan sujetas a aportación económica del usuario, aunque por vez primera se introducen criterios de modulación atendiendo a la capacidad de pago del paciente. Se incluyen aquí la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, los productos dietéticos y el transporte sanitario no urgente sujeto a prescripción facultativa.

Asimismo, la norma ha acabado con la distinción que había en el sistema entre los activos y los pasivos (pensionistas de la Seguridad Social), pues para estos últimos la asistencia era completamente gratuita y no tenían que pagar nada por sus medicamentos. Ha instaurado para

7 Mientras tanto, se acaba de aprobar la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (Jefatura del Estado, 2015b), cuyo artículo 151 establece un nuevo régimen para los acuerdos y decisiones de las Conferencias Sectoriales. Pues bien, la nueva regulación prevé la posibilidad de que los acuerdos puedan ser obligatorios para todas las Comunidades Autónomas, incluso aunque hayan votado en contra, y judicialmente exigibles, cuando la Administración General del Estado ejerza funciones de coordinación, tal como sucede en el caso de la sanidad. No sabemos cuál habrá sido la intencionalidad de esta nueva regulación ni si la misma tendrá algo que ver con el problema planteado en el seno del Consejo Interterritorial. En todo caso, dado que el Estado tiene constitucionalmente atribuida la función de coordinación de la sanidad, no es descartable que la medida responda a un intento de solucionar por vía jurídica lo que en esencia es un problema político.

los pensionistas el pago del 10% del precio de los medicamentos con la intención de disuadir y racionalizar su consumo, aunque con unos topes mensuales en virtud de sus rentas. Ha elevado los porcentajes de participación en el pago de los medicamentos para todos los demás colectivos y ha introducido también el copago en la farmacia hospitalaria. Por otra parte, es cierto que ha incorporado también ciertos criterios de equidad al establecer topes máximos de aportación según los ingresos que tengan los usuarios y al dejar exentos del pago a los parados de larga duración.

Han pasado ya cuatro años desde su adopción y algunas de estas medidas ni siquiera se han podido llevar a la práctica. Pensemos, por ejemplo, en el copago por el transporte sanitario no urgente que prevé la norma. El Ministerio se planteó el cobro de 5 euros por cada trayecto de ambulancia. El Consejo de Estado puso de manifiesto las dificultades para el éxito de esta medida dada la infraestructura organizativa y las inversiones que su cobro al paciente exigiría para la Administración, por lo que a día de hoy todavía no se ha aplicado. Algo similar ocurre con las aportaciones por la farmacia hospitalaria. En este caso, se había previsto que el paciente pagara un porcentaje del precio del medicamento del 10% con un tope de 4,26 euros por cada envase, cuando el precio medio de los principios activos sujetos a copago es de unos 1635 euros, con un mínimo de 70 euros, y un máximo de 9283 euros (Urbanos & González, 2014, p. 336). Ello significa que la puesta en marcha de este copago solo permitiría recuperar una parte ínfima y simbólica del coste. Además, esta medida fue especialmente polémica porque penalizaba a determinados colectivos de pacientes especialmente sensibles (determinados enfermos crónicos, enfermos de cáncer, de esclerosis múltiple, de SIDA, etcétera) y porque con ella el copago no tiene el carácter disuasorio que para otros colectivos poseería (para los pensionistas, por ejemplo). Por ello, podemos decir que el modelo de copagos de farmacia hospitalaria ha sido un experimento fracasado que apenas llegó a aplicarse (Cantero Martínez, 2014, p. 117). La Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (Jefatura del Estado, 2015c), con buen criterio, ha suprimido finalmente este tipo de aportaciones por los fármacos hospitalarios, dando así cobertura jurídica a esta paradójica situación que se había creado *de facto* por su inaplicación en la mayoría de las comunidades autónomas.

La nota de la gratuidad también ha sido considerablemente devaluada si tenemos en cuenta que amplios listados de medicamentos han sido excluidos del sistema público (más de 400 medicamentos para síntomas menores). Es decir, para ellos ya no se aplica el principio de financiación pública. La aportación para estas prestaciones farmacéuticas se ha elevado al cien por cien, con el agravante de que los precios de muchos de ellos han subido considerablemente. También con motivo de la

crisis y la intención de ahorrar, algunas comunidades autónomas han ensayado otras medidas peculiares. Así, por ejemplo, en Valencia se ha introducido una tasa por la prestación de asistencia sanitaria y en Madrid y Cataluña otra tasa por comprar los medicamentos (el llamado «euro por receta»). Todas estas medidas han sido anuladas por el Tribunal Constitucional, el cual ha establecido importantes límites para evitar que la nota de la gratuidad pueda verse todavía más desvirtuada por las comunidades autónomas⁸. Las comunidades autónomas, en virtud de sus competencias y de su autonomía financiera, pueden mejorar las prestaciones sanitarias, pero nunca empeorarlas.

267

CRISIS Y
MUTACIÓN DEL
SERVICIO PÚBLICO
SANITARIO EN
ESPAÑACRISIS AND
MUTATION OF THE
PUBLIC HEALTH
SERVICE IN SPAIN

III.3. Fractura en los principios de igualdad, solidaridad y cohesión del modelo

En un Estado altamente descentralizado es necesario garantizar la cohesión del modelo y la equidad en el acceso a los servicios de asistencia sanitaria públicos en todo el territorio nacional. Para el logro de estos objetivos se instituyeron dos mecanismos esenciales: el Fondo de Cohesión y el Fondo de Garantía Asistencial. Ambos instrumentos son gestionados directamente por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Con ellos se pretende asegurar que el servicio se presta de una manera armónica y cohesionada, a pesar de estar altamente descentralizado. Deben ser capaces de garantizar que el acceso y las prestaciones sanitarias para todos los ciudadanos se realizan en condiciones de igualdad efectiva y que la política de salud está realmente orientada a la superación de desequilibrios territoriales y sociales.

El Fondo de Cohesión del Sistema Nacional de Salud (creado por la disposición adicional quinta de la ley 16/2003; Jefatura del Estado, 2003) cubre los gastos de la atención sanitaria de los pacientes que expresa y formalmente son derivados por su servicio de salud a centros de otra Comunidad Autónoma. Asimismo, cubre los gastos de los pacientes derivados a centros, servicios y unidades de referencia del Sistema Nacional de Salud, así como en los casos de aplicación de tecnologías y procedimientos de uso tutelado. También se cargan a este fondo los gastos que generan los pacientes asegurados de la Unión Europea desplazados temporalmente a España. El Fondo de Garantía Asistencial (FOGA) fue creado, a través del artículo 3 del Real Decreto-ley 16/2012 (Jefatura del Estado, 2012a), para costear la atención sanitaria

8 El Tribunal Constitucional ha considerado que «el establecimiento de una prestación farmacéutica y su financiación pública constituyen un criterio básico en materia de "sanidad", pues satisface las exigencias formales y materiales de la legislación básica» (2014b, sétimo fundamento jurídico, p. 28), y ello porque garantiza «una uniformidad mínima en las condiciones de acceso a los medicamentos con independencia del lugar en el que dentro del territorio nacional se resida y se evita la introducción de factores de desigualdad en la protección básica de la salud» (2012b, quinto fundamento jurídico, p. 142; 2014b, sétimo fundamento jurídico, p. 28).

a pacientes desplazados y que no han sido formalmente derivados por su comunidad autónoma. Tiene carácter extrapresupuestario y cubre los gastos que ocasionen los pacientes que, perteneciendo a otros servicios de salud, se encuentran temporalmente desplazados en el territorio de otra Comunidad Autónoma, o de las ciudades de Ceuta y Melilla.

Sin embargo, pese a la importancia que tienen dichos fondos para un sistema descentralizado como el español, en los últimos años han ido disminuyendo considerablemente sus partidas presupuestarias, hasta el punto de que fueron temporalmente desactivados a través de la Ley de Presupuestos para el año 2014 (Jefatura del Estado, 2013, disposición adicional 69) y así se ha mantenido para el año 2015, sin que el legislador haya diseñado un sistema alternativo claro. Además, se ha desnaturalizado el fondo de cohesión al modificarse su naturaleza presupuestaria para convertirlo en un fondo extrapresupuestario. Con ello, puede decirse que estas medidas de ahorro ponen en riesgo la igualdad y la cohesión del sistema público sanitario. La disposición adicional septuagésima primera de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (Jefatura del Estado, 2015c) ha suspendido varios preceptos del Fondo de Cohesión Sanitaria y ha dotado a este fondo de la misma naturaleza extrapresupuestaria que el Fondo de Garantía Asistencial. Además, ha establecido un complejísimo sistema para efectuar los pagos entre los distintos servicios autonómicos de salud que parece estar causando gran recelo y desconfianza. Aunque todavía no sabemos los efectos que tendrá la puesta en funcionamiento de este nuevo sistema de compensaciones, por el momento, el cambio normativo en la gestión de estos fondos ha suscitado una gran polémica e importantes recelos por parte de algunas Comunidades Autónomas y de algunos colectivos de pacientes. Ha sido interpretado como un importante obstáculo para que una Comunidad Autónoma atienda a los pacientes de otra. En este sentido, el nuevo sistema vuelve a afectar particularmente a colectivos especialmente sensibles, como ocurre en este caso con el de los pacientes aquejados de una enfermedad rara, que son los primeros que han denunciado los efectos de este cambio ante las negativas que están encontrando ya en algunos centros de referencia para su derivación.

IV. IMPACTO SOCIAL DE LOS RECORTES EN EL SERVICIO PÚBLICO

Todas estas medidas de carácter cumulativo tienen importantes consecuencias para los ciudadanos. La OCDE ha señalado que la disminución del gasto público en sanidad, además de suponer un aumento muy notable de las listas de espera, puede tener efectos para la salud a largo plazo y consecuencias económicas para los más vulnerables, toda vez que hace aumentar el riesgo de que las personas más desfavorecidas

y con menos ingresos puedan renunciar a los cuidados sanitarios que necesitan, a sus medicamentos o al seguimiento y control de sus enfermedades crónicas. Sin duda están teniendo un importante impacto social al afectar a colectivos poblacionales especialmente sensibles. Algunos autores llegan a hablar incluso del «castigo» que suponen estas medidas para las rentas más bajas y para las personas que padecen una enfermedad crónica; de la pérdida de la gratuidad para los pensionistas y de las dificultades prácticas para el control y la petición de reembolso por parte del ciudadano cuando sus copagos exceden de los topes máximos de aportación legalmente previstos (Burriel, 2015, p. 135).

Especialmente graves, y a mi juicio de dudosa constitucionalidad, son las medidas adoptadas para la exclusión de importantes colectivos de ciudadanos. Se han retirado unas 873 000 tarjetas sanitarias, lo que, sin duda, tiene un gran impacto social porque afecta a grupos poblacionales especialmente sensibles y desfavorecidos. El derecho a la protección de la salud, al haber sido configurado como un principio rector de la política social y económica del país, no tiene un contenido mínimo o núcleo irreductible e irreversible para el legislador, por lo que nada impediría que en situaciones de crisis pudieran agravarse las condiciones de acceso a las prestaciones sanitarias y hacerse más costosas. Ahora bien, nuestro Constituyente optó por un modelo de Estado social, lo que debe implicar que, como mínimo e incluso en estas situaciones de dificultad económica, la acción protectora pública debe garantizarse a las personas con menos recursos económicos para salvaguardar así su dignidad, la equidad y la solidaridad, «que son los valores constitucionales principales que el desarrollo del moderno Estado social ha hecho ya irreversibles» (Muñoz Machado, 1995, p. 154). Además, tenemos compromisos de carácter internacional asumidos por el Estado español que apuntan a esta misma dirección (Cantero Martínez, 2013b, p. 110).

Esta exclusión supone, además, agravar todavía más los problemas de desarraigo y exclusión social de los inmigrantes irregulares. Puede acarrear importantes efectos colaterales en el ámbito de la salud pública, toda vez que puede suponer una disminución de la eficacia de las técnicas de vacunación o puede perderse por completo el control y seguimiento de las enfermedades de declaración obligatoria, de tipo contagioso, con las importantes y graves consecuencias que ello supondría para la salud del resto de la población (Cantero Martínez, 2013b, p. 124). Todo ello, claro está, sin contar la sobrecarga que puede generarse en los servicios de urgencias, pues es previsible que se produzca un desplazamiento hacia estas estructuras por seguir siendo gratuitas. En este sentido, diversas organizaciones no gubernamentales han documentado situaciones concretas de personas con enfermedades graves o crónicas que se quedaban sin controles periódicos y que veían sus tratamientos interrumpidos o de pacientes con enfermedades transmisibles que

pueden generar un importante problema de salud pública, sin que el sistema permita detectarlos y activar los protocolos correspondientes a las enfermedades de declaración obligatoria (EDO).

A día de hoy, y salvo error u omisión por mi parte, el Ministerio no ha evaluado el impacto y los resultados que ha tenido esta concreta medida. No sabemos el ahorro que ha supuesto la retirada de estas tarjetas. Por el contrario, sí podemos hacernos una idea del impacto social que ha provocado. A falta de esta evaluación oficial, la Red de Denuncia y Resistencia contra el Real Decreto-ley 16/2012 (REDER) ha presentado en setiembre de 2015 un detallado informe en el que documenta más de 1500 casos de desatención sanitaria acaecidos entre enero de 2014 y julio de 2015 en 12 comunidades autónomas⁹. Como explica en su informe, no se trata más que de una muestra mínima, pero no deja de ser representativa del impacto en vidas humanas, de la angustia y del sufrimiento que ha supuesto la decisión de negar la asistencia sanitaria a los extranjeros que se encuentran en España en situación irregular. REDER ha denunciado también la doble vulneración que se produce debido al incumplimiento sistemático de las excepciones previstas en el Real Decreto-ley y que sí dan lugar a la cobertura sanitaria (niños, mujeres embarazadas y situaciones de urgencia por accidente o enfermedad grave). En numerosos casos, o no se presta la atención sanitaria requerida o la atención va seguida de la emisión de la correspondiente factura, cuando no se condiciona a la previa firma de un compromiso de pago.

Por el contrario, la Administración sí nos ha proporcionado datos concretos respecto de los ahorros que ha provocado su nueva política farmacéutica y de copagos. Además de reducir la población asistida, las principales medidas adoptadas en esta materia han consistido en establecer un nuevo modelo de copagos farmacéuticos que disuada y rebaje el número de recetas y en la exclusión del sistema de financiación pública de amplios listados de medicamentos. Aunque la motivación económica que presentó el Gobierno cuando dictó la norma no daba cifras, posteriormente ha ido indicando en notas de prensa los ahorros conseguidos. Así, en octubre de 2013, a los catorce meses de aprobación de la norma, el Ministerio se había ahorrado 2125 millones de euros (un 15,58% del gasto farmacéutico). En 2014, el gasto farmacéutico público a través de receta ascendió a 9362 millones de euros, lo que supuso un descenso de 1514 millones de euros con respecto a los datos anteriores a la reforma sanitaria. En enero de 2015, 30 meses después de que se pusiera en marcha la reforma, el Sistema Nacional de Salud había registrado un ahorro de 4314 millones de euros (Ministerio de

⁹ REDER representa más de 300 organizaciones sociales y plataformas ciudadanas que pretenden la universalidad del sistema y han conformado una red, basada en la solidaridad, para la ayuda y acompañamiento de las personas afectadas.

Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2015a). A partir de todos estos datos podríamos decir que, a día de hoy, nuestro modelo sanitario es algo más sostenible desde el punto de vista económico y financiero, pero ha rebajado notablemente sus estándares de protección y sostenibilidad social.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Nadie duda que es necesario repensar el modelo, hacer reformas estructurales para racionalizar el gasto sanitario y mejorar la eficacia y eficiencia en la prestación del servicio público. Ahora bien, estas últimas reformas denotan más bien una visión exclusivamente economicista del derecho a la protección de la salud y de las prestaciones sanitarias en las que este se materializa, visión que no tiene en cuenta que la salud ha de ser vista también como una inversión en bienestar y no exclusivamente como un gasto (Comisión de las Comunidades Europeas, 2007). El objetivo debe ser conseguir una «protección constitucional sensata» de este derecho (Gómez & Repullo, 2016, p. 13), por lo que es absolutamente necesario disponer de un servicio público sanitario fuerte que responda a los principios básicos que de él se espera y que son justamente los que en su día motivaron su creación.

Puede decirse que las reformas han producido una mutación del servicio público tal como hasta entonces lo habíamos conocido. Han modificado significativamente su ámbito de aplicación, quebrando el principio esencial de universalidad que lo había inspirado y han empeorado de una manera regresiva las condiciones para su ejercicio, especialmente las que se refieren a su gratuidad. A la vez, medidas presupuestarias adoptadas en los últimos años están afectando seriamente a los principios de cohesión, calidad y solidaridad que inspiran también el Sistema Nacional de Salud. Además, todas ellas se han adoptado sin conseguir los consensos sociales y políticos que hubieran sido deseables para realizar modificaciones de tanto calado.

Dada la situación actual y el problema político creado principalmente por la exclusión de los inmigrantes ilegales, urge introducir un poco de cordura y racionalidad en el sistema, reabriendo nuevamente un debate sosegado sobre los rasgos esenciales del Sistema Nacional de Salud. Este proceso de reflexión debería desembocar en la firma de un gran pacto por la sanidad pública que, desde la lealtad institucional, sea capaz de garantizar, no solo su sostenibilidad económica, sino también su sostenibilidad social y, sobre todo, alejar la salud de la confrontación política y partidista. Se trataría de un acuerdo de carácter programático, suscrito por los dos grandes actores y protagonistas del sistema sanitario, el Estado y las comunidades autónomas, en el seno del Consejo Interterritorial del SNS. Ello permitiría fijar las grandes líneas

271

CRISIS Y
MUTACIÓN DEL
SERVICIO PÚBLICO
SANITARIO EN
ESPAÑACRISIS AND
MUTATION OF THE
PUBLIC HEALTH
SERVICE IN SPAIN

inspiradoras de un servicio público sostenible, no solo en lo económico, sino también en lo social. Este pacto resulta especialmente necesario en un contexto económico de extrema complejidad. Debería estar basado en una nueva concepción de la salud que no se centre única y exclusivamente en el aspecto económico, sino que tenga también en cuenta su vertiente social¹⁰.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Beltrán, Juan Luis (2013). La universalización de la asistencia sanitaria en España en el marco de los objetivos de la Unión Europea en materia de salud y del artículo 35 de la Carta de Derechos Fundamentales. En Juan Francisco Pérez Gálvez y por Rafael Barranco Vela (dirs.), *Derecho y Salud en la Unión Europea*. Granada: Comares.

Burriel, Pepa (2015). La deconstrucción del sistema sanitario público. *Revista Derecho y Salud*, 25(2).

Caines, Eric, E. Costa & José Manuel Freire (1997). *Reformas sanitarias y equidad*. Madrid: Fundación Argentaria.

Cantero Martínez, Josefa (2013a). La protección de la salud ¿también en tiempos de crisis? *¿Hay derecho? Blog sobre actualidad jurídica y política*. Disponible en <http://hayderecho.com/2013/04/30/la-proteccion-de-la-salud-tambien-en-tiempos-de-crisis/>, 30 de abril de 2013.

Cantero Martínez, Josefa (2013b). Las políticas sanitarias de carácter regresivo. ¿Qué niveles de protección ofrece nuestro ordenamiento jurídico? *Revista Derecho y Salud*, 23(2).

Cantero Martínez, Josefa (2014). Universalidad y gratuidad de las prestaciones sanitarias públicas (una perspectiva constitucional y desde los compromisos internacionales asumidos por el Estado Español). *Revista Derecho y Salud*, 24(2).

Cantero Martínez, Josefa (2015). A propósito de las derivaciones de pacientes y del convenio sanitario celebrado entre Castilla-La Mancha y Madrid: ¿por qué le llaman cooperación si no es más que un negocio?. *Juristas de la Salud* (Blog), 7 de abril. Disponible en <http://www.ajs.es/blog/a-proposito-de-las-derivaciones-de-pacientes-y-del-convenio-sanitario-celebrado-entre-castilla-la-mancha-y-madrid-por-que-le-llaman-cooperacion-si-no-es-mas-que-un-negocio/#comment-701>.

Comisión de las Comunidades Europeas (2007). Libro blanco. Juntos por la salud: un planteamiento estratégico para la UE (2008-2013). Bruselas, 23 de octubre. COM(2007) 630 final. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=URISERV:c11579&from=ES>.

¹⁰ El día 20 de diciembre de 2015 se llevó a cabo un nuevo proceso electoral con el que arranca la XI legislatura. En el nuevo escenario político, que a día de hoy todavía está por definir, el tema sanitario ha vuelto al debate político para intentar revertir estas reformas y se ha planteado incluso un cambio constitucional para convertir la protección de la salud en un derecho fundamental. Esta especial preocupación por el servicio público se ha traducido ya en la presentación de dos proposiciones de ley que buscan el retorno a la universalidad del servicio y la reforma del nuevo sistema de copagos.

Comisión de las Comunidades Europeas (2014). Recomendación del Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas de 2014 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2014 de España. Bruselas, 2 de junio. COM(2014) 410 final.

Consejería de Sanidad (2016). Orden de 09/02/2016, de la Consejería de Sanidad, de acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha [2016/1920]. *Diario Oficial de Castilla-La Mancha*, 36(23 de febrero), 4124-4127.

Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública (2015). Decreto Ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell, por el que regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunitat Valenciana [2015/6818]. *Diari Oficial de la Comunitat Valenciana*, 7581 (29 de julio), 23079-23083.

Constitución española (1978).

Cortes Españolas (1944). Ley de 25 de noviembre de 1944 de Bases de Sanidad Nacional. *Boletín Oficial del Estado*, 331 (26 de noviembre), 8908-8936.

Cortes Generales (2003). *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*. VII Legislatura, 252. Sesión plenaria número 243, celebrada el miércoles, 14 de mayo de 2003. Disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/PL/PL_252.PDF

Esteve Pardo, José (2015). *Estado garante. Idea y realidad*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

Gómez, Tomás & José Ramón Repullo (2016). Buscando el reforzamiento constitucional efectivo y proporcionado del derecho a la protección de la salud. *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 23, 13-34.

Gómez Martín, Milagros (2013). Régimen jurídico de la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud. En Josefa Cantero Martínez y Alberto Palomar Olmeda (dirs.), *Tratado de Derecho Sanitario*, volumen I. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.

Jefatura del Estado (1986). Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. *Boletín Oficial del Estado*, 102 (29 de abril), 15207-15224. BOE-A-1986-10499.

Jefatura del Estado (2000). Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. *Boletín Oficial del Estado*, 10 (12 de enero). BOE-A-2000-544.

Jefatura del Estado (2003). Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. *Boletín Oficial del Estado*, 128 (29 de mayo). BOE-A-2003-10715.

Jefatura del Estado (2011). Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. *Boletín Oficial del Estado*, 240 (5 de octubre), 104593-104626. BOE-A-2011-15623.

Jefatura del Estado (2012a). Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud

CRISIS Y
MUTACIÓN DEL
SERVICIO PÚBLICO
SANITARIO EN
ESPAÑA

CRISIS AND
MUTATION OF THE
PUBLIC HEALTH
SERVICE IN SPAIN

y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. *Boletín Oficial del Estado*, 98(24 de abril), 31278-31312. BOE-A-2012-5403.

Jefatura del Estado (2012b). Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. *Boletín Oficial del Estado*, 103(30 de abril), 32653-32675. BOE-A-2012-5730.

Jefatura del Estado (2013). Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014. *Boletín Oficial del Estado*, 309(26 de diciembre). BOE-A-2013-13616.

Jefatura del Estado (2015a). Ley Orgánica 6/2015, de 12 de junio, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas y de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. *Boletín Oficial del Estado*, 141(13 de junio), 49754-49773. BOE-A-2015-6517.

Jefatura del Estado (2015b). Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. *Boletín Oficial del Estado*, 236(2 de octubre), 89411-89530. BOE-A-2015-10566.

Jefatura del Estado (2015c). Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016. *Boletín Oficial del Estado*, 260(30 de octubre), 101965 a 102560. BOE-A-2015-11644.

Martín Delgado, Isaac (2002). La asistencia sanitaria de los extranjeros en España. *Revista Derecho y Salud*, 10(2).

Medina Guerrero, Manuel (2014). La constitucionalización de la regla del equilibrio presupuestario: integración europea, centralización estatal. *Revista de Estudios Políticos*, 165, 189-210.

Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno (1989). Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes. *Boletín Oficial del Estado*, 216(9 de setiembre), 28657-28658. BOE-A-1989-21969.

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (2012). Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. *Boletín Oficial del Estado*, 186(4 de agosto), 55775-55786. BOE-A-2012-10477.

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (2013a). Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y se modifica el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. *Boletín Oficial del Estado*, 179(27 de julio), 55058-55065. BOE-A-2013-8190.

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (2013b). Intervención sanitaria en situaciones de riesgo para la salud pública. Aprobado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud de 18 de diciembre de 2013. Disponible en <http://www.msssi.gob.es/profesionales/saludPublica/docs/IntervencionSanitariaRiesgoSP.pdf>.

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (2014). Informe anual del Sistema Nacional de Salud 2013. Situación de salud, sistema sanitario y opinión de los ciudadanos. Disponible en http://www.msssi.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/equidad/Informeannual2013/Resumen_2013_SNS.pdf.

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (2015a). El gasto farmacéutico se mantiene estable en el año 2014 y se consolida el ahorro para el Sistema Nacional de Salud. Nota de prensa del 30 de enero de 2015, disponible en <http://www.msssi.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?id=3542>.

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (2015b). Propuesta de acuerdo sobre criterios mínimos para la inclusión en los programas de asistencia social y sanitaria de las CC.AA. de los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, que carezcan de recursos económicos. Propuesta presentada por el Ministerio ante la Comisión de Prestaciones, Aseguramiento y Financiación del Consejo Interterritorial el Acuerdo el 2 de setiembre de 2015.

Ministerio de Trabajo (1942). Ley de 14 de diciembre de 1942 por la que se crea el seguro obligatorio de enfermedad. *Boletín Oficial del Estado*, 361 (27 de diciembre), 10592-10597.

Ministerio de Trabajo (1974). Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. *Boletín Oficial del Estado*, 173 (20 de julio), 15081-15097. BOE-A-1974-1165.

Muñoz Machado, Santiago (1995). *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*. Madrid: Alianza Editorial.

Oliva, Juan, Salvador Peiró & Jaume Puig-Junoy (2013). Sistema Nacional de Salud y propuesta de reformas: más allá del ruido y la furia. *Revista Derecho y Salud*, 23. Número extraordinario del XXII Congreso de la Asociación de Juristas de la Salud.

Palomar, Alberto, David Iarios & Javier Vásquez (2012). *La reforma sanitaria*. Pamplona: Aranzadi.

Pemán, Juan & Mario Köling (2012). *La descentralización sanitaria*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad.

Puerta Seguido, Francisco (2000). La sanidad. En Luis Ortega Álvarez (dir.), *Derecho Autonómico de Castilla-La Mancha*. Cuenca: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

REDER (2015). Radiografía de la reforma sanitaria. La universalidad de la exclusión. Informe coordinado por Médicos del Mundo. Madrid. Disponible en <http://www.medicosdelmundo.org/index.php/mod.documentos/mem>.

descargar/fichero.documentos_Radiografia_de_la_reforma_sanitaria_37bb13b5%232E%23pdf.

Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (2012). Pacto Presupuestario. Bruselas.

Tribunal Constitucional (2011). Sentencia 134/2011, de 20 de julio de 2011. Recurso de inconstitucionalidad 1451-2002. *Boletín Oficial del Estado*, 197(17 de agosto), 131-174. BOE-A-2011-13955.

Tribunal Constitucional (2012a). Auto 239/2012, de 12 de diciembre de 2012. Conflicto positivo de competencia 4540-2012.

Tribunal Constitucional (2012b). Sentencia 136/2012, de 19 de junio de 2012. Recurso de inconstitucionalidad 2810-2009. *Boletín Oficial del Estado*, 163(9 de julio), 132-148. BOE-A-2012-9212.

Tribunal Constitucional (2014a). Auto 114/2014, de 8 de abril de 2014. Recurso de inconstitucionalidad 7089-2013.

Tribunal Constitucional (2014b). Sentencia 71/2014, de 6 de mayo de 2014. Recurso de inconstitucionalidad 7208-2012. *Boletín Oficial del Estado*, 135(4 de junio), 6-32. BOE-A-2014-5900.

Urbanos, Rosa & Beatriz González (2014). El modelo sanitario en peligro. *Mediterráneo Económico*, 25. Número monográfico titulado *Un nuevo modelo económico para España. Reformas estructurales para la recuperación y el crecimiento*.

Recibido: 07/03/16

Aprobado: 18/04/16

Regulación para lograr los objetivos públicos: el caso de los servicios públicos de Colombia

Regulation for the accomplishment of public purposes: the case of public utilities in Colombia

LUIS FERNEY MORENO*

Resumen: Desde los años noventa, ciertos países de América Latina liberalizaron y privatizaron el sector de los servicios públicos. Como consecuencia, se pasó del Estado empresario al Estado regulador, el cual era tradicionalmente entendido como un modelo de regulación para la competencia, centrado principalmente en objetivos económicos. Sin embargo, la realidad socioeconómica de los países de América Latina, en particular Colombia, demuestra que la competencia no es la única prioridad, sino que la regulación en los servicios públicos también debe atender a la consecución de objetivos sociales. Los objetivos públicos son el pilar de la intervención del Estado, entendido esto como objetivos económicos y sociales.

Palabras clave: servicios públicos – Estado regulador – América Latina – Colombia – competencia – objetivos públicos

Abstract: Since the 1990s, several countries in Latin America liberalized and privatized the public utilities business. As a consequence, there was a transit from the Entrepreneur State to the Regulatory State, the latter being traditionally understood as a model of regulation for competition, with a mayor concern only on economic objectives. Notwithstanding, the socioeconomic reality of Latin American countries, in particular Colombia, presented the fact that competition cannot be the only priority, and that regulation of the public utilities business must also achieve social objectives. Public purposes, understood as economic and social objectives, are the cornerstone of State intervention.

Key words: public utilities – Regulatory State – regulation – Latin America – Colombia – competition – public purposes

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. ESTADO EMPRESARIO.– III. REGULACIÓN PARA LA COMPETENCIA.– IV. REGULACIÓN PARA LOGRAR LOS OBJETIVOS PÚBLICOS.– IV.1.– ESTADO MIXTO COMO CONDICIÓN PREVIA.– IV.2. LOS OBJETIVOS PÚBLICOS COMO PILAR DE LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: CONCEPTO PRECISO DE INTERÉS GENERAL.– IV.2.1. LOS OBJETIVOS PÚBLICOS COMO JUSTIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN.–

* Director del Departamento de Derecho Minero Energético de la Universidad Externado de Colombia. Ph.D. en Derecho por la Universidad de Lovaina (Bélgica), Máster en Derecho Económico por la Universidad de Lovaina (Bélgica), Especialista en Tributación por la Universidad de los Andes, Estudios de Regulación de Servicios Públicos en la Universidad de Florida (Estados Unidos), Abogado por la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: luis.moreno@uexternado.edu.co

I. INTRODUCCIÓN

Los servicios públicos en América Latina han evolucionado, desde los años noventa, de un modelo de Estado empresario a un modelo de regulación para la competencia; sin embargo, la realidad, en algunos países como Colombia, ha demostrado que la competencia no es el único objetivo a lograr, sino que ha habido otros objetivos económicos —como, por ejemplo, las economías de escala y otros objetivos sociales— que han llevado a los reguladores a equilibrar o a hacer prevalecer uno de ellos sin eliminar el otro objetivo. Los objetivos públicos, en el caso colombiano, son un concepto de interés general preciso porque se encuentran consagrados tanto en la Constitución como en las leyes en materia de los servicios públicos domiciliarios. Estos objetivos pueden entrar en conflicto o en tensiones que, desde el punto de vista del derecho constitucional, se han resuelto por el principio metodológico de la ponderación y la proporcionalidad. Sin embargo, desde el punto de vista del derecho administrativo (aunque la doctrina colombiana no se ha pronunciado sobre la aplicación de estos principios metodológicos en el caso del ejercicio regulatorio), consideramos que son útiles para tomar decisiones regulatorias cuando el regulador de los servicios públicos está frente a tensiones o conflictos entre objetivos públicos.

Para desarrollar lo anteriormente mencionado, en primer lugar haremos una descripción del Estado empresario. Luego, haremos un análisis de la propuesta de regulación para la competencia, para finalmente presentar lo que ha sido, en la realidad colombiana, la regulación para lograr objetivos públicos en materia de los servicios públicos.

II. ESTADO EMPRESARIO

En América Latina, en varios servicios públicos predominó el Estado empresario antes de los años noventa. Dicho Estado empresario absorbió, y aún absorbe, una gran cantidad de recursos públicos en los países que mantienen dicho modelo en ciertos sectores estratégicos. Es importante señalar que, antes de los años noventa, mientras que en América Latina predominaba el Estado empresario, en los países anglosajones prevalecía la tradición de la regulación de los monopolios. Constituyen muestra de lo anterior las teorías económicas anglosajonas que sustentaban la intervención del Estado y, en particular, la regulación en la existencia de los monopolios. En América Latina, ciertos países, por múltiples razones, liberalizaron y privatizaron ciertos sectores, incluyendo los servicios públicos. Dicha situación dio lugar al paso del Estado empresario al

Estado regulador. Incluso algunos países, aunque mantuvieron el Estado empresario en sectores estratégicos, fortalecieron la regulación, lo cual se orientó a regular mercados monopólicos de empresas públicas.

III. REGULACIÓN PARA LA COMPETENCIA

En América Latina, el paso del modelo de Estado empresario al modelo de Estado regulador nos enfrentó al reto de cómo se debía orientar esa función de regulación estatal, ya que no era una práctica generalizada en nuestros países antes de los años noventa. En los años noventa, muchos países de América Latina experimentaron procesos de transformación y reformas estructurales profundas que implicaron un cambio de modelo de Estado empresario a Estado regulador (Ariño Ortiz, 1996, pp. 61-65). Por supuesto, unos países hicieron estos cambios con una mayor rapidez y profundización que otros. Dentro de este nuevo modelo de Estado regulador quedaron involucrados, sin duda, los sectores considerados estratégicos por el Estado, como la minería, el petróleo, el gas, la infraestructura, las telecomunicaciones y los servicios públicos como la energía eléctrica, el transporte, el acueducto, el alcantarillado y el aseo, entre otros. Dichos servicios han sido liberalizados y privatizados en ciertos países de América Latina, unos en menor y otros en mayor grado.

Mientras tanto, en los países anglosajones (Estados Unidos e Inglaterra) se estaba profundizando la desregulación de los mercados, iniciada desde los años ochenta, dada la compleja regulación económica surgida como consecuencia del *crack* de depresión económica de 1929. Sin embargo, hay que reconocer que desde antes de esta fecha ya en estos países anglosajones se tenía tradición en regulación económica (Calvo García, 2005, p. 24; Viscusi & otros, 1998, p. 6). En lo que respecta a Europa continental, en esos años noventa se estaban dando los primeros pasos para pasar del Estado empresario al Estado regulador en el conjunto de los países de la Comunidad Europea.

Volviendo a América Latina, es importante señalar que, desde los años noventa, se impuso la aceptación de la idea de un modelo de regulación para la competencia (Ariño Ortiz, 1996, pp. 98-100). Por lo menos, así se admitió para sustentar la regulación de los servicios públicos, cuyos principios gravitan en los siguientes aspectos:

- Que la competencia es lo prioritario y la regulación es el medio imprescindible para aquella.
- La necesidad de un modelo que introdujera una mayor competencia y que permitiera ir reduciendo el papel de la regulación a medida que se fuera profundizando en la competencia y en la liberalización del mercado.

279

REGULACIÓN
PARA LOGRAR
LOS OBJETIVOS
PÚBLICOS: EL
CASO DE LOS
SERVICIOS
PÚBLICOS DE
COLOMBIA

REGULATION
FOR THE
ACCOMPLISHMENT
OF PUBLIC
PURPOSES: THE
CASE OF PUBLIC
UTILITIES IN
COLOMBIA

El modelo de la regulación para la competencia se centra realmente en objetivos económicos y no tiene en cuenta los objetivos sociales. Si bien es cierto que la competencia es lo prioritario y la regulación es el medio imprescindible para ello, también lo es que la realidad vivida en los países de América Latina desde los años noventa ha demostrado que la competencia no es la única prioridad, por cuanto existen otros objetivos de carácter económico y social que la regulación debe también atender. Se observa, por ejemplo, que países como Colombia han llegado a un alto grado de liberalización del mercado eléctrico, dirigiéndose hacia la libre competencia en el mercado mayorista y el mercado minorista. Sin embargo, el Estado ha asumido la expansión del servicio de electricidad a través de unos fondos públicos, ha regulado fuertemente la calidad del servicio público y ha mantenido los subsidios a las tarifas de electricidad de los usuarios, porque a través del mercado en competencia no se han logrado del todo ciertos objetivos públicos de carácter social.

Hay que reconocer que ciertos países de América Latina no establecen como objetivo público único la competencia, sino que contemplan una gama de objetivos públicos para la regulación de los servicios públicos. Como ejemplo de ello se puede mencionar la ley 142 de 1994 que regula los servicios públicos domiciliarios y la ley 143 de 1994 que regula el servicio público de energía eléctrica en Colombia. Lo mismo se puede observar en la Ley General Eléctrica del Salvador y en la ley 6 de 1997 de Panamá, etcétera. Todo lo anterior nos permite sustentar que lo que ha existido en la realidad de América Latina es un modelo de regulación para alcanzar o lograr los objetivos públicos y no un modelo de regulación para la competencia.

IV. REGULACIÓN PARA LOGRAR LOS OBJETIVOS PÚBLICOS

La regulación basada en los objetivos públicos no solo es una realidad en América Latina, sino que es también «una fórmula adecuada para responder a las condiciones socioeconómicas de cada país, y cuya implementación ha dependido de la voluntad política y del nivel de exigencia de la sociedad» (Moreno, 2012, p. 359). Sobre todo, se trata de una modalidad que puede existir dentro del marco de la coexistencia entre libertad económica (libre empresa y libre competencia) e intervención estatal. En los apartados siguientes demostraremos que la regulación basada en los objetivos públicos debe ser lo predominante en América Latina. Esto se debe a que existe una preponderancia del Estado mixto en las Constituciones como condición previa y a que los objetivos públicos son un pilar de la intervención del Estado, en particular de la regulación de los servicios públicos.

IV.1. Estado mixto como condición previa

El Estado de derecho, en la mayor parte de los países de América Latina, es un Estado mixto, donde se admiten simultáneamente principios propios del Estado liberal y principios propios del Estado intervencionista (Julio Estrada, 2002, p. 171-198). Dichos principios se encuentran, en todo caso, limitados y enmarcados por la Constitución y las leyes. Del primero, esto es, el Estado liberal, prevalecen los siguientes principios: la autonomía privada, la libertad económica (los particulares pueden hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido), la igualdad, y la propiedad privada, entre otros. Del segundo, esto es, del Estado intervencionista, sobresalen los siguientes principios: la dirección de la economía corresponde al Estado, la reserva del Estado de sectores estratégicos por medio de la ley, el interés general, la búsqueda del bien común, y la función social y ecológica de la propiedad privada.

Así, en el debate político, económico y social actual ya no se discute sobre la necesidad o no de la intervención del Estado (Rivero Ortega, 1999, p. 41), sino únicamente sobre las modalidades, actores, razones, objetivos, lugares, momentos y límites de esta intervención. Las libertades económicas, presupuesto básico para que exista mercado, deben coexistir con el Estado con el fin de lograr el bien común, pues, como ya lo ha demostrado la historia, la libertad económica sin el Estado podría ser una fuente de arbitrariedades y abusos en el mercado y el Estado sin las libertades económicas es la ineficacia absoluta. Se reitera, entonces, lo siguiente: lo que se debate no es la intervención del Estado considerada en sí misma, sino los instrumentos jurídicos de dicha intervención, sus límites y hasta dónde se deben limitar las libertades económicas.

En el pasado, es decir, antes de los años noventa, se recurrió a instrumentos jurídicos tales como la planificación y el Estado empresario. En nuestros días se imponen nuevos instrumentos jurídicos de intervención, tales como la regulación, la vigilancia y el control del mercado, con el fin de lograr los objetivos públicos de interés general. De ahí entonces que el Estado mixto, donde converjan la libertad económica y la intervención del Estado, es un presupuesto o una condición previa para orientar la regulación de los servicios públicos hacia los objetivos públicos (Moreno, 2012, pp. 231-232).

IV.2. Los objetivos públicos como pilares de la regulación de los servicios públicos: concepto preciso de interés general

El concepto de objetivo público se puede desmembrar así: el término «objetivo», que hace referencia a un fin, un propósito o una finalidad, y la palabra «público», que hace referencia al pueblo en su conjunto,

es decir, a toda la colectividad. Dicho concepto hace referencia a los fines, propósitos, obligaciones y principios de interés general o público que complementan el mercado. En ese sentido, el Estado ha tenido la función de garantizarlos, y los particulares, la de aplicar o sujetarse al cumplimiento de dichos objetivos públicos. Por ello, es importante analizar cuáles son esos objetivos públicos y cómo se resuelven las múltiples tensiones entre esos objetivos públicos.

IV.2.1. Los objetivos públicos como justificación de la regulación

Los objetivos públicos responden a la pregunta de por qué regular o para qué regular. Las doctrinas económicas justifican la existencia de la regulación por los fallos del mercado, mientras que las doctrinas jurídicas justifican la existencia de la regulación en el interés general, en el bien común y en la prevalencia del orden público. Sin embargo, definitivamente, a nuestro juicio, el concepto de interés general o público y de bien común se concreta en los objetivos públicos. La doctrina jurídica en América Latina sostiene que la regulación para la consecución de objetivos públicos permite «la eficiencia en la distribución de bienes y servicios, con el objeto de lograr la satisfacción de las necesidades básicas de las personas, cuando el mercado no es capaz de lograrlo plenamente, de manera libre y espontánea» (Hernández-Mendible, 2011). Es importante citar también la doctrina europea, que fundamenta la regulación en una lista de objetivos públicos que debe alcanzar. En palabras de Marcou, «la regulación moderna tiene por objetivo favorecer el funcionamiento del mercado y no de sustituirlo para alcanzar los objetivos públicos» (Marcou, 2009, p. 33) Como se puede evidenciar, tanto en Europa, como en América Latina, la regulación se fundamenta en la necesidad de alcanzar los objetivos públicos.

Lo recién mencionado no supone desconocer que los fallos de mercado son también, hoy en día, fundamentos de la regulación aceptada por la doctrina jurídica y, en particular, por la jurisprudencia, como sucede en Colombia con la Sentencia C-150 de 2003 de la Corte Constitucional, la cual acepta las fallas del mercado como una justificación para regular los servicios públicos. De ahí que nos preguntemos si son las fallas del mercado o es el alcance de los objetivos públicos lo que justifica la regulación de los servicios públicos. A nuestro juicio, los dos términos no son excluyentes y se deben aplicar como complementarios, en el sentido de que, como se presentan fallas del mercado, es necesario que la normatividad trace los objetivos públicos que complementen el mercado con el fin de lograr una mayor seguridad jurídica. De esa manera, ese sincretismo o eclecticismo ayuda a configurar lo que es una regulación hacia objetivos públicos dadas las fallas del mercado en los servicios públicos.

Todo lo anterior nos ayuda a aterrizar la idea de que el término *objetivo público*, como pilar o finalidad de la regulación de los servicios públicos, es un concepto preciso de interés general, porque determina el camino a seguir o la ruta de la suma de las voluntades individuales que se plasman en una voluntad colectiva. Es decir, lo que se quiere como colectividad que sean los servicios públicos. Esto lo ha reconocido la Corte Constitucional de Colombia, que recoge una realidad, la regulación de los servicios públicos para lograr los objetivos públicos, en las sentencias C-150 de 2003, C-741 de 2003 y C-075 de 2006. En dichas sentencias se destaca que la regulación no solamente está para la corrección de las fallas del mercado y para lograr un adecuado funcionamiento del mercado, sino también para lograr objetivos o fines sociales. De ahí, entonces, que los objetivos públicos son objetivos económicos y objetivos sociales

REGULACIÓN
PARA LOGRAR
LOS OBJETIVOS
PÚBLICOS: EL
CASO DE LOS
SERVICIOS
PÚBLICOS DE
COLOMBIA

REGULATION
FOR THE
ACCOMPLISHMENT
OF PUBLIC
PURPOSES: THE
CASE OF PUBLIC
UTILITIES IN
COLOMBIA

A. Objetivos económicos

Dentro de la perspectiva de que los objetivos económicos de la regulación buscan que haya un normal funcionamiento del mercado, se insertan ciertos objetivos específicos. En primer lugar, están los que provienen de la Constitución Política, tales como los siguientes: lograr condiciones de competencia donde sea posible la racionalización y la distribución equitativa de las oportunidades, la competitividad, la productividad (artículo 334), la prestación eficiente del servicio a todos los habitantes (artículo 365) y un régimen tarifario que tendrá en cuenta los criterios de costo. Y, en segundo lugar, los provenientes de las leyes 142 y 143 de 1994 que serían los siguientes: libre competencia, la prestación eficiente, el uso no abusivo de la posición dominante, la obtención de economías de escala verificables, la satisfacción de la demanda según criterios de economía y viabilidad financiera, y la operación eficiente.

B. Objetivos sociales

En relación con los objetivos sociales de la regulación, se hace referencia a aspectos no económicos, pero que de una u otra forma tienen incidencia en lo económico. Podemos mencionar como objetivos sociales provenientes de la Constitución Política los siguientes: el deber de garantizar la universalidad de la cobertura y la calidad en la prestación de los servicios públicos (artículo 367) y el deber de garantizar los derechos y deberes de los usuarios (artículo 369). Ahora bien, como objetivos sociales provenientes de las leyes 142 y 143 de 1994 se pueden señalar los siguientes: la cobertura, la calidad, la atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de servicios públicos, los mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión, y el régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos (régimen tarifario que tendrá en cuenta

no solamente los criterios de costo, sino también los de solidaridad y redistribución del ingreso).

Como se puede observar, en países como Colombia los objetivos públicos consagrados en la Constitución y en las leyes de los servicios públicos domiciliarios son un concepto preciso de interés general. Se puede también concluir que, en este país, se establecen ciertos objetivos económicos y ciertos objetivos sociales que pueden generar tensiones entre ellos en el ejercicio regulatorio, como se verá enseguida.

IV.2.2. Tensiones entre los objetivos públicos: la ponderación y la proporcionalidad

Entre los objetivos públicos, en el mercado de energía eléctrica de Colombia:

[...] se producen diversas tensiones, principalmente entre los objetivos sociales y los objetivos económicos, como por ejemplo, entre equidad y eficacia; o entre seguridad y libre competencia; o entre suministro o cobertura en el marco de un uso racional y eficiente de los recursos energéticos y la satisfacción de la demanda según criterios de economía y viabilidad financiera; o bien de manera general, entre la libre competencia y los demás objetivos. De igual forma, también se presentan múltiples tensiones entre los diversos objetivos económicos, como sería entre la libre competencia y la obtención de economías de escala verificables (Moreno, 2012, p. 373).

Todas estas tensiones y conflictos se tienen que resolver, por parte del regulador, mediante la utilización de los principios metodológicos de ponderación y de proporcionalidad, aceptados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional desde la Sentencia C-022 de 1996, y reconocidos por la doctrina constitucional colombiana (Bernal Pulido, 2003, p. 587).

«En algunos casos es posible que una decisión regulatoria logre equilibrar varios objetivos, pero si ello no ocurre, la solución será entonces preferir el objetivo de mayor importancia» (Moreno, 2012, p. 375), sin eliminar los otros, solo restringirlos.

En tal caso [como lo señalamos anteriormente] sería necesario realizar compensaciones en relación con el objetivo restringido. Aunque en teoría, todo sería válido, en la práctica la aplicación de estas reglas no es tan simple, porque existen ciertos aspectos que necesariamente deben tenerse en cuenta, como por ejemplo los factores políticos, las estrategias de los grupos de presión, la ideología de quienes toman las decisiones, etcétera. Así entonces, la única cosa que podemos afirmar con certeza es que los instrumentos más adecuados para dirimir los conflictos entre

los objetivos públicos, cuandoquiera que estos se presenten, son la ponderación y la proporcionalidad (Moreno, 2012, p. 375)

Debemos precisar que la premisa de la cual partimos es que las tensiones y conflictos que se presentan entre los objetivos públicos se dan debido a que estos están tan estrechamente ligados entre sí que se producen colisiones entre ellos. Además, partimos de otra premisa: la toma de decisiones del Estado (y, en particular, el ejercicio regulatorio) es la que ocasiona las tensiones y conflictos entre los objetivos públicos. Esto es así en tanto que la toma de decisiones regulatorias generalmente implica contraponer el cumplimiento de uno o varios objetivos públicos en particular, en detrimento de otro u otros (Moreno, 2012, pp. 375-376).

Esta complejidad se ve más claramente en el seno de las comisiones de regulación de los servicios públicos en Colombia, porque dichas entidades, en su ejercicio regulatorio, permanentemente están ante decisiones regulatorias en donde se presentan conflictos y tensiones entre objetivos económicos o entre objetivos sociales, o entre objetivos económicos y sociales. De ahí que las comisiones de regulación tienen el gran reto de tomar decisiones racionales en donde deben lograr el equilibrio entre objetivos. Pero, si esto no es posible, deben hacer prevalecer un objetivo, preferiblemente sin eliminar el otro objetivo público, sino más bien tratando, en lo posible, de restringirlo sin eliminarlo. Definitivamente, la ponderación o la proporcionalidad en las actuaciones administrativas regulatorias es uno de esos temas que imponen desafíos y es el mejor camino para tomar decisiones en materia de regulación cuando se está frente a tensiones entre objetivos públicos. Ya la razonabilidad (principio de ponderación o proporcionalidad) en las decisiones administrativas ha sido aceptada en el derecho administrativo (Boulin Victoria, 2014, pp. 74-103; Sarmiento Ramírez-Escudero, 2007).

285

REGULACIÓN
PARA LOGRAR
LOS OBJETIVOS
PÚBLICOS: EL
CASO DE LOS
SERVICIOS
PÚBLICOS DE
COLOMBIA

REGULATION
FOR THE
ACCOMPLISHMENT
OF PUBLIC
PURPOSES: THE
CASE OF PUBLIC
UTILITIES IN
COLOMBIA

V. CONCLUSIONES

1. Teniendo en cuenta los anteriores argumentos, la regulación para la competencia no puede ser el único argumento para la regulación de los servicios públicos, en general, en América Latina y, en particular, en Colombia.
2. En efecto, lo que prima y debe primar en materia de los servicios públicos es la regulación para lograr los objetivos públicos. Estos pueden ser objetivos económicos u objetivos sociales. Es entendible que, dentro de los objetivos públicos, pueden existir conflictos. Dichas tensiones se pueden, afortunadamente, resolver por el principio de ponderación o proporcionalidad, que ya ha venido siendo aceptado por el derecho administrativo y

que, por supuesto, se puede aplicar en el derecho regulatorio como una de las ramas de aquel.

3. Con todo, la regulación de los servicios públicos no solamente busca lograr el normal funcionamiento del mercado, por las fallas que se pueden presentar en este (como, por ejemplo, el monopolio, las externalidades negativas o la falta de competencia), sino también conseguir los objetivos sociales. Esto va a depender mucho de las condiciones y realidades de cada servicio público. Con todo lo dicho hasta el momento, podemos considerar al concepto de objetivos públicos como un concepto preciso de interés público o general en materia de regulación de los servicios públicos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Ariño Ortiz, Gaspar (1996). *La regulación económica. Teoría y práctica de la regulación para la competencia*. Buenos Aires: Ábaco.

Asamblea Legislativa de la República de El Salvador (1996). Ley General Eléctrica del Salvador. Decreto 843. *Diario Oficial*, 201(333), 25 de octubre.

Asamblea Legislativa de la República de Panamá (1997). Ley 6 por la cual se dicta el Marco Regulatorio e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad. *Gaceta Oficial*, 23220(5 de febrero).

Bernal Pulido, Carlos (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Boulin Victoria, Ignacio A. (2014). *Decisiones razonables*. Buenos Aires: Marcial Pons.

Calvo García, Manuel (2005). *Transformaciones del Estado y del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Congreso de la República de Colombia (1994a). Ley 142 de 1994. *Diario oficial*, 41433(11 de julio).

Congreso de la República de Colombia (1994b). Ley 143 de 1994. *Diario oficial*, 41434(12 de julio).

Constitución Política de Colombia (1991).

Corte Constitucional de Colombia (1996). Sentencia C-022/96. Expediente D-10008. 23 de enero.

Corte Constitucional de Colombia (2003a). Sentencia C-150/03. Expediente D-4194. 25 de febrero.

Corte Constitucional de Colombia (2003b). Sentencia C-741/03. Expediente D-4405. 28 de agosto.

Corte Constitucional de Colombia (2006). Sentencia C-075/06. Expediente D-5747. 8 de febrero.

Hernández-Mendible, Victor (2011). La regulación para la consecución de objetivos de interés general en el Estado de Garantía de Prestaciones. En Juan de la Cuétara & otros (coords.), *Derecho administrativo y regulación económica. Liber Amicorum Gaspar Ariño Ortiz*. Madrid: La Ley.

Julio Estrada, Alexei (2002). Economía y ordenamiento constitucional. En Homero Cuevas (dir.), *Teorías jurídicas y económicas del Estado* (pp. 171-199). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Marcou, Gérard (2009). La regulación y los servicios públicos. Las enseñanzas del derecho comparado. En Gérard Marcou y Franck Moderne (dirs.), *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional. Tomo I: Comparaciones y comentarios*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Moreno, Luis Ferney (2012). *Regulación del mercado de energía eléctrica en América Latina: la convergencia entre libre competencia e intervención estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Rivero Ortega, Ricardo (1999). *Introducción al derecho administrativo económico*. Salamanca: Ratio Legis.

Sarmiento Ramírez-Escudero, Daniel (2007). *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Viscusi, Kip & otros (1998). *Economics of regulation and antitrust*. Segunda edición. Cambridge: The MIT Press.

Recibido: 29/02/2016

Aprobado: 18/04/2016

Naturaleza y funciones de la «Comisión Reguladora de Energía» tras la reforma energética

«Energy Regulatory Commission»: Character and functions after energy reform

PAOLO SALERNO*

Resumen: La reforma energética mexicana, de diciembre de 2013, ha representado un cambio radical en la estructuración del sector, el cual ha pasado de ser un monopolio público a un mercado de libre competencia. El presente artículo tiene como objetivo analizar las atribuciones y la naturaleza jurídico administrativa que se ha concedido a la Comisión Reguladora de Energía (CRE) tras el cambio normativo, dado que este, en calidad de organismo regulador del sector, tendrá un rol fundamental en la correcta implementación de la misma. El problema central de la cuestión reside en corroborar si se ha dotado a la CRE de los correctos instrumentos jurídicos para desenvolver su función de forma autónoma y transparente.

Palabras clave: organismo regulador – sector energético – Comisión Reguladora de Energía – mercados regulados – libre competencia – organismos administrativos

Abstract: The Mexican energy reform in December 2013 has represented a radical change in the structure of the sector, which has grown from a public monopoly to a competitive market. This article aims to analyze the attributions and the legal and administrative nature which has been granted to the Energy Regulatory Commission (CRE) after the normative change that will play a key role in the correct implementation thereof. The nodal problem is to confirm if the CRE has being given the correct legal instruments to develop its function autonomously and transparently.

Key words: regulatory body – energy sector – Energy Regulatory Commission – regulated markets – free competition – administrative bodies

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA COMISIÓN REGULADORA DE ENERGÍA.– III. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA COMISIÓN REGULADORA DE ENERGÍA COMO ORGANISMO COORDINADO EN MATERIA ENERGÉTICA.– III.1. PLANO ORGÁNICO Y RÉGIMEN ECONÓMICO FINANCIERO.– III.2. PLANO FUNCIONAL Y RÉGIMEN PERSONAL.– IV. CONSIDERACIONES FINALES.– V. BIBLIOGRAFÍA.

* Profesor visitante a tiempo completo del Instituto Tecnológico de México (ITAM) investigador del Centro ITAM Energía y Recursos Naturales (CERN). Un especial agradecimiento a Diana Laura Hernández Díaz por la revisión de la forma de este artículo y al investigador Luis Fuentes por la ayuda en la búsqueda de la bibliografía. Un agradecimiento también para los dos dictaminadores anónimos que han tenido la paciencia de revisar mi artículo y darme valiosos consejos para su mejora. Correo electrónico: paolo.salerno@itam.mx

I. INTRODUCCIÓN

La reforma energética mexicana, de diciembre de 2013, cambió el escenario sectorial del país de forma muy importante y radical en lo que corresponde especialmente al sector eléctrico. Se ha pasado de un monopolio público a un mercado de libre competencia, por lo menos en las actividades de generación y comercialización de la energía eléctrica¹. Uno de los elementos claves para la correcta implementación y éxito de un mercado de libre competencia es averiguar si las atribuciones y competencias que va a tener el organismo regulador, en este caso la Comisión Reguladora de Energía (CRE) para el sector eléctrico, son lo suficientemente fuertes como para poder garantizar de forma contundente la implementación del libre mercado.

El propósito de este artículo es constatar si en realidad el organismo regulador mexicano tiene, desde el punto de vista legal, los instrumentos adecuados para poder normar de forma contundente y autónoma en este nuevo escenario. Para lograr este propósito, el artículo está compuesto de tres partes: la primera (II) hace una breve recapitulación histórico jurídica de la situación y las funciones de la CRE antes de la reforma; la segunda (III) se ocupa de averiguar si la nueva regulación ha dotado a este organismo de los instrumentos jurídicos para poder desenvolver su función de manera adecuada. En este apartado se toma en cuenta las observaciones exteriorizadas recientemente por los expertos mexicanos con respecto a las competencias que debería tener la CRE en calidad de organismo regulador independiente, para averiguar si la reforma en materia las contempla o no. Asimismo, se considera experiencias internacionales previas en el sector para poder comprobar cuáles elementos se han implementado efectivamente y cuáles se deberían emplear para conseguir un organismo regulador fuerte e independiente. Por último (IV), se presentan algunas consideraciones sobre lo analizado de cara al futuro.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA COMISIÓN REGULADORA DE ENERGÍA

El sector eléctrico mexicano, hasta 1992, no había tenido una necesidad real de incorporar en su estructura un organismo regulador debido a que se trataba de un monopolio público absoluto. En otras palabras, los actores del sector privado no tenían posibilidad alguna de producir energía eléctrica. Esta situación cambió tras la reforma llevada a cabo por el entonces presidente Salinas de Gortari. Dicha reforma permitió, desde 1992, a los actores del sector privado producir energía eléctrica, aunque

¹ El artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917) prevé que la transmisión y la distribución de la energía eléctrica quedarán a cargo de las Empresas Productivas del Estado, en este caso, la Comisión Federal de Electricidad (CFE).

solo en un restringido número de casos, expresamente enumerados en la ley².

Junto con la entrada de los agentes privados en el sector, el legislador decidió introducir una nueva figura jurídico administrativa en el mismo y en la estructura de la Administración Pública Federal mexicana: la CRE. La *ratio* que está a la base de esta decisión se encuentra en el transitorio tercero de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica de 1992, el cual afirmaba lo siguiente:

Para una mejor atención y eficiente despacho de los asuntos de la competencia de la Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal en materia de regulación de energía, el Ejecutivo Federal dispondrá la constitución de una Comisión Reguladora de Energía, como órgano desconcentrado de la citada Dependencia, con facultades específicas para resolver las diversas cuestiones que origine la aplicación de esta Ley o la de otros ordenamientos relacionados con los aspectos energéticos de todo el territorio nacional. Al crearse dicho órgano se establecerán, con arreglo a esta disposición, su estructura, organización y funciones, así como la participación de otras dependencias involucradas, para el adecuado cumplimiento de sus fines (Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, 1992).

El organismo que se creó a raíz del mandato legal (Presidencia de la República, 1993) tuvo fundamentalmente el rol de consulta y apoyo de la Secretaría de Energía, excluyendo así facultades de resolución o la posibilidad de regular por su cuenta³. Estas atribuciones son propias,

NATURALEZA Y
FUNCIONES DE
LA «COMISIÓN
REGULADORA DE
ENERGÍA» TRAS
LA REFORMA
ENERGÉTICA

«ENERGY
REGULATORY
COMMISSION»:
CHARACTER AND
FUNCTIONS AFTER
ENERGY REFORM

2 En la reforma de 1992 a la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, se separó en dos áreas la producción de la energía eléctrica en México. La primera era la producción para el Servicio Público y quedaba fijamente en mano del Estado a través de la Comisión Federal de Electricidad (CFE). La segunda modalidad era la producción eléctrica que no se consideraba servicio público y que podría ser desarrollada por parte del sector privado. En este sentido el artículo 3 de aquella ley de 1992 preveía lo siguiente:

«No se considera servicio público:

- I.— La generación de energía eléctrica para autoabastecimiento, cogeneración o pequeña producción;
- II.— La generación de energía eléctrica que realicen los productores independientes para su venta a la Comisión Federal de Electricidad;
- III.— La generación de energía eléctrica para su exportación, derivada de cogeneración, producción independiente y pequeña producción;
- IV.— La importación de energía eléctrica por parte de personas físicas o morales, destinada exclusivamente al abastecimiento para usos propios; y
- V.— La generación de energía eléctrica destinada a uso en emergencias derivadas de interrupciones en el servicio público de energía eléctrica.» (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 1992).

3 En este sentido resulta sumamente ilustrativo el artículo 3 del citado decreto, el cual hace elenco de las funciones que tenía que desenvolver la CRE, las cuales, como se puede apreciar, son solo de apoyo y consulta:

«Para cumplir con las responsabilidades a que se refiere el artículo anterior, la Comisión Reguladora de Energía tendrá las siguientes atribuciones:

- I.— Realizar las actividades que le señale la Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal en materia de regulación de energía eléctrica, salvo aquellas que por disposiciones legales

como se analizará más adelante, de un organismo de regulación independiente.

Esta situación se mantuvo inalterada hasta el año 1995, año durante el cual se dio otra reforma al marco jurídico del artículo 27 de la Constitución mexicana, en la rama del gas natural (Congreso General de los Estados

o reglamentarias se le atribuyan expresamente al titular de dicha Secretaría o alguna de sus unidades administrativas;

- II.— Realizar estudios, trámites y otras actividades que le encomiende la Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal, derivadas de la aplicación del Artículo 27 Constitucional y sus disposiciones reglamentarias en la rama de energía eléctrica, excepto aquellas actividades reservadas al titular de dicha dependencia o a cualesquiera de sus unidades administrativas;
- III.— Opinar sobre los criterios y lineamientos que permitan dar unidad y congruencia a los programas y acciones del Gobierno Federal en materia de regulación de energía;
- IV.— Elaborar estudios sistemáticos para la revisión del marco normativo que rige la actividad del sector energético; proponer las adecuaciones, modificaciones y actualizaciones de las normas, reglas y procedimientos administrativos que resulten pertinentes;
- V.— Promover, en coordinación con las entidades paraestatales competentes y con los particulares, el desarrollo de actividades encaminadas a la formación de recursos humanos de alto nivel en materia de energía eléctrica;
- VI.— Actuar como órgano auxiliar técnico y consultivo de la Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal en materia de energía eléctrica;
- VII.— Opinar sobre el programa sectorial de energía eléctrica, así como sobre sus adecuaciones, y los programas regionales y especiales relacionados con el sector de energía eléctrica;
- VIII.— Opinar sobre el otorgamiento de permisos para autoabastecimiento, cogeneración, producción independiente, pequeña producción y generación para exportación e importación de energía eléctrica;
- IX.— Evaluar y comparar los niveles de eficiencia técnica en la operación de plantas generadoras de energía eléctrica de las entidades paraestatales y los particulares;
- X.— Ejercer las facultades de regulación y supervisión a fin de que, en la prestación del servicio público de energía eléctrica, se aproveche aquella que resulte de menor costo para la Comisión Federal de Electricidad y ofrezca la mayor estabilidad, calidad y seguridad, en los términos de las disposiciones legales y reglamentarias aplicables;
- XI.— Participar en la realización de los estudios relativos al establecimiento de los precios y tarifas de los productos y servicios relacionados con la energía eléctrica, su ajuste, modificación o reestructuración a fin de promover la eficiencia y la competitividad del sector, así como aquéllos sobre el comportamiento de los precios y tarifas de energía eléctrica y evaluar el impacto de los mismos en la economía nacional;
- XII.— Aprobar los criterios para la determinación de los cargos por los servicios de transmisión que la Comisión Federal de Electricidad proporcione a los particulares, así como aquellos para determinar las modalidades aplicables a las tarifas por la capacidad de respaldo que el organismo preste a los mismos;
- XIII.— Supervisar el cumplimiento de los contratos de adquisición de capacidad y de energía eléctrica celebrados entre los permisionarios y la Comisión Federal de Electricidad;
- XIV.— Fungir como instancia conciliadora en las controversias que surjan entre las empresas permisionarias entre sí, o entre estas y la Comisión Federal de Electricidad, y en su caso, emitir resolución arbitral en los términos de la legislación aplicable;
- XV.— Conocer y atender para fines de conciliación y arbitraje, en su caso, las quejas y reclamaciones de los usuarios del servicio público de energía eléctrica;
- XVI.— Realizar un inventario de los recursos en materia de energía eléctrica de la nación, así como estudiar el óptimo aprovechamiento de los mismos;
- XVII.— Participar con las dependencias y unidades administrativas competentes en la formulación de las normas relativas al sector de energía eléctrica, en materia de equilibrio ecológico y protección al ambiente;
- XVIII.— Proponer, para aprobación superior, los proyectos de normas oficiales mexicanas en materia de energía eléctrica, tomando en cuenta los planteamientos de las unidades administrativas de la Secretaría, así como participar en los comités de normalización respectivos, de conformidad con la Ley Federal sobre Metrología y Normalización;
- XIX.— Actuar en coordinación con las unidades administrativas de la Secretaría, y
- XX.— Las demás que le confieran las disposiciones legales o le señale el Secretario de Energía, Minas e Industria Paraestatal» (Presidencia de la República, 1993).

Unidos Mexicanos, 1995a), que afectó también a la CRE. En este sentido, el artículo 16 del decreto citado de reforma constitucional prevé que la Secretaría de Energía tendrá que implementar la misma a través de una ley que incluya la participación del organismo desconcentrado creado en 1993. Esto conllevó a que el legislador tomara la decisión de expedir una ley específica de la Comisión Reguladora de Energía (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 1995b).

La norma legal presenta una serie de aspectos centrales para la evolución de este organismo. Así el artículo 1 prevé que se le conceda «[...] autonomía técnica y operativa en los términos de la Ley» (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 1995b). Esta innovación representa un primer paso hacia adelante en la autonomía del mencionado organismo. En efecto, su función pasa de ser un simple consultor de la Secretaría de Energía a un organismo con facultades de decisión independientes. En esta línea, se amplían también sus atribuciones, permitiendo que regule y controle algunos aspectos tanto del sector eléctrico —por ejemplo, «[a]probar las metodologías para el cálculo de las contraprestaciones por la adquisición de energía eléctrica que se destine al servicio público» (artículo 3, apartado IV)— como del sector del gas natural —por ejemplo, «[a]probar los términos y condiciones a que deberá sujetarse la prestación de los servicios de transporte y distribución de gas licuado de petróleo por medio de ductos» (artículo 3, apartado IX)—. Estas prerrogativas, y todas las demás incluidas en la ley, representaron un primer paso para ir dotando la Comisión Reguladora de Energía de funciones propias de un organismo regulador independiente. Esto resulta ser un elemento determinante al momento de proporcionar al sector de un instrumento que garantizara más transparencia e imparcialidad en la toma de decisiones, en este caso técnicas (Páramo Fernández, 1997, p. 161).

La última e importante reforma de la CRE, antes de la actual regulación, fue la que se produjo como consecuencia de los cambios en el sector energético en el año 2008 bajo la presidencia del entonces presidente Calderón (José María Lujambio Irazábal ha realizado el mejor estudio sobre esta reforma, Lujambio Irazábal, 2013; véase también otro excelente estudio relativo a todo el sector eléctrico, Rosenzweig Mendialdua, 2007).

En esta línea, el decreto de reforma de la CRE (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 2008) introdujo importantes novedades, entre las cuales se pueden destacar, siguiendo la estructura propuesta por Lujambio Irazábal (2013, p. 9), las siguientes: (1) la ampliación de la autonomía orgánica de la CRE, la cual pasa de ser técnica y operativa a «técnica, operativa, de gestión y de decisión» (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 2008, artículo 1); (2) se faculta la CRE

a contar con sus unidades administrativas y servidores públicos para desenvolver sus actividades (artículo 4), lo cual llevará a la posibilidad de expedir un propio reglamento de organización interno —reglamento que la propia Comisión Reguladora de Energía expidió muchos años después (2011)—; y (3) la posibilidad de interpretar y aplicar para efectos administrativos su propia ley (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 2008, artículo 13).

Como se puede notar, la trascendencia de la reforma es grande, dado que se da otro paso en adelante para dotar al organismo regulador de más poderes, autonomía y funciones. De todos modos, a pesar de eso y de ser esta la base sobre la cual se ha trabajado para la actual estructuración de la Comisión Reguladora de Energía, se tiene que tener en cuenta que la misma ha operado siempre bajo un esquema sustancialmente de monopolio público, en el cual se insertaba a los agentes privados bajo esquemas muy precisos y regulados en las leyes. En 2013 todo esto cambió de forma radical en la medida en que la última reforma energética, como se analizará en seguida, rompió con el esquema de monopolio público para diseñar un mercado de libre competencia en el sector energético.

Antes de la reforma, la doctrina mexicana se había preguntado cuáles atribuciones se le hubieran tenido que otorgar a la CRE para que sea un organismo regulador independiente y fuerte. Ahora, tras el cambio de modelo, estas preguntas tienen aun más sentido y pertinencia. En esta línea Lujambio Irazábal subrayó dos aspectos claves: el primero es la elevación de la CRE a Organismo Constitucional Autónomo⁴, a la par de otros organismos como la Comisión Federal de Competencia Económica (COFEC); y, el segundo, la autonomía presupuestal, dando por hecho que esta implicaría también la personalidad jurídica propia (2013, p. 20). En sintonía con el autor citado y recogiendo las principales experiencias internacionales sobre la materia, Cortés Campos traza algunos elementos claves que, desde el punto de vista del derecho administrativo, los organismos reguladores que pretendan ser independientes deberían de presentar, elementos que pasamos a resumir: (a) en el plano orgánico, (1) personalidad jurídica y patrimonio propio, (2) estatuto propio, y (3) normas de creación; (b) en el plano funcional, (1) independencia/revisión de sus decisiones, (2) tipos de competencias (administrativas, normativas, jurisdiccionales), y (3) normas de creación propias; (c) en régimen personal, (1) sistema de nombramiento especial, (2) requisitos claros para el cargo y temporalidad del mismo, y (3) sistema de inhabilitaciones, incompatibilidades y remoción del cargo;

4 Los Organismos Constitucionales Autónomos son figuras sui generis del derecho administrativo mexicano. Estos presentan una autonomía total (personalidad jurídica, patrimonio propio, autonomía de gestión, técnica y de operación) y, sobre todo, no presentan una dependencia respecto de los poderes clásicos y encuentran su fundamento directamente en la Constitución. Para más detalle, véanse Pedroza de la Llave (2002) y Ugalde Calderón (2010).

(d) en el régimen económico y financiero, (1) sistema de determinación del presupuesto, (2) sistema de ejecución del presupuesto, y (3) sistema de control del presupuesto (2007, p. 198).

Las observaciones de estos dos reconocidos expertos mexicanos del sector serán la base sobre la cual se analizará la nueva regulación en materia, con la finalidad de averiguar si la misma realmente ha dotado la Comisión Reguladora de Energía de los instrumentos idóneos para poder desenvolver su rol de regulador de forma independiente y fuerte. Cabe resaltar, una vez más, la centralidad del rol de este organismo para la correcta implementación y funcionamiento de un mercado de libre competencia, en este caso el eléctrico. Una posible debilidad del mismo podría traer consigo efectos secundarios negativos como, por ejemplo, demasiada influencia por parte del Gobierno en sus decisiones o, peor, la imposición por parte de las empresas del sector de su voluntad a través de *lobbys* de poder que podrían distorsionar el mercado⁵.

295

NATURALEZA Y
FUNCIONES DE
LA «COMISIÓN
REGULADORA DE
ENERGÍA» TRAS
LA REFORMA
ENERGÉTICA

«ENERGY
REGULATORY
COMMISSION»:
CHARACTER AND
FUNCTIONS AFTER
ENERGY REFORM

III. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA COMISIÓN REGULADORA DE ENERGÍA COMO ORGANISMO COORDINADO EN MATERIA ENERGÉTICA

El decreto expedido el 20 de diciembre del 2013 por el presidente Peña Nieto representa uno de los más importantes que se han publicado a lo largo de la historia del sector energético en México (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 2013). Esta normativa ha cambiado totalmente la estructura del sector, tanto en hidrocarburos como en electricidad. Por lo que concierne a este estudio, el cambio más relevante a señalar, contenido en el artículo 28, párrafo octavo de la Carta Magna, es la constitución de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética, es decir, la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH) y la Comisión Reguladora de Energía (CRE). Estos, que siguen siendo parte de la Administración Pública Centralizada (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 1976, artículo 1, párrafo segundo), se estructurarán según las indicaciones de la Ley de los Organos Reguladores Coordinados en Materia Energética (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 2014; en adelante LORCME) y, a esos efectos, dejarán de ser organismos desconcentrados de la Secretaría de Energía.

La primera observación que se puede hacer, por lo tanto, es que, a pesar de los consejos expedidos por parte de la doctrina antes evidenciados, el Ejecutivo y el Legislativo han decidido no otorgar autonomía constitucional a estos organismos. Se ha optado, más bien, por reconocer

5 La experiencia internacional en este sentido es realmente muy amplia. Se puede pensar en la crisis del mercado eléctrico californiano o del problema del oligopolio en España, entre otros. Para profundizar en el tema, véanse, entre otros, Becker & otros (dirs.) (2009), Hunt & Shuttleworth (1996), y Duane (2002).

su existencia a nivel constitucional como Organismos Coordinados en Materia Energética, agrupándolos así en una única categoría, aunque las dos entidades desempeñen diferentes competencias⁶.

Al mismo tiempo, resulta oportuno aclarar desde ahora que, a pesar de haberse desvinculado de la supeditación que siempre habían tenido con respecto a la Secretaría de Energía en tanto organismos desconcentrados de la misma, siguen siendo una dependencia de la Administración Pública Federal y, por lo tanto, siguen estando de una forma o de otra en la esfera de subordinación del Ejecutivo Federal. Este dato es relevante en la medida en que frustra de forma contundente las ideas y los consejos de mejora regulatoria propuestos por Lujambio Irazábal para obtener un organismo regulador totalmente independiente de los otros poderes (2013, pp. 20-21). A pesar de esta primera consideración, la LORCME ha establecido una nueva estructura de los mismos y les ha conferido nuevas e importantes funciones. Siguiendo el esquema antes referido de Cortés Campos (2007, p. 198), para la perfecta síntesis de cuáles deberían ser las atribuciones que tendría que tener un organismo regulador independiente, por lo menos según la doctrina⁷, se analizará dicha regulación con la finalidad de observar cuál es el *statu quo* en el que se encuentra hoy en día la Comisión Reguladora de Energía.

III.1. Plano orgánico y régimen económico financiero

Aclarado que, finalmente, no se concedió a estos organismos autonomía a nivel constitucional, queda pendiente comprobar qué tipo de atribuciones se les ha conferido en el plano orgánico y bajo qué régimen económico en la nueva regulación. Resulta oportuno resaltar, desde ahora, que la CRE ya tenía previstas, en la legislación precedente, las facultades para expedir su reglamento interno y las normas administrativas de carácter general que se necesiten para desenvolver sus actividades en el sector (estas competencias han sido previstas, en la nueva regulación: LORCME, artículo 22). En lo que concierne al análisis de las otras atribuciones que se le han conferido, el artículo 3 de la LORCME prevé lo siguiente (el citado artículo 3 encuentra su fundamento en Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 2013, transitorio décimo segundo).

La CRE contará con autonomía técnica, operativa y de gestión, ya previstos también en la regulación anterior y, además, tendrá personalidad jurídica propia. Esta innovación resulta central, puesto

6 Las atribuciones específicas de la CNH están contempladas en el capítulo XIII, mientras que las de la CRE en el capítulo XIV de la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética (LORCME, 2014) y encuentran su fundamento en el transitorio décimo del «Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía» (2013).

7 En este sentido, la doctrina mexicana ha desarrollado un excelente estudio del cual Cortés Campos ha extraído ideas para elaborar su esquema. A nivel internacional destacan, entre otros, Ariño Ortiz & López de Castro (1998).

que, a través de la misma, la CRE responderá directamente por sus actos jurídicos y no necesitará de un organismo superior dotado de la misma que responda por aquellos. Esto comporta, en el plano administrativo, una desvinculación respecto de la Secretaría de Energía.

La CRE, en lo que corresponde a su régimen económico, podrá disponer de los ingresos derivados de los derechos y los aprovechamientos que se establezcan por los servicios que prestan conforme a sus atribuciones y facultades. En este caso, el legislador tomó una decisión única en su género, pues no existe otro organismo de la Administración Pública Centralizada que cuente con un régimen económico de este tipo.

De este modo, la CRE tendrá siempre una limitación en el desenvolvimiento de sus actividades, en la medida en que, suponiendo que los ingresos antes descritos no sean suficientes o no existan — como sucede en este momento, en el cual apenas está arrancando la nueva estructura del sector energético—, la misma tendrá que sujetarse al procedimiento previsto en la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria para elaborar y pedir su presupuesto y, cosa aun más grave para su autonomía, pasar por el control de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, según lo previsto en el artículo 30 de la LORCME⁸, para obtener la aprobación del mismo.

Es evidente que, en este caso, la falta de un presupuesto propio representa una grave limitación que se impone a la real autonomía del organismo⁹.

NATURALEZA Y
FUNCIONES DE
LA «COMISIÓN
REGULADORA DE
ENERGÍA» TRAS
LA REFORMA
ENERGÉTICA

«ENERGY
REGULATORY
COMMISSION»:
CHARACTER AND
FUNCTIONS AFTER
ENERGY REFORM

8 En este sentido, el artículo 3 de la LORCME prevé lo siguiente: «Los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética deberán sujetarse presupuestalmente a lo previsto en la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, sujetándose al margen de autonomía establecido en el presente artículo, que comprende las siguientes atribuciones:

- I. Aprobar sus anteproyectos de presupuesto y enviarlos a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para su integración al proyecto de Presupuesto de Egresos, observando los criterios generales de política económica y los techos globales de gasto establecidos por el Ejecutivo Federal;
- II. Ejercer las erogaciones que les correspondan conforme a lo aprobado en el Presupuesto de Egresos y a lo dispuesto en la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, y
- III. Llevar la contabilidad y elaborar sus informes conforme a lo previsto en la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, la Ley General de Contabilidad Gubernamental y demás disposiciones aplicables».

9 A nivel internacional, si se toma por ejemplo en consideración el caso de Europa, la legislación en materia relativa a los organismos reguladores no deja lugar a dudas sobre cuál tiene que ser su estructura para que sean independientes, presupuesto incluido. En esta línea la Directiva 2009/72/CE prevé lo siguiente: «4. Los Estados miembros garantizarán la independencia de la autoridad reguladora y velarán por que esta ejerza sus competencias con imparcialidad y transparencia. Con este fin, se asegurarán de que, al desempeñar las funciones reguladoras que le encomienda la presente Directiva y la legislación conexas, la autoridad reguladora: sea jurídicamente distinta y funcionalmente independiente de cualquier otra entidad pública o privada, su personal y los encargados de su gestión: actúen con independencia de cualquier interés comercial, y no pidan ni acepten instrucciones directas de ningún gobierno ni ninguna otra entidad pública o privada para el desempeño de sus funciones reguladoras. Este requisito se entenderá sin perjuicio de una estrecha cooperación con otros organismos nacionales pertinentes, cuando proceda, ni de las directrices de política general publicadas por el Gobierno que no guarden relación con las funciones reguladoras a que se refiere el artículo 37. 5. A fin de proteger la independencia de la autoridad reguladora, los Estados miembros se asegurarán especialmente de que: la autoridad reguladora pueda tomar decisiones autónomas, con independencia de cualquier órgano político y tenga dotaciones presupuestarias anuales separadas con autonomía en la ejecución del presupuesto asignado, así

Adicionalmente, a pesar de que, en las intenciones del Ejecutivo Federal mexicano, esta autonomía se daría dejando que la CRE administre los ingresos derivados de los derechos y los aprovechamientos que se establezcan (Subsecretaría de Enlace Legislativo y Acuerdos Políticos, 2014, p. 3), no queda muy claro cuánto sería la cantidad de la cual esta podría anualmente disponer. Tampoco queda claro cuáles podrían ser las limitaciones que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrían imponer a este organismo en caso necesitase más dinero del que haya obtenido a través de sus ingresos. Esta situación podría provocar serios problemas en la actuación, autonomía y crecimiento de la CRE.

El último elemento que presenta el artículo en análisis tiene que ver directamente con la autonomía del órgano regulador. Dicho órgano tendrá que coordinar con la Secretaría de Energía y demás dependencias mediante un Consejo de Coordinación del Sector Energético (LORCME, capítulo VI) a fin de que sus actos y resoluciones se emitan de conformidad con las políticas públicas del Ejecutivo Federal.

Como se ha subrayado ampliamente a lo largo de este artículo, la independencia de los organismos reguladores es fundamental (sobre la teoría de la captura del regulador, véase Tovar Landa, 2000). Ahora bien, la constitución de este Consejo de Coordinación evidencia dos aspectos claves: primero, la dependencia —y por dependencia en este caso se entiende también el concepto clave de subordinación— de la CRE en la estructura de la Administración Pública Centralizada respecto del Ejecutivo Federal; segundo, esta sujeción, que afecta a la autonomía del regulador, se concreta *de facto* en la imposición de implementar la política energética establecida por la Secretaría de Energía¹⁰. Esto se ve reforzado en la asignación de la presidencia de este Consejo al secretario de Energía¹¹.

como recursos humanos y financieros adecuados para el cumplimiento de sus obligaciones; los miembros del consejo de la autoridad reguladora o, a falta de un consejo, sus altos cargos directivos se nombren para un mandato fijo de entre cinco y siete años, renovable una sola vez» (Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea, 2009, artículo 35, párrafos 4 y 5).

¹⁰ El artículo 21 de la LORCME prevé lo siguiente: «El Consejo de Coordinación del Sector Energético tendrá, entre otras, las siguientes funciones:

- I. Dar a conocer a los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética la política energética establecida por la Secretaría de Energía;
- II. Emitir, en su caso, recomendaciones sobre los aspectos de la política energética y programas del Ejecutivo Federal a incluir en los programas anuales de trabajo de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética;
- III. Analizar, en su caso, las recomendaciones y propuestas de los Órganos Reguladores Coordinados sobre la política energética y programas del Ejecutivo Federal;
- IV. Establecer las reglas para su operación;
- V. Implementar sistemas de información compartida y de cooperación institucional; y
- VI. Analizar casos específicos que puedan afectar el desarrollo de las políticas públicas del Ejecutivo Federal en materia energética y proponer mecanismos de coordinación».

¹¹ Participan en este consejo, según lo que prevé el artículo 20 de la LORCME, el titular de la Secretaría de Energía, los comisionados presidentes de la CRE y de la CNH, los subsecretarios de Energía y los directores generales del Centro Nacional de Control de Gas Natural (CENAGAS) y del Centro Nacional de Control de Energía (CENACE).

Resulta, en este sentido, sumamente ilustrativo reportar la parte de la exposición de motivos de la Iniciativa del Decreto para la creación de la LORCME que se presentó ante el Senado, con la finalidad de entender mejor cuál sería el rol de este Consejo: «Al principio de este documento se señaló la creación de este Consejo, como la vía mediante la cual los órganos reguladores coordinados en materia energética habrán justamente de interrelacionarse con la Secretaría de Energía, a fin de que sus actos y resoluciones se emitan de conformidad con las políticas públicas que defina el Ejecutivo Federal» (Subsecretaría de Enlace Legislativo y Acuerdos Políticos, 2014, p. 8). A pesar de que debería tratarse solo de una interrelación, la LORCME no define claramente el alcance de la competencia de este Consejo, ya que habla de política energética en general. Además, se prevé expresamente que las resoluciones y actos de la CRE tienen que estar conformes con las políticas públicas del Ejecutivo Federal, lo cual patenta una clara intromisión del mismo en las operaciones del órgano regulador.

En definitiva, en lo que concierne a este apartado, se puede concluir que, a pesar de que la CRE tenga personalidad jurídica, el hecho de no haberle dado más autonomía, por ejemplo, a nivel constitucional así como el hecho de no haberle dado presupuesto propio representan límites importantes que tendrán que subsanarse en las próximas regulaciones.

III.2. Plano funcional y régimen personal

A diferencia de los problemas evidenciados relativos a autonomía y presupuesto, en lo que concierne al plano funcional y al régimen personal de los Comisionados, la LORCME presenta interesantes y muy acertados cambios. En primer lugar, en lo que corresponde al plano funcional (artículo 22), manteniendo como guía de base los lineamientos de la regulación anterior, la CRE presenta una autonomía en la toma de decisiones y en el poder de revisión. En este sentido, ella puede *ex ante* expedir *actos y resoluciones con autonomía técnica, operativa y de gestión, así como vigilar y supervisar su cumplimiento* (LORCME, artículo 22, párrafo primero); y, *ex post* tiene «la capacidad para resolver, a través de su Órgano de Gobierno, los recursos de reconsideración que se interpongan con motivo de sus atribuciones en contra de sus actos o resoluciones» (artículo 22, párrafo vigésimo quinto). Esta estructuración le permite operar con completa autonomía, por lo menos desde el punto de vista técnico, operativo y de gestión, teniendo además la capacidad para resolver los recursos de reconsideración de sus actos¹², lo cual libera a la CRE de cualquier tipo de dependencia con respecto a otros organismos.

¹² Es oportuno señalar que el artículo 27 de la LORCME prevé que las normas generales, actos u omisiones tendrán como único medio de impugnación el amparo indirecto, con suspensión de los mismos solo en caso de multa. Y, en lo que corresponde a las resoluciones emanadas de un procedimiento seguido en forma de juicio, solo se podrá impugnar la resolución final por violaciones

Pero, la verdadera novedad concierne al proceso de nombramiento, duración y remoción de los comisionados. En este sentido el cambio ha sido radical y positivo con respecto a la anterior regulación en materia: (a) de entrada, el hecho de que la CRE no sea un organismo desconcentrado de la Secretaría de Energía ha quitado el privilegio al secretario de Energía de proponer al titular del Ejecutivo cuáles comisionados nombrar (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 1995b, artículo 5); (b) atendiendo a las mejores prácticas nacionales¹³ e internacionales¹⁴, el legislador ha decidido proponer un cambio radical, mucho más transparente y democrático, en el nombramiento de los comisionados; (c) en este sentido, el capítulo III de la LORCME (el cual encuentra su fundamento en Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 2013, transitorio décimo tercero) prevé que el titular del Ejecutivo presentará una terna de candidatos al Senado, el cual, en los treinta días siguientes y avalado por dos terceras partes de los miembros presentes, tendrá que nombrarlo (LORCME, artículo 6). De igual forma será designado el comisionado presidente (artículo 7); (d) la duración del encargo de los comisionados es de siete años, prorrogable solo una vez (artículo 6), incluido el presidente (artículo 7) y se hará por periodos escalonados de siete años de sucesión anual (artículo 6); (e) en línea con cuanto se ha evidenciado en el apartado (a), la remoción de los comisionados tendrá reglas específicas y no será discrecional del titular del Ejecutivo. En este sentido, las causas de remoción de sus encargos procederán solo en casos de delitos y faltas graves y estarán perfectamente acotadas en la legislación¹⁵.

cometidas en la resolución o durante el procedimiento a través de amparo directo relativo a las normas generales aplicadas en la misma. En ningún caso se admitirán recursos ordinarios o constitucionales contra actos intraprocesales.

13 En México se utiliza este procedimiento para el nombramiento de los Comisionados de los Organismos Constitucionales Autónomos y también para el nombramiento de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

14 A nivel internacional se utiliza este procedimiento para el nombramiento de los integrantes de las Supremas Cortes, como es el caso, entre otros, de Argentina.

15 En este sentido el artículo 9 de la LORCME prevé: «Durante el tiempo de su encargo, los Comisionados sólo podrán ser removidos por alguna de las causas siguientes:

- I. Haber perdido sus derechos como ciudadano o haber sido suspendido en el ejercicio de los mismos;
- II. Ser sentenciado por la comisión de algún delito doloso;
- III. Haber sido declarado en estado de interdicción;
- IV. Incumplir alguna de las obligaciones a que se refieren las fracciones XI, primer párrafo, XII y XIII del artículo 8 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, cuando dicho incumplimiento se determine por resolución definitiva;
- V. No asistir a las sesiones del Órgano de Gobierno, sin motivo o causa justificada;
- VI. Dejar de cumplir con cualquiera de los requisitos para ser Comisionado;
- VII. Desempeñar cualquier otro tipo de empleo, trabajo, cargo o comisión públicos o privados, salvo que sea académico;
- VIII. Aprovechar o explotar la información a la que tienen acceso en virtud de su encargo, en beneficio propio o a favor de terceros;
- IX. Usar, sustraer, destruir, ocultar, inutilizar, divulgar o alterar, total o parcialmente y de manera indebida, información que se encuentre bajo su custodia, a la cual tenga acceso o conocimiento con motivo de su cargo;
- X. Emitir su voto mediando conflicto de interés o incumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de esta Ley, o

La nueva regulación en materia resulta, por lo tanto, mucho más avanzada desde el punto de vista democrático y de transparencia. En efecto, tanto la elección como la remoción de los Comisionados se sale de la esfera de decisión discrecional del titular del Ejecutivo y encuentra, además, en el Senado un elemento de democratización muy relevante, teniendo en cuenta tanto la historia del país (sobre la tradición y el peso del titular del Ejecutivo mexicano en las decisiones políticas y jurídicas del Estado, véase Carpizo, 2011) como la transcendencia del sector¹⁶.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La reforma de los organismos de regulación, en este caso de la Comisión Reguladora de Energía, ha sido la natural consecuencia de la reestructuración del sector energético mexicano. Como se ha podido apreciar a lo largo de este artículo, el resultado de la legislación actual ha sido fruto de una evolución de veinte años, durante la cual la CRE ha pasado de ser un simple organismo de consulta de la Secretaría de Energía a una dependencia de la Administración Pública Centralizada.

A pesar de los importantes avances que se han logrado, como un sistema de nombramiento/remoción de los Comisionados transparente y democrático, la asignación de personalidad jurídica propia al regulador y una cierta autonomía frente a la Secretaría de Energía, a modesta opinión del autor, el legislador ha perdido una muy buena ocasión para dotar a estos organismos de una independencia total que les permita actuar en el sector de forma totalmente autónoma. En esta línea, la falta de reconocimiento de su autonomía en la Carta Magna, la presencia de un Consejo de Coordinación del Sector Energético presidido por el secretario de Energía que tiene como objetivo supervisar que el organismo regulador emita actos y resoluciones que estén conformes con las políticas públicas del Ejecutivo y, sobre todo, la falta de un presupuesto propio representan una grave limitación al crecimiento, independencia y desarrollo de la CRE.

En efecto, estando así las cosas, el Ejecutivo tiene dos medios para ejercer su influencia sobre dicho organismo. La primera es a través del Consejo, el cual, teniendo como única limitación el concepto indeterminado de política energética, podrá marcar líneas de actuación en el sector a las que la CRE deberá de atender. En este sentido, no se puede no tener en cuenta que la misma Constitución, en su artículo 28, párrafo octavo, afirma que el Ejecutivo contará con los órganos reguladores coordinados en materia energética, según las previsiones que determina

XI. Incurrir en las conductas a que hace referencia la fracción III del artículo 16 de esta Ley».

16 El sector energético en todos los países del mundo tiene un rol estratégico importantísimo. Tener un organismo regulador transparente ayuda notablemente a dar estabilidad al mismo y a garantizar las posibles inversiones extranjeras en el país (Bacigalupo Saggese & Serrano González, 2010; De la Cruz Ferrer, 2002; Ariño Ortiz, 2006).

la LORCME, es decir, como medio para ejercer sus (del Ejecutivo) facultades de regulación técnica y económica en materia de electricidad e hidrocarburos. Esto sigue marcando una clara dependencia del regulador frente al Ejecutivo, cosa que no debería de suceder, pues el regulador debería ser independiente tanto respecto del Gobierno como de los actores del sector privado, colocándose como organismo neutral cuya única misión es regular para la correcta implementación de un mercado de libre competencia.

El segundo instrumento de control es la falta de presupuesto propio. En este caso, una vez más y a pesar de que la CRE pueda disponer de los ingresos derivados de los derechos y aprovechamientos que se establezcan por sus servicios, la misma depende, por lo menos en este momento de arranque del sector y posiblemente en un futuro cercano, de las integraciones que pueda llegar a tener que pedir a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. En este caso, no se entiende la posición del legislador de no conceder al organismo regulador plena autonomía presupuestal, ya que las otras ya le fueron concedidas. Esto no hubiera excluido de forma alguna la posibilidad de que el organismo pudiera fundamentar su presupuesto en los ingresos procedentes de sus actividades, sin tener que, en caso de que estos no fueran suficientes, pasar por el control del Ejecutivo para ampliarlos. Esto realmente establece un límite y un interrogante importante sobre el monto de dinero del que pueda disponer la CRE en su ejercicio anual, ya que esto depende de ingresos que fundamentalmente pueden variar dependiendo del crecimiento del sector. Además, no se puede no considerar que esta decisión constituya un costo que deberán de sostener los agentes del sector, lo cual resulta, por lo menos, discutible.

En definitiva, el sector energético mexicano ha iniciado una nueva era. Su organismo regulador presenta importantes instrumentos técnicos para desarrollar su actividad de forma óptima, siempre y cuando esté en línea con los lineamientos de políticas públicas establecidos por parte del Ejecutivo. La única gran carencia que se puede señalar a esta reforma de los organismos reguladores coordinados en materia energética es que, a pesar de que existía un panorama político jurídico perfecto, el legislador no se decidió a conceder la autonomía propia que un organismo de esta magnitud debería tener.

V. BIBLIOGRAFÍA

Ariño Ortiz, Gaspar (2006). Fallos y logros de los sistemas regulatorios. En autores varios, *Regulación, desregulación, liberalización y competencia* (pp. 23-40). Madrid: Marcial Pons.

Ariño Ortiz, Gaspar & Lucía López de Castro (1998). *El sistema eléctrico español. Regulación y competencia*. Madrid: Montecorvo.

Bacigalupo Saggese, Mariano & Marina Serrano González (2010). *Cuestiones Actuales del Derecho de la Energía: Regulación, Competencia y Control Judicial (Jornadas Pedro María Meroño)*. Madrid: IUSTEL.

Becker, Fernando, Luis María Cazorla, Julián Martínez-Simancaes & José Manuel Sala (dirs.) (2009). *Tratado de regulación del sector eléctrico. Tomo I: aspectos jurídicos*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi.

Carpizo, Jorge (2011). *El presidencialismo mexicano*. Segunda edición. México D.F.: Siglo XXI.

Comisión Reguladora de Energía (2011). Reglamento Interior de la Comisión Reguladora de Energía. *Diario Oficial de la Federación*, 22 de agosto.

Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos (1976). Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. *Diario Oficial de la Federación*, 29 de diciembre.

Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos (1992). Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica. *Diario Oficial de la Federación*, 23 de diciembre.

Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos (1995a). Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el ramo del petróleo. *Diario Oficial de la Federación*, 11 de mayo.

Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos (1995b). Ley de la Comisión Reguladora de Energía. *Diario Oficial de la Federación*, 31 de octubre.

Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos (2008). Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley de la Comisión Reguladora de Energía. *Diario Oficial de la Federación*, 28 de noviembre.

Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos (2013). Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía. *Diario Oficial de la Federación*, 20 de diciembre.

Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos (2014). Decreto por el que se expide la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética, se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y, se expide la Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos. *Diario Oficial de la Federación*, 11 de agosto.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917).

Cortés Campos, Josefina (2007). *Derecho administrativo y sector eléctrico*. México D.F.: Porrúa.

De la Cruz Ferrer, Juan (2002). *Principios de regulación económica en la Unión Europea*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos.

Duane, Timothy P. (2002). Regulation's rationale: Learning from the California energy crisis. *Yale Journal on Regulation*, 19(2), 471-540.

Hunt, Sally S. & Graham Shuttleworth (1996). *Competition and choice in electricity*. Chichester, Gran Bretaña: John Wiley & Sons.

Lujambio Irazábal, José María (2013). La Comisión Reguladora de Energía en las reformas energéticas de 2008 y 2013. En autores varios, *Cinco reguladores*. México D.F.: CIDAC.

Páramo Fernández, Marcelo (1997). La Comisión Reguladora de Energía. En autores varios, *Regulación del sector energético* (pp. 151-161). México D.F.: UNAM.

Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea (2009). Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE (Texto pertinente a efectos del EEE). *Diario Oficial de la Unión Europea*, L211/55 (14 de agosto).

Pedroza de la Llave, Susana Thalía (2002). Los Órganos Constitucionales Autónomos de México. En autores varios, *Estado de Derecho y transición jurídica* (pp. 173-194). México D.F.: IIJ-UNAM.

Presidencia de la República (1993). Decreto por el que se crea la Comisión Reguladora de Energía como un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal. *Diario Oficial de la Federación*, 4 de octubre.

Rosenzweig Mendialdua, Francisco (2007). *El sector eléctrico en México*. México D.F.: Porrúa.

Subsecretaría de Enlace Legislativo y Acuerdos Políticos (2014). Iniciativa de Decreto por el que se expide la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética y se reforman diversas disposiciones de la Ley Orgánica de Administración Pública Federal. Iniciativa presentada ante la Cámara de Senadores del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, el de 29 de abril. Oficio número SELAP/300/841/14.

Tovar Landa, Ramiro (2000). *Lecturas en regulación económica y política de competencia*. México D.F.: Porrúa.

Ugalde Calderón, Filiberto Valentín (2010). Órganos Constitucionales Autónomos. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 29, 254-264.

Recibido: 22/03/16
Aprobado: 14/04/16



¿Regular o competir? El caso de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual de la República Argentina y el principio de proporcionalidad como criterio delimitador

¿Regulation or competition? The case of the Argentine Law of Audiovisual Communications Services and the Proportionality Principle as a delimiting criterion

ÓSCAR RAFAEL AGUILAR VALDEZ*

Resumen: En este trabajo se pretende señalar la importancia del principio de proporcionalidad como un criterio jurídico válido para determinar cuándo una determinada industria debe ser regulada de modo sectorial y *ex ante* o cuando resulta preferible hacerlo mediante modalidades menos intrusivas como, por ejemplo, el régimen de defensa de la competencia. A estos efectos, se utilizará como ejemplo lo ocurrido en la República Argentina con la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual y su tratamiento por la Corte Suprema de Justicia en el caso del Grupo Clarín.

Palabras clave: competencia – regulación – servicios de comunicación audiovisual – principio de proporcionalidad – Argentina

Abstract: The purpose of this article is to highlight the importance of the Proportionality Principle as a valid legal criterion to determine when a given industry must be *ex ante* regulated by the Government through a specific sectorial regulatory framework or whether the application of the general antitrust and competition laws to such industry must be considered as a valid alternative. To this ends, this article analyzes the case of the Argentinean Law of Audiovisual Communications Services as it was treated by the Supreme Court of Argentina in the Grupo Clarín case.

Key words: competition – regulation – audiovisual – communications services – proportionality principle – Argentina

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PROPIEDAD DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN.– III. ¿POR QUÉ REGULAR LA PROPIEDAD DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN? EL CAMBIO DEL PARADIGMA REGULATORIO.– IV. LA REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y EL PRINCIPIO DE ADECUACIÓN.– V. LA REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y EL PRINCIPIO DE NECESIDAD.– VI. LA REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO.– VII. CONCLUSIONES.– VIII. BIBLIOGRAFÍA.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica Argentina, Máster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires. Correo electrónico: oaguilar@ebv.com.ar

I. INTRODUCCIÓN

Por medio de esta colaboración pretendemos formular algunas reflexiones sobre una cuestión que es de extrema relevancia: determinar un criterio jurídico que sirva para evaluar si a una determinada actividad corresponde imponerle por vía legislativa o regulatoria sectorial y *ex ante* una determinada organización industrial o, si por el contrario, lo que corresponde es someterla a la competencia posible en el mercado y, en su caso, a una regulación de «mano blanda», común a todos los sectores económicos, y fundamentalmente de aplicación *caso por caso*, como puede ser el régimen general de defensa de la competencia (cuestión que constituye uno de los tópicos más clásicos en materia de teoría regulatoria; al respecto, véase Veljanosvki, 2006, p. 157). Para ello, tomaremos el caso de la regulación de los medios de comunicación audiovisual, tal como se planteó la cuestión en la Argentina en tiempos recientes. Sucede que el fenómeno de la globalización y, en especial, las profundas transformaciones que han tenido las técnicas y los medios de comunicación han impactado de modo relevante en el acceso de miles de personas a un bien *público* por naturaleza, como lo es la información. Asimismo, ha sido importante el impacto en la comunicación de manifestaciones culturales que, como tales, están destinadas a circular sin restricciones.

En este contexto, el siglo XXI muestra que, en nuestra región, los poderes públicos han tomado la decisión de proceder a regular la propiedad de los medios a través de los cuales dichos bienes son transmitidos y comunicados a la sociedad con el fin de promover su universalidad y el pluralismo de ideas. Pero esta decisión, cuya finalidad es en sí misma loable —como se verá—, no está exenta de problemas de variada índole, entre ellos, la determinación de la forma y grado de regulación que estas peculiares actividades admitirían. Al respecto, téngase en cuenta que la realización de toda actividad económica supone, por parte de sus agentes, la titularidad de «derechos de propiedad» y, por lo tanto, la posibilidad de obtener, a través de estos y bajo ciertas circunstancias, un determinado «poder de mercado». Así, tanto la regulación directa y sectorial como el régimen de protección y garantía de la libre competencia suponen, a través de técnicas y formas de intervención diferentes, establecer limitaciones sobre esos derechos de propiedad de las empresas operadoras (Viscusi & otros, 2000, pp. 3-6). Por eso, establecer algún criterio jurídico —más allá de las conocidas disputas que sobre el particular existen en el terreno de la llamada «economía de la regulación»— que permita analizar la pertinencia de utilizar una u otra técnica de intervención pública resulta de superior importancia en la materia.

Así, sobre la base de lo que ha ocurrido en la Argentina con motivo de la sanción de la llamada Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual

(Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, 2009; en adelante, LSCA)¹ y, en especial, en función de la validación que dicha ley mereció por parte de la Corte Suprema argentina en el caso *Grupo Clarín* (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 2013; para una visión detallada de las diversas vicisitudes y posiciones debatidas en el caso, incluyendo las principales piezas presentadas en el expediente, véase, por ejemplo, Rodríguez Simón, 2013), pretendemos plantear —sobre la base de un análisis fundado en los tres subprincipios que integran el llamado *principio de proporcionalidad* (sobre estos subprincipios véase, con especial referencia al derecho argentino, Cianciardo, 2009)— las que para nosotros son las principales cuestiones que deben ser abordadas, desde un enfoque *iustpublicista*, para determinar si una determinada regulación directa, sectorial y *ex ante* de la propiedad de los medios de comunicación es o no *razonable* (sobre la relación entre *proporcionalidad* y *razonabilidad*, véase Coviello, 2008) y, en su caso, si no corresponde someter a dicha actividad a una intervención estatal diferente. Téngase en cuenta, a estos efectos, que mientras que la LSCA —al establecer un régimen *antitrust per se* y sectorial— consideró que un determinado grado de concentración en la propiedad de medios audiovisuales supone, por sí misma, afectar el interés general, el régimen de defensa de la competencia argentino —de aplicación «horizontal» o común a toda industria (Orlanski, 2006, p. 35)—, por el contrario, no considera que un determinado «poder de mercado» o nivel de concentración económica esté destinado, *per se*, a afectar la competencia (Coloma, 2003, p. 362). Bajo este último régimen, la determinación de si una cierta concentración empresarial es susceptible, o no, de afectar la libre competencia dependerá de un análisis particular, caso por caso, y basado en estudios técnicos y económicos que deberán producirse de modo particularizado. Dicho de otra forma: a diferencia del presupuesto del que partió la LSCA, para el régimen de libre competencia argentino no existe presunción legal alguna de que un alto porcentaje de concentración o de «poder de mercado» derivará, necesariamente, en una situación que permita al operador económico abusar de tal posición de dominio, afectando, así, el interés económico general.

Repárese, además, que en el campo de la regulación audiovisual juega también un rol, paralelamente a los derechos de propiedad, la garantía de la libertad de expresión, libertad que es esencial a una moderna sociedad democrática. Todo ello le impone importantes distintivos a esta cuestión. Desde una perspectiva que tenga al hombre y a todos sus derechos como norte, no es suficiente que —como ocurre en este campo— el fin perseguido por el Estado sea elevado o de una bondad

¿REGULAR O
COMPETIR? EL
CASO DE LA LEY
DE SERVICIOS DE
COMUNICACIÓN
AUDIOVISUAL DE
LA REPÚBLICA
ARGENTINA Y EL
PRINCIPIO DE PRO-
PORCIONALIDAD
COMO CRITERIO
DELIMITADOR

¿REGULATION OR
COMPETITION?
THE CASE OF THE
ARGENTINE LAW
OF AUDIOVISUAL
COMMUNICATIONS
SERVICES AND
THE PROPORTIO-
NALITY PRINCIPLE
AS A DELIMITING
CRITERION

1 De todos modos, cabe señalar que gran parte de las normas contenidas en esta ley y que serán objeto de tratamiento en esta contribución fueron ya modificadas, ya derogadas por la actual Administración mediante el decreto 267/2015 (Presidencia de la Nación Argentina, 2015). No obstante, y según nuestro entender, ello no quita la importancia del debate que se presentó sobre esas regulaciones.

innegable, sino que es menester que los distintos intereses y derechos en juego sean armonizados sin que se realicen sacrificios innecesarios de derechos y recursos. En definitiva, el principio de proporcionalidad tiene, en materia de regulación de actividades privadas, un sentido y una finalidad de suma relevancia: *racionalizar* la intervención regulatoria (Huapaya Tapia, 2011, pp. 726-727).

II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PROPIEDAD DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

El régimen interamericano de derechos humanos muestra que entre el derecho humano a la libertad de expresión y la titularidad de los medios de comunicación existe una íntima relación. Así, el artículo 13.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos establece el llamado *principio de universalidad* en los siguientes términos: «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección» (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1969).

Como bien se ha señalado (Loreti, 2014, p. 150), este principio tiene dos aspectos. El primero es el *subjetivo*, el cual reconoce la universalidad en su titularidad a *toda persona*. De allí que otros instrumentos del régimen interamericano hayan establecido que «[...] todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social» (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2000, principio 2), así como que «[...] la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, *a priori*, estén excluidos del acceso a tales medios [...]» (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1985, considerando 34). El segundo es el *objetivo*, por cuanto dicho derecho debe poder ser ejercido no solo oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, sino también *por cualquier otro medio de su elección*. De allí que la Corte Interamericana haya señalado lo siguiente: «Son los medios de comunicación social los que sirven para materializar el ejercicio de la libertad de expresión, de tal modo que sus condiciones de funcionamiento deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad. Para ello es indispensable, *inter alia*, la pluralidad de medios, la prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera sea la forma que pretenda adoptar [...]» (considerando 34).

Existe, como se adelantó, una inescindible relación entre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión —tanto en su aspecto individual como social (sobre el concepto y las diferencias entre la dimensión individual y social de la libertad de expresión, véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1985, considerandos 31 y 32)— y la titularidad de los medios a través de los cuales ese derecho puede ser ejercido (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001). Sin la posibilidad de acceder a un medio de comunicación o de titularizar sobre él algún derecho de propiedad, el derecho a la libertad de expresión sería puramente declarativo.

Ahora bien, esta relación tiene, por su parte, dos correlatos. El primero, que la propiedad de los medios de comunicación, especialmente su concentración, no puede constituirse en un mecanismo para excluir, *a priori*, a personas o grupos que pretendan dar a conocer sus opiniones (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1985, considerando 34) y, el segundo, que «no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones» (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1969, artículo 13.3.).

Como puede observarse, en el sistema interamericano, el debido ejercicio del derecho a la libertad de expresión impone ciertas restricciones sobre los particulares —sustancialmente, sobre su derecho de propiedad— y sobre los poderes públicos —prohibición de establecer controles oficiales que restrinjan el ejercicio de tal derecho—. Esto hace que, entonces, la regulación de la propiedad de los medios de comunicación sea verdaderamente compleja y delicada por dos motivos. Por un lado, porque la propiedad privada —que también tiene protección convencional en el ámbito interamericano (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1969, artículo 21)— es, desde el punto de vista económico, «exclusiva y excluyente» (Ogus, 2004, p. 16); por otro lado, porque a la comunicación de ideas e información se le atribuye —como se adelantó— el carácter de verdaderos *bienes públicos*² que, también por definición y como principio, no admiten la exclusión ni por los particulares ni por el Estado (Samuelson & Nordhaus, 1998, p. 3; sobre la distinción entre bienes privados susceptibles de derecho de propiedad y bienes públicos, desde un punto de vista jurídico económico, véase Sola, 2004, p. 320). Y eso importa el aparente dilema que enfrenta la aplicación del principio de proporcionalidad o razonabilidad en esta materia.

¿REGULAR O
COMPETIR? EL
CASO DE LA LEY
DE SERVICIOS DE
COMUNICACIÓN
AUDIOVISUAL DE
LA REPÚBLICA
ARGENTINA Y EL
PRINCIPIO DE PRO-
PORCIONALIDAD
COMO CRITERIO
DELIMITADOR

¿REGULATION OR
COMPETITION?
THE CASE OF THE
ARGENTINE LAW
OF AUDIOVISUAL
COMMUNICATIONS
SERVICES AND
THE PROPORTIO-
NALITY PRINCIPLE
AS A DELIMITING
CRITERION

2 Así, se ha señalado que en las sociedades modernas «[...] la información y la comunicación dejan de ser potestades del Estado, de los empresarios periodísticos e, incluso, de los propios periodistas, para convertirse en un derecho humano cuyo titular es el público [...]» (Loreti & Lozano, 2014, p. 57).

III. ¿POR QUÉ REGULAR LA PROPIEDAD DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN? EL CAMBIO DEL PARADIGMA REGULATORIO

La circunstancia de que no exista derecho alguno que no sea susceptible de ser, en alguna medida, regulado por el Estado (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1969, artículos 30 y 32.2.) no puede impedir que nos formulemos esta fundamental pregunta. Hemos visto que, en este caso, entran en juego dos derechos humanos —propiedad y libertad de expresión— que tienen tutela convencional. Dado que toda regulación supone cierta restricción a alguno —o a ambos— de esos derechos, el interrogante se encuentra plenamente justificado. Toda regulación exige, entonces, una justificación racional.

Tradicionalmente, en el campo de la comunicación, el *medio* utilizado para comunicar era el criterio sobre cuya base los Estados determinaban la necesidad, o no, de regular la actividad. Así, por razones filosóficas e históricas, por lo general los poderes públicos abdicaban de regular los medios puramente orales, escritos o gráficos³, mientras que sí lo hacían cuando los medios eran físicos y de diferente naturaleza, como, por ejemplo, hilos, radioelectricidad, medios ópticos, sistemas electromagnéticos y ondas radioeléctricas. En estos últimos casos, se daba lugar a las regulaciones sobre radiodifusión cuando el medio utilizado eran las ondas radioeléctricas, y a las de telecomunicaciones cuando lo eran los restantes⁴.

En el caso específico de la radiodifusión, amén de otras razones (Loreti, 2014, pp. 164ss.), la principal justificación de la regulación se atribuía al carácter limitado del espectro radioeléctrico, el cual exigía una administración estatal específica a fin de lograr un uso ordenado de las frecuencias y evitar las interferencias, lo que, como principio, se entendió, no constituía una lesión a la libertad de expresión⁵.

3 Se trataba de la llamada libertad de prensa, la cual tiene un especial reconocimiento en la Constitución argentina (artículo 32). Sobre esta cuestión en el derecho argentino, véase el completo tratamiento que ofrece Badeni (2010, pp. 1-319).

4 En este sentido, véase el Convenio Internacional de Telecomunicaciones, celebrado en Nairobi, Kenia (Secretaría General de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, 1982), vigente en la República Argentina merced a la ley 23478 (Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, 1986). En Argentina, fueron exponentes de esta regulación, hasta tiempos recientes, la Ley Nacional de Telecomunicaciones, número 19798 (Presidencia de la Nación Argentina, 1972) y la Ley de Radiodifusión, número 22285 (Presidencia de la Nación Argentina, 1980). Cabe señalar que, originalmente, la Ley Nacional de Telecomunicaciones incluía la regulación de los servicios de radiodifusión, regulados en ley especial —ley 22285— recién ocho años después. A su vez, mientras que las telecomunicaciones se dirigen a personas determinadas, las emisiones de radiodifusión van hacia el público en general, lo que motivó también una regulación diferenciada; sobre estas cuestiones véase Tau Anzoátegui (2001, p. 1).

5 En su momento, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América justificó la regulación de la radiodifusión en el carácter escaso o limitado del espectro radioeléctrico (1943, en especial, el voto del juez Frankfurter; 1969b). Para una crítica sobre este fundamento regulatorio, véase el clásico trabajo de Ronald H. Coase (1988).

En esta línea, la Corte Suprema argentina tuvo ocasión de señalar que «[...] el derecho a la utilización del espectro de frecuencias radioeléctricas como medio de expresión o comunicación debe ser ejercido conforme a las leyes que lo reglamentan y dentro de los límites que imponga la naturaleza reducida del medio utilizado, los derechos de terceros y el interés público» (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 1999, considerando 9).

Asimismo, y a diferencia de lo que ocurría en otros países, la regulación argentina, aun exigiendo licencia como título habilitante —de las que originalmente solo podían ser titulares sociedades comerciales no controladas por sociedades extranjeras (ley 22285, artículos 45 y 46)⁶— y el cumplimiento de ciertas obligaciones en la prestación, no calificó a esta actividad como *servicio público* —a diferencia de lo que ocurrió con las telecomunicaciones (ley 19798, artículos 39ss.)—, sino como una *actividad de interés público* (ley 22285, artículo 4). A su vez, el carácter limitado del soporte de provisión de servicios también justificó, originalmente, la existencia de ciertas restricciones a la acumulación de licencias por vía de limitaciones impuestas a los socios de las sociedades licenciatarias⁷.

Por otra parte, cabe señalar que el hecho de que una empresa se dedicase a una actividad mediática y que, por ello, su actividad mereciese la protección de la libertad de expresión no impedía que estuviera alcanzada por las normas que rigen la defensa de la competencia en el mercado (Corte Suprema de los Estados Unidos de América, 1945; 1969a). Tampoco podían eludirse de esta sujeción las empresas de radiodifusión por el hecho de tratarse la suya de una actividad de interés público sujeta a especial regulación estatal⁸.

¿REGULAR O
COMPETIR? EL
CASO DE LA LEY
DE SERVICIOS DE
COMUNICACIÓN
AUDIOVISUAL DE
LA REPÚBLICA
ARGENTINA Y EL
PRINCIPIO DE PRO-
PORCIONALIDAD
COMO CRITERIO
DELIMITADOR

¿REGULATION OR
COMPETITION?
THE CASE OF THE
ARGENTINE LAW
OF AUDIOVISUAL
COMMUNICATIONS
SERVICES AND
THE PROPORTIO-
NALITY PRINCIPLE
AS A DELIMITING
CRITERION

6 La Corte Suprema argentina declaró inconstitucional la restricción al acceso a licencias de radiodifusión por parte de asociaciones civiles o entidades no comerciales (2003).

7 Ley 22285, artículo 45, inciso e, que exigía a los socios de las sociedades licenciatarias «[n]o ser propietario ni socio de diferentes sociedades de radiodifusión. No tener vinculación jurídica o económica con empresas periodísticas extranjeras. Tampoco con empresas periodísticas nacionales», y artículo 46, inciso f: «No podrán transferirse o cederse partes, cuotas o acciones sin autorización del Comité Federal de Radiodifusión o del Poder Ejecutivo Nacional, según lo sea a otros socios o a terceros que reúnan las condiciones y los requisitos previstos por el artículo anterior. En ambos casos, la autorización solo procederá cuando medien causas suficientes para otorgarla, a juicio de la autoridad competente, y siempre que hubiesen transcurrido cinco años contados desde la iniciación de las emisiones regulares. La transgresión a lo establecido en este apartado será considerada falta grave».

8 Esta sujeción de las empresas de radiodifusión al régimen de defensa de la competencia fue expresamente legislada en la Argentina mediante las reformas introducidas en el año 2005 a la Ley 22285 por la ley 26053 (Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, 2005). Cabe señalar que la sujeción al régimen de defensa de la competencia por parte de empresas de radiodifusión no se limita al control de las conductas anticompetitivas (control ex post), sino también al régimen de control preventivo o ex ante en casos de operaciones de concentración económica; al respecto, véase la ley argentina de Defensa de la Competencia (Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, 1999, ley 25156). Un buen ejemplo de esto lo constituye la resolución 257/2007, dictada por el secretario de Comercio Interior —autoridad de aplicación del régimen de defensa de la competencia argentino—, que aprobó la fusión entre Grupo Clarín y otras empresas y Cablevisión S.A., el principal operador de cable en Argentina.

Ahora bien, internacionalmente, a partir de la década de 1980, esta visión sobre por qué regular la comunicación comenzó a ser controvertida. Se ha señalado que este cambio de paradigma comenzó en el mismo año 1980 con el informe *Un solo mundo, voces múltiples*, realizado, por encargo de la UNESCO, por el irlandés Premio Nobel de la Paz Sean MacBride. Dicho informe introdujo por primera vez en el debate internacional las nociones de *pluralismo*, *diversidad*, *democratización de las comunicaciones*, *universalidad del derecho a la comunicación* y *del acceso a la información*, temas hasta entonces fuera de la agenda regulatoria. Esta nueva visión —se ha dicho— pretendía contradecir la que hasta el momento se tenía sobre el rol de la actividad comunicacional y de la libertad de prensa como equiparadas a la libertad de empresa así como respecto del rol del Estado, que se entendía como principalmente abstencionista. A partir de ese momento, se inició un movimiento que, pretendiendo dejar atrás ese *viejo* esquema de regulación, se focalizó en considerar que el rol del Estado radicaba, antes que en intervenir en suplencia de la actividad empresarial o ante razones de índole exclusivamente técnica o económica, en fomentar tales valores: el *pluralismo*, la *diversidad* y la *democratización de la comunicación* (Loreti & Lozano, pp. 15ss.).

Esta corriente fue encontrando respaldo paulatinamente en el ámbito de protección internacional de los derechos humanos y, en especial, en el ámbito interamericano a partir de 1985 con la ya referida opinión consultiva 5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Allí, luego de señalarse —como ya vimos— que:

[...] el principio la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén virtualmente abiertos a todos sin discriminación, o, más exactamente, que no haya individuos o grupos que, *a priori*, estén excluidos del acceso a tales medios, exige igualmente ciertas condiciones respecto de estos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla [...] (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1985, considerando 34).

Además, se sostuvo lo siguiente:

Más aún, en los términos amplios de la Convención, la libertad de expresión se puede ver también *afectada sin la intervención directa de la acción estatal*. Tal supuesto podría llegar a configurarse, por ejemplo, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica «medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones» (considerando 56, las cursivas son mías).

Esta nueva orientación fue fomentada por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados

Americanos (OEA). Dicha Relatoría señaló, por un lado, una relación entre el fomento a la libertad de expresión y la lucha contra la pobreza y la exclusión (OEA, 2000) y, por otro, la obligación del Estado de garantizar la pluralidad de voces y de propiedad de los medios de comunicación por cuanto —se entendió— «monopolios y oligopolios conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio de la libertad de información de los ciudadanos» (OEA, 2004). En este sentido, también se señaló que muchas veces el derecho de la competencia podía resultar insuficiente para garantizar la pluralidad, razón por la cual se consideró que los Estados podían dictar normas antimonopólicas que garantizaran dicha pluralidad atendiendo a la especial naturaleza de la libertad de expresión (OEA, 2004).

En el ámbito académico, el profesor de la *Yale Law School*, Owen Fiss, ha sintetizado con claridad lo que esta nueva visión ampara: «El Estado puede verse obligado a actuar para promover el debate público: cuando poderes de carácter no estatal ahogan la expresión de opiniones [...] Puede que el Estado tenga, incluso, que silenciar voces de algunos para que se oigan las voces de los demás; a veces, no hay más remedio [...]» (1999, p. 14). En definitiva, fluye aquí la idea de que (a) la información y la comunicación son bienes públicos que no admiten la exclusión; (b) la propiedad de medios, especialmente la concentrada, *puede* ser un instrumento para excluir a personas y grupos del acceso a su derecho a comunicar e informar; (c) la pluralidad y diversidad de medios promueve la pluralidad y diversidad de voces y es, por ello, un reaseguro de los valores democráticos; (d) las regulaciones de tipo meramente técnico y económico *pueden* ser insuficientes para promover dicha pluralidad y diversidad considerando el carácter *no económico* que tienen los derechos a la información, libre expresión y comunicación; (e) el Estado no garantiza el derecho a la libertad de expresión con su intervención minimalista o abstencionista, sino que debe fomentar, de modo activo y a través de sus regulaciones o limitaciones sobre la propiedad de los medios, tales requisitos de pluralidad y diversidad (para un análisis detallado —y favorable— de esta visión, véase Loreti & Lozano, 2014, pp. 46-67).

En la Argentina, este nuevo paradigma de regulación comenzó a desarrollarse a comienzos del siglo XXI, especialmente a partir del año 2004, gracias al impulso de la llamada Coalición por una Radiodifusión Democrática, constituida con el fin primordial de reemplazar la ley 22285, sancionada en 1980 por el gobierno militar⁹. Según dicha

¿REGULAR O
COMPETIR? EL
CASO DE LA LEY
DE SERVICIOS DE
COMUNICACIÓN
AUDIOVISUAL DE
LA REPÚBLICA
ARGENTINA Y EL
PRINCIPIO DE PRO-
PORCIONALIDAD
COMO CRITERIO
DELIMITADOR

¿REGULATION OR
COMPETITION?
THE CASE OF THE
ARGENTINE LAW
OF AUDIOVISUAL
COMMUNICATIONS
SERVICES AND
THE PROPORTIO-
NALITY PRINCIPLE
AS A DELIMITING
CRITERION

⁹ La Coalición por una Radiodifusión Democrática es un grupo de sindicatos de prensa, universidades, organizaciones sociales, radios comunitarias, pequeñas radios comerciales y organismos de derechos humanos, entre otros, convocado en 2004 por el Foro Argentino de Radios Comunitarias y que ha presentado 21 puntos básicos para una nueva ley de radiodifusión que remplace a la ley 22285, dictada en 1980 por el gobierno militar.

organización, entre otras afirmaciones de principios, la radiodifusión es una forma de ejercicio del derecho a la información y a la cultura y no un simple negocio comercial, de allí que la regulación de los medios de radiodifusión debía tener como objetivo primordial promover la diversidad y el pluralismo, garantizándose el acceso de todos los sectores de la sociedad a la titularidad y la gestión de los servicios. Asimismo, la ley debía impedir la formación de monopolios y oligopolios en el sector, a los que consideraba como conspiradores contra la democracia (Coalición por una Radiodifusión Democrática, s/f).

Lo cierto es que el cambio normativo tuvo lugar como consecuencia de la llamada *crisis del campo*, del año 2008 —vinculada con la imposición de retenciones móviles a los ingresos provenientes de la exportación de productos agropecuarios—, cuando el principal grupo multimedios del país, el Grupo Clarín, tomó clara posición a favor de los reclamos del sector ruralista y contra los intereses del Gobierno nacional¹⁰. En ese contexto, la entonces presidente de la Nación presentó, en marzo de 2009, el proyecto de Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual —en el que se adoptó gran parte de los principios propugnados por la Coalición por una Radiodifusión Democrática—, el cual, luego de un amplio debate durante siete meses, tanto en sede parlamentaria como en el marco de la sociedad civil y empresaria y de índole más política que técnica, fue —en una situación poco común— sancionado por el Congreso Nacional, promulgado como ley por el Poder Ejecutivo y publicado en el *Boletín Oficial* en un mismo día, el 10 de octubre de 2009.

La LSCA, amén de continuar con la tradición normativa argentina de no regular la comunicación a través de medios gráficos¹¹, pero partiendo del principio que reza que «contenidos audiovisuales idénticos o similares deben ser reglamentados por el mismo marco regulatorio, independientemente de la tecnología de transmisión», señaló lo siguiente:

[...] el destino de la presente ley atiende a la previsión legal de los servicios de comunicación audiovisual como una realidad más abarcativa que la restringida emergente del concepto de radiodifusión, toda vez que las tendencias legiferantes en el conjunto de los países no solo se dedican a contemplar a las instancias destinadas a las condiciones de los medios en tanto emisores últimos frente al público, sino también

10 Que la «crisis del campo» y los conflictos generados a su amparo fueron el detonante de la reforma legislativa es reconocido aun por quienes son firmes partidarios de la bondad de esta última, véase Loreti & Lozano (2014, pp. 185-186).

11 No obstante, cabe destacar que la ley 26736 declaró de «interés público la fabricación, comercialización y distribución de pasta celulosa y de papel para diarios», sometiendo el acceso a dichos insumos a una detallada regulación con características de un régimen de «facilidades esenciales» (Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, 2011).

otras circunstancias de orden de políticas públicas regulatorias y de promoción del derecho a la información y al aprovechamiento y alfabetización tecnológica superando los criterios basados en la sola previsión del soporte técnico (LSCA, nota al artículo 1).

De allí que la norma se refiera a su objeto propio de regulación, es decir, a la «comunicación audiovisual» como:

[...] la actividad cultural cuya responsabilidad editorial corresponde a un prestador de un servicio de comunicación audiovisual, o productor de señales o contenidos cuya finalidad es proporcionar programas o contenidos, sobre la base de un horario de programación, con el objeto de informar, entretener o educar al público en general a través de redes de comunicación electrónicas. Comprende la radiodifusión televisiva, hacia receptores fijos, hacia receptores móviles así, como también servicios de radiodifusión sonora, independientemente del soporte utilizado, o por servicio satelital; con o sin suscripción en cualquiera de los casos (artículo 4).

Como se puede observar, el carácter limitado del espectro radioeléctrico —si bien siguió justificando la regulación de la actividad cuando se la presta con soporte en este medio (artículo 7)— no constituyó ya el fundamento exclusivo de la regulación de la radiodifusión. Se comprendió también los servicios prestados con apoyo en otros medios diferentes de aquel como, por ejemplo, el cable y las facilidades satelitales¹².

Aun cuando se continuó con la tradición argentina de calificar a la actividad como una «de interés público» y no como un servicio público (artículo 2), el impacto novedoso de la LSCA se advierte, claramente, ya en el objetivo de la regulación, a saber, «[...] el desarrollo de mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia con fines de abaratamiento, democratización y universalización del aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación» (artículo 1), así como que «[...] el objeto primordial de la actividad brindada por los servicios regulados [...] es la promoción de la diversidad y la universalidad en el acceso y la participación, implicando ello igualdad de oportunidades de todos los habitantes de la Nación para acceder a los beneficios de su prestación [...]» (artículo 2).

Más allá del amplio contenido regulatorio de la LSCA, para este trabajo solo nos interesa destacar las limitaciones de naturaleza *antitrust per se* y de tipo sectorial que la norma introdujo a fin de garantizar los apuntados objetivos y que, en lo sustancial y salvo las que señalamos en el apartado b

¿REGULAR O
COMPETIR? EL
CASO DE LA LEY
DE SERVICIOS DE
COMUNICACIÓN
AUDIOVISUAL DE
LA REPÚBLICA
ARGENTINA Y EL
PRINCIPIO DE PRO-
PORCIONALIDAD
COMO CRITERIO
DELIMITADOR

¿REGULATION OR
COMPETITION?
THE CASE OF THE
ARGENTINE LAW
OF AUDIOVISUAL
COMMUNICATIONS
SERVICES AND
THE PROPORTIO-
NALITY PRINCIPLE
AS A DELIMITING
CRITERION

12 Véase LSCA, artículo 4, donde se definen las diferentes modalidades de «radiodifusión», las cuales no se asientan todas en el uso del espectro radioeléctrico. Cabe señalar que el Decreto 267/2015 introdujo importantes modificaciones a esta regulación original.

que sigue, fueron las que cuestionó judicialmente el Grupo Clarín ante la justicia (Bianchi & Sacristán, 2014, en especial p.2). Así, podemos destacar las siguientes limitaciones¹³:

- a. Restricciones a la cantidad máxima de licencias de las que puede ser titular una persona de existencia visible o ideal o bien tener participación en sociedades titulares de licencias de servicios de radiodifusión¹⁴.
- b. Restricciones a la posibilidad de acumular —por parte de empresas que presten servicios de radiodifusión por cable o móvil— licencias de otros servicios propios de distinta clase o naturaleza¹⁵.

13 Cabe señalar que el Decreto 267/2015 introdujo importantes modificaciones en estas regulaciones.

14 LSCA, artículo 45: «Multiplicidad de licencias. A fin de garantizar los principios de diversidad, pluralidad y respeto por lo local se establecen limitaciones a la concentración de licencias.

En tal sentido, una persona de existencia visible o ideal podrá ser titular o tener participación en sociedades titulares de licencias de servicios de radiodifusión, sujeto a los siguientes límites:

1. En el orden nacional:

- a) Una (1) licencia de servicios de comunicación audiovisual sobre soporte satelital. La titularidad de una licencia de servicios de comunicación audiovisual satelital por suscripción excluye la posibilidad de ser titular de cualquier otro tipo de licencias de servicios de comunicación audiovisual;
- b) Hasta diez (10) licencias de servicios de comunicación audiovisual más la titularidad del registro de una señal de contenidos, cuando se trate de servicios de radiodifusión sonora, de radiodifusión televisiva abierta y de radiodifusión televisiva por suscripción con uso de espectro radioeléctrico;
- c) Hasta veinticuatro (24) licencias, sin perjuicio de las obligaciones emergentes de cada licencia otorgada, cuando se trate de licencias para la explotación de servicios de radiodifusión por suscripción con vínculo físico en diferentes localizaciones. La autoridad de aplicación determinará los alcances territoriales y de población de las licencias.

La multiplicidad de licencias —a nivel nacional y para todos los servicios— en ningún caso podrá implicar la posibilidad de prestar servicios a más del treinta y cinco por ciento (35%) del total nacional de habitantes o de abonados a los servicios referidos en este artículo, según corresponda.

2. En el orden local:

- a) Hasta una (1) licencia de radiodifusión sonora por modulación de amplitud (AM);
- b) Una (1) licencia de radiodifusión sonora por modulación de frecuencia (FM) o hasta dos (2) licencias cuando existan más de ocho (8) licencias en el área primaria de servicio;
- c) Hasta una (1) licencia de radiodifusión televisiva por suscripción, siempre que el solicitante no fuera titular de una licencia de televisión abierta;
- d) Hasta una (1) licencia de radiodifusión televisiva abierta siempre que el solicitante no fuera titular de una licencia de televisión por suscripción;

En ningún caso la suma del total de licencias otorgadas en la misma área primaria de servicio o conjunto de ellas que se superpongan de modo mayoritario, podrá exceder la cantidad de tres (3) licencias.

3. Señales:

La titularidad de registros de señales deberá ajustarse a las siguientes reglas:

- a) Para los prestadores consignados en el apartado 1, subapartado "b", se permitirá la titularidad del registro de una (1) señal de servicios audiovisuales;
- b) Los prestadores de servicios de televisión por suscripción no podrán ser titulares de registro de señales, con excepción de la señal de generación propia.

Cuando el titular de un servicio solicite la adjudicación de otra licencia en la misma área o en un área adyacente con amplia superposición, no podrá otorgarse cuando el servicio solicitado utilice la única frecuencia disponible en dicha zona».

15 LSCA, artículo 46: «No concurrencia. Las licencias de servicios de radiodifusión directa por satélite y las licencias de servicios de radiodifusión móvil tendrán como condición de otorgamiento y continuidad de su vigencia —cada una de ellas— que no podrán ser acumuladas con licencias de otros servicios propios de distinta clase o naturaleza, salvo para la transmisión del servicio de televisión terrestre abierta existente en forma previa a los procesos de transición a los servicios digitalizados y el canal que lo reemplace oportunamente».

- c. Necesidad de controlar, por parte de la autoridad de aplicación, de modo previo al otorgamiento de licencias o a la autorización para ceder acciones o cuotas partes, la existencia de vínculos societarios que exhiban procesos de concentración vertical u horizontal de actividades ligadas o no a la comunicación social, así como la imposibilidad de alegar derechos adquiridos emergentes del régimen de multiplicidad de licencias frente a normas generales de desmonopolización o defensa de la competencia¹⁶.
- d. La obligación de desinversión en caso de que no se cumpla con las limitaciones impuestas por la LSCA como modo de adecuación a las nuevas restricciones¹⁷.

En definitiva, la LSCA muestra con claridad el cambio del paradigma regulatorio en esta materia y, paralelamente, la introducción de restricciones *ex ante* de índole *antitrust* sectorial a la propiedad de licencias o medios de comunicación con la finalidad de promover la desconcentración, el pluralismo informativo y el acceso a tales medios.

IV. LA REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y EL PRINCIPIO DE ADECUACIÓN

Como es sabido, el término *razonabilidad* también puede ser vinculado con la idea de *adecuación* entre medios y fines (Bazán & Madrid, 1991, p. 181). En Argentina se ha dicho que «lo razonable es lo proporcionado al efecto, lo exigido por la igualdad y la equidad, lo armónico dentro del todo, lo equilibrado entre los extremos» (Haro, 2003, p. 201). En un sentido jurídico amplio, la *proporcionalidad* implica que toda intervención pública sobre las actividades de los ciudadanos, para ser válida, debe ser idónea, indispensable y proporcionada en sentido estricto (Cianciardo, 2009, p. 27).

¿REGULAR O
COMPETIR? EL
CASO DE LA LEY
DE SERVICIOS DE
COMUNICACIÓN
AUDIOVISUAL DE
LA REPÚBLICA
ARGENTINA Y EL
PRINCIPIO DE PRO-
PORCIONALIDAD
COMO CRITERIO
DELIMITADOR

¿REGULATION OR
COMPETITION?
THE CASE OF THE
ARGENTINE LAW
OF AUDIOVISUAL
COMMUNICATIONS
SERVICES AND
THE PROPORTIO-
NALITY PRINCIPLE
AS A DELIMITING
CRITERION

16 LSCA, artículo 48: «Prácticas de concentración indebida. Previo a la adjudicación de licencias o a la autorización para la cesión de acciones o cuotas partes, se deberá verificar la existencia de vínculos societarios que exhiban procesos de integración vertical u horizontal de actividades ligadas, o no, a la comunicación social.

El régimen de multiplicidad de licencias previsto en esta ley no podrá alegarse como derecho adquirido frente a las normas generales que, en materia de desregulación, desmonopolización o defensa de la competencia, se establezcan por la presente o en el futuro.

Se considera incompatible la titularidad de licencias de distintas clases de servicios entre sí cuando no den cumplimiento a los límites establecidos en los artículos 45, 46 y concordantes».

17 LSCA, artículo 161: «Adecuación. Los titulares de licencias de los servicios y registros regulados por esta ley, que a la fecha de su sanción no reúnan o no cumplan los requisitos previstos por la misma, o las personas jurídicas que al momento de entrada en vigencia de esta ley fueran titulares de una cantidad mayor de licencias, o con una composición societaria diferente a la permitida, deberán ajustarse a las disposiciones de la presente en un plazo no mayor a un (1) año desde que la autoridad de aplicación establezca los mecanismos de transición. Vencido dicho plazo, serán aplicables las medidas que al incumplimiento —en cada caso— correspondiesen.

Al solo efecto de la adecuación prevista en este artículo, se permitirá la transferencia de licencias. Será aplicable lo dispuesto por el último párrafo del artículo 41».

En este contexto, entonces, el subprincipio de *adecuación* supone evaluar si la medida dictada por el Estado es capaz de causar la finalidad que dice perseguir. Dicho en otros términos, supone un juicio de *idoneidad* acerca de la medida enjuiciada en función del fin establecido por la norma (Cianciardo, 2009, p. 64), o bien un juicio de *eficacia* de esta, entendiendo que una decisión es *eficaz* cuando sirve al propósito para el cual estaba prevista (Sacristán, 2005, p. 113). Acertadamente, autores argentinos como Linares (1989, p. 138), Bidart Campos (1968, p. 238), Padilla (1984, p.1107) y Bianchi (1991, p. 170), entre otros (Kaufman, 1991, p. 678; Grondona, 1986, pp. 174ss.; 2004), señalaron la imposibilidad de observar qué razonabilidad o proporcionalidad entre medios y fines podía determinarse si no se lleva a cabo un análisis, en primer término, de la *idoneidad técnica* del medio empleado para la consecución del fin. Cabe señalar que este *test* de adecuación es de naturaleza exclusivamente *bilateral*, es decir, solo analiza la idoneidad del medio empleado frente al fin perseguido, pero no hace un análisis comparativo con otros medios, también adecuados, pero no elegidos por la autoridad. Ello es objeto de otro subprincipio, el de *necesidad* (Cianciardo, 2009, p. 95). De todas formas, el subprincipio de *adecuación* tiene sus limitaciones, puesto que se considera que el control lo complementa al comprobar que la medida adoptada es susceptible de lograr, aun en forma parcial, la finalidad perseguida (Cianciardo, 2009, p. 78; por otra parte, se ha señalado que la jurisprudencia europea solo exige que el medio elegido no sea *manifiestamente* inadecuado para el logro de la finalidad perseguida, Schwarze, 1992, p. 856).

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, la pregunta que debemos formularnos es la siguiente: ¿las medidas restrictivas sobre la propiedad de medios y licencias contenidas en la LSCA son *técnicamente adecuadas* al logro de los fines que la ley persigue (verbigracia, pluralidad de prestadores y de voces)? Para la mayoría de los jueces de la Corte Suprema que resolvieron el caso Grupo Clarín, la respuesta fue afirmativa. Al respecto, los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco señalaron en cuanto al régimen de multiplicidad de licencias que:

[...] no se requiere un mayor esfuerzo expositivo para concluir que las medidas en cuestión resultan idóneas para cumplir con los objetivos mencionados, en tanto las restricciones contenidas en el artículo 45 a la cantidad de licencias y registros aparecen como apropiadas o aptas para permitir la participación de un mayor número de voces, o al menos poseen entidad suficiente como para contribuir de algún modo a ese objetivo. Es evidente que a través de la limitación de la cantidad de licencias y registros a todos los operadores de medios de comunicación se podría evitar la concentración y ello permitiría una mayor participación y diversidad de opiniones (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 2013, considerando 43 de su voto conjunto).

A similar conclusión arribaron —con la excepción del juez Fayt— los restantes miembros del tribunal, aunque con argumentos diferenciados (para un análisis particular de los restantes votos, véase Bianchi & Sacristán, 2014).

Por nuestra parte, consideramos que el razonamiento utilizado no se hace cargo de las siguientes cuestiones: En primer lugar, entendemos que, si bien es posible que la concentración pueda afectar la pluralidad de voces, la pluralidad de prestadores no supone necesariamente una verdadera pluralidad de voces (Becerra, 2015, p. 81)¹⁸, puesto que ello depende de circunstancias particulares. Así, bien puede ocurrir que, por un lado, no exista un procedimiento equitativo y transparente en la adjudicación de licencias que efectivamente fomente la diversidad y pluralidad y, por otro lado, que un conglomerado de empresas de poca escala económica, para poder actuar, deba depender —como ocurre en Argentina y en varios países de nuestra región— de la asignación de la pauta publicitaria oficial, con lo cual la simple pluralidad de operadores de modo alguno garantiza, *per se*, la pretendida pluralidad de voces (Becerra, 2015, pp. 107ss.). Por ello, tampoco resulta decisivo el hecho de que en otros países —con marcos institucionales, prácticas políticas y mercados diferentes de los nuestros— modernamente las regulaciones hayan recurrido a medidas que guardan cierta analogía con las aquí comentadas para intentar promover la diversidad de opiniones (pp. 77ss.).

En segundo lugar, no podemos olvidar que —aun bajo la nueva visión que hoy se propugna— el derecho a la libertad de expresión e información sigue manteniendo su rol de control del poder político —también concentrado—. Caben, al respecto, las consideraciones que en su momento formuló Tocqueville, en el sentido de que una asociación industrial y comercial robusta «es un ciudadano ilustrado y poderoso que no se puede sujetar a voluntad ni oprimir en las tinieblas y que, al defender sus derechos particulares contra las exigencias del poder, salva las libertades comunes» (1996, p. 637). Una empresa de comunicación que por su tamaño y escala puede desarrollarse sin depender de los favores estatales es una empresa que cuenta con «espaldas» suficientes para controlar al poder político. Ello no significa, de modo alguno, que tales empresas no puedan abusar de su posición de dominio ni que deban quedar exentas de todo control estatal. Se trata de que la empresa de envergadura puede evitar los peligros que se derivan de la atomización del sector en pequeñas empresas que carecen de la suficiente aptitud económica para oponerse a los caprichos del gobierno. El «poder de

¿REGULAR O
COMPETIR? EL
CASO DE LA LEY
DE SERVICIOS DE
COMUNICACIÓN
AUDIOVISUAL DE
LA REPÚBLICA
ARGENTINA Y EL
PRINCIPIO DE PRO-
PORCIONALIDAD
COMO CRITERIO
DELIMITADOR

¿REGULATION OR
COMPETITION?
THE CASE OF THE
ARGENTINE LAW
OF AUDIOVISUAL
COMMUNICATIONS
SERVICES AND
THE PROPORTIO-
NALITY PRINCIPLE
AS A DELIMITING
CRITERION

¹⁸ Esto fue reconocido en el ya citado Informe MacBride, donde se sostuvo que «la diversidad de opiniones no está necesariamente en proporción al número de periódicos» (UNESCO, [1980] 1987).

mercado» tiene, así y en este campo, una clara implicancia política e institucional.

En tercer lugar, y estrechamente vinculado con lo anterior, la industria de medios exige cierta escala para ser competitiva y para poder innovar (sobre la cuestión de la concentración en el sector y cómo debe medírsela, véase Becerra, 2015, pp. 59 y 81). Así, una desmonopolización que derive en límites al poder de mercado o a la tenencia de licencias múltiples, aun cuando ello no torne completamente inviable la capacidad de actuación de la empresa, puede llevar a que, en lugar de fomentar el ingreso de nuevos prestadores, en realidad se lo restrinja. En otros términos, no cabe descartar *a priori* que una limitación a la propiedad de licencias y empresas de medios derive en el establecimiento de una barrera de entrada para nuevos operadores, algo completamente contrario a lo que, en teoría, se perseguiría con esta clase de regulaciones directas¹⁹.

En cuarto lugar, si bien es adecuado a la finalidad perseguida que si la prestación se realiza con apoyo en un bien limitado, como es el espectro radioeléctrico, se impongan límites estructurales a la multiplicidad de licencias o a las tenencias cruzadas, no se sigue que, cuando no se utiliza espectro radioeléctrico, tales limitaciones también resulten adecuadas a dichas finalidades. Como lo sostuvo uno de los jueces de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Civil y Comercial que entendió en segunda instancia en el caso Grupo Clarín:

La TV por cable no utiliza espectro radioeléctrico y por lo tanto no hay fundamento económico o de defensa de la competencia que justifique la restricción [...] Los argumentos de la asignación de un recurso escaso como es el espectro no son aplicables a la televisión por cable porque no hay ningún recurso escaso que deba distribuirse equitativamente²⁰.

En definitiva, y más allá de las particulares circunstancias del caso Grupo Clarín, subsisten dudas más que razonables acerca de si las medidas que llevan *per se* a la limitación a la propiedad de medios de comunicación, especialmente cuando la prestación de servicios no se apoya en la utilización del espectro radioeléctrico, son mecanismos idóneos para garantizar la pluralidad y diversidad informativa y de ideas que se pretende con la regulación.

19 Según surge del fallo de segunda instancia en el caso Grupo Clarín, la pericia contable había dado cuenta de que, como fruto de la aplicación de las medidas impugnadas, la pérdida de economías de escala colocaba a la empresa en una situación de desventaja competitiva frente a la televisión satelital y, asimismo, incrementaba los costos de los servicios a ser prestados al público.

20 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, Grupo Clarín S.A. y otros, fallo del 17 de abril de 2013, voto del juez Guarinoni, considerando 8; en similar sentido, véase el voto del juez Fayt en el fallo de la Corte Suprema (2013, considerando 29).

V. LA REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y EL PRINCIPIO DE NECESIDAD

321

El subprincipio de *necesidad* supone examinar si la medida adoptada por la autoridad es la menos restrictiva de los derechos del particular de entre otras igualmente eficaces. Exige, en definitiva, analizar si el medio escogido constituye el *menos gravoso* respecto del derecho afectado (Cianciardo, 2009, pp. 82-83) o, dicho de otra forma, verificar si la medida escogida se limita o no a restringir el derecho a lo *necesario* para el logro de la finalidad perseguida (Blanke, 2009, p. 606). Consiste, a diferencia del juicio de «idoneidad» —que se basa en una determinación bilateral exclusiva de medios a fines—, en un análisis *plural*, vertical y horizontal simultáneamente, entre el medio escogido, el fin buscado y otros medios hipotéticos, de modo tal que, primero, se compara cada medio posible con el fin y, después, se lleva a cabo una comparación del medio escogido y los medios alternativos no escogidos por la autoridad (Cianciardo, 2009, p. 95).

Este juicio tiene suma relevancia al momento de juzgar acerca de medidas de intervención sobre los derechos de propiedad, puesto que afectar recursos de los particulares más allá de lo *necesario* para lograr la finalidad perseguida comporta, desde el exclusivo punto de vista económico, una solución ineficiente o, lisa y llanamente, la destrucción de bienes escasos o de *riqueza*²¹. Es que, en rigor, el juicio de *necesidad* supone un juicio de *eficiencia* (Cianciardo, 2009, p. 95). En este sentido, debe tenerse presente que no cabe considerar superfluos a los recursos necesarios para invertir y llevar adelante negocios y empresas que contribuyen al desarrollo del bienestar general (Finnis, 1998, p. 194). Como se puede observar, el subprincipio de necesidad traduce, en términos jurídicos, la aplicación del principio de subsidiariedad, el cual, consagrado por la doctrina social de la Iglesia, constituye un límite demarcador de las competencias entre las sociedades civiles y particulares y el Estado (Sánchez Agesta, 1986, p. 69). En esta línea, cabe señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que «[l]a Corte considera que a fin de que el Estado pueda satisfacer legítimamente un interés social y encontrar un justo equilibrio con el interés del particular, debe utilizar los medios proporcionales a fin de vulnerar en la menor medida el derecho a la propiedad de la persona objeto de la restricción» (2008, número 63; 2012, número 222; entre otros).

Abdicar de un control sobre la *necesidad* de la medida de intervención adoptada por la autoridad deriva en que, necesariamente, no se pueda verificar si, por ejemplo, las finalidades que animan una determinada

¿REGULAR O
COMPETIR? EL
CASO DE LA LEY
DE SERVICIOS DE
COMUNICACIÓN
AUDIOVISUAL DE
LA REPÚBLICA
ARGENTINA Y EL
PRINCIPIO DE PRO-
PORCIONALIDAD
COMO CRITERIO
DELIMITADOR

¿REGULATION OR
COMPETITION?
THE CASE OF THE
ARGENTINE LAW
OF AUDIOVISUAL
COMMUNICATIONS
SERVICES AND
THE PROPORTIO-
NALITY PRINCIPLE
AS A DELIMITING
CRITERION

21 De allí que Alexy haya sostenido que «el subprincipio de necesidad también es una expresión de la idea de “óptimo de Pareto”. A causa de la existencia de un medio más benigno e igualmente idóneo, puede mejorarse una posición sin que esto represente costes para la otra» (2002, p. 29; véase también 2005, en especial p. 573; Grondona, 1986, p. 174).

regulación pueden ser logradas por un medio de intervención menos restrictivo para los derechos de los agentes económicos, como lo puede ser, por ejemplo, la aplicación del régimen de *defensa de la competencia* o cualquier otro de los llamados instrumentos de *light-handed regulation*, aspecto este de relevancia en la temática que analizamos, tal como veremos seguidamente.

En definitiva, omitir el subprincipio de necesidad en esta materia termina habilitando a los reguladores a que consideren que se encuentran habilitados para *regular* —y aun para hacerlo con cualquier *intensidad*— cualquier industria con tal de que se invoquen fines plausibles. Así, solamente quedan a salvo aquellos supuestos excepcionales en los que la regulación importe la completa confiscación de activos y derechos de los operadores económicos, circunstancia esta que solo puede constituir un límite extremo y, por lo tanto, ineficaz para pautar los principios que deben regir una *buena regulación*.

Pues bien, en el tema que analizamos, la pregunta que debemos formularnos es la siguiente: *Asumiendo la adecuación de las medidas restrictivas de la propiedad de licencias y medios de comunicación, ¿tales medidas de regulación general, ex ante y directa, son necesarias para el logro de tales fines o estos podrían lograrse a través de medidas menos restrictivas como, por ejemplo, el control caso por caso, tanto ex ante como ex post, a través del régimen general de defensa de la competencia?* Téngase presente que regulaciones como la contenida en la LSCA suponen una regulación *antitrust per se*, o sea, que el legislador, de antemano, ha juzgado que ante determinado nivel de concentración de propiedad en el sector se afectan los fines perseguidos de garantizar una real pluralidad de voces y de contenidos informativos.

En el caso del Grupo Clarín, la mayoría de la Corte argentina —siguiendo en esto su tradicional jurisprudencia—, reflejada en el voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco, omitió efectuar este control por cuanto consideró que analizar si la medida adoptada por el legislador era o no la menos restrictiva importaba tanto como pronunciarse sobre su oportunidad, mérito y la conveniencia, lo que se encuentra vedado a la judicatura por imperio del principio de separación de poderes. Por otro lado, asumiendo que se trataba de analizar una restricción sobre el derecho de propiedad —y no sobre una libertad de las llamadas *ideológicas*, como la libertad de expresión—, no cabía —se dijo— un *escrutinio estricto*, sino uno *deferente* (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 2013, considerandos 38, 50 y 51 del voto conjunto). Por lo contrario, el juez Petracchi sí entró a considerar el requisito de necesidad, a cuyo respecto sostuvo lo siguiente:

Que la necesidad de tales medidas también se encuentra justificada por la especificidad de los bienes jurídicos protegidos y la insuficiencia de las

normas generales de defensa de la competencia para lograr los objetivos de pluralismo y diversidad a los que se hizo referencia. En efecto, la concepción según la cual los medios reducen su significación a meros objetos económicos, sujetos a las reglas de la libertad de comercio, ha quedado desplazada. Al afirmarse como bienes valiosos para la preservación de identidades culturales diversas y como garantes del pluralismo, queda planteada la tensión entre la libertad comercial y la necesidad de asegurar una libertad de expresión amplia, plural y diversa. Desde esta perspectiva, las reglas destinadas a regular la defensa de la competencia no resultan suficientes, por cuanto ellas intervienen frente al monopolio o «posición dominante» únicamente como fenómenos distorsivos del mercado y de la libertad empresarial. En cambio, lo que en el caso se encuentra en juego es fomentar una oferta plural y diversa y, fundamentalmente, evitar una formación homogeneizada de la opinión pública. En otras palabras, cuando la concentración empresarial supera ciertos límites, puede afectar la efectiva libertad de comercio, por dominio del mercado. Pero cuando la concentración se produce en el «mercado de la información», ella puede restringir la libertad de expresión y el derecho a la información de la sociedad (considerando 24 de su voto).

Desde nuestra perspectiva, cabe formular las siguientes consideraciones: En primer lugar, la circunstancia de que el régimen de defensa de la competencia actúe sobre fines y realidades *económicos*, mientras que en materia de libertad de expresión estemos ante una realidad *cultural*, pretensamente no subsumible bajo cánones mercantiles o empresariales, no parece ser una respuesta adecuada ante el subprincipio de necesidad. Como lo anticipamos, la verdadera pregunta que debemos hacernos es si la aplicación del régimen de defensa de competencia —menos restrictiva que la regulación directa sectorial, *per se* y *ex ante*— puede conducir, de presentarse un supuesto de abuso de posición de dominio, con menor sacrificio de derechos, a idénticos fines y objetivos. Y lo cierto es que, sobre el particular, no se respondió a esta cuestión. Téngase presente, al respecto, que el ejercicio del poder de mercado depende de la coyuntura y de múltiples variables que pueden mutar con el tiempo y con la evolución de los mercados y de las tecnologías. Así, debería existir una justificación racional muy fuerte para abandonar un control «horizontal» y *caso por caso* —propio del régimen de defensa de la competencia— a favor de uno *general*, *per se*, *ex ante* y de tipo exclusivamente *sectorial*.

En segundo lugar, no cabe omitir en esta clase de análisis que —como bien se ha dicho— los mercados que tienden a la concentración por sus exigencias de producción, por sus costos de entrada y operación, como los medios masivos de comunicación en procesos de convergencia, pueden aspirar a desarrollar «competencias moderadas» en pos de alentar la diversidad, mientras que su atomización conduciría a la

¿REGULAR O
COMPETIR? EL
CASO DE LA LEY
DE SERVICIOS DE
COMUNICACIÓN
AUDIOVISUAL DE
LA REPÚBLICA
ARGENTINA Y EL
PRINCIPIO DE PRO-
PORCIONALIDAD
COMO CRITERIO
DELIMITADOR

¿REGULATION OR
COMPETITION?
THE CASE OF THE
ARGENTINE LAW
OF AUDIOVISUAL
COMMUNICATIONS
SERVICES AND
THE PROPORTIO-
NALITY PRINCIPLE
AS A DELIMITING
CRITERION

«competencia ruinosa» que destruiría su base misma de funcionamiento (Becerra, 2015, p. 81). Esto resultaría demostrativo de que, en mercados como el audiovisual, la concentración empresarial no llevaría, por sí misma, a limitar la diversidad y la competencia como lo presumiría —sin admitir prueba en contra— la regulación directa y sectorial, sino todo lo contrario, puesto que garantizaría la vigencia de esos valores. Así, en este caso, y paradójicamente, la regulación suprimiría la competencia posible en el sector, lo que constituye un verdadero contrasentido²². Téngase en cuenta que, como bien se ha señalado, la competencia posible es siempre una alternativa más eficiente que la regulación estatal directa y, por lo tanto, preferible (véase, por ejemplo, Baldwin & Cave, 1999, pp. 210-223; Grenfell, 1999, pp. 221-234; Vickers, 1996, pp. 91-105; Stelzer, 2002; Littlechild, 2002; Breyer, 1982, pp. 185-186, entre muchos otros).

En tercer lugar, efectuar esa distinción entre derecho de propiedad y realidades empresariales, por un lado, y, por otro lado, la promoción de «algo distinto» como la libertad de expresión es, lisa y llanamente, erróneo. Ya hemos visto cómo, incluso en el sistema interamericano, no queda duda de que existe una relación inescindible entre libertad de expresión y propiedad de los medios de comunicación, y cómo restringir la propiedad de medios o abusar de ella puede afectar —en uno y otro caso— el ejercicio y la plenitud del derecho de libertad de expresión. Así, sin plenos derechos de propiedad sobre los medios, no hay libertad de expresión posible, porque este último derecho —en el mundo moderno— se ejerce necesariamente a través de la propiedad de medios de comunicación.

En cuarto lugar, también aquí entra a tallar la diferenciación entre servicios prestados con asiento en espectro radioeléctrico y aquellos otros prestados con apoyo en soportes diferentes. ¿Qué es lo que justifica en estos últimos casos, cuando no existe limitación técnica alguna en el soporte, recurrir a un gravoso remedio como la división o limitación de la propiedad? (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 2013, voto del juez Fayt, considerando 29). Se corre aquí el riesgo de revestir, con la forma de una regulación sectorial y antimonopólica *per se*, una intención de restringir la libertad de expresión²³.

22 Se ha dicho que «[l]a necesidad de regulación no significa que haya que suprimir la competencia. Se pueden corregir los problemas del mercado manteniendo la competencia, porque el problema está en el mercado y no en la competencia. Que existan fallos del mercado no significa que haya fallos de la competencia» (Fernández Ordóñez, 2000, p. 65). Análogamente, ha dicho Ariño Ortiz que «[e]n el difícil equilibrio entre mercado y regulación, la competencia es el objetivo prioritario y la regulación es el instrumento necesario para defender la competencia (para crearla cuando aquélla no existe) o para sustituirla cuando sea imposible su creación porque existan elementos de monopolio natural» (2012, p. 114).

23 Al respecto, téngase presente que en su informe del año 2004, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA señaló lo siguiente: «La Relatoría considera que el marco del derecho de la competencia en muchas ocasiones puede resultar insuficiente, *particularmente en cuanto a la asignación de frecuencias radioeléctricas*» (las cursivas son mías).

En quinto lugar, hay que tener en cuenta que el principio 12 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la OEA dispone que:

Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación [...] (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2000)²⁴.

Así, no parece que pueda justificarse —sin apoyo en circunstancias fácticas concretas y racionales— que, de presentarse una situación de abuso de posición dominante el régimen general de defensa de la competencia —que supone tanto un control *ex ante* como *ex post*—, sea, *per se*, inapto para fomentar los fines que se persiguen en este campo (esto fue claramente señalado por el voto del juez Guarinoni en la sentencia de segunda instancia en el caso Grupo Clarín). Tal como lo señaló en la causa judicial un *Amicus Curiae* propuesto por la empresa impugnante, el régimen de defensa de la competencia argentino cuenta con los remedios aptos para prevenir y, en su caso, sancionar, conductas concretas que, a la par de ser anticompetitivas, impacten negativamente en el derecho a la información. Así, nada impide que, ante un caso concreto, la autoridad de defensa de la competencia pueda lidiar con precios predatorios o con ventas atadas, imponga la calificación de «essential facility» a una determinada facilidad necesaria para garantizar la competencia y pluralidad de operadores en el mercado audiovisual o, aun, que imponga, fundadamente, la obligación de desinversión para prevenir eventuales abusos del poder de mercado (Rodríguez Simón, 2013, pp. 315-325). Téngase en cuenta, además, que el régimen argentino de defensa de la competencia —a diferencia de lo que ocurre en otros países de la región— contempla, desde el año 1999, un estricto mecanismo de control *ex ante* de operaciones de concentración económica (fusiones y adquisiciones), aplicable a toda clase de empresas, sean estas «reguladas» o no. Por ello, debería haberse justificado que todos estos remedios —sancionatorios y preventivos— resultaban ineficaces para garantizar los fines perseguidos por la legislación y que, por lo tanto, resultaba necesario proceder a imponer restricciones sectoriales generales y *ex ante* como las contenidas en la LSCA.

¿REGULAR O
COMPETIR? EL
CASO DE LA LEY
DE SERVICIOS DE
COMUNICACIÓN
AUDIOVISUAL DE
LA REPÚBLICA
ARGENTINA Y EL
PRINCIPIO DE PRO-
PORCIONALIDAD
COMO CRITERIO
DELIMITADOR

¿REGULATION OR
COMPETITION?
THE CASE OF THE
ARGENTINE LAW
OF AUDIOVISUAL
COMMUNICATIONS
SERVICES AND
THE PROPORTIO-
NALITY PRINCIPLE
AS A DELIMITING
CRITERION

24 Sobre el particular, la Relatoría para la Libertad de Expresión señaló lo siguiente: «No se impide entonces la existencia de un marco regulatorio antimonopólico que incluya normas que garanticen la pluralidad atendiendo la especial naturaleza de la libertad de expresión. En todo caso, a la luz del principio 12 los Estados no deben adoptar normas especiales bajo la apariencia de normas antimonopólicas para los medios de comunicación que en realidad tienen como propósito y efecto la restricción de la libertad de expresión» (OEA, 2004; las cursivas son mías).

En definitiva, no hay nada que indique, indubitadamente, ya desde el punto de vista de los principios, ya desde circunstancias concretas, que la concentración empresarial en el mercado audiovisual necesariamente deba derivar en una limitación a la diversidad y pluralidad de ideas e información o en la afectación de la competencia en dicho mercado. Tampoco hay nada que indique que, de producirse dicha concentración, una situación concreta de abuso de la situación de dominio afflictiva de todos estos valores, esta no pueda ser válida y eficazmente remediada por la aplicación del régimen de defensa de la competencia. Así, entendemos que la íntima relación que existe entre libertad de expresión y derecho de propiedad exige que cualquier intento de regulación directa y sectorial de este último sea justificado por el subprincipio de necesidad y no por un simple criterio de conveniencia ideológica o política. Dicha justificación debe brindar las razones por las que, en el caso en cuestión, el régimen de defensa de la competencia —o cualquier otra regulación menos intrusiva— resulta insuficiente para promover la pluralidad y diversidad informativa.

VI. LA REGULACIÓN DE LA PROPIEDAD DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

El tercer subprincipio que integra el *test* de proporcionalidad es el llamado subprincipio de *proporcionalidad en sentido estricto*. En su formulación general, suele entenderse que este juicio supone *balancear*, por un lado, los beneficios que representa para el bien común la medida adoptada y, por otro, la restricción que ella impone a los derechos, de forma tal que pueda concluirse que los medios guardan una *relación razonable* con el fin buscado (Schwarze, 1992, p. 855; Barnes, 1994, p. 507; Blanke, 2009, p. 606; para el caso de la doctrina argentina y este subprincipio como el que propugna una *relación razonable* entre los medios y el fin perseguido, véase Cianciardo, 2009, p. 107). Fundados en el origen alemán del examen y en el aporte de Alexy, quien ha propugnado integrar dicha relación con su *ley de la ponderación* —basada en la idea de optimización de las posibilidades normativas de los principios— en el principio de proporcionalidad²⁵, algunos autores han señalado que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto equivale a una suerte de *ponderación* entre los beneficios y perjuicios generados por la medida (Blanke, 2009, p. 606; en Argentina, Linares, desde la perspectiva de la teoría egológica del derecho, fue pionero en referirse a la *razonabilidad ponderativa* como integrante del juicio de razonabilidad,

²⁵ La ley de la ponderación ha sido enunciada por Alexy en los siguientes términos: «Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro». Sobre esto y su relación con el principio de proporcionalidad según este autor, véase Alexy (1993, pp. 91ss.; 2005, p. 573; 2005, pp. 61ss.).

véase Linares, 1989, p. 143), aunque la proporcionalidad —se señala— no es solo ponderación. El propio Alexy ha reconocido que el principio de proporcionalidad es más amplio que el de ponderación (Alexy, 2005, p. 61; para una aplicación de esta afirmación al derecho administrativo, véase Rodríguez de Santiago, 2000, p. 111).

Más allá de la complejidad que entraña el análisis de este subprincipio y la base *conflictivista* entre derechos en que se sustenta, en nuestra opinión, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto impone determinar si la decisión reguladora armoniza o no el interés general con el interés del afectado. Esto obliga a verificar si, en el caso concreto, la satisfacción del interés público que persigue la medida no se consigue a expensas de la afectación de la *sustancia* del derecho particular ni de terceros. Esta tarea implica la necesidad de determinar *lo justo concreto* para el caso.

Así, y asumiendo que el interés público —en cuanto bien *común*— es por esencia participable a todos los miembros de la comunidad (Soaje Ramos, 2005, p. 33; Finnis, 1980, p. 155) y en todo momento (Finnis, 1980, pp. 155, 214), no puede resultar *justo* que el interés público que sustentaría la medida reguladora pudiera aniquilar el bien particular de su destinatario o los bienes de otros sujetos, puesto que, entonces, el bien que se ha pretendido privilegiar no sería *común* (Soaje Ramos, 2005, p. 41). El bien común no constituye una realidad sustancial, sino una de *orden* (precisamente, esta es la diferencia que existe entre el realismo clásico y el totalitarismo en su concepción del fin del Estado, véase Soaje Ramos, 2005, pp. 39, 41), de modo tal que, para que aquel realmente se verifique, debe *ordenar* o armonizar los bienes particulares que presupone (Soaje Ramos, 2005, p. 41; Finnis, 1980, p. 155). La función del juicio de proporcionalidad está dada —desde esta perspectiva— en garantizar que esta armonización se verifique en el caso enjuiciado (Cianciardo, 2009, p. 124). De allí que bien haya señalado Juan Carlos Cassagne lo siguiente:

[...] si se respeta el principio de no contradicción, nunca puede ser un criterio interpretativo válido darle preferencia dogmática a un principio sobre otro ni al derecho colectivo sobre el derecho individual, en la medida en que son derechos fundamentales de la persona humana. Ello implicaría negar de antemano el principio o derecho, despojándolo de su condición esencial. Lo que sí puede haber, y de hecho es lo que acontece, es que deba resolverse un *conflicto entre pretensiones* de partes que se apoyan en derechos que, en un determinado caso, aparecen enfrentados y en el que el juez deberá darle toda o parcialmente la razón a una u otra sobre la base de la ponderación y de las exigencias de la razonabilidad (2013, p. 785).

¿REGULAR O
COMPETIR? EL
CASO DE LA LEY
DE SERVICIOS DE
COMUNICACIÓN
AUDIOVISUAL DE
LA REPÚBLICA
ARGENTINA Y EL
PRINCIPIO DE PRO-
PORCIONALIDAD
COMO CRITERIO
DELIMITADOR

¿REGULATION OR
COMPETITION?
THE CASE OF THE
ARGENTINE LAW
OF AUDIOVISUAL
COMMUNICATIONS
SERVICES AND
THE PROPORTIO-
NALITY PRINCIPLE
AS A DELIMITING
CRITERION

De esta forma, cabe resaltar que la adecuada participación del bien particular en el bien común supone que la decisión estatal respete el *contenido esencial*²⁶ o la *sustancia* (Cianciardo, 2009, pp. 146ss.) del derecho del particular, puesto que esta garantía permite, por un lado, evadir la falsa premisa de que se está en presencia de conflictos de derechos o de conflictos entre el interés general y el particular, así como la de ponderar —con las dificultades que ello implica— la importancia relativa de los derechos y, por otro lado, mantener vivo y eficaz el carácter no absoluto de estos últimos (Serna & Toller, 2000, p. 42; Cianciardo, 2009, pp. 114ss.; sobre el carácter limitado de los derechos y su vinculación con la razonabilidad, véase Finnis, pp. 210ss.; acerca de cómo esta última postura puede ser utilizada como una alternativa frente al aparente *conflicto de derechos* y a la técnica del *balance*, véase Russman, 1981, pp. 296ss.). La *sustancia* o *contenido esencial* del derecho no es la frontera hasta la cual el Estado puede restringir el derecho, sino que, como bien se ha señalado, constituye el amplio ámbito de su ejercicio que, una vez definido en general y determinado en las circunstancias concretas del caso, no puede ser dejado de lado por razones utilitarias (Serna & Toller, 2000, p. 47). Las verdaderas *libertades* no pueden ser *abstractas* sino *concretas*, razón por la cual se verifican con su ejercicio y respeto por la autoridad en casos precisos y reales²⁷. Lo relevante no es tener o conocer cuáles son nuestros *derechos*, sino tener *el derecho* en el caso (Martínez Muñoz, 1996, p. 363; Finnis, 1980, p. 218). Por esta razón, la determinación del *contenido esencial* o *sustancia* del derecho —que es el válido ejercicio de este en el caso particular— solo puede determinarse en situaciones concretas (se trata de una tarea de determinación del derecho, véase Finnis, 1980, p. 218).

Así, tal como ha señalado Coviello, el ejercicio de la prudencia jurídica tiene particular relevancia en el juicio de proporcionalidad (2008). En este sentido, adviértase que el campo jurídico está ordenado solo a aquellas conductas estrictamente *debidas* para el logro del bien común (Massini Correas, 2006, p. 45), de modo tal que la función de la prudencia jurídica consiste en delimitar el contenido concreto de ese *débito* que es debido por una estricta razón de justicia (p. 46). Es, en definitiva, una virtud propia del acto de determinación de lo *justo concreto* con carácter definitivo (p. 46).

26 Como es sabido, la garantía del contenido esencial de los llamados derechos fundamentales es de raigambre europea y tiene su origen en la previsión contenida en el artículo 19 (2) de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania (1949) y ha sido también contemplada en el artículo 53.1 de la Constitución Española de 1978; sobre el particular, véase Häberle (2003, en especial, con vinculación al principio de proporcionalidad, pp. 67ss.), Martínez-Pujalte (1997, pp. 99ss.) y Sánchez Agesta (1991, pp. 211 y 214), entre muchos otros.

27 Uno de los principales legados negativos del racionalismo jurídico ha sido, precisamente, suplantar las históricas libertades concretas por declaraciones de libertades abstractas que, luego, son sistemáticamente desconocidas en los casos singulares (Millán Puelles, 1995, pp. 242ss.).

Si nos hemos permitido formular las consideraciones que anteceden, ello se debe a que la *nueva* visión sobre el derecho de la libertad de expresión en su aspecto *colectivo*, la cual la LSCA pretendió recoger, entraña el riesgo, precisamente, de entender que su optimización necesariamente impone el paralelo sacrificio del derecho que está en conflicto con él, en este caso, el derecho de propiedad de aquellos titulares de empresas de medios. Así, frente a una mayor jerarquía de la libertad de expresión que se asentaría en un interés público de orden primario, como sería la necesidad de fomentar la pluralidad y diversidad, fácil sería restringir —aunque no se lo extinguiese *in totum*— el derecho de propiedad de los titulares de medios de comunicación.

Como bien lo han señalado Bianchi y Sacristán, el criterio referido en el párrafo anterior fue el que utilizó la mayoría de la Corte Suprema argentina para validar las restricciones impuestas por la LSCA a las empresas de medios en su aplicación al caso Grupo Clarín. Bien refieren estos autores que no solo la propiedad que ejercía dicho grupo empresario sobre sus licencias se disoció de la libertad de expresión que se ejerce a través de la titularidad de ellas, sino que, además, una vez reducido el caso a una simple cuestión patrimonial, y previa adopción de un sistema abstracto de *jerarquización* entre derechos, el resultado no podía ser otro que la validación de la norma, tal como ocurrió (Bianchi & Sacristán, 2014, p. 7).

Para los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco, la pérdida de la propiedad de las licencias en aras del interés superior de la promoción del derecho colectivo a la libertad de expresión era reemplazable —según los estándares de la responsabilidad estatal por su obrar lícito— por una mera compensación económica (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 2013, considerando 66 del voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco). Por el contrario, para los jueces Maqueda, Argibay y Fayt, dado que la propiedad sobre tales licencias constituía el modo en que se ejercía la libertad de expresión por parte del Grupo Clarín, estas no podían ser reemplazadas por una simple compensación económica. De allí que los dos primeros magistrados resolviesen que el Grupo Clarín debía mantener las licencias hasta su vencimiento, momento a partir del cual deberían ajustarse a los límites establecidos por la LSCA en la materia, y los tres últimos, lisa y llanamente, considerasen inconstitucional la regulación porque afectaba el contenido esencial del derecho de propiedad (véase el análisis pormenorizado de estos votos en: Bianchi & Sacristán, 2014).

En nuestra opinión, como ya lo hemos señalado, no cabe reducir la propiedad sobre licencias o empresas de medios a una pura cuestión patrimonial y, viceversa, la libertad de expresión no tiene aplicación práctica si no se ejerce por medio de la titularidad de tales empresas

¿REGULAR O
COMPETIR? EL
CASO DE LA LEY
DE SERVICIOS DE
COMUNICACIÓN
AUDIOVISUAL DE
LA REPÚBLICA
ARGENTINA Y EL
PRINCIPIO DE PRO-
PORCIONALIDAD
COMO CRITERIO
DELIMITADOR

¿REGULATION OR
COMPETITION?
THE CASE OF THE
ARGENTINE LAW
OF AUDIOVISUAL
COMMUNICATIONS
SERVICES AND
THE PROPORTIO-
NALITY PRINCIPLE
AS A DELIMITING
CRITERION

o licencias. Propiedad de licencias o medios y libertad de expresión son, en definitiva, las dos caras de una misma moneda. De allí que el juicio de proporcionalidad, en sentido estricto, no pueda ser realizado en abstracto sino, como hemos dicho, en concreto. Y lo que surge *in concreto* es que ambos derechos pueden ser armonizados, especialmente cuando de lo que se trata es de la posibilidad de prestar servicios que no se apoyan en espectro radioeléctrico (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 2013, voto del juez Fayt). Por otra parte, aun cuando se admitiese la necesidad de establecer limitaciones a la cuota de mercado, la inmediata obligación de *desinversión* —con su exclusiva contrapartida en el pago de una compensación pecuniaria— parece excesiva o desproporcionada en función de los beneficios que teóricamente podrían obtenerse de la aplicación inmediata de la medida.

Igualmente, y ahora desde una perspectiva de «análisis costo-beneficio», integrante, también, del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, cabe aquí volver a recordar cuestionamientos que hemos realizado antes. Algunos de dichos cuestionamientos son las desventajas que la desintegración de economías de escala en empresas de medios producirían para la introducción de una verdadera pluralidad de operadores así como los perjuicios que sufrirían los usuarios de estos servicios en razón del encarecimiento de precios al que llevaría el incremento de costes, producto de la apuntada destrucción de la escala empresarial²⁸.

VII. CONCLUSIONES

Hemos intentado brindar algunas reflexiones sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en materia de regulación de la propiedad de medios de comunicación audiovisual, especialmente sobre la base del caso argentino, intentando demostrar las complejidades que la aplicación de este principio presenta en esta materia, en la que libertad de expresión y propiedad, aparentemente contradictorias y en conflicto, tienen una relación inescindible. Existe, entonces, la necesidad de armonizar ambos derechos, porque en estos casos constituyen las dos caras de la misma moneda. Desde esta perspectiva, en industrias como la audiovisual, donde las economías de escala son necesarias para innovar, competir y para no supeditar la supervivencia de las empresas de medios a los favores estatales, la regulación directa del poder de mercado entraña el riesgo cierto de afectar la sostenibilidad de aquellas y de crear barreras de entrada a posibles nuevos prestadores. Esto impediría, en definitiva, que exista una real pluralidad y diversidad de ideas e información. Si regular

28 Al respecto, repárese en que, según surge del fallo de la segunda instancia, el dictamen pericial había señalado que «la reducción de actividades conforme a la ley no ocasionaría ningún beneficio a los usuarios. Al contrario, haría a los servicios más onerosos dado que se reducirían los beneficios de las economías de escala».

suprimiendo la competencia posible en un mercado nunca es la opción correcta, mucho menos parece serlo en el mercado audiovisual.

Por ello, resulta más que cuestionable que la limitación a los derechos de propiedad que se estableció de modo directo, *ex ante* y sectorial por la LSCA cuente con suficiente respaldo en el principio de proporcionalidad. Resulta cuestionable que dicha regulación sea *adecuada* para lograr los fines de promoción de la diversidad y pluralidad de ideas e información que dice perseguir; que sea *necesaria* frente a la alternativa de someter a las empresas prestadoras a la competencia posible en el sector, sujetándolas a los remedios del régimen general de protección de la libre competencia; y que, en definitiva, *armonice* los derechos en juego, garantizando el *contenido esencial* de todos estos. Queda claro que, en este campo, no solo está en juego la protección de derechos particulares individuales y colectivos, sino, también, las bases de la democracia misma. No cabe olvidar que, aún hoy, y en estos nuevos contextos de la llamada *sociedad de la información*, continúa plenamente vigente aquello que casi dos siglos atrás dijera Tocqueville respecto del rol de la libertad de prensa frente al nuevo despotismo:

Creo que los hombres que viven en las aristocracias pueden, en rigor, pasarse sin la libertad de prensa, pero no los que habitan en los países democráticos. Para garantizar la independencia personal de estos no confío en las grandes asambleas políticas, en las prerrogativas parlamentarias, ni en que se proclame la soberanía del pueblo. Todas estas cosas se concilian hasta cierto punto con la servidumbre individual; mas esta esclavitud no puede ser completa si la prensa es libre. La prensa es, por excelencia, el instrumento democrático de la libertad (1996, p. 638).

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Agesta, Luis Sánchez (1986). *Principios cristianos del orden político*. Buenos Aires: Temática.

Alexy, Robert (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales

Alexy, Robert (2002). Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22(66), 13-64.

Alexy, Robert (2005). Balancing, constitutional review and representation. *International Journal of Constitutional Law*, 3(4), 572-581. <http://dx.doi.org/10.1093/icon/moi040>

Alexy, Robet (2005). *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. México D.F.: Fontamara.

¿REGULAR O
COMPETIR? EL
CASO DE LA LEY
DE SERVICIOS DE
COMUNICACIÓN
AUDIOVISUAL DE
LA REPÚBLICA
ARGENTINA Y EL
PRINCIPIO DE PRO-
PORCIONALIDAD
COMO CRITERIO
DELIMITADOR

¿REGULATION OR
COMPETITION?
THE CASE OF THE
ARGENTINE LAW
OF AUDIOVISUAL
COMMUNICATIONS
SERVICES AND
THE PROPORTIO-
NALITY PRINCIPLE
AS A DELIMITING
CRITERION

Ariño Ortiz, Gaspar, Juan Miguel de la Cuétara & Iñigo del Guayo Castilla (2012). *Regulación económica. Lecturas escogidas*. Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi.

Badeni, Gregorio (2010). *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo II. Tercera edición. Buenos Aires: La Ley.

Baldwin, Robert & Martin Cave (1999). *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*. Oxford: Oxford University Press.

Barnes, Javier (1994). Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario. *Revista de Administración Pública*, 135, 495-538.

Bazán, José Luis & Raúl Madrid (1991). Racionalidad y razonabilidad en el Derecho. *Revista Chilena de Derecho*, 18(2), 179-188.

Becerra, Martín (2015). *De la concentración a la convergencia. Políticas de medios en Argentina y América latina*. Buenos Aires: Paidós.

Bianchi, Alberto (1991). La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica. *Revista La Ley*, 1991-C-141.

Bianchi, Alberto & Estela B. Sacristán (2014). El caso «Grupo Clarín». Una versión debilitada del control de constitucionalidad y de los derechos adquiridos. *El Derecho Constitucional*, 52(13.431), 20 de febrero, 1-9.

Bidart Campos, Germán J. (1968). *Derecho constitucional. Realidad, normatividad y justicia en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Ediar.

Blanke, Hermann Josef (2009). El principio de proporcionalidad en el derecho alemán, europeo y latinoamericano. *Revista de Derecho Administrativo*, 9, 343-351.

Breyer, Stephen (1982). *Regulation and its reform*. Cambridge: Harvard University Press.

Cassagne, Juan Carlos (2013). El neoconstitucionalismo y su proyección al acto administrativo. *Derecho Administrativo. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, 87, 757-786.

Cianciardo, Juan (2009). *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Segunda edición. Buenos Aires: Ábaco.

Coalición por una Radiodifusión Democrática (s/f). Hacia una nueva Ley de Radiodifusión. 21 Puntos básicos por el derecho a la comunicación. <http://www.telam.com.ar/advf/imagenes/especiales/documentos/2012/11/509435587ec92.pdf>.

Coase, Ronald H. (1988). La Comisión Federal de Comunicaciones. En *La empresa, el mercado y la ley* (pp.79-119). Madrid: Alianza Editorial.

Coloma, Germán (2003). *Defensa de la Competencia*. Buenos Aires-Madrid: Ciudad Argentina.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Convención suscrita en Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32). San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2000). Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Declaración adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108 período ordinario de sesiones celebrado del 2 al 20 octubre de 2000. <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosLE.asp>.

Constitución de la Nación Argentina (1853).

Constitución Española (1978).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1985). La colegiación obligatoria de periodistas. Opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A número 5.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001). Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001 (reparaciones y costas). Serie C número 74.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008). Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Sentencia de 6 de mayo de 2008 (excepción preliminar y fondo). Serie C número 179.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Caso Furlán y Familiares vs. Argentina. Sentencia de 31 de agosto de 2012 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Serie C número 246.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (1999). Ríos Rubén Francisco contra Estado Nacional-COMFER-Dirección Nacional de Telecomunicaciones s/ordinario-Acción de inconstitucionalidad. Fallo del 1 de noviembre. Expediente R. 30. XXXV. REX.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2003). Asociación Mutual Carlos Mujica contra Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional-COMFER) s/amparo. Fallo del 1 de setiembre. Expediente A. 215. XXXVII. REX.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2013). Grupo Clarín SA y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/acción meramente declarativa. Sentencia del 29 de octubre. Expediente G. 439. XLIX. REX.

Corte Suprema de los Estados Unidos de América (1943). National Broadcasting Co. v. United States. 319 U.S. 190 (1943).

Corte Suprema de los Estados Unidos de América (1945). Associated Press v. United States. 326 U.S. 1 (1945).

Corte Suprema de los Estados Unidos de América (1969a). Citizen Publishing Company v. United States. 394 U.S. 131 (1969).

Corte Suprema de los Estados Unidos de América (1969b). Red Lion Broadcasting Co. v. Federal Communications Commission. 395 U.S. 367 (1969).

¿REGULAR O
COMPETIR? EL
CASO DE LA LEY
DE SERVICIOS DE
COMUNICACIÓN
AUDIOVISUAL DE
LA REPÚBLICA
ARGENTINA Y EL
PRINCIPIO DE PRO-
PORCIONALIDAD
COMO CRITERIO
DELIMITADOR

¿REGULATION OR
COMPETITION?
THE CASE OF THE
ARGENTINE LAW
OF AUDIOVISUAL
COMMUNICATIONS
SERVICES AND
THE PROPORTIO-
NALITY PRINCIPLE
AS A DELIMITING
CRITERION

Coviello, Pedro José Jorge (2008). El principio de razonabilidad en el derecho público argentino. En Carlos Delpiazzi (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Mariano R. Brito* (pp. 419-440). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Fernández Ordóñez, Miguel A. (2000). *La competencia*. Madrid: Alianza Editorial.

Finnis, John (1980). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press.

Finnis, John (1998). *Aquinas. Moral, political and legal theory*. Oxford: Oxford University Press.

Fiss, Owen (1999). *La ironía de la libertad de expresión*. México D.F.: Gedisa.

Grenfell, Michael (1999). Can competition law supplant utilities regulation? En Christopher McCrudden (ed.), *Regulation and deregulation. Policy and practice in the utilities and financial services industries* (pp. 221-234). Oxford: Oxford University Press.

Grondona, Mariano Florencio (1986). *La reglamentación de los derechos constitucionales. Teoría del orden de derechos*. Buenos Aires: Depalma.

Grondona, Mariano Florencio (2004). Exámenes de constitucionalidad. *Revista La Ley*, 2004-D-1235.

Häberle, Peter (2003). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson.

Haro, Ricardo (2003). *El control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Zavallía.

Huapaya Tapia, Ramón (2011). Algunos apuntes sobre las relaciones entre el derecho administrativo económico y el concepto anglosajón de la regulación. En *Administración pública, derecho administrativo y regulación. Estudios y cuestiones*. Lima: ARA Editores.

Kaufman, Gustavo Ariel (1991). Constitucionalidad del avasallamiento consumado: el caso «Peralta». *El Derecho*, 146.

Ley Fundamental para la República Federal de Alemania (1949).

Linares, Juan Francisco (1989). *La razonabilidad de las leyes*. Buenos Aires: Astrea.

Littlechild, Stephen (2002). Chairman's comments. En Colin Robinson (ed.), *Utility regulation and competition policy* (pp. 96-98). Londres: Institute of Economic Affairs.

Loreti, Damián (2014). Libertad de expresión y radiodifusión. En Julio César Rivera y otros (dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales*, tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Loreti, Damián & Luis Lozano (2014). *El derecho a comunicar. Los conflictos en torno a la libertad de expresión en las sociedades contemporáneas*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Martínez Muñoz, Juan Antonio (1996). Derechos y libertades fundamentales: garantías y participación. En autores varios, *El Estado de derecho en la España de hoy* (pp. 349-386). Madrid: Actas-Sección de Filosofía del Derecho en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

Martínez-Pujalte, Antonio-Luis (1997). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Massini Correas, Carlos Ignacio (2006). *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*. Segunda edición. Buenos Aires: Lexis Nexis.

Millán Puelles, Antonio (1995). *El valor de la libertad*. Madrid: Rialp.

Ogus, Anthony I. (2004). *Regulation: legal form and economic theory*. Oxford-Portland: Hart Publishing. <http://dx.doi.org/10.5040/9781472559647>

Organización de los Estados Americanos (2000). Informe anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión.

Organización de los Estados Americanos (2004). Informe anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión.

Orlanski, Leonardo T. (2006). *Competencia y regulación*. Buenos Aires: Ad Hoc.

Padilla, Miguel M. (1984). Razonabilidad jurídica y razonabilidad técnica. *Revista La Ley*, 1984-C-1106.

Presidencia de la Nación Argentina (1972). Ley Nacional de Telecomunicaciones. Ley 19798. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 80(22.489), 23 de agosto, 2-7.

Presidencia de la Nación Argentina (1980). Ley de Radiodifusión. Ley 22285. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 88(24.506), 19 de setiembre, 2-8.

Presidencia de la Nación Argentina (2015). Ente Nacional de Comunicaciones. Decreto 267/2015. Creación. Ley 26522 y 27078. Modificaciones. Buenos Aires, 29 de diciembre. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 124(33.288), 4 de enero de 2016, 9-12.

Rodríguez de Santiago, José María (2000). *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons.

Rodríguez Simón, Fabián (2013). *Clarín y la Ley de Medios*. Buenos Aires: Planeta.

Russman, Thomas (1981). Balancing rights: the modern problem. *Catholic Lawyer*, 26(4), 296-306.

Sacristán, Estela B. (2005). Control judicial de las medidas de emergencia (A propósito del análisis costo-beneficio). En Guillermo Scheibler (coord.),

¿REGULAR O
COMPETIR? EL
CASO DE LA LEY
DE SERVICIOS DE
COMUNICACIÓN
AUDIOVISUAL DE
LA REPÚBLICA
ARGENTINA Y EL
PRINCIPIO DE PRO-
PORCIONALIDAD
COMO CRITERIO
DELIMITADOR

¿REGULATION OR
COMPETITION?
THE CASE OF THE
ARGENTINE LAW
OF AUDIOVISUAL
COMMUNICATIONS
SERVICES AND
THE PROPORTIO-
NALITY PRINCIPLE
AS A DELIMITING
CRITERION

El derecho administrativo de la emergencia, volumen IV (pp. 111-140). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

Samuelson, Paul A. & William D. Nordhaus (1998). *Economía*. Décimo quinta edición. Madrid: Mc Graw Hill.

Sánchez Agesta, Luis (1991). *Sistema político de la Constitución española de 1978*. Sexta edición. Madrid: Revista de Derecho Privado.

Schwarze, Jürgen (1992). *European Administrative Law*. Londres: Sweet & Maxwell.

Secretaría General de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (1982). *Convenio Internacional de Telecomunicaciones*. Ginebra: UIT.

Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina (1986). Apruébase el Convenio Internacional de Telecomunicaciones adoptado en Nairobi, Kenya. Ley 23478, sancionada el 31 de octubre y promulgada el 1 de diciembre. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 95(26.131), 23 de abril de 1987, 1-20.

Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina (1999). Defensa de la Competencia. Ley 25156, Acuerdos y prácticas prohibidas. Posición dominante. Concentraciones y Fusiones. Autoridad de aplicación. Presupuesto del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia. Procedimiento. Sanciones. Apelaciones. Prescripción. Disposiciones transitorias y complementarias, sancionada el 25 de agosto y promulgada el 16 de setiembre. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 107(29.233), 20 de setiembre, 5-13.

Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina (2005). Radiodifusión. Ley 26053, sustitúyese el artículo 45 de la ley 22285, sancionada el 17 de agosto y promulgada el 14 de setiembre. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 93(30.739), 15 de setiembre, 1-2.

Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina (2009). Servicios de Comunicación Audiovisual. Ley 26522, regúlense los Servicios de Comunicación Audiovisual en todo el ámbito territorial de la República Argentina, sancionada y promulgada el 10 de octubre. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 97(31.756), 10 de octubre, 1-25.

Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina (2011). Pasta celulosa y papael para diarios. Ley 26736, sancionada el 22 de diciembre y promulgada el 27 de diciembre. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 119(32.305), 28 de diciembre, 1-3.

Serna, Pedro & Fernando Toller (2000). *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*. Buenos Aires: La Ley.

Soaje Ramos, Guido (2005). Sobre la politicidad del derecho. El bien común político. En Sergio R. Castaño y Eduardo Soto Kloss (eds.), *El derecho natural en la realidad social y jurídica*. Santiago de Chile: Academia de Derecho, Universidad Santo Tomás.

Sola, Juan Vicente (2004). *Constitución y economía*. Buenos Aires: Lexis Nexis.

Stelzer, Irwin M. (2002). A review of privatization and regulation experience in the UK. En Colin Robinson (ed.), *Utility regulation and competition policy* (pp. 82-95). Londres: Institute of Economic Affairs.

Tau Anzoátegui, Carlos A. (2001). *Régimen jurídico de las telecomunicaciones y la radiodifusión*. Buenos Aires: La Ley.

Tocqueville, Alexis de (1996). *La democracia en América*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

UNESCO ([1980] 1987). *Un solo mundo, voces múltiples. Comunicación e información en nuestro tiempo*. Informe de la Comisión Internacional para el Estudio de los Problemas de la Comunicación redactado por Sean MacBride y otros. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Veljanosvki, Cento (2006). *The economics of law*. Segunda edición. Londres: Institute of Economic Affairs.

Vickers, John (1996). Competition and regulation. The UK experience. En Michael Beesley (ed.), *Regulating utilities: a time for change?* (pp. 91-105). Londres: Institute of Economic Affairs.

Viscusi, W. Kip & otros (2000). *Economics of regulation and antitrust*. Tercera edición. Cambridge: The MIT Press.

Recibido: 13/04/2016
Aprobado: 02/05/2016

¿REGULAR O
COMPETIR? EL
CASO DE LA LEY
DE SERVICIOS DE
COMUNICACIÓN
AUDIOVISUAL DE
LA REPÚBLICA
ARGENTINA Y EL
PRINCIPIO DE PRO-
PORCIONALIDAD
COMO CRITERIO
DELIMITADOR
¿REGULATION OR
COMPETITION?
THE CASE OF THE
ARGENTINE LAW
OF AUDIOVISUAL
COMMUNICATIONS
SERVICES AND
THE PROPORTIO-
NALITY PRINCIPLE
AS A DELIMITING
CRITERION

La reingeniería del servicio público: el servicio universal de las telecomunicaciones

The reengineering of public service: the universal service of telecommunications

VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE*

Resumen: El presente trabajo trata de explicar cómo la regulación de la actividad de las telecomunicaciones abandonó el tradicional régimen de servicio público de titularidad estatal, dando paso al establecimiento del nuevo marco jurídico que fomenta la libre competencia entre los agentes económicos que operan en el sector. Dichos agentes deben prestar todos los servicios de telecomunicaciones; sin embargo, en caso de que la prestación de los servicios básicos a todos los usuarios no pueda realizarse en el marco de la concurrencia, entonces, excepcionalmente, el Estado, como garante, deberá acudir a la técnica de la imposición de obligaciones de servicio universal, para asegurar la satisfacción de los usuarios en sus necesidades comunicacionales.

Palabras clave: telecomunicaciones – servicio público – libre competencia – servicio universal

Abstract: This paper tries to explain how the regulation of the telecommunications' activity abandoned the traditional system of State's public service and evolved to the establishment of a new legal framework that encourages competition among all the economic agents operating in the sector, who must provide all telecommunications services, and, in case that delivery of basic services to all users cannot be done within the framework of the competition, then exceptionally the State as guarantor must impose obligations to ensure the user's satisfaction in their communication needs.

Key words: telecommunications – public service – competition – universal service

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. EL FUNDAMENTO DE LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES DE SERVICIO UNIVERSAL .– III. LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL SERVICIO UNIVERSAL DE LAS TELECOMUNICACIONES.– IV. LA APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE SERVICIO UNIVERSAL DE

* Doctor en Derecho. Profesor-investigador del Departamento de Derecho Minero Energético en la Universidad Externado de Colombia, así como profesor en la Maestría en Derecho Energético y Sustentabilidad en la Universidad Autónoma de Nuevo León, México, y en la University for Peace de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Profesor-director del Centro de Estudios de Regulación Económica en la Universidad Monteávila, Venezuela; miembro de la Comisión Académica del Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano de la Universidad de La Coruña, España. Miembro de las siguientes instituciones: Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación, Red de Contratos Públicos en la Globalización Jurídica, Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, de la Asociación Internacional de Derecho Municipal y de la Red Internacional de Bienes Públicos. Página web: www.hernandezmendible.com. Correo electrónico: victorhernandezmendible@gmail.com

LAS TELECOMUNICACIONES.– V. LOS COMPONENTES DEL SERVICIO UNIVERSAL DE LAS TELECOMUNICACIONES.– VI. LAS CARACTERÍSTICAS DEL SERVICIO UNIVERSAL DE LAS TELECOMUNICACIONES.– VII. LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA IMPOSICIÓN DEL SERVICIO UNIVERSAL DE LAS TELECOMUNICACIONES.– VIII. LAS FINALIDADES DEL SERVICIO UNIVERSAL DE LAS TELECOMUNICACIONES.– IX. LOS SUJETOS Y PRINCIPIOS INVOLUCRADOS EN LAS OBLIGACIONES DE SERVICIO UNIVERSAL DE LAS TELECOMUNICACIONES.– X. EL CONTENIDO DE LAS PRESTACIONES DE SERVICIO UNIVERSAL DE LAS TELECOMUNICACIONES.– XI. LA FINANCIACIÓN DEL SERVICIO UNIVERSAL DE LAS TELECOMUNICACIONES.– XII. EL MONTO DEL SUBSIDIO AL SERVICIO UNIVERSAL DE LAS TELECOMUNICACIONES.– XIII. LAS FASES PARA LA DETERMINACIÓN DEL SERVICIO UNIVERSAL DE LAS TELECOMUNICACIONES.– XIV. LA AMPLIACIÓN Y CESACIÓN DEL SERVICIO UNIVERSAL DE LAS TELECOMUNICACIONES.– XV. UNA CONSIDERACIÓN FINAL SOBRE EL SERVICIO UNIVERSAL DE LAS TELECOMUNICACIONES.– XVI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Las reformas en los ordenamientos jurídicos que regulan las telecomunicaciones —en Europa y, como en el caso de Venezuela, en América— han llevado a la revisión del concepto tradicional del servicio público y a la eclosión de un nuevo concepto —cónsono con las políticas de liberalización, *despublicatio* y libre competencia— que se conoce como el «servicio universal» en el sector de las telecomunicaciones. Este concepto pone de relieve que, además de la importancia política y económica que involucran las reformas, el Estado ha asumido el compromiso social de que todas las personas deben tener efectivo acceso, sin discriminación de ninguna naturaleza, a los servicios que les permiten ejercer los derechos a la comunicación y búsqueda de información libre y plural, contribuyendo además a garantizar la cohesión social. A la investigación y difusión de la transformación jurídica, económica, técnica y social de las telecomunicaciones en el presente siglo se han dedicado importantes estudios en Venezuela. Como ejemplos fundamentales de ello pueden mencionarse la obra colectiva *Derecho de las redes y servicios de telecomunicaciones* (Araujo-Juárez (dir.), 2005), el libro sobre *Telecomunicaciones, regulación y competencia* (Hernández-Mendible, 2009) y, más recientemente, el estudio sobre «El régimen de servicio e interés público de las telecomunicaciones, según la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2010» (Machta Chendi, 2012). Este último texto expone el impacto que se produjo con la reforma parcial, después de una década de la legislación aperturista.

341

LA REINGENIERÍA
DEL SERVICIO
PÚBLICO:
EL SERVICIO UNI-
VERSAL
DE LAS TELE-
COMUNICACIONESTHE
REENGINEERING
OF PUBLIC
SERVICE: THE
UNIVERSAL
SERVICE OF
TELECOMMUNICA-
TIONS

No obstante, dado que abarcar el marco jurídico general de las telecomunicaciones excedería los límites del presente trabajo, el mismo se circunscribirá a desarrollar la regulación del servicio universal de las telecomunicaciones que supuso, a partir del año 2000, un cambio de paradigma, frente al modelo de regulación tradicional de las telecomunicaciones, considerado hasta ese momento un servicio público de titularidad estatal que se prestaba en régimen de concurrencia limitada. Dicho lo anterior, se puede señalar que la *despublicatio* se tradujo en la desaparición del elemento orgánico o subjetivo del servicio público, suponiendo la renuncia del poder público a la titularidad de la actividad, pero manteniéndose y revalorizándose el elemento funcional, objetivo o teleológico. Ello implica que la gestión de la actividad económica se realiza tanto por la propia Administración como por los particulares, en condiciones jurídicas que exceden el ámbito del derecho común —cuando se establezcan las obligaciones de servicio universal—, lo que además pone de relieve la presencia del criterio formal, en segmentos específicos de la actividad.

Esto no es más que la constatación de que no existe una relación directa entre el servicio público y la titularidad administrativa. En efecto, la Administración puede ser la titular y gestora del servicio público (criterio orgánico), pero ello no es imprescindible, porque también pueden existir actividades de titularidad y gestión privada que persigan la satisfacción del interés general (criterio funcional o teleológico), lo que justifica la posibilidad de imposición de determinadas obligaciones de servicio público que son calificadas como servicio universal (Fernández, 1999, p. 69; Muñoz Machado, 1998, p. 322). El servicio universal constituye una evolución del tradicional servicio público de antigua titularidad administrativa (Delpiazzo, 2001, p. 27; 2005, p. 41), con la particularidad de que no lo gestiona la Administración pública en ejercicio de tal titularidad, sino los operadores privados. Bajo servicio público deben entenderse servicios específicos, esenciales o básicos, los cuales deben ser ofrecidos dentro de unos estándares de calidad determinados, a un precio asequible para los usuarios. Ello debe realizarse dentro de un régimen de libre mercado; en caso que no puedan ser satisfechos en tal régimen, serán impuestos a los operadores por la autoridad reguladora, lo que supone el establecimiento de un sistema de financiación (Souvirón Morenilla, 1999) al cual deben contribuir proporcionalmente todos los operadores que participan en un mercado competitivo (Laguna de Paz, 1995, p. 491).

Son cada uno de estos aspectos, los que se desarrollarán detalladamente en las siguientes secciones.

II. EL FUNDAMENTO DE LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES DE SERVICIO UNIVERSAL

La imposición de obligaciones de servicio universal tiene un doble fundamento jurídico: el primero, de carácter supranacional, viene establecido por el derecho comunitario andino, que es de aplicación directa y preferente frente a la legislación nacional, por mandato expreso del artículo 153 de la Constitución (tal como lo ha precisado el Tribunal Supremo de Justicia de la República de Venezuela, 2003; 2004). En razón de ello, la decisión 462 de la Comisión de la Comunidad Andina (1999) constituía una fuente de derecho en el ordenamiento jurídico nacional¹, lo cual suponía que sus normas fuesen de aplicación directa y preferente frente a cualquier disposición dictada por el poder público nacional. En lo concerniente al servicio universal, la mencionada decisión establece lo siguiente: «Todos los Países Miembros tienen derecho a definir el tipo de obligación de Servicio Universal que deseen mantener. No se considerará que las obligaciones de esa naturaleza son anticompetitivas en sí mismas, a condición que sean establecidas de manera transparente y no discriminatoria» (capítulo X, artículo 35). En aplicación de esta norma, el legislador nacional podía definir las obligaciones de servicio universal que considerase pertinente establecer dentro del sector de las telecomunicaciones, siempre que lo hiciese teniendo en consideración que las mismas deben adoptarse conforme a los principios de transparencia y no discriminación que inspiran el derecho de la competencia.

El segundo fundamento se encuentra en la propia Constitución, la cual proclama, en el artículo 2, un Estado social y democrático de derecho que se nutre de los valores de la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la responsabilidad social y la preeminencia de los derechos. Dicho Estado tiene como fines esenciales el desarrollo de la persona, el respeto a la dignidad, la promoción de la prosperidad, el bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos en la Constitución. Ello plantea la convivencia entre los derechos garantizados por la Constitución —que únicamente se encuentran sometidos a las limitaciones, restricciones y obligaciones que impongan la propia Constitución o la ley— y los deberes que tienen todas las personas dentro de la sociedad. Entre dichos deberes destaca, por ejemplo, el de cumplir las obligaciones que en virtud de la solidaridad y la responsabilidad social corresponden a los particulares según su capacidad. Para garantizar estos objetivos, la Constitución reconoce que corresponde a la ley proveer lo conducente para imponer

¹ En el momento en que se publicó la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, el derecho comunitario andino era fuente de derecho en Venezuela por mandato del artículo 153 de la Constitución; en la actualidad, ello no es así por el retiro de Venezuela de la Comunidad Andina a partir de abril de 2006.

el cumplimiento de estas obligaciones en los casos que sea necesario (artículos 132 y 135 de la Constitución).

Lo dicho ratifica la idea de que el interés general no constituye un patrimonio del poder público y que este puede ser satisfecho tanto por el propio poder público como por los particulares. En este segundo caso, la Constitución reconoce que mediante la ley se puede limitar, restringir e imponer obligaciones al ejercicio de los derechos. A su vez, señala que solo por ley se puede exigir a los particulares el cumplimiento de un conjunto de obligaciones o cargas de servicio universal, con la finalidad de garantizar la satisfacción del interés general en la prestación de los servicios de telecomunicaciones básicos o esenciales para los ciudadanos, en condiciones de calidad determinada, a un precio asequible y sobre la base de los principios de igualdad, continuidad, transparencia y universalidad (Fernando Pablo, 1998, p. 1999; Mollinedo Chocano, 1999, p. 184).

Así, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece varias limitaciones y restricciones a los derechos a la libertad de empresa y la propiedad e impone deberes y obligaciones de servicio universal a los operadores en el sector de las telecomunicaciones, con la finalidad de garantizar servicios eficientes, de calidad, asequibles a todas las personas, en el espacio geográfico nacional.

LA REINGENIERÍA
DEL SERVICIO
PÚBLICO:
EL SERVICIO UNI-
VERSAL
DE LAS TELE-
COMUNICACIONES

THE
REENGINEERING
OF PUBLIC
SERVICE: THE
UNIVERSAL
SERVICE OF
TELECOMMUNICA-
TIONS

III. LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL SERVICIO UNIVERSAL DE LAS TELECOMUNICACIONES

El preproyecto de Ley presentado por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones al Ejecutivo Nacional, que luego de su modificación y aprobación este remitió, convertido en anteproyecto de ley, a la Comisión Legislativa Nacional, el día 20 de mayo de 2000, establecía, en el artículo 51, lo siguiente:

Se entiende por Servicio Universal a los efectos de esta Ley, el conjunto de obligaciones especiales que establece el Estado, para la satisfacción de objetivos específicos de penetración, acceso, calidad y asequibilidad económica con independencia de localización geográfica, para la prestación de servicios concretos de telecomunicaciones en las áreas en que por razones de mercado, no se prevea el alcance de los mismos objetivos en un período determinado.

La redacción de esta norma establecía una definición de servicio universal que revelaba una cierta confusión conceptual con respecto a lo que pretendía calificar por tal servicio y evidenciaba una escasa claridad en torno a aquello que se quería regular. Esto hubiese hecho sumamente difícil aplicar o, por lo menos, entender el sentido de lo

que se consideraría servicio universal, toda vez que tal definición podía conducir a interpretaciones erróneas.

En el interés de introducir en el ordenamiento jurídico nacional una noción hasta entonces formalmente ajena a la concepción tradicional del servicio de telecomunicaciones, la Oficina de Investigación y Asesoría Jurídica de la Comisión Legislativa Nacional, en opinión 79, dirigida a la Subcomisión de Legislación, el día 23 de mayo de 2000, propuso el artículo 47, con la siguiente redacción alternativa:

El Estado garantiza la prestación del Servicio Universal de Telecomunicaciones. Se entiende por Servicio Universal de Telecomunicaciones el conjunto definido de servicios de telecomunicaciones que los operadores están obligados a prestar a los usuarios para brindarles estándares mínimos de penetración, acceso, calidad y asequibilidad económica con independencia de la localización geográfica.

En términos generales, la Comisión Legislativa Nacional acogió la propuesta formulada por la Oficina, quedando sancionado el artículo 49 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de la siguiente manera:

El Estado garantiza la prestación del Servicio Universal de Telecomunicaciones. El Servicio Universal de Telecomunicaciones es el conjunto definido de servicios de telecomunicaciones que los operadores están obligados a prestar a los usuarios para brindarles estándares mínimos de penetración, acceso, calidad y asequibilidad económica con independencia de la localización geográfica (Comisión Legislativa Nacional, 2000).

Esta definición legal es la que permitirá analizar, seguidamente, el complejo funcionamiento del servicio universal de las telecomunicaciones.

IV. LA APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE SERVICIO UNIVERSAL DE LAS TELECOMUNICACIONES

El concepto de servicio universal fue construido en los Estados Unidos de América por la empresa ATT a principios del siglo XX, llegándose a utilizar en Europa con carácter general en el Acta Única Europea en 1986 (Arpón de Mendivil, 1999, p. 433). En el sector de las telecomunicaciones, el concepto aparece por vez primera en el Libro Verde sobre el desarrollo del mercado común de los servicios y equipos de las telecomunicaciones de 1987 para designar los servicios que, por ser básicos para la sociedad, deben ser prestados de manera universal (Chinchilla Marín, 1999, p. 277). Posteriormente, el Consejo, en Resolución de 7 de febrero de 1994, establece el concepto y los principios del servicio universal en el sector de las telecomunicaciones (Consejo

de la Unión Europea, 1994). En la Comunidad Andina, la regulación del servicio universal, se encuentra contemplada en la decisión 462 (Comisión de la Comunidad Andina, 1999).

La calificación de una actividad como servicio universal está reservada a la ley y consiste en aquel conjunto definido de obligaciones o prestaciones esenciales específicas, cuyo acceso debe garantizarse a todos los usuarios y que un operador debe suministrar obligatoriamente, en condiciones de calidad determinadas, a un precio que permita a todos su uso efectivo y conforme a los principios de igualdad, continuidad, transparencia y universalidad, configurándose como un verdadero derecho de los usuarios a recibir dichas prestaciones (Martínez López-Muñiz, 1999, p. 147; Roldán Martín, 2000, p. 35; Martínez López-Muñiz, 2000, p. 2801; Chinchilla Marín, 1999, p. 279; Fernando Pablo, 1998).

La declaración de una actividad como servicio universal es la consecuencia de la incapacidad del mercado para dar respuesta por sí mismo a las necesidades de todos los usuarios, en cuyo caso el ente regulador considera que, por constituir servicios esenciales mínimos, deben ser garantizados con una determinada calidad y a un precio razonable, al que todas las personas tengan acceso. Esta situación puede producirse, en un entorno de libre competencia, porque no existe oferta o no se produce la demanda. El primer caso puede presentarse cuando, para los operadores, la prestación de determinados servicios supone una inversión económica que implica costos muy elevados o cuando no existe suficiente demanda de tales servicios, en cuyo caso no se sienten estimulados a realizar una inversión que no es económicamente rentable, dado que esta jamás se cubriría con el precio razonable que por tales servicios deben pagar los usuarios. El que no se produzca la demanda, por su parte, puede ocurrir bien porque no existe oferta o porque, en caso de que esta se produzca, con independencia de los costos de producción o de la escasa demanda, los servicios serán ofrecidos a precios muy elevados para los usuarios o por debajo de los estándares mínimos de calidad, lo que producirá la abstención de demanda de los usuarios, bien sea por la deficiencia de su calidad o simplemente por no poder costearlos al ser económicamente inasequibles.

Tal situación es la que produce que los entes reguladores impongan a los operadores económicos la prestación obligatoria de los servicios básicos mínimos que tienen derecho a obtener todas las personas.

Esto lleva a afirmar que el servicio universal es una categoría que está pensada para servicios que por no resultar rentables no van a ser prestados por los operadores dentro del mercado o, si lo son, van a ser prestados a precios muy altos o con una calidad tan deficiente que inhibiría la demanda de los mismos. Si esta premisa no se da y los servicios

LA REINGENIERÍA
DEL SERVICIO
PÚBLICO:
EL SERVICIO UNI-
VERSAL
DE LAS TELE-
COMUNICACIONES

THE
REENGINEERING
OF PUBLIC
SERVICE: THE
UNIVERSAL
SERVICE OF
TELECOMMUNICA-
TIONS

se están prestando libre y espontáneamente en el mercado a precios asequibles y con un estándar de calidad adecuado, carece de sentido imponer obligatoriamente su prestación a los operadores (Chinchilla Marín, 1999, p. 283). El servicio universal tiene sentido en un entorno competitivo, en el cual se haya suprimido la exclusiva titularidad estatal respecto a las actividades en las que se encuentra presente el interés general. Este constituye una fórmula intermedia que debe determinarse sector por sector, que no equivale al servicio público en sentido estricto, pero que tampoco le es completamente ajeno o indiferente, puesto que las prestaciones concretas y los principios que lo inspiran se apoyan en el régimen de servicio público, el cual no se abandona por completo (Martínez García, 2002, p. 211). En una economía competitiva, son las fuerzas del mercado las que deben encargarse de universalizar la prestación de los servicios; pero, cuando ello no sucede, resulta necesario imponer la prestación del servicio en condiciones de calidad determinada, a un precio asequible y sobre la base de los principios de igualdad, continuidad y universalidad (Muñoz Machado, 1998, p. 322).

Lo anteriormente afirmado lleva a plantear la siguiente pregunta: ¿cómo debe entenderse la noción de servicio universal de las telecomunicaciones? Para dar respuesta a esta pregunta, hay que partir de una concepción dinámica, valga decir, una en la que la noción se transforma en la medida en que se genera la innovación tecnológica, se adapta a los avances que se vayan produciendo en la prestación de los servicios. Dicho enfoque requiere que el Estado garantice tal prestación, no bajo la clásica definición de servicio público, sino desde la concepción moderna de actividad económica de interés general, en régimen de libre competencia. También se dice que el servicio universal constituye una noción flexible, en la medida en que su contenido se elabora progresivamente en función de las características tanto estructurales como técnicas, así como de las necesidades propias del sector, y es evolutiva, ya que debe adaptarse a los cambios tecnológicos, a las nuevas exigencias de interés general y a las necesidades de los usuarios (Fernández, 1999, p. 70).

Lo dicho permite afirmar que el servicio universal, además de ser un concepto dinámico, evolutivo y progresivo, es un instrumento para ejecutar políticas públicas que garanticen el acceso de todos los ciudadanos a la sociedad de la información, el conocimiento y la innovación (Chillón Medina & Escobar Roca, 2001, p. 217; Delpiazzo, 2001, p. 27). Como instrumento de ejecución de políticas públicas, el poder público deberá considerar como factores condicionantes para la determinación de las obligaciones de servicio universal los siguientes (Sánchez Rodríguez, 2002, pp. 154-155):

- a) El geográfico: cuál será el territorio en que se establecerán las obligaciones.
- b) El personal: cuáles deben ser los grupos sociales que se van a beneficiar.
- c) La accesibilidad: cuál será el precio o tarifa que tengan que pagar, los beneficiados por la prestación para que esta se pueda considerar asequible.
- d) El servicio: cuál será el servicio concreto que se preste y cuál será el mínimo de calidad que ha de prestarse.

347

LA REINGENIERÍA
DEL SERVICIO
PÚBLICO:
EL SERVICIO UNI-
VERSAL
DE LAS TELE-
COMUNICACIONES

THE
REENGINEERING
OF PUBLIC
SERVICE: THE
UNIVERSAL
SERVICE OF
TELECOMMUNICA-
TIONS

V. LOS COMPONENTES DEL SERVICIO UNIVERSAL DE LAS TELECOMUNICACIONES

El servicio universal es un concepto constituido por dos nociones: la noción de «servicio», que consiste en una actividad de prestación de carácter esencial, básico, y que debe prestarse a todas las personas para satisfacer sus necesidades cuando estas lo demanden; y la noción de «universal», que consiste en que el suministro a todas las personas debe realizarse independientemente de las dificultades físicas, geográficas, económicas o sociales que puedan existir para ello (Chinchilla Marín, 1999, pp. 276-277) —es decir, que las prestaciones han de llegar *a todos* los potenciales usuarios y su costo ha de ser asumido también *por todos* los operadores del sector, siempre, claro está, de que se trate de titulares de redes públicas o de prestadores de servicios disponibles al público— (p. 291). Son cuatro los pilares sobre los cuales se asienta el concepto de «servicio universal»: dos referidos al elemento objetivo del servicio, es decir, la prestación, que exige la definición de las actividades concretas que integran el servicio universal, así como de los estándares mínimos de calidad que se deben prestar; y los otros dos relacionados al elemento subjetivo, por una parte los usuarios, para los cuales la universalidad supone la accesibilidad a los servicios básicos, con independencia de su poder adquisitivo y de su localización geográfica, lo que concurre por otro lado con la obligación de todos los operadores, en principio, sin excepciones, de prestar los servicios concretos y de contribuir en su financiación (pp. 276-278).

VI. LAS CARACTERÍSTICAS DEL SERVICIO UNIVERSAL DE LAS TELECOMUNICACIONES

El servicio universal constituye «un servicio mínimo definido», respecto del cual pueden predicarse las siguientes notas características (Fernando Pablo, 1998, p. 201; Martínez García, 2002, pp. 216-217):

1. La exigibilidad del conjunto definido de prestaciones esenciales supone, desde una perspectiva negativa, la interdicción a los operadores de negar la prestación a quien la solicite y, desde una perspectiva positiva, el derecho de los usuarios a acceder a las prestaciones cubiertas por la declaración de servicio universal (Fernando Pablo, 1998, p. 200). Estas prestaciones deben realizarse dentro de los niveles de calidad adecuados para garantizar el cumplimiento del servicio.
2. La accesibilidad de las prestaciones que integran el servicio universal debe garantizar la posibilidad de que todos los usuarios puedan recibir el servicio de telecomunicaciones siempre que lo soliciten, con independencia de su ubicación o localización geográfica.
3. La asequibilidad del precio supone, en primer término, que no se trata de servicios gratuitos, sino que los usuarios deben pagar por ellos. En segundo término, no se trata de precios fijados libremente, sino de precios controlados, razonables para que puedan ser efectivamente pagados por todos los usuarios, teniendo en consideración las necesidades personales y territoriales de determinados grupos de la población.

VII. LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA IMPOSICIÓN DEL SERVICIO UNIVERSAL DE LAS TELECOMUNICACIONES

El ente regulador de las telecomunicaciones no puede imponer las obligaciones de servicio universal de manera discrecional, irracional o arbitraria, sino que la imposición debe realizarse con estricta sujeción a la ley y a los principios generales que rigen la imposición de dichas obligaciones, teniendo en cuenta los criterios de racionalidad económica e impacto social de los proyectos asociados a tales obligaciones. La actuación del ente regulador de las telecomunicaciones en la planificación, establecimiento y asignación de las obligaciones de servicio universal debe orientarse según los siguientes principios (Presidencia de la República de Venezuela, 2003, artículo 2; Souvirón Morenilla, 1999, p. 193):

- a) La equidad para procurar el desarrollo e integración del país, conforme a los valores de justicia distributiva, solidaridad, disminución de la desigualdad de acceso y garantizar la asequibilidad económica.
- b) La continuidad en la prestación del servicio, así como el mantenimiento de las condiciones de calidad que se establezcan al efecto.

- c) La neutralidad en la planificación y el establecimiento de las obligaciones, que procure no favorecer a prestadores específicos, ni conferir derechos de exclusividad o privilegiar tecnologías. Es decir, no deben reconocerse derechos exclusivos, fundados en la propiedad industrial o intelectual y la imposición de las obligaciones y subsidios debe hacerse con criterio de neutralidad económica.
- d) La transparencia en los mecanismos de asignación de las obligaciones y en el manejo del Fondo de Servicio Universal, los cuales deberán ser realizados de manera objetiva, clara y pública. Los métodos utilizados para determinar al operador obligado deben ser objetivos y transparentes, así como también los métodos para determinar los subsidios de los que disfrutarán o la cuantía de su contribución a la financiación del servicio.
- e) La igualdad de oportunidades para todos los participantes en los mecanismos de asignación de las obligaciones. No deben imponerse a los operadores cargas excesivas, que puedan afectar sustancialmente la posibilidad de su acceso al mercado. No debe discriminarse entre los distintos operadores, de forma que ningún operador obtenga ventajas o desventajas con su actuación en el mercado como consecuencia de las obligaciones impuestas.
- f) La eficiencia en el establecimiento de las obligaciones y en la administración de los recursos del Fondo de Servicio Universal. Se debe otorgar prioridad a las prestaciones que permitan un menor costo para el conjunto del sector o que supongan una menor necesidad de financiación. Solo se deben tomar en consideración como obligaciones que puedan dar origen a contraprestaciones las que supongan un costo adicional respecto de las impuestas, con carácter general, a los operadores dominantes.

Las obligaciones del servicio universal de las telecomunicaciones se impondrán mediante procesos de selección abiertos, en los cuales participarán los operadores interesados. Estas obligaciones se asignarán al operador que, para prestar los servicios, requiera un monto menor del Fondo de Servicio Universal, siempre que se satisfagan los requerimientos técnicos y niveles de calidad establecidos por el ente regulador de las telecomunicaciones. Conforme a este criterio, en el Reglamento de Servicio Universal se establece el procedimiento administrativo para la asignación de las obligaciones de servicio universal (Comisión Legislativa Nacional, 2000, artículo 51; Hernández, 2004).

LA REINGENIERÍA
DEL SERVICIO
PÚBLICO:
EL SERVICIO UNI-
VERSAL
DE LAS TELE-
COMUNICACIONES

THE
REENGINEERING
OF PUBLIC
SERVICE: THE
UNIVERSAL
SERVICE OF
TELECOMMUNICA-
TIONS

VIII. LAS FINALIDADES DEL SERVICIO UNIVERSAL DE LAS TELECOMUNICACIONES

Si las prestaciones que pueden ser objeto de la imposición de obligaciones dentro del ámbito del servicio universal se están realizando en condiciones de calidad adecuadas, son accesibles a todos los usuarios y se ofrecen a precios asequibles en el mercado, no es preciso imponer dicha obligación a ningún operador. Solo se impondrá cuando la prestación no se realice satisfactoriamente en el régimen de libre mercado (Martínez García, 2002, p. 218). Dicho esto, debe analizarse lo siguiente: ¿qué persigue el legislador con la regulación del servicio universal en el sector de las telecomunicaciones? El servicio universal tiene las finalidades siguientes (Comisión Legislativa Nacional, 2000, artículo 49; Presidencia de la República de Venezuela, 2003, artículo 3):

- a) La integración nacional, mediante la disminución de los niveles de desincorporación de los grupos sociales, que se han generado por las barreras geográficas y las situaciones inherentes a la marginalidad social.
- b) La maximización del acceso a la información por parte de toda la población nacional, para lo cual se debe procurar el desarrollo de la infraestructura necesaria para incorporar a la población del país en la sociedad de la información, el conocimiento y la innovación.
- c) El desarrollo educativo a través de la utilización de los servicios de telecomunicaciones, que contribuyan a una mayor incorporación de la población al proceso educativo. Para lograr tal finalidad, se procurará la diversificación y enriquecimiento de los medios de acceso y suministro de información, así como elevar el nivel de las condiciones de acceso en los establecimientos educativos.
- d) El progreso y mejora de los servicios de salud mediante la promoción y el desarrollo de la telemedicina, servicios de apoyo a las emergencias y aumento de las condiciones de acceso a las telecomunicaciones en centros hospitalarios y ambulatorios.
- e) La reducción de las desigualdades de acceso a los servicios de telecomunicaciones por la población, mediante el aumento progresivo de los niveles de acceso, privilegiando las áreas geográficas donde dicho acceso es inexistente o escaso.

Ello conduce a plantear la siguiente pregunta: ¿qué sentido tiene el establecimiento de obligaciones de servicio universal, cuando estas finalidades se pueden alcanzar en libre competencia? Esta pregunta lleva a responder que, cuando es posible alcanzar estas finalidades en el marco del libre mercado, no se justificaría el establecimiento de las obligaciones de servicio universal, es decir, no tiene sentido hablar de tales obligaciones cuando la prestación del servicio a los usuarios

la realizan los operadores en libre competencia dentro del mercado, cumpliendo con estándares de calidad mínimos, a precios asequibles y con independencia de la ubicación geográfica, pues de imponerse dichas obligaciones se podrían promover conductas anticompetitivas.

La pregunta que surge entonces es la siguiente: ¿por qué en un régimen de libre competencia es necesaria la imposición de obligaciones de servicio universal? La concepción del servicio universal parte de la existencia de determinadas actividades de interés general que, al no ser económicamente rentables para los operadores —bien porque no les es posible realizarlas a precios competitivos o porque para realizarlas requieren hacerlo por debajo de los estándares mínimos de calidad o a precios muy elevados, es decir, inasequibles a los usuarios—, van a producir, en principio, que los operadores se abstengan de prestar dichos servicios, lo que inhibe la existencia de la oferta de los mismos o que, si se prestan, no sean requeridos por los usuarios, por ser muy deficiente su calidad o excesivamente costosos, lo que llevará a que no se produzca la demanda.

Así, puede decirse que el servicio universal constituye la imposición de una obligación de servicio público que se genera por el derecho de los usuarios a recibir de los operadores la prestación del servicio concreto de las telecomunicaciones y, como contrapartida, supone para los operadores la prestación del conjunto de servicios básicos que deben suministrar obligatoriamente a todos los usuarios. Para lograr el funcionamiento de este binomio derechos-obligaciones, el Estado establece que las prestaciones del servicio universal sean fragmentarias, entendiendo como tales aquellas en que la designación de los operadores obligados se debe hacer en relación con zonas geográficas determinadas, para la prestación de servicios concretos que se deben realizar durante períodos específicos.

IX. LOS SUJETOS Y PRINCIPIOS INVOLUCRADOS EN LAS OBLIGACIONES DE SERVICIO UNIVERSAL DE LAS TELECOMUNICACIONES

En lo que respecta a los sujetos obligados a la prestación del servicio universal, la ley señala como responsables a «los operadores», lo que hace pensar que están obligados a la prestación del servicio universal todos aquellos que establecen y explotan redes o que prestan servicios de telecomunicaciones. Aunque tal interpretación parece correcta en principio, debe advertirse que el artículo 50 de la ley (Comisión Legislativa Nacional, 2000), en algunos supuestos, solo parece haber tenido presente, en un primer momento, a los operadores del servicio de telefonía pública que establecen y explotan redes públicas de telecomunicaciones. En tanto, el Reglamento de Servicio Universal

351

LA REINGENIERÍA
DEL SERVICIO
PÚBLICO:
EL SERVICIO UNI-
VERSAL
DE LAS TELE-
COMUNICACIONES
THE
REENGINEERING
OF PUBLIC
SERVICE: THE
UNIVERSAL
SERVICE OF
TELECOMMUNICA-
TIONS

precisa que a cualquier operador puede asignársele las obligaciones de servicio universal, con excepción de aquellos que prestan el servicio de radiodifusión sonora y televisión abierta, tanto comerciales como comunitarios, sin fines de lucro (Presidencia de la República de Venezuela, 2003, artículos 4 y 23).

Los operadores deben ejecutar las obligaciones de servicio universal en cumplimiento de los siguientes principios (Chinchilla Marín, 1999, p. 266; Souvirón Morenilla, 1999, p. 196):

- a) Que se garantice el acceso al servicio a todos los usuarios que lo soliciten;
- b) Que se ofrezca el servicio a todos los usuarios a un precio razonable;
- c) Que se otorgue igual trato y se permitan idénticas condiciones de acceso y uso al servicio para todos los usuarios;
- d) Que se brinde una oferta de servicio de manera continua y permanente;
- e) Que se respeten las condiciones de calidad de servicio;
- f) Que se tenga capacidad para adaptarse a las diversas necesidades de los usuarios;
- g) Que se respeten los principios de no discriminación, transparencia, publicidad y flexibilidad.

Los sujetos beneficiarios de la prestación del servicio universal son los siguientes: todas las personas en lo concerniente tanto a la conexión a la red de telefonía pública fija y a la prestación del servicio telefónico fijo disponible para el público; todas las personas para tener acceso a la red mundial de Internet; todas las personas en lo que respecta a los servicios de teléfonos públicos de pago, ubicados en el dominio público; únicamente los abonados del servicio telefónico, en lo que respecta a las guías telefónicas; y los grupos de discapacitados y los colectivos con necesidades económicas especiales.

X. EL CONTENIDO DE LAS PRESTACIONES DE SERVICIO UNIVERSAL DE LAS TELECOMUNICACIONES

Las prestaciones a las que hace mención el artículo 50 de la ley (Comisión Legislativa Nacional, 2000) han sido establecidas como obligaciones de servicio universal «prioritarias», a través de las cuales se pretende garantizar lo siguiente:

1. El derecho de las personas de recibir conexión a la red telefónica pública fija y a tener acceso al servicio telefónico fijo, disponible para el público. La conexión debe permitir que el usuario pueda

emitir y recibir llamadas nacionales e internacionales, así como permitir la transmisión de voz, texto y datos.

El operador que debe prestar el servicio universal tiene la obligación de satisfacer todas las solicitudes razonables de conexión a la red telefónica pública fija y de acceso a los servicios disponibles para el público de telefonía fija. Esta conexión y acceso solo podrán negarse por las causas que establece el Reglamento de Servicio Universal (Martínez García, 2002, p. 211). Lo que se pretende en este supuesto específico es que la conexión a la red sea accesible y asequible a las personas (Arpón de MENDÍVIL, 1999, p. 435).

2. El derecho de los usuarios del servicio telefónico a disponer, gratuitamente, de una guía actualizada e impresa en su ámbito territorial; así como el derecho a figurar en las guías telefónicas y a un servicio de información nacional sobre su contenido, sin perjuicio del derecho que tienen a la protección de los datos personales y a la intimidad.

La guía debe elaborarla el operador al cual el ente regulador le asigne la obligación, quien deberá suministrarla de manera gratuita a sus usuarios y a los demás operadores que prestan el servicio telefónico fijo disponible al público, los cuales deberán entregarla de manera gratuita a sus usuarios. La información sobre los servicios y los usuarios de los distintos operadores deberá tener el mismo nivel de relevancia (Martínez García, 2002, p. 214).

3. La existencia de una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago, en el dominio público en todo el espacio geográfico nacional.

Entre los criterios que se consideran válidos para fijar la existencia de una oferta suficiente en cada ámbito geográfico, deben tenerse presentes el carácter urbano o rural de la zona considerada, el número de habitantes de los núcleos de población, la densidad de esta y la penetración del servicio telefónico. Sostiene la doctrina científica que, a los fines de determinar si existe o no una oferta suficiente de teléfonos públicos situados en el dominio público, no pueden contarse las cabinas o locutorios situados en locales privados o en locales públicos donde se prestan servicios públicos (Chinchilla Marín, 1999, p. 281). Estos teléfonos deben permitir la prestación del servicio telefónico fijo disponible para el público y, además, el servicio de conexión de fax y módem, así como incorporar prestaciones adicionales para favorecer la comunicación de los discapacitados (Martínez García, 2002, p. 214).

LA REINGENIERÍA
DEL SERVICIO
PÚBLICO:
EL SERVICIO UNI-
VERSAL
DE LAS TELE-
COMUNICACIONES

THE
REENGINEERING
OF PUBLIC
SERVICE: THE
UNIVERSAL
SERVICE OF
TELECOMMUNICA-
TIONS

4. El derecho de las personas a tener acceso a la red mundial de información Internet.

Aquí la ley introduce como una prioridad que resulta fundamental en la sociedad de la información, el conocimiento y la innovación: por un lado, el reconocimiento del derecho de todas las personas a tener acceso a la red de Internet y, por el otro, su carácter de servicio básico o esencial de las telecomunicaciones, al cual tienen derecho a acceder todas las personas. Esta constituye una diferencia notable con la legislación hispana, respecto a la cual se ha opinado que «no parece que los proveedores de acceso y de servicio a Internet deban estar sujetos a las obligaciones de servicio universal». Sin embargo, se ha observado que si los cambios tecnológicos y de mercado llevan a una penetración importante de la telefonía en Internet, sería pertinente someterla a la regulación de la telefonía vocal (Calvo Díaz, 1999, p. 79). No pasó mucho tiempo para que esto se produjese. En efecto, la ley 32/2003 (Jefatura del Estado Español, 2003) incorporó dentro de los supuestos de las prestaciones de servicio universal que la conexión a la red telefónica pública que se debe ofrecer al usuario final incorpore la posibilidad, tanto de efectuar y recibir llamadas telefónicas, como de permitir comunicaciones de fax y de datos a velocidad suficiente, para acceder de manera funcional a Internet.

5. El derecho de acceso al servicio telefónico fijo disponible al público para los usuarios discapacitados o con necesidades sociales especiales, en condiciones similares a las que se ofrecen al resto de los usuarios.

Este supuesto reconoce el derecho de los usuarios a tener acceso al servicio telefónico fijo disponible al público, no en condiciones de igualdad, sino similares, es decir, equivalentes a las que se ofrecen a los otros usuarios, tratando de lograr la cohesión social. Los dos grupos colectivos mencionados en la norma son (Chinchilla Marín, 1999, p. 282; Martínez García, 2002, p. 215):

- a) Los discapacitados, que comprenden a los invidentes o personas con graves dificultades visuales; los sordos y quienes tengan graves dificultades auditivas; las personas con discapacidades físicas y cualesquiera otras que sufran discapacidades que les impidan manifiestamente el acceso normal al servicio telefónico fijo o le exijan un uso más oneroso del mismo.
- b) Los colectivos con necesidades económicas especiales están constituidos por los pensionados y jubilados, cuya renta familiar no exceda el salario mínimo, aun cuando no son los únicos incluidos en esta categoría.

Considera la doctrina científica que no se trata de un supuesto de servicio universal distinto de los anteriores, sino de una cualificación de las obligaciones de servicio universal antes mencionadas que se aplicará en los casos de usuarios discapacitados o que tengan necesidades sociales especiales (Arpón de Mendívil, 1999, p. 437).

Hay que tener presente que el desarrollo de los contenidos de las obligaciones de servicio universal se encuentran regulados, además de en las disposiciones de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en las normas del Reglamento de Apertura de los Servicios de Telefonía Básica (véase Vargas Leal, 2002; 2005).

XI. LA FINANCIACIÓN DEL SERVICIO UNIVERSAL DE LAS TELECOMUNICACIONES

La asignación por el ente regulador de las obligaciones de servicio universal a un operador lleva a analizar cómo debe producirse su financiación. Estas obligaciones persiguen satisfacer necesidades colectivas de grupos determinados de personas que carecen de capacidad de pago o de la posibilidad de retribuir con sus propios medios económicos y a un precio razonable el servicio esencial que reciben de los prestadores de los servicios de las telecomunicaciones. En tales condiciones, no resultaría equitativo obligar a los operadores a realizar tales prestaciones de modo tal que ellos tuviesen que asumir plenamente sus mayores costos. Para solucionar tal situación, que constituye una desventaja competitiva para los operadores obligados a la realización de prestaciones no rentables, se impone la financiación del servicio universal (Chinchilla Marín, 1999, p. 291).

Esta inevitable deficiencia financiera debe ser solventada, en virtud de la solidaridad social obligatoria o coercible, mediante la puesta en juego de la capacidad financiera del conjunto de la sociedad, de manera que sea a través de los recursos públicos que se sufrague el costo del servicio universal que no puede ser financiado por los usuarios directamente ni por la capacidad autofinanciera exigible a cada operador (Martínez López-Muñiz, 2000, p. 2812). Dicho esto, cabe preguntarse lo siguiente: si la prestación del servicio no es económicamente rentable para el operador, al imponerse la obligación de servicio universal, ¿cómo se garantiza la prestación sin afectar financieramente al prestador? En tal sentido, señala la doctrina científica que «el sujeto que asume la obligación de llevar a cabo la correspondiente prestación no tiene por qué asumir en justicia su financiación: imponerle una y otra atentaría derechamente contra el principio de igualdad ante las cargas públicas, que es fundamental en un Estado de Derecho y que tiene rango constitucional» (Martínez López-Muñiz, citado en Ariño Ortiz & otros, 1997, p. 33).

355

LA REINGENIERÍA
DEL SERVICIO
PÚBLICO:
EL SERVICIO UNI-
VERSAL
DE LAS TELE-
COMUNICACIONES

THE
REENGINEERING
OF PUBLIC
SERVICE: THE
UNIVERSAL
SERVICE OF
TELECOMMUNICA-
TIONS

Este principio, de igualdad ante las cargas públicas, que se encuentra recogido en el artículo 133 de la Constitución, es el que justifica que el legislador haya establecido la obligación de aportar un porcentaje de los ingresos brutos a todos los operadores de telecomunicaciones con fines de lucro, con excepción de aquellos que prestan los servicios de radiodifusión sonora y televisión, en lo que respecta a los ingresos que obtengan por dicha actividad, para la constitución del Fondo de Servicio Universal de las Telecomunicaciones. La constitución de este Fondo tiene como objeto no afectar el equilibrio económico-financiero del operador obligado a prestar las obligaciones de servicio universal, así como estimular y lograr que este preste el servicio básico o esencial a todos los usuarios, en condiciones de calidad y a precios asequibles, recibiendo una compensación razonable por tal prestación. También pueden aportar al Fondo cualquier persona natural o jurídica que tenga a bien efectuar una donación (Comisión Legislativa Nacional, 2000, artículo 58, numeral 2).

El Fondo de Servicio Universal tiene la finalidad de cumplir los siguientes objetivos:

1. Subsidiar el costo de las infraestructuras necesarias para el cumplimiento del servicio universal. Las infraestructuras subsidiadas y empleadas para la prestación de la obligación de servicio universal no podrán ser enajenadas, cedidas o gravadas por el operador sin la previa aprobación del ente regulador de las telecomunicaciones. Una vez cumplida la obligación por el operador, tales infraestructuras serán consideradas por el ente regulador como propiedad del operador, siempre que se determine la existencia de competencia efectiva en el mercado, para lo que se requerirá la opinión de la autoridad de la libre competencia (Presidencia de la República de Venezuela, 2003, artículo 65).

Las infraestructuras subsidiadas total o parcialmente con recursos del Fondo de Servicio Universal pueden ser sustituidas o repuestas por los operadores, en casos de mantenimiento preventivo y correctivo, así como por adecuación menor de planta, siempre que:

- a) Sea reemplazada por infraestructura de similar calidad.
- b) No implique un cambio sustancial a la estructura de costos de la operación.
- c) Se garantice la continuidad en la prestación del servicio, en las condiciones de calidad establecidas.

Estas sustituciones o reposiciones deben ser notificadas periódicamente al ente regulador y no supondrán el uso de recursos adicionales del Fondo de Servicio Universal. Si las

357

reposiciones o sustituciones se originan por caso fortuito, fuerza mayor u otras circunstancias extraordinarias, deberán someterse a la aprobación del ente regulador, el cual, en caso de considerarlo conveniente y oída la opinión favorable de la Junta de Evaluación y Seguimiento de Proyectos, podrá acordar el uso adicional de los recursos del Fondo para tales fines. También existe la posibilidad que las infraestructuras subsidiadas total o parcialmente por el Fondo de Servicio Universal que están siendo utilizadas para la satisfacción de obligaciones de servicio universal puedan ser utilizadas por el operador para la prestación de otros servicios que no sean obligación de servicio universal o para arrendarlas parcialmente, siempre que tales actividades no afecten la continuidad en la prestación del servicio sometido a la obligación de servicio universal, ni menoscaben su calidad o la ejecución del programa de despliegue de infraestructura establecido en el proyecto, previa autorización del ente regulador de las telecomunicaciones.

2. Mantener la neutralidad de sus efectos, con el fin de garantizar la libre competencia, en los términos establecidos en la ley y desarrollados en el reglamento, es decir, evitando la desventaja competitiva que significa para el operador cumplir con la obligación de prestar los servicios concretos de telecomunicaciones.

XII. EL MONTO DEL SUBSIDIO AL SERVICIO UNIVERSAL DE LAS TELECOMUNICACIONES

La ley señala que quien determina el monto a subsidiar es el operador que prestará el servicio universal, de conformidad con los criterios establecidos por el ente regulador de las telecomunicaciones. El subsidio se otorga con los recursos provenientes del Fondo de Servicio Universal y está dirigido a financiar total o parcialmente los costos de infraestructura² en los que deben incurrir los operadores a los cuales se les haya establecido obligaciones de servicio universal. Los artículos 9 al 14 del Reglamento de Servicio Universal regulan los mecanismos de determinación y los criterios del cálculo del monto máximo, mínimo y efectivo del subsidio que se otorgará al operador al que se le asignen obligaciones de servicio universal.

2 El artículo 8 del Reglamento de Servicio Universal considera como costos de infraestructuras «aquellos atribuibles a los elementos, funciones y activos asociados a la instalación, planificación, mantenimiento y operación de la infraestructura necesaria para el cumplimiento de una obligación de Servicio Universal de Telecomunicaciones» (Presidencia de la República de Venezuela, 2003).

LA REINGENIERÍA
DEL SERVICIO
PÚBLICO:
EL SERVICIO UNI-
VERSAL
DE LAS TELE-
COMUNICACIONES

THE
REENGINEERING
OF PUBLIC
SERVICE: THE
UNIVERSAL
SERVICE OF
TELECOMMUNICA-
TIONS

XIII. LAS FASES PARA LA DETERMINACIÓN DEL SERVICIO UNIVERSAL DE TELECOMUNICACIONES

El ente regulador de las telecomunicaciones, para establecer las obligaciones de servicio universal, debe realizar las siguientes fases (Presidencia de la República de Venezuela, 2003, artículo 15):

- a) La fase de determinación de las necesidades, en la cual se realiza una identificación y evaluación de los requerimientos de servicios de telecomunicaciones en las zonas geográficas que han sido definidas para el cumplimiento de las obligaciones de servicio universal, así como la determinación de los objetivos que deben ser cumplidos.
- b) La fase de formulación del proyecto, en la que se realiza el diseño a nivel del sistema de soporte físico y lógico que sea necesario para la prestación de los servicios en lapsos determinados y en ubicaciones específicas, así como la estimación económica de los costos relacionados, requerimiento de inversiones y políticas tarifarias aplicables y la determinación de la información necesaria, así como los índices específicos que permitan estimar la sostenibilidad del proyecto conforme a la financiación contemplada con los recursos del Fondo de Servicio Universal.
- c) La fase de asignación de la obligación de servicio universal específica, en la que se establece cuál es el operador obligado para prestar el servicio, en las condiciones establecidas en el ordenamiento jurídico. Esta se puede llevar a cabo mediante dos mecanismos: el primero es el mecanismo abierto de asignación y el segundo es el mecanismo de asignación directa.

Todas las fases deben ejecutarse conforme a lo dispuesto en la ley y el Reglamento de Servicio Universal, que las regula de manera precisa.

XIV. LA AMPLIACIÓN Y CESACIÓN DEL SERVICIO UNIVERSAL DE LAS TELECOMUNICACIONES

Una vez establecidas cuáles son las obligaciones de servicio universal, puede suceder que, como consecuencia del progreso tecnológico, mejore la calidad y la diversidad de los servicios de telecomunicaciones. Ello hace necesario revisar dichas obligaciones con el objeto de ampliar la concepción de lo que se considera servicio universal, incorporando a la misma nuevos servicios que se consideraban innecesarios en la sociedad. Ello demuestra que el servicio universal es un concepto dinámico y en evolución constante. En razón de ello, el ente regulador de las telecomunicaciones debe cuantificar, planificar, revisar y ampliar periódicamente las obligaciones de servicio universal, en función de la

satisfacción de las necesidades de telecomunicaciones y el desarrollo del mercado (Comisión Legislativa Nacional, 2000, artículo 51).

La redacción de esta norma no hace mención a la posibilidad de que las obligaciones de servicio universal, luego de cuantificadas, planificadas y revisadas, se reduzcan, cesen, se eliminen o se supriman. Sin embargo, esta ausencia de mención no constituye óbice para que se puedan reducir, eliminar o cesar dichas obligaciones en aquellos casos en los cuales, como consecuencia de los avances tecnológicos y del desarrollo del mercado, se puedan prestar los servicios básicos o esenciales de telecomunicaciones a todos los usuarios en régimen de libre competencia, cumpliendo los estándares de calidad mínimos, a precios asequibles y con independencia de la ubicación geográfica.

Así lo reconoce la doctrina científica, al señalar que la propia lógica sobre la que descansa el concepto de servicio universal exige que el ente regulador de las telecomunicaciones excluya del concepto a determinadas prestaciones desde el momento en que comprueba que algunas de estas obligaciones de servicio universal son correcta y suficientemente satisfechas por el libre mercado. Es decir, que ellas se están llevando a cabo efectivamente, en condiciones de precio, cobertura y calidad similares a aquellas en que los operadores designados deben prestarlas, en cuyo caso dejarán de tener el carácter obligatorio que la ley les confiere. Esto permite que el ente regulador, previa audiencia de los interesados, pueda determinar la reducción de la prestación de la obligación de servicio universal y, como consecuencia, cesará la financiación prevista para dichas obligaciones. No obstante, ello no significa una reducción de los niveles prestacionales que se garantizan a las personas, puesto que serán suficientemente asegurados por el mercado (Chinchilla Marín, 1999, p. 278; Martínez García, 2002, p. 215).

Esto es perfectamente coherente con el carácter subsidiario que pretende darse a la intervención administrativa en el sector de las telecomunicaciones, pues solo si el mercado falla (y mientras dure la disfunción) debe intervenir el ente regulador de las telecomunicaciones para garantizar la prestación del servicio universal (Martínez García, 2002, p. 206). Los asertos anteriores guardan armonía con la norma que le atribuye a la Junta de Evaluación y Seguimiento de Proyectos del Fondo Servicio Universal la competencia para recomendar al ente regulador de las telecomunicaciones la cesación o modificación de las obligaciones de servicio universal (Comisión Legislativa Nacional, 2000, artículo 57, numeral 6), sin que ello pueda implicar una desmejora de los derechos de los usuarios garantizados por las obligaciones que constituyen el servicio universal (Comisión Legislativa Nacional, 2000, artículo 51).

359

LA REINGENIERÍA
DEL SERVICIO
PÚBLICO:
EL SERVICIO UNI-
VERSAL
DE LAS TELE-
COMUNICACIONES

THE
REENGINEERING
OF PUBLIC
SERVICE: THE
UNIVERSAL
SERVICE OF
TELECOMMUNICA-
TIONS

XV. UNA CONSIDERACIÓN FINAL SOBRE EL SERVICIO UNIVERSAL DE LAS TELECOMUNICACIONES

Todo lo señalado permite plantear una posible respuesta a la pregunta formulada en este trabajo: ¿qué se entiende por servicio universal de las telecomunicaciones? El servicio universal puede ser comprendido en una doble perspectiva:

a) En sentido amplio, el servicio universal constituye una evolución de la tradicional técnica de intervención del Estado en el ámbito económico y social, previa declaración formal de servicio público. Se considera una evolución en tanto que el servicio público tradicional suponía que el Estado asumía la realización de una actividad en muchos casos de manera exclusiva, al considerar que él era el único que mediante la realización de determinadas actividades de prestación podía satisfacer adecuadamente el interés general, relegando para ello la libertad de empresa, la iniciativa privada y la libre competencia. En cambio, el servicio universal no niega la existencia de las libertades económicas, sino que busca armonizar la convivencia de estas con las garantías de satisfacción del interés general, razón por la cual se reconoce la posibilidad de que el Estado imponga obligaciones o misiones de prestación de determinados servicios esenciales a los operadores.

Esto permite considerar que el servicio universal viene a conformar un régimen jurídico que va más allá del derecho común, es decir, que se trata de un ordenamiento jurídico especial de derecho público que debe aplicarse en aquellos casos en los cuales el mercado no sea capaz de satisfacer las necesidades básicas de las personas. Este régimen jurídico se encuentra conformado por el derecho comunitario, la Constitución, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y los reglamentos de desarrollo de esta. En dicho marco jurídico se establecen las prioridades a ejecutar como obligaciones de servicio universal; los términos y procedimientos para que el ente regulador lleve a cabo la planificación, cuantificación, asignación, revisión, modificación, ampliación y cesación de tales obligaciones; así como la constitución del fondo para la financiación y los mecanismos de financiación de las obligaciones de servicio universal.

b) En sentido estricto, el servicio universal no viene a ser más que el *servicio básico o esencial* que todos los usuarios tienen derecho a recibir de los operadores de telecomunicaciones y que estos están obligados a prestar con arreglo a un estándar de calidad mínimo, a un precio asequible a todos, con independencia de la ubicación geográfica en el territorio nacional, dentro de un sistema económico de libre competencia. Conforme a ello, el servicio universal, desde el punto de vista jurídico, consiste en la imposición de prestaciones, obligaciones o misiones de derecho público a los operadores de los servicios de telecomunicaciones, imposición motivada por una decisión de política pública por medio de

la cual se pretende garantizar la prestación regular, continua y general de un servicio concreto. Con ello, se crea un auténtico derecho subjetivo en los particulares de acceder a las prestaciones definidas por la norma jurídica, derecho que puede ser exigido ante la autoridad administrativa responsable de la imposición de las obligaciones y ante los tribunales del orden jurisdiccional administrativo, conforme a la previsión del artículo 259 de la Constitución (Sánchez Rodríguez, 2002, p. 154).

XVI. BIBLIOGRAFÍA

Araujo-Juárez, José (dir.) (2005). *Derecho de las redes y servicios de telecomunicaciones*. Caracas: Paredes Editores.

Ariño Ortiz, Gaspar & otros (1997). *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons,.

Arpón de Mendivil, Almudena (1999). Las obligaciones de servicio público. En Almudena Arpón de Mendivil y Ángel Carrasco Pera (dir.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Pamplona: Aranzadi.

Calvo Díaz, Gloria (1999). La convergencia de sectores: telecomunicaciones, audiovisual. servicios telemáticos. La telefonía por Internet. En Gloria Calvo Díaz (dir.), *El nuevo marco jurídico de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales* (pp. 45-80). Madrid: CGPJ.

Chillón Medina, José María & Guillermo Escobar Roca (2001). *La comisión del mercado de las telecomunicaciones*. Madrid: Dykinson.

Chinchilla Marín, Carmen (1999). Obligaciones de servicio público y derechos y obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones. La financiación del servicio universal. En Eduardo García de Enterría y Tomás de la Quadra-Salcedo (coords.). *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Madrid: Civitas.

Comisión de la Comunidad Andina (1999). Decisión 462: Normas que Regulan el Proceso de Integración y Liberalización del Comercio de Servicios de Telecomunicaciones en la Comunidad Andina. *Gaceta Oficial Andina*, 444(1 de junio).

Comisión Legislativa Nacional (2000). Ley Orgánica de Telecomunicaciones. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 36(970), 12 de junio.

Consejo de la Unión Europea (1994). Resolución del Consejo, de 7 de febrero de 1994, Relativa a los Principios del Servicio Universal en el Sector de las Telecomunicaciones. Resolución 94/C 48/01. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 16 de febrero.

Constitución de la República de Venezuela (1999).

Delpiazzo, Carlos E. (2001). *Régimen jurídico de las telecomunicaciones*. Montevideo: Universidad de Montevideo,

361

LA REINGENIERÍA
DEL SERVICIO
PÚBLICO:
EL SERVICIO UNI-
VERSAL
DE LAS TELE-
COMUNICACIONES

THE
REENGINEERING
OF PUBLIC
SERVICE: THE
UNIVERSAL
SERVICE OF
TELECOMMUNICA-
TIONS

Delpiazzo, Carlos E. (2005). *Derecho de las telecomunicaciones*. Montevideo: Universidad de Montevideo.

Fernández, Tomás Ramón (1999). Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy. *Revista de Administración Pública*, 150, 57-74.

Fernando Pablo, Marcos (1998). *Derecho general de las telecomunicaciones*. Madrid: Codex.

Hernández-Mendible, Víctor Rafael (2009). *Telecomunicaciones, regulación y competencia*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana-FUNEDA.

Hernández, José I. (2004). *El régimen legal del servicio universal de telecomunicaciones en Venezuela*. Caracas: FUNEDA.

Jefatura del Estado Español (2003). Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. *Boletín Oficial del Estado*, 264(4 de noviembre). BOE-A-2003-20253

Laguna de Paz, José Carlos (1995). Liberalización y neorregulación de las telecomunicaciones en el derecho comunitario. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 88, 491-508.

Machta Chendi, Zulay (2012). El régimen de servicio e interés público de las telecomunicaciones, según la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2010. En Víctor Rafael Hernández-Mendible (dir.), *Los servicios públicos domiciliarios* (pp. 165-195). Caracas: Editorial Jurídica Venezolana-FUNEDA-Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila (CERECO-UMA).

Martínez García, Clara (2002). *La intervención administrativa en las telecomunicaciones*. Madrid: Comillas.

Martínez López-Muñiz, José Luis (1999). Nuevo sistema conceptual. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 3, 133-152.

Martínez López-Muñiz, José Luis (2000). En torno a la nueva regulación de los servicios esenciales económicos en red (A propósito de la nueva Ley General de Telecomunicaciones y su sistema conceptual). En Francisco Sosa Wagner (coord.), *El derecho administrativo en el umbral del Siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo* (pp. 2795-2824), tomo III. Valencia: Tirant lo Blanc.

Mollinedo Chocano, José Joaquín (1999). Los servicios de telecomunicación. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 4, 153-198.

Muñoz Machado, Santiago (1998). *Servicio público y mercado. I. Fundamentos*. Madrid: Civitas.

Presidencia de la República de Venezuela (2003). Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre el Servicio Universal de Telecomunicaciones. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 37(781), 23 de septiembre.

Roldán Martín, Áurea (2000). Los nuevos contornos del servicio público. *Derecho Administrativo Económico*, 12, 15-56.

Sánchez Rodríguez, Antonio Jesús (2002). *Derecho de las telecomunicaciones, nuevo derecho y nuevo mercado*. Madrid: Dykinson.

Souvirón Morenilla, José M. (1999). *El proceso de liberalización y la nueva regulación de las telecomunicaciones*. Granada: Comares.

Tribunal Supremo de Justicia de la República de Venezuela (2003). Sentencia 1142, 15 de mayo.

Tribunal Supremo de Justicia de la República de Venezuela (2004). Sentencia 2167, 14 de septiembre.

Vargas Leal, Luis (2002). Régimen jurídico del servicio universal de telecomunicaciones. *Revista Tachirenses de Derecho*, 14, 203-231.

Vargas Leal, Luis (2005). Plan de Desarrollo de Obligaciones de Servicio Universal. En Autores varios. *Derecho de las redes y los servicios de telecomunicaciones* (pp. 768-785). Caracas: Paredes Editores.

Recibido: 24/02/2016
Aprobado: 13/04/2016

363

LA REINGENIERÍA
DEL SERVICIO
PÚBLICO:
EL SERVICIO UNI-
VERSAL
DE LAS TELE-
COMUNICACIONES
THE
REENGINEERING
OF PUBLIC
SERVICE: THE
UNIVERSAL
SERVICE OF
TELECOMMUNICA-
TIONS

MISCELÁNEA

DERECHO
PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

El principio constitucional de laicidad en Francia: a un año del atentado contra Charlie Hebdo

The constitutional principle of french laicism post Charlie Hebdo

MILAGROS AURORA REVILLA IZQUIERDO*

Resumen: El atentado contra Charlie Hebdo, en enero de 2015, provocó declaraciones políticas y reflexiones académicas sobre, principalmente, la amenaza que significó para el principio constitucional de laicidad francés y los valores de la República, sin perjuicio de la mención a la libertad de expresión y otros derechos, así como a la relación con los ataques terroristas cometidos el 13 de noviembre en París en el mismo año. El objeto de este trabajo es la comprensión y aplicación de este principio constitucional en las circunstancias actuales en Francia, tomando en cuenta sus fundamentos jurídicos, la reciente jurisprudencia nacional y la consideración sobre este principio en la comunidad jurídica internacional.

Palabras clave: Estado laico – neutralidad – principio constitucional – república – libertad de conciencia y religión – blasfemia – igualdad – servicios públicos

Abstract: The attack on Charlie Hebdo in January 2015 caused political statements and academic reflections principally on the danger to constitutional principle of french laicism and republican values, without detriment to the references to freedom of expression and other rights as to the relationship with terrorist attacks in november 13 in Paris in the same year. The purpose of this work is the understanding and application of this constitutional principle in the present circumstances in France. The point of reference is the legal basis, the recent national jurisprudence and consideration of this in the international legal community.

Key words: laic State – neutrality – constitutional principle – republic – freedom conscience and religion – blasphemy – equality – public services

CONTENIDO: I.- INTRODUCCIÓN: DECLARACIONES EN TORNO A LOS HECHOS.- II. EL PRINCIPIO DE LAICIDAD EN FRANCIA.- II.1. LA LEY DE 1905 SOBRE LA SEPARACIÓN ENTRE EL ESTADO Y LAS IGLESIAS.- II.1.1. LA JORNADA DE LA LAICIDAD.- II.2. PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LAICIDAD.- II.2.1. EL CONSEJO CONSTITUCIONAL: LA NATURALEZA Y LOS FUNDAMENTOS DE

* Abogada y magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Licenciada en Derecho Canónico por la Universidad Pontificia Comillas de Madrid. Licenciada en Ciencias Religiosas por la Pontificia Universidad Santo Tomás de Aquino en Roma. Doctoranda en el Ph.D. en Estado, Personas y Servicios Públicos en el Ordenamiento Europeo e Internacional, en la Universidad de Bolonia, Italia. Correo electrónico: revilla.milagros@pucp.pe

LA LAICIDAD.- III. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LAICIDAD.- III.1. LA LAICIDAD EN LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS PÚBLICAS.- III.2. EL CASO DE LAS ASOCIACIONES O EMPRESAS PRIVADAS QUE BRINDAN SERVICIOS PÚBLICOS.- III.3. LÍMITE DE LA LIBERTAD RELIGIOSA Y NO LAICIDAD EN EL ESPACIO PÚBLICO.- III.4. LA EXCEPCIÓN A LA LAICIDAD.- III.5. EL OBSERVATORIO DE LA LAICIDAD.- IV. EL PRINCIPIO DE LAICIDAD FRANCÉS EN LA COMUNIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL.- V. CONCLUSIÓN.- VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: DECLARACIONES EN TORNO A LOS HECHOS

*Laicidad liberal, laicidad respetuosa de la realidad, tal es la forma
que el derecho ha dado a la laicidad en el Estado francés
en la Constitución de 1958*

Jean Rivero

Teniendo como marco a la norma constitucional, a continuación hacemos un análisis de las declaraciones políticas sobre el ataque a Charlie Hebdo y analizamos la diferencia entre la reacción jurídica frente a lo sucedido en enero y la reacción jurídica frente a los atentados de noviembre de 2015.

El 07 de enero de 2015, en París, se atentó contra el semanario Charlie Hebdo. En sus oficinas, los hermanos Kouachi, de nacionalidad francesa, asesinaron a 5 caricaturistas y a otras 6 personas presentes en la reunión de la redacción de esa fecha. Unos minutos antes, habían asesinado también a un agente de seguridad de la redacción, aunque se cuentan en total 17 víctimas, porque también se incluyen a quienes murieron como consecuencia de la fuga de los terroristas y la toma de rehenes en el Hyper Cacher, un supermercado judío. Ese mismo año, el 13 de noviembre, se atentó contra cinco lugares en París: Rue Bichat, Le Bataclan, Rue de la Fontaine au Roi, Rue de Charonne, Stade de France. Dichos ataques tuvieron como resultado 130 víctimas, de 19 nacionalidades distintas. En ambos atentados, los asesinos son europeos —franceses y belgas—, fundamentalistas musulmanes calificados por el gobierno francés como terroristas.

Charlie Hebdo es un semanario satírico de izquierda que, según un análisis publicado por *Le Monde* (2015b), está dirigido principalmente a atacar, especialmente, a personajes de la política francesa e internacional, así como a personalidades mediáticas del deporte, del espectáculo, de la actualidad económica y social, y de la religión. En lo que concierne a los personajes políticos, se ha dedicado especialmente a burlarse de Nicolas Sarkozy y, en menor medida, de Le Pen, sin dejar de ocuparse también

de la clase política actual (en efecto, se constatan incluso números en contra de François Hollande).

El análisis de *Le Monde* se realizó sobre los titulares de las portadas (que reflejan, básicamente, el contenido de los números) entre 2005 y 2015. El 7% del total está dirigido a la religión y, dentro de ese porcentaje, más de la mitad a la religión católica; siempre sobre la base del total de esas publicaciones, solo el 1,3% se dirige a la religión musulmana. Siguiendo el período analizado de las publicaciones, las que son consideradas más virulentas se han dedicado a la extrema derecha francesa y a la religión católica. Se trata de temas recurrentes incluso antes del período objeto del mencionado análisis. Sobre la reacción a los números del semanario, se menciona que en la década de 1990 fueron los grupos de extrema derecha y las asociaciones católicas nacionalistas las que iniciaron procesos judiciales contra la revista. Es a partir de las publicaciones de 2006 cuando comienzan a caricaturizar a Mahoma, lo que suscita en 2007 y 2012 que las comunidades musulmanas inicien procesos judiciales contra ellos.

Antes del atentado de enero de 2015, debido a la publicación de un número de la revista titulado «Charia Hebdo», la revista fue objeto, en 2011, de un atentado llevado a cabo por fundamentalistas islámicos, el cual no ocasionó víctimas humanas. A una semana del atentado, Charlie publicó en la portada un dibujo de Mahoma con el título «Todo está perdonado». Dicha edición alcanzó el número de 7,5 millones de ejemplares vendidos en Francia y en el resto del mundo, aunque con restricciones en algunos países para su difusión y ausente en gran parte de los medios de Estados Unidos y de la mayoría de los medios británicos. Al año de su publicación, la nueva portada tiene como título «Un año después, el asesino sigue corriendo». Dicho título se sitúa sobre la caricatura de un dios que sin duda es cristiano, porque tiene sobre su cabeza el triángulo con un ojo en el centro que, para la iconografía de esa religión, representa sin duda a la trinidad, la cual va a la carrera con el vestido o túnica manchado de sangre y con un fusil kaláshnikov a la espalda (Le Monde, 2016a). Esto fue objeto de críticas, en especial de *L'Osservatore Romano* (2016), que recoge (a su vez) las opiniones del episcopado francés junto a las del presidente del Consejo Francés del Culto Musulmán, entre otros, afirmando que la revista se encuentra detrás de la bandera mentirosa de una «laicidad sin compromisos» que no quiere respetar la fe en dios de todo creyente.

Ahora bien, nos encontramos ante una publicación periódica semanal que no tiene una fobia hacia el islam, aunque los títulos de los números de la revista que han tenido como objeto a la religión sean los que han recibido una atención mediática internacional, precisamente por la reacción de los grupos religiosos. El número de sus publicaciones

369

EL PRINCIPIO
CONSTITUCIONAL
DE LAICIDAD
EN FRANCIA: A
UN AÑO DEL
ATENTADO
CONTRA CHARLIE
HEBDO

THE
CONSTITUTIONAL
PRINCIPLE OF
FRENCH LAICISM
POST CHARLIE
HEBDO

dedicadas a ese tema lo demuestra. Las reacciones de condena al atentado no pueden significar, entonces, la condescendencia frente al ataque a la religión musulmana, sino, en cambio, la reivindicación de los valores y principios que han sido amenazados con el ataque a la revista (Valls, 2015b).

Las declaraciones como consecuencia del atentado contra Charlie Hebdo en Francia se encauzaron a reafirmar la laicidad como garantía de la libertad de conciencia, de religión y de expresión. Ello puede notarse tanto en las afirmaciones de los periodistas Gérard Biard (*Libération*, 2015) y Laurent Sourisseau —conocido con el apodo «Riss»— (Piquard, 2015) (jefe de la redacción y director, respectivamente, del semanario), como también en las declaraciones sobre el atentado que hiciera el presidente del Consejo Constitucional (CC) Jean-Louis Debré (*Le Monde*, 2015a), quien enfatizó aún más la importancia que tiene en esta época la laicidad en la República en contra de la intolerancia. Como respuesta al atentado, se organizó una marcha y manifestación el domingo 11 de enero de 2015 en la Place de la République. Dicha marcha significó un acto de solidaridad internacional y de protesta contra el acto de terrorismo que atentó contra el Estado de derecho y el Estado de las libertades. Dicha manifestación fue, para los constitucionalistas como Dominique Rousseau (2015), motivo de reflexión, porque, en torno al derecho, al principio de igualdad y a los valores proclamados en la República, se constató el universalismo o la potencialidad universal de los derechos.

Siguiendo a Rousseau, los individuos, las personas, se reunieron en esa marcha como una asociación política, como un pueblo, en torno a la libertad de expresión y al principio de igualdad que implica el tratamiento diferente a las situaciones diferentes, contra quienes sostienen que el pueblo se construye sobre la base de la identidad derivada del derecho natural o de la homogeneidad de origen, de religión o étnica, siguiendo a Sieyes o a Schmitt, respectivamente. Es decir, lo que provocó el caso Charlie Hebdo es la experiencia de un pueblo formado por el derecho, por sus principios. Un pueblo que proclama en la marcha «laïcité» como un valor que los une e identifica como comunidad política francesa (Gaudemet, 2015, p. 329), tan importante como lo es la lengua para la adquisición de la nacionalidad francesa¹.

El discurso del primer ministro Manuel Valls dirigido a la Asamblea Nacional el 13 de enero para homenajear a las víctimas de los atentados (es decir, del ataque a Charlie Hebdo y de los actos antisemitas que se

¹ El Consejo de Estado en su jurisprudencia CE 21 de diciembre 2007, citada por Dieu (2014, p. 636), ha interpretado el artículo 21-4 del Código Civil, el cual trata expresamente como requisitos para la adquisición de la nacionalidad francesa el conocimiento de la lengua y de los derechos y deberes que se derivan del otorgamiento de esta nacionalidad, incluyendo también a la laicidad.

371

cometieron inmediatamente después de aquel) constituye un referente del puesto de la laicidad en la agenda política del actual gobierno. En ese discurso, Valls (2015a), teniendo como marco el fenómeno de radicalización, afirma que existe una diferencia entre la libertad a la impertinencia — que no es blasfemia, afirmando que esta última no es parte del derecho francés y no lo será— y el antisemitismo, el racismo, la apología al terrorismo y el negacionismo, que son delitos, crímenes que la justicia deberá punir ahora aun más con rigor². El primer ministro plantea como urgencias que debe afrontar el gobierno la lucha contra el antisemitismo y la protección de los compatriotas musulmanes; además, admite la insuficiencia de la política de integración de los últimos treinta años y que el debate hodierno no es entre el Islam y la sociedad. Precisamente como respuesta a esas urgencias, invoca a la República y sus valores, dentro de los cuales la laicidad, dice, es la primera, en tanto garante de la unidad y de la tolerancia. Se trata de una laicidad que, dice el primer ministro, consiste en la posibilidad de creer y de no creer. Así, Valls afirma y anuncia que la laicidad debe estar en el corazón de la República y en el de las escuelas, en todos los niveles de la educación nacional, como una exigencia y a través de medidas que discutiremos más adelante.

Continuando con las declaraciones, el 26 de octubre de 2015, con motivo del Premio de la Laicidad organizado por el Observatorio de la Laicidad, el primer ministro (2015b) afirma que la laicidad es parte de los valores franceses, de su identidad republicana. Añade, además, que aquella es en estos días atacada, criticada, puesta en cuestión. Advierte, incluso, que existen aquellos que utilizan el eslogan de «laicidad positiva», «laicidad abierta», como si fuese necesario calificarla, cuando en cambio es un principio suficientemente claro. Al calificarla, se le circunscribe el perímetro, se reduce su alcance, se la hace vacilar³. Al atacar a la laicidad, se ataca a la historia de Francia, de la República francesa, a sus valores, a la tolerancia, al convivir.

En el mensaje del 31 de diciembre reciente del presidente François Hollande (2015), se menciona a Charlie Hebdo dentro de la serie de atentados ocasionados por los extremistas musulmanes. A ese respecto, el presidente señala que no permitirá que se atente contra la República laica, contra la práctica de la religión de un conciudadano, y que tampoco permitirá que los ataques a los lugares de culto queden impunes, lo que

EL PRINCIPIO
CONSTITUCIONAL
DE LAICIDAD
EN FRANCIA: A
UN AÑO DEL
ATENTADO
CONTRA CHARLIE
HEBDO

THE
CONSTITUTIONAL
PRINCIPLE OF
FRENCH LAICISM
POST CHARLIE
HEBDO

2 Respecto a la «blasfemia», advertimos que el término es diferente al «delito de blasfemia», el cual no existe en el ordenamiento francés, excepto en los territorios de Alsacia y Mosela.

3 La laicidad «positiva» fue utilizada en un discurso de Nicolas Sarkozy el 20 de diciembre de 2003 en la Basílica de San Juan de Letrán en Roma. Sin embargo, en el ámbito académico, el calificativo de «positiva» inicialmente se le ha atribuido a la obligación que el Estado laico tiene de asegurar el libre ejercicio de los cultos, especialmente en el caso de las capellanías o servicios religiosos en los establecimientos de difícil acceso, llamándola neutralidad positiva (Rivero, 1960, pp. 277-278).

vale tanto si se profana una sinagoga, una mezquita, un templo o una iglesia, porque en todo eso se juega el honor de Francia.

En otros países, la implicancia de este atentado ha ocasionado reflexiones jurídicas que han evidenciado con más intensidad, en cambio, el tema de las garantías de la libertad de expresión y de las limitaciones que esta pudiese tener (o no tener) respecto a la blasfemia: por ejemplo, en Gran Bretaña (Benesch, 2015, pp. 244ss.), en Italia (Basile, 2015, pp. 69 ss.), entre otros países (Callamard, 2015, pp. 207ss.). En Noruega, incluso, como consecuencia del atentado contra Charlie Hebdo, el Parlamento (por unanimidad) decidió abolir en mayo de 2015 el delito de blasfemia (Astié & otros, 2015). En la comunidad internacional, la relación entre la libertad de expresión y la blasfemia ya había sido afrontada por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU) en la observación general 34, al interpretar el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el cual trata sobre la libertad de opinión y expresión: «La prohibición de las demostraciones de falta de respeto por una religión u otro sistema de creencias, incluidas las leyes sobre la blasfemia, es incompatible con el Pacto, excepto en las circunstancias previstas explícitamente en el párrafo 2 de su artículo 20[...]» (ONU, 2011). En el mismo sentido, el Consejo de Derechos Humanos, al abordar el tema de la violencia infringida en nombre de la religión, recomienda lo siguiente: «Los Estados deben derogar las leyes contra la blasfemia, las leyes contra la conversión y las disposiciones penales discriminatorias de cualquier otro tipo, incluidas las basadas en leyes religiosas» (ONU, 2014).

Luego de los atentados del 13 de noviembre, observamos que el atentado contra Charlie Hebdo no provocó la respuesta política y jurídica consistente en modificar la Constitución de la V República, respuesta que sí tuvo lugar tras los atentados del 13. Ello es comprensible, pues, más allá del número de víctimas y de atentados, la situación de alarma frente al terrorismo se ha intensificado no solo en Francia sino en los demás Estados europeos. Es así que se explica que, a tres días del atentado de noviembre, el presidente Hollande (Presidencia de la República de Francia, 2015) haya propuesto que se inicie el proceso para la ley constitucional que será la reforma número 25 de la Constitución de 1958. Dicha reforma tendrá por objeto la modificación del artículo 36 de la Constitución, en donde actualmente solo se contempla el Estado de sitio y no al Estado de emergencia, tras considerar, además, que tanto el artículo 36 como el artículo 16 de la Constitución no responden a la situación actual que tiene por objeto actuar dentro del marco del Estado de derecho contra el terrorismo sin que las funciones y libertades públicas no dejen de funcionar y, más aun, sin que se transfieran las competencias de las autoridades civiles

a las militares. El proyecto de reforma constitucional 3381 contempla, además, la modificación del artículo 34 de la Constitución, con el fin de hacer posible la pérdida de la nacionalidad francesa a los franceses con doble nacionalidad que hayan sido condenados por un crimen que constituya un atentado grave contra la Nación. El proceso de reforma constitucional está previsto por el artículo 89 de la Constitución, que declara también lo que es irreformable (es decir, la forma republicana de Francia).

En este contexto de reforma, no podemos dejar de mencionar el tema de la laicidad, porque, para una parte de la doctrina, la laicidad es irreformable en tanto que se incluiría dentro de los límites de la revisión constitucional, al ser parte del contenido que da al régimen de Estado la forma republicana (Rousseau, 2008). En todo caso, la laicidad, luego del atentado, no es cuestionada sino, más bien, política y orgánicamente reafirmada, con lo cual sus fundamentos son importantes para comprender sus alcances.

II. EL PRINCIPIO DE LAICIDAD EN FRANCIA

Son dos los documentos jurídicos que regulan, fundamentalmente, el régimen de la laicidad en Francia: la ley de 1905 sobre la separación entre el Estado y las iglesias y la Constitución de 1958 (Huglo, 2015, p. 683). En virtud de esos documentos, la noción jurídica, fundamental y constante que subyace a la laicidad es la neutralidad religiosa del Estado (Rivero, 1949, pp. 137ss.). El contenido y alcance del término laicidad depende de la parte orgánica de esos documentos y, precisamente en el caso de la norma constitucional, de la interpretación que de ella hizo el Consejo Constitucional en el 2013.

Ahora bien, la laicidad actual en Francia no se puede comprender sin hacer mención a su historia. En efecto, con ella se explica el calificativo de principio y valor que se le atribuye a la laicidad y que hemos evidenciado en las declaraciones y discursos sobre el atentado contra Charlie Hebdo. La laicidad en Francia es una de las más importantes conquistas alcanzadas por los republicanos en el siglo XIX (expresión utilizada por Etienne Fajon y Pierre Hervé, parlamentarios comunistas citados por Prelot, 2006, pp. 117-118), aunque el logro de esa conquista se cristaliza en el siglo XX, es decir, siempre en la Tercera República (Gaudemet 2015, p. 329). La laicidad es el fruto de un proceso histórico que se remonta al siglo XVIII y que en Francia tiene, entre otras particularidades, características especiales asociadas a la presencia de la religión católica en el corazón de los conflictos políticos. Tanto el Estado monárquico como la misma Revolución francesa en su inicio apelaron respectivamente a la religión como sostén de su legitimidad (Observatoire de la Laïcité (OL), 2015, pp. 13ss.).

373

EL PRINCIPIO
CONSTITUCIONAL
DE LAICIDAD
EN FRANCIA: A
UN AÑO DEL
ATENTADO
CONTRA CHARLIE
HEBDO

THE
CONSTITUTIONAL
PRINCIPLE OF
FRENCH LAICISM
POST CHARLIE
HEBDO

La relación entre el nuevo estado de cosas instaurado por la Revolución y la Iglesia católica fue una constante (a partir de la Revolución) en los siglos siguientes. Los Constituyentes establecieron una «Constitución Civil del Clero» para «nacionalizar» a la religión católica. Luego se intentó, por iniciativa de Robespierre, poner las bases de una religión civil para instituir el «culto del Estado supremo». Después, con un decreto del directorio en 1795, se pretendió establecer una esfera de separación entre la Iglesia y el Estado (OL, 2015). El Consulado, en cambio, trató que la Iglesia católica contribuyese a legitimar el orden político social a través del Concordato del 15 de julio de 1801 celebrado entre Su Santidad Pío VII y el Gobierno francés, representado por el primer cónsul Napoleón Bonaparte. Con dicho acuerdo se fijó, entre otros puntos, lo siguiente: que la Iglesia no reclamaría los bienes confiscados; así como el régimen de nombramiento y tratamiento de los obispos, constituyendo esto último el marco jurídico para el financiamiento público de la Iglesia a través de un estipendio dispensado a los obispos y al clero. Con el régimen instaurado por el Concordato, se introdujo también un régimen de organización de los cultos que se sancionó con la ley 18 Germinal año X, del 8 de abril de 1802, que incluía a las iglesias protestantes luteranas y reformadas. El Primer Imperio, con dos decretos del 17 de marzo de 1808, extendió el régimen concordatario al culto israelita (OL, 2015).

Quienes reaccionaron contra el clericalismo (es decir, la influencia en la vida política de la Iglesia católica) hasta ese entonces fueron los republicanos. Es así que se da inicio a un programa de combate frontal contra las pretensiones de la religión de dirigir las conciencias. Ello se expresa en dos neologismos asociados en el siglo XIX: laicidad y anticlericalismo (Prelot, 2006, p. 121). Con la Tercera República, se inició un proceso de laicidad sin solución de continuidad que comienza con la independencia de la representación nacional con respecto a la religión. Dicha independencia fue simbólicamente afirmada con la supresión de la oración al inicio de las sesiones parlamentarias; la autorización del divorcio; y las leyes sobre las escuelas de Jules Ferry (1881-1882: gratuidad y laicidad de los programas; 1886 laicidad del personal), las cuales fueron decisivas para instaurar un régimen de laicidad que caracterizará desde ese entonces a las escuelas, colegios y liceos públicos franceses (OL 2015). Sin embargo, será con la ley del 09 de diciembre de 1905 sobre la separación de las iglesias y el Estado que se instaure definitivamente la laicidad en el Estado francés, recogiendo principalmente la propuesta de Aristide Briand, Jean Jaurès y Georges Clémenceau, de inspiración liberal opuesta a la legislación antirreligiosa. La ley reposa sobre tres principios: la libertad de conciencia, la separación entre los poderes políticos y religiosos, y la separación entre las organizaciones religiosas y el Estado (OL, 2015, p. 14).

II.1. La ley de 1905 sobre la separación entre el estado y las iglesias

La Ley del 9 de diciembre de 1905 fue promulgada por el presidente Émile Loubet. Consta de 44 artículos, de los cuales a la fecha de hoy cuatro han sido abrogados (Senado y Cámara de Diputados de Francia, 2016). Es una ley que no tiene el rango de norma constitucional (Dieu, 2014, p. 615). La ley de 1905 no contiene la palabra laicidad. El término laicidad «entra en el ordenamiento francés por la pequeña puerta», siguiendo la expresión de Jean Rivero, porque se la nombra por primera vez con la ley de 28 de marzo de 1882 sobre la enseñanza primaria pública que será obligatoria, gratuita y laica (Rivero, 1960, p. 269). Con la ley de 1905, se denuncia el Concordato de 1801 y este queda abrogado en Francia. Desde ese entonces no se ha celebrado ningún tratado internacional entre la Santa Sede y el Estado francés, aunque actualmente se mantienen las relaciones diplomáticas entre ambos Estados y se celebran acuerdos de derecho interno entre la Iglesia católica en Francia y el Estado galo.

En la ley, los dos primeros artículos, sin desmedro de los otros que la desarrollan, contienen los principios que rigen las relaciones entre el Estado y las confesiones.

En el artículo 1 de la ley⁴, por primera vez la libertad de conciencia (que comprende a todas las convicciones, incluidas las religiosas) se proclama en el derecho francés como una libertad autónoma y no como una modalidad de la libertad de opinión y del principio de igualdad (Gaudemet, 2015, pp. 331-332). En efecto, la libertad de conciencia y de religión ya era reconocida en el tenor del artículo 10 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: nadie debe ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas, siempre y cuando su manifestación no perturbe el orden público establecido por la ley. El artículo 1 de la ley de 1905, además de proclamar a la libertad de conciencia, dispone para ella la misma limitación que para la libertad de opinión: el orden público.

Ambos documentos, la Declaración de 1789 y el tenor del artículo 1 de la ley, tuvieron como finalidad proteger las convicciones no religiosas, antirreligiosas y religiosas de las minorías religiosas, por oposición a la religión mayoritaria (Dieu, 2014, p. 624).

Sin embargo, para ser aun más precisos con respecto al uso de los términos, las libertades de pensamiento, conciencia y religión que se encuentran reconocidas expresamente en el artículo 18 del PIDCP, el artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDU),

375

EL PRINCIPIO
CONSTITUCIONAL
DE LAICIDAD
EN FRANCIA: A
UN AÑO DEL
ATENTADO
CONTRA CHARLIE
HEBDO

THE
CONSTITUTIONAL
PRINCIPLE OF
FRENCH LAICISM
POST CHARLIE
HEBDO

4 Artículo 1: «La República asegura la libertad de conciencia. Ella garantiza el libre ejercicio de los cultos con las únicas restricciones dictadas a continuación por el interés del orden público».

y el artículo 10 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) forman parte del ordenamiento jurídico francés en virtud del artículo 55 de la Constitución. Es decir, la libertad religiosa que implica el creer y el no creer, tiene en el ordenamiento francés como marco jurídico una norma con rango constitucional y los tratados que, ratificados, tienen rango supralegal, sin desmedro de otras normas que regulan su ejercicio. Es en virtud de esas normas que se impondrán las limitaciones a la manifestación de la libertad religiosa.

Ahora bien, es una constante en la doctrina constitucional francesa que se recurra tanto a la libertad de conciencia y a la libertad de culto para expresar respectivamente la dimensión privada y la manifestación de las convicciones, sean estas religiosas o no (De la Morena 2015, p. 700; Huglo, 2015, p. 683). Con el artículo 2 de la ley de 1905⁵ se declara la neutralidad del Estado y se pone fin a la distinción entre los cultos reconocidos y no reconocidos por el Estado (entre los cuales no se contemplaba al culto musulmán). A su vez, se determina que no se dará remuneración alguna ni subvencionará ningún culto, salvadas las excepciones sobre este último aspecto. En los años siguientes a la ley de 1905, se promulgaron una serie de normas concernientes a la preservación de edificios culturales, siguiendo lo previsto inicialmente en la ley. De ello se beneficiaron, principalmente, los edificios católicos, así como también los de otras religiones. Siguiendo la excepción de las subvenciones para garantizar el libre ejercicio de los cultos, con la ley del 19 de agosto de 1920 se acordó la subvención para la creación del Instituto Musulmán en París.

Con la aplicación de la ley de 1905 y las leyes que desarrollaban su contenido, se generaron controversias judiciales en las que el Consejo de Estado precisó que el Estado no puede intervenir dentro de la vida y la disciplina de las iglesias (Rivero, 1960, p. 277). Es así que el ministro del Interior Bernard Cazeneuve, en una entrevista sobre las medidas que se están tomando o que tomará el Gobierno con respecto a los fundamentalistas musulmanes (después del atentado a Charlie Hebdo), recordó que es por la ley de 1905 que el Estado no interviene en la organización del culto musulmán ni dentro de su doctrina, así como como no puede intervenir en el credo ni en la organización interna de ninguna religión (Le Monde, 2015c).

5 El artículo 2 de la Ley de 1905 afirma lo siguiente: «La República no reconoce, ni paga, ni subvenciona ningún culto. En consecuencia, a partir del 01 de enero siguiente a la promulgación de la presente Ley, serán suprimidos de los presupuestos del Estado, de los departamentos y de los ayuntamientos, todas las partidas de gastos relativas a ejercicio de los cultos. Podrán no obstante ser inscritas las provisiones presupuestarias destinadas a los servicios de las capellanías y destinadas a asegurar el libre ejercicio de los cultos en los establecimientos públicos, tales como los liceos, colegios, escuelas, hospicios, asilos y prisiones».

377

Lo dicho no supone la anulación de la relación y la coordinación que sí se puede y debe tener con las religiones. Sin embargo, en el caso del culto musulmán, que no tiene una organización jerárquica como la Iglesia Católica, el diálogo con una única instancia representativa de los musulmanes no existe. Un referente para el diálogo entre el mundo musulmán se creó por Pierre Joxe, quien fundó en 1990 el Consejo de Reflexión sobre el Islam de Francia. Luego, en el año 2003, Nicolas Sarkozy fundó el Consejo Francés del Culto Musulmán. Después del atentado a Charlie Hebdo, el ministro Cazeneuve ha propiciado una «instancia de diálogo» entre el Estado y los representantes de las federaciones, las mezquitas, las asociaciones y los teólogos de la religión musulmana (Le Monde, 2015c).

EL PRINCIPIO
CONSTITUCIONAL
DE LAICIDAD
EN FRANCIA: A
UN AÑO DEL
ATENTADO
CONTRA CHARLIE
HEBDO

THE
CONSTITUTIONAL
PRINCIPLE OF
FRENCH LAICISM
POST CHARLIE
HEBDO

II.1.1. La Jornada de la Laicidad

Faltando poco para que se cumpla un año del atentado del 7 de enero, se celebró la Jornada de la Laicidad, la cual se instituyó con una circular del Ministerio de la Educación, de la Enseñanza Superior y de la Investigación (con fecha 25 de noviembre del 2014) para celebrar el 110 aniversario de la ley de 1905. En la circular, se recuerda que la laicidad es un principio fundador de las escuelas y de la República, junto a los valores de la libertad, igualdad y fraternidad. Asimismo, se señala que la Carta de la Laicidad de 2013, publicada el 9 de septiembre de 2013, será el soporte privilegiado para la pedagogía de la laicidad. Después del atentado, a una semana del mismo, se estableció lo siguiente: que la celebración del aniversario de la ley de 1905 se incorporase definitivamente en el calendario oficial para que se celebre cada año; que se intensificasen y/o entrasen en vigor durante el mismo año las actividades previstas para la jornada: la enseñanza laica del hecho religioso, la enseñanza moral y cívica, y la creación de plazas para los profesores o investigadores sobre el Medio Oriente y la cultura musulmana (OL, 2015, p. 314). Aunque la ley de 1905 rige actualmente, debemos recordar después de haberla mencionado que ella no es la constitución laica de Francia (Dieu, 2014, p. 618).

II.2. Principio constitucional de laicidad

La laicidad es un principio constitucional a partir de la Constitución de la IV República, de 1946:

Preámbulo, 13: La Nación garantiza la igualdad de acceso del niño y del adulto a la instrucción, a la formación profesional y a la cultura. La organización de la enseñanza pública gratuita y laica en todos los niveles es un deber del Estado.

Artículo 1. Francia es una República indivisible, laica, democrática y social.

La Constitución de 1958, inicialmente en el artículo 2, repite el tenor del artículo 1 de la precedente, aunque (por presión y alarma de la jerarquía católica) se activa un proceso que orienta el examen definitivo del proyecto de la Constitución, integrando el «respeto de las creencias religiosas» al concepto de laicidad en la Constitución. Esta cuestión suscitó el principal reproche a la Constitución de 1958, porque solo menciona a las creencias, aunque debía mencionar a las «convicciones» o a las «convicciones y creencias» (Prelot, 2006, pp.119-120). En todo caso, en el mismo párrafo, junto a la laicidad, se integra la igualdad, de tal modo que aquella será interpretada a la luz de los dos principios: la igualdad de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza y religión, junto al respeto a las creencias religiosas. Con ello, se reafirma fundamentalmente la neutralidad religiosa o la neutralidad ideológica del Estado (Prelot, 2006 p. 120).

Con la ley constitucional 95-880 del 4 de agosto de 1995, se reforma la Constitución, suprimiéndose el entonces artículo 1. Así, lo que estaba en el primer párrafo del artículo 2 se convierte en el artículo 1 de la Constitución:

Artículo 1. Francia es una República indivisible, laica, democrática y social que garantiza la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión y que respeta todas las creencias. Su organización es descentralizada.

La ley favorecerá el igual acceso de las mujeres y los hombres a los mandatos electorales y cargos electivos, así como a las responsabilidades profesionales y sociales

La laicidad no fue definida ni en la Constitución de 1946 ni en la actual. Se aplicó y precisó teniendo en cuenta principalmente la ley de 1905 y la abundante jurisprudencia del Consejo de Estado para darle un contenido jurídico coherente (Rivero, 1960, p. 269). Es con la interpretación que hace del principio de laicidad el Consejo Constitucional en una decisión de 2013 que se la define por sus fundamentos y contenido. Aunque antes ya se había pronunciado sobre este principio, es recién con esta sentencia que los afronta en esos términos.

II.2.1. El Consejo Constitucional: la naturaleza y los fundamentos de la laicidad

Con la Constitución de 1958, en el Título VII (artículo 56-63), se crea el Consejo constitucional. «Es una jurisdicción dotada de diversas competencias, especialmente del control de conformidad de la ley con la Constitución. El Consejo Constitucional no es un Tribunal Supremo situado por encima del Consejo de Estado y del Tribunal de Casación» (CC, 2015a). Originariamente, el control de constitucionalidad era

379

previsto solo *a priori*, es decir, antes de la promulgación de la norma legal. A partir de 1 de marzo de 2010, en virtud del artículo 61-1 de la Constitución, objeto de la revisión constitucional de 23 de julio de 2008, «el Consejo constitucional, por reenvío del Consejo de Estado o del Tribunal de casación, controla si una disposición que ya es aplicable atenta contra los derechos y las libertades asegurados por la Constitución» (CC, 2015a) a través de la cuestión prioritaria de constitucionalidad.

Ahora bien, para el control de constitucionalidad de las leyes no solo se toma en cuenta a la Constitución, sino también a otros textos con los cuales se conforma el bloque de constitucionalidad francés. Entonces, «la cuestión prioritaria de constitucionalidad es el derecho que se reconoce a cualquier persona que sea parte en un proceso o en una instancia de afirmar que una disposición legislativa vulnera los derechos y libertades que se encuentran garantizados por la Constitución» (CC, 2015b), comprendiendo tanto los que figuran en ella como aquellos que se encuentran en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946 y la Carta del Medioambiente de 2004.

En lo que concierne a la libertad de religión, antes de 2010 no se podía plantear el control de constitucionalidad sobre una ley que violase el ejercicio de esa libertad, sobre todo en el caso de los grupos religiosos que se vieron afectados con la ley de 2004 sobre los símbolos religiosos ostensibles en las escuelas (Ferrerres, 2009, pp. 64-65). Con respecto a la violación de la laicidad en tanto principio de organización del Estado, parecía que la cuestión prioritaria de constitucionalidad no procedía, porque, al menos para una parte de la doctrina, no se la podía invocar como un derecho, al ser, sin duda, más un deber del Estado (Dieu, 2014, p. 623). Es en virtud de una cuestión prioritaria de constitucionalidad planteada por la Asociación para la Promoción y la Expansión de la Laicidad que el Consejo Constitucional, con la decisión 2012-297 QPC del 21 de febrero de 2013, se pronunció sobre los fundamentos y contenido del principio de laicidad. Al hacerlo, ha dado una lectura sobre el principio de laicidad como un derecho o libertad que se puede invocar para plantear el control de constitucionalidad (Roblot- Troizer, 2013):

n. 5: Considerando que, según el artículo 10 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: «Nadie debe ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas, siempre y cuando su manifestación no perturbe el orden público establecido por la Ley»; que según los términos de las tres primeras frases del primer párrafo del artículo 1 de la Constitución: «Francia es una República indivisible, laica, democrática y social. Ella garantiza la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión. Ella respeta todas

EL PRINCIPIO
CONSTITUCIONAL
DE LAICIDAD
EN FRANCIA: A
UN AÑO DEL
ATENTADO
CONTRA CHARLIE
HEBDO

THE
CONSTITUTIONAL
PRINCIPLE OF
FRENCH LAICISM
POST CHARLIE
HEBDO

las creencias»; que el principio de laicidad figura entre los derechos y las libertades que la Constitución garantiza; que deriva de él la neutralidad del Estado; que deriva igualmente de él que la República no reconoce ningún culto; que el principio de laicidad impone especialmente el respeto de todas las creencias, la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley sin distinción de religión y que la República garantiza el libre ejercicio de cultos; que implica que esta no retribuye ningún culto.

Entonces, el fundamento del principio constitucional francés es el artículo 10 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y el artículo 1 de la Constitución de 1958. No comprende, entre ellas, a la ley de 1905.

El principio de laicidad se define por seis elementos, que están clasificados en dos tipos de obligaciones del Estado: de abstención y de acción. Dentro de las características de abstención, figuran las siguientes: la neutralidad religiosa del Estado y de sus servidores; el no reconocimiento de ningún culto como oficial; la prohibición de dar un trato preferencial a un culto en relación con otros; la prohibición de hacer distinción entre los ciudadanos por razón de su religión; la prohibición de remunerar a los miembros de ningún culto (Dieu, 2014, pp. 616-618). En el caso de la obligación positiva que prescribe el principio de laicidad para el Estado, esta consiste en garantizar el ejercicio libre de los cultos, incluso a través de la subvención, que antes estaba prohibida por el artículo 2 de la ley de 1905.

Ahora bien, la subvención a los cultos se había realizado en virtud de la excepción prevista en la ley de 1905 o, en el caso del culto musulmán, también por subvenciones directas dadas expresamente por dispositivos legislativos (Dieu, 2014, p. 618). Con respecto a los salarios a los capellanes de lugares cerrados o limitados (cuarteles, prisiones, hospitales, ciertos establecimientos de enseñanza) que fueron dispuestos por ley o incluso por sentencias del Consejo de Estado precedentes a la decisión que nos ocupa, no se ven afectados por esta sentencia, porque con esos salarios se garantiza el mismo componente del principio constitucional de laicidad, a saber, el de libre ejercicio de los cultos previsto antes también por el artículo 1 de la ley de 1905 (Dieu, 2014). En todo caso, el principio de laicidad (en la sentencia de 2013) no se identifica con el de neutralidad religiosa en sentido lato, sino que, en cambio, la neutralidad es vista como uno de sus componentes (Dieu, 2014, p. 623).

III. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LAICIDAD

El alcance de la prescripción sobre la laicidad del Estado sí fue objeto de comprensión desde mucho antes de la Constitución de 1958. Es decir, su aplicación solo sería a las instituciones y servicios públicos del

Estado, lo que implica que el deber de estricta neutralidad se impone a todo aquel que colabora en el servicio público y en lo que concierne al ejercicio de su función (Rivero, 1949, p. 140). La laicidad es un principio de organización del Estado y de todas las instituciones públicas, y solo puede producir sus efectos dentro de la esfera pública que comprende también la relación entre el Estado y los privados, cuestión afirmada reiteradamente en la jurisprudencia del Consejo Constitucional (De la Morena, 2015, pp. 702-703), Consejo de Estado y Corte de Casación (Dieu 2015, pp. 619- 623; Huglo, 2015, pp. 682ss.).

El Consejo Constitucional ha precisado que la laicidad prohíbe a cualquiera imponer sus creencias religiosas y, con ello, liberarse de las reglas comunes que rigen las relaciones entre las instituciones públicas y los particulares (decisión 2004-505 DC del 19 de noviembre de 2004). En ese sentido, los principios fundamentales de la República descritos en los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución (sus valores y símbolos) se oponen a que sean reconocidos los derechos colectivos de cualquier grupo que sea definido por una comunidad de origen, de cultura, de lengua o de creencia⁶. La laicidad prohíbe todo comunitarismo, especialmente el religioso, que pretenda, a través de las funciones públicas, controlar las conciencias y, con esto, imponerse a toda la nación (De la Morena, 2015, p. 702).

EL PRINCIPIO
CONSTITUCIONAL
DE LAICIDAD
EN FRANCIA: A
UN AÑO DEL
ATENTADO
CONTRA CHARLIE
HEBDO

THE
CONSTITUTIONAL
PRINCIPLE OF
FRENCH LAICISM
POST CHARLIE
HEBDO

III.1. La laicidad en las instituciones educativas públicas

La laicidad en las instituciones educativas públicas genera una obligación de neutralidad en los funcionarios, trabajadores, enseñantes, así como en el resto de los servidores públicos. Respecto a los estudiantes de las escuelas, colegios, liceos públicos, se prohíbe el uso de los signos religiosos ostensibles en esos espacios por la ley de 15 de marzo de 2004 (artículo L141-5-1 del Código de Educación). El régimen de la ley de 2004 no se aplica a las instituciones públicas universitarias (Dieu, 2014, p.631). Respecto a la enseñanza en ese nivel, la ley del 26 de enero de 1984, ley sobre la enseñanza superior, ya era clara:

[...] el servicio público de enseñanza superior es laico e independiente de todo control político, económico, religioso o ideológico; el busca la objetividad del saber; el respeto de la diversidad de opiniones. El debe garantizar para la enseñanza y la investigación las posibilidades de el libre desarrollo científico, creador y crítico (artículo L141-6 del Código de Educación).

6 En lo concerniente al derecho relacionado con la libertad religiosa prevista en el artículo 27 del PIDCP, es decir, el reconocimiento de minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no forma parte del ordenamiento jurídico del Estado francés, porque ha presentado una reserva a este artículo en virtud del artículo 2 de su Constitución.

Previamente a la promulgación de la ley de 2004, el presidente Jacques Chirac inauguró, el 3 de julio de 2003, la Comisión de Reflexión sobre la Aplicación del Principio de Laicidad en la República, que presentó su informe el 11 de diciembre del mismo año. La Comisión fue presidida por Bernard Stasi, de quien toma el nombre (Commission Stasi, 2003). En la cuarta parte del informe, en el apartado sobre la laicidad y los servicios públicos, en los puntos dedicados respectivamente a la escuela y a las universidades, se ocupa del uso del velo, así como del uso de signos religiosos y políticos. En el caso específico de las escuelas, la Comisión propone que se prohíba el uso de signos religiosos ostensibles, luego de abordar exhaustivamente el parecer de los entrevistados para el informe y afrontar el tema de la finalidad de la escuela, además de afirmar que la problemática con la escuela hoy en día no es la libertad de conciencia sino, en cambio, el orden público. La Comisión señala que, en el caso de las universidades, la situación es totalmente diferente, porque se trata de personas mayores de edad, tomando en cuenta la característica de la universidad como centro de estudio superior.

Ahora bien, antes de la promulgación de esta ley y después de la misma, el uso de signos ostensibles religiosos por parte de jóvenes, especialmente de la confesión musulmana y de la religión sij (sijismo) en el caso del *foulard* o el turbante respectivamente, fueron y han sido motivo de controversias jurídicas, administrativas y judiciales objeto de observaciones del Comité de Derechos Humanos (Bribosia & otros, 2014, pp. 493ss.) y decisiones como sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos (Decaux, 2010, pp. 251-268).

III.2. El caso de las asociaciones o empresas privadas que brindan servicios públicos

Dentro de la esfera privada, social, la laicidad no se aplica, porque ella es un principio de organización del Estado. En el caso de las empresas privadas, el derecho del trabajo se concilia con la libertad de convicciones y religión del trabajador, el principio de no discriminación y la fuerza obligatoria del contrato (De la Morena, 2015, p. 702). El principio de laicidad, sin embargo, por la jurisprudencia reiterada de la Corte de Casación, se aplica también en las empresas que gestionan servicios públicos. Así, las personas que participan en ellas tendrán la obligación de neutralidad religiosa (Dieu, 2014, pp. 621-623). Ahora bien, resulta importante en este punto mencionar una sentencia de la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación —sentencia número 612 de 25 de junio de 2104, conocida como «Crèche Baby-Loup» que declara fundado el despido de una trabajadora por negarse a dejar de usar el velo islámico, es decir, por convicciones religiosas, en un jardín de infancia. Además de reiterarse que la laicidad es un principio del Estado, los fundamentos de la sentencia han sido objeto de estudio y lo

seguirán siendo, porque en ellos se aborda el uso del término laicidad en el reglamento interno, en la calificación de las empresas de tendencia, así como en su relación con la naturaleza de la actividad de la asociación (De la Morena, 2015, pp.703ss.; Huglo, 2015, pp. 682ss.).

III.3. Límite de la libertad religiosa y no laicidad en el espacio público

La relación entre las personas, los privados, que se relacionan en el espacio público no puede ser (y no es) limitada por el principio de laicidad. El Consejo de Estado, en un estudio sobre la posibilidad de prohibir el velo integral dentro del espacio público en el 2010, precisó que la laicidad se aplica principalmente dentro de la relación entre las instituciones públicas y las religiones de las personas que a aquellas se dirijan y que esto justifica una obligación de neutralidad de los representantes de las colectividades públicas dentro del ejercicio de su misión. Afirmó también que la laicidad no se puede imponer directamente a la sociedad o a los individuos (Dieu, 2014, p. 619).

En ese mismo año, el Consejo Constitucional —en una decisión de control de constitucionalidad *a priori* sobre el (en ese entonces) proyecto de la ley que prohíbe ocultar el rostro dentro del espacio público en tanto que esto puede constituir un peligro para la seguridad pública y la vida en común— sostuvo que la ley no es contraria a la Constitución porque el legislador ha previsto como límites a la manifestación de la libertad religiosa el orden público y la garantía de los derechos constitucionales, es decir, la libertad e igualdad de las mujeres, el derecho de los demás y las exigencias mínimas de la vida en sociedad (décision 2010-613 DC de 7 de octubre de 2010). La ley de 2010 rige, en efecto, en Francia, y en la prohibición de ocultar el rostro en el espacio público comprende con este término a las vías públicas, los espacios abiertos al público y los espacios destinados a los servicios públicos. Esta ley fue objeto de una demanda ante la Corte Europea de Derechos Humanos, que resolvió declarando que con la ley no se violaba la libertad religiosa (2014).

Ahora bien, el extender la laicidad a las personas privadas que brindan servicios públicos y la limitación impuesta a un tipo de manifestación religiosa musulmana en el espacio público, junto con la reacción musulmana frente a esas medidas, como también las reacciones extremistas, han suscitado la reflexión, para algunos, de que se está en el momento adecuado para replantear la laicidad actual como nueva o con nuevas perspectivas en Francia (Valentin, 2015).

383

EL PRINCIPIO
CONSTITUCIONAL
DE LAICIDAD
EN FRANCIA: A
UN AÑO DEL
ATENTADO
CONTRA CHARLIE
HEBDO

THE
CONSTITUTIONAL
PRINCIPLE OF
FRENCH LAICISM
POST CHARLIE
HEBDO

III.4. La excepción a la laicidad

El régimen de la laicidad en Francia, sea el de la ley de 1905 como el de la norma constitucional sobre la laicidad, no se aplica en los territorios de Alsacia y Mosela ni en los territorios franceses de ultramar. Con el nombre de Alsacia y Mosela se hace referencia actualmente a tres departamentos, dos departamentos que pertenecían a la región de Alsacia (Bajo Rin y Alto Rin) y el departamento Mosela, que antes pertenecía a la región Lorena. Tanto en Alsacia y Mosela, como en Guyana, el Estado continúa con una partida presupuestaria para las confesiones reconocidas antes de la ley de 1905. Con la decisión del Consejo Constitucional 2012-297 QPC del 21 de febrero de 2013, se ha confirmado que continúan con ese régimen de excepción respecto al principio de laicidad. Como consecuencia del atentado a Charlie Hebdo, se ha cuestionado que en el territorio de Alsacia y Mosela todavía siga en vigor el artículo 166 sobre el delito de blasfemia sancionado por el Código Penal local. A su vez, se han incrementado las observaciones en contra sobre la enseñanza religiosa obligatoria y la existencia de las facultades públicas de teología que siguen existiendo en virtud del Concordato de 1801 (OL, 2015, pp. 308-355).

III.5. El Observatorio de la laicidad

En la organización administrativa del Estado francés, la aplicación del principio de laicidad se coordina a través del Observatorio de la Laicidad. El Observatorio de la Laicidad es una comisión administrativa de carácter consultivo interministerial; forma parte del área de administración del Primer Ministro denominada «derechos y libertades». Fue creada en marzo de 2007, aunque inició oficialmente sus funciones recién en abril de 2013, con la finalidad de asistir al Gobierno acerca de las acciones que se refieren al respeto al principio de laicidad en los servicios públicos.

IV. EL PRINCIPIO DE LAICIDAD FRANCÉS EN LA COMUNIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL

En la comunidad internacional, la laicidad francesa ha sido objeto de pronunciamientos jurídicos internacionales a nivel universal y regional europeo. La laicidad se aborda en esos dos espacios respectiva y principalmente en torno a las libertades de pensamiento, conciencia y religión, que se reconocen en los tratados de derechos humanos y en la CDFUE (que tiene la naturaleza de un tratado). Francia, por haber ratificado dichos documentos, está obligada a garantizar las mencionadas libertades.

En la esfera internacional, en julio de 2015, el Comité de Derechos Humanos, en las observaciones generales sobre el informe de Francia

sobre la aplicación del PIDCP (ONU, 2015), en el numeral 22 de ese documento recomendó que se deben revisar la ley de 2004 sobre los signos religiosos ostensibles y la ley de 2010 sobre el ocultamiento del rostro en los espacios públicos, porque afectan en particular a las personas pertenecientes a determinadas religiones, así como a las niñas, y por los efectos contraproducentes que podrían tener esas leyes por lo que respecta a los sentimientos de exclusión y marginación de determinados grupos. Anteriormente, en el informe sobre Francia presentado por Asma Jahangir, Relatora Especial sobre la Libertad de Religión o de Creencias, se afirma, expresamente sobre la laicidad, que el contexto actual en Francia es dramáticamente diferente al de 1905, con comunidades religiosas diversas, y que ese Estado debería desarrollar el concepto de laicidad en el momento presente caracterizado por un mayor pluralismo religioso. El informe menciona a la Comisión Stasi y dedica gran parte de su contenido a la ley de 2004, de la que afirma que «es apropiada en la medida en que tenga por finalidad, de acuerdo con el principio de protección del interés superior del niño, proteger la autonomía de las personas menores que pueden ser objeto de presiones o verse forzadas a llevar un velo u ostentar otros signos religiosos. Sin embargo, la ley deniega los derechos de los menores que han decidido, sin que nadie los obligue, llevar un signo religioso en la escuela como parte de sus creencias religiosas» (ONU, 2006).

En Europa, la Corte Europea de Derechos Humanos utiliza en sus sentencias reiteradamente una técnica jurisprudencial conocida como doctrina del margen de apreciación nacional. Es en torno a ella que se ha pronunciado sobre la laicidad, no solo francesa sino también turca y suiza (en cuanto prevista expresamente en el texto constitucional de esos Estados) y en el caso del ordenamiento italiano (en cuanto principio supremo afirmado por la Corte Constitucional de ese país). El principio de laicidad, a juicio de la Corte, «es compatible con los valores subyacentes de la Convención» (2005 y 2008).

En las controversias al abordar el conflicto de intereses entre las partes a través de un test de proporcionalidad, la Corte toma en consideración los límites previstos para la manifestación de las libertades del artículo 9 y la finalidad de esas limitaciones, vinculada al hecho de que ellas «sean necesarias para una sociedad democrática». Es aquí donde la laicidad ha sido abordada y en donde se utiliza la llamada doctrina del margen de apreciación nacional (Levinet, 2006, p. 88). Hay que notar, sin embargo, que el uso discrecional de esta doctrina en la jurisprudencia de la Corte hace que no se prevea en la perspectiva procesal el momento de su invocación (García Roca, 2011, p. 106) y que, por lo tanto, la pertinencia de la laicidad en la parte de la sentencia que corresponde a la valoración de la Corte no sea siempre la misma.

385

EL PRINCIPIO
CONSTITUCIONAL
DE LAICIDAD
EN FRANCIA: A
UN AÑO DEL
ATENTADO
CONTRA CHARLIE
HEBDO

THE
CONSTITUTIONAL
PRINCIPLE OF
FRENCH LAICISM
POST CHARLIE
HEBDO

Son dos las sentencias que precisamente han abordado el principio constitucional de laicidad en Francia: Dogru contra Francia del 04 de diciembre de 2008 y Ebrahimian contra Francia del 25 de noviembre de 2015. En ambos casos, se desarrolla ampliamente el argumento de la laicidad en los servicios públicos y la controversia trata sobre el velo musulmán; en el primero, sobre la prohibición del uso del velo islámico de una alumna; en el segundo, sobre la neutralidad religiosa en los servicios de sanidad pública con respecto al uso del velo de la trabajadora de un hospital. En ambos casos, la Corte toma en consideración que en Francia la laicidad es un principio constitucional, fundante de la República, al cual la mayoría de la población se adhiere y cuya defensa parece primordial, en especial en la escuela y, en el segundo caso, en los hospitales, considerando que el deber de neutralidad se impone a los agentes del Estado (Ebrahimian contra Francia, fundamento 68).

Un comportamiento que no respete el principio constitucional de laicidad no será necesariamente valorizado como parte de la libertad de manifestar la propia religión y, por tanto, no se beneficiará de la protección y garantía del artículo 9 de la Convención. Una manifestación de la libertad religiosa reconocida y limitada por los imperativos de la laicidad podrá ser legítima respecto a los valores subyacentes de la Convención (Dogru contra Francia, fundamento 72; Ebrahimian contra Francia, fundamento 67).

Sobre la Unión Europea y la laicidad francesa, se toma en consideración el artículo 17,1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de acuerdo al cual la Unión respetará y no prejuzgará el estatuto reconocido en los Estados miembros, en virtud del derecho interno, a las iglesias y a las asociaciones o comunidades religiosas. Sobre el actual artículo 10 de la CDFUE —que era el mismo del artículo II-70 de la Carta de los Derechos Fundamentales que se sometió al examen en el numeral 18 de la decisión 2004-505DC del 19 de noviembre de 2004—, el Consejo Constitucional, considerando que aquel artículo tiene el mismo sentido y el mismo alcance que el garantizado por el artículo 9 de la CEDU y que al aplicarlo la Corte Europea de Derechos Humanos lo ha hecho en armonía con la tradición constitucional de cada Estado, afirmó que en estas condiciones son respetadas las disposiciones del artículo 1 de la Constitución, según las cuáles «Francia es una República laica».

Con respecto a la comunidad internacional, entonces, la laicidad es una expresión de la soberanía del Estado francés (Troper, 2009, p.2563) que es reconocida sin ambages por unos y observada por otros, sin dejar de tomar en consideración, en todo caso, que es un principio de organización del Estado respecto a la manifestación de las convicciones y creencias religiosas.

V. CONCLUSIÓN

La laicidad en torno a Charlie Hebdo fue invocada reiteradamente en las declaraciones, discursos de gobierno y escritos académicos (sobre todo franceses) porque, con el atentado, se amenazó a un principio central y a los valores republicanos de Francia. La laicidad es comprendida jurídicamente en base a dos documentos, la ley de 1905 y el artículo 1 de la Constitución de 1958. El término laicidad apareció por primera vez en la ley sobre las escuelas públicas de 1882 y, constitucionalmente, en la Constitución de 1946. Hasta hace muy poco, la definición jurídica del término encontraba un asidero en la neutralidad religiosa del Estado. Hoy, en virtud de la sentencia del Consejo Constitucional de 2013, ello no deja de ser cierto, pero el contenido del término se ha enriquecido y precisado. Con Charlie Hebdo, las reacciones invocaron a un principio organizativo de la República, principio que se aplica principalmente a los representantes y los servidores del Estado, quienes tienen una obligación de neutralidad religiosa frente a los privados. En otras palabras, no se predicó la laicidad o la defensa de la laicidad de Charlie Hebdo, se invocó, más bien, el fundamento de la laicidad francesa: la libertad de conciencia. Se predicó, así, lo que la historia jurídica de un pueblo conoce: ninguna confesión puede imponerse en las relaciones privadas, aunque estas se desenvuelvan en los espacios públicos.

EL PRINCIPIO
CONSTITUCIONAL
DE LAICIDAD
EN FRANCIA: A
UN AÑO DEL
ATENTADO
CONTRA CHARLIE
HEBDO

THE
CONSTITUTIONAL
PRINCIPLE OF
FRENCH LAICISM
POST CHARLIE
HEBDO

VI. BIBLIOGRAFÍA

Asamblea Nacional Constituyente de Francia (1789). Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Assemblée Plénière de la Cour de Cassation (2014). Arrêt 612 du 25 juin 2014 (13-28.369). 25 de junio.

Astié, Pierre & otros (2015). Repères Étrangers (1er Avril-30 Juin 2015). *Pouvoirs*, 155, 173-187. http://www.revue-pouvoirs.fr/IMG/pdf/155pouvoirs_p173-187_reperes.pdf.

Basile, Fabio (2015). La pubblicazione delle dodici vignette satiriche sull' Islam costituisce reato (in Italia)? *Politeia*, 31, 69-80.

Benesch, Susan (2015). Charlie the Freethinker: Religion, Blasphemy and Decent Controversy. *Religion and Human Rights*, 10, 244-254.

Bribosia, Emmanuelle & otros. Les signes religieux au coeur d'un bras de fer: la saga Singh (Com. D.H. Shingara Mann Singh c. France, 19 juillet 2013). *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 97, 495-513.

Callamard, Agnes (2015). Religion, terrorism and speech in a 'Post- Charlie Hebdo' world. *Religion and Human Rights*, 10, 207-228.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2012). Versión consolidada de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 326(26 de octubre), 391-407. Algunas

modificaciones al texto de la CDFUE no aparecen reflejadas en la versión consolidada, para la última versión, véase la web del Consejo (<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6655-2008-REV-8/es/pdf>).

Carta del Medioambiente de 2004 (2005). Loi constitutionnelle 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement. *Journal Officiel de la République française*, 2 de marzo de 2005. (JORF n°0051 du 2 mars 2005 page 3697)

Commission Stasi (2003). Rapport. Commission de Réflexion sur l'Application du Principe de Laïcité dans la République. 11 de diciembre. <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/034000725.pdf>

Consejo Constitucional de Francia (CC) (2004). Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Décision 2004-505 DC du 19 novembre 2004. 19 de noviembre.

Consejo Constitucional de Francia (CC) (2010). Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public. Décision 2010-613 DC du 7 octobre 2010. 7 de octubre.

Consejo Constitucional de Francia (CC) (2013). Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité [Traitement des pasteurs des églises consistoriales dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle]. Décision 2012-297 QPC du 21 février 2013. 21 de febrero.

Consejo Constitucional de Francia (CC) (2015a). Consejo Constitucional. Présentation general. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/consejo-constitucional/presentation-general/presentation-general.25785.html>.

Consejo Constitucional de Francia (CC) (2015b). Cuestión prioritaria de constitucionalidad. 12 cuestiones para empezar. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/cuestion-prioritaria-de-constitucionalidad/12-cuestiones-para-empezar.47858.html>.

Consejo de Europa (1950). Convención Europea de Derechos Humanos.

Constitución francesa (1946).

Constitución francesa (1958).

Corte Europea de Derechos Humanos (2005). Caso Leyla Şahin contra Turquía. 44774/98. Sentencia del 10 de noviembre.

Corte Europea de Derechos Humanos (2008). Caso Dogru contra Francia. 27058/05. Sentencia del 4 de diciembre.

Corte Europea de Derechos Humanos (2014). Caso S.A.S contra Francia. 43835/11. Sentencia del 01 de julio.

Corte Europea de Derechos Humanos (2015). Caso Ebrahimian contra Francia. 64846/11. Sentencia del 25 de noviembre.

De la Morena, Frédéric (2015). Du principe de laïcité républicaine à l'application des valeurs de la laïcité dans l'entreprise. *Droit Social*, 9, 659-707.

Dcaux, Emmanuel (2010). Chronique d'une jurisprudence annoncée: laïcité française et liberté religieuse devant la Cour européenne des droits de l'homme. *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 251-268.

Dieu, Frédéric (2014). La place de la laïcité en droit interne. *Revue générale du droit international public*, 3, 615-637.

Ferreres, Víctor (2009). *Constitutional courts and democratic values: a European perspective*. New Haven-London: Yale University Press.

García Roca, Javier (2011). El margen de apreciación nacional en la interpretación del CEDH: integración y pluralismos europeos. En Luca Mezzetti y Andrea Morrone (coords.), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo: nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010): atti del Convegno internazionale di studi, Bologna, 5 marzo 2010* (pp. 87-110). Torino: Giappichelli.

Gaudemet, Yves (2015). La laïcité, forme française de la liberté religieuse. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, 2, 329-338.

Hollande, François (2015). Voeux du Président de la République aux Français. Palais de l'Élysée, 31 de diciembre de 2015. <http://www.elysee.fr/declarations/article/voeux-aux-francais-3/>.

Huglo, Jean-Guy (2015). La Cour de cassation et le fait religieux dans l'entreprise: présentation des enjeux juridiques. *Droit Social*, 9, 682-686.

L'Osservatore Romano (2016). Sul caso «Charlie Hebdo» La fede manipolata. 6 de enero, p. 2.

Le Monde (2015a). Jean-Louis Debré: «Nous n'avons pas été assez offensifs sur le principe de laïcité». 4 de febrero. http://www.lemonde.fr/politique/article/2015/02/04/jean-louis-deb...te-assez-offensifs-sur-le-principe-de-laicite_4569890_823448.html.

Le Monde (2015b). Non, «Charlie Hebdo» n'est pas obsédé par l'islam. 24 de febrero. http://www.lemonde.fr/idees/article/2015/02/24/non-charlie-hebdo-n-est-pas-obsede-par-l-islam_4582419_3232.html.

Le Monde (2015c). 10 questions pour comprendre qui sont les imams en France. 2 de diciembre. http://www.lemonde.fr/religions/article/2015/12/02/dix-questions-...ont-les-imams-en-france_4822188_1653130.html?xtmc=laicite&xtcr=18.

Le Monde (2016a). Un an après l'attentat, un Dieu assassin à la «une» de «CharlieHebdo». 4 de enero de 2016. http://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2016/01/04/un-an-apres-un-dieu-assassin-a-la-une-du-numero-anniversaire-de-charlie-hebdo_4841110_3236.html.

Levinet, Michel (2006). Société démocratique et laïcité dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme. En Gérard Gonzalez (dir.),

EL PRINCIPIO
CONSTITUCIONAL
DE LAICIDAD
EN FRANCIA: A
UN AÑO DEL
ATENTADO
CONTRA CHARLIE
HEBDO

THE
CONSTITUTIONAL
PRINCIPLE OF
FRENCH LAICISM
POST CHARLIE
HEBDO

Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme (pp. 81-114). Bruselas: Bruylant.

Libération (2015). Le rédacteur en chef de Charlie Hebdo, Gérard Biard, a défendu les caricatures controversées du prophète Mahomet publiées par son journal. 18 de enero. http://www.liberation.fr/societe/2015/01/18/gerard-biard-charlie-hebdo-defend-la-liberte-de-religion_1183169.

Ministerio de la Educación, de la Enseñanza Superior y de la Investigación de Francia (2014). Journée anniversaire de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État-9 décembre 2014. MENE1427806C. Circulaire 2014-158. 25 de noviembre.

Observatoire de la Laïcité (OL) (2015). Rapport annuel de l'Observatoire de la Laïcité (2014-2015). http://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2015/07/laicite_rapport_annuel_2014-2015_.pdf.

Organización de Naciones Unidas (ONU) (2006). Informe presentado por Asma Jahangir, Relatora Especial sobre la Libertad de Religión o de Creencias. Adición, Misión a Francia (18 a 29 de septiembre de 2005). E/CN.4/2006/5/Add.4. 8 de marzo de 2006.

Organización de Naciones Unidas (ONU) (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 16 de diciembre. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

Organización de Naciones Unidas (ONU) (2011) Observación general No 34. Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión. CCPR/C/GC/34. 12 de septiembre de 2011.

Organización de Naciones Unidas (ONU) (2014). Informe del Relator Especial sobre la Libertad de Religión o de Creencias, Heiner Bielefeldt. A/HRC/28/66. 29 de diciembre de 2014.

Organización de Naciones Unidas (ONU) (2015) Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Francia. Aprobadas por el Comité en su 114 período de sesiones (21 de julio de 2015). CCPR/C/FRA/CO/5. 17 de agosto de 2015.

Piquard, Alexandre (2015). Riss: «La porte s'est ouverte, un type en noir a surgi avec une mitraillette». *Le Monde*, 20 de enero. http://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2015/01/20/riss-la-porte-s-est-ouverte-un-type-en-noir-a-surgi-avec-une-mitraillette_4559650_3236.html.

Prelot, Pierre-Henri (2006). Définir juridiquement la laïcité. En Gérard Gonzalez (dir.), *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme* (pp. 115-149). Bruselas: Bruylant.

Presidencia de la República de Francia (2015). Projet de Loi Constitutionnelle de protection de la Nation. 3381. Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 23 décembre 2015. <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl3381.asp>.

Rivero, Jean (1949). La notion juridique de laïcité. *Recueil Dalloz Analytique et Critique de Doctrine de Jurisprudence et de Législation*, 31, 137-140.

Rivero, Jean (1960). De l'idéologie à la règle de droit: la notion de laïcité dans la jurisprudence administrative. En Michel Audibert y otros, *La laïcité* (pp. 263-283). París: Presses universitaires de France.

Roblot-Troizer, Agnes (2013). L'interprétation du principe constitutionnel de laïcité à la lumière des travaux préparatoires de la Constitution. *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 40. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/print/137436.htm>.

Rousseau, Dominique (2008). La Constitution peut elle être modifiée? <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-de-1958-en-20-questions/la-constitution-en-20-questions-question-n-20.25811.html>.

Rousseau, Dominique (2015). Charlie ou l'expérience de la construction juridique du peuple. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, 2, 371-376.

Senado y Cámara de Diputados de Francia (1882). Loi du 28 mars 1882 sur l'organisation de l'enseignement primaire. 28 de marzo. *Journal Officiel de la République française*, 29 de marzo.

Senado y Cámara de Diputados de Francia (1984). Loi 84-52 du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur. 26 de enero de 1984. *Journal Officiel de la République française*, 27 de enero.

Senado y Cámara de Diputados de Francia (1995). Loi constitutionnelle 95-880 du 4 août 1995 portant extension du champ d'application du référendum, instituant une session parlementaire ordinaire unique, modifiant le régime de l'inviolabilité parlementaire et abrogeant les dispositions relatives à la Communauté et les dispositions transitoires. 4 de agosto de 1995. *Journal Officiel de la République française*, 5 de agosto.

Senado y Cámara de Diputados de Francia (2004). Loi 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics. 15 de marzo de 2004. *Journal Officiel de la République française*, 17 de marzo.

Senado y Cámara de Diputados de Francia (2008). Loi constitutionnelle 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République. 23 de julio. *Journal Officiel de la République française*, 24 de julio.

Senado y Cámara de Diputados de Francia (2016). Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat. Version consolidée au 09 mai 2016. 9 de diciembre de 1905; versión consolidada de 9 de mayo de 2016.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2012). Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 326(26 de octubre). Algunas modificaciones al texto del TFUE no aparecen reflejadas en la versión consolidada, para la última versión, véase la

web del Consejo (<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6655-2008-REV-8/es/pdf>).

Troper, Michael (2009). Sovereignty and laïcité. *Cardozo Law*, 30(6), 2561-2574. <http://www.cardozolawreview.com/volume-30-issue-6.html>.

Valentin, Vincent (2015). Le dévoiement de la laïcité. En *L'après Charlie. Quelles réponses juridiques? Contributions présentées dans le cadre de la journée des Rencontres du 20 mars 2015 à l'Université de Paris 8* (pp. 5-13). <http://revdh.revues.org/1462?file=1>.

Valls, Manuel (2015a). Discours de Manuel Valls à l'Assemblée nationale en hommage aux victimes des attentats. 13 de enero de 2015. <http://www.gouvernement.fr/partage/3118-seance-speciale-d-hommage-aux-victimes-des-attentats-allocation-de-manuel-valls-premier-ministre>.

Valls, Manuel (2015b). Discours de Manuel Valls en el Prix de la Laïcité. 26 de octubre 2015. <http://www.gouvernement.fr/partage/6040-prix-de-la-laicite>.

Recibido: 14/01/2016

Aprobado: 29/01/2016

El delito de trata de personas como delito complejo y sus dificultades en la jurisprudencia peruana

The crime of human trafficking as a complex crime and its difficulties in the Peruvian jurisprudence

YVAN MONTOYA VIVANCO*

Resumen: El delito de trata de personas es un delito de naturaleza compleja y presenta problemas dentro de su interpretación en la jurisprudencia peruana. Estos problemas obligan al autor a estudiar la delimitación del bien jurídico protegido detrás de este delito, el consentimiento de menores de edad, el análisis de la relación de dominio que antecede o es provocada por el agresor sobre la víctima y el enfoque probatorio que supone esta reinterpretación del delito de trata de personas. De acuerdo con el marco jurídico anterior, el autor analiza casos observados por la Corte Suprema peruana y las diversas posturas doctrinales para finalmente emitir una postura propia, la cual se caracteriza por ser crítica y contraria a la interpretación presente en la jurisprudencia suprema peruana.

Palabras clave: derecho penal – tráfico de personas – delito complejo – jurisprudencia peruana – bien jurídico protegido – enfoque probatorio

Abstract: The crime of human trafficking is a crime of complex nature and presents problems in its interpretation in the Peruvian law and jurisprudence. These problems require the author to study the legally protected goods behind this criminal prohibition, the consent of minors, analysis of the previous domain relationship above the victim or caused by the perpetrator, and the evidential approach that this reinterpretation of the crime of trafficking assumes. According to the previous legal framework, the author stands his proposal, which is characterized by criticism and being contrary to the Peruvian supreme jurisprudence.

Key words: Criminal Law – human trafficking – complex crime – Peruvian case law – legal right protected – evidential approach

CONTENIDO: I. ASPECTOS FENOMENOLÓGICOS.– II. LA NATURALEZA COMPLEJA DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS.– II.1. EL TIPO DE INJUSTO DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS EN EL PERÚ.– II.2. LA ESPECIAL

* Abogado, doctor en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca. Estudios de posgrado en el Instituto Internacional de Derechos Humanos René Cassin de Estrasburgo. Exjefe de la Unidad de Extradiciones de la Procuraduría Anticorrupción. Excoordinador de la Maestría en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor principal del Departamento de Derecho de la PUCP. Miembro del Comité Directivo del Instituto Democracia y Derechos Humanos de la PUCP. Correo electrónico: ymontoy@pucp.pe

SITUACIÓN VICTIMIZANTE Y LA FORMACIÓN DE LOS TIPOS PENALES.– II.3. EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS COMO DELITO DE DOMINIO SOBRE LA VÍCTIMA Y RELEVANCIA DEL CONSENTIMIENTO.– II.3.1. EL SUPUESTO DE LA TRATA DE PERSONAS MAYORES DE EDAD.– II.3.2. EL SUPUESTO DE LA TRATA DE PERSONAS MENORES DE EDAD.– II.4. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y EL REPLANTEAMIENTO DEL TIPO.– III. LOS PROBLEMAS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA FRENTE AL DELITO DE TRATA DE PERSONAS.– III.1. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA SUPREMA.– III.2. EL VALOR DEL CONSENTIMIENTO DE LAS VÍCTIMAS MENORES DE EDAD EN DELITOS DE TRATA DE PERSONAS Y DE VIOLACIÓN SEXUAL EN EL CONTEXTO DE UN PROCESO DE TRATA DE PERSONAS.– IV. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA ACTUACIÓN DE LAS SALAS PENALES DE LA CORTE SUPREMA EN CASOS DE TRATA DE MENORES DE EDAD.– V. A MANERA DE CONCLUSIÓN.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. ASPECTOS FENOMENOLÓGICOS

Criminológicamente, el fenómeno delictivo de la trata de personas se manifiesta de diversas formas en el Perú: desde sus formas macrocriminales, como expresión de la criminalidad organizada, hasta sus formas simples, como expresión de una coparticipación o intervención monosubjetiva en el delito, alejadas de las estructuras criminales organizadas. Sin embargo, son las formas simples de intervención delictiva las que parecen ser las prácticas más extendidas, especialmente en la selva y en la sierra del Perú. Efectivamente, la realidad peruana presenta, no con visible frecuencia, situaciones de trata internacional o transfronteriza. El Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público (2014) peruano registra 31 víctimas de trata de personas de origen extranjero para el año 2013. Estas representan apenas el 5% del universo de víctimas de trata —nacionales y extranjeros—, aunque no se conoce la nacionalidad de un 23% de ellas. Por su parte, el último informe sobre la situación de la trata en el Perú, realizado por la organización Capital Humano y Social Alternativo (CHS Alternativo), nos indica, a partir de información brindada por la División Nacional contra la Trata de Personas de la Policía Nacional, que, en el año 2014, las intervenciones policiales arrojaron 19 víctimas extranjeras, de las cuales 8 son de Colombia, 7 de Ecuador y 4 de República Dominicana (2015).

Todo ello nos lleva a considerar que es en estos casos en donde podríamos apreciar algunas formas de organizaciones criminales que estén facilitando el ingreso al país de víctimas de trata de mujeres con fines de explotación sexual, especialmente utilizando la vía de nuestras fronteras con países limítrofes como Colombia y el Ecuador. En esa misma línea, el informe del Departamento de Estado de los Estados Unidos de

395

EL DELITO
DE TRATA DE
PERSONAS
COMO DELITO
COMPLEJO Y SUS
DIFICULTADES
EN LA
JURISPRUDENCIA
PERUANATHE CRIME
OF HUMAN
TRAFFICKING
AS A COMPLEX
CRIME AND ITS
DIFFICULTIES IN
THE PERUVIAN
JURISPRUDENCE

América (2015) sobre el año 2014 nos recuerda que el Perú es un país de origen, tránsito y destino. Así, el informe señala que mujeres peruanas son obligadas a ejercer la prostitución en el Ecuador y Argentina, y que hombres y mujeres son obligados a trabajar en condiciones forzadas en Argentina, Chile, Ecuador y Estados Unidos. A su vez, el mismo informe refiere que mujeres extranjeras —Ecuador, Bolivia o Colombia— se encuentran sometidas a la trata con fines de explotación sexual o laboral en el Perú.

Sin embargo, son los estudios realizados por Mujica (Mujica & Cavagnoud, 2011) en dos zonas amazónicas del Perú —Pucallpa e Iquitos— los que muestran cómo la trata de personas resulta ser un fenómeno que escapa al estereotipo que se ha construido desde los estudios de la trata internacional, esto es, un fenómeno criminal que se produce en un contexto de criminalidad organizada especialmente transnacional y que ofrece a los perpetradores una gran rentabilidad económica¹. Los estudios de Mujica son de carácter etnográfico y, como tales, se concentran en el estudio del contexto del fenómeno, los actores involucrados y el *modus operandi* de este fenómeno delictivo. Los resultados de los estudios son en realidad desmitificadores.

Veamos algunas características encontradas. En primer lugar, con relación a Pucallpa, se trata de un fenómeno que se produce en una zona empobrecida, pero donde se acentúa la explotación maderera y de hidrocarburos, es decir, una zona donde hay una concentración de riqueza en un grupo minúsculo de personas y una extensa zona de pobreza y, a veces, de pobreza extrema (Mujica & Cavagnoud, 2011, p. 96). Es alrededor de ese tipo de actividades que se aprecia, de forma extendida, el ejercicio de la prostitución en la zona de Pucallpa. Sin embargo, donde se aprecia una situación visible de ejercicio de la prostitución de niñas y adolescentes —entre 12 y 17 años— es en «la zona de los bares, alrededor de los puertos y aserraderos de la orilla del río Ucayali y en las tabernas para los pescadores y balseros que rodean el mercado de Yarinacocha» (p. 98). Sobre ellas generalmente ejerce dominio una mujer, quien ocupa una posición compleja de promotora de la prostitución de las menores, de proveedora de alimentación y vestido para ellas y protectora frente al maltrato físico del que podrían ser víctimas. He ahí el dominio sobre la víctima.

En el caso de la Amazonía, el estudio se concentra en la zona de Mazán (Mujica & otros, 2013), a tres horas de la ciudad de Iquitos. Si bien no es un estudio específico sobre la trata o explotación sexual de personas, sí es un estudio general sobre la violencia sexual contra

1 Al respecto, se suele sostener en los informes internacionales que la trata de personas internacional es el delito que genera mayor rentabilidad económica después del narcotráfico y el tráfico de armas ilegal.

mujeres adolescentes en el que se incluye también los casos de trata de adolescentes. El estudio concluye, de manera semejante al estudio anterior, que «el fenómeno parece estar asociado menos al aumento del crimen organizado o la delincuencia común y más a patrones locales y estructurales de la violencia asociados a los patrones de residencia y convivencia, la dinámica comercial local y la presencia/ausencia del Estado [...] las formas de organización familiar, etcétera» (p. 69). De acuerdo con ambos estudios, especialmente el primero, tres parecen ser las características de la explotación de niñas y adolescentes en la zona de la selva peruana, aunque también extendibles a la zona de la sierra:

1. Se trata de una actividad económica complementaria de otro tipo de ingresos lícitos como la venta de comida, servicio de hospedaje, etcétera (Mujica & Cavagnoud, 2011, p. 101);
2. Se trata de una actividad poco o escasamente rentable, esencialmente de una economía de subsistencia (p. 101);
3. Se trata de una actividad que involucra al entorno familiar, especialmente responsables son mujeres que ocupan un rol complejo de proxeneta-madrina-tía frente a la adolescentes que «administran» (pp. 102-103).

En consecuencia, son los casos de trata de adolescentes con fines de explotación sexual, de carácter más doméstico e interno, los que con mayor frecuencia se reflejan en la jurisprudencia peruana. Pues bien, antes de proceder a una valoración de algunos criterios interpretativos de nuestra jurisprudencia suprema en este tipo de casos (sección III), es importante detenernos en el estudio de la naturaleza compleja del tipo de injusto del delito de trata de personas en el Código Penal peruano (sección II). Solo apreciando esta naturaleza, será posible entender lo que, en nuestra consideración, son valoraciones equívocas de la jurisprudencia de las Salas de la Corte Suprema del Perú.

II. LA NATURALEZA COMPLEJA DEL DELITO DE TRATA DE PERSONAS

El delito de trata de personas, sin constituir formalmente un delito especial, no resulta un delito común susceptible de realizarse bajo cualquier contexto. Se trata de un delito que presupone una situación asimétrica o de dominio entre un agresor o agresores y una víctima vulnerable, sea esta mayor o menor de edad. Esta situación es aprovechada por el agresor para someter a la víctima a una condición de explotación sexual o laboral. La tipificación del delito de trata de personas recoge de forma clara esta situación asimétrica entre agresor y víctima así como el contexto de dominio del primero sobre la segunda. Esta situación, tal como veremos posteriormente, confirma nuestra

posición en el sentido de que la dignidad humana es el bien jurídico protegido, el mismo que nos reconduce a una comprensión determinada de los diversos elementos del tipo penal, especialmente el relacionado con la relevancia del consentimiento de la víctima.

Esta característica del tipo de injusto del delito de trata de personas solo es explicable en razón del proceso de incidencia que tiene la especial situación victimizante que afecta a las víctimas de trata sobre la configuración de este tipo penal (II.2.), el cual se constituye en un delito de dominio del sujeto activo sobre la vulnerabilidad de la víctima (II.3.). Solo bajo este entendimiento del tipo penal es posible reconocer cabalmente el bien jurídico protegido con la prohibición penal de la trata: la dignidad humana (II.4.). Sin embargo, antes de detenernos en este proceso de configuración del tipo penal de trata como un delito de dominio y en el reconocimiento del bien jurídico protegido, conviene presentar brevemente la regulación del delito de trata en nuestra legislación penal (II.1.).

II.1. El tipo de injusto del delito de trata de personas en el Perú

El tipo de injusto del delito de trata de personas en el Perú se encuentra regulado en el artículo 153 del Código Penal². Al igual que la mayoría de legislaciones de nuestro entorno cultural, la tipificación penal peruana responde, en esencia, al modelo planteado por el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (2000; en adelante Protocolo de Palermo)³. De acuerdo con este parámetro internacional, la legislación

EL DELITO
DE TRATA DE
PERSONAS
COMO DELITO
COMPLEJO Y SUS
DIFICULTADES
EN LA
JURISPRUDENCIA
PERUANA

THE CRIME
OF HUMAN
TRAFFICKING
AS A COMPLEX
CRIME AND ITS
DIFFICULTIES IN
THE PERUVIAN
JURISPRUDENCE

2 Artículo 153: «Trata de personas

1. *El que mediante violencia, amenaza u otras formas de coacción, privación de la libertad, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o de cualquier beneficio, capta, transporta, traslada, acoge, recibe o retiene a otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país con fines de explotación, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.*
2. *Para efectos del inciso 1, los fines de explotación de la trata de personas comprende, entre otros, la venta de niños, niñas o adolescentes, la prostitución y cualquier forma de explotación sexual, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, cualquier forma de explotación laboral, la mendicidad, los trabajos o servicios forzados, la servidumbre, la extracción o tráfico de órganos o tejidos somáticos o sus componentes humanos, así como cualquier otra forma análoga de explotación. [...]*
3. *La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considera trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios previstos en el inciso 1.*
4. *El consentimiento dado por la víctima mayor de edad a cualquier forma de explotación carece de efectos jurídicos cuando el agente haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en el inciso 1».*

3 Artículo 3: «Definiciones.

Para los fines del presente Protocolo:

- a) Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la

penal peruana también define el delito de trata de personas sobre la base de tres bandas definicionales (el nombre de «banda definicional» es tomado de Rabossi, 1990, p. 181-182, a propósito del estudio de los elementos del derecho a la no discriminación), a saber: las conductas, los medios y los fines (Geronimi, 2002, p. 20; me he referido antes a este autor en Montoya, 2012, p. 10).

A.- Las conductas

El tipo de injusto del delito de trata de personas prohíbe, alternativamente, una variedad de conductas que van desde *la captación* de la víctima desde su lugar de origen o hábitat de procedencia hasta *su retención* con fines de explotación laboral o sexual, pasando por otras conductas propias del ciclo de la trata como *el transporte, el traslado de las víctimas, la recepción o acogida de la misma*.

Por *captación* debe entenderse el acto de reclutar o lograr la aceptación de la víctima para realizar una determinada actividad (Pomares Cintas, 2010) constitutiva de explotación laboral o sexual. Desde el punto de vista criminológico, se trata del primer eslabón de la cadena de la trata de personas, sin que ello implique que dogmáticamente se trate de una etapa que necesariamente el agente deba realizar, dado que, al tratarse de comportamientos alternativos, aquel podría intervenir en los posteriores eslabones de la cadena sin haber intervenido en el primero.

Por *transporte* entendemos cualquier conducta que implique el movimiento de la víctima de un lugar a otro, dentro o fuera del territorio nacional. Es importante que esta conducta genere un riesgo penalmente no permitido y, en tal sentido, supere el sentido de comportamientos neutrales. Solo es posible evidenciar esto cuando el tratante mantiene una cierta relación de dominio sobre la víctima, especialmente por alguno de los medios típicos utilizados⁴. Con relación al concepto de *traslado*, es posible encontrar una definición que no se confunda con el concepto anterior (transporte), a pesar que exista semejanza entre ambos. Se trata de comprender el traslado como el traspaso de control sobre una persona que es objeto de trata

concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. [...]

c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo».

4 Esta conducta podría llevar a considerar, equivocadamente, que el movimiento o el desplazamiento (desarraigo) es una característica que define el concepto de trata. Sin embargo, ello no es así dado que, a diferencia de otras regulaciones comparadas, en nuestra legislación se tipifica la modalidad de retención de la víctima, lo que no implica necesariamente movilidad o traslado de la víctima, sino simple privación de la libertad, en el lugar donde se encuentre, con fines de explotación.

(Montoya, 2012, p. 55; tomando como referencia el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos de 2005), es decir, la «concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra» (Montoya, 2012, p. 55; citando el Protocolo de Palermo).

Finalmente la *acogida* implica que el agente admita en su hogar o domicilio a una persona objeto de trata. La diferencia de este concepto con el de *recepción*, con el cual mantiene una gran semejanza, radica en la connotación de permanencia que caracteriza a la acogida y no tanto a la recepción (Pomares Cintas, 2010, p. 550). Como puede apreciarse, tanto la conducta de retención como la reinterpretación de la conducta de traslado de personas nos permitirían incorporar, como delito de trata de personas, supuestos recurrentes en el Perú que no se encuentran criminalizados en otras legislaciones de nuestro entorno cultural. Nos referimos a los casos que hemos descrito en la primera parte de este trabajo y que revelan supuestos de trata doméstica y de economía familiar de supervivencia. Se trata de casos en los que no existe movilidad de la víctima o la misma es traspasada de dominio desde sus padres hacia terceros afines.

EL DELITO
DE TRATA DE
PERSONAS
COMO DELITO
COMPLEJO Y SUS
DIFICULTADES
EN LA
JURISPRUDENCIA
PERUANA

THE CRIME
OF HUMAN
TRAFFICKING
AS A COMPLEX
CRIME AND ITS
DIFFICULTIES IN
THE PERUVIAN
JURISPRUDENCE

B.– Los medios

Nuestro tipo penal, al igual que la definición del Protocolo de Palermo, contempla para el caso de víctimas adultas diversos medios comisivos que denotan la ausencia de un consentimiento válido y a través de los cuales el tratante persigue su objetivo de explotar sexual o laboralmente a la víctima. Se trata del uso de la violencia, la amenaza, el engaño o fraude o, especialmente, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad. Especialmente sobre este supuesto y su incidencia sobre la manifestación de voluntad de la víctima es que nos detendremos posteriormente. Es importante resaltar que, al igual que en el Protocolo de Palermo, la regulación penal peruana excluye estos medios comisivos en los casos de víctimas menores de edad. En estos casos, se presume *iure et de iure* irrelevante el consentimiento de la víctima menor de edad siempre que la captación, el transporte (o traslado), recepción acogida o retención tengan fines de explotación sexual o laboral.

C.– Los fines

La última banda definicional del delito de trata de personas viene constituida por los fines de la explotación humana a los cuales se orienta cualquiera de las conductas típicas mencionadas. En la legislación penal peruana, estos fines cubren una gama un poco más amplia que las descritas en el Protocolo de Palermo. Estos fines pueden agruparse en tres: los fines de explotación sexual vienen referidos, de manera enunciativa, por el ejercicio de la prostitución y la esclavitud sexual, dejando abiertos estos

finés, mediante una cláusula de extensión analógica, a otras formas de explotación sexual; los fines de explotación laboral se refieren, también enunciativamente, a la obligación de mendigar, de realizar trabajos o servicios forzados, a la servidumbre y la esclavitud, dejando abiertos estos fines, mediante una cláusula de extensión analógica, a otros fines de explotación laboral; otros fines de explotación taxativamente mencionados como la venta de niños, extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos. Precisamente varios de los fines mencionados se añaden de manera novedosa a nuestra legislación y no son registradas por el Protocolo de Palermo. Así, puede citarse la esclavitud sexual, la venta de niños, el sometimiento a la mendicación y la extracción de tejidos humanos.

Hasta aquí, hemos presentado brevemente el contenido del tipo penal de trata de personas en la legislación penal peruana. Veamos ahora cómo la especial situación victimizante en la que se encuentran las víctimas de la trata incide en el proceso de configuración del referido tipo penal.

II.2. La especial situación victimizante y la formación de los tipos penales

De acuerdo con Subijana Zunzunegui (2004), apelando a una perspectiva victimológica, el principio de protección de las víctimas despliega uno de sus máximos alcances en el derecho sustantivo. Efectivamente, desde el ángulo del tipo penal, este despliega su pretensión protectora, configurando el bien jurídico protegido, el contenido y finalidad del injusto en función del tipo de víctima con el que nos encontremos. Los estudios criminológicos modernos, desde sus primeros momentos, evidenciaron que determinadas características personales o contextuales⁵ de las víctimas determinan, en algunas de ellas más que en otras, su «propensión» a ser víctimas de determinado tipo de delito (de la Cuesta Aguado, 2003, p. 122).

Bajo la perspectiva anterior, y dependiendo de las notas especiales de victimización sufrida, el tipo penal minimiza o maximiza la protección penal de aquella víctima (Subijana Zunzunegui, 2004, p. 15). Estas notas permiten, según Subijana, agrupar a las víctimas en víctimas comunes —aquellas que no presentan notas particulares que permitan una protección especial en el tipo penal— y víctimas específicas —aquellas que presentan especiales características que determinan,

5 Señala Bottke que «son varios los factores que influyen en la victimización de un individuo. El estilo de vida, edad, sexo, raza, origen y origen social son todos factores influyentes que determinan la victimización. De acuerdo con las investigaciones realizadas hasta la actualidad, esto es evidencia que la victimización es más común para algunos grupos de nuestra sociedad que para otros y que algunas personas sufren más el delito que otras» (Bottke, 2003, p. 477).

a su vez, formas especiales, intensificadoras o moduladoras de la protección jurídico penal— (p. 15). Dentro de estas últimas, el referido autor distingue entre víctimas vulnerables, víctimas familiares, víctimas simbólicas, víctimas estatales o víctimas participantes.

Nos interesa resaltar el caso de las víctimas vulnerables y de las víctimas familiares, dado que ambas explican bastante bien el caso de las víctimas de trata de personas y del correspondiente tipo penal orientado a su protección. En el caso de las víctimas vulnerables, se trata de aquellas que «presentan una especial dificultad para contener los riesgos de victimación a los que se encuentran expuestas» (p. 15) por diversas razones (personales, económicas, sociales-psicológicas, medios coercitivos utilizados, etcétera). En mi concepto, el caso de víctimas familiares es una especificidad de las víctimas vulnerables, dado que la situación de vulnerabilidad radica en el contexto familiar o doméstico donde el pariente o familiar ejerce un dominio sobre la víctima o abusa de la situación de confianza que esta deposita en aquel (p. 15). En ambos casos, creo que la situación vulnerable de la víctima condiciona el tipo penal, «pergeñando en la configuración del injusto los elementos definidores de la situación vulnerable, permitiendo con ello un incremento del desvalor del hecho atribuido al victimario» (p. 15).

Los estudios victimológicos (Tamarit Sumalla, 1998, pp. 196ss.; García Pablos de Molina, 2007, pp. 117ss.) y el propio Protocolo de Palermo parten de considerar que existen una serie de factores que condicionan la situación vulnerable de una víctima de trata. Así, principalmente, la precaria situación económica de la víctima —pobreza—, la falta de oportunidades en el contexto donde ella se desenvuelve, la relación de dependencia —psicológica o económica— con el victimario, la relación de autoridad que ejerce el victimario sobre la víctima, etcétera.

Ello explica por qué el tipo penal no solo se limita, en caso de víctimas adultas, a la exigencia de la utilización de medios coercitivos clásicos como la violencia, amenaza o el engaño, sino que añade, como umbral general del tipo penal, el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima. Y ello explica también por qué en el caso de las víctimas menores de edad no se exija la verificación de alguno de los medios coercitivos, fraudulentos o de abuso. Condicionado por esa perspectiva victimológica, el tipo de injusto del delito de trata de personas presenta una característica especial que lo configura como un delito de dominio de un agente sobre una víctima vulnerable, sea persona adulta o menor de edad. Esta característica, como veremos enseguida, incide sobre la comprensión del consentimiento.

401

EL DELITO
DE TRATA DE
PERSONAS
COMO DELITO
COMPLEJO Y SUS
DIFICULTADES
EN LA
JURISPRUDENCIA
PERUANA

THE CRIME
OF HUMAN
TRAFFICKING
AS A COMPLEX
CRIME AND ITS
DIFFICULTIES IN
THE PERUVIAN
JURISPRUDENCE

II.3. El delito de trata de personas como delito de dominio sobre la víctima y relevancia del consentimiento

II.3.1. El supuesto de la trata de personas mayores de edad

Con relación al primer supuesto, el de la trata de personas mayores de edad, el tipo penal plantea, como hemos mencionado, una serie de medios comisivos como la violencia, la amenaza, el engaño, la coacción, el fraude, el rapto o el abuso de una situación de vulnerabilidad, los cuales operan como mecanismos que permiten evidenciar el vicio del aparente consentimiento de la víctima (este es el expreso sentido que señala el Protocolo de Palermo en el literal b del artículo 3) y anunciar el riesgo próximo de una situación de explotación sexual⁶, laboral u otras forma de explotación.

Esta constatación no es incompatible, sino complementaria, con la perspectiva adoptada por otros autores, quienes indican que dichos medios comisivos «configuran el escenario de dominio y de sometimiento característico de la trata» (véase Pomares Cintas, 2010, p. 551; quien cita las posiciones de Pérez Alonso y Villacampa Estiarte). Esta característica se condice con el diagnóstico criminológico antes expuesto, que nos indica que, indistintamente que se trate de un delito cometido en un contexto de criminalidad organizada o se trate de un delito como expresión de prácticas codelincuenciales domésticas e incluso unipersonales, el delito de trata expresa siempre un situación previa o provocada de relación asimétrica de dominio de una persona sobre otra. Esa relación asimétrica de dominio entre el tratante y la víctima es un elemento que se empieza a evidenciar a partir de cualquiera de los medios comisivos antes indicados.

Sin embargo, no debe confundirse este ejercicio de dominio que se expresa en los medios comisivos con el dominio que se expresa en la situación efectiva de explotación de la persona. Evidentemente, la explotación efectiva de una persona —la explotación de la prostitución ajena, la explotación sexual, la servidumbre, el trabajo forzado, la esclavitud, etcétera— configura también una situación de dominio de una persona sobre otra, pero esta forma de dominio resulta una expresión cuantitativamente más intensa que aquel dominio inicial expresado en el uso de la violencia, la amenaza, el engaño o el abuso de una situación vulnerable con fines de explotación⁷. Ello en virtud de

6 Como señala Fernández Olalla cuando hace referencia al momento de la captación engañosa, «en estos casos, el engaño se proyecta sobre las durísimas condiciones de vida que le aguardan, las condiciones laborales extremas y la eventual venta como esclava (a la víctima) a otras organizaciones» (2012, p. 108).

7 Debo explicar que no creo que se trate de dos tipos de dominio autónomos, sino todo lo contrario. El primer dominio, que se expresa al momento de la utilización, de la violencia, la amenaza, el fraude o el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad, es un continuo hasta alcanzar una situación de dominio más intenso de una persona sobre otra, de tal manera que esta se encuentra disponible a la manera de una cosa o un animal.

que, en este último supuesto, el tratante instrumentaliza o cosifica para su provecho personal el cuerpo o el trabajo de la víctima. En ese sentido, a diferencia de lo que parecen sostener algunos autores⁸, personalmente creo que la gravedad del delito de trata de personas radica sobre todo en el fin que persiguen la captación, el traslado, la acogida o la retención de la persona —sobre quien se ha empleado alguno de los mencionados medios comisivos—; esto es, el efectivo sometimiento de esta a una determinada situación de explotación —sexual, laboral u otra— (comparto, en ese sentido, la posición de Aboso, 2013, p. 90).

Desde esta perspectiva, los medios comisivos son solo una forma de explicitación de elementos que permiten orientar al operador judicial respecto del vicio del consentimiento de una persona que es conducida a una situación de explotación. En realidad, desde una mirada estricta no serían elementos necesarios (Aboso, 2013, p. 90). Las conductas que están dirigidas a llevar a una persona a una situación de explotación presuponen el empleo de algún mecanismo coercitivo contra la víctima o, al menos, el aprovechamiento de los escasos márgenes de autodeterminación que tiene una persona adulta en situación de vulnerabilidad. Esta es la única manera de comprender por qué una persona no puede «consentir» válidamente una próxima situación de explotación⁹. Esto explicaría por qué varias legislaciones del ámbito latinoamericano prescinden, en su tipificación interna, de los medios comisivos antes expuestos. Así, por citar algunos de los ejemplos más representativos, las legislaciones penales de Colombia, Argentina, Ecuador y México prescinden en la tipificación de su delito de trata de personas de los medios comisivos que hemos indicado anteriormente. Evidentemente, esta ausencia de medios comisivos en la tipificación interna no significa que el operador judicial no deba hacer el esfuerzo de evidenciar algún medio comisivo —violento, coercitivo o de

8 Es dudosa la posición de Pomares Cintas, quien, por un lado, afirma que «esta situación de cosificación de la persona previa a la explotación es lo que justifica la singularidad de delito autónomo», lo que da a entender que lo importante es la instrumentalización que se produce con anterioridad a la explotación y, por otro lado, resalta que la relevancia típica de las conductas de captación, traslado o acogida solo se produce cuando «se encuentren objetivamente vinculadas en el momento de la acción a la consecución de las conductas de explotación» (2010, p. 548). Véase también Maraver Gómez, 2006, p. 622.

9 Daunis Rodríguez plantea claramente las dos posiciones: «de un lado aquellas que niegan la validez de cualquier tipo de consentimiento que haya sido otorgado por una persona explotada, al entenderse que ninguna persona puede aceptar su propia explotación; y de otro lado, las que aseveran la necesidad de garantizar la libertad de las personas para decidir sobre su futuro». Sin embargo, el autor interpreta el artículo 3 del Protocolo de Palermo en el sentido de que el Protocolo opta por la segunda de las posiciones, esto es, el reconocimiento pleno de la libertad individual: «el consentimiento dado por la víctima de la trata [...] a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar [...] no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado» (2013, p. 144). En mi concepto, el enunciado debe interpretarse de manera contraria. No hay consentimiento válido —es decir, no existe posibilidad de consentimiento— cuando la víctima se encuentre frente a una situación de violencia, amenaza o especialmente de vulnerabilidad aprovechada por el tratante. Es decir, más importante que el consentimiento de la víctima es la situación en la que se encuentra la misma. Es esta situación, y no lo que sostenga la víctima, lo que determinará una situación de explotación existente o próxima.

prevalimiento— que explique la futura situación de explotación de la víctima.

Esta perspectiva nos lleva a considerar que, más allá de la manifestación del tratante o de la manifestación de la propia víctima, lo importante es la situación —objetiva— en la que esta se encuentra o la situación que le deparará próximamente a la misma. Es decir, lo importante es el análisis, a partir de todos los medios de prueba directos o indirectos, de la situación de explotación o próxima situación de explotación de la víctima. En otras palabras, las investigaciones deben evidenciar una situación existente o una situación próxima de sometimiento de una persona a alguna forma de dominio por parte de otra. Reiteramos, entonces, que en el caso de víctimas de trata mayores de edad, los medios comisivos —violencia, coacción, amenaza, engaño o abuso de una situación de vulnerabilidad— serían una especie de indicios —*ratio noscendi*— que denotan una situación de riesgo de explotación o de una explotación ya existente.

II.3.2. El supuesto de la trata de personas menores de edad

Como hemos ya anunciado, para el caso de la trata de menores de edad, tanto el Protocolo de Palermo como el legislador penal nacional suprimen dentro de la tipificación de este delito los medios comisivos que se describen para el caso de la trata de personas mayores de edad. Ello implica que, la trata en estos supuestos queda constituida por dos elementos: las conductas y los fines. De acuerdo con dicha supresión, la trata de menores de edad quedaría descrita más o menos de la siguiente manera: Por «trata de menores de edad» se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de menores de 18 años con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. Esto significa, como menciona Pomares Cintas, que

[...] «dada la vinculación necesaria entre las conductas de captación, traslado o recepción y la finalidad de utilización posterior (léase instrumentalización) del menor, este no puede consentir válidamente en el ejercicio de la prostitución o en participar en espectáculos exhibicionistas o en la elaboración de material pornográfico ni puede aceptar someterse a las modalidades de explotación laboral previstas, ni a la extracción de sus órganos corporales» (2010, p. 548).

La supresión de los medios comisivos, en este caso, no solo obedece a razones político criminales relacionadas con el «aseguramiento de la legislación de no permitir a niños, en ninguna circunstancia, ejercer la prostitución o la pornografía» (Global Rights, 2005, p. 14),

ni tampoco a la situación de falta de capacidad de autodeterminación de los menores de edad o a su especial situación de vulnerabilidad. En nuestra consideración, la razón principal para la supresión de los medios comisivos en el caso de trata de menores de edad radica en la misma razón que hemos expuesto con relación a la innecesariedad de estos medios para el supuesto de trata de adultos. En efecto, si no resulta posible que una persona adulta pueda consentir válidamente una situación próxima de explotación, con mayor razón una persona menor de edad no puede consentir válidamente una situación próxima de explotación sexual, laboral u otra semejante.

El legislador, entendemos, ha considerado explícitamente innecesario acudir a medios comisivos, coercitivos o de abuso para evidenciar la ausencia de consentimiento válido por parte de una víctima menor de edad. Resulta evidente para el legislador penal que los o las menores de edad se encuentran en una situación de vulnerabilidad presunta debido no solo al déficit de formación psicofísica del o la menor, sino, sobre todo, debido a la relación asimétrica entre el sujeto activo y el sujeto pasivo que supone una situación de explotación. Esta situación de especial vulnerabilidad —motivada por el fin de las conductas típicas y por la relación asimétrica en que se encuentra— es diferente a la situación en la que se encuentra la menor cuando mantiene contacto sexual o acceso carnal —pacífico y consentido— con otra persona fuera de un fin de explotación. Esta última situación no viene marcada por un contexto vertical y asimétrico entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, sino por un contexto, en gran medida, horizontal. Es en este último supuesto en el que el consentimiento de la víctima puede tener relevancia y ser excluyente de responsabilidad penal.

II.4. El bien jurídico protegido y el replanteamiento del tipo

Hemos preferido analizar la problemática del objeto jurídico de protección en el delito de trata de personas no al inicio de este acápite, como hubiera resultado tradicional, sino con posterioridad al tema del consentimiento de la víctima, dado que, de esta manera, considero, se podrá comprender mejor la naturaleza del bien jurídico. Existen tres posiciones sobre cuál es el bien jurídico protegido en el tipo penal de trata de personas¹⁰. En las líneas siguientes, haremos una reseña de estas posiciones y estableceremos finalmente aquella que consideramos como la más adecuada, teniendo en cuenta nuestro marco constitucional e

10 Se descartan algunas posiciones residuales en virtud de su escasa trascendencia para la discusión en la doctrina nacional. Por ejemplo, hemos descartado la perspectiva de un sector de la doctrina española que señalaba a la política migratoria como bien jurídico protegido, para una alusión crítica a esta posición, véase Pérez Cépeda, 2004, pp. 157ss. Esta discusión se debía a la pésima técnica legislativa del antiguo delito de trata ya reformado del Código Penal español, que incluía el delito de trata de personas como un agravante del delito de tráfico ilegal de personas.

internacional, la tipificación interna y los efectos que una u otra posición pueden conllevar.

A. Primera posición: la libertad personal como bien jurídico protegido

Esta posición, mayoritaria en la doctrina nacional, sostiene que la libertad ambulatoria es el concreto bien jurídico protegido en el tipo penal de trata de personas, aunque posteriormente reconoce, de manera específica, a la dignidad personal como bien jurídico protegido (Salinas Siccha, 2010, p. 498; Caro Coria, 2011). Esta posición se asienta fundamentalmente en dos razones: (i) por un lado, los medios comisivos del delito —es decir, los mecanismos por los cuales se restringe la voluntad de la víctima— denotan distintas intensidades de afectación a la libertad ambulatoria —por ejemplo, la violencia, amenaza, engaño, abuso de autoridad, etcétera—; y, (ii) por otro lado, la ubicación sistemática del delito de trata de personas en nuestro Código Penal. Este tipo penal se encuentra dentro de los delitos contra la libertad individual, junto a los delitos de coacción y secuestro.

Esta es la posición que parece adoptar nuestra Corte Suprema en su Acuerdo Plenario 3-2011/CJ-116 (2012c, párrafo 12). De acuerdo con este acuerdo plenario, la trata de personas vulnera la libertad personal entendida como la capacidad de autodeterminación de una persona para desenvolver su proyecto de vida. No obstante, existen dos argumentos que no permiten asumir esta posición. De un lado, se señala que esta postura no puede explicar la trata de menores de edad —incluso menores de 18 años—, en la cual los medios de comisión son irrelevantes a pesar que en otros ámbitos se les reconoce capacidad para expresar su consentimiento sobre su autodeterminación sexual, por ejemplo. Por otro lado, la referida posición no tiene en cuenta mínimamente lo que resulta ser la característica principal del fenómeno de la trata en el mundo: los fines de explotación laboral, sexual u otra semejante de la persona. En razón de ello, se argumenta que el delito de trata trasciende la mera restricción de la libertad ambulatoria.

B. Segunda posición: la dignidad personal como bien jurídico protegido

Esta es la posición mayoritaria de la doctrina penal comparada, aunque no de la peruana (véanse, entre otros, Villacampa Estiarte, 2010, pp. 835-837; y, en referencia al derogado artículo 318 bis del Código Penal español de deficiente redacción, Pérez Cépeda, 2004, p. 170). Si bien se reconoce que la dignidad humana es un valor presente, con mayor o menor intensidad, en todos los derechos fundamentales, también posee un contenido específico y autónomo que no puede ser alcanzado totalmente por cada derecho independientemente considerado (uno de los primeros en marcar ese ámbito autónomo de la dignidad ha sido Benda, 2001, pp. 120-121).

Las críticas dirigidas a esta posición precisamente se refieren a la falta de autonomía del principio de dignidad humana y que esta cualidad del ser humano está presente de manera transversal en todos los derechos fundamentales, especialmente en los derechos fundamentales individuales. Desde esta crítica, es mejor delimitar al objeto de protección del tipo de injusto de trata de personas por uno de los bienes jurídicos individuales —referido al derecho fundamental correspondiente— que este delito afecta o pone en peligro de manera visible, como lo es la libertad personal. Alonso Alamo ha reaccionado convincentemente frente a estas críticas y reafirmado la posición de que la dignidad humana es el bien jurídico en el delito de trata de personas¹¹. Así, en primer lugar, precisa que hay que entender que «la dignidad, como es por lo general aceptado es algo distinto a la suma de los derechos esenciales que de ella emanan y en los que se concreta y que, en cuanto tal, es susceptible de ser protegida de forma inmediata y directa por el derecho penal» (Alonso Álamó, 2007, p. 5).

En ese sentido, la misma autora nos refiere que, más allá de la presencia de la dignidad en bienes como la vida, la salud individual, la libertad, el honor o la intimidad, existe un «remanente, lo específicamente humano, que podría ser menoscabado con independencia de que se atente o no contra la vida, la libertad o la intimidad, etcétera» (p. 5). Ese remanente al que hace referencia la autora, o ese «algo» diferente que constituiría lo esencial de la naturaleza humana, «podría ser atacado por acciones que comporten la cosificación, instrumentalización, envilecimiento o humillación de la persona» (p. 5).

Así, la dignidad impide todo «trato vejatorio que represente convertir en cosas a los seres humanos» (véase Villacampa Estiarte en Quintero Olivares, 2005, p. 1119). Tal como lo hemos dicho en otro trabajo, la trata de personas describe, entonces, un proceso que implica justamente un atentado o un riesgo de atentado al núcleo fundamental de la personalidad humana, dado que lesiona o puede lesionar no tanto alguna de las manifestaciones en donde se expresa la dignidad —vida, salud, libertad o el honor, por ejemplo—, sino aquel aspecto que tales manifestaciones no cubren necesariamente: su instrumentalización.

C. Tercera posición: pluralidad de bienes jurídicos protegidos

Esta posición considera que detrás del delito de trata de personas existe una pluralidad de bienes jurídicos protegidos, dependiendo del bien jurídico amparado detrás de cada modalidad de explotación prohibida. Así, por ejemplo, en los casos de trata con fines de explotación laboral,

11 Debe advertirse que la dignidad humana es un concepto que para la doctrina española se identifica con el derecho a la «integridad moral», recogido en el artículo 15 de la Constitución española (1978).

el bien jurídico sería la libertad laboral. En los casos de trata con fines de explotación sexual, el bien jurídico sería la libertad sexual¹².

Consideramos que esta postura no resulta viable por su estructura difusa y porque no contribuye con una interpretación estable del tipo penal, ni tampoco con su función de resolver los problemas de concurrencia con delitos afines. Pero, sobre todo, considero que esta postura no logra apreciar que lo que la lucha contra la trata pretende, en esencia, evitar es una situación objetiva de instrumentalización o cosificación de una persona más allá de su voluntad de consentir o no dicha situación.

D. Posición personal

Desde nuestra perspectiva, la segunda posición es la correcta, a pesar de que no se condiga con la ubicación sistemática de nuestro tipo penal. En realidad, lo que se pretende proteger detrás de la tipificación de la trata de personas, como señala Alonso Álamó (2007, p. 5), es específicamente lo humano, aquello que nos permite valorarlo en sí mismo e impide asumirlo como una cosa disponible o instrumentalizable. La postura que reconoce la protección de la dignidad como esencia de la lucha contra la trata de personas coincide con la perspectiva asumida por diversos instrumentos internacionales de protección frente a la trata de personas. Dichos instrumentos señalan la necesidad de proteger la dignidad de las personas¹³. Además, la dignidad humana constituye una categoría que permite una más adecuada evaluación de la gravedad del fenómeno de la trata de personas.

La adopción de esta posición nos lleva a asumir, coherentemente, algunas consecuencias que resultan fundamentales para interpretar o valorar las interpretaciones realizadas por nuestra jurisprudencia suprema.

- a) En primer lugar, la dignidad de la persona debe entenderse de manera objetiva, es decir, «como valor jurídico en sí, no dependiente de los sentimientos ni de la voluntad de la persona, ni tampoco enraizado en una determinada concepción moral o religiosa» (Alonso Álamó, 2007, p. 6). Ello supone que, frente a una situación objetiva de afectación de la dignidad —vía comportamientos de explotación, vejación o instrumentalización de la persona— o de proximidad de dicha afectación, el sujeto no

¹² En la doctrina española, algunos autores consideran la existencia de dos bienes jurídicos protegidos en el delito de trata de personas: la dignidad y la libertad personal. Así, por ejemplo, Daunís Rodríguez, cuando indica que «[...] no ocultamos al lector que nuestra propuesta del bien jurídico dignidad humana esta muy próxima o cercana a la libertad [...]». No obstante, los actos de trata de seres humanos suponen algo más que un mero ataque a la libertad [...]» (2013, pp. 76-77).

¹³ Así, por ejemplo, el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena (Organización Naciones Unidas, 1949) establecía que la trata de personas es incompatible con la dignidad y el valor de la persona humana. Igualmente, el informe de 2003 del Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de Esclavitud señala sobre la explotación de la prostitución ajena que se trata de una práctica incompatible con la dignidad y el valor de la persona humana (Organización de Naciones Unidas, 2003).

puede válidamente consentir. Esto no supone un paternalismo estatal ni una forma encubierta de incluir una moral particular, sino la protección de la esencia misma del ser humano (p. 7); esto es, el derecho, por el hecho de ser persona, a no ser tratado como una cosa de la que el tratante pueda disponer o dominar como un objeto sojuzgado a su voluntad.

- b) Los actos dirigidos contra la dignidad no son actos dirigidos necesariamente contra la voluntad de un sujeto. La trata, desde esta perspectiva, no supone la realización de actos dirigidos necesariamente a doblegar la voluntad o la autodeterminación de una persona, sino a aprovecharse de una persona sobre quien se ejerce un dominio semejante al que se ejerce sobre una cosa o un animal. El núcleo de la dignidad humana es indisponible para cualquier persona, sea esta menor o mayor de edad. Es por ello que el contexto o situación que afecta este núcleo no puede ser analizado solo desde la perspectiva subjetiva de la víctima.
- c) Si se asumen las dos consecuencias anteriores, debe aceptarse que el trabajo interpretativo del tipo penal de trata y el proceso de recaudo probatorio en este delito tiene, en primer lugar, que enfocarse no en los medios comisivos coaccionantes, violentos, fraudulentos o abusivos, sino en la situación en la que se encuentra o se encontrará próximamente la víctima. Si esta situación supone un proceso de dominio de una persona sobre otra —la cual es tratada de manera semejante a una cosa—, entonces la conducta de captación, traslado, recepción o acogida de esa persona es una conducta típica de trata. Los medios comisivos antes señalados son solamente herramientas que pueden evidenciar una situación próxima de explotación humana.
- d) En el caso de víctimas menores de edad, nos encontramos ante un supuesto de vulnerabilidad presunta debido no solo al déficit de formación psicofísica del o la menor, sino, sobre todo, debido a la relación asimétrica entre el sujeto activo y el sujeto pasivo.

III. LOS PROBLEMAS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA FRENTE AL DELITO DE TRATA DE PERSONAS

Hemos tenido acceso a 34 resoluciones de la Corte Suprema de la República relacionadas con el juzgamiento de delitos de trata de personas y delitos conexos como la violación sexual, proxenetismo, favorecimiento a la prostitución o el delito de rufianismo¹⁴. Sin embargo, el análisis de las mismas muestra dos tipos de limitaciones.

14 Entendemos que se trata de todas las resoluciones de la Corte Suprema sobre el delito de trata de personas desde su tipificación moderna, en nuestro Código Penal, por la ley 28950 de 15 de enero de 2007.

Por un lado, se trata de resoluciones de la Corte Suprema que se pronuncian sobre sentencias de cortes superiores como instancias inferiores a las cuales no hemos tenido acceso. En ese sentido, no tenemos un conocimiento detallado del caso y del proceso penal. Las resoluciones de la Corte Suprema son, en la mayoría de los casos, breves en la descripción del caso y del desarrollo del proceso penal. Por otro lado, en muchos casos se trata de resoluciones casatorias que solo se limitan a evaluar si se verifica la causal casatoria que habilita a la Corte Suprema a pronunciarse sobre el fondo del asunto. En estos casos, la Corte Suprema reiteradamente ha denegado el recurso de casación. En consecuencia, nos hemos limitado al estudio de ocho resoluciones de la Corte Suprema, las cuales muestran algunos conceptos básicos del tipo penal y un contenido mínimo necesario para su análisis (2011; 2014; 2012a; 2010a; 2010b; 2010c 2012b; 2010d).

III.1. El bien jurídico protegido según la jurisprudencia suprema

Desde antes del Acuerdo Plenario 3-2011¹⁵, en el mismo acuerdo (Corte Suprema, 2012c), e incluso en los sucesivos pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de los últimos tres años (véanse Corte Suprema, 2012b; 2014, donde expresamente se valora positivamente la sentencia impugnada que afirmaba la libertad personal como bien jurídico protegido), se afirma que el bien jurídico protegido es la libertad personal. Concretamente, el referido acuerdo plenario, recogiendo la posición del magistrado Salinas Siccha, señala textualmente lo siguiente: «La trata de personas, en los términos como aparece regulada en el Código Penal vigente, constituye un delito que atenta contra la libertad personal, entendida como la capacidad de autodeterminación con la que cuenta la persona para desenvolver su proyecto de vida, bajo el amparo del Estado y en un ámbito territorial determinado» (Corte Suprema, 2012c, párrafo 12).

Se trata, como hemos mencionado, de una posición mayoritaria en la doctrina peruana pero, sin embargo, minoritaria en la doctrina comparada (véase *supra*) o no compartida por los documentos interpretativos de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) (Centeno Muñoz, 2011) o de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Esta posición, como veremos en los puntos siguientes, determina u orienta un trabajo hermenéutico distorsionado del tipo de injusto del delito de trata de personas contenido en nuestro artículo 153 del Código Penal. Pero además, esta perspectiva del bien jurídico también permite

¹⁵ En este periodo, las resoluciones de la Corte Suprema no dilucidaban explícitamente el bien jurídico protegido en el delito de trata. Sin embargo, si podemos considerar que en todas ellas se afirma, repitiendo la ubicación sistemática actual de este delito, que se trata de un delito contra la libertad personal (véanse Corte Suprema, 2015; 2010b).

un enfoque invertido en el proceso de recaudo probatorio. En ambos casos, el resultado es un estándar de protección penal y procesal penal débil de las víctimas de trata de personas.

411

III.2. El valor del consentimiento de las víctimas menores de edad en delitos de trata de personas y de violación sexual en el contexto de un proceso de trata de personas

En cuatro de las ocho resoluciones judiciales estudiadas, la Corte Suprema evalúa explícita o implícitamente el consentimiento de las víctimas menores de trata de personas y aprecia la relevancia del mismo en el referido delito, pero también en delitos conexos como el de violación sexual. Comentaremos dos de estas resoluciones en la medida que se trata de sentencias que contienen de manera completa la descripción de los hechos, lo cual permite, de manera clara, reconocer los fundamentos básicos de su decisión.

Caso 1

En la resolución del 31 de agosto de 2010 (expediente 75-2010), la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema conoce, vía recurso de nulidad, la sentencia de la Sala Penal Superior del Distrito Judicial de Madre de Dios, la misma que condenaba al procesado ACF a 12 años de pena privativa de la libertad por delito de trata en agravio de dos menores de edad (16 y 17 años de edad). Los hechos, según la sentencia de primera instancia, evidencian que, a partir de un operativo policial dirigido por el Ministerio Público, se logró intervenir, en la media noche, el bar denominado «La Morenita» —localidad de Iberia en Madre de Dios—, donde se encontró a las dos menores de edad —LGL y MJAH— trabajando en la atención de los clientes. Al tomárseles su manifestación en dicho acto, las menores refirieron que provenían de la ciudad del Cusco y que fueron captadas por la señora XFH, quien las contactó con el procesado ACF, propietario del bar «Los Ángeles», donde laboraron como «damas de compañía», llegando a sostener relaciones sexuales con los ocasionales clientes. El operativo policial en el bar «Los Ángeles», con presencia del Ministerio Público, logró incautar preservativos utilizados y pedazos de papel higiénico.

A pesar de estas y otras evidencias¹⁶, la Sala Suprema no considera probado el delito de trata de personas que se imputa a ACF. Principalmente, la razón que se invoca es que las menores, en sus declaraciones a nivel de investigación preliminar y judicial, «corroboran

EL DELITO
DE TRATA DE
PERSONAS
COMO DELITO
COMPLEJO Y SUS
DIFICULTADES
EN LA
JURISPRUDENCIA
PERUANA

THE CRIME
OF HUMAN
TRAFFICKING
AS A COMPLEX
CRIME AND ITS
DIFFICULTIES IN
THE PERUVIAN
JURISPRUDENCE

¹⁶ Como hemos mencionado, no es posible acceder a mayor información dado lo escueto de la resolución de la Corte Suprema.

que durante el tiempo que trabajaron en el local del encausado ACF, este no las obligó a mantener trato sexual con los clientes». Además, la resolución indica que el operativo policial y fiscal realizado al bar «Los Ángeles» se realizó algunos días después de que dejaron de trabajar en dicho lugar. Sobre la base de estas consideraciones, la Sala declaró nula la sentencia condenatoria y ordenó un nuevo juicio oral bajo las condiciones advertidas en esta sentencia.

Caso 2

La resolución del 25 de enero de 2010 (expediente 3031-2009), emitida por la Sala Penal Permanente, sigue la misma perspectiva anterior. Sin embargo, esta resolución presenta un interés adicional que merece ser comentado, especialmente de cara a los criterios dogmáticos y político criminales que presentaremos en la siguiente sección. Efectivamente, la Sala conoce, vía recurso de nulidad, una sentencia emitida por la Sala Penal Superior de Ica que absolvió de la acusación fiscal al imputado RCZ de los delitos de trata de personas y violación sexual en agravio de la menor de edad de iniciales AMMR y de GVTV, sustituyendo la imputación de trata de personas por el delito de rufianismo (artículo 180 del Código Penal).

De acuerdo con la acusación fiscal, tanto la investigación policial como la investigación judicial y la declaración de las víctimas acreditarían que ellas fueron captadas por RCZ en la ciudad de Trujillo y llevadas a las ciudades de Chiclayo e Ica para ejercer el meretricio. Específicamente, la agraviada AMMR señaló que el mencionado acusado RCZ «le hizo sufrir el acto sexual» y la obligó a ejercer la prostitución conjuntamente con la agraviada de iniciales GVTV y les exigió que le entreguen doscientos cincuenta nuevos soles diarios. Sobre esto último, se registra en el expediente el testimonio de BCC, quien regenta el prostíbulo «La casa de Julia» y señala que «el acusado trajo a la menor y le pidió una habitación para que “trabaje”». Cabe añadir que GVTV declaró, tanto en sede policial como en sede judicial, que, efectivamente, AMMR le contó que mantuvo relaciones sexuales «consentidas» con el acusado RCZ.

La Sala Suprema confirma la absolución por el delito de violación sexual y confirma la no tipificación de los hechos como delito de trata de personas, aceptando la valoración de los hechos como delito de rufianismo. Con relación al cambio de valoración de los hechos como delito de rufianismo, descartando el delito de trata de personas, la Sala Suprema parece apoyar este cambio de tipificación, señalando lo siguiente:

[...] no se advierte que la menor identificada con las iniciales AMMR y la agraviada identificada con las iniciales GVTV hayan sido retenidas o

trasladadas por el acusado RCZ de un lugar a otro empleando violencia, amenaza, engaño u otro acto fraudulento con la finalidad de obtener una ventaja económica—de las declaraciones de las referidas agraviadas en sede preliminar y judicial [...] se evidencia que se trasladaron de la ciudad de Trujillo a Chiclayo de forma voluntaria y ejercieron la prostitución consciente y libremente— que sin embargo se demostró en el proceso que el acusado las despojaba de una parte de sus ganancias (2010b, considerando sétimo).

Sin embargo, esta sentencia de la Corte Suprema presenta un aspecto adicional que merece ser comentado y que, tal vez, explique mejor las razones por las cuales se exigiría, para la trata de menores de edad, la presencia de algún medio coercitivo, violento o fraudulento. Este aspecto adicional viene explicado en la parte de la sentencia que confirma la absolución del acusado por el delito de violación sexual.

Para justificar esta absolución, la Sala Suprema invoca su Acuerdo Plenario 4-2008/CJ-116 (Corte Suprema, 2008), de acuerdo con el cual los supremos recomiendan a los órganos judiciales, en general, la interpretación del artículo 173.3 del Código Penal —sobre violación presunta de menores de 18 años y mayores de 14— en el sentido de reconocer la exención de responsabilidad penal —atipicidad— por este delito cuando medie el consentimiento de los adolescentes titulares del bien jurídico. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte Suprema reconoce que: «la capacidad de los menores de edad de catorce a dieciséis años [*sic: debería decir dieciocho*] en cuanto al ejercicio de su sexualidad y que ostentan la capacidad de apreciarla debidamente de acuerdo a sus propias conveniencias». En ese sentido, la Sala concluye «que el consentimiento libre que dio la menor agraviada para las relaciones que tuvo con el acusado constituye un supuesto válido de exención de responsabilidad penal». Teniendo en cuenta nuestra posición sobre el contenido complejo del tipo de injusto de trata de personas (sección II) y la presentación del contenido interpretativo de las resoluciones de la Corte Suprema en materia de trata de adolescentes con fines de explotación sexual (sección III), corresponde, en la siguiente sección, evaluar críticamente estas decisiones jurisprudenciales.

IV. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA ACTUACIÓN DE LA SALAS PENALES DE LA CORTE SUPREMA EN CASOS DE TRATA DE MENORES DE EDAD

Con relación al caso 1, puede advertirse, más allá de las posibles deficiencias o no de la sentencia de primera instancia, que la Sala Suprema consideraría relevante la declaración de las menores en el extremo que señalan que no fueron obligadas por ACF a mantener relaciones sexuales con los clientes del bar. Es decir, a pesar de que

EL DELITO
DE TRATA DE
PERSONAS
COMO DELITO
COMPLEJO Y SUS
DIFICULTADES
EN LA
JURISPRUDENCIA
PERUANA

THE CRIME
OF HUMAN
TRAFFICKING
AS A COMPLEX
CRIME AND ITS
DIFFICULTIES IN
THE PERUVIAN
JURISPRUDENCE

ni el Protocolo de Palermo y ni nuestro propio tipo penal de trata de personas requieren recurrir a alguno de los medios comisivos, parece que para la Corte Suprema sí es relevante haber empleado algún medio coercitivo para evidenciar la trata de menores con fines de explotación sexual, es decir, del ejercicio de la prostitución ajena de menores de edad. Con relación al caso 2, nuevamente, la Corte Suprema, en contra de lo prescrito por el Protocolo de Palermo y de nuestro tipo penal de trata de personas¹⁷, considera relevante, para evaluar un delito de trata de menores de edad, la existencia de algún medio comisivo coercitivo, violento o fraudulento. La ausencia de alguno de los medios comisivos indicados, aparentemente, constituyeron la circunstancia que le permitió a la Corte Suprema convalidar el cambio de tipificación del delito de trata de personas por un delito sustancialmente más benigno como lo es el delito de rufianismo¹⁸.

Pero este último caso mostraba también un aspecto adicional: el acceso carnal entre la adolescente y el acusado. Al respecto, debemos señalar que el acceso carnal entre la adolescente y el acusado se produce en el contexto de una práctica de trata de personas —aunque la sentencia pretenda reducir los hechos a un simple rufianismo— y, por tal razón, consideramos que el citado Acuerdo Plenario 4-2008/CJ-116 (Corte Suprema, 2008) no es aplicable al presente caso. Hemos mencionado anteriormente que, indistintamente se trate de un delito cometido en un contexto de criminalidad organizada o se trate de un delito como expresión de prácticas codelincuenciales o incluso unipersonales, el delito de trata expresa siempre una situación previa o provocada de relación asimétrica de dominio de una persona sobre otra. Esa relación asimétrica de dominio entre el tratante y la víctima es un elemento que se empieza a evidenciar a partir de cualquiera de los medios comisivos coercitivos, violentos o fraudulentos en el caso de las víctimas adultas y se presume *iure et de iure* en el caso de los menores de edad.

Igualmente, como hemos señalado anteriormente, el legislador penal ha considerado que los o las menores de edad se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, no frente a cualquier tipo de conductas, sino frente a las conductas de captación, transporte, acogida o retención que tengan el propósito de someterlas a explotación. Esta situación de especial vulnerabilidad —motivada por el fin de explotación— no puede ser la misma que aquella que, por ejemplo, supone el contacto de un sujeto con la víctima para mantener acceso carnal —pacífico

17 El último párrafo del artículo 153 del Código Penal, vigente al momento de los hechos, sostenía que «la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considerará trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios señalados en el párrafo anterior».

18 El tipo penal de trata agravada —por la existencia de dos víctimas— contempla una pena de 12 a 20 años de privación de la libertad, mientras que el delito de rufianismo contempla una pena de 6 a 10 años.

y consentido— fuera de un fin de explotación. Esta última situación no viene marcada por un contexto vertical y asimétrico entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, sino por un contexto generalmente horizontal entre los dos intervinientes de la relación sexual.

En resumen, tanto el contexto asimétrico y vertical, que caracteriza la relación entre el sujeto activo y la víctima en la trata de personas, como el fin de explotación de la víctima en este delito impiden aceptar la relevancia del consentimiento de la víctima, especialmente cuando se trata de menores de edad. Tanto el Acuerdo Plenario antes referido como la reforma legislativa posteriormente incorporada al artículo 173 de nuestro Código Penal otorgan relevancia excluyente de tipicidad de violación sexual a la voluntad de los adolescentes mayores de 14 años. Sin embargo, tal relevancia solo puede ser aceptada en aquellas prácticas sexuales que se produzcan en una relación horizontal, pacífica y ajena a cualquier contexto que se proponga la explotación sexual del menor de edad.

Finalmente, es importante advertir, con relación al caso 1 (Corte Suprema, 2010d), cómo la Sala Penal Transitoria se concentra prioritariamente en evaluar si hubo consentimiento de las menores agraviadas y, en ese sentido, si medió algún medio comisivo violento, coactivo o fraudulento y no tanto en valorar el trabajo sexual que realizaban las menores y las circunstancias en que tales actos se realizaban. Si el objeto de la valoración principal hubiera sido la correcta, esto es, calificar el aprovechamiento por parte de un sujeto adulto del ejercicio de la prostitución de menores como una situación de explotación sexual en sí misma, entonces hubiera resultado irrelevante concentrarse en evidenciar alguno de los medios comisivos ya enunciados.

El mismo razonamiento se puede aplicar al caso 2 (2010b), donde la Sala Suprema se concentra en la capacidad de las menores para consentir no solo prácticas sexuales individuales, sino la propia situación de la trata y, por tal motivo, llega a la calificación de los hechos como un acto de rufianismo (especialmente en su sentido débil, tal como he definido anteriormente: Montoya Vivanco, 2012, p. 18). Si el aprovechamiento de ejercicio de la prostitución ajena —al margen de si se utilizó o no algún medio comisivo— es, en sí mismo, una situación de explotación sexual de una menor de edad, entonces hubiera sido irrelevante la averiguación de la capacidad o no de las o los menores para consentir o no dicha situación de explotación.

Si la Corte Suprema se hubiera enfocado en la valoración de la situación concreta de explotación de la víctima o del riesgo de alcanzar dicha situación, es muy probable que tuviéramos que replantear el sentido de algunos elementos de prueba recogidos durante las investigaciones ya actuadas en juicio. Así, por ejemplo, en los casos de versiones

415

EL DELITO
DE TRATA DE
PERSONAS
COMO DELITO
COMPLEJO Y SUS
DIFICULTADES
EN LA
JURISPRUDENCIA
PERUANA

THE CRIME
OF HUMAN
TRAFFICKING
AS A COMPLEX
CRIME AND ITS
DIFFICULTIES IN
THE PERUVIAN
JURISPRUDENCE

aparentemente contradictorias de una víctima menor de edad (Corte Suprema, 2011), la Sala Suprema, si hubiera logrado acreditar una situación objetiva de explotación laboral, debía haberse inclinado por asumir la tesis incriminadora contenida en la primera declaración brindada por la víctima ante el fiscal o el juez y rechazar la declaración de retractación hecha por la víctima menor de edad en sede de juicio oral. Ello en razón de que la primera declaración de la menor coincidiría mejor con las evidencias sobre la situación de explotación de la víctima.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

De todo lo mencionado hasta este punto, resulta importante evidenciar lo inadecuado de las líneas de interpretación del tipo penal de trata de personas que viene desarrollando nuestra Corte Suprema y, en ese sentido, proponer el replanteamiento del enfoque que debe asumirse en el proceso de recaudación de elementos de prueba de los hechos y la valoración de los mismos.

La Corte Suprema se concentra en la validez del consentimiento de los menores y, en ese sentido, en la existencia de medios comisivos. Ello la lleva a no tipificar los hechos como trata de personas. En todo caso, la Corte Suprema reconduce los hechos a un tipo penal benigno como el rufianismo.

La Corte Suprema debió concentrarse, primero, en la situación objetiva de la actividad de las víctimas menores. Luego, si su valoración es que se trata de una situación de explotación o próxima de explotación, entonces, no tiene sentido evaluar los medios comisivos.

El recaudo de elementos de prueba debe orientarse a evidenciar, primero, la situación objetiva de la víctima y, luego, a dar sentido a la manifestación de ella, a su silencio o a sus contradicciones.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Aboso, Gustavo Eduardo (2013). *Trata de personas: La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual*. Buenos Aires: B de f.

Alonso Álamo, Mercedes (2007). ¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual. *Revista Penal*, 19, 3-20.

Benda, Ernesto (2001). Dignidad humana y derechos de personalidad. En Ernesto Benda y otros, *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons.

Bottke, Wilfried (2003). Sexualidad y delito. Las víctimas de los delitos sexuales. En Luis Reyna Alfaro (coord.), *Victimología y victimodogmática*. Lima: ARA Editores.

Capital Humano y Social Alternativo (2015). *Tercer informe alternativo. Balance desde la Sociedad Civil sobre la situación de la Trata de Personas en el Perú 2014-2015*. Lima: Capital Humano y Social Alternativo-Fundación Konrad Adenauer.

Caro Coria, Dino Carlos (2011). Ponencia presentada al VII Plenario de la Corte Suprema de la República, realizado el 2 de noviembre de 2011.

Centeno Muñoz, Luis Fernando (2011). *Manual para la detección del delito de trata de personas orientado a las autoridades migratorias*. San José: Organización Internacional para las Migraciones.

Congreso de la República del Perú (2007). Ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, ley 28950, 15 de enero. *Diario Oficial El Peruano*, 16 de enero.

Constitución española (1978).

Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos (2005). Varsovia, de 16 de mayo. STCE 197.

Corte Suprema (2008). Acuerdo Plenario 4-2008/CJ-116, del 18 de julio, aprobado por unanimidad.

Corte Suprema (2010a). Sentencia del 12 de enero. Recurso de Nulidad. Expediente 3074-2009 de la Sala Penal Transitoria.

Corte Suprema (2010b). Sentencia del 25 de enero. Expediente 3031-2009.

Corte Suprema (2010c). Sentencia del 17 de mayo. Recurso de Nulidad. Expediente 2151-2009 de la Sala Penal Transitoria.

Corte Suprema (2010d). Sentencia del 31 de agosto. Recurso de Nulidad. Expediente 75-2010 de la Sala Penal Transitoria.

Corte Suprema (2011). Sentencia del 28 de octubre. Recurso de Nulidad. Expediente 1902-2011 de la Sala Penal Transitoria.

Corte Suprema (2012a). Sentencia del 19 de abril. Recurso de Nulidad. Expediente 1018-2011 de la Sala Penal Permanente.

Corte Suprema (2012b). Sentencia del 16 de mayo. Recurso de Nulidad. Expediente 1822-2011 de la Sala Penal Permanente.

Corte Suprema (2012c). Acuerdo Plenario 3-2011/CJ-116, del 6 de diciembre, aprobado por unanimidad. Recuperado de: http://blog.pucp.edu.pe/blog/wp-content/uploads/sites/352/2014/06/acuerdo_plenario_3_30052012.pdf.

Corte Suprema (2014). Auto de calificación del Recurso de Casación del 5 de setiembre. Casación. Expediente 632-2013 de la Sala Penal Permanente.

Corte Suprema (2015). Sentencia del 31 de agosto. Expediente 75-2010.

Daunis Rodríguez, Alberto (2013). *El delito de trata de seres humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

EL DELITO
DE TRATA DE
PERSONAS
COMO DELITO
COMPLEJO Y SUS
DIFICULTADES
EN LA
JURISPRUDENCIA
PERUANA

THE CRIME
OF HUMAN
TRAFFICKING
AS A COMPLEX
CRIME AND ITS
DIFFICULTIES IN
THE PERUVIAN
JURISPRUDENCE

De la Cuesta Aguado, Paz (2003). Victimología y victimología femenina: las carencias del sistema. En Luis Reyna Alfaro (coord.), *Victimología y victimodología*. Lima: ARA Editores.

Departamento de Estado de los Estados Unidos de América (2015). Perú-Nivel 2. En *Informe de la trata de personas. Junio de 2014*. Recuperado de: <http://photos.state.gov/libraries/peru/144672/reportes/Trata%20de%20Personas%202014.pdf>

Fernández Olalla, Patricia (2012). Una aproximación práctica a la lucha contra la trata de seres humanos en España. En Sonia García Vázquez y Patricia Fernández Olalla, *La trata de seres humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

García Pablos de Molina, Antonio (2007). *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Geronimi, Eduardo (2002). *Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes. Perspectivas sobre migraciones laborales*. Ginebra: OIT.

Global Rights (2005). *Guía anotada del protocolo completo de la ONU contra la trata de personas*. Recuperado de: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2006/3556>.

Maraver Gómez, Mario (2006). Tráfico ilegal de personas e inmigración ilegal. En Julio Díaz-Maroto Villarejo (coord.), *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI: Liber Amicorum en Homenaje al profesor Antonio Gonzales Cuellar García*. Madrid: Colex. 2006. p. 622.

Montoya Vivanco, Yvan (2012). Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en caso de personas. Lima: OIM-IDEHPUCP. Recuperado de: http://www.oimperu.org/oim_site/documentos/Manual%20de%20capacitacion.pdf.

Mujica, Jaris & otros (2013). *Estudio de estimación del impacto y prevalencia sexual contra mujeres adolescentes en un distrito de la Amazonía peruana*. Lima: PROMSEX.

Mujica, Jaris & Robin Cavagnoud (2011). Mecanismos de explotación sexual de niñas y adolescentes en los alrededores del puerto fluvial de Pucallpa. *Anthropologica*, 29(29), 91-110.

Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público (2014). Informe de trata de personas (enero-diciembre 2013). Recuperado de: <http://portal.mpf.gob.pe/boletin informativo/infotratadepersonas>.

Organización de Naciones Unidas (1949). Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena. 2 de diciembre. A/RES/317 (IV).

Organización de Naciones Unidas (2003). Cuestiones concretas de derechos humanos. Formas contemporáneas de la esclavitud. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de Esclavitud de su 28 periodo de sesiones, del 27 de junio. E/CN.4/Sub.2/2003/31.

Pérez Cépeda, Ana Isabel (2004). *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*. Granada: Editorial Comares.

Pomares Cintas, Esther (2010). El delito de trata de seres humanos. En Francisco Javier Álvarez García (dir.), *Derecho penal español. Parte especial (I)*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Presidencia de la República (1991). Código Penal. Decreto legislativo 635, promulgado el 3 de abril. *Diario Oficial El Peruano*, 8 de abril.

Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (2000). Palermo, 12-15 de diciembre.

Quintero Olivares, Gonzalo (dir.) (2005). *Comentarios a la Parte especial del derecho penal*. Navarra: Aranzadi.

Rabossi, Eduardo (1990). Derechos humanos. El principio de igualdad y la discriminación. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 7, 175-192.

Salinas Siccha, Ramiro (2010). *Derecho penal. Parte especial*. Volumen 1. Lima: Grijley.

Subijana Zunzunegui, Ignacio (2004). El principio de protección de las víctimas en el marco jurídico penal material y procesal. *Jueces para la Democracia*, 51, 15-18.

Tamarit Sumalla, Josef (1998). *La víctima en el derecho penal. De la víctima-dogmática a una dogmática de la víctima*. Pamplona: Aranzadi.

Villacampa Estiarte, Carolina (2010). El delito de trata de personas. Análisis del nuevo artículo 177 bis Código Penal desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 14, 819-866.

Fecha de recepción: 21/03/2016

Fecha de aceptación: 11/05/2016

RESEÑAS:

1. BIBLIOGRÁFICAS

DERECHO
PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

Ximena Medellín Urquiaga: *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre derechos de las víctimas*. Washington D.C.: Fundación para el Debido Proceso, 2014

YVAN MONTOYA VIVANCO

El digesto que ahora se comenta forma parte de un proyecto de sistematización de jurisprudencia emblemática de diversas cortes latinoamericanas (Argentina, Chile, El Salvador, Colombia, Perú, Costa Rica, Venezuela y México) relacionadas con la investigación, juzgamiento y sanción, en el ámbito nacional, de crímenes internacionales y que utilizan, para tal efecto, el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, así como el derecho penal internacional. En el presente texto, el digesto selecciona y estudia la jurisprudencia latinoamericana relacionada con los derechos y las garantías de las víctimas de un delito o de una violación de derechos humanos. En especial, la selección jurisprudencial se concentra en derechos y principios muy importantes, como el derecho a las medidas de protección, el derecho a la verdad, el derecho de acceso a la justicia o el derecho a la reparación, entre otros. La idea es hacer accesible este tipo de sentencias a fiscales, jueces y abogados relacionados con este tipo de juicios y promover un debate y aprendizaje sobre estos temas, basándose en la experiencia comparada.

La importancia de concentrar este digesto en el tema de los derechos y garantías de las víctimas en un proceso judicial penal se explica por el hecho de que, históricamente, tanto en los derechos nacionales como en el derecho internacional, la víctima ha ocupado una posición invisible o casi invisible en tales procesos, participando solo en calidad de fuente de prueba, mas no como sujeto de derechos y garantías. Esto es fácil de apreciar en nuestra experiencia normativa, dado que la antigua legislación procesal penal (vigente aún en los distritos judiciales de Lima y el Callao) no contempla ningún acápite sobre los derechos de las víctimas en el proceso penal, a diferencia del nuevo Código Procesal Penal de 2004 (de vigencia progresiva en el Perú), el cual sí incluye un capítulo especial sobre los derechos y garantías de las víctimas, sin perjuicio de otras disposiciones dispersas en el mismo texto procesal.

Esta recuperación de la víctima como coprotagonista en el proceso penal ha sido un desarrollo reciente y en este proceso han contribuido, decididamente, recientes instrumentos internacionales de derechos

humanos como, por ejemplo, la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder (1985), el Conjunto de Principios Actualizado para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad (2005a) o los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones. (2005b), todos adoptados en el marco de la Organización de Naciones Unidas (ONU). También han aportado en el mismo sentido el derecho penal internacional, principalmente a través del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998) y, sobre todo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha desarrollado el contenido de importantes derechos o garantías de las víctimas y ha provocado cambios legislativos en algunos de los países de la región. Cabe indicar que el digesto contiene un breve estudio general de la evolución de los mencionados mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos vinculados a los derechos de las víctimas de un delito y de violaciones de los derechos humanos.

Precisamente, el digesto que comentamos no se limita solo a presentarnos una lista sistematizada de la jurisprudencia de las cortes latinoamericanas, sino que, previamente y a manera de introducción, nos presenta brevemente un necesario y útil estudio del estándar internacional de cada principio o garantía que se va a presentar. Ello resulta sumamente valioso en la medida en que, de manera rápida, el lector puede tomar conocimiento de la naturaleza, función y contenido de tales principios o garantías reconocidos a las víctimas en un proceso, sobre la base del derecho internacional, especialmente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así por ejemplo, en el ámbito del derecho a la protección de las víctimas, resulta útil conocer el amplio alcance que se le reconoce en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, el mismo que incluye la posibilidad de otorgar medidas de protección a favor de una pluralidad de personas, aunque estas no sea identificadas, aunque sí identificables.

Como hemos mencionado, el digesto contiene la selección de diversas sentencias de cortes latinoamericanas. Dichas sentencias se encuentran agrupadas en función de los derechos más importantes de las víctimas y encabezadas por una sección general que agrupa se ocupa de una serie de temas que van desde el concepto de «víctimas» en el derecho internacional y la jurisprudencia latinoamericana hasta la naturaleza de la recepción judicial de los estándares internacionales sobre derechos de las víctimas. De manera particular, la sección 4 del

digesto sobre el derecho al acceso a la justicia es el más amplio de todos, dado que se trata de un derecho omnicompreensivo y susceptible de dividirse en derechos específicos y garantías de las víctimas. En él se estudia la jurisprudencia de las cortes latinoamericanas referida a derechos como el derecho a la asistencia legal gratuita, el derecho a la intimidad, el derecho a acceder a un expediente, el derecho a apelar una sentencia absolutoria, entre otros derechos.

Una impresión general del digesto nos muestra los avances de los tribunales latinoamericanos con relación al reconocimiento de la víctima como sujeto de derechos en un proceso penal, especialmente en aquellos casos referidos a violaciones graves de derechos humanos. El desequilibrio histórico entre procesado y víctima en un proceso penal, evidenciado en las garantías y principios que desde antiguo han protegido al primero en desmedro de la segunda, produciendo su invisibilidad, ha empezado a revertirse. El protagonismo de la víctima que se aprecia en el reconocimiento de sus derechos tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho nacional muestra, aunque sea de manera implícita, la imperiosa necesidad de no absolutizar los derechos de los imputados o acusados (sin que ello suponga, en absoluto, su desconocimiento) y, en su lugar, habilitar la posibilidad de ponderar tales derechos con los derechos de las víctimas o de los intereses que están detrás de ellas. Un ejemplo de lo anteriormente mencionado lo encontramos en el derecho a la verdad de las víctimas y su efecto sobre la garantía de prescripción de la acción penal que se le reconoce al procesado o acusado. Pues bien, tanto la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como sentencias de diversas cortes latinoamericanas reconocen, en los casos de delitos que impliquen graves violaciones de los derechos humanos, la imprescriptibilidad de los mismos en desmedro de la garantía de prescripción. También puede apreciarse este conflicto en las pruebas requeridas de oficio por el juez («para mejor proveer y la protección de los derechos de las víctimas»), limitando de esta manera, en un modelo procesal acusatorio, el principio de imparcialidad judicial, el cual es una garantía del proceso y de los derechos del imputado originalmente.

Como puede apreciarse, el reconocimiento de los derechos y garantías de las víctimas en el proceso puede suponer una tensión con respecto al alcance de los derechos y garantías del procesado. Dicha tensión, en determinados casos, se inclina por la preponderancia de los principios y derechos de las víctimas o de los intereses constitucionales subyacentes a las mismas (eficacia de la sentencia, fin preventivo general de las sanciones, etcétera), con el propósito de evitar la impunidad, sobre todo de aquellos delitos que implican graves violaciones de los derechos humanos. Reitero que ello no implica el desconocimiento de

XIMENA MEDELLÍN
URQUIAGA:
*DIGESTO DE
JURISPRUDENCIA
LATINOAMERICANA
SOBRE DERECHOS
DE LAS VÍCTIMAS.*
WASHINGTON
D.C.: FUNDACIÓN
PARA EL DEBIDO
PROCESO, 2014.

las garantías del procesado, sino que supone la inevitable modulación de las mismas, en función del caso concreto y de los principios y garantías que se le oponen.

Antes de culminar esta reseña, debo manifestar que se extraña en el presente digesto algunas sentencias emblemáticas que podrían haber alimentado, aun más, el conocimiento compartido y el debate entre los fiscales, jueces y abogados latinoamericanos vinculados con estos temas. Aunque pueda parecer una opinión parcializada de mi parte, considero que hubiera sido interesante incluir en la lista de sentencias, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional peruano del 9 de diciembre de 2004, en el que se afirma (párrafo 8) la aplicación directa no solo de las normas convencionales de protección de los derechos humanos sino también de la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También hubiera sido interesante incluir la Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República peruana sobre el caso Barrios Altos en el proceso seguido contra el expresidente Fujimori (2009). En este último caso, resultan interesantes algunos párrafos de la sentencia referidos al estándar probatorio y a la apelación a tipificaciones internacionales en casos de delitos que implican crímenes de lesa humanidad.

De cualquier forma, el digesto que comentamos resulta evidentemente un instrumento de suma importancia y utilidad para todos los operadores jurídicos (fiscales, procuradores, jueces y abogados) que se relacionan con los derechos y garantías de las víctimas en el contexto de la investigación, juzgamiento y sanción de delitos que suponen violaciones graves de los derechos humanos y, por extensión, de cualquier delito.

BIBLIOGRAFÍA

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998). 17 de julio.

Organización de Naciones Unidas (1985). Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder. 29 de noviembre. AG Res. 40/34.

Organización de Naciones Unidas (2005a). Conjunto de Principios Actualizado para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad. 8 de febrero. E/CN.4/2005/102/Add.1.

Organización de Naciones Unidas (2005b). Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones. 16 de diciembre. AG Res 60/147

Presidencia de la República (1939). Código de Procedimientos Penales. Ley 9024. 23 de noviembre de 1939. *Diario Oficial El Peruano*, 16 de enero de 1940.

Presidencia de la República (2004). Nuevo Código Procesal Penal. Decreto Legislativo 957. 22 de julio. *Diario Oficial El Peruano*, 29 de julio.

Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República (2009). Sentencia del 7 de abril. Expediente A.V. 19-2001.

Tribunal Constitucional (2004). Sentencia del 9 de diciembre. Expediente 2798-04 HC/TC.

427

XIMENA MEDELLÍN
URQUIAGA:
*DIGESTO DE
JURISPRUDENCIA
LATINOAMERICANA
SOBRE DERECHOS
DE LAS VÍCTIMAS.*
WASHINGTON
D.C.: FUNDACIÓN
PARA EL DEBIDO
PROCESO, 2014.

RESEÑAS:

2. JURISPRUDENCIALES

DERECHO
PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

Jurado Nacional de Elecciones, 8 de marzo de 2016

Resolución 197-2016-JNE

Materia: Recurso de apelación presentado por el Partido Político «Todos por el Perú» contra la resolución 019-2016-JEE-LC1/JNE, emitida por el Jurado Electoral Especial Lima Centro 1.

Normativa aplicable: Artículos 106, 107, 108 y 109 de la Ley Orgánica de Elecciones.

Doctrina: Las tachas proceden por causales no previstas necesariamente en la Ley Orgánica de Elecciones, sino por otras referidas también a la democracia interna de los partidos políticos.

El caso Guzmán y los alambicados argumentos de los
organismos electorales sobre la democracia interna y el derecho
a la participación política

HEBER JOEL CAMPOS BERNAL

I. PRESENTACIÓN

La sentencia que comentaremos a continuación se emitió en un escenario, por demás, controvertido y polémico. Me refiero a la sentencia del Jurado Nacional de Elecciones (JNE) que se pronunció sobre el recurso de apelación interpuesto por «Todos por el Perú» contra la resolución del Jurado Electoral Especial Lima Centro 1 (JEE) referida a la solicitud de inscripción de la fórmula presidencial de este partido. En este caso se discutió puntualmente si procedía tachar la plancha presidencial de esta organización política por haber vulnerado la democracia interna, prevista tanto en la Ley Orgánica de Elecciones (LOE) como en el estatuto de «Todos por el Perú» (TPP).

Nuestro análisis se dividirá, en esa medida, en tres partes. En la primera, nos referiremos a los hechos del caso. Nos interesará saber qué paso y bajo qué argumentos, en principio, el JNE desestimó la inscripción de la fórmula presidencial de TPP. En la segunda, nos referiremos a las tesis o ideas avanzadas, tanto por la posición en mayoría como por la posición en minoría, de esta sentencia. Y, por último, en la tercera parte, expondremos algunas consideraciones críticas sobre cómo debió actuar la justicia electoral en este caso.

II. LOS HECHOS DEL CASO

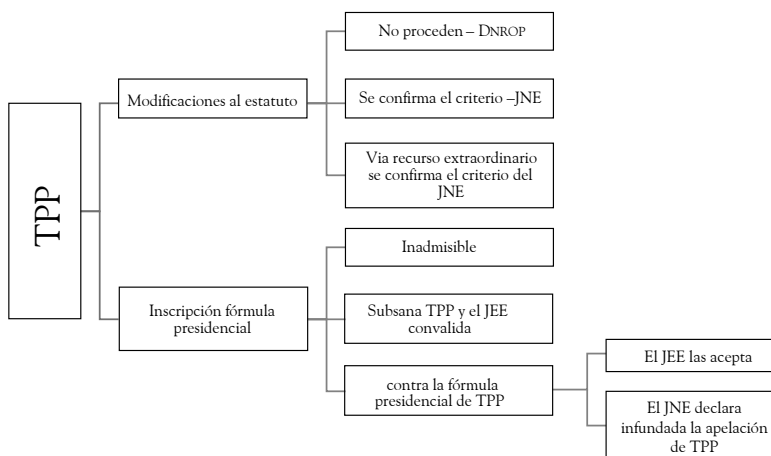
Los hechos del caso a tomar en cuenta son, a nuestro modo de ver, los siguientes:

- El 10 de octubre de 2015, TPP llevó a cabo una asamblea general para modificar sus normas internas en, según la presente resolución, dos puntos: i) la modalidad de elección de su fórmula presidencial, y ii) la ubicación de la regulación del Tribunal Nacional Electoral en su estatuto¹.
- Sobre la base de este nuevo estatuto, se eligió al Consejo Ejecutivo Nacional (CEN) de TPP y se designó, a su vez, a los miembros de su Tribunal Nacional Electoral (TNE), encargado de llevar adelante el proceso de elección de su fórmula presidencial.
- Cuando TPP intentó inscribir las modificaciones de su estatuto, la Dirección Nacional del Registro de Organizaciones Políticas (DNROP) se lo impidió. Sostuvo, entonces, que TPP no observó ni los requisitos de *quorum* ni de convocatoria de su estatuto anterior, necesarios para ese efecto.
- TPP apeló la decisión del DNROP ante el pleno del JNE y este alto tribunal declaró, en una votación dividida, infundada su demanda (resolución 093-2016-JNE). TPP interpuso un recurso extraordinario en contra de esa resolución y el JNE confirmó, nuevamente, su criterio (resolución 114-2016-JNE).
- Mientras tanto, el JEE declaró, mediante la resolución 001-2016-JEE-LC1/JNE, inadmisibile la solicitud de inscripción de la fórmula presidencial de TPP y le pidió a esta organización política que subsane lo siguiente: i) las modificaciones de su estatuto ante la DNROP, y ii) la condición de afiliado de Alan Gerardo Bravo Gutiérrez, miembro de su TNE, ante la DNROP.
- El JEE Lima Centro 1, mediante resolución 002-2016-JEE-LC1/JNE, inscribió la fórmula presidencial de TPP y declaró subsanadas las observaciones planteadas en su resolución anterior.

1 «El primer cambio está referido a las modalidades que pueden ser utilizadas en el proceso de democracia interna. El artículo 109 del estatuto inscrito establece que la elección de los candidatos a los cargos de presidente y vicepresidentes de la República se realizará bajo alguna de las modalidades previstas en el artículo 24, literales b) y c), de la Ley de Organizaciones Políticas. En el artículo 103 del estatuto cuya inscripción fue denegada por la mayoría de este Colegiado, se añade una modalidad adicional de elección (el voto universal, libre, igual, voluntario, directo y secreto de los afiliados y no afiliados), modalidad que no es utilizada en el proceso en el que resulta elegida la fórmula presidencial del partido político Todos por el Perú, en tanto fue elegida con la modalidad de delegados, o elección indirecta, la cual se incluía también en el estatuto inscrito en el ROP [Registro de Organizaciones Políticas]. [...] El segundo cambio, es la inclusión en este Título del artículo referido a la Asamblea Electoral. Sobre el particular, es importante señalar que no se realizan mayores cambios a la naturaleza de este órgano partidario, en tanto se mantiene su contenido central (conformación y competencias). Se trata únicamente de un cambio de ubicación de su regulación, pues la Asamblea Electoral se encontraba regulada en el artículo 31 del estatuto inscrito en el ROP y actualmente se encuentra prevista en el artículo 104» (Resolución 197-2016-JNE, fundamentos 14, 15, 18, 19 y 20)..

- Poco tiempo después, sin embargo, se presentaron sendos recursos de tacha contra la inscripción de la fórmula presidencial de TPP. Estos recursos apuntaban, sobre todo, a llamar la atención sobre la inobservancia de la democracia interna en este partido.
- El JEE Especial Lima Centro 1, mediante resolución 019-2016-JEE-LC1/JNE, declaró fundadas las tachas y revocó la inscripción de la fórmula presidencial de TPP. El argumentó en el que basó su decisión fue «[...] que la Resolución 114-2016-JNE —publicada horas después de la emisión de la resolución que admitió a trámite la inscripción de la fórmula presidencial— determinó de modo definitivo que la Asamblea General Extraordinaria del 20 de enero de 2016 no tenía facultades para convalidar, entre otros actos, la designación del Tribunal Nacional Electoral que llevó a cabo el proceso de elecciones internas».
- TPP interpuso un recurso de apelación contra la resolución mencionada ante el pleno del JNE. Este alto tribunal, mediante la resolución 197-2016-JNE y en una votación dividida, declaró infundado su pedido.

Cuadro 1
Resumen de los hechos del caso.



Al margen de los hechos mencionados, pensamos, vale la pena prestar atención a lo siguiente:

- a) El JNE se pronunció, en paralelo, sobre las modificaciones al estatuto de TPP y la inscripción de su fórmula presidencial. Al actuar de ese modo, hizo más confuso un trámite que, en principio, debía ser lo más sencillo y transparente posible. El JNE, de hecho, se encargó de confirmar este aserto cuando en

todo momento afirmó que la discusión sobre las modificaciones estatutarias de TPP era ajena a la discusión sobre la inscripción de su fórmula presidencial.

- b) El JEE, en su primera resolución, relativa a la inscripción de la fórmula presidencial de TPP, dio pie a pensar que las resoluciones del JNE sobre las modificaciones al estatuto de este partido no le eran aplicables.
- c) El JEE agravó su responsabilidad cuando, apenas ocho días después, modificó su criterio y declaró fundados los recursos de tacha interpuestos en contra de la inscripción de la fórmula presidencial de TPP. Decimos agravó su responsabilidad: i) porque entre el momento en que emitió su primera resolución y el momento en que emitió la segunda no sucedió nada significativo que llevara a pensar que su cambio de criterio estaba justificado, y ii) porque las tachas no pueden estar referidas a supuestos no contemplados en los artículos 106, 107, 108 y 109 de la Ley Orgánica de Elecciones (LOE). Volveremos sobre ambos puntos más adelante.

III. LOS ARGUMENTOS EN CUESTIÓN

En la presente resolución se debaten dos tesis o puntos de vista: uno, el voto en mayoría, a favor de la exclusión de la fórmula presidencial de TPP y, el otro, el voto en minoría, en contra de esa posibilidad. Ambas posiciones se basan en argumentos jurídicos sólidos, aunque, a nuestro juicio, dan cuenta, también, de diversas concepciones del derecho que prefiguran su comprensión del alcance y límites de las normas electorales en nuestro sistema jurídico.

A continuación expondremos tanto los argumentos del voto en mayoría como los del voto en minoría. No haremos, aún, ningún comentario crítico al respecto. Esto lo dejaremos para más adelante, cuando nos pronunciemos sobre los problemas que presenta la tesis o posición prevaleciente de esta controversia.

III.1. Posición en mayoría

La posición en mayoría considera que, en este caso, se vulneró la democracia interna, prevista tanto en la LOE como en el artículo 180, numeral 3 de la Constitución. Según este punto de vista, TPP no subsanó las observaciones que en su momento le hizo la DNROP. Estas estaban referidas a problemas de *quorum* y de convocatoria en su asamblea general del 10 de octubre de 2015.

Para la posición en mayoría, el derecho a la participación política es un derecho de configuración legal, esto es, un derecho cuyos alcances y límites vienen dados por lo dispuesto en la ley y no tanto por lo dispuesto, directamente, en la Constitución. Decir que un derecho es de configuración legal presupone que su contenido debe ser interpretado —y aplicado— a la luz de las normas —legales y reglamentarias— que lo dotan de sentido.

Para la posición en mayoría, la asamblea general del 10 de octubre de 2015 presenta problemas de *quorum* y de convocatoria. Estos problemas, además, impactan tanto en la designación del CEN como del TNE de TPP. Así, pues, el TNE no estaba en condiciones de organizar el proceso que conllevó a la elección de la fórmula presidencial de este partido, toda vez que adolecía de un vicio de origen: no fue designado de acuerdo con lo que estipulaba su estatuto. El segundo aspecto sobre el que se pronuncia la posición en mayoría tiene que ver con si, al margen de las irregularidades anotadas, la asamblea general de TPP del 20 de enero de 2016 podía convalidar o no los actos de su TNE. Para este punto de vista, esto no es posible, pues las competencias del TNE son exclusivas y no pueden ser convalidadas por ningún otro órgano (excepto por el mismo). En sus propios términos:

[...] Por Resolución 093-2016-JNE, del 15 de febrero de 2016, el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones desestimó los mencionados recursos de apelación al considerar que el acta de la Asamblea General Extraordinaria del 20 de enero de 2016, presentada con el recurso de apelación de fecha 5 de febrero de 2016, no era un documento idóneo para subsanar las irregularidades detectadas oportunamente por la autoridad administrativa electoral, en tanto no había sido presentado oportunamente. Además, sin perjuicio de ello se señaló: i) que dicho acto confirmatorio no había cumplido con lo dispuesto en el artículo 230 del Código Civil, ii) que la Asamblea General del partido político carecía de facultades para confirmar los actos y acuerdos de órganos distintos a esta y iii) que las resoluciones de la DNROP materia de impugnación se encontraban acordes al marco jurídico aplicable, ya que los actos cuya inscripción se solicitaba en el ROP no habían sido válidamente adoptados por el órgano competente, ni se había cumplido con el estatuto ni la normativa electoral (resolución 197-2016-JNE, fundamento 3).

Finalmente, la posición en mayoría sostiene que no se vulneran los derechos a la participación política ni al debido proceso de TPP al incluir como una causal para las tachas la inobservancia de la democracia interna. Para la posición en mayoría, si bien los artículos 106, 107, 108 y 109 de la LOE son taxativos, vía una interpretación extensiva, se puede

ampliar sus alcances, sobre la base del interés público y el principio de transparencia.

III.2. Posición en minoría

La posición en minoría comparte el criterio de la posición en mayoría en el sentido de que los supuestos previstos en la LOE para la interposición de tachas no son los únicos por los que se puede invalidar la inscripción de una fórmula presidencial. Estos también incluyen la democracia interna, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley de Organizaciones Políticas (LOP) y la jurisprudencia del JNE. La posición en minoría, sin embargo, discrepa de la posición en mayoría en lo relativo a su interpretación de las normas que regulan la democracia interna en el caso concreto de TPP. Según el voto en minoría, este partido incurrió, en efecto, en algunas irregularidades administrativas, pero estas deben ser valoradas y ponderadas en función del derecho a la participación política.

Asimismo, el voto en minoría sostiene que la asamblea general del 20 de enero de 2016 sí convalidó los actos del TNE de TPP. Para la posición en minoría, negar esto último implicaría vaciar de contenido la autonomía de esta organización política y los derechos constitucionales que la asisten, los mismos que deben ser leídos «a su mejor luz» en atención a sus consecuencias e impacto en el fortalecimiento de la institucionalidad democrática.

IV. UNA MIRADA CRÍTICA A ESTA SENTENCIA

A nuestro modo de ver, esta sentencia presenta, en lo esencial, dos problemas muy claros: el primero, la forma de abordar la democracia interna, prevista tanto en la ley como en la Constitución y, segundo, la forma de abordar, de comprender, el derecho a la participación política en un contexto de debilidad institucional como el nuestro. Respecto a lo primero diremos, pues, que nos parece bastante cuestionable que el JNE se refiera a la afectación de la democracia interna de TPP, pero no haya explicitado, adecuadamente, en qué consistió esta. De hecho, si uno revisa con detalle esta resolución, se encuentra con un hecho de la mayor importancia. Según el voto en minoría, las modificaciones al estatuto llevadas a cabo por la asamblea general de TPP el 10 de octubre de 2015 estaban referidas a dos temas: i) el cambio en la modalidad de elección de su fórmula presidencial y, ii) el cambio del TNE en la regulación del estatuto. Ninguna de las suponía, como puede verse, afectación sensible alguna ni del derecho de los afiliados de TPP de expresar, de forma libre y autónoma, sus posiciones, ni de las competencias o funciones del

TNE, responsable de llevar a cabo el proceso en el que se eligió a los representantes de este partido.

La afectación a la democracia interna, pues, no aparece por ningún lado en esta resolución. Aparece sí, y de forma bastante elocuente, un fetichismo, una fijación extrema con la legalidad, con las reglas entendidas como un fin en sí mismo. Asimismo, esta sentencia no toma en cuenta ni la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional (TC) ni la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Esta última ha sido bastante clara, en lo que respecta al derecho a la libertad de expresión, en señalar que, si bien este derecho es de configuración legal, sus restricciones o limitaciones no podrán ser en ningún caso inadecuadas o irrazonables. De hecho, hay una sentencia de la Corte IDH (2005) en el que esta corporación desarrolla, de forma bastante enfática, este argumento:

[...] para que una restricción sea legítima debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue (Corte IDH, 2005, §206).

Este criterio da cuenta de una mirada del derecho que no se percibe en esta resolución. Una que pone énfasis en los principios antes que en las reglas y que resultaba no solo necesaria, sino esencial en un caso como este. Esta mirada se condice, además, con uno de los presupuestos del Estado Constitucional de Derecho (Zagrebelsky, 1997, pp. 25ss.), según el cual la aplicación de las normas debe ser —en un sentido formal y material— conforme con los principios —las razones morales— que dotan de sentido al sistema jurídico en su conjunto (Prieto, 2011, pp. 7ss.).

El caso de la inscripción de la fórmula presidencial de TPP representa un caso difícil (Schauer, 2012). Los casos difíciles, a diferencia de los casos fáciles, no pueden ser resueltos con prescindencia de los principios. Los principios en tensión en este caso son evidentes: por un lado, el derecho a la participación política de los afiliados de TPP y, por el otro, la seguridad jurídica y la legalidad. El JNE no interpretó a su mejor luz estas normas y, por el contrario, soslayó su aplicación en virtud de un mal entendido formalismo. Las consecuencias saltan a la vista: una mala decisión que ha puesto en cuestión la legitimidad y el prestigio de la justicia electoral en el Perú.

V. COMENTARIO FINAL

Sin perjuicio de los argumentos o ideas avanzados arriba, me parece oportuno llamar la atención sobre un hecho de la mayor importancia: la necesidad de repensar —con verdadero sentido crítico— la reforma electoral en el Perú. Las normas que han sido objeto de análisis en este caso no son —no han sido— las más adecuadas. Excluir de la competencia electoral a un candidato por cuestiones administrativas o reglamentarias no se condice con los principios o valores que dotan de sentido a nuestro sistema jurídico como un todo. No se condicen, por ejemplo, con el derecho a la participación política ni con el derecho a la libertad de elección que todos y cada uno de nosotros poseemos. No se condice tampoco con la extensa jurisprudencia desarrollada tanto por el Tribunal Constitucional como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta última sostuvo que, si bien el derecho a la participación política podía ser objeto de límites administrativos, estos debían ser adecuados y razonables (2005).

El impacto generado por esta resolución del JNE ha sido hondo y doloroso y ha abierto una brecha que, ojalá, esta entidad pueda superar para bien de nuestra, de por sí, ya muy debilitada democracia. Una alternativa para ello es que sus miembros hagan una sesuda autocrítica que los invite a reflexionar sobre su comprensión de las normas electorales y su aplicación a la luz de casos difíciles como este. Otra alternativa sería que el Congreso de la República —el cual no puede estar al margen de este debate— retome la agenda de la reforma electoral, con un talante plural y democrático, y plantee medidas que contribuyan, por un lado, a fortalecer la legitimidad y la independencia de los organismos electorales y, por el otro, a mejorar la calidad y el funcionamiento de los partidos políticos. La pelota está en su cancha.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Congreso de la República del Perú (1997). Ley Orgánica de Elecciones. Ley 26859. *Diario Oficial El Peruano*, 1 de octubre.

Constitución Política del Perú (1993).

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008). Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentencia, Excepciones, Fondo, Reparaciones y Costas, de 23 de junio de 2005. Serie C número 127.

Jurado Electoral Especial Lima Centro 1 (2016a). Resolución 001-2016-JEE-LC1/JNE, del 19 de febrero.

Jurado Electoral Especial Lima Centro 1 (2016b). Resolución 002-2016-JEE-LC1/JNE, del 24 de febrero.

Jurado Electoral Especial Lima Centro 1 (2016c). Resolución 019-2016-JEE-LC1/JNE, del 3 de marzo.

Jurado Nacional de Elecciones (2016a). Resolución 093-2016-JNE. Expedientes acumulados J-2016-00041 y J-2016-00069. ROP. Recursos de apelación. Lima, 15 de febrero.

Jurado Nacional de Elecciones (2016b). Resolución 114-2016-JNE. Expedientes acumulados J-2016-00041 y J-2016-00069. ROP. Recurso extraordinario. Lima, 23 de febrero.

Jurado Nacional de Elecciones (2016c). Resolución 197-2016-JNE. Expediente J-2016-00264. JEE Lima Centro 1 (Expediente 0064-2016-032). Elecciones Generales 2016. Recurso de apelación. Lima, 8 de marzo.

Prieto, Luis (2011). *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara.

Schauer, Frederick (2012). *Pensar como abogado*. Madrid: Marcial Pons.

Zagrebelsky, Gustavo (1997). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.

439

EL CASO
GUZMÁN Y LOS
ALAMBICADOS
ARGUMENTOS DE
LOS ORGANISMOS
ELECTORALES
SOBRE LA
DEMOCRACIA
INTERNA Y EL
DERECHO A LA
PARTICIPACIÓN
POLÍTICA

Tribunal de Defensa de la Competencia y
de la Propiedad Intelectual
Sala Especializada en Protección
al Consumidor, 20 de abril de 2015

Resolución 1233-2015/SPCINDECOPI

Expediente 0198-2014/CC2

Materia: Deber de idoneidad y compraventa *ad corpus*.

Normativa aplicable: Artículos 18 y 19 del Código de Protección y Defensa del Consumidor y artículo 1577 del Código Civil.

Doctrina: Según el Tribunal de INDECOPI, la cláusula *ad corpus* no resulta aplicable en las compraventas inmobiliarias contemporáneas celebradas en el marco de las relaciones de consumo.

La cláusula *ad corpus* y la compraventa de inmuebles para
vivienda

WALTER VÁSQUEZ REBAZA

En julio de 2010, los señores Gustavo Miguel Begué Iturrizada y Patricia Cecilia Cáceres Núñez (en adelante, los «señores Begué Cáceres») celebraron con la empresa Shamrock del Perú S.A.C. (en adelante, la «Inmobiliaria») un «contrato de separación» del bien futuro constituido por el departamento número F-301, ubicado en la Calle los Apaches número 170, distrito de Santiago de Surco, Lima. Dicho departamento —de acuerdo con los documentos anexos al documento contractual— aparentemente habría de contar con un metraje de 142 m² (en adelante, el «Inmueble»), a cambio de un precio ascendente a US\$ 167 000,00, abonándose la suma de US\$ 30 000,00 a título de «separación».

Con fecha 12 de agosto de 2010, las partes suscribieron el contrato de compraventa de bien futuro por el cual se programó la transferencia del Inmueble. Cabe señalar que en el contenido de compraventa se estableció que el citado bien contaría con 138 m². No obstante ello, en la cláusula tercera del referido negocio jurídico se estipuló lo siguiente:

[...] cualquier eventual diferencia entre las áreas señaladas en los planos y las finales, no darán [sic] derecho a el comprador a resolver el presente contrato ni a solicitar disminución en el precio pactado. En el

caso de que la variación del área sea de menos de y supere el cinco por ciento (5%) a lo establecido en el artículo segundo, el comprador tendrá pleno derecho a solicitar el reembolso por diferencial de áreas recibidas de acuerdo al precio de venta del inmueble [sic] [...].

El Inmueble fue entregado a los señores Begué Cáceres el 22 de diciembre de 2011. Su área final ascendió a 136,09 m², según consta en los asientos de la partida registral en la que fue inscrito.

Posteriormente, los señores Bergué Cáceres denunciaron a la Inmobiliaria en aplicación de los artículos 18 y 19 del Código de Protección y Defensa al Consumidor. La Comisión declaró infundada la denuncia, toda vez que consideró que no había quedado acreditado el ofrecimiento de entrega de un departamento de 142 m² por parte de la vendedora. Además, indicó que la diferencia de metros entre los 138 m² prometidos en el contrato de compraventa y el área finalmente registrada (136,09 m²) se encontraba dentro de los límites de tolerancia establecidos en el Reglamento Nacional de Tasaciones¹.

Como contrapartida, el Tribunal de INDECOPI revocó dicha resolución bajo los siguientes argumentos:

[...] conforme se ha desarrollado en un anterior pronunciamiento, para efectos de las normas de protección al consumidor, no resulta idóneo que un proveedor ofrezca al consumidor un producto con determinado metraje y luego se lo entregue con medidas distintas a las ofrecidas. Ello en tanto un consumidor adquiere un departamento motivado no solo por las características que puede tener sino por sus dimensiones, siendo el tamaño (metraje) una característica esencial del inmueble que se desea adquirir; así, dada la oferta inmobiliaria, será un elemento importante para adoptar una decisión de consumo o no.

En tal sentido, si el proveedor informa que el bien tendrá determinada medida, este tiene la obligación de entregarle un inmueble con el metraje ofrecido, lo contrario, implicaría una afectación al deber de idoneidad. Ello independientemente de que se haya celebrado la compraventa del bien materia de denuncia bajo la modalidad *ad corpus*, figura legal que se encuentra recogida en el artículo 1577 del Código Civil. Asimismo,

1 Artículo II.C.30.: «La tolerancia aceptable en las diferencias de medición que encuentra un perito con relación a la que figura en los títulos de propiedad, son las siguientes:

- a) En las medidas lineales
 - En terreno plano 0,5%
 - En terreno accidentado 0,8%
- b) En áreas
 - En terrenos de forma regular 2,0%
 - En terrenos de forma irregular 2,5%

En caso de que las medidas lineales y áreas estén fuera de las tolerancias, el perito dejará constancia de la diferencia y ejecutará la valuación de acuerdo a las medidas y áreas que figuran en los títulos de propiedad o certificados que correspondan».

al margen de si el bien aún se encuentra pendiente de construcción (en planos) o si este ya se encuentra edificado de manera previa a la compra, no se puede exigir al consumidor que compruebe las medidas exactas de un bien pues el consumidor siempre tendrá la legítima confianza de que recibirá el mismo en base al metraje que proveedor [sic] le informó.

Adicionalmente a ello, el razonamiento del mencionado colegiado se dirigió a excluir la operatividad de la cláusula *ad corpus* en las operaciones contemporáneas de compraventa inmobiliaria. En efecto, a criterio del Tribunal:

Sobre este dispositivo legal [artículo 1577 del Código Civil], es pertinente precisar que el mismo data del año 1984, y obedece a una realidad distinta a la regulada en el Código de Protección y Defensa del Consumidor. En efecto, dicha figura legal (compraventa *ad corpus*) resultaba mucho más compatible con los bienes comercializados en aquella época (fundos, fincas, terrenos), siendo perfectamente comprensible que un bien fuera vendido fijando el precio por un todo y no por su extensión.

En ese sentido, atendiendo las características físicas que se presentan en este tipo de bienes, en los cuales resulta común que la superficie o las medidas y colindancias no sean exactas o sea difícil calcularlas debido a su forma geométrica irregular (un terreno accidentado, por ejemplo), pactar una venta *ad corpus* encuentra su razón de ser, mas no en la actualidad y sobre un área urbana en el que la tecnología permite entregar exactitud en la información al consumidor.

En este orden de ideas, el Tribunal consideró que, si bien la modificación en las medidas del Inmueble efectuadas por la Inmobiliaria se encontraba dentro del rango contractual de divergencias toleradas, no podría considerarse que la diferencia de 1,91 m² sea mínima, en tanto dicha área, por ejemplo, equivaldría a las dimensiones que normalmente corresponderían a un pequeño depósito, lo cual —a criterio del colegiado— terminaría por afectar las expectativas de los denunciantes.

Como consecuencia de ello, el citado órgano revocó la resolución 2291-2014/CC2 de la Comisión de Protección al Consumidor y, reformándola, declaró fundada la denuncia de los señores Begué Cáceres. Adicionalmente, ordenó a la Inmobiliaria, como medida correctiva, restituir el dinero pagado por los denunciantes por los metros cuadrados dejados de recibir en la unidad inmobiliaria adquirida y sancionó a aquella con dos unidades impositivas tributarias (UIT), por la entrega de una menor área respecto a la ofrecida.

Por nuestra parte, debemos manifestar nuestra discrepancia con lo señalado por el Tribunal de INDECOPI, por las razones que pasaremos a exponer a continuación.

El contrato de compraventa es aquel negocio jurídico sinalagmático en virtud del cual el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y este a pagar su precio en dinero. Es, además, el más importante entre todos los esquemas contractuales típicos, ya sea por la relevancia de su función económica, por el valor paradigmático que asume en el ámbito de la teoría de los contratos, o por la riqueza y variedad de los comportamientos, subtipos de cláusulas y subtipos de reglas que presenta (Luminoso, 2011, p. 2).

En esta línea, cabe señalar que la compraventa *ad corpus* representa, precisamente, uno de los subtipos reunidos en el esquema típico general de la compraventa. El subtipo es aquel concepto caracterizado

por la presencia de connotaciones ulteriores respecto a las [connotaciones] de la hipótesis típica, las cuales, sin embargo, no son capaces de introducir elementos incompatibles con esta última, sino que sirven para especificarla, estableciendo un ámbito más restringido, y que determinan la aplicación de una regulación dedicada únicamente a aquella [hipótesis sub típica] (Cataudella, 2006, p. 569).

La regulación sub típica de la compraventa *ad corpus* se encuentra destinada a incidir en la determinación del precio programado a cargo del comprador. En otras palabras, la referida regulación establece parámetros objetivos para la especificación del precio, antes que para la individualización del inmueble materia de compraventa (Musio, 2015, pp. 128-129).

De este modo, debe advertirse que la verdadera potencialidad de la cláusula *ad corpus* no se manifiesta en la determinación del bien materia de la compraventa (rol que se efectúa a partir del reconocimiento de ciertos indicios frecuentes²), sino, más bien, frente a un problema jurídico distinto: el impacto que tendrá en el precio la eventual divergencia entre las dimensiones del bien plasmadas en el contenido del contrato y las dimensiones reales.

La compraventa *ad corpus* ha sido disciplinada en el artículo 1577 del Código Civil peruano, según el cual:

2 Son indicios de identificación del inmueble objeto de la compraventa los siguientes: la ficha o partida registral en la que la unidad se encuentra inscrita, la enunciación de los linderos, la dirección o ubicación física, la numeración, la individualización a través de planos o coordenadas e inclusive el nombre del inmueble. De esta manera, la mención de la extensión del bien no es necesaria ni suficiente para la individualización del mismo, salvo casos muy excepcionales.

Si el bien se vende fijando precio por el todo y no con arreglo a su extensión o cabida, aun cuando esta se indique en el contrato, el comprador debe pagar la totalidad del precio a pesar de que se compruebe que la extensión o cabida real es diferente.

Sin embargo, si se indicó en el contrato la extensión o cabida, y la real difiere de la señalada en más de una décima parte, el precio sufrirá la reducción o el aumento proporcional.

A manera de principio, es posible decir que las compraventas *ad corpus* se caracterizan porque en ellas «el objeto queda perfectamente identificado por su configuración inmobiliaria y por su configuración exterior». Bajo dicha premisa, «la voluntad negocial se forma y recae sobre el objeto, tal y como es, y el precio se estipula en contemplación del objeto de manera que la extensión superficial pasa a un segundo plano en el interés de las partes» (Díez-Picazo, 2010, p. 100). Por lo tanto, se aprecia que a la incorporación de cláusula *ad corpus* subyace un interés primario consistente en que el precio estipulado remunere la transferencia de un inmueble considerado en su entidad física global (Luminos, 2011, p. 93; Bianca, 1972, p. 239), tal como se encontraba al momento de celebración del contrato.

No obstante, la norma que establece el margen de tolerancia del error en la dimensión declarada del inmueble se funda en que los contratantes pactan el precio teniendo en cuenta tanto el inmueble como sus medidas declaradas. En efecto, no se puede negar que a la compraventa *ad corpus* subyace —además del interés primario detectado por la doctrina tradicional— la existencia de cierto interés secundario, aunque jurídicamente relevante³. Aquel interés consiste en que el metraje declarado para la unidad inmobiliaria objeto de transferencia no resulte considerablemente diferente, bajo ciertos parámetros de fluctuación que el legislador ha considerado razonables, a su extensión real. De allí que, en caso existiese una divergencia que exceda los referidos márgenes, la parte afectada (comprador o vendedor) tendrá derecho a obtener un reajuste del precio.

Como toda norma jurídica, la regulación de la cláusula *ad corpus* se encuentra orientada a la satisfacción de intereses individuales que el ordenamiento considera dignos de protección. Efectivamente, el legislador advirtió que, en ciertas oportunidades, los titulares-vendedores de bienes inmuebles se encuentran en una situación de no poca dificultad en la determinación exacta de la extensión de las unidades inmobiliarias a ser enajenadas a través de contratos de compraventa y decidió privilegiar semejante interés mediante la asignación de situaciones

3 Ello en la medida que, ante su violación, el ordenamiento jurídico determina la producción de ciertos remedios jurídicos destinados a tutelarlos.

jurídicas subjetivas específicas. La situación de desventaja fáctica que atraviesan los titulares de inmuebles (potenciales vendedores) con relación al conocimiento exacto del área de sus unidades inmobiliarias obedece a razones de diversa índole, tales como la inexistencia de una base catastral única a nivel nacional, las inexactitudes de las bases existentes, la geometría irregular de los polígonos que conforman el perímetro de algunos inmuebles, los inexorables márgenes de error en los métodos de medición disponibles, la variabilidad de la extensión de una unidad inmobiliaria por acciones imputables o no al ser humano, los elevados costos de una medición técnica o la inaccesibilidad y lejanía de los bienes sobre los que se efectúa la medición.

La anunciada situación de dificultad respecto del conocimiento razonable del área exacta de un bien es valorada por el ordenamiento jurídico, el cual responde a las necesidades individuales dignas de protección de los propietarios a través de la regulación asignada a la cláusula *ad corpus*, mediante la cual distribuye el riesgo de las divergencias entre dimensiones prometidas y dimensiones reales de inmuebles vendidos. En efecto, la referida disciplina aliviana o inmuniza parcialmente al titular-transferente de la carga de efectuar una medición milimétricamente precisa al introducir un margen o rango de divergencias permitidas entre el área declarada en el contrato y el área real del inmueble materia de la compraventa. Dentro del aludido rango de variación, y bajo ciertos presupuestos que el legislador ha considerado excusables, el vendedor será inmune al riesgo derivado del hecho de que el inmueble cuente con una menor o mayor área que aquella prometida contractualmente. Lo mencionado se manifiesta en el hecho de que el peso económico de dicha diferencia deberá ser asumido por el comprador y no podrá ser trasladado al vendedor a través de un reducción del precio.

Ahora bien, sobre la base de dicha indagación, podemos afirmar que la compraventa *ad corpus* no tiene como propósito exonerar de responsabilidad a aquellos vendedores que, fuera de la lógica expuesta anteriormente, y por causas que a ojos del legislador se consideran imputables, transfieran bienes con un área menor a la prometida. Así, por ejemplo, no se encontrará dentro del ámbito de aplicación de la cláusulas que nos ocupa un caso en el que «A» promete transferir a «B» un predio cuya extensión constaría de 100 m² bajo la modalidad *ad corpus*, aunque en realidad «A» hubiese tenido conocimiento efectivo de que el área de la unidad ascendía únicamente a 95 m². En tal escenario, el vendedor se encontraría en un supuesto ajeno a aquel que sustenta la inmunidad que le concede el artículo 1577 del Código Civil, en tanto no se habrá configurado una omisión excusable en la realización de una medición exacta de las dimensiones de la unidad inmobiliaria.

De lo expuesto, puede desprenderse que las necesidades empíricas que forjaron la regulación de la compraventa *ad corpus* cuentan con indudable vigencia en el tráfico jurídico y económico contemporáneo y que su aplicación no excluye necesariamente la invocación exitosa de remedios que buscan proteger los intereses del adquirente, tales como la tutela frente al incumplimiento contractual, frente a los daños precontractuales y/o la disciplina de los vicios de la voluntad. En otras palabras, bien hubiese podido llegarse a un resultado similar al objeto de la resolución ahora analizada a través de la aplicación de los remedios jurídicos mencionados en el párrafo anterior y sin haberse negado la vigencia de la cláusula *ad corpus* en las operaciones contemporáneas de compraventa inmobiliaria celebradas en el marco de las relaciones de consumo.

Desde ese punto de vista, nos parecen erróneas las afirmaciones provenientes del Tribunal de INDECOPI en el sentido de negar la aplicabilidad actual de la compraventa *ad corpus*. A nuestro criterio, semejantes apreciaciones se basan en una perspectiva no exhaustiva del sustento fáctico y de los riesgos que la regulación de dicha institución busca mitigar. Por lo demás, no vemos una razón válida para que el mencionado colegiado excluya a una cláusula del programa contractual, tal como hizo en el caso que nos convoca, prescindiendo de las normas jurídicas que lo hubiesen podido habilitar (dentro de su competencia) para tal resultado, como sería la disciplina propia de las cláusulas abusivas⁴. En ese sentido, consideramos necesaria una futura revisión del criterio jurisprudencial expuesto en las presentes líneas.

BIBLIOGRAFÍA

Bianca, Massimo (1972). *La vendita y la permuta*. Turín: Unione Tipografica-Editrice Torinese.

Cataudella, Antonino (2006). Tipo e sottotipi nella donazione. En autores varios, *Studi in onore di Massimo Bianca*, volumen I. Milán: Giuffrè.

Comisión de Protección al Consumidor-INDECOPI. Sede Lima Sur 2 (2014). Resolución 2291-2014/CC2. 16 de octubre.

Congreso de la República del Perú (2010). Código de Protección y Defensa del Consumidor. Ley 29571. 1 de setiembre. *Diario Oficial El Peruano*, 2 de setiembre.

Díez-Picazo, Luis (2010). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Tomo IV: *Las particulares relaciones obligatorias*. Pamplona: Civitas.

Luminoso, Angelo (2011). *La compravendita*. Turín: Giappichelli.

4 Nos referimos a los artículos 49, 50 y 51 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (2007). Reglamento Nacional de Tasaciones del Perú. Resolución Ministerial 126-2007-Vivienda. 7 de mayo. *Diario Oficial El Peruano*, 13 de mayo.

Musio, Antonio (2015). *Della vendita di cose immobili*. Milán: Giuffré.

Presidencia de la República (1984). Código Civil. Decreto legislativo 295. 24 de julio. *Diario Oficial El Peruano*, 25 de julio.

RESEÑAS:

3. TESIS

DERECHO
PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

Rolando Alarcón Claudet: *Etiquetado de alimentos transgénicos: problemática y recomendaciones para su implementación en el Perú*. Tesis de Licenciatura en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016.

MARÍA DEL CARMEN ARANA COURREJOLLES

El estudio del etiquetado de los transgénicos tiene un valor en la actualidad, dado que aún no ha sido reglamentada la exigencia normativa del etiquetado en alimentos que incorporen componentes genéticamente modificados. El trabajo de investigación reseñado plantea la necesidad de una normativa reglamentaria para el etiquetado de los transgénicos. En el artículo 37 del Código de Protección y Defensa del Consumidor (2010) se establece expresamente que «Los alimentos que incorporen componentes genéticamente modificados deben indicarlo en sus etiquetas», pero como la ley no se ha reglamentado, no se aplica, pese a la exigencia del mandato judicial (Tercer Juzgado Constitucional de Lima, 2012) que, en el año 2012, ordena que en un plazo razonable se dicte el reglamento de la norma del etiquetado.

Se sostiene que la falta de implementación del etiquetado de alimentos transgénicos en el Perú se debe a (i) una desarticulación existente entre el régimen de bioseguridad y la vigente norma que exige el etiquetado de alimentos transgénicos; (ii) la ausencia de un reglamento interno del Órgano Sectorial Competente para el Sector Salud (OSC-Salud), a cargo de la Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA), que permita implementar el régimen de bioseguridad en materia de alimentos transgénicos; y (iii) a la falta de actividades directamente relacionadas con la implementación del etiquetado de alimentos transgénicos a cargo del Comité Técnico de Normalización de Bioseguridad en Organismos Vivos Modificados (CTN-BOVM).

A lo largo del trabajo, se desarrollan los criterios internacionales y de la Unión Europea con la finalidad de evaluar qué criterios serían adecuados y se debería tener en consideración en el etiquetado de alimentos transgénicos en el Perú.

1. Respecto a los criterios de la Unión Europea, se ha optado por el «Etiquetado por Método de Producción», el cual informa al consumidor el método por el cual ha sido elaborado el producto. Se fundamenta en el principio precautorio que justifica las medidas como una precaución de potenciales daños a la salud y el medio ambiente aunque haya

incertidumbre científica. Se plantea la prevención de un daño potencial que aún no existe, pero que podría darse con la nueva tecnología. En la etiqueta o rotulado de los productos que contengan o estén compuestos o se hayan producido a partir de o contengan ingredientes producidos a partir de organismos modificados genéticamente, deben aparecer claramente las palabras «este producto contiene organismo modificado genéticamente».

Los principales reglamentos de la Unión Europea en materia de etiquetado son los reglamentos 1829 y 1831 de 2003. Esta regulación obligatoria articula el etiquetado con un sistema de trazabilidad a través de toda la cadena de producción. Se extiende también a productos derivados de los organismos modificados genéticamente. Se describe el proceso para la autorización de comercialización de alimentos transgénicos en la Unión Europea y las autoridades que evalúan los riesgos derivados del consumo de alimentos transgénicos. Se revisan las autorizaciones de los nuevos organismos transgénicos para el consumo humano, desde el primero que fue el maíz (MON810), sobre el cual se tiene la mayor cantidad de autorizaciones, hasta las autorizaciones referidas a la soya, el algodón, la canola y la remolacha. Estos cultivos buscan obtener, a través de la modificación genética, nuevos rasgos o propiedades ventajosas como la tolerancia a herbicidas, resistencia a insectos, mejora con la composición nutricional, tolerancia a la sequía, entre otros.

Se identifican dos ventajas en el sistema de etiquetado implementado por la UE: la primera, relacionada con la trazabilidad y lo positivo y necesario que es el seguimiento de los productos transgénicos a lo largo de toda la cadena de producción y comercialización a fin de detectar, si existiera, algún efecto contrario a la salud o al medio ambiente, con la finalidad de retirar los productos que tuvieran efectos adversos; y la segunda, relacionada al elevado estándar de protección a la salud del consumidor y el medio ambiente (gestión de evaluación de riesgo). Además, se señala como una de las principales desventajas en el sistema de etiquetado implementado por la UE, la disminución de productos transgénicos o con ingredientes transgénicos en los mercados.

2. Respecto a los criterios internacionales (Estados Unidos de América, Colombia y otros), el etiquetado se establece por las características diferenciales del producto final y se basa en el principio de equivalencia sustancial, el cual parte de la idea de que los transgénicos se desarrollan a partir de alimentos tradicionales. La inocuidad de los alimentos tradicionales puede ser evaluada a partir de un historial de uso seguro, el cual comprende una serie de conceptos, elementos y experiencias acumulados en el historial o antecedente de dicho cultivo o alimento, dentro de su contexto cultural y de condiciones de uso, que puedan

describir su perfil de seguridad y ser comparados con el nuevo alimento. Luego de comparar el alimento genéticamente modificado con el tradicional, si no se demuestran peligros o riesgos potenciales, se concluye que es seguro. Luego desarrolla las situaciones en las que pueden presentarse la evaluación de inocuidad, basándose en la equivalencia sustancial.

Entre las ventajas de este sistema, señala que —debido a que estas normas de bioseguridad no buscan prohibir el desarrollo de la innovación, de la biotecnología, de manera desproporcionada, sino desarrollar estrategias que regulen el uso y aplicación de los organismos genéticamente modificados— lo que se busca es obtener los máximos beneficios sociales de su utilización con el menor riesgo posible, y que se facilite el acceso a estos beneficios por parte de la sociedad a través de la regulación sobre bioseguridad. Por otra parte, una de sus desventajas es el sistema de control y supervisión que, en algunas ocasiones, resulta permisible e indulgente. El trabajo desarrolla detalladamente las experiencias de la Unión Europea, de Estados Unidos y de Colombia.

Luego de sus conclusiones, el autor recomienda, con respecto a la implementación de la reglamentación de la norma sobre el etiquetado de alimentos con componentes genéticamente modificados (Código de Protección y Defensa del Consumidor, artículo 37), que se establezcan disposiciones que compatibilicen y protejan la salud del consumidor, el derecho de información y un adecuado funcionamiento del mercado interno de la industria biotecnológica. El ámbito de aplicación del reglamento versaría sobre el etiquetado de alimentos con componentes genéticamente modificados, dirigido a los rótulos o etiquetas de alimentos transgénicos que se comercialicen para consumo humano. Los alimentos transgénicos incluidos serán los alimentos primarios que sean transgénicos, alimentos que contengan organismos transgénicos, alimentos derivados de organismos transgénicos y alimentos con ingredientes provenientes de organismos transgénicos. Además, señala que la exigencia del etiquetado deberá estar en función del principio de equivalencia sustancial, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: cuando en el alimento, producto de la modificación genética, se evidencien cambios en la composición o valor nutricional; cuando en el ámbito transgénico se verifique la presencia de algún alérgeno introducido como resultado de la modificación genética; cuando en el alimento transgénico, producto de la modificación genética, se verifique la presencia de factores antinutricionales o tóxicos naturales; y/o cambios en el uso previsto o usual del alimento transgénico.

453

ROLANDO ALAR-
CÓN CLAUDET:
ETIQUETADO
DE ALIMENTOS
TRANSGÉNICOS:
PROBLEMÁTICA
Y RECOMENDA-
CIONES PARA SU
IMPLEMENTACIÓN
EN EL PERÚ. TESIS
DE LICENCIATURA
EN DERECHO POR
LA PONTIFICA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL
PERÚ, 2016.

BIBLIOGRAFÍA

Congreso de la República del Perú (2010). Código de Protección y Defensa del Consumidor. Ley 29571. *Diario Oficial El Peruano*, 2 de setiembre.

Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea (2003a). Reglamento (CE) 1829/2003 sobre alimentos y piensos modificados genéticamente (Texto pertinente a efectos del EEE). *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 268(18 de octubre), 1-23.

Parlamento Europeo & Consejo de la Unión Europea (2003b). Reglamento (CE) 1830/2003 relativo a la trazabilidad y al etiquetado de organismos modificados genéticamente y a la trazabilidad de los alimentos y piensos producidos a partir de estos, y por el que se modifica la Directiva 2001/18/CE. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 268(18 de octubre), 24-28.

Tercer Juzgado Constitucional de Lima (2012). Sentencia del 9 de octubre de 2012. Expediente 12200-2011-0-1801-JR-CI-03.

Guillermo Pardavé Reto: *Capacidad para celebrar tratados en el Perú y plenos poderes: el caso de los acuerdos comerciales*. Tesis de Licenciatura en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016

VÍCTOR SACO CHUNG

En la tesis *Capacidad para celebrar tratados en el Perú y plenos poderes: el caso de los acuerdos comerciales*, Guillermo Pardavé desarrolla la necesidad que tiene el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (en adelante, MINCETUR) de contar con plenos poderes para suscribir acuerdos comerciales. La motivación del trabajo reside en que este Ministerio ha interpretado en algunas ocasiones que sus competencias legales incluyen la posibilidad de suscribir acuerdos sin contar con plenos poderes; sin embargo, esta interpretación resulta contraria al «esquema tradicional de autoridad para suscribir tratados en representación del Estado» (página ii). Este es sin duda un trabajo en sí mismo y genera grandes aportes a futuras investigaciones, por los siguientes motivos: (i) resuelve un asunto real que involucra a dos ministerios en la actualidad; (ii) presenta información relevante de casos de tratados comerciales peruanos (lo que no abunda en medios académicos); y (iii) esta información permitirá desarrollar futuros trabajos sobre el derecho de los tratados en el Perú.

La hipótesis que plantea la tesis es «[...] que más allá de la evolución de la política comercial y la flexibilización que se puede haber dado con algunas de las formalidades vinculadas a la celebración de tratados, el derecho internacional y la legislación interna de la gran mayoría de Estados, incluido el Perú, siguen exigiendo que los individuos cuenten con la debida autoridad para el acto de suscripción de este tipo de acuerdos». En específico, la tercera subhipótesis consiste en que el MINCETUR no podría suscribir acuerdos comerciales sin plenos poderes. En este punto, es importante resaltar que casi la totalidad de la investigación se realizó previamente al cambio del Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del MINCETUR de junio de 2015. Sin embargo, como se ve también hacia el final de la tesis, el cambio no generaría modificaciones en la hipótesis.

Para demostrar la hipótesis los argumentos, se han agrupado en tres capítulos. En el primero se desarrolla el marco conceptual del procedimiento para la manifestación de voluntad del Estado en el derecho internacional. En especial, se trabajan las teorías de la

competencia para celebrar tratados. Ello se desarrolla en un acápite sobre la competencia para celebrar tratados en el Perú. En el capítulo dos, se exploran los conceptos de autoridad para celebrar tratados, destacando el estudio de quienes tienen autoridad «inherente» para la celebración de acuerdos internacionales. También se discuten las reglas que regulan los plenos poderes, tanto en la doctrina y normas internacionales como en la legislación peruana. Finalmente, se desarrollan los efectos de la celebración de un tratado sin autoridad. Por último, en el tercer capítulo se desarrolla la hipótesis de la tesis a través del estudio de la suscripción de acuerdos comerciales en el Perú.

Como claramente expone el autor en su tercer capítulo, los acuerdos comerciales son tratados. Por ello, se les aplica el derecho internacional; pero, también, el derecho nacional. En la tesis se sostiene que la normativa interna no otorga una excepción a la regla de los plenos poderes. En especial, se estudia la Ley de Organización y Funciones del MINCETUR y se la contrasta con las disposiciones legales que le dan esta competencia al Ministerio de Relaciones Exteriores. Si bien el MINCETUR tiene la competencia para negociar los tratados comerciales, la suscripción de los mismos requeriría de otra autorización, una delegación permanente o *ad hoc*. El cambio del ROF del MINCETUR en junio de 2015 no lograría terminar con la divergencia de interpretaciones frente a normas no coherentes en el derecho peruano. Esto último se sostiene en la práctica expuesta en la tesis.

La conclusión a la que se llega a partir de la interpretación de la normativa interna es que el MINCETUR debe solicitar plenos poderes al Ministerio de Relaciones Exteriores antes de suscribir un tratado, como sucede en el caso de otros ministerios. Si bien estos ministerios pueden suscribir acuerdos internacionales, no lo pueden hacer sin contar con los plenos poderes respectivos (función que recae en el Ministerio de Relaciones Exteriores y tendría base Constitucional). El procedimiento de otorgamiento de plenos poderes no dificultaría la labor del Estado; por el contrario, la no demanda de los mismos por parte del MINCETUR evidenciaría la desarticulación de dos ministerios del Estado en materia de suscripción de acuerdos internacionales.

En lo personal, consideramos que el presente es un buen trabajo de investigación que se ha apoyado no solo en la teoría, sino también en la práctica interna de los ministerios mencionados. Sin duda, es una fuente valiosísima para otros trabajos posteriores.

BIBLIOGRAFÍA

Congreso de la República (2002). Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Ley 27790. 24 de julio. *Diario Oficial El Peruano*, 25 de julio.

Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (2002). Decreto Supremo por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Decreto supremo 005-2002-MINCETUR. 28 de agosto. *Diario Oficial El Peruano*, 29 de agosto.

Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (2015). Modifican el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Decreto supremo 0002-2015-MINCETUR. 12 de junio. *Diario Oficial El Peruano*, 13 de junio.

457

GUILLERMO
PARDAVÉ RETO:
*CAPACIDAD
PARA CELEBRAR
TRATADOS EN EL
PERÚ Y PLENOS
PODERES: EL CASO
DE LOS ACUERDOS
COMERCIALES.*
TESIS DE
LICENCIATURA
EN DERECHO POR
LA PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL
PERÚ, 2016

CRÓNICA DE CLAUSTRO

DERECHO
PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

La enseñanza-aprendizaje del derecho de cara al futuro

Memoria del primer seminario internacional (11, 12 y 13 de noviembre de 2015)

AARÓN VERONA BADAJOZ*

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. REPENSAR EL DERECHO DESDE LAS AULAS.– II.1. LOS ANTECEDENTES DE LA REFORMA Y SU LEGADO: LA INSPIRACIÓN Y SUS ARTÍFICES.– II.1.1. LA HISTORIA POR SUS PROTAGONISTAS: LA REFORMA DE LOS *WISCONSIN BOYS*.– II.1.2. REPENSAR EL DERECHO Y LA ENSEÑANZA DEL DERECHO: ¿PARA QUÉ ENSEÑAR?, ¿QUÉ ENSEÑAR?, ¿CÓMO ENSEÑAR?.– II.2. LA ENSEÑANZA Y APRENDIZAJE DEL DERECHO EN UN CONTEXTO GLOBAL.– II.3. ENSEÑANZA DEL DERECHO Y POLÍTICAS PÚBLICAS.– II.3.1. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y LOS ALCANCES DE LA FORMACIÓN JURÍDICA COMO LOS PILARES PARA LA COMPRENSIÓN DE UNA ENSEÑANZA DEL DERECHO COMO POLÍTICA PÚBLICA.– II.3.2. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO COMO POLÍTICA PÚBLICA.– II.4. LA ENSEÑANZA DE LA ÉTICA Y RESPONSABILIDAD PROFESIONAL.– II.5. LA ENSEÑANZA CLÍNICA: ALCANCES Y RETOS.– II.6. LA INVESTIGACIÓN EMPÍRICA.– III. EL MODELO DE ENSEÑANZA BASADO EN COMPETENCIAS Y LA ENSEÑANZA LEGAL.– III.1. CURRÍCULO POR COMPETENCIAS Y METODOLOGÍAS DE LA ENSEÑANZA Y EL APRENDIZAJE.– III.2. LA METODOLOGÍA DEL *ESTUDIO DE CASOS* EN LA ENSEÑANZA Y APRENDIZAJE DEL DERECHO.– III.3. INSTRUMENTOS DE EVALUACIÓN DE LAS COMPETENCIAS CONCERNIDAS EN LA FORMACIÓN DEL ABOGADO.– IV. COROLARIO.– V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El Primer Seminario Internacional La Enseñanza-Aprendizaje del Derecho de Cara al Futuro, organizado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), devuelve a la palestra el debate sobre la educación legal en el Perú y Latinoamérica. Este es un debate paradójicamente pendiente en nuestro país, pues, a pesar de sus esporádicas apariciones en discusiones políticas, periodísticas y judiciales, su reflexión académica es más extraña y, muchas veces, ajena al interés público. El seminario recupera este aspecto en un contexto en el que su atención es particularmente urgente y relevante: la implementación de una nueva Ley Universitaria peruana, en el marco de una crisis de

* Coordinador de investigación del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) y profesor del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Correo electrónico: averonab@pucp.edu.pe

la calidad educativa universitaria a nivel nacional; y la implementación de un nuevo plan de estudios de la Facultad de Derecho de la PUCP. Estas circunstancias son el escenario para la discusión sobre temas que transcurren entre la enseñanza de la ética en el derecho y la elección de un método de enseñanza legal. Dicha discusión tiene lugar siempre desde una perspectiva comparada y orientada a estrechar el vínculo, frágil en ocasiones, entre el derecho y la realidad. Así, luego de casi medio siglo desde el último proceso de reforma de la enseñanza y aprendizaje del derecho en la PUCP, un nuevo y necesario ciclo se abre y, con él, la discusión académica sobre su desarrollo y sus retos.

Entre el 11 y 13 de noviembre de 2015, el auditorio de la Facultad de Derecho de la PUCP acogió a 21 panelistas nacionales y 6 internacionales que se congregaron para reflexionar sobre uno de los grandes temas pendientes en nuestro país y América Latina, la enseñanza y el aprendizaje del Derecho. En efecto, el Primer Seminario Internacional La Enseñanza-Aprendizaje del Derecho de Cara al Futuro congregó a especialistas de Brasil (Universidade de São Paulo), Chile (Universidad de Chile y Universidad Católica de Temuco), Colombia (Universidad de los Andes), Estados Unidos (University of Wisconsin-Madison) y Perú, quienes debatieron a lo largo de 9 mesas temáticas, esencialmente, sobre los siguientes temas: el estado de la educación legal en Latinoamérica; el vínculo de esta con su propio contexto político, económico y social; así como sus contenidos, presupuestos y métodos de enseñanza. Dichos temas fueron oportunamente resumidos por el profesor Javier de Belaúnde durante su exposición en tres preguntas básicas sobre la educación legal: *¿para qué enseñar?*, *¿qué enseñar?* y *¿cómo enseñar?* (esta fórmula complementa con la primera pregunta los cuestionamientos planteados por el profesor Fernando de Trazegnies, 1991, p. 35). La presente memoria recoge el espíritu de este evento y, en cierta forma, también la esperanza que representa su legado, pues constituye el acta de nacimiento de un esfuerzo regional impulsado por la PUCP para la institucionalización de un necesario espacio de reflexión académica sobre el tema en cuestión y una plataforma para la elaboración de propuestas de innovación que se expresen no solo en políticas internas en el seno de cada universidad, sino también en políticas públicas.

La estructura de este documento responde en gran medida a la del seminario, por lo que el lector podrá identificar en los acápites o apartados del primero una equivalencia con las mesas temáticas del segundo (ver anexo 1), agrupadas esta vez en dos grandes secciones: Repensar el derecho desde las aulas y El modelo de enseñanza basado en competencias y la enseñanza legal. La única excepción a la correlación entre subtítulos y mesas será respecto de la primera de ellas, la que a efectos de este trabajo se ha integrado con el homenaje realizado al profesor Jorge Avendaño Valdez para conformar el acápite

Los antecedentes de la reforma: la inspiración y sus artífices. Esto se debe a que la celebración de la trayectoria del profesor Avendaño se hace respecto a su significativo aporte en la primera gran reforma educativa que se realizara en la Facultad de Derecho de la PUCP hacia finales de los años 60, en el marco de una tendencia latinoamericana en ese sentido. Dicha reforma, como no podía ser de otra forma, ha inspirado la actual renovación del Plan de Estudios de la Facultad, renovación que apunta a un Plan de Estudios basado en el enfoque de competencias y resultados de aprendizaje. Ello sin perder, desde luego, aquello que en una feliz analogía del Decano de Derecho de la PUCP, el profesor Alfredo Villavicencio, constituye ya parte del ADN de nuestra facultad: la vocación por repensar el Derecho.

Finalmente, antes de iniciar propiamente la memoria, es necesario acotar que, precisamente porque se quiere seguir el espíritu del evento, el presente texto no será una mera descripción de lo sucedido en cada una de las mesas temáticas, sino que pretenderá articular las contribuciones de cada panelista para extraer conclusiones y propuestas generales para el desarrollo de la educación legal en nuestra región.

II. REPENSAR EL DERECHO DESDE LAS AULAS

II.1. Los antecedentes de la reforma y su legado: la inspiración y sus artífices

Inauguración: Homenaje a Jorge Avendaño V. / Mesa: Las reformas de la enseñanza-aprendizaje del derecho en América Latina, desde los años 60

Panelistas: Alfredo Villavicencio, Jorge Avendaño Valdez, Lorenzo Zolezzi Ibárcena, Baldo Kresalja Rossello, Javier de Belaúnde López de Romana

II.1.1. La historia por sus protagonistas: la reforma de los *Wisconsin Boys*

El 2015 tuvo una relevancia particularmente transcendental para la Facultad de Derecho de la PUCP, la cual se encontraba, y de hecho se encuentra aún, en los albores de una nueva reforma educativa cuyo impulso es tanto interno como externo. En el primer caso, el 2015 fue el primer año de la implementación de un nuevo plan de estudios basado en un enfoque de competencias y resultados de aprendizaje, producto de un largo y complejo debate institucional. Mientras que, en el segundo caso, desde mediados de 2014 nos encontramos dando los primeros pasos en la implementación de la también novísima Ley Universitaria (número 30220). A todo ello se suma el hecho de que por primera vez la especialidad de derecho de la PUCP ha sido acreditada internacionalmente, reconocimiento brindado por el Consejo Nacional de Acreditación de Colombia. En un contexto de tal magnitud,

simplemente resulta inevitable recordar, rendir homenaje y reflexionar sobre aquel proceso histórico al cual este se debe, del que es en cierta forma heredero y al que ahora reformula para crear algo mejor.

Nos referimos al proceso de reforma emprendido y desarrollado a finales de los años 60 e inicios de los 70 por un grupo de jóvenes profesores de la Facultad de Derecho de la PUCP, liderados por el entonces decano Jorge Avendaño Valdez. Estos jóvenes fraguaron, en colaboración con la Universidad de Wisconsin-Madison (Estados Unidos), una reforma de la educación legal que, no obstante, terminó extendiéndose más allá de nuestras fronteras institucionales. De hecho, sus ecos aún nos alcanzan luego de casi 50 años y posiblemente alcanzarán todavía a muchas generaciones más. Los artífices, como suele suceder con el balance de todo proceso de transformación, difieren en ciertos matices al describir sus objetivos, significado y alcances; sin embargo, su relevancia como punto de quiebre y piedra fundacional de una nueva forma de enseñar el derecho en las universidades peruanas resulta una afirmación, a estas alturas, ineludible.

La década en la cual se forjó esta empresa fue una década de profundas convulsiones sociales tanto en el ámbito nacional como internacional, y una propuesta de este tipo no podía dejar de tener impacto en una sociedad cuyo orden social era frágil. Como apunta de Belaúnde, los años 60 en general estuvieron sumergidos en un ambiente de revolución social. En el Perú, surgen las guerrillas y, en 1968, durante la gestación de la reforma, el país inicia su transición hacia un orden legal que no se fundó en una Constitución política democrática sino en el Estatuto Revolucionario de las Fuerzas Armadas, producto del golpe de Estado del general Juan Velasco Alvarado. Como también señaló de Belaúnde, un escenario de este tipo demandaba un abogado vinculado con la realidad y el desarrollo (entendido de forma laxa) y con una vocación por el cambio social. Es decir, un abogado que respondiera críticamente a su propia realidad. Años después, como señala el mismo profesor, los abogados formados en la Facultad de Derecho de la PUCP luego de la reforma educativa formarían parte de las actuales organizaciones de la sociedad civil y, quizá en menor medida, de un grupo valioso de funcionarios públicos. A esto podría añadirse que muchos de esos abogados constituyen ahora parte esencial del cuerpo docente y administrativo de las facultades de derecho de universidades privadas consideradas dentro de las mejores de nuestro país.

Incluso a nivel internacional, la reforma peruana llegó a tener cierto impacto. En 1971, el principal promotor de la reforma, el profesor Avendaño, estuvo a cargo del discurso de clausura de la Primera Conferencia sobre la Enseñanza del Derecho (Valparaíso, Chile) y luego presidió la segunda edición de la misma en 1973 en la PUCP, en donde

se constituyó el Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo. En 1972, el International Legal Center lo convocó para presidir el Comité Internacional para el Estudio de la Educación Legal en el mundo, comité que sesionó en universidades como la Católica de Chile, la Católica de Río, Columbia y Harvard en Estados Unidos, Upsala en Suecia, Warwick en Inglaterra, entre otras (véase Committee on Legal Education in the Developing Countries, 1975).

Si bien el legado de esta reforma será profundizado en el siguiente punto, era necesario presentar brevemente, antes de hacer un rápido recuento por sus principales hitos, el contexto que la evoca, el contexto en que surgió y algunos elementos para comprender su trascendencia. Como se mencionara líneas arriba, el principal impulsor del cambio fue el profesor Avendaño, por lo que el seminario se inició con un merecido reconocimiento. Él, junto con los profesores Felipe Osterling y Carlos Fernández Sessarego, con apoyo de la Fundación Ford, realizaron en 1966 un viaje a Estados Unidos para buscar aquella universidad con la cual forjar una alianza con miras a la reformulación de la enseñanza legal en la PUCP, tanto a nivel del contenido (en la medida en que se buscaba promover una nueva concepción del derecho) como del método. Esto se produce paralelamente a otros esfuerzos latinoamericanos en el mismo sentido, uno por parte de las universidades brasileñas en 1966 y otro por las universidades chilenas hacia 1969. Este último caso es quizá el más representativo pues se contó con el apoyo de la Universidad de Stanford y, específicamente, con el apoyo de uno de sus principales profesores, John Merryman; como lo recordó el profesor Lorenzo Zolezzi.

La universidad elegida por la PUCP fue la ya mencionada Universidad de Wisconsin-Madison. El principal contacto académico en dicha universidad fue el profesor Zigurds L. Zile, cuya cátedra de derecho soviético luego daría pie a críticas injustificadas al proyecto, producto de prejuicios. La elección de esta universidad respondió principalmente al paradigma por el cual esta se guiaba y se guía hasta ahora. Dicho paradigma sintonizaba con las expectativas de cambio llevadas en su búsqueda por el trío de reformadores peruanos. Se trata de la llamada, tradicionalmente, *Wisconsin Idea*. Este paradigma, traído a colación en la ponencia de Zolezzi, podría resumirse en dos frases extraídas de la página web de la propia universidad de Wisconsin. La primera frase afirma que «la educación debería influenciar la vida de las personas más allá de los límites del salón de clase (*education should influence people's lives beyond the boundaries of the classroom*)». La segunda, atribuida al presidente de la universidad en 1904, Charles Van Hise, quien fuera el artífice de la idea, sostiene lo siguiente «Nunca estaré satisfecho hasta que la beneficiosa influencia de la universidad alcance a cada hogar del Estado [de Wisconsin] (*I shall never be content until the beneficent influence of the University reaches every home in the state*)». Esta perspectiva del *law in*

action característica de la universidad Wisconsin y de los estudios de *law and society* fue lo que los aires de cambio traerían a la PUCP.

Así, la alianza fue forjada y profesores de derecho de la PUCP iniciaron su formación en Wisconsin para poner en marcha la reforma. En total, fueron 12 los docentes que viajaron y que formarían luego el recordado grupo de los *Wisconsin Boys*, entre ellos Lorenzo Zolezzi, Baldo Kresalja y Javier de Belaúnde, ponentes de la primera mesa del seminario. No obstante, como recordó de Belaúnde, el impulso de la reforma fue frenado anticipadamente y tuvo que adaptarse muy pronto a una suerte de convivencia con perspectivas más conservadoras que evitaron un desarrollo más amplio de sus propuestas. Según el mismo profesor, 1973 fue el año clave de la transición hacia la convivencia, año que fue evocado haciendo referencia a una de las críticas más ácidas a la propuesta de reforma. En la medida en que lo que se buscaba era la renovación de la forma de enseñar el derecho, la reforma se concentró en tres preguntas: ¿para qué enseñar?, ¿qué enseñar?, y ¿cómo hacerlo? La respuesta de los críticos fue caricaturizar estos cuestionamientos modulares con respuestas alusivas a una inexistente vinculación entre los reformadores y una agenda política marxista acorde con el mentado gobierno militar de aquel momento. Las sardónicas respuestas fueron las siguientes: se enseña para crear burócratas del gobierno revolucionario o guerrilleros, lo que se imparte es marxismo y se hace mediante charlas de café.

A pesar de estas circunstancias, este proceso tuvo efectos que perduraron, inspirando incluso otros esfuerzos de reforma a principios de los 90, como mencionó Zolezzi, o el proceso que se está llevando a cabo actualmente. Después de todo, como dijera dicho profesor en su ponencia, no buscar nuevas reformas implicaría una traición a nosotros mismos. En efecto, si aquella reforma de fines de los 60 buscaba el noble objetivo de acercar al abogado a la realidad, la única forma de lograrlo es a través de un constante diálogo entre las facultades de derecho y su propio contexto político, económico y social. Esto, indefectiblemente, implicará cambios y, en ocasiones, refundaciones. Sobre la magnitud del legado de esta reforma trataremos con más detalle a continuación.

II.1.2. Repensar el derecho y la enseñanza del derecho: ¿para qué enseñar?, ¿qué enseñar?, ¿cómo enseñar?

Al hablar del legado de la reforma de los 60 surgen, como no podía ser de otra manera, ciertos matices. Y esto no es algo que deba sorprendernos, dada la envergadura del proyecto, el tiempo transcurrido y su vigencia indudable en los debates sobre la educación legal en nuestro país. Por ello, dada su relevancia como testimonios de primera mano, en este punto recogeremos las sucintas pero sugestivas posturas que del

impacto de la reforma brindaron los tres *Wisconsin Boys* participantes de la primera mesa del Seminario. Asimismo, a efectos de hacerlo con la mayor claridad posible, lo haremos a partir de tres aspectos que tomaron protagonismo durante sus exposiciones: ¿qué es aquello que se quería cambiar?, ¿cuál fue el contenido de ese cambio?, y ¿cuál fue su impacto social?

Ha sido común atribuir a la reforma un cambio metodológico: el paso del método de la clase conferencia¹ al método activo enfocado en la participación del alumno en su propia educación. Esto fue puesto en cuestión por los profesores Zolezzi y Kresalja, quienes consideran que el enfoque de los esfuerzos de la reforma estuvo más bien en cambiar la concepción misma del Derecho que se tenía en ese entonces. Recuérdese que en el punto anterior se hizo alusión al rol transformativo que dicha reforma daría a la manera en que se concebía la enseñanza del derecho y la actividad del abogado respecto a su contexto social. La función del derecho en la realidad es lo que estaba en juego y no tanto el método que, después de todo, sea en su versión de clase conferencia o de enseñanza activa, podría servir igualmente al objetivo de este proceso. Lo único que debía considerarse, según Zolezzi y Kresalja, era para qué clases era pertinente cada modalidad. De hecho, a efectos de respaldar esta postura, Zolezzi se refirió a la siguiente reflexión desarrollada por Fernando de Trazegnies:

Yo creo que cuando permanecemos únicamente a nivel del método, considerado simplemente como eficiencia pedagógica, las diferencias entre el método activo y el método de clase conferencia, bien entendido, se reducen. Yo no tengo tantos criterios para evaluar a nivel puramente metodológico una cosa u otra y decir esto es bueno y esto es malo. En realidad el método de conferencia se ha venido usando durante siglos con resultados bastante efectivos [...]. Y si pasamos al campo de la enseñanza misma del derecho, creo que los grandes profesores del derecho en el siglo pasado realmente formaron magníficos abogados. El único problema, y ahí quizá vendría la distinción, es que formaron magníficos abogados con otra concepción del derecho (1973, pp. 180-181).

Debe considerarse, no obstante, respecto a esta cita, que el propio de Trazegnies señala en escritos posteriores la relevancia de repensar el aspecto metodológico de la enseñanza, como en efecto resaltó de Belaúnde. Este último no discrepa con los otros dos panelistas, sino que, en el marco de la reformulación del concepto de derecho, da

1 Es importante aquí retomar la precisión hecha por de Belaúnde sobre este tipo de método pues suele confundirse con el de la clase magistral. Precisa el profesor que una clase del primer tipo, en palabras de Zigurds L. Zile, podría ser dictada incluso por un gramófono, ya que no se trata sino de una repetición de lo leído por el profesor. La clase magistral, de otro lado, es la presentación de los resultados de una investigación (conocimiento nuevo) por parte de su autor.

un lugar relevante también al método. Esta postura, que en realidad es una extensión de la anterior, resalta la idea de que los contenidos y procesos de transmisión de tales contenidos están íntimamente ligados. En el caso de la reforma, por ejemplo, no podría formarse un abogado vinculado y comprometido con la transformación de su entorno si es que su proceso formativo se basaba en la transmisión acrítica que implicaba la clase conferencia, tal como era entendida por los reformadores. Desde luego, como la cita previa sugiere, la clase conferencia no anula de por sí la posibilidad de que un estudiante desarrolle su capacidad crítica, pero ciertamente no lo predispone a hacerlo ni tiene como objetivo la formación de generaciones de estudiantes de derecho dispuestos a cuestionar activamente el conocimiento que reciben y pensar nuevas formas de entender las instituciones jurídicas.

Así, aquel cambio que se buscaba sí estaba vinculado a la forma misma de entender el derecho, pero esto necesariamente implicaba tomar conciencia no solo de los presupuestos teóricos de la formación legal, sino también de su metodología. Quizá, en términos generales, el espíritu de la reforma pueda expresarse a través de la siguiente cita extraída de un artículo de 1971 escrito por de Trazegnies, Zolezzi y Avendaño respecto a la forma de ver el derecho:

- (a) Que es preciso estudiarlo tal como efectivamente vive en la sociedad a través de las decisiones judiciales, de la interpretación habitual de sus normas por quienes están sometidos a ellas, del complemento normativo que constituye la contratación y, en algunos casos, de los usos y costumbres. Por consiguiente, el derecho no puede ser analizado *in abstracto* como un razonamiento matemático, sino re-interpretado por los hombres que lo usan, dentro de un marco cultural y socio-histórico determinado.
- (b) Que es preciso confrontar el derecho con las demás prácticas sociales a fin de comprobar si el orden legal no solo concuerda formalmente en el interior de su propia racionalidad, sino, además, si concuerda con las exigencias, necesidades y aspiraciones de la sociedad en la que se desenvuelve. El derecho resulta, así entendido, un instrumento social que promueve o frena los cambios, lo que nos lleva a estudiar las causas y los efectos sociales de las leyes. El derecho no puede enclaustrarse en los textos legales afirmando que las motivaciones y los resultados económicos y sociales de las normas legales son extrajurídicos (1971, pp. 135-136).

El segundo aspecto, ¿cuál fue el contenido de ese cambio?, el cual engloba las tres preguntas sobre la educación legal presentadas previamente por de Belaúnde, resulta el menos controvertido de los tres. A lo largo de este acápite, el mismo se ha ido revelando paulatinamente.

Esencialmente, el contenido de la reforma traía consigo una nueva perspectiva del derecho y un nuevo método que sincronizara con las necesidades de esta. No obstante, lo interesante de las declaraciones de los panelistas sobre este tema es la imagen negativa que sus detractores construyeron para desacreditar la reforma. Ya mencionamos, a través de las palabras de Belaúnde, cómo es que las posturas contrarias a los ideales de este proceso ridiculizaron su contenido comparándolo con un proyecto marxista revolucionario al servicio del gobierno militar de ese entonces. El profesor Kresalja fue enfático al referirse a esto: una minoría de aquellos que abogaban por la marcha de la reforma se mostraban inclinados a atribuirle un proyecto político revolucionario, pero esto no fue más que la postura de una facción que nunca llegó a ser predominante y que, lamentablemente, fue magnificada por quienes querían frenar el proceso de cambio. Asimismo, como referimos, la cátedra sobre derecho soviético del profesor Zile también fue otro de los elementos que, tratados con superficialidad, alimentaron la idea de una imaginaria intromisión comunista en la Facultad de Derecho de la PUCP.

Fueron estos y otros factores los que generaron el estancamiento prematuro sobre el que de Belaúnde llamó la atención durante el seminario. Ello fue hecho con cierto descontento por el recuerdo de este intempestivo freno, claro, pero también como una forma de mostrar que, incluso bajo estas circunstancias, la reforma tuvo un papel significativo en la estructura institucional privada (educativa y de la sociedad civil) y pública (sistema de justicia). Este impacto será el último aspecto al que nos referiremos en este apartado.

A diferencia de los aspectos anteriores, este tercero generó posturas claramente dispares. Por un lado, Kresalja afirmó que, en su opinión, era necesario extender un simbólico certificado de defunción al proyecto de reforma de los 60 debido a que este, a pesar de sus esfuerzos, no había logrado que sus ideales se concretaran. Las evidencias de esto serían dos: a) la indudable crisis de nuestro sistema de justicia (en especial, de nuestro Poder Judicial), producto, principalmente, de la corrupción; y b) la crisis de la educación universitaria en el Perú debido a la proliferación de las denominadas universidades-empresa cuya calidad académica es, por decir lo menos, cuestionable. La relación que establece Kresalja no deja de darle sustento a la desazón de su crítica. Si el objetivo de la reforma era formar abogados que propiciaran cambios sociales para el desarrollo de su país, y las principales instituciones vinculadas a la formación y aplicación del derecho se encuentran en los trances que hemos descrito, entonces, ¿podría la reforma tener otro balance que no sea el brindado por Kresalja? Más aun, valdría la pena preguntarnos si no estaremos ante una suerte de círculo vicioso en el que las deterioradas instituciones

públicas son alimentadas de funcionarios formados en igualmente deterioradas entidades educativas.

Ahora bien, el profesor concluyó su exposición señalando que él solo diría que los objetivos del proceso de los 60 se cumplieron parcialmente; abriendo así la posibilidad de que, al final, su balance no fuese del todo negativo. No obstante, su metáfora sobre la muerte del proceso de Wisconsin grafica una falta de optimismo frente al recuerdo del mismo. Por ello es que él terminó depositando sus esperanzas en el nuevo proceso que se está llevando a cabo, al que considera renovador en todo sentido y que debe superar las propuestas de los 60. En sus palabras, el nuevo proceso (enfocado en el paradigma del Estado Constitucional de Derecho, en el marco ético de la profesión, la excelencia académica, la interdisciplinariedad y la investigación y comprensión de la realidad social y empresarial) debería considerar a la primera reforma como nada más que la prehistoria de sus esfuerzos.

Lo anterior guarda un fuerte contraste con lo propuesto por de Belaúnde sobre la materia. Este no deja de lado la situación crítica traída a colación por Kresalja, pero encuentra en ella elementos que él considera indicativos de que los ideales de la reforma de los 60 mantienen su vigencia y, en cierta forma, son incorporados a la actual reforma que se está llevando a cabo en la PUCP. De hecho, parafraseando la analogía anterior, para él habría más bien que extender un certificado de nacimiento a este nuevo proceso, heredero del anterior. Los argumentos que respaldan esta postura ya fueron adelantados en el punto I.1.: a) un importante porcentaje de los docentes de derecho de las universidades privadas más importantes de nuestro país fueron formados en la PUCP; b) un porcentaje igualmente relevante de egresados de derecho conforman la sociedad civil organizada que actúa en contra de las crisis mencionadas; y c) incluso en circunstancias de crisis, existen buenos funcionarios, y estos en buena medida serían de la PUCP. Después de todo, como apuntó Zolezzi, durante los 60 solo dos facultades de derecho, las de la PUCP y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, tenían más de un par de generaciones de abogados egresados de sus aulas, por lo que su influencia en la formación de las instituciones de educación jurídica, y en las públicas vinculadas a la administración de justicia, no fue poca. Sin embargo, es cierto que dicha influencia se vio luego afectada por las circunstancias que llevaron a las crisis actuales.

A esto podría añadirse que, internamente, la Facultad de Derecho de la PUCP ha aumentado significativamente su calidad de enseñanza hasta recibir su primera acreditación internacional, como se mencionara líneas arriba. Esto cobra mayor relevancia en el marco de lo declarado por de Belaúnde sobre la poca calidad de la facultad en la época en que la reforma de los 60 se inició. La facultad ha pasado a ser de las

mejores (sino la mejor) de nuestro país y en esto tuvieron que ver cada una de sus reformas, inconclusas o no, pues son parte de su construcción histórica institucional, de su ADN.

II.2. La enseñanza y aprendizaje del derecho en un contexto global

Panelistas: Erick Palma (Universidad de Chile), Betzabé Marciani y Miguel Monteagudo

Como se mencionara en el apartado anterior, el proceso de reforma de la Facultad de Derecho de la PUCP fue compartido, tanto en época como en espíritu, por muchas de sus pares chilenas y brasileñas, por lo que en cierta forma nuestra memoria y las emociones que nos evoca son también compartidas. Así lo expresó el profesor Erick Palma de la Universidad de Chile, quien, en una breve digresión a propósito del recuento histórico realizado, recordó que hace algunos años se creó en su universidad la Unidad de Pedagogía Universitaria y Ética del Derecho (de la que él forma parte) con el objetivo de continuar las aspiraciones reformadoras de los años 60 y 70 en su país, truncadas por razones políticas en los 70. Recordó, además, a sus «viejos», como los llamó él con cariño, y en especial al profesor Gonzalo Figueroa, en cuya memoria afirmó que los esfuerzos de aquella reforma se ven ahora fortalecidos por los nuevos bríos que eventos como el seminario congregan.

Luego de esta breve introducción, el primer panelista internacional tuvo a su cargo la contextualización global de todo aquello que fue tratado desde una perspectiva local y regional en la primera mesa. Las reformas de la educación del derecho en las universidades y, de hecho, de cualquier tipo de educación en general fueron enmarcadas por Palma dentro de dos grandes perspectivas sobre el macrofenómeno de la globalización: la economicista o reduccionista y la humanista o integral. Ambas perspectivas se encuentran en constante pugna por imponerse como el enfoque que defina el contenido, entre otras cosas, de la educación universitaria.

La primera perspectiva derivaría, como mencionó la profesora Betzabé Marciani al comentar la intervención de Palma, del «neoliberalismo salvaje» de la década de los 80. Esto, de acuerdo con Palma, le daría su principal rasgo: la concepción de la educación como un servicio regido por la ley de la oferta y la demanda. El sentido de la educación sería aquel dado por el libre mercado y aquellos que la reciben no serían sino consumidores (o recursos humanos si es que brindan el servicio). La calidad y la ética, por lo tanto, se ven así sobrepasadas por la lógica de la maximización de recursos y la adquisición de ganancias. En este punto, es imposible no recordar las denuncias del profesor Kresalja sobre la crisis

471

LA ENSEÑANZA-
APRENDIZAJE
DEL DERECHO DE
CARA AL FUTURO.
MEMORIA
DEL PRIMER
SEMINARIO
INTERNACIONAL

de la educación jurídica en el Perú. Bajo esta concepción, la universidad se constituye, principalmente, en una empresa, y sus intereses, antes que estar enfocados en el desarrollo de los estudiantes, se enfocan en la productividad y las utilidades de la misma universidad. Las necesidades académicas siguen la factibilidad comercial y no un compromiso con un tipo de sociedad e individuo. Esto implica, de acuerdo con Palma, una sobreutilización de las clases virtuales, menos costosas, las cuales deterioran la relación y el diálogo directo entre profesores y alumnos.

Marciani, a través de una cita del profesor Francisco Laporta, resumió esta preocupación y desencanto frente a una visión economicista del derecho. Laporta hace su crítica en el marco de una crítica mayor al sistema educativo producto del Proceso de Bolonia, que algunos han considerado una mercantilización de los estudios de derecho:

También se tiene por un aspecto material del proceso de Bolonia la idea de enseñar «competencias». Esto de las competencias, si es que es algo nuevo, que cabe dudarlo, tiene dos sentidos muy diferentes: un primer sentido técnico o instrumental que tiende a identificarlo con ciertos conocimientos prácticos, útiles para el llamado «mercado de trabajo», lo que supone ceder a un tipo de educación de carácter teleológico; la educación universitaria se ve desde esta perspectiva como un mecanismo para obtener un determinado «producto»: el joven «empleable». El otro sentido, más profundo, es el de las competencias como umbrales de madurez personal, conocimientos fundamentales propios de cada rama científica o especialidad, y la inteligencia idónea para procesarlos. Se trata aquí mucho más de rasgos básicos de saber, formación intelectual y capacidad de comprensión e inserción en la vida social en general. Este otro sentido, lo lamento, se ha dejado casi de lado (2006, p. 9).

Al respecto, Marciani explicó, evocando en cierta forma la crítica del profesor Kresalja, cómo es que en nuestro país, lamentablemente, primaría el primer sentido descrito por Laporta. En su propia experiencia docente en programas de posgrado de universidades-empresa, se encontró ella en situaciones en las cuales el único material de trabajo era la norma positiva, los códigos. El razonamiento detrás de este esquema no sería otro que el de la absoluta tecnificación de la educación legal y el desprecio hacia la interdisciplinariedad; el resultado de ello son abogados cuya única fuente de reflexión es la norma y cuyo único estímulo por el ejercicio profesional es lograr la mejor oferta laboral. Ella llamó a esto la trampa de la superficialidad.

Ahora bien, tal como resaltó el profesor Manuel Monteagudo en sus comentarios a Palma, es necesario aclarar que las críticas a la visión economicista no deben llevar a extraer la perspectiva económica del análisis de la globalización. Un enfoque económico, junto con la

diversidad de enfoques que cualquier fenómeno complejo amerita, es sumamente importante. En palabras del profesor Monteagudo, es necesario «reivindicar al *homo economicus*», pues las libertades económicas forman parte de los derechos humanos y reflejan relaciones intersubjetivas (es el caso del derecho de propiedad). De hecho, nos recordó Palma, el propio papa Francisco I, en su encíclica *Laudato si'*, resalta la relevancia de una adecuada comprensión de las libertades económicas (recordando las palabras de Juan Pablo II):

Con toda claridad explicó que «la Iglesia defiende, sí, el legítimo derecho a la propiedad privada, pero enseña con no menor claridad que sobre toda propiedad privada grava siempre una hipoteca social, para que los bienes sirvan a la destinación general que Dios les ha dado». Por lo tanto afirmó que «no es conforme con el designio de Dios usar este don de modo tal que sus beneficios favorezcan solo a unos pocos» (Francisco I, 2015, p. 74).

De igual manera, la encíclica, afirmó Palma, nos advierte sobre la necesidad de una economía bien entendida:

El paradigma tecnocrático también tiende a ejercer su dominio sobre la economía y la política. La economía asume todo desarrollo tecnológico en función del rédito, sin prestar atención a eventuales consecuencias negativas para el ser humano. Las finanzas ahogan a la economía real. [...] Para que haya una libertad económica de la que todos efectivamente se benefician, a veces puede ser necesario poner límites a quienes tienen mayores recursos y poder financiero. Una libertad económica solo declamada, pero donde las condiciones reales impiden que muchos puedan acceder realmente a ella, y donde se deteriora el acceso al trabajo, se convierte en un discurso contradictorio que deshonra a la política. La actividad empresarial, que es una noble vocación orientada a producir riqueza y a mejorar el mundo para todos, puede ser una manera muy fecunda de promover la región donde instala sus emprendimientos, sobre todo si entiende que la creación de puestos de trabajo es parte ineludible de su servicio al bien común (Francisco I, 2015, pp. 85, 101).

Así, no solo es posible conjugar la economía con una visión humanista, cuyas características veremos a continuación, sino que es necesario hacerlo en un contexto global en el que los grandes fenómenos económicos, como las inversiones extranjeras, exigen un marco de protección de principios democráticos y derechos fundamentales.

Una muestra de lo anterior fue presentada por Monteagudo. Los grandes procesos de armonización económica, como la Alianza del Pacífico (Chile, Colombia, México y Perú), que permiten acuerdo fiscales, protección al consumidor, etcétera., se basan en la lógica de un

estado liberal que también es democrático y que se encuentra plasmada constitucionalmente. Más aun, estos procesos han sido impulsados y guiados por estándares internacionales cuyo origen es el *soft law*, disposiciones no obligatorias cuya relevancia termina dándoles cierto carácter vinculante y que son herencia del sistema internacional de protección de los derechos humanos. Bajo circunstancias como estas, dice Monteagudo, se puede ser optimista con la economía, siempre que no se confunda con el economicismo, y el estudio sobre este vínculo entre la economía y el derecho debe ser parte de la enseñanza legal.

Hecha esta aclaración, nos encontramos con que, en contraste con la perspectiva economicista, existe una más integral y comprehensiva, la perspectiva humanista. Señaló el profesor Palma que esta surge a principios del siglo XXI con el objetivo de extender el mayor beneficio a la mayor parte de la población mundial a través de, por ejemplo, la superación del hambre y la pobreza. Una universidad comprometida con la investigación del fenómeno de la globalización desde este enfoque buscaría comprender sus efectos (económicos, jurídicos, políticos, etcétera) en las poblaciones más desprotegidas (indígenas, pequeños productores, etcétera) y en el medio ambiente. Asimismo, esta perspectiva entiende el desarrollo tecnológico como una herramienta que contribuye a la creación de redes para facilitar las relaciones interpersonales, en lugar de disminuirlas o reemplazarlas. En ese sentido, la universidad y la enseñanza universitaria se constituyen en espacios para la reflexión sobre nuestros valores sociales e individuales, pues se reconoce la relevancia del contexto socio-cultural en el proceso de aprendizaje.

Es este tipo de enfoque, continuó Palma, fue el asumido por a) el Consejo Universitario Iberoamericano (CUIB), inspirado por la Conferencia Mundial sobre la Educación Superior realizada en París en 1998 y en donde se recogieron las características del enfoque humanista mencionadas arriba; b) por la PUCP, a través de su misión y visión; y c) por la encíclica *Laudato si'* del papa Francisco I.

En el caso del Consejo, en el II Encuentro Iberoamericano de Rectores, realizado en la PUCP durante setiembre de 2001, el Consejo señaló a través de la Declaración de Lima firmada en el Encuentro lo siguiente:

[E]n el contexto de la sociedad del conocimiento y de la globalización, la contribución de la educación superior es decisiva para asegurar el desarrollo sostenible y el progreso de nuestros pueblos, imprescindibles ambos para construir una sociedad más justa y solidaria; [...] en nuestros países las universidades han de asumir, además, un papel relevante en la consolidación de la paz, la estabilidad democrática, el fortalecimiento de los valores ciudadanos y la conservación de nuestra rica diversidad cultural; [y] [...] nuestras universidades deben incorporar las relaciones

y la cooperación internacional como parte integrante de su misión institucional.

La PUCP, por su parte, no es ajena a esto, sino que también está guiada por una perspectiva humanista, incluso en un contexto de crisis de la universidad peruana. En efecto, el propio Palma nos recuerda que la PUCP se declara una comunidad plural y tolerante inspirada por valores democráticos y católicos, y asume un compromiso con el desarrollo humano y con su entorno, a efectos de convertirse en un referente académico internacional en la formación integral multi- e interdisciplinaria (como puede verse en la declaración sobre la misión, visión y valores de la PUCP en la página web de la universidad). A esta reflexión habría que añadir que esto evidencia una clara vocación de servicio y compromiso social en su labor educativa, algo que respecto de la carrera de derecho se refleja en la transversalización de la ética y la relación con el entorno en su nuevo plan de estudios.

De otro lado, la encíclica *Laudato si'*, que nos habla de una globalización de la solidaridad frente a una de la indiferencia, recoge e inspira a la vez esta perspectiva. Ella denuncia la violencia, la exclusión y la iniquidad de un enfoque económico mal entendido; dice, al respecto, que «[h]oy, pensando en el bien común, necesitamos imperiosamente que la política y la economía, en diálogo, se coloquen decididamente al servicio de la vida, especialmente de la vida humana» (Francisco I, 2015, p. 144). Para ello, plantea lo que bien podría considerarse como una condensación de la mirada humanista o integral sobre la globalización:

Desde mediados del siglo pasado, y superando muchas dificultades, se ha ido afirmando la tendencia a concebir el planeta como patria y la humanidad como pueblo que habita una casa de todos. Un mundo interdependiente no significa únicamente entender que las consecuencias perjudiciales de los estilos de vida, producción y consumo afectan a todos, sino principalmente procurar que las soluciones se propongan desde una perspectiva global y no solo en defensa de los intereses de algunos países. La interdependencia nos obliga a pensar en *un solo mundo*, en un *proyecto común* (pp. 127-128).

Así, frente a aquella forma economicista de concebir la educación legal mencionada líneas arriba, Palma plantea una que se encuentre al servicio de la comunidad de todos, de los pueblos. Esto, desde luego, plantea ciertos desafíos:

- a) El currículo debe superar la tentación del profesionalismo o de la profesionalización alienante, es decir, de la formación puramente técnica. La globalización y sus problemas requieren de un abogado integral con una sólida formación ética.

475

LA ENSEÑANZA-
APRENDIZAJE
DEL DERECHO DE
CARA AL FUTURO.
MEMORIA
DEL PRIMER
SEMINARIO
INTERNACIONAL

- b) Los fines de la educación jurídica deben ser la promoción y defensa de las instituciones políticas y jurídicas que sostienen la democracia, los derechos humanos, la justicia y la paz. Ello implica que el aula sea un espacio para reflexionar sobre los deberes con la comunidad. Hay en juego un proyecto individual, sí, pero que se hace pleno en la medida en que se inserta en un proyecto común.
- c) Los abogados que se formen deben comprender que el derecho es un producto social y que ellos mismos pueden ser instrumentos de cambios sociales, para gestionar el multiculturalismo, los procesos de inserción económica que respeten la responsabilidad social empresarial, etcétera.
- d) El aprendizaje debe ser autónomo frente a una sociedad eminentemente dinámica, para lo que la relación con el docente (formador y no informador) debe ser humanizante y de comunicación. El aula debe ser un espacio para manifestar abiertamente la acción de la razón y de la emoción que permite el desarrollo de la inteligencia emocional.

Finalmente, antes de pasar al siguiente apartado, es necesario referirse a una cita traída a colación por Marciani sobre el rol del abogado de un Estado Constitucional. Esto es algo que guarda una íntima relación con las reflexiones del siguiente acápite. La profesora citó a Francisco Laporta, quien reflexiona sobre la forma de ver al jurista contemporáneo:

Su papel en la sociedad es el de una pieza clave, un protagonista en la configuración articulada de esa vida económica, política y social tan compleja; tan importante para esa articulación como lo pueda ser el médico para el sistema de salud. No puede ser visto, pues, como un mero perito especializado que conoce algunos mecanismos singulares de ingeniería normativa. Especializarse seguramente es necesario, pero la velocidad del cambio jurídico se llevará por delante en poco tiempo a quienes, engañados por el espejismo de la «empleabilidad» y la dimensión «mercado» se formen solo en destrezas prácticas inmediatas (2006, p. 12).

II.3. Enseñanza del derecho y políticas públicas

Panelistas: Alfredo Villavicencio, Gorki Gonzales y Armando Guevara Gil

II.3.1. El Estado constitucional de derecho y los alcances de la formación jurídica como los pilares para la comprensión de una enseñanza del derecho como política pública

El marco jurídico nacional en el que una perspectiva humanista sería naturalmente desarrollada en un estudiante de derecho (o en la

477

LA ENSEÑANZA-
APRENDIZAJE
DEL DERECHO DE
CARA AL FUTURO.
MEMORIA
DEL PRIMER
SEMINARIO
INTERNACIONAL

enseñanza universitaria en general) sería el de un Estado constitucional de derecho. Los valores descritos arriba para dicha perspectiva son compartidos con un Estado de este tipo y el último se configura como el escenario ideal para que la educación sea impartida en libertad, garantizando el debate de distintas ideas, la reflexión crítica y la innovación. Esta relación entre el Estado constitucional (humanista) y los alcances y términos de la enseñanza del derecho es lo que guió las reflexiones del panel que inspira este acápite; ambas cosas constituyen los pilares que justifican pensar a la enseñanza del derecho como una política pública. En efecto, el decano de la Facultad de Derecho de la PUCP, Alfredo Villavicencio, nos recordó que una de las características específicas previstas en el nuevo plan de estudios de la facultad es precisamente el «Paradigma del Estado constitucional de derecho: (el egresado) conoce y aplica los principios del Estado constitucional de derecho y los derechos fundamentales» (Facultad de Derecho de la PUCP, 2014). Es decir, se establece una relación de retroalimentación entre la facultad de derecho y su contexto jurídico, político y social; relación en la que el Estado inspira la formación del abogado humanista. Esto, por cierto, no podría lograrse bajo un esquema de enseñanza-aprendizaje unilateral, en el que el profesor tenga el protagonismo como un mero informador de verdades.

Recordemos, como propuso Villavicencio, las principales características de un Estado de este tipo. En primer lugar, tenemos el rol angular de la Constitución, que deja de ser una carta de intenciones políticas y pasa a ser una norma suprema, no solo en tanto *lex legis*, pináculo de la pirámide normativa (jerarquía formal), sino como *norma normarum*, fuente última que inspira la creación y aplicación de otras normas (jerarquía material). En segundo lugar, estaría aquello que impediría que se creen leyes sobre la base del mero cumplimiento de formalidades o del deseo mayoritario (esto deriva en cierta manera del carácter de *norma normarum* del texto constitucional). Se trata de aquello que Luigi Ferrajoli denomina «la esfera de lo indecible», «de lo “indecible que”, es decir, la lesión o restricción de los derechos de libertad, sobre los que ninguna mayoría puede legítimamente decidir, y de los “indecible que no”, es decir la satisfacción de los derechos sociales sobre los que ninguna mayoría puede dejar de decidir» (2010, p. 4). En buena cuenta, hablamos de los derechos fundamentales, la parte rígida de la Constitución. Esto implica una visión garantista, continuó el profesor Villavicencio siguiendo a Ferrajoli (2000, p. 40), un paradigma teórico legal, en el que existe una sujeción de los poderes públicos y privados al derecho, lo que evita su uso arbitrario en desmedro de los derechos de todos los ciudadanos. Las relaciones entre derecho y política se ven así reestructuradas: la ley (producida políticamente) cede su lugar predominante a la Constitución y a su esfera de lo indecible.

Un escenario como el descrito exige la formación de un tipo de abogado crítico y reflexivo, no solo de un técnico del sistema. Exige ir más allá en la enseñanza legal tradicional y verla quizá, como sugería el profesor de Trazegnies (1991), como una actividad subversiva. Es decir, darle un mayor peso social, un rol transformativo. Esta preocupación y los impulsos reformadores que motivaron en torno a la enseñanza legal datan de finales de los años 50 (Pérez-Perdomo, 2009, p. 15), en los que ya se exploraban nuevas alternativas para las preguntas *¿para qué?*, *¿qué?*, y *¿cómo enseñar derecho?* La búsqueda de lo que en buena cuenta es aquello ya mencionado en el punto II.1. de esta memoria y que fue recogido por Villavicencio, una nueva forma de entender el derecho, llevó a que, a través de estas reformas, se cuestionara la idea que equipara el derecho a la ley (ajustándose, así, a los nuevos postulados del Estado constitucional) y se lo comprenda más bien como un entramado de relaciones sociales que tiene distintas causas y que responde a sus propias circunstancias sociales. Es decir, que se lo comprenda interdisciplinariamente, tanto en su aplicación como en sus efectos. En términos de Luis Pásara (1973, p. 69), el derecho se vio *contaminado* por la realidad, de modo tal que pasó a ser entendido no solo en su acción sino también en su contexto.

Esta nueva visión demandaba, a su vez, una nueva metodología. Como ya se ha visto en detalle en el punto II.1. de este documento, la clase conferencia no era suficiente para formar una conciencia crítica respecto del impacto de las normas en la realidad y de esta en las normas, por lo que resultaba necesario cambiar los términos de la relación profesor-alumno. Ya se dijo, al iniciar este acápite, que el esquema de enseñanza legal unilateral simplemente no sintoniza con el desarrollo de un Estado constitucional, pues la mera exégesis de las normas, sin permitir su cuestionamiento en las aulas, solo perpetúa la idea de un sistema jurídico inocuo, ajeno a la influencia política y a la realidad. Esto, paradójicamente, sí le otorgaba al derecho un rol social activo, el de mantener el *statu quo*, que en la época en la que se realizaron los debates sobre la reforma de la enseñanza legal implicaba la devoción ciega a la ley, en lugar de la valoración reflexiva de la Constitución.

El profesor Villavicencio, no obstante, no negó que la visión legalista del derecho y su correlativa educación estrictamente técnica aún persista en nuestro país. Él mismo nos recordó el ejemplo de la profesora Marciani en el apartado anterior sobre la forma de enseñanza de algunos programas de posgrado, así como la denuncia que el profesor Kresalja hiciera sobre la crisis de la educación legal en el Perú y el fracaso de las reformas educativas de mediados del siglo pasado. Sin embargo, reconocer los problemas contemporáneos no significa decretar que los esfuerzos de reforma fracasaron. En este punto, el profesor Villavicencio discrepa de Kresalja, pues él mismo se considera formado bajo los

principios buscados por esas reformas. La Facultad de Derecho de la PUCP es producto de ellas, algo que no solo se evidencia a través de acreditaciones internacionales, sino también a partir de las declaraciones de las instituciones que reciben a nuestros egresados, las que reconocen como su principal característica el pensamiento crítico.

Bajo estas consideraciones, quizá no sea posible afirmar un fracaso total, pero no debe olvidarse tampoco que, como el profesor Armando Guevara señaló en sus comentarios a Villavicencio, hablar de la universidad y de la enseñanza legal en el Perú es, parafraseando al historiador Pablo Macera, un exceso semántico. Sin duda, la PUCP ha recogido lo mejor del legado de la reforma, pero esto no es lo común en nuestro panorama universitario: la mayoría de universidades no sigue este modelo, sino que, más bien, alimenta la crisis a la que se refiriera Kresalja. Incluso los debates políticos hablan ahora de una derogación de nuestra nueva ley universitaria. En ese sentido pueden entenderse las conclusiones de aquellos estudiosos que hablan de un fracaso; después de todo, algunos de ellos vivieron la fuerte resistencia al cambio que los esfuerzos reformistas suscitaron y la resignación que propugnaba adoptar lo que ya estaba establecido, lo *tradicional*.

Sin embargo, esto no hace sino plantear retos. Dichos retos son recibidos de buena gana por las nuevas tendencias pedagógicas dominantes (planes de estudio por competencias, la enseñanza clínica, etcétera), las que vuelven a poner el énfasis en el alumno y le otorgan al profesor un rol orientador y organizador del vasto conocimiento que las nuevas tecnologías ofrecen a los estudiantes. La proliferación de universidades-empresa reabre el debate sobre la interdisciplinariedad, el autoaprendizaje y el método activo. Todo esto se presenta enmarcado en una revaloración de la ética y la responsabilidad profesional como elementos transversales de la formación jurídica, en consonancia con lo que propone un Estado constitucional. De hecho, así lo considera la Facultad de Derecho de la PUCP al colocar esto como su primera competencia específica y motivar su discusión a través de eventos como el seminario. Tales eventos, como sugiere Guevara, terminan configurándose en «focos de lucidez» que deben irradiar a otras facultades.

II.3.2. La enseñanza del derecho como política pública

La comprensión de lo que significa un Estado constitucional y de los alcances de una formación jurídica acorde con él nos permite tener claridad sobre la necesidad de concebir a esta última como una política pública. En efecto, en la medida en que el Estado constitucional demanda una reflexividad sobre el derecho y las formas más progresistas de la formación jurídica se encuentran comprometidas con esto, íno se hace evidente la necesidad de que este vínculo se materialice a

través de políticas que orienten la educación en general, sin afectar la autonomía institucional? Como señaló Guevara, las facultades de derecho son lugares de formación de élites políticas. Bajo este esquema, el Estado le delega a la universidad una formación especializada a cambio de autonomía para que investigue y enseñe en libertad, garantizando así la vena crítica que potenciará el desarrollo de la vida social. Se establece así una relación *quid pro quo*. Después de todo, como nos recordó Villavicencio, la universidad brinda títulos a nombre de la nación, por lo que existe una responsabilidad formal de establecer lineamientos públicos sobre la educación. Sin embargo, salvo por el caso de la medicina, la educación en el Perú se encuentra prácticamente desregulada. Al respecto, el profesor propuso una analogía entre la educación jurídica y la médica: mientras una vela por la salud de la sociedad, la otra lo hace por la salud de sus individuos. Si este es el caso, es imprescindible una regulación mínima que prevenga la proliferación de universidades sin criterios éticos y de calidad elementales, y fomente más bien que las universidades estén en concordancia con los principios plasmados en las constituciones, orientados a velar por el desarrollo de la persona a través del respeto de sus derechos fundamentales. En ese sentido, lo que debe ser apuntalado a través de las políticas públicas es el rol activo y crítico del abogado respecto de su compromiso con la realidad, es decir, con la validez social, la aplicación y el contexto del derecho. Así, se debe desterrar lo que de Trazegnies llama «la matemática de la normatividad», es decir, un derecho «descarnado y reducido a una forma lógica» (1991, p. 36). Las tres preguntas sobre la enseñanza del derecho (¿para qué?, ¿qué? y ¿cómo?) deben ser vistas integral e inescindiblemente bajo el prisma del Estado constitucional para ser llenadas de contenido. Así, afirmó Villavicencio, sobre la base axiológica, teleológica y funcional del Estado constitucional deben establecerse las «bases culturales del ordenamiento jurídico» (Gonzales, 2010, p. 287). Esto permitirá ubicar a la justicia y a los derechos fundamentales como parte esencial de dicho ordenamiento, es decir, dentro de la esfera de lo indecible.

En este afán, la educación legal tiene un rol protagónico. El profesor Villavicencio describió esto a través de una cita de Gorki Gonzales:

El tipo de formación jurídica y la práctica legal (conocimientos y destrezas) pueden servir para auspiciar o bien para debilitar la posición atribuida a la justicia y a los valores constitucionales: por ejemplo, una educación legal enfocada en el aprendizaje de la ley y en las teorías como argumentos de autoridad producirá una práctica legal distante de la realidad de los casos y, por ello, ajena a los derechos y a la justicia (2010, p. 291).

Esto fue reforzado por el propio profesor Gonzales en sus comentarios a Villavicencio. Afirmó este profesor que la formación de los abogados

no es aséptica sino que tiene un contenido político infranqueable. La forma de ser del derecho, del modo como opera, no está constituida solo por elementos jurídicos. El rol político de la enseñanza legal consiste en romper el paradigma de una forma positivista o formalista de ver el derecho, lo que nos develará algunos de los grandes males que dicha enseñanza puede contribuir a vencer: el determinismo económico que hace que la enseñanza solo responda al mercado, el autoritarismo, inequidades, conflictos sociales, etcétera. Por supuesto, esto afectará el contenido de los planes de estudios y las estrategias metodológicas, y los orientará a los siguientes objetivos: desenmascarar el autoritarismo, introducir un cosmopolitismo jurídico, apostar por la interdisciplinariedad y darle valor al mencionado rol político y al papel transformador del derecho en su vínculo con la justicia social.

Sin duda, la formación de abogados, jueces, fiscales y operadores del sistema de justicia estatal no puede omitir el compromiso con el paradigma del Estado constitucional, con los derechos fundamentales y las garantías de su protección, expresados, además, en el primer artículo de nuestra Constitución: «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado». Esto debería ser suficiente para justificar la necesidad de una política pública, pues va más allá de los intereses particulares de cualquier facultad de derecho. Desde luego, concluyo Villavicencio, el contenido específico de cada política pública dependerá del requerimiento del contexto al que responda. Por ejemplo, si nos encontramos frente a una facultad que no incorpora textos académicos en su programa y cuyo evidente fin sea el mero lucro, corresponderá la cancelación de su licencia. Si se trata de una que parece seguir ese camino, corresponderá crear programas de orientación y fortalecimiento de sus procesos formativos y necesidades materiales. Si se trata de una facultad que cumple con estándares adecuados, las políticas estarán dirigidas a la gestión y mantenimiento de su calidad, la promoción de la investigación, la actualización de sus docentes, etcétera. Y si sus estándares son más bien de rango internacional, habrá que promover su acreditación y la internacionalización de su producción académica, etcétera.

Finalmente, como sucede con la crisis de la educación legal, todo esto debe hacerse sin perder de vista los peligros y desafíos que plantea la visión economicista de la globalización y la deconstitucionalización de los procesos globales que esta produce. En palabras de Ferrajoli:

La relación entre la política y la economía se ha invertido. Ya no tenemos más el gobierno público y político de la economía, ahora tenemos el gobierno privado y económico de la política. No son más los Estados, es decir, los gobiernos y los parlamentos elegidos democráticamente, que con sus políticas controlan los mercados y el mundo de los negocios,

imponiendo sus reglas, límites y limitaciones en aras de la protección del interés general y de los derechos fundamentales de las personas, sino que ahora son los mercados, es decir unas pocas decenas de miles de especuladores financieros y algunas agencias privadas de calificación, que controlan y gobiernan a los estados, imponiendo sus políticas anti-democráticas y anti-sociales en beneficio de intereses privados y especulativos y de la búsqueda de los máximos beneficios (2013, p. 8).

Existe una clara misión, propone Ferrajoli, por hacer global el constitucionalismo garantista y atender a cinco emergencias globales: la democrática, la social y humanitaria, la ambiental, la nuclear y la de la transnacionalización de la criminalidad (2014, pp. 166-168). A este llamado acudirá también la enseñanza del derecho a través de su carácter de política pública.

II.4. La enseñanza de la ética y responsabilidad profesional

Panelistas: Beatriz Boza, Enrique Felices y Miguel Giusti

En las secciones anteriores, en más de una ocasión se hizo alusión a la importancia de la ética (y la responsabilidad profesional) en la formación de los abogados. Tan relevante resulta este tema que, como fue mencionado por el decano de la Facultad de Derecho de la PUCP, esta ha sido incluida como la primera competencia específica de su nuevo plan de estudios, en el que además es transversal. En efecto, solo a través de valores democráticos y una conciencia ética podrían formarse abogados comprometidos con el Estado constitucional y la perspectiva humanista de la globalización.

Al respecto, la profesora Beatriz Boza nos planteó uno de los mayores retos de la enseñanza de la ética en la profesión, la influencia del contexto en sus resultados. En general, a diferencia de otras disciplinas, lo que se enseña en las facultades de derecho depende del sistema normativo de cada país. Si bien hay algunas convenciones y prácticas comunes respecto a este que son compartidas en la teoría legal, al final, estas deberán adecuarse a su propio entorno. Los temas de ética no son ajenos a esto y, de hecho, su caso es aun más dramático, pues el contexto no solo determina los contenidos de la enseñanza de la ética sino que también determina la utilidad que los estudiantes le encuentran a estos contenidos al momento de enfrentarse con el ejercicio profesional. No es lo mismo, dice Boza, hablar de ética en Perú, Chile o Colombia; cada país tendrá sus propios desafíos éticos.

Consideremos, por ejemplo, el puesto que ocupa el Perú respecto a la percepción sobre los siguientes temas: el respeto del Estado constitucional (Banco Mundial, 2015), el control de la corrupción (Banco Mundial, 2015), la confianza en el Estado (Latinobarómetro,

2013), el cumplimiento ciudadano de la ley (Latinobarómetro, 2011), la exigencia ciudadana de derechos (Latinobarómetro, 2011) y la conciencia ciudadana sobre los derechos y deberes (Latinobarómetro, 2011). En la mayoría de los casos, el resultado peruano está muy por debajo del promedio y, salvo por una ocasión, siempre se encuentra debajo de países como Chile, Colombia y Brasil. Más aún, una encuesta interna del diario *El Comercio* (2015) arroja que la confianza en nuestras propias autoridades es mínima y, tratándose de profesiones, los abogados están también muy por debajo (*El Comercio*, 2008).

Nuestra percepción general sobre nuestra institucionalidad jurídico-política es crítica: pequeños y grandes ejemplos de malas prácticas e impunidad la han construido a lo largo de los años. Tomemos el caso del consejero Alfredo Quispe Pariona, miembro del Consejo Nacional de la Magistratura peruano, institución encargada de la selección, nombramiento, ratificación y evaluación de jueces y fiscales. El ejemplo fue traído a colación por el profesor Miguel Giusti en sus comentarios a Boza, quien narró que, en un audio en el que el consejero reconocía tratos cuestionables con el rector de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, este afirma que su actuar «será inmoral, pero no es delito» (Ruesta, 2015). Para Quispe, afirmó Giusti, existe una moral, pero no es vinculante: tiene algún tipo de conciencia moral, pero se siente protegido por la ley. Si bien el consejero fue destituido ante la flagrancia, el propio rector y todos los actos que realizaron quedaron impunes. Lamentablemente, esto es un modelo de la práctica del derecho, a lo que se suma que los corruptos tienen los mejores abogados.

Frente a esto, Boza planteó la pregunta evidente: ¿es posible enseñar ética en estas circunstancias, cuando existe un desfase entre la realidad y la ley? Estas malas prácticas están arraigadas, forman parte de nuestra cotidianeidad y se presiente que quizá no vayan a cambiar. Los jóvenes estudiantes de derecho también terminan naturalizándolas, pues las observan en sus prácticas preprofesionales. El propio contexto lleva a aceptarlas y ya no se cuestionan ni se buscan formas de salir de su entramado.

La respuesta, no obstante, es que sí se puede enseñar ética. Para ello, es necesario tomar conciencia de lo anterior y tener claridad, en primer lugar, en torno a los desafíos y resistencias específicas que se encuentran en las facultades de derecho y en el ejercicio profesional:

- a) Existe una demanda utilitarista para producir resultados a corto plazo (eficacia), bajo una lógica de mercado.
- b) Existe una falta de integración entre los contenidos de los cursos de ética y los contenidos de otros cursos.

- c) Existe una búsqueda obsesiva por el éxito, lo que genera una subordinación de los jóvenes a la imagen que los demás tienen de ellos y evita la exploración introspectiva.
- d) Existe una resistencia de los estudiantes a recibir *sermones* moralistas.
- e) Existe, sin embargo, una demanda de los estudiantes por una conducta ejemplar de sus docentes. Que el profesor diga una cosa y haga una distinta envía el mensaje equivocado.

Esto último es de una relevancia mayúscula. Comentó Giusti al respecto que tanto Platón como Aristóteles, en *Gorgias* y *Ética a Nicómaco* respectivamente, concluyeron que la ética no puede ser enseñada como lo sería cualquier otra disciplina o una teoría; dado que se trata de modos de conducirse en la vida, no se puede aprender en términos únicamente mentales. La única forma en que la ética puede ser transmitida es a través del ejemplo, de la ejecución de buenas prácticas.

Resulta imposible no vincular estas reflexiones con las tres preguntas sobre la enseñanza legal evocadas a lo largo de los paneles del seminario: ¿para qué?, ¿qué? y ¿cómo enseñar? En relación con la ética, la respuesta a la primera pregunta es clara, como señaló Giusti: hay que enseñar ética para evitar que malas prácticas como las descritas vuelvan a repetirse. Responder la segunda pregunta, ¿qué enseñar en un curso de ética?, resulta más complicado, considerando lo mencionado en el párrafo anterior. Boza afirmó que los esfuerzos por llenar de contenido un curso deben centrarse en la ética aplicada al ejercicio de la abogacía; el enfoque debe estar en la responsabilidad profesional. Al respecto, Giusti propuso algunos contenidos:

- a) Que el derecho se basa en la moral y que la moral debe respetarse.
- b) Que el abogado no haga lo que es inmoral aunque no esté consagrado en el derecho.
- c) Que al abogado contribuya a que lo inmoral se convierta en delito.
- d) Que el derecho («leguleyadas») no sirva a las malas prácticas violatorias de la moral.

De otro lado, con relación al cómo, Boza propuso una metodología:

- a) El docente debe motivar al alumno para que se conecte consigo mismo en un contexto de incentivos equivocados. Hay que generar interés y condiciones para que los estudiantes descubran sus motivaciones personales. Recuérdese, como señaló Giusti, que el profesor de ética probablemente le diga a la audiencia algo que no quiere escuchar.

- b) El docente debe reflexionar con ellos sobre el ejercicio de la libertad a través de la palabra y el ejemplo, para que los alumnos abracen su propia libertad y su vida. Tres preguntas son esenciales a estos efectos: ¿quién eres?, ¿en qué crees?, ¿qué vas a hacer de tu vida a través del derecho para ser feliz? De lo que se trata es de conectarlos con su propio dilema o dilemas personales (se les pide recordar uno específico) y que ponderen sus emociones tanto en el momento en que sucedió como luego de su resolución.
- c) El docente debe presentarles herramientas para que ellos decidan tomarlas.
- d) El docente debe trabajar sobre la base de la realidad, a través de casos reales de responsabilidad profesional para los cuales se prevé una arquitectura de análisis y una investigación cuyo producto podría derivar en una tesis. Esto implica trabajar también con los incidentes que se suscitan en el propio curso.
- e) La cátedra o sermón (clase conferencia) no es suficiente para esto, debe dejarse la posición, física incluso, de jerarquía y brindar un ambiente más horizontal.
- f) El tipo de evaluación debe adaptarse a lo anterior bajo lo que Boza denomina una *evaluación 360°*, en la cual los alumnos confrontan sus categorías mentales y se califican entre ellos. Esto requiere una certificación, no puede ser aplicada por cualquiera.
- g) El trabajo extracurricular también debe ser considerado a través de, por ejemplo, Abogados al Banquillo: un evento que dura alrededor de 6 meses y en donde todo lo anterior entra a tallar.

En el marco de esta metodología, la profundización que llevó a cabo el profesor Enrique Felices sobre el rol del mentor que guía a los estudiantes en sus prácticas preprofesionales fue muy oportuna (así como es relevante mencionar también el compromiso con aquellos otros valiosos espacios alternativos dentro de la universidad como el trabajo *pro bono* y el trabajo clínico). Todas aquellas experiencias negativas que se mencionaron líneas arriba son vividas muy tempranamente por los estudiantes. Él mismo narró como, cuando era practicante, en alguna ocasión presenció como un abogado daba obsequios a funcionarios públicos en un ambiente en el que a nadie le sorprendía esto. Estas actitudes pueden, muchas veces, ser replicadas por los alumnos simplemente porque provienen de órdenes o intuiciones condicionadas. Es ahí donde la figura del mentor adquiere relevancia y se revela también la poca disposición para asumirla adecuadamente, a través del ejemplo, en aquellas actividades que están más allá de la relación profesional o académica.

Finalmente, Boza, a propósito de una investigación realizada por dos de sus estudiantes, se cuestionó el hecho de que en siete universidades de la región sur, en comparación con la PUCP, la percepción estudiantil sobre la formación ética sea pobre, lo que se refleja en el poco conocimiento que se tiene en estas sobre el Código de Ética del Abogado. Asimismo, dicho trabajo muestra cómo es que la formación ética en estas universidades se ha concentrado principalmente en los procesos disciplinarios, es decir, en la sanción más que en la prevención de las malas prácticas.

Todo esto, de cierta manera, refuerza la idea vista en el acápite anterior de la PUCP como gestora de «focos de lucidez» que debe irradiar a otras casas de estudio. Una pequeña muestra de esto es el largo proceso que llevó a la publicación por parte de la PUCP del reciente Código de Ética concordado, el cual se inició como un código voluntario de buenas prácticas profesionales que fue asumido por la Red Peruana de Universidades liderada por la misma universidad, para luego inspirar el Código de los colegios de abogados del Perú y ser un insumo importante del Código del Colegio de Abogados de Chile.

II.5. La enseñanza clínica: alcances y retos

Panelistas: Carolina Moreno (Universidad de los Andes, Colombia), Renata Bregaglio y Francisco Eguiguren

Es claro ya que otro de los temas clave que atravesaron las reflexiones del seminario, además de la enseñanza de la ética, es la proyección del abogado hacia su entorno, el vínculo entre el derecho y la realidad. Pese a esto, si bien se encuentra implícito, es necesario darle rostro humano a este contexto con el que el estudiante de derecho se vinculará. Algo se ha adelantado al respecto cuando se desarrolló la perspectiva humanista en el punto II.2. de esta memoria, pero no es hasta este momento que se establece una relación concreta entre la enseñanza del derecho (a través de una de sus modalidades, el trabajo clínico) y la responsabilidad social del abogado.

La profesora Carolina Moreno de la Universidad de los Andes nos introdujo a esta materia a partir de su propia experiencia en la dirección del Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación de su universidad. Ella afirmó que el trabajo clínico implica básicamente dos preguntas: ¿qué es el derecho? y ¿qué puede hacerse con ese derecho? Moreno asume, en sintonía con lo expresado a lo largo de este documento (especialmente en la vocación reformista por repensar el derecho), que este es un instrumento y un mecanismo eficaz para lograr la transformación social a través del apoyo a los grupos más vulnerables, con el fin de extraerlos de ese estado y que sus derechos se vean materializados. Esto es algo que, como comentara la profesora Renata Bregaglio a su turno, muchas veces es ajeno a otros cursos de derecho.

Moreno narró como es que, desde los años 70, su universidad estuvo comprometida con esta visión del derecho y su función social, la cual fue insertada como parte de la formación profesional a través de una estrategia de acceso a la justicia ejecutada por estudiantes de últimos ciclos en el marco de un consultorio jurídico y centro de conciliación. Este esfuerzo fue pionero e inspiró la creación de una política pública y un marco normativo para la creación de consultorios en todas las facultades de derecho colombianas. Posteriormente, el consultorio (atención de *justicia individual* concentrada en las áreas tradicionales del derecho) fue complementado por una clínica jurídica propiamente dicha (atención de *justicia colectiva* enfocada en áreas como el medio ambiente, la salud pública, la discriminación, etcétera). Algo similar sucede en la PUCP, en donde ambas opciones son ofrecidas a los estudiantes.

Al respecto, si bien la *justicia colectiva* tiene mayor potencial para impactar a un gran número de beneficiarios, promover políticas públicas e incidir en los altos tribunales, lo cierto es que en ambas modalidades un caso puede convertirse en un litigio estratégico de gran impacto. Moreno nos demuestra esto a partir de un caso que llegó primero al consultorio, no a la clínica, el «Caso mejores bachilleres de Bogotá» (Malaver, 2014). En este, el gobierno de Bogotá revierte los efectos de un beneficio educativo para alumnos de escasos recursos —concretamente, una beca que era condonable deja de serlo y afecta a un gran número de estudiantes que ya habían accedido a ella—. A pesar de tratarse de un caso de *justicia individual*, el trabajo conjunto de profesores y alumnos llevó a que también se presentaran recursos contra las medidas administrativas que originaron y defendían la medida, la que finalmente fue anulada. Vale la pena acotar algunos de los efectos de experiencias como esta, que confrontan al estudiante con realidades en las que, en palabras de Bregaglio, el derecho puede ser injusto. Ella mencionó, además, que dichas experiencias brindan a los estudiantes una nueva mirada de las instituciones jurídicas, les permiten reencontrarse con aquellos ideales que los animaron a seguir la carrera en primer lugar, hacen brotar sensibilidades y generan comunidades de alumnos y exalumnos comprometidos socialmente.

En términos del método (el cómo enseñar), lo que se pretende es que el estudiante *aprenda haciendo*, que conecte la teoría y la práctica mediante situaciones jurídicas concretas que impliquen hacer algo por alguien que necesita de su apoyo. Esto requiere un compromiso institucional por transversalizar el ejercicio práctico y no reservarlo solo al momento específico del trabajo clínico en los últimos ciclos de la carrera. La articulación entre teoría y práctica debe ser algo que se inculque desde el primer día de clase. Moreno y Bregaglio nos recuerdan también que esto no podría ser de otra manera, ya que, en el momento en el que el estudiante llegue a los últimos ciclos, él será el protagonista

del patrocinio que demanden los casos reales que se encuentre en el consultorio o la clínica y debe estar preparado para ello. El estudiante tendrá la guía del docente, pero es él quien se verá empoderado para asumir la responsabilidad, sea que decida tomar un caso o rechazarlo. Se logran así dos propósitos: el impacto positivo deliberado del derecho en su entorno y la participación obligatoria de los alumnos en este proceso.

Aún en el ámbito de la metodología, es pertinente añadir dos preocupaciones traídas a colación por el profesor Francisco Eguiguren, relacionadas con el tiempo total que un estudiante dedica al trabajo clínico y al número de estudiantes por caso. Sobre lo primero, nos dice el profesor que debe garantizarse que la rotación de alumnos no sea tan rápida ni el número de horas semanales tan escaso como para que no les permita involucrarse con el caso. En cuanto a lo segundo, no debe perderse de vista que el número de alumnos asignados a cada caso también puede ser determinante para su nivel de involucramiento y la calidad del trabajo que se realice.

Ahora bien, en general, los panelistas de la mesa que inspira este apartado coinciden respecto al rol social que la facultad debe promover a través de su programa de estudios, y a la urgencia de conjugar la teoría y la práctica dentro de las aulas. No obstante, surgió una discrepancia significativa en torno al tema de la obligatoriedad. Mientras Moreno fue enfática respecto a la necesidad de que sea así, Eguiguren consideró que el trabajo clínico simplemente no es para todos, no puede ser realizado por alumnos que no tengan un compromiso social. De lo contrario, dijo él, ni los estudiantes querrán estar en una clínica o consultorio ni los profesores querrán contar con ellos, afectando finalmente el servicio que se brinda a los patrocinados. Ciertamente, esta discusión plantea importante interrogantes, pero su resolución a efectos de implementar estas modalidades de formación debe considerar el propósito que cumplen respecto de la comprensión del derecho y sus repercusiones en el ejercicio profesional. Entre dichas repercusiones se encuentran, además de la generación de una conciencia social, el incentivo a su creatividad y el descubrimiento de que no hay solo una respuesta correcta; según nos recordaron Moreno y Bregaglio, respectivamente.

Para terminar este acápite Moreno, planteó algunos de los principales retos que afronta la enseñanza legal a través del trabajo clínico:

- a) No perder su norte y contribuir a la concreción de derechos de poblaciones vulnerables, entendidas más allá del factor económico.
- b) Ampliar su oferta de servicio mediante la ampliación de su competencia legal y la búsqueda activa de casos. Debe prestarse constante atención a la realidad.

- c) Articular los cursos más tradicionales con el trabajo clínico, no solo para que no se vean como momentos distintos, sino para que se retroalimenten.
- d) Reforzar la relación entre la ética, la práctica legal y la conciencia social del estudiante en su relación con los clientes que acuden a él.
- e) Superar el neoliberalismo en las aulas, sea el rampante de los 80 o el avergonzado constitucional de hoy en día.
- f) Revisar constantemente el rol del docente en el aula, y especialmente en estas modalidades de formación.

489

LA ENSEÑANZA-
APRENDIZAJE
DEL DERECHO DE
CARA AL FUTURO.
MEMORIA
DEL PRIMER
SEMINARIO
INTERNACIONAL

II.6. La investigación empírica

*Panelistas: Gwendolyn Leachman (Universidad de Wisconsin-Madison),
Eduardo Sotelo, Horacio Gago*

Como se vio en el apartado anterior, la relación entre el derecho y la realidad puede abordarse desde distintos flancos, desde el tipo de formación práctica (con rostro humano) que se brinda a los estudiantes hasta la investigación académica empírica que ve tal relación como un objeto de estudio. Ninguna de las dos aristas nos es ajena; ya en la sección II.1., al recordar las primeras reformas educativas de los 60 en la PUCP, mencionábamos que parte de su inspiración fueron los estudios de *law and society* y *law in action* desarrollados en la Universidad de Wisconsin-Madison. En este apartado, la profesora Gwendolyn Leachman nos invitó a cuestionarnos una vez más si dicha inspiración encontró un camino para su desarrollo y a preguntarnos si es necesario darle nuevos bríos. La profesora nos recordó que la investigación empírica puede promover la renovación curricular por competencias dentro de las facultades, de modo tal que el derecho sea enseñado situándolo en su propio contexto político y social. Después de todo, y a la luz de lo expresado en este documento, no podría concebirse otra forma (deseable) de enseñarlo que no sea a través de situaciones y problemas reales.

Metodológicamente, el contenido de muchos cursos ha sido pensado para que el alumno actúe como si estuviera ejerciendo la profesión; las clínicas sobre las que acabamos de reflexionar y los cursos que desarrollan habilidades de expresión oral son una muestra de ello. Pero, a partir de la investigación empírica, que subraya precisamente el contexto en el que el derecho se performa (*law in action*), los cursos doctrinales también pueden cumplir una función formativa que vincule al estudiante con su realidad. En efecto, siguiendo el enfoque eminentemente interdisciplinario del *law and society*, de lo que se trata es de formar al estudiante en una perspectiva empírica del fenómeno jurídico, con el fin de que sean capaces de evaluar críticamente la efectividad e impacto de

la ley y de pensar, incluso, en maneras extrajurídicas de lograr el objetivo de sus clientes. El profesor Eduardo Sotelo, en sus comentarios a las propuestas de Leachman, atribuyó a la investigación empírica algunos rasgos que quizá valga la pena mencionar para comprender mejor su naturaleza. Él afirmó que esta otorga gran peso a la observación de la realidad y plantea desafíos a sus propias premisas. Asimismo, sus conclusiones son transitorias en la medida en que nuevas investigaciones arrojarán resultados distintos, por lo que no busca certezas y resoluciones absolutas y conclusivas, como es el caso de la aproximación legal pura, entre otras características. Sin duda, entender el derecho en acción supone una diferencia sustancial respecto a una comprensión basada únicamente en la lectura de los textos legales. La atención se traslada de la ley a su aplicación y, en ese sentido, son los procesos sociales los que adquieren relevancia, incluso si hablamos de procesos *informales*, pues se hace evidente que estos forman el telón de fondo de las reglas formales y las influncian.

Lo dicho implica un claro contraste con las formas tradicionales de enseñanza legal que suelen concebir el derecho como un sistema autónomo de normas y principios con su propia lógica interna, coherente consigo misma. Esta visión se concentra más bien en la lógica formal de las normas y no en los supuestos empíricos que las subyacen, bajo la justificación de que así es como los estudiantes aprenden a «pensar como abogados», a comprender la doctrina y a argumentar jurídicamente.

No obstante, la incorporación de un enfoque de investigación empírico a la formación jurídica contribuye al desarrollo y la expansión de estas habilidades y otras. Leachman nos presentó cinco de ellas:

- a) Se refuerza su comprensión de la doctrina, ya que los textos no son solo vistos bajo la lupa de la lógica jurídica sino que se identifican sus matices y la ambigüedad de las normas que finalmente están abiertas a la interpretación, lo cual guarda estrecha relación con su implementación. La investigación empírica permite generar medidas específicas en este sentido, pues se concentra en el espacio entre la regulación y el cumplimiento. Por ejemplo, luego de promulgada la principal norma sobre derechos civiles en Estados Unidos, los empleadores contrataron a especialistas en recursos humanos para darle sentido práctico y así desarrollar prácticas de cumplimiento que luego se volvieron sinónimo de buenas prácticas.

En esa misma línea se pronunció el profesor Horacio Gago, quien en sus comentarios crítica, por ejemplo, la regulación peruana en materia de sociedades y de construcción. Dicha regulación simplemente no recoge los datos de su propio contexto social y empuja las formas de composición social predominantes hacia la informalidad jurídica. Entender estos

procesos permite tener una mejor comprensión de dichas normas y de la teoría legal que las sustenta, ya que su significado está asociado a las motivaciones de su creación e interpretación. Esto puede ser chocante para muchos estudiantes, a los que habrá que confrontar con la realidad para que sean testigos de que el derecho no está en las normas sino, como sugirió Gago, en lo «relacional vinculante».

- b) Se proporciona, gracias a lo anterior, la visión realista de las limitaciones prácticas de las normas y la doctrina, algunas de ellas estructurales. Por ejemplo, formalmente en Estados Unidos no hay nada que prohíba prácticas discriminatorias que combinen más de un *estatus protegido* (por ejemplo, mujer/afrodescendiente). A esto se suma que estudios empíricos han demostrado que reclamaciones de discriminación multidimensional no tienen éxito en las cortes, por lo que los abogados no tienen más remedio que argumentar sobre la base solo de una de las categorías reconocidas, reduciendo así la dimensión real del problema. Dar cuenta de estos límites permite, además, discutir cuestiones éticas muy profundas, como, por ejemplo, ¿qué sucede cuando los argumentos más efectivos contrastan con las condiciones reales de sus clientes?
- c) Se proporciona, a partir de las dos habilidades anteriores, una comprensión más profunda de los factores políticos y sociales que también dan forma a la ley y acompañan la lógica puramente jurídica. Si estos elementos no fueran tomados en cuenta se produciría una comprensión idealizada del derecho desvinculada de su contexto. Por ejemplo, en Estados Unidos, la incursión de la lógica de costo-beneficio en la responsabilidad civil ha marcado una forma de entender el comportamiento como si este fuera calculado y racional, lo que contrasta con la percepción que los estudiantes tienen sobre el comportamiento de las personas en la realidad. La consideración de otros factores en el análisis de este fenómeno permite entender la gran influencia que han tenido las compañías de seguro en la construcción de la doctrina de esta área del derecho.
- d) Se enseña a evaluar los supuestos empíricos detrás de la doctrina y las normas. Por ejemplo, una de las razones judiciales para negar las uniones de parejas homosexuales se basó en el supuesto de que afectarían el desarrollo de los niños, pues las parejas no serían padres ideales. Sin embargo, recientes trabajos de ciencias sociales han desmentido esta afirmación. Esto es una muestra de como es que las herramientas de la investigación empírica permiten elaborar argumentos jurídicos y refutar afirmaciones supuestamente basadas en la realidad.

- e) Se enseña a discernir cuándo mirar más allá de la norma para buscar soluciones fuera de ella y servir mejor a los casos que se asumen. Como puede deducirse, esta cualidad conlleva la adquisición de las cuatro previas. Nos dice Leachman que un refrán estadounidense dicta que «si lo único que tienes es un martillo, todo parecerá un clavo». Esto ejemplifica como es que a veces las normas y las teorías no proveen las mejores soluciones jurídicas y sociales, pues utilizar solo este tipo de herramientas impide ver la complejidad de los problemas que se abordan. Utilizar un análisis de investigación empírica permite a los estudiantes explorar soluciones alternativas y evaluar si estas podrían servir mejor a las necesidades sociales y de sus clientes. Les permite innovar y generar cambios en la sociedad en forma coordinada con organizaciones sociales. Esto implica, sobre todo, superar aquello que Sotelo llama la devoción al argumento de autoridad, uno de los rasgos de la enseñanza legal clásica.

El desarrollo de la investigación empírica permite entonces desarrollar habilidades prácticas en los abogados, las que a su vez producirán en ellos un compromiso con su entorno de la misma forma que lo hacen, por ejemplo, las modalidades de enseñanza clínica. Y, en la medida en que también les permitirá ampliar sus horizontes sobre la aplicación del derecho, además de desarrollar en ellos una perspectiva humanista, los abogados serán creativos en relación con la profesión.

Por último, Sotelo llamó la atención sobre un punto que podría estar pasando desapercibido: el compromiso docente con la implementación de este enfoque. Profesores formados y entrenados en una perspectiva específica simplemente no podrían o no querrían incorporar otra en el desarrollo de sus cursos. A esto podría sumarse la inconveniencia de algunos resultados empíricos respecto a los objetivos que un profesor quiera lograr para un caso concreto. Sin duda, esto plantea un desafío, pues la formación en un enfoque de investigación empírica no solo debe estar dirigido a estudiantes, sino también a los propios profesores que deberán trasmitírselo a los primeros.

III. EL MODELO DE ENSEÑANZA BASADO EN COMPETENCIAS Y LA ENSEÑANZA LEGAL

III.1. Currículo por competencias y metodologías de la enseñanza y el aprendizaje

Panelistas: Diogo R. Coutinho (Universidad de São Paulo), María Francisca Elgueta (Universidad de Chile) y Guillermo Boza

Tanto este como los dos acápites siguientes abordan el tema de la enseñanza basada en un currículo por competencias, sea con respecto a

su contenido general, a uno de los métodos usados en el marco de esta, o a su forma de evaluación. Como se verificará a lo largo de este apartado en particular, este esquema de enseñanza permite, y en muchos casos exige, que se incorporen los principales elementos de la educación legal resaltados hasta el momento en este documento. De hecho, a manera de ejemplo, el nuevo plan de estudios de la Facultad de Derecho de la PUCP, basado en un modelo por competencias, ha incorporado, como parte sustancial de su contenido, la perspectiva humanista, la transversalización de la ética y de la formación práctica que vincula al derecho con la realidad.

Como se adelantó, este apartado versará sobre el contenido general del modelo. El profesor Diogo Coutinho de la Universidad de São Paulo fue el encargado de desarrollar este tema durante el Seminario y de reflexionar sobre su adecuación a la enseñanza especializada del derecho. En efecto, el profesor brasileño propuso una definición había de servir de guía para el resto de su exposición: «El modelo por competencias profesionales se sustenta en los nuevos paradigmas relacionados con la enseñanza y el aprendizaje, aportado por la psicología y propuesto por el enfoque interconductual (relación organismo-entorno) que se sustenta en la investigación científica de los procesos de adquisición, estructuración y desarrollo de las distintas formas del comportamiento humano en ambientes educativos». Esta construcción surge a partir de integrar algunas ideas de la numerosa literatura al respecto.

Es necesario añadir, además, la definición de competencia que la profesora María Elgueta detalló en sus comentarios a Coutinho. Ella sostiene que una competencia es la suma de esquemas, entendidos estos últimos como un conjunto de conocimientos, habilidades y destrezas que son la base para una acción en particular; o, siguiendo el constructivismo de Piaget (Piaget & Inhelder, 2007), estos esquemas conformarían una acción que podría repetirse en circunstancias análogas, pero, precisó Elgueta, no de forma idéntica. En ese sentido, las (buenas) prácticas de varios esquemas flexibles y coordinados nos servirán para realizar anticipaciones, cálculos, diagnósticos, investigaciones, toma de decisiones frente a dilemas éticos, etcétera, que nos permitan resolver diversos problemas (teóricos o prácticos) de forma creativa (maleable ante cada nueva situación) y reflexiva (no siempre de la misma manera, pero siempre de forma satisfactoria).

En realidad, como el propio Coutinho afirma, si bien hay una vasta literatura sobre la materia, el problema es que esta situación se invierte cuando buscamos información sobre su aplicación a la formación jurídica. No obstante, es posible extraer al menos algunos elementos que

justifiquen la utilización del modelo en la enseñanza legal. En general, el modelo permite, afirmó Coutinho, estrechar la relación entre educación y trabajo (formación práctica), pues agrupa habilidades del ser, saber y hacer profesional; preparar al estudiante para enfrentar cambios y adaptarse a nuevas situaciones; y equilibrar necesidades individuales y sociales.

Al extrapolar estas cualidades a la formación jurídica resulta lo siguiente:

- a) Esta se expande y se hace más adaptable. Recordemos aquellas ventajas de la investigación empírica de las que nos hablaba la profesora Leachman, su compatibilidad es palpable y casi natural. Esto es particularmente importante considerando los rasgos que el profesor Coutinho atribuye a la educación jurídica tradicional que pretende ser superada a través del modelo de competencias y sobre cuyas consecuencias limitantes Leachman nos advertía respecto de lo siguiente:
 - el carácter formalista que prioriza la norma positiva y la doctrina, del que se deriva tanto la devoción al argumento de autoridad a la que se refiere Sotelo en el acápite anterior, como el método memorista que busca generar técnicos;
 - a propósito de esto último, el método resulta inconsistente y aleatorio debido a que los docentes no se cuestionan ni construyen dialógicamente su contenido y estrategias;
 - el proceso deductivo que busca descubrir verdades ocultas y abstractas en el derecho;
 - el carácter autorreferencial que limita el diálogo, la reflexión y la investigación interdisciplinaria;
 - se produce una suerte de «privatización blanca» de la Facultad de Derecho, cuyo prestigio depende del prestigio profesional de sus profesores.
- b) Ataca la falsa presunción de que un mismo currículo producirá estudiantes idénticamente capacitados o que el aprendizaje será homogéneo (algo muy particular de la educación técnica).
- c) En contraste con lo anterior, toma en cuenta las distintas habilidades pedagógicas y perfiles de los docentes. Considérese aquí la advertencia de Eduardo Sotelo sobre la necesidad de que la incorporación de cualquier estrategia o modelo deba siempre considerar cómo será asumida por los profesores. La capacitación a los docentes es la mejor estrategia para prevenir contrariedades en este aspecto. El mismo énfasis puso el profesor Guillermo Boza en sus comentarios cuando resaltó la obligación de repensar la metodología sin perder de vista que

la participación del alumno debe ser el centro del proceso de enseñanza y aprendizaje.

- d) Rompe la dicotomía que separa la enseñanza teórica, presuntamente brindada en las aulas, y la práctica, que se asocia solo con el ejercicio profesional —algo estrechamente vinculado con la formación clínica y su reivindicación de la relación entre derecho y realidad—.
- e) Las formas de evaluación se diversifican.

Pero quizá la pregunta más espinosa, al momento de pensar el modelo de competencias para la enseñanza del derecho, sea qué competencias específicas incluir en un plan de estudios. Ya se ha dado algunos ejemplos de esto en la mención al nuevo plan de la PUCP (ética y responsabilidad profesional, paradigma del Estado constitucional, etcétera), pero Coutinho plantea una lista abierta inspirada en la literatura latinoamericana más crítica. En esta lista, sujeta a debate, el profesor abarcó dos tipos de competencias: académicas y profesionales, ya que, como apuntó Elgueta, si estas no se conjugan, las primeras pueden quedar alejadas de los desafíos concretos de la vida profesional.

Cuadro 1
Algunas competencias específicas
para la enseñanza del derecho

Competencias académicas	Competencias profesionales
• Situar y comprender el derecho como práctica social en su contexto • Explicar, problematizar y criticar el derecho existente y sus supuestos morales, ideológicos, culturales, históricos, etcétera • Afrontar y resolver problemas jurídicamente relevantes • Argumentar e intervenir en el debate público, lo que implica pensar el derecho como arquitectura institucional de la sociedad • Situar e integrar el derecho en otras disciplinas (interdisciplinariedad) • Conocer el conjunto de las técnicas y métodos de investigación académica (objetivo amplio); y utilizarla para producir conocimiento jurídico (objetivo específico)	• Defender un determinado punto de vista ante tribunales de justicia o agencias administrativas • Actuar, en la esfera pública, a favor de intereses públicos y privados, individuales, colectivos y difusos • Aconsejar, negociar, mediar y arbitrar • Formular, crear y aplicar el derecho y las instituciones sociales a través de la regulación administrativa, las decisiones jurídicas, y los contratos (Cuneo, 2008); así como mediante la asesoría a órganos políticos y regulatorios • Participar en los procesos de gestión y planificación pública o empresarial

El lector podrá notar que muchas de las competencias sugeridas por Coutinho ya han sido exploradas previamente en esta Memoria. Quizá lo más significativo de ellas es que, como hizo notar el profesor, se dan en un contexto en el que la principal pregunta sobre el derecho es *¿qué es?*, y se deja de lado una pregunta tan o más importante: *¿qué hace el derecho en la sociedad?* La exploración por la funcionalidad social del derecho es relegada y estas competencias la reivindican.

Esto plantea una demanda por un «derecho como arquitectura institucional». De hecho, esta ha sido una demanda recurrente en cada una de los apartados de este documento, pues, en general, no se ofrecen competencias jurídicas para la construcción institucional de las políticas públicas democráticas requeridas con urgencia por Alfredo Villavicencio en el punto II.3. de este texto. La enseñanza legal es, según Coutinho, una tarea política, una lucha constante sin la cual no se darían verdaderas transformaciones en esta.

Él mismo se pregunta, no obstante, sobre el verdadero problema que resulta de que estas competencias no se ofrezcan. Después de todo, hay discursos y compromisos con el rol social del derecho. Lamentablemente, estos adoptan una retórica superficial que no se plasma en un cambio de hábitos o actitudes. Parece repetirse una vez más la resistencia que enfrentaron las primeras grandes reformas de la década de los sesenta, comentadas en el punto II.1., las cuales, si bien tuvieron efectos significativos, vieron frustrados muchos de sus esfuerzos. Al respecto, Boza advirtió que se debe prestar especial atención al tipo de resistencia pasiva motivada por docentes que simplemente se niegan a adoptar nuevos compromisos y métodos.

Cualquier cambio curricular requerirá ser implementado a través de un proceso planificado, gradual y sistemático, nutrido por el debate constante sobre las competencias y los métodos que se aplicarán para el logro de cada una de ellas. Pero requerirá también, principalmente, de una forma de contrarrestar la superficialidad denunciada en el párrafo anterior, se requieren garantías institucionales. Coutinho propuso las siguientes:

- a) garantizar libertad académica tanto para los docentes como para los alumnos. Para contribuir a esto, una posibilidad es implementar la institución anglosajona del *tenure*, ya que, en opinión de Coutinho, esta ayudaría a separar la capacidad intelectual de las relaciones de poder en la universidad. Sin embargo, Boza hizo notar cómo esta garantía puede terminar constituyéndose en una defensa frente a la resistencia pasiva de profesores que, ante los cambios institucionales, reclaman libertad de cátedra. Una medida preventiva contra esta posibilidad es construir un perfil docente basado en elementos

generales, pero sustanciales: el dominio de la materia, habilidades de comunicación, interacción con los alumnos, disposición para experimentar con nuevas metodologías, sistemas de evaluación adecuados, entre otros.

- b) Lo anterior contribuiría, además, a garantizar la selección docente basada en méritos y en la búsqueda de innovación.
- c) Garantizar el autocuestionamiento institucional también es clave para realizar los ajustes necesarios al modelo durante su implementación, uno que permita que los propios docentes dialoguen sobre sus metodologías.

A estos se añaden las garantías logísticas y de infraestructura mencionadas por Boza: espacios para la enseñanza, distribución de alumnos por clase según las formas de evaluación, apoyo docente remunerado, etcétera. Finalmente, es pertinente hacer alusión a un factor que hasta el momento había pasado desapercibido y que fue traído a colación por el profesor Boza: las grandes dificultades que enfrentará toda universidad pública que se aventure a llevar un proceso de reforma curricular verdaderamente transformativo como lo es el del modelo por competencias. Al menos en el Perú, a todas las dificultades ya descritas se sumarán las restricciones a la autonomía y al presupuesto. Este, quizá más que otros aspectos, es lo que hace crucial pensar la educación en general como una política pública.

III.2. La metodología del *estudio de casos* en la enseñanza y aprendizaje del derecho

Panelistas: Victoria Landa, Elvira Méndez y Martín Mejorada

Dentro de las opciones metodológicas compatibles con el modelo de enseñanza por competencias, se encuentra el *estudio de casos*. Decimos que es compatible con el modelo porque esta técnica no es exclusiva del mismo. De hecho, como narró la profesora Victoria Landa, el mismo tuvo su génesis hace ya casi un siglo y medio. Christopher Columbus Langdell lo desarrolló hacia 1870 mientras fue Decano de la Facultad de Derecho de Harvard, cuando su enfoque general estaba más orientado hacia el empirismo inductivo. Cincuenta años después, ya era asumido como la principal forma de educación legal, transformando la enseñanza del derecho bajo la consigna de que el alumno «aprenda a pensar como abogado»² (Garvin, 2003); es decir, que mediante el ejercicio práctico demostrara actuar y razonar como tal. Nótese que esto, y he aquí su compatibilidad, bien podría ser comprendido hoy en día como una competencia bajo los parámetros de dicho modelo.

2 Esta frase, como se deducirá de su contenido, guarda profundas diferencias con aquella muy similar utilizada por la profesora Leachman en el acápite II.6, al criticar la enseñanza tradicional del derecho.

Si consideramos esto, en realidad, se han estado desarrollando competencias y aplicando estrategias para ello desde mucho antes de que existiera un modelo que las sistematizara. Más aun, tratándose de una técnica como la del *estudio de casos*, diseñada en el marco de la enseñanza del derecho, no sería extraño que esta haya sido utilizada ya por algunos profesores de la PUCP, pero sin llamarla de esa manera ni explicitar sus objetivos. La profesora Elvira Méndez mencionó, en sus comentarios a Landa, como es que los nuevos paradigmas, traídos por los *Wisconsin Boys* a la PUCP, generaron que algunos profesores, entonces alumnos, se sintieran más dispuestos a experimentar con este tipo de técnicas.

No obstante, si bien puede haber existido una aplicación *empírica* de la técnica o de alguna de sus características, es necesario reflexionar sobre ello para procurar incorporarla plenamente en el ejercicio docente y en el modelo por competencias. Para ello, Landa nos propone preguntarnos de qué manera se utiliza los casos en aquellas ocasiones en las que esto se hace. Esta pregunta es crucial pues debe diferenciarse entre el *estudio de casos* y los *casos de estudio*, ambos valiosos. De acuerdo con la profesora Landa, los segundos son los más comunes. Bajo esta modalidad, los casos son usados unilateralmente por el profesor para explicar la teoría, lo cual puede hacerse de una manera muy dinámica a través, por ejemplo, de preguntas para identificar saberes, pero no es una metodología de *estudio de casos*. Como ella misma mencionó, una cosa es que el profesor desarrolle el caso y los alumnos lo sigan y otra que los alumnos lo desarrollen y el profesor los guíe.

Al respecto, en sus comentarios, la profesora Méndez recordó cómo es que, en su experiencia como estudiante, el uso de casos podía ser muy distinto a la técnica que se desarrolla en este acápite. Según ella, los mismos eran utilizados como herramientas de evaluación para medir (en algunos casos sin ejercicio previo) cómo aplicaban los alumnos la teoría. En estas circunstancias, la confrontación con el caso era sorpresiva y extraña para el alumno, pues, a pesar de que la herramienta existía en la enseñanza, había un divorcio entre la teoría y el ejercicio práctico, lo que generaba que ambas cosas no fueran integradas por el alumno en el aprendizaje.

En realidad, como sugirió Landa, plantear un caso debe ser una oportunidad para generar un «aprendizaje significativo» en donde la teoría cobre sentido, significado y permanezca a largo plazo en los estudiantes. Bajo una lógica de *estudio de casos*, de lo que se trata es de que se conecte la teoría con la realidad a partir de la delimitación de una situación en un contexto determinado. Landa sigue a Paul Lawrence a este respecto: «Un buen caso es un vehículo por medio del cual se lleva al aula un trozo de la realidad a fin de que los estudiantes y el docente

lo examinen minuciosamente. Un buen caso mantiene centrada la discusión en hechos que serán encarados en situaciones de la vida real. Es el registro de situaciones complejas que deben ser literalmente desmontadas y vueltas a armar para la expresión de actitudes y modos de pensar que se exponen en el aula» (citado en Christensen, 1981).

A su turno, el profesor Martín Mejorada profundizó lo anterior, precisando que esta interacción dialéctica de encuentros y desencuentros entre el sistema legal y la realidad, así como su comprensión, es el derecho en sí mismo. Tomar conciencia sobre esto, sobre lo que es el derecho, es lo que daría sentido a aquello señalado párrafos arriba sobre el hecho de que el *estudio de casos* implique que los alumnos «aprendan a pensar como abogado». Estudiar los efectos que en la realidad produce el ordenamiento normativo sería uno de los aspectos que dan tanta relevancia a esta técnica, romper la premisa de que las grandes categorías jurídicas se han petrificado en el tiempo y así renovarlas. Pero esta no es la única función de la técnica en cuestión (competencia individual), esta también es útil para desarrollar otro tipo de competencias (colectivas), como el trabajo en equipo, aprendizajes autónomos, comunicación oral y escrita, investigación, análisis, toma de decisiones y posturas, etcétera. De esta manera, se desarrollan el *saber*, el *saber hacer* y el *ser o actuar con lo que se sabe hacer* (que es algo más complejo). El *estudio de casos*, continuó Landa, es por tanto una metodología activa y colaborativa que, como ya se adelantó, puede engarzarse con un esquema de logros y resultados de aprendizaje.

Desde luego, aplicar el *estudio de casos* tal como se ha descrito requiere seguir ciertos pasos y cumplir con ciertos requerimientos. El principal requerimiento a cumplir para aplicar la técnica en el marco de una enseñanza por competencias es que la participación del alumno debe ser el centro del proceso de enseñanza-aprendizaje, de modo que se logre el «aprendizaje significativo» basado en la realidad del que se hablaba hace un momento. Landa reiteró que el profesor no desaparece, sino que su papel es guiar el desarrollo de aquellas habilidades individuales y de trabajo en equipo. Asimismo, un grupo de requerimientos está asociado al modelo por competencias propiamente dicho y, por ende, a la estructura del curso en el que se aplicará el *estudio de casos*. Landa propuso un ejemplo trabajado en un taller de la Facultad de Derecho de la PUCP:

Cuadro 2
Objetivos y resultado de aprendizaje en un curso
en el que se aplica *estudio de casos*

Curso: Seminario de integración del derecho civil y derecho procesal		
Aprendizaje activo y colaborativo	Dinámica de grupos (estrategias colaborativas) que implique aportes individuales y colectivos	
Objetivos	El alumno – identifica los hechos jurídicamente relevantes; – identifica los problemas principales y secundarios.	Los objetivos llevarán a elaborar los resultados de aprendizaje y estos permitirán definir qué tipo de caso usar para conseguir lo que se espera de los estudiantes.
Resultado de aprendizaje	El estudiante argumenta un caso judicializado.	
Rol del docente y los estudiantes	Vinculado al primer punto	
Duración	Dependerá de la dinámica específica del docente.	

Elaborado sobre la base de la ponencia de la profesora Victoria Landa

Esto no quiere decir que la metodología siga un solo procedimiento para ser ejecutada, siempre que se respeten los elementos básicos, esta podrá tener las variaciones que cada profesor le otorgue. La profesora Landa señaló que cada docente deberá seleccionar cuáles serán sus estrategias particulares al momento de trabajar los casos, por ejemplo: en qué momento de clase utilizar el caso, si este seguirá a la teoría o se presentarán simultáneamente, si el caso motivará una investigación autónoma de los estudiantes. Méndez, por ejemplo, mencionó sobre este punto el uso de los juegos de roles (simulación de proceso) como una forma interactiva de trabajo en grupo.

De otro lado, en la misma línea de un modelo por competencias, debe tomarse en consideración que la evaluación se dará a través de una rúbrica, que no es otra cosa que una matriz de valoración a partir de la cual los estudiantes conocen los criterios según los cuáles serán calificados, qué se espera de ellos. Evidentemente, la rúbrica se deriva de los resultados de aprendizaje y deberá ser coherente con estos. Sin embargo, así como sucede con las propuestas de innovación y cambio presentadas a lo largo de este documento, los desafíos no le son ajenos

a esta técnica. Landa advirtió, por ejemplo, que la formación escolar no prepara a los alumnos para ese tipo de metodologías y modelos de enseñanza, creando distorsiones en su aplicación universitaria, como el compañerismo mal entendido o la competitividad negativa que genera desconfianza.

III.3. Instrumentos de evaluación de las competencias concernidas en la formación del abogado

Panelistas: Raúl Soto (Universidad de Chile), Elena Alvites e Iván Meini

Tanto en el primer como en el segundo acápite de esta sección se ha adelantado la pregunta principal de este apartado, la que complementa a las tres hasta ahora vistas sobre la enseñanza legal. Así, al *¿para qué?*, *¿qué?* y *¿cómo enseñar derecho?*, se suma la pregunta *¿cómo evaluar?* En el primer acápite, fue traída a colación por el profesor Guillermo Boza respecto del modelo de enseñanza basado en competencias y, en el segundo, fueron las profesoras Landa y Méndez quienes se plantearon la pregunta a propósito de una técnica de enseñanza específica. En este apartado se pretende dar una respuesta general, más acorde con el contexto de la pregunta realizada por el profesor Guillermo Boza. En este sentido, el profesor Iván Meini diferenció entre dos verbos que suelen considerarse como sinónimos, pero que guardan diferencias significativas: evaluar y calificar. El primero implica un proceso conocido previamente por el evaluado, que debería responder a aquello que ha sido efectivamente enseñado, tanto fuera como dentro del aula, en el marco de un currículo por competencias, para desempeñarse profesionalmente según distintos perfiles de abogado y que permita la retroalimentación por el propio evaluador o docente. El segundo, por otro lado, debería ser entendido simplemente como algo numérico, no necesariamente asociado a un proceso, sino a asignaturas individuales.

Hablar de evaluación, entonces, conlleva una gran variedad de preguntas complejas. El profesor Meini planteó algunas de ellas, por ejemplo, ¿podría una universidad evaluar y otorgar títulos de abogado a cualquier persona incluso si no se han formado en ella? Si una universidad no lo hace, será porque confía en que aquellas capacidades que considera necesarias para ser abogado solo pueden ser enseñadas en su seno. Esto implica, según Meini, tener claridad sobre los contenidos de la enseñanza, lo que a su vez nos lleva a preguntarnos qué se entiende por derecho. Una reflexión en la que coincidieron los otros dos panelistas de la mesa que inspira este apartado, los profesores Raúl Soto y Elena Alvites, y que, como recordará el lector, ha sido transversal a este documento, aunque quizá con menor intensidad que otros temas.

Respecto de este último punto, Soto propone comprender el derecho como *ciencia*, como *arte* y como *acción*; tres aspectos ontológicamente integrados, pero que, a efectos de ser enseñados y evaluados, conviene considerar individualmente. Ver al derecho como *ciencia* permite concentrarnos en sus condiciones sustantivas. Verlo como *arte* nos permite ver de una forma más elevada el camino hacia la respuesta justa y equitativa. Verlo como *acción* nos permite concentrarnos en la actividad humana concreta, en la realidad, y superar la visión tradicional que vincula el derecho solo con la norma o la doctrina. En este mismo sentido se pronunció la profesora Alvites recordando a Atienza (2007, p. 26), cuando al describir el derecho como un sistema de normas, pero también como una práctica social orientada a fines y motivada éticamente a partir del paradigma de Estado constitucional. Otro de los cuestionamientos que surgen al reflexionar sobre la forma de evaluación es el valor que debe darse a la evaluación en cada uno de los momentos en los que esta se lleva a cabo. Meini se preguntó si estos deben ser acumulativos o cancelatorios. El profesor toma en cuenta que lo que se busca es que al terminar la carrera, el alumno demuestre sus competencias para ejercerla, en cuyo caso, esa deberá ser la evaluación que valga y no debería verse afectada por resultados previos (cancelatoria). Un alumno podría tener resultados muy bajos al principio, pero culminar muy satisfactoriamente, con lo cual claramente se habría realizado un buen proceso y los objetivos se habrían logrado. La profesora Alvites nos recordó, al respecto, que no todos los alumnos llegan a la universidad con los mismos saberes y que algunos llegan incluso son saberes distorsionados que es necesario superar con la enseñanza (economicismo, individualismo, eficientismo, etcétera).

Por otro lado, si el desempeño profesional será sobre problemas complejos, ¿no debería ser la evaluación pensada de la misma manera? Meini mencionó, recuperando una reflexión hecha previamente por el profesor Raúl Soto, que normalmente la evaluación está compartimentada, pues se realiza sobre asignaturas y no sobre situaciones cuya solución integre distintos contenidos. Por ello, resaltó la importancia de los *cursos integradores*, los cuales asocian el contenido de varias asignaturas y que ya se encuentran en implementación en la Facultad de Derecho de la PUCP. Como mencionó Alvites, parafraseando a Aguiló (2007, p. 675), la enseñanza legal no debe buscar la acumulación o memorización de normas y conceptos, sino combinar conocimientos y habilidades metodológicas para resolver casos de la realidad. Esto, desde luego, recordó la profesora, requerirá de un cambio de pensamiento.

Finalmente, una vez más a lo largo de este documento, la importancia de la enseñanza de la ética es puesta sobre la mesa por Meini, Soto y Alvites. Esta última, aludiendo a las competencias específicas del plan de estudios de la PUCP, lo llamó marco ético de la profesión. Dicho

marco, al ser parte de la formación del abogado, también debe ser parte de la evaluación —a pesar de la dificultad que esto implica—. Para ejemplificar la relevancia del marco ético, Meini tomó como ejemplo la absolución del exministro del gobierno de Alan García, Aurelio Pastor, de un proceso por tráfico de influencias. En el mismo, la sala que vio el proceso argumentó que los hechos se encontraban dentro del ejercicio propio de la profesión, a pesar de que se referían a las declaraciones del exministro sobre su amistad con unos funcionarios que resolverían el caso de una clienta suya. A partir solo del contenido ético de este fallo, la formación legal tendría que estar enfocada en establecer relaciones con funcionarios y no en aprender derecho. Resulta imposible no vincular esto con la desilusión sobre nuestra pobreza institucional realizada en el punto II.1 por el profesor Kresalja y compartida por la profesora Alvites, quien reconoció avances significativos en la Facultad de Derecho de la PUCP, pero no así en la influencia de esta en su entorno. En este sentido, Soto reiteró la necesidad de una formación ética transversal respecto de la acción jurídica, enfocada en el discernimiento frente a distintas posibilidades, simplemente porque el derecho no es una ciencia que estudia las cosas como son, sino las cosas como podrían ser. Lo que será evaluado entonces en materia ética será el «conocimiento prudencial» o el «saber prudente», es decir, el ejercicio prudente y justo, orientado a la justicia. A esto añadió Alvites que entender el derecho como práctica social implica, precisamente, reconocerle motivaciones éticas.

IV. COROLARIO

Como toda acción humana, la enseñanza y el aprendizaje del derecho no podrían ser entendidos sino multidimensionalmente, tal como se pretendió en el Seminario y se pretende ahora en este documento que recoge las principales ideas vertidas en él. Sin embargo, el contexto y la oportunidad suelen determinar la necesidad de enfatizar algunas aristas en particular. En este caso, al menos tres han sido los temas cuya relevancia les ha merecido una reflexión en distintos momentos de esta Memoria: el vínculo entre el derecho y la realidad, la enseñanza de la ética en el derecho, y el legado de las reformas de la enseñanza de los años sesenta en el Perú.

El primer tema fue el que generó mayores consensos, la necesidad de vincular la enseñanza teórica y la práctica jurídica se constituyó en uno de los pilares para una educación legal con cara al futuro. Desde luego, no por su novedad, ya que, como narraba la profesora Landa, los esfuerzos en este sentido tienen una larga data, sino por la nociva vigencia de una visión positiva y tradicional del derecho dentro de las facultades, al menos, de América Latina. Aún queda un largo camino para consolidar un derecho pensado y enseñado dentro de su propio

contexto y de forma interdisciplinaria, pero las herramientas que contribuyen a esto se encuentran cada vez más consolidadas en los nuevos modelos educativos, como aquel enfocado en el desarrollo de competencias, actualmente implementado en la Facultad de Derecho de la PUCP.

En cuanto a la enseñanza de la ética, la transversalidad de la misma en la educación legal fue una de sus características incuestionables. No obstante, sus contenidos y métodos fueron, y con seguridad continuarán siendo, materia de debate. Sin duda, la ética es un elemento crucial de la formación del abogado y de su desempeño profesional, pero ¿qué es exactamente lo que debe enseñarse, considerando que necesita establecerse un estándar que pueda ser identificado por los profesores y alumnos, y ser objeto de evaluación? Más aún, ¿de qué forma debería inculcarse, considerando su transversalidad? Sin duda, la respuesta a ambos cuestionamientos va más allá de las aulas. Por un lado, como sugirió la profesora Alvites, los valores que se transmitan en la enseñanza deberán estar en sintonía con aquellos que fundan un Estado constitucional democrático. Mientras que, por otro lado, la forma de transmitirlos deberá ser a través del ejemplo (como bien señalaran los profesores Giusti, Boza y Felices), a través de las buenas prácticas de aquellos profesores y abogados que serán los modelos de los estudiantes y cuyo ejemplo recogerán como estrategias para el éxito.

El tercer tema fue el más controvertido y, de hecho, quedó irresuelto, sin que ello mellara en lo absoluto las reflexiones de las que fue objeto. Quizá esto no debería ser extraño, la reforma de mediados del siglo pasado tuvo grandes aspiraciones que sufrieron grandes resistencias y finalmente estancamientos. Pero, a la vez, logró extender su influencia a través del tiempo, pues muchos de los profesores que ahora impulsan las nuevas reformas fueron formados bajo los paradigmas de la primera, por lo que existe indudablemente un legado. Su influencia, o falta de ella, en las crisis institucionales peruanas será aún materia de análisis. Al final, como mencionó el profesor Zolezzi, en realidad las reformas se van sumando, de una u otra forma influirán a las que las sucedan, sea para evitar los errores del pasado o para replicar (actualizándolas) sus virtudes. Por último, un elemento igualmente transversal a todos los anteriores, pero que solo fue hecho explícito por el profesor Villavicencio al cierre del Seminario es que el amor (por los estudiantes, la patria, el derecho, etcétera) es uno de los grandes motores que impulsan no solo la docencia, sino el hecho de repensarla constantemente para que esta labor —a veces ingrata, pero siempre satisfactoria— tenga los mejores resultados posibles.

V. BIBLIOGRAFÍA

Aguiló, Josep (2007). Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *Doxa*. 30, 665-675. <http://dx.doi.org/10.14198/doxa2007.30.55>

Atienza, Manuel & Ruiz Manero, Juan (2007). Dejemos atrás el positivismo jurídico. *Isonomía*, 27, 7-28.

Banco Mundial (2015). *The Worldwide Governance Indicators*. Recuperado el 13 de febrero de 2016 de <http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#home>.

Christensen, Carl Roland (1981). *Teaching by the case method*. Boston: Harvard Business School.

Committee on Legal Education in the Developing Countries (1975). *Legal Education in a Changing World*. Upsala: International Legal Center-Scandinavian Institute of African Studies.

Confianza en las autoridades (Encuesta) (2015). *El Comercio*, 20 de setiembre.

Consejo Universitario Iberoamericano (2001). Declaración de Lima sobre la Cooperación Universitaria. II Encuentro Iberoamericano de Rectores en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 12 y 13 de setiembre.

Constitución Política del Perú (1993).

Cuneo, Andrés (2008). Una experiencia de reforma curricular: El Plan de estudios de Derecho de la Universidad Diego Portales. *Cuadernos Unimetanos*, 15, 33-43.

Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (2014). *Competencias específicas de Derecho*. Recuperado el 17 de enero de 2016 de <http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2014/10/Competencias-criterios-y-resultados-de-aprendizaje.pdf>.

Ferrajoli, Luigi (2000). Garantías. *Jueces para la democracia*, 38, 39-46.

Ferrajoli, Luigi (2010). Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción. *Reforma judicial. Revista mexicana de justicia*, 15-16, 3-18.

Ferrajoli, Luigi (2013). Criminología, crímenes globales y derecho penal: el debate epistemológico en la criminología contemporánea. *Revista Crítica Penal y Poder*, 4, 1-11.

Ferrajoli, Luigi (2014). *La democracia a través de los derechos*. Madrid: Trotta.

Francisco I (2015). *Carta encíclica Laudato Si' sobre el cuidado de la casa común*. Recuperado el 17 de enero de 2016 de <http://textos.pucp.edu.pe/pdf/4456.pdf>.

Garvin, David (2003). Making the case. Professional education for the world of practice. *Harvard Magazine*. Recuperado el 11 de noviembre de 2015 de <http://harvardmagazine.com/2003/09/making-the-case-html>.

Gonzales Mantilla, Gorki (2010). La enseñanza del Derecho como política pública. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 65, 285-305.

Laporta, Francisco Javier (2006). Bolonia y los estudios de Derecho, dos puntos de vista (I): el proceso de Bolonia y nuestras Facultades de Derecho. *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, 26, 7-13.

Latinobarómetro (2011). *Informe 2011*. Recuperado el 22 de febrero de 2016 de <http://www.latinobarometro.org/latNewsShow.jsp>.

Latinobarómetro (2013). *Informe 2013*. Recuperado el 22 de febrero de 2016 de http://www.latinobarometro.org/documentos/LATBD_INFORME_LB_2013.pdf.

Malaver, Carol (2014). La lucha de cientos de bachilleres para condonar su deuda. *El Tiempo*, 11 de agosto. Recuperado el 13 de febrero de 2016 de <http://m.eltiempo.com/bogota/la-lucha-de-cientos-de-bachilleres-para-condonar-su-deuda/14332676/1>.

Miró Quesada, Josefina (2015). Aurelio Pastor: ¿Qué dice el fallo que lo absuelve del delito de tráfico de influencias? *Peru21*, 21 de noviembre. Recuperado el 13 de febrero 2016 de <http://peru21.pe/politica/aurelio-pastor-que-dice-sentencia-que-lo-absuelve-delito-trafico-influencias-2232518>.

Pásara, L. (1973) ¿Qué enseñar? En autores varios, *II Conferencia sobre la Enseñanza del Derecho y el Desarrollo* (pp. 69-77). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Pérez-Perdomo, Rogelio (2009). Desafíos de la educación jurídica latinoamericana en tiempos de globalización. *El otro derecho. La educación legal y la garantía de los derechos en América Latina*, 38, 11-28.

Piaget, Jean & Barbel Inhelder (2007). *Psicología del niño*. Décimo séptima edición. Madrid: Morata.

Pontificia Universidad Católica del Perú (s/f). Misión, visión y valores. Recuperado de <http://www.pucp.edu.pe/la-universidad/nuestra-universidad/mision-vision-valores/>.

Ruesta, Alex (2015). Un audio compromete a consejero electo del CNM. *Perú21*, 19 de julio. Recuperado el 13 de febrero de 2016 de <http://peru21.pe/politica/audio-compromete-consejero-electo-cnm-video-2223325>.

Sí cree en la palabra de... (encuesta) (2008). *El Comercio*, 21 de noviembre, p. A16.

Trazegnies, Fernando de (1973). Debate sobre el tema ¿cómo enseñar? En autores varios, *II Conferencia sobre la Enseñanza del Derecho y el Desarrollo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Trazegnies, Fernando de (1991). La enseñanza del derecho como actividad subversiva. *Derecho & Sociedad*, 4, 35-39.

Trazegnies, Fernando de & otros (1971). Nuestra reforma de la enseñanza del derecho. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 29, 132-149.

University of Wisconsin-Madison (s/f). The Wisconsin Idea. Recuperado de <http://www.wisc.edu/wisconsin-idea/>.

ANEXO

Primer Seminario Internacional. La Enseñanza-Aprendizaje del Derecho de Cara al Futuro (11, 12 y 13 de noviembre de 2015).

Programa

Miércoles, 11 de noviembre

Hora	
17:00 – 17:15	Recepción de participantes
17:15 – 17:30	Inauguración. Homenaje al Doctor Jorge Avendaño V.
17:30 – 18:15	Dr. Lorenzo Zolezzi Ibárcena (Perú): Las reformas de la enseñanza aprendizaje del Derecho en América Latina, desde los años 60
18:15 – 18:35	Comentarios a cargo de los doctores Javier de Belaúnde y Baldo Kresalja
18:35 – 18:45	Intervención de cierre del ponente
18:45 – 19:00	Refrigerio
19:00 – 19:45	Dr. Eric Palma (Chile): Enseñanza-aprendizaje del Derecho y globalización
19:45 - 20:05	Comentarios a cargo de los doctores Betzabé Marciani y Manuel Monteagudo
20:05 – 20:15	Intervención de cierre del ponente
20:15 – 21:00	Dr. Alfredo Villavicencio Ríos (Perú): Enseñanza del Derecho y políticas públicas
21:00 – 21:20	Comentarios a cargo de los doctores Gorki Gonzales y Armando Guevara
21:20 – 21:30	Intervención de cierre del ponente
21:30	Despedida

Jueves, 12 de noviembre

Hora	
17:00 – 17:30	Recepción de participantes
17:30 – 18:15	Dra. Beatriz Boza Dibós (Perú): La enseñanza de la ética y la responsabilidad profesional
18:15 – 18:35	Comentarios a cargo de los doctores Enrique Felices y Miguel Giusti

507

LA ENSEÑANZA-
APRENDIZAJE
DEL DERECHO DE
CARA AL FUTURO.
MEMORIA
DEL PRIMER
SEMINARIO
INTERNACIONAL

18:35 – 18:45	Intervención de cierre del ponente
18:45 – 19:00	Refrigerio
19:00 – 19:45	Dra. Carolina Moreno (Colombia): La enseñanza clínica: alcances y retos
19:45 - 20:05	Comentarios a cargo de los doctores Renata Bregaglio y Francisco Eguiguren
20:05 – 20:15	Intervención de cierre del ponente
20:15 – 21:00	Dra. Gwendolyn Leachman (EE.UU.): Investigación empírica
21:00 – 21:20	Comentarios a cargo de los doctores Eduardo Sotelo y Horacio Gago
21:20 – 21:30	Intervención de cierre del ponente
21:30	Despedida

Viernes, 13 de noviembre

Hora	
17:00 – 17:30	Recepción de participantes
17:30 – 18:15	Dr. Diego Coutinho (Brasil): Currículo por competencias y metodologías de enseñanza-aprendizaje
18:15 – 18:35	Comentarios a cargo de los doctores María Francisca Elgueta y Guillermo Boza
18:35 – 18:45	Intervención de cierre del ponente
18:45 – 19:00	Refrigerio
19:00 – 19:45	Dra. Victoria Landa (Perú): La metodología del estudio de casos en la enseñanza-aprendizaje del Derecho
19:45 - 20:05	Comentarios a cargo de los doctores Martín Mejorada y Elvira Méndez
20:05 – 20:15	Intervención de cierre del ponente
20:15 – 21:00	Dr. Raúl Soto (Chile): Instrumentos de evaluación de las competencias concernidas en la formación del abogado
21:00 – 21:20	Comentarios a cargo de los doctores Iván Meini y Gastón Fernández
21:20 – 21:30	Intervención de cierre del ponente
21:30 – 21:40	Clausura del evento

Crónica del Claustro

En el semestre 2015-II se desarrollaron diversas actividades. Entre ellas, destacan las siguientes:

I. ACTIVIDADES DE LA FACULTAD

I.1. Seminarios y conferencias:

- Conferencia «La Ley Concursal chilena y peruana en perspectiva comparada». Fecha: 2 de julio de 2015. Lugar: Complejo de Innovación Académica, PUCP.
- Charla «Confluencias: OECD Codes as an instrument of Internacional Cooperation». Fecha: 3 de julio de 2015. Lugar: Anfiteatro Monseñor José Dammert Bellido.
- Segunda contienda tributaria PUCP. Fecha: 11 de julio de 2015. Lugar: Salón de Grados y Salón de Audiencias de la Facultad de Derecho, PUCP.
- Congreso Internacional «Tendencias en Regulación de Competencia». Fecha: 2 de setiembre de 2015. Lugar: Auditorio del Hotel NM Lima.
- I Contienda Urbana. «Desafíos legales para la planificación de la ciudad». Fecha: 28 de setiembre de 2015. Lugar: Anfiteatro Monseñor José Dammert Bellido.
- Conferencia internacional «Responsabilidad social, derecho y profesión legal». Fecha: 1 de octubre de 2015. Lugar: Anfiteatro Armando Zolezzi Möller.
- Seminario «Responsabilidad social empresarial: de la autorregulación a la regulación». Fecha: 1 de octubre de 2015. Lugar: Auditorio del Hotel NM Lima.
- Seminario Internacional «Protección de datos personales y práctica empresarial: límites y posibilidades». Fecha: 6 de octubre de 2015. Lugar: Centro Cultural PUCP.
- Seminario «La regulación transnacional privada y la cooperación regulatoria internacional». Fecha: 12 de octubre de 2015. Lugar: CENTRUM Católica.
- IX Concurso de Derechos Humanos Yachay. Fecha: 19 de octubre de 2015. Lugar: Campus PUCP.
- Coloquio Franco Peruano de Derecho Civil y Procesal Civil: «El daño corporal, prueba y sistema de seguro». Fecha: 19 de octubre de 2015. Lugar: Sala de Audiencia 1 y 2 de la Facultad de Derecho, PUCP.
- Charlas magistrales «IX Concurso de Derechos Humanos Yachay». Fecha: 21 de octubre de 2015. Lugar: Sala de Conferencias de Estudios Generales Letras, PUCP.

- Conferencia Internacional «Ley FATCA: aproximaciones desde la experiencia comparada». Fecha: 22 de octubre de 2015. Lugar: Anfiteatro Monseñor José Dammert Bellido.
- Premiación «Centros de prácticas 2015-1». Fecha: 28 de octubre de 2015. Lugar: Anfiteatro Monseñor José Dammert Bellido.
- Conferencia «La actividad de fiscalización de la Administración Pública». Fecha: 28 de octubre de 2015. Lugar: Anfiteatro Monseñor José Dammert Bellido.
- Clases magistrales «Justicia transicional en Colombia». Fecha: 3 de noviembre de 2015. Lugar: Complejo de Innovación Académica, PUCP.
- II Seminario Internacional de Procesos Colectivos. Fecha: 12 de noviembre de 2015. Lugar: Anfiteatro Armando Zolezzi Möller.
- Ciclo de Cine «Cine y derecho bajo las estrellas». Fecha: 12 de noviembre de 2015. Lugar: jardines de la entrada principal de la Facultad de Derecho.
- II Congreso internacional de Derecho Público y Buen Gobierno. Fecha: 13 de noviembre de 2015. Lugar: Facultad de Derecho, PUCP.
- Conferencia internacional «El principio de irrenunciabilidad en el derecho de trabajo norteamericano: una perspectiva latinoamericana». Fecha: 17 de noviembre de 2015. Lugar: Campus PUCP.
- Cuarto Coloquio de Derecho Tributario 2015. Fecha: 18 de noviembre de 2015. Lugar: Campus PUCP, Sala de Audiencias 2.
- Taller «Tendencias de Relaciones Laborales en el Perú». Fecha: 19 de noviembre de 2015. Lugar: Auditorio de la Facultad de Derecho, PUCP.
- Conversatorio «Casos emblemáticos de alta corrupción en América Latina». Fecha: 21 de noviembre de 2015. Lugar: Hotel Sol de Oro, Miraflores.
- Conferencia Internacional «Tendencias Latinoamericanas en regulación bancaria y bursátil». Fecha: 3 de diciembre de 2015. Lugar: Centro Cultural PUCP.
- Conferencia Internacional «Cláusula Antielusiva general en perspectiva comparada». Fecha: 2 de diciembre de 2015. Lugar: Anfiteatro Armando Zolezzi Möller.
- Conferencia internacional «Pacto de accionistas y restricciones a la libre cesibilidad: los casos de Perú y Chile en perspectiva comparada». Fecha: 3 de diciembre de 2015. Lugar: Sala de Audiencia de la Facultad de Derecho, PUCP.
- Quinto Coloquio de Derecho Tributario. Fecha: 9 de diciembre de 2015. Lugar: Anfiteatro Armando Zolezzi Möller.
- Tercera Contienda Tributaria de Estudiantes de Derecho PUCP. Fecha: 12 de diciembre de 2015. Lugar: Facultad de Derecho, PUCP.

I.2. Sustentaciones de expedientes y tesis para optar por el título de abogado

60 alumnos sustentaron dos expedientes, 13 alumnos presentaron expediente único, 7 sustentaron una resolución o sentencia, uno preparó una memoria y 17 presentaron tesis. De las sustentaciones de dos expedientes, dos obtuvieron la calificación de sobresaliente, en los casos de expediente único fueron 5 los alumnos con esa calificación y 12 en los casos de las tesis.

II. ACTIVIDADES DEL DEPARTAMENTO

II.1. Talleres para docentes

- Continuación del programa de capacitación para la implementación del nuevo plan. Fecha: 7 de julio, 22 de octubre y 27 de noviembre de 2015. Lugar: Centro Cultural PUCP.
- Programa de acompañamiento a profesores. Fecha: del 31 de agosto al 20 de noviembre de 2015.
- Curso «Uso pedagógico del PAIDEIA para profesores de Derecho». Fecha: 4, 11 y 18 de setiembre de 2015. Lugar: Aula N512.
- Curso «Estrategias para el uso óptimo de fuentes digitales». Fecha: 20 y 27 de octubre de 2015. Lugar: Complejo de Innovación Académica, PUCP.
- Curso «Estudio de casos para Derecho». Fecha: 2, 7 y 14 de julio de 2015. Lugar: Aula H401.

II.2. Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ)¹

II.2.1. Eventos académicos

- Terceras Jornadas de Derecho de Aguas. Fecha: 27 y 28 de agosto de 2015. Lugar: Auditorio de la Facultad de Derecho, PUCP.
- Publicación del libro de actas de las Segundas Jornadas de Derecho de Aguas: «Cinco años de la Ley de Recursos Hídricos en el Perú», durante la inauguración de las Terceras Jornadas.
- «Nuevas tendencias del derecho tributario ambiental: análisis económico, tributario y ambiental». Fecha: 24 de noviembre de 2015. Lugar: Anfiteatro Armando Zolezzi Möller.
- Conversatorio «Semilleros de investigación jurídica: La importancia de la conformación de los semilleros de investigación en nuestros alumnos». Fecha: 27 de noviembre de 2015. Lugar: Anfiteatro Armando Zolezzi Möller.

¹ El informe solo consigna las actividades realizadas desde la quincena de abril, es decir, luego del informe presentado en la última reunión de profesores de planta.

- Conversatorio «Actividad probatoria en el Procedimiento Administrativo: Actualidad y nuevos retos para los servicios de agua potable y alcantarillado». Fecha: 10 de diciembre de 2015. Lugar: Auditorio de Humanidades, PUCP.

II.2.2. Actividades de formación continua ofrecidos a terceros

- Curso de apoyo para la elaboración de trabajos de investigación. Fecha: 25-29 de setiembre de 2015. Lugar: Anfiteatro Armando Zolezzi Möller.
- Curso sobre protección de datos personales, solicitado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MINTRA). Fecha: 14 de julio al 4 de agosto de 2015. Lugar: MINTRA.
- Curso «Aspectos jurídicos de la gestión de Recursos Hídricos y Servicios de Saneamiento», solicitado por la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS). Fecha: 25-26 de noviembre de 2015. Lugar: SUNASS.
- Curso de especialización en derecho administrativo sancionador. Fecha: 6 de octubre al 17 de diciembre de 2015. Lugar: Anfiteatro Armando Zolezzi Möller.
- Curso «Derecho Administrativo, Superintendencia Nacional de Migraciones». Fecha: 9-18 de diciembre de 2015. Lugar: Superintendencia Nacional de Migraciones.
- Curso «Redacción Jurídica», solicitado por la Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil (SUCAMEC). Fecha: 4-16 de diciembre de 2015. Lugar: Anfiteatro Armando Zolezzi Möller.

II.2.3. Investigación

- Financiamiento de un proyecto de investigación conjunto entre la PUCP, la Universidad de Amberes y la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana (UNAP): *The human right to water in the context of socio-environmental conflicts in Loreto, Peru*. El proyecto fue presentado en setiembre y en noviembre de 2015.
- Anuario 1 de Investigación del CICAJ (cuadernos de trabajo 2012-2013). Recopilación de los primeros cuadernos arbitrados, razonados y publicados por el CICAJ en sus tres categorías (profesores, egresados y alumnos) luego de la renovación de la serie *Cuadernos de Trabajo* del CICAJ en el año 2012. Publicado en noviembre de 2015.
- Anuario 3 (cuadernos de trabajo 2014-2015). En junio de 2014 se lanzó una nueva convocatoria para la publicación de textos arbitrados. En total, se presentaron 24 investigaciones y 15 pasaron las dos etapas de arbitraje.
- Lanzamiento de la convocatoria para la publicación de investigaciones en el Anuario de Investigación del CICAJ 2015-2016. Primera semana de noviembre de 2015.

- Durante el tercer trimestre de 2015, un grupo de Derecho Internacional Público se sumó a los tres grupos de investigación ya adscritos al CICAJ.
- La directora del CICAJ asumió la coordinación de la comisión para la articulación de las líneas de investigación en derecho.
- En colaboración con la Dirección de Gestión de la Investigación (DGI), en noviembre, se publicó de manera virtual la Guía de Investigación en Derecho.

II.2.4. Difusión y relación institucional

- Establecimiento de relaciones académicas y de cooperación interinstitucional con la Universidad de Montreal, Canadá, mediante el fortalecimiento de relaciones académicas y entre docentes y el Programa de Doctorado sobre Derecho, Innovación, y Tecnologías.
- Establecimiento de relaciones académicas y de cooperación interinstitucional con la Universidad Nacional de Cuyo, Argentina, mediante su participación en las Terceras Jornadas de Derecho de Aguas.
- Elaboración de una propuesta de puntajes por tipo de publicación para el otorgamiento del Reconocimiento a la Investigación en el Departamento Académico de Derecho.

III. OFICINA ACADÉMICA DE RESPONSABILIDAD SOCIAL (OARS)

III.1. Actividades con la Facultad de Derecho

Uno de los objetivos más importantes de la oficina es impulsar la investigación jurídica y el método de trabajo en responsabilidad social con miras a generar conocimiento, reforzar las acciones de formación y fomentar en los estudiantes de la propia facultad la relación con el entorno. Las actividades que se realizaron en el marco de esta relación son las siguientes:

III.1.1. Curso de Clínica Jurídica de Acciones de Interés Público

III.1.1.a. Clínica Jurídica sobre «Derecho Ambiental»

En el curso, se ha buscado desarrollar conocimientos y competencias de los estudiantes para ejercer la defensa de los derechos ambientales en los casos concretos de la realidad social peruana. Para ello, se ha utilizado el método clínico de enseñanza del derecho basado en la práctica de los estudiantes sobre casos reales de interés público. Se ha logrado la revisión de los aspectos jurídicos relevantes, la preparación de la estrategia y la aplicación de la misma en todos los casos que se han revisado. En este curso se matricularon diez estudiantes, los cuales aprobaron satisfactoriamente el curso y cumplieron los objetivos deseados.

III.1.1.b. Clínica Jurídica sobre «Litigio Estratégico en Derechos Indígenas»

En este curso se ha asumido el patrocinio de la comunidad nativa «Tres Islas» de la región de Madre de Dios, cuya defensa legal está basada en un acuerdo dicha comunidad y el Instituto Internacional de Derecho y Sociedad (IIDS) / International Institute on Law and Society (IILS) (www.derechoysociedad.org) que tiene a su cargo la conducción de dicha defensa. Esta sección nació para dar respuesta a casos de autoridades indígenas procesadas por ejercer los derechos que la Constitución y el derecho internacional les reconocen. De esta manera, los estudiantes tuvieron la oportunidad de participar en el análisis y la construcción de la estrategia de defensa de casos reales. Asimismo, se desarrollaron habilidades para crear estrategias educativo comunicativas que transmiten, a la ciudadanía, conciencia sobre los derechos a lo largo del proceso legal. En este curso se matricularon doce estudiantes, los cuales aprobaron satisfactoriamente el curso y cumplieron los objetivos deseados.

III.1.1.c. Clínica Jurídica sobre «Derechos Humanos y Derechos de las Personas con Discapacidad»

Se ha logrado aplicar los conocimientos previos de los estudiantes de la Facultad de Derecho mediante el litigio de casos emblemáticos y el desarrollo de acciones de incidencia para propuestas normativas de derechos humanos y personas con discapacidad. De esta manera, se ha conseguido que los estudiantes (i) realicen actividades propias de un abogado (entrevista, diseño de una estrategia, redacción y argumentación); y (ii) sostengan reuniones con diferentes autoridades gubernamentales. Asimismo, los estudiantes han desarrollado acciones de incidencia orientadas a la adopción de una norma por parte de alguna entidad pública, o el señalamiento de algún aspecto relevante en materia de derechos humanos ante organismos internacionales. En este curso se matricularon doce estudiantes, los cuales aprobaron satisfactoriamente el curso y cumplieron los objetivos deseados.

III.1.1.d. Clínica Jurídica sobre «Derecho a la Identidad»

Los estudiantes han desarrollado las destrezas legales necesarias para poder abordar la problemática referente a los ciudadanos que no cuentan con un documento de identidad. De esta manera, se ha contribuido a abordar un problema que afecta a miles de peruanos y, al mismo tiempo, la clínica ha permitido el aprendizaje de los estudiantes, abordando temas como ausencia de registro, el registro defectuoso, la homonimia y otras barreras vinculadas a la identidad que impiden el ejercicio de derechos civiles. En este curso se matricularon doce estudiantes, los cuales lograron aprobar satisfactoriamente el curso.

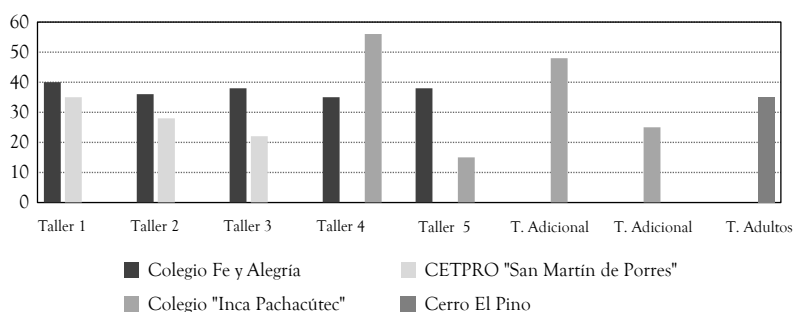
III.1.2. Curso de Proyección Social

III.1.2.a. Educación legal

El curso de Educación Legal y Ciudadanía combina experiencia de campo con reflexión crítica sobre lo que implica la ciudadanía y el ejercicio de derechos en un país diverso, con diferentes niveles de exclusión, pobreza y violencia. La base para esto es el trabajo conjunto e intercambio de información con los estudiantes universitarios, los adolescentes y población interesada en temas jurídicos. Los estudiantes ponen en práctica sus conocimientos jurídicos, las habilidades necesarias para el manejo de grupos, recojo y análisis de información empírica y destrezas verbales. Además, desarrollan competencias actitudinales vinculadas al compromiso y la Responsabilidad Social Universitaria.

El curso está dividido en sesiones teóricas, asesorías y trabajo de campo fuera del campus universitario. En el semestre 2015-II se matricularon 21 estudiantes, se realizaron 15 sesiones que comprendieron 8 clases en el aula y 7 salidas de campo (la última salida de campo implica una clausura o cierre de actividades y no es evaluada). Se ejecutaron 6 asesorías personalizadas para cada uno de los 10 grupos de trabajo, fuera del horario de clase. Asimismo, se programaron dos talleres adicionales. Todo ello se evidencia en el siguiente gráfico:

Gráfico 1
Público beneficiario de los talleres



Como podemos ver en el gráfico anterior, se realizaron ocho talleres en las siguientes instituciones:

- Colegio Fe y Alegría número 2 del distrito de San Martín de Porres que contó con un programa de 5 talleres, donde se capacitó a 40 escolares de tercer y cuarto año de educación secundaria.
- CETPRO, Casa del Niño Trabajador «San Martín de Porres», ubicado en el centro de Lima, donde se ejecutó un programa que constó de 3 talleres. En los talleres se capacitó a 35 adolescentes

hombres que se encuentran en situación de riesgo y que están a cargo de la Policía Nacional del Perú.

- Institución Educativa Inca Pachacútec, ubicada en el distrito de San Martín de Porres, la cual contó con un programa de 2 talleres donde se capacitó a 56 escolares de primer y segundo de secundaria. Adicionalmente, se realizaron 2 talleres, dentro del horario escolar, cuyo público fueron adolescentes de educación secundaria de distintos grados, capacitándose a 73 escolares.
- Juntas Vecinales de Cerro El Pino, La Victoria. Se capacitó a 35 mujeres y hombres vecinos de Cerro el Pino sobre temas de derecho de familia y se absolviéron consultas legales.

En total se ha capacitado a 239 personas entre adolescentes y población adulta.

El curso promueve la reflexión crítica y el rigor en el trabajo académico, incluyendo la investigación de la normativa comparada e internacional, así como la jurisprudencia nacional e internacional. En ese sentido, en cada sesión se evalúa a los estudiantes a través de la participación en el debate de casos y desarrollo de contenidos conceptuales, los cuales posteriormente serán necesarios para el diseño y ejecución de talleres para población de adolescentes y adultos.

El curso también evalúa los niveles de investigación a través de las salidas de campo. En ese sentido, tanto el diseño —entrega de esquema con resumen de contenidos jurídicos a desarrollar, normativa y casuística— como la ejecución de cada taller revelan la capacidad de los estudiantes para relacionar los conceptos jurídicos con la realidad, el desarrollo de todos los temas incluidos en el tema propuesto y la absolución de preguntas realizadas por los beneficiarios.

Finalmente, el curso incluyó la entrega de un informe final (12 de diciembre), resultado de una investigación de naturaleza empírica, producto del recojo, sistematización y análisis de información de los talleres realizados. Así, los estudiantes realizan una reflexión académica sobre temas jurídicos y de pedagogía, identificando las necesidades jurídicas y su vinculación con el sistema de justicia. El insumo principal son las percepciones de los beneficiarios, recogidas por los estudiantes de la Facultad de Derecho en la interacción que se produce en cada uno de los talleres, teniendo en cuenta que los talleres buscan ser un espacio democrático, de aprendizaje compartido, y donde se promueve el ejercicio de derechos. Los cuatro ejes centrales de esta investigación e informe son los siguientes: (i) perfil de los participantes del taller; (ii) valoración de la interacción con los alumnos y aprendizajes —nivel de participación y forma de interacción en el grupo—; (iii) dinámicas y otros recursos adaptados a la enseñanza del derecho aplicados y/o usados

en los talleres; (iv) percepción de los beneficiarios sobre el derecho y sobre el sistema de justicia.

517

III.1.2.b. Asesoría Legal

El curso Asesoría Legal plantea diversos objetivos y resultados de aprendizaje a sus estudiantes. A continuación, pasamos a enumerar, primero, los objetivos principales, luego se indicarán los específicos:

CRÓNICA DE
CLAUSTRO

Objetivos principales:

- Promover entre los estudiantes la comprensión de una noción crítica de libertad que subyace al ejercicio de la responsabilidad social del abogado.
- Ofrecer a los estudiantes un espacio para cultivar habilidades de investigación en temas relacionados con el problema de acceso a la justicia.
- Cultivar en los estudiantes el desarrollo de habilidades para la resolución de problemas jurídicos a través de casos reales, así como destrezas de comunicación simple y eficaz, síntesis, redacción y argumentación jurídica.
- Lograr en los estudiantes la comprensión de un equilibrio íntegro entre las competencias profesionales (técnicas), conceptuales, de investigación, y sociales de la abogacía.

Objetivos específicos:

- Obtenidos a través del desarrollo de competencias sociales:
 - Formar a los estudiantes como personas sensibles a los problemas sociales, comprometidas con el desarrollo de su país y la inclusión social de los más vulnerables, entusiastas y creativas en la articulación de la profesión al desarrollo de su comunidad.
 - Lograr que los estudiantes se vean a sí mismos como ciudadanos comprometidos con el resto de la sociedad, empáticos y responsables de los otros.
 - Formar a los estudiantes como profesionales integradores, eficientes y creativos, con un espíritu de servicio a la sociedad, que contribuyan activamente en la solución de las necesidades sociales.
- Obtenidos a través del desarrollo de competencias conceptuales y de investigación:
 - Lograr que los estudiantes sean capaces de repensar el rol del abogado y la orientación de su desenvolvimiento profesional a

partir de la formación integral de la dimensión humana, desde una perspectiva teórica y práctica, replanteando la función social del abogado y de las instituciones de justicia.

- Conseguir que los estudiantes desarrollen investigaciones que aporten soluciones a los problemas en su entorno.
- Formar profesionales con habilidades en la formulación de proyectos de investigación de mediano y largo plazo que sean el resultado de una articulación efectiva entre la Facultad de Derecho y la comunidad.
- Obtenidos a través del desarrollo de competencias profesionales (técnicas):
 - Formar a los estudiantes en competencias procesales fundadas en sólidas bases éticas que los hagan más comprometidos con el desarrollo equitativo y sostenible de su entorno.
 - Ejercitar a los estudiantes en el rol de abogado litigante, a través del seguimiento de casos reales, preparándolos para absolver consultas legales, elaborar demandas, recursos y escritos relacionados con el seguimiento del proceso.
 - Introducir a los estudiantes en la importancia de los mecanismos y estrategias procesales para asegurar que se cumpla el interés del recurrente.

III.1.3. Concurso de Responsabilidad Social

El Concurso de Investigación Jurídica sobre Responsabilidad Social Universitaria tiene como objetivos promover que los estudiantes relacionen su reflexión jurídica con la realidad social de nuestro país; y coadyuvar a la producción académica de los estudiantes de la Facultad de Derecho de acuerdo con los lineamientos del Vicerrectorado de Investigación PUCP.

Por quinto año consecutivo, se llevó a cabo el «Concurso de Investigación Jurídica sobre Responsabilidad Social Universitaria» de la Facultad de Derecho, entre los meses de agosto y octubre de 2015. Los trabajos propuestos por los alumnos participantes fueron calificados por un jurado colectivo conformado por dos docentes del Departamento de Derecho y un docente del Departamento de Ciencias Sociales. De esta forma, entre los trabajos propuestos se eligió a los tres mejores. A continuación, se menciona a los ganadores, quienes recibieron premios económicos y académicos:

Tabla 1

Primer puesto	Adrián Rodolfo Lengua Parra & Ana Paula Mendoza Rázuri: «Un pendiente que no desaparece: la necesidad de implementar una política de búsqueda de las personas desaparecidas a partir del establecimiento de un organismo centralizado en el Estado peruano»
Segundo puesto	María Isabel Huamani Chavez: «Sin planificación no hay paraíso. Puntos a tomar en cuenta en favor de la ley contra el acoso sexual callejero»
Tercer puesto	Gabriela Salas Zuñiga: «Subrepresentación sindical femenina en el Perú: Análisis sobre el establecimiento por vía legislativa de un sistema de cuotas de género sindical»

III.2. Relación de la OARS con la Red Peruana de Universidades (RPU)

Como parte de la difusión de actividades en torno a la Responsabilidad Social Universitaria, se llevaron a cabo dos jornadas sobre dicha materia en participación conjunta con universidades de la RPU a fin de compartir experiencias y establecer una red de actividades sobre Responsabilidad Social Universitaria. La I Jornada sobre Responsabilidad Social: «Derecho y Profesión Legal» se realizó los días 29, 30 y 31 de octubre en la ciudad de Cusco con la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco (UNSAAC). Asimismo, la II Jornada sobre Responsabilidad Social: «Derecho y Profesión Legal» se llevó a cabo durante los días 26, 27 y 28 de noviembre en la ciudad de Ayacucho con la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga (UNSCH).

III.3. Relación de la OARS con el entorno social

III.3.1. Atención en consultorios jurídicos gratuitos

A diciembre de 2015, se brindó asesoría jurídica gratuita en cuatro consultorios, cada uno a cargo de un abogado.

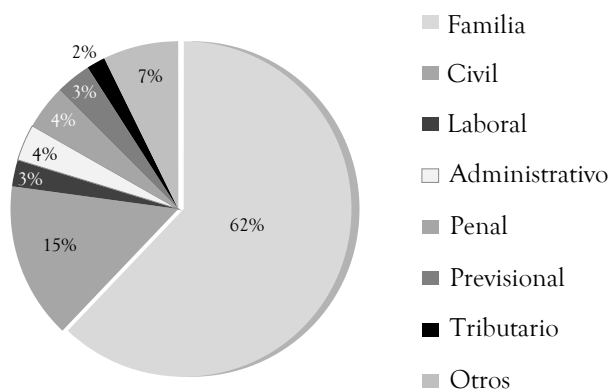
Tabla 2

Consultorio jurídico gratuito (CJG)	Atenciones disponibles	Periodo
PUCP	280	agosto-diciembre de 2015
Canto Grande	300	agosto-diciembre de 2015
La Recoleta	204	agosto-diciembre de 2015
Barranco	153	agosto-diciembre de 2015
TOTAL	937	

Tabla 3
Número de casos según áreas del derecho

CJG	Familia	Civil	Laboral	Administrativo	Penal	Previsional	Tributario	Otros
PUCP	127	44	11	16	21	18	12	31
Canto Grande	268	13	3	2	3	2	5	4
Recoleta	80	60	8	14	14	8	0	20
Callao	107	24	2	1	2	4	0	13
Barranco	582	141	24	33	40	32	17	68
TOTAL	775	327	69	62	48	88	25	195

Gráfico 2
Materias



III.3.2. Programa de radio *Derecho para Todos*

Desde agosto de 2015, la difusión en radio a cargo de la OARS se realizó a través del programa de radio *Derecho para Todos*, cuyo objetivo se centra en la participación de profesionales y especialistas en los diversos temas que se atienden en nuestros consultorios jurídicos gratuitos, con la finalidad de brindar asesoría jurídica en temas especializados. La conducción y producción del programa estuvo a cargo de Carla Cabanillas Linares. El programa se transmitió en vivo los días lunes (1:00-2:00 p.m.) a través de Radio Santa Rosa y los miércoles (1:00-2:00 p.m.) a través de Zona PUCP, radio virtual a cargo de la Facultad de Ciencias y Artes de la Comunicación. La estructura del programa fue la siguiente: (i) entrevistas sobre temas de actualidad o temas vinculados a Responsabilidad Social Universitaria —con la participación del público—; (ii) noticias; y (iii) agenda. Los temas e invitados de los programas emitidos durante el semestre 2015-II figuran en el siguiente cuadro:

Tabla 4

Fecha	Asesoría legal*	Hipervínculos a Audios PUCP
31 de agosto	Alimentos Noemí Ancí (abogada responsable del CJG Campus PUCP)	Parte 1: https://goo.gl/61wO1L Parte 2: https://goo.gl/pAeLQU Parte 3: https://goo.gl/RKervZ
7 de setiembre	Unión de Hecho Andrea Arce (abogada responsable del CJG de Canto Grande)	Parte 1: https://goo.gl/IFOV1S Parte 2: https://goo.gl/ClrFM5
14 de setiembre	Despido arbitrario Jesús Pérez (abogado responsable del CJG de la Recoleta)	Parte 1: https://goo.gl/0ys5Gz Parte 2: https://goo.gl/RSyJ64
21 de setiembre	Divorcio Noemí Ancí (abogada responsable del CJG Campus PUCP)	Parte 1: https://goo.gl/8yrkvF Parte 2: https://goo.gl/zFhO5P
28 de setiembre	Filiación Andrea Arce (abogada responsable del CJG de Canto Grande)	Parte 1: https://goo.gl/zYe9lr Parte 2: https://goo.gl/59gqEO
5 de octubre	Tenencia Jesús Pérez (abogado responsable del CJG de la Recoleta)	https://goo.gl/122LuL
19 de octubre	Detención arbitraria, <i>habeas corpus</i> Noemí Ancí (abogada responsable del CJG Campus PUCP)	https://goo.gl/gneHVu
26 de octubre	Derecho de protección al consumidor Jesús Pérez (abogado responsable del CJG de la Recoleta) Entrevista a pasante de la Universidad Pública de Navarra: Mikel Lizárraga Rada	https://goo.gl/1UjH1v
2 de noviembre	Sucesión intestada Andrea Arce (abogada responsable del CJG de Canto Grande)	https://goo.gl/Zt8qid

521

CRÓNICA DE
CLAUSTRO



Fecha	Asesoría legal*	Hipervínculos a Audios PUCP
9 de noviembre	Violencia familiar Noemí Ancí (abogada responsable del CJG Campus PUCP)	Parte 1: https://goo.gl/Agyif7 Parte 2: https://goo.gl/kuqf4C
16 de noviembre	Contrato de arrendamiento – Desalojo Andrea Arce (abogada responsable del CJG de Canto Grande)	Parte 1: https://goo.gl/hJ8muc Parte 2: https://goo.gl/GvswT1
23 de noviembre	Contrato de compraventa y derecho registral Andrea Arce (abogada responsable del CJG de Canto Grande)	Parte 1: https://goo.gl/dEGtd8 Parte 2: https://goo.gl/NAIx4Q
30 de noviembre	ONP Jesús Pérez (abogado responsable del CJG de la Recole- ta)	Parte 1: https://goo.gl/8uqAON Parte 2: https://goo.gl/G1EzFw

* Los temas elegidos son aquellos que se plantean de forma recurrente en los consultorios jurídicos gratuitos que dirige la Oficina de Responsabilidad Social de la Facultad de Derecho.

Asimismo, como parte del programa de radio, se publicaron algunos audios de contenido relevante para el público. Estos audios se encuentran en la plataforma Audios PUCP, bajo el siguiente enlace: <http://audios.pucp.edu.pe/usuarios/administrar/1135>

Tabla 5

Audios cortos – difusión de derechos
– «Recuerda que puedes pedir el libro de reclamaciones cada vez que lo consideres necesario, todo proveedor está obligado a tenerlo y darlo. Es tu derecho» – «¿Sabías que no necesitas la firma de un abogado para iniciar un proceso de alimentos?» – «¿Sabías que puedes presentar una denuncia ante INDECOPI si vulneran tus derechos como consumidor?» – «La Policía Nacional del Perú está en la obligación de recibir todas las denuncias que realices»

III.3.3. OARS en la Internet

La Oficina Académica de Responsabilidad Social difunde sus actividades a través de los siguientes medios:

- Blog institucional de la OARS (<http://blog.pucp.edu.pe/blog/rsderecho/>).
- Consultorio Jurídico Virtual (<http://blog.pucp.edu.pe/blog/rsderecho/consultorio-juridico-virtual/>).
- Boletín electrónico «RS Derecho»
- *Fan Page* de Facebook: Oficina Académica de Responsabilidad Social Derecho-PUCP
- Twitter: @RSDerecho

La actividad del *Fan Page* que, a diciembre de 2015, ha logrado obtener un total de 3635 seguidores, incluye publicaciones diarias de noticias de interés legal (nuevas normas, comentarios o entrevistas a especialistas sobre alguna norma o aspecto jurídico); información de difusión del programa de radio *Derecho para Todos*: el horario del programa, el enlace a Radio Santa Rosa y Zona PUCP (vía *streaming*) y el tema a tratarse en el programa de la semana; e información sobre los horarios de atención de los consultorios jurídicos gratuitos.

IV. OFICINA ACADÉMICA DE PUBLICACIONES, COMUNICACIÓN E IMAGEN

- Agenda para una estrategia eficaz de lucha contra la corrupción judicial. Fecha: 14 de mayo de 2015.
- Los códigos de la OECD como instrumentos para la Cooperación Internacional. Fecha: 3 de julio de 2015.
- Inseguridad ciudadana, sindicatos de construcción civil y violencia. Fecha: 5 de noviembre de 2015.

V. OFICINA DE PRÁCTICAS PREPROFESIONALES Y SECIGRA-DERECHO

El Consejo de Facultad, atendiendo al informe final del Claustro Pleno, aprobó, en su sesión de fecha 6 de octubre de 2011, la creación de la Oficina de Prácticas Preprofesionales. Posteriormente, en agosto de 2014, la oficina asumió el programa SECIGRA-DERECHO (Servicio Civil de Graduandos). Las principales funciones y competencias de la Oficina de Prácticas Preprofesionales y SECIGRA-DERECHO son las siguientes:

- Informar y orientar a los estudiantes que deseen realizar prácticas preprofesionales y SECIGRA y ayudar a que tomen las mejores decisiones sobre el particular.
- Difundir a los estudiantes y los centros de prácticas la normativa sobre las modalidades formativas y sensibilizarlos para su cumplimiento efectivo.

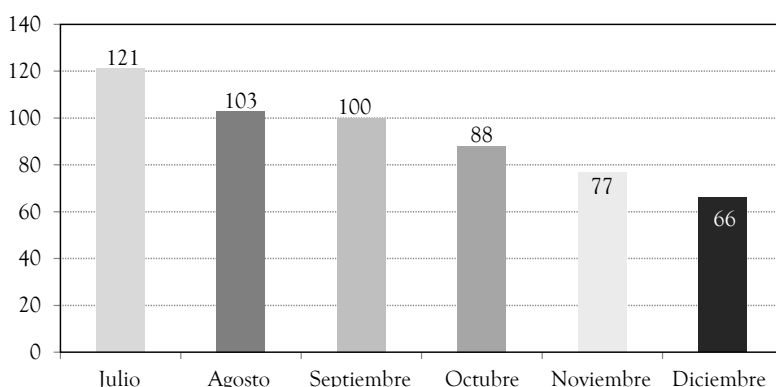
- Tramitar la suscripción de convenios de prácticas preprofesionales y organizar el proceso de inscripción del programa SECIGRA-DERECHO.
- Monitorear el correcto desarrollo de las prácticas y realizar visitas de supervisión a los «secigristas».
- Atender las quejas que se produzcan alrededor de las prácticas preprofesionales y SECIGRA y buscar que se reviertan las circunstancias que las afectan.
- Organizar una bolsa de practicantes con información sobre su rendimiento académico y sus intereses.

El presente informe comprende las principales acciones realizadas en el semestre 2015-II (julio-diciembre de 2015).

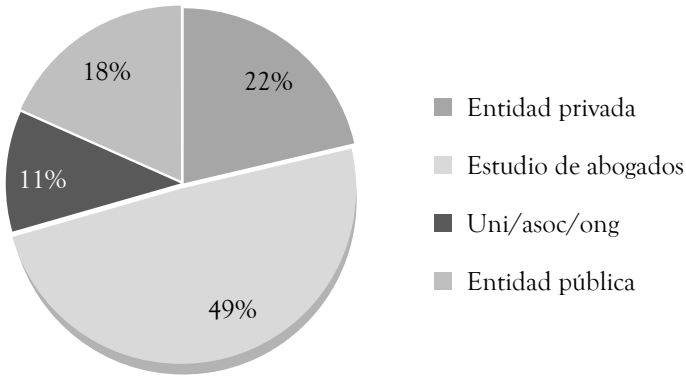
V.1. Suscripción de convenios de prácticas

Durante el periodo de julio a diciembre del año 2015, se han suscrito 555 convenios de prácticas preprofesionales. En el gráfico siguiente se muestra la cantidad de convenios suscritos por cada mes, entre los cuales se encuentran convenios nuevos, renovaciones de convenios y adendas referidas al incremento de subvención, horario de prácticas, entre otros.

Gráfico 3
Convenios de prácticas suscritos de julio a diciembre de 2015

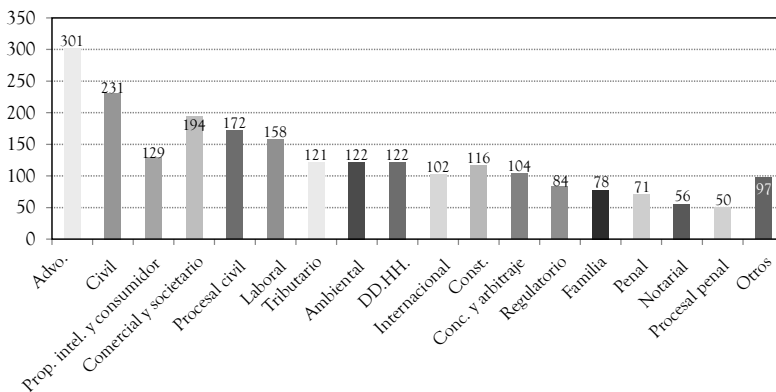


Los convenios de prácticas son suscritos con entidades públicas y privadas. En lo referente a las entidades privadas, se las ha dividido en estudio de abogados, asociación/ONG/Universidad y demás entidades privadas. El 82% realiza sus prácticas en el sector privado, dentro del cual, el 49% de los convenios suscritos están referidos a prácticas en estudios de abogados. Estos datos pueden apreciarse en el siguiente gráfico:

Gráfico 4
Practicantes

V.2. Bolsa de practicantes

Mediante correos masivos enviados a todos los estudiantes de la Facultad de Derecho, nuestra oficina ha recibido el *Curriculum Vitae* (CV) y ficha de CV de 529 estudiantes de la Facultad de Derecho que estarían interesados en realizar prácticas preprofesionales. Dichos CV son remitidos a las distintas instituciones públicas y/o privadas que requieran practicantes, teniendo en cuenta el área de interés de los estudiantes. Entre las áreas de interés de los estudiantes tenemos las siguientes:

Gráfico 5
Áreas de interés de estudiantes

Es preciso señalar que, en la ficha de CV, los estudiantes han marcado más de una opción. Las áreas de mayor interés son derecho administrativo, civil, comercial y societario, procesal civil y laboral.

V.3. Difusión de ofertas de prácticas

En el segundo semestre del año 2015, se han difundido ofertas de prácticas remitidas por distintas instituciones públicas y privadas, así como ofertas obtenidas directamente de las webs de instituciones públicas. Muchas de estas instituciones han remitido más de una convocatoria, las cuales han sido difundidas en las vitrinas de la facultad, en el Facebook así como mediante correos masivos enviados los lunes y martes de todas las semanas. En el periodo de julio a diciembre de 2015 se han difundido 140 convocatorias. Contamos con una base de datos de 378 instituciones, con las cuales se coordina sobre comunicados, convocatorias y suscripción de convenios.

V.4. Compromiso de cumplimiento

Documento que debe ser suscrito por las entidades que cuenten con practicantes de nuestra facultad y permite la realización de supervisiones. Actualmente, existen 339 compromisos firmados por distintas instituciones públicas y privadas.

V.5. Documentos y tutorial elaborados durante el semestre 2015-II

- Guía del practicante: el objetivo de esta guía es difundir entre los estudiantes los procedimientos y normativas referentes a las prácticas preprofesionales. Este documento ha sido elaborado por los miembros de la oficina y su difusión se realizará en el semestre 2016-I.
- Compendio estadístico de prácticas preprofesionales de enero 2010-junio 2015: el objetivo de este compendio es brindar un diagnóstico sobre las prácticas preprofesionales, tomando como referencia nuestros archivos. Este documento fue elaborado por el abogado Luis Enrique Mendoza Choque y será difundido, en el semestre 2016-I, entre las asociaciones de estudiantes y autoridades.
- Reglamento interno de SECIGRA-DERECHO: se elaboró un nuevo reglamento interno de SECIGRA-DERECHO que se adecua al nuevo reglamento de SECIGRA aprobado mediante el decreto supremo 009-2014-JUS. El Reglamento consta de seis títulos referidos a la descripción del SECIGRA, la organización de la oficina responsable, entidades participantes, el proceso de inscripción y

asignación de estudiantes, procedimientos especiales vinculados a la ejecución del programa y certificación, bono y distinciones. Este reglamento interno fue aprobado el 14 de diciembre de 2015, mediante resolución de Consejo de Facultad 010-2015.

- Tutorial denominado «¿Cómo solicitar tu carta de presentación en la web?»: se ha elaborado un video tutorial sobre la obtención de cartas de presentación para prácticas preprofesionales desde el campus virtual (<https://www.youtube.com/watch?v=uBKOF6Pstxw>). Actualmente, cuenta con 106 visualizaciones.

V.6. Eventos realizados

- Ceremonia de premiación a los centros de prácticas que ocuparon los tres primeros puestos del *ranking* 2015-I y evento sobre prácticas preprofesionales en el sector público y privado. Realizada el miércoles 28 de octubre de 2015 con el objetivo de difundir las formas de acceder a prácticas en entidades públicas y privadas y premiar a los mejores centros de prácticas, lo cual sirve, a su vez, como incentivo para seguir haciendo efectivas las normativas relacionadas a las prácticas preprofesionales. Las entidades premiadas fueron las siguientes:

- Primer puesto: Luz del Sur
- Segundo puesto: Telefónica del Perú
- Tercer puesto: BBVA Continental

El evento sobre prácticas preprofesionales en el sector público y privado tuvo como expositores a Elmer Arce (Jefe de la Oficina de Prácticas Preprofesionales y SECIGRA-DERECHO), Erika Zuta (Supervisora de la Oficina de Prácticas Preprofesionales y SECIGRA-DERECHO), Ivonne Loyola (Ejecutivo 1, INDECOPI), Ingeborg Arias (Jefa de Reclutamiento y Selección, Luz del Sur S.A.A.), Cesar Coello (OSIPTEL) y Adrián Lengua (*Revista Themis*).

- Charla informativa SECIGRA-DERECHO 2016. La charla fue realizada el 26 de noviembre y contó con la participación de representantes del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. El objetivo fue informar a los estudiantes sobre las ventajas del programa así como sobre los derechos y obligaciones de los «secigristas».

V.7. Encuestas de calificación de los centros de prácticas

Durante el semestre 2015-II se han remitido correos electrónicos a todos los practicantes para que resuelvan, de manera virtual, la encuesta de calificación sobre sus centros de prácticas, han respondido 192 estudiantes. Sobre la base de dicha información, se seleccionaron aquellas entidades que han sido evaluadas por al menos tres estudiantes. Estos datos permitieron elaborar un *ranking*, en el que los tres primeros puestos son ocupados por las siguientes entidades:

Tabla 6
Ranking general de los centros de prácticas 2015-II

	Centro de prácticas	Puntaje final
Primer puesto	GALLO BARRIOS PICKMANN	40
Segundo puesto	DELMAR UGARTE ABOGADOS	38.3
Tercer puesto	PAYET, REY, CAUVI, PÉREZ ABOGADOS	37

En la encuesta se han considerado siete rubros: ambiente de trabajo, aprovechamiento de las prácticas, seguimiento del jefe directo en el desarrollo de las prácticas, respeto del centro de prácticas por su educación universitaria, respeto por el horario de prácticas convenido, subvención económica y transparencia en el centro de prácticas. En cada rubro, la puntuación máxima es de cinco puntos, salvo en el último rubro, donde la puntuación máxima es de diez puntos. El puntaje máximo obtenible son 40 puntos. La ceremonia de premiación de los resultados de este ranking se realizará durante el semestre 2016-I.

V.8. SECIGRA-DERECHO

El programa SECIGRA-DERECHO 2015 contó con 20 estudiantes inscritos, asignados a distintas entidades públicas. Sin embargo, concluyeron el programa 17 estudiantes.

Los estudiantes realizaron su servicio en las siguientes unidades receptoras.

Tabla 7

Unidad receptora	Cantidad de secigristas
Corte Superior de Justicia de Lima Norte	1
Corte Superior de Justicia de Lima	2
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos	3
Ministerio de Relaciones Exteriores	2
Ministerio del Interior	1
Ministerio Público de Lima Norte	1
Ministerio Público de Lima	2
Municipalidad distrital de Miraflores	1
OEFA	1
Procuraduría Pública especializada en delitos de corrupción	1
Superintendencia Nacional de Migraciones	1
Zona Registral IX-Sede Lima	1

529

CRÓNICA DE
CLAUSTRO

Las principales acciones realizadas sobre el SECIGRA son las siguientes:

- Orientación y monitoreo a las labores realizadas por los secigristas.
- Realización de visitas de supervisión en las distintas unidades receptoras donde los estudiantes realizan su servicio.
- Atender las quejas de los secigristas y darles solución.
- Coordinación con las unidades receptoras a fin de solucionar los inconvenientes que pudieran darse en la realización del programa.
- Coordinación con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para el correcto desarrollo del programa.
- Elaboración del reglamento interno de SECIGRA-DERECHO.
- Suscripción de informes finales elaborados por los representantes de las unidades receptoras.
- Elaboración de un informe semestral dirigido al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Realización de una charla informativa para los estudiantes interesados en el programa.

- Organización y ejecución del proceso de inscripción al programa SECIGRA-DERECHO 2016, contando con 23 inscritos.

V.9. Difusión en medios virtuales

Con la finalidad de difundir nuestras convocatorias de prácticas preprofesionales y SECIGRA, así como los eventos, normativas, campañas, tutoriales, videos y en general, información de interés para los practicantes contamos con los siguientes medios virtuales:

- página web propia, que actualmente cuenta con 20661 visitas (<http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/oficina-practicas/>);
- fan page en Facebook, que actualmente cuenta con 10016 seguidores (<https://www.facebook.com/PracticaDerecho/>);
- boletines electrónicos enviados los lunes y martes, mediante correo electrónico, a todos los estudiantes de la Facultad de Derecho.

V.10. Principales resultados obtenidos

- Creación de una bolsa de practicantes de 529 estudiantes.
- Generación de nuevas oportunidades de prácticas para los estudiantes.
- Elaboración de documentos y tutorial de interés, tales como guía del practicante, compendio estadístico, reglamento interno de SECIGRA y tutorial sobre cómo obtener una carta de presentación digital.
- Ser un canal de comunicación, información y consulta para los estudiantes que realicen sus prácticas o deseen practicar.
- Ser un canal de comunicación, información y consulta de distintas entidades que deseen contar con practicantes de nuestra universidad.
- Acercamiento a los estudiantes a través de medios más cercanos a ellos, como la plataforma de Facebook y el correo electrónico.
- Elaboración del *ranking* semestral con los mejores y peores centros de prácticas.

- Organización del proceso de preinscripción e inscripción al programa SECIGRA-DERECHO 2016 y culminar con el programa SECIGRA-DERECHO 2015.
- Realización de un evento académico y ceremonia de premiación a los tres primeros lugares del *ranking* 2015-I.

531

CRÓNICA DE
CLAUSTRO

VI. ACTIVIDADES DE LAS ASOCIACIONES DE ESTUDIANTES²

VI.1. Asociación Civil de estudiantes *Ius et Veritas*

- Conferencia «Reflexiones en torno al Estado Laico: el caso peruano». Fecha: 27 de agosto de 2015. Lugar: Anfiteatro Armando Zolezzi Möller.
- Curso de Actualización en Potestad Administrativa Sancionadora: Mercados Regulados. Fecha: 26 de setiembre, 3 y 10 de octubre de 2015. Lugar: Auditorio de la Facultad de Ciencias Sociales, PUCP.
- Seminario de Actualización en Contrataciones del Estado: Balance de la Reforma. Fecha: 30 de setiembre, 1 y 2 de octubre de 2015. Lugar: Auditorio de Telefónica del Perú.
- I Congreso Internacional sobre Códigos Civiles y Proyectos de Reforma en el Siglo XXI: Diálogos de Derecho Latinoamericano y de Derecho Europeo en materia de Obligaciones y Contratos. Fecha: 2-3 de noviembre de 2015. Lugar: Auditorio de Humanidades, PUCP.
- Conferencia «¿Hacia donde va Siria? Análisis del Conflicto». Fecha: 6 de noviembre de 2015. Lugar: Anfiteatro Monseñor José Dammert Bellido.
- Mesa Redonda «Diversas Perspectivas en torno a los Conflictos Socio-Ambientales en el Perú». Fecha: 6 de noviembre de 2015. Lugar: Auditorio de la Facultad de Ciencias Sociales, PUCP.
- Seminario de Psicología y Economía Conducta. Fecha: 9 y 11 de noviembre de 2015. Lugar: Anfiteatro Monseñor José Dammert Bellido.
- Curso de Especialización en Derecho Minero: Marco General, Tributación y Conflictos Sociales. Fecha: 18, 19 y 21 de noviembre de 2015. Lugar: Auditorio Juan Julio Wicht de la Universidad del Pacífico y Auditorio de la Facultad de Derecho, PUCP.

² En esta sección se considera a las asociaciones de estudiantes que cumplieron con enviar la información solicitada antes de la fecha de cierre de edición del presente número.

- Conferencia Internacional en Derecho de Seguros: El Rol del Seguro en la Sociedad Contemporánea. Fecha: 23 de noviembre de 2015. Lugar: Sala de Conferencias Samuel Gleiser, Zona 2 de la Cámara de Comercio de Lima.

VI.2. Asociación civil de estudiantes *Themis*

- Publicación de *THEMIS-Revista de Derecho* 67. *Derecho Constitucional*. Edición de Aniversario por los 50 años de marcha institucional.
- Curso «Un Evento Multidisciplinario acerca del *Compliance*: Buenas Prácticas y Reputación Corporativa». Fecha: 12-13 de noviembre de 2015. Lugar: Sala de Audiencias, PUCP
- II Jornada Latinoamericana de Derechos Fundamentales, co-organizada con el Área de Derecho Constitucional de la PUCP y la Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Fecha: 15-17 de octubre de 2015. Anfiteatros Monseñor José Dammert Bellido, Armando Zolezzi Möller y Ciencias Sociales, PUCP
- Seminario «Código de Protección y Defensa del Consumidor: A 5 años de su Vigencia». Fecha: 1-2 de octubre de 2015. Lugar: Anfiteatro Monseñor José Dammert Bellido. Seminario coorganizado con Perú Consume.
- Curso «El Poder del Discurso Hablado: Estrategias de Litigación Oral en el Proceso Penal». Fecha: 3, 10 y 17 de octubre de 2015. Lugar: Anfiteatro Armando Zolezzi Möller.
- Publicación «Sobre la Tutela Cautelar», primera publicación arbitrada de una asociación de estudiantes de derecho en el Perú.

VI.3. Derecho & Sociedad

- I Jornada de Especialización en Criminalística y Litigación Penal. Fecha: 8 de agosto de 2015. Lugar: Colegio Salesiano San Juan Bosco, Ayacucho.
- Conversatorio: «Derechos Sexuales y Reproductivos en el Perú». Fecha: 3 de setiembre de 2015. Lugar: Sala de Conferencias de Estudios Generales Letras, PUCP
- Conversatorio: «¿Por qué Derecho?». Fecha: 17 de setiembre de 2015. Lugar: Sala de Conferencias de Estudios Generales Letras, PUCP

- «Regulación y Consecuencias Actuales en la Contratación con el Estado Peruano». Fecha: 17 de setiembre de 2015. Lugar: Anfiteatro Armando Zolezzi Möller.
- IX Congreso Internacional de Arbitraje (en calidad de colaborador). Fecha: 21 de setiembre de 2015. Lugar: Auditorio de la Facultad de Derecho, PUCP.
- Conversatorio: «Ser Derecho» (en coorganización con la Oficina de Plan de Carrera y Bienestar). Fecha: 1 de octubre de 2015. Lugar: Anfiteatro Monseñor José Dammert Bellido.
- I Curso de Actualización en Minería, Salud y Seguridad Ocupacional y Medio Ambiente. Fecha: 10 de octubre de 2015. Lugar: Auditorio del Ministerio de Energía y Minas.
- III Concurso Nacional de Cuentos Jurídicos «Fabellae Iuris». Fecha: 15 de octubre de 2015.
- Mesa Redonda: «Negociación Colectiva y Grupo de Empresas». Lugar: Anfiteatro Monseñor José Dammert Bellido.
- I Seminario Especializado de Inversión Privada. Fecha: 16 de noviembre de 2015. Lugar: Auditorio de la Facultad de Ciencias e Ingeniería, PUCP.
- I Concurso Nacional de Litigación Laboral. Fecha: 19 de noviembre de 2015. Lugar: Complejo de Innovación Académica, PUCP.
- Taller de Repaso D&S 2015-II. Fecha: 28 de noviembre de 2015. Lugar: Facultad de Derecho, PUCP.

533

CRÓNICA DE
CLAUSTRO

FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA
UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Profesores ordinarios de la Facultad de Derecho¹

Eméritos

De Althaus Guarderas, Miguel

Fernández Sessarego, Carlos

Montoya Anguerry, Carlos Luis

Principales

Abad Yupanqui, Samuel Bernardo

Albán Peralta, Walter Jorge

Arce Ortiz, Elmer Guillermo

Avendaño Arana, Francisco Javier

Avendaño Valdez, Jorge

Avendaño Valdez, Juan Luis

Bernales Ballesteros, Enrique Martín

Blancas Bustamante, Carlos Moisés

Boza Dibós, Ana Beatriz

Boza Pró, Guillermo Martín

Bramont-Arias Torres, Luis Alberto

Bullard González, Alfredo José

Cabello Matamala, Carmen Julia

Cárdenas Quirós, Carlos

Castillo Freyre, Mario Eduardo Juan Martín

Danós Ordóñez, Jorge Elías

De Belaunde López de Romaña, Javier Mario

De Trazegnies Granda, Fernando

Delgado Barreto, César Augusto

Eguiguren Praeli, Francisco José

Espinoza Espinoza, Juan Alejandro

Fernández Arce, César Ernesto

Fernández Cruz, Mario Gastón Humberto

Ferro Delgado, Víctor

¹ Lista de profesores ordinarios de la Facultad de Derecho actualizada a mayo de 2016.

Forno Flórez, Hugo Alfieri
García Belaunde, Domingo
Gonzales Mantilla, Gorki Yuri
Guevara Gil, Jorge Armando
Guzmán-Barrón Sobrevilla, César Augusto
Hernández Berenguel, Luis Antonio
Hurtado Pozo, José
Kresalja Rosselló, Baldo
Landa Arroyo, César Rodrigo
Llerena Quevedo, José Rogelio
Lovatón Palacios, Miguel David
Medrano Cornejo, Humberto Félix
Meini Méndez, Iván Fabio
Méndez Chang, Elvira Victoria
Montoya Vivanco, Yvan Fidel
Neves Mujica, Javier
Novak Talavera, Fabián Martín Patricio
Ortiz Caballero, René Elmer Martín
Peña Jumpa, Antonio Alfonso
Prado Saldarriaga, Víctor Roberto
Priori Posada, Giovanni Francezco
Quiroga León, Aníbal Gonzalo Raúl
Ramírez Díaz, Jorge Gregorio
Ramos Núñez, Carlos Augusto
Revoredo Marsano, Delia
Rodríguez Iturri, Róger Rafael Estanislao
Rubio Correa, Marcial Antonio
Ruiz de Castilla Ponce de León, Francisco Javier
Salas Sánchez, Julio Moisés
Salmón Gárate, Elizabeth Silvia
San Martín Castro, César Eugenio
Sotelo Castañeda, Eduardo José
Toyama Miyagusuku, Jorge Luis
Ugaz Sánchez-Moreno, José Carlos
Viale Salazar, Fausto David

537

PROFESORES
DE LA
FACULTAD DE
DERECHO

Vidal Ramírez, Fernando
Villanueva Flores, María del Rocío
Villavicencio Ríos, Carlos Alfredo
Villavicencio Terreros, Felipe Andrés
Zolezzi Ibárcena, Lorenzo Antonio
Zusman Tinman, Shoschana

Asociados

Abugattas Giadalah, Gattas Elías
Aguilar Llanos, Benjamín Julio
Alvites Alvites, Elena Cecilia
Arana Courrejolles, María del Carmen Susana
Ardito Vega, Wilfredo Jesús
Ariano Deho, Eugenia Silvia María
Becerra Palomino, Carlos Enrique
Blume Fortini, Ernesto Jorge
Burneo Labrín, José Antonio
Bustamante Alarcón, Reynaldo
Cairo Roldán, José Omar
Caro Coria, Dino Carlos
Chau Quispe, Lourdes Rocío
Cortés Carcelén, Juan Carlos Martín Vicente
Delgado Menéndez, María Antonieta
Delgado Menéndez, María del Carmen
Durán Rojo, Luis Alberto
Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy Andrés
Ezcurra Rivero, Huáscar Alfonso
Falla Jara, Gilberto Alejandro
Fernández Revoredo, María Soledad
Ferrari Quiñe, Mario Alberto
Foy Valencia, Pierre Claudio
Gálvez Montero, José Francisco
García Granara, Fernando Alberto
Hernández Gazzo, Juan Luis
Huerta Guerrero, Luis Alberto
La Rosa Calle, Javier Antonio

Ledesma Narváez, Marianella Leonor
 León Hilario, Leysser Luggi
 Luna-Victoria León, César Alfonso
 Marciani Burgos, Betzabé Xenia
 Matheus López, Carlos Alberto
 Mercado Neumann, Edgardo Raúl
 Monteagudo Valdez, Manuel
 Morales Godo, Juan Eulogio
 Morales Hervías, Rómulo Martín
 Morales Luna, Félix Francisco
 Oré Guardia, Arsenio
 Palacios Pareja, Enrique Augusto
 Pazos Hayashida, Javier Mihail
 Revilla Vergara, Ana Teresa
 Ruda Santolaria, Juan José
 Saco Chung, Víctor Augusto
 Sevillano Chávez, Sandra Mariela
 Siles Vallejos, Abraham Santiago
 Solórzano Solórzano, Raúl Roy
 Soria Luján, Daniel
 Ulloa Millares, Daniel Augusto
 Urteaga Crovetto, Patricia
 Valega García, César Manuel
 Velazco Lozada, Ana Rosa Albina
 Vinatea Recoba, Luis Manuel
 Zegarra Valdivia, Diego Hernando

Auxiliares

Aguinaga Meza, Ernesto Alonso
 Aliaga Farfán, Jeanette Sofía
 Apolín Meza, Dante Ludwing
 Barboza Beraun, Eduardo
 Bardales Mendoza, Enrique Rosendo
 Barletta Villarán, María Consuelo
 Bermúdez Valdivia, Violeta
 Boyer Carrera, Janeyri Elizabeth

539

PROFESORES
DE LA
FACULTAD DE
DERECHO

Bregaglio Lazarte, Renata Anahí
Cairampoma Arroyo, Vicente Alberto
Campos Bernal, Heber Joel
Candela Sánchez, César Lincoln
Canessa Montejó, Miguel Francisco
Caro John, José Antonio
Castro Otero, José Ignacio
Chang Kcomt, Romy Alexandra
Cornejo Guerrero, Carlos Alejandro
Cubas Villanueva, Víctor Manuel
De La Jara Basombrío, Ernesto Carlos
Del Águila Ruiz de Somocurcio, Paolo
Del Mastro Puccio, Fernando
Delgado Silva, Ángel Guillermo
Durán Rojo, Luis Alberto
Durand Carrión, Julio Baltazar
Escobar Rozas, Freddy Oscar
Espinoza Goyena, Julio César
Gago Prialé, Horacio
Gamio Aita, Pedro Fernando
Gonzales Barrón, Gunther Hernán
Grandez Castro, Pedro Paulino
Guzmán Napurí, Christian
Hernando Nieto, Eduardo Emilio
Herrera Vásquez, Ricardo Javier
Higa Silva, César Augusto
Huaita Alegre, Marcela Patricia María
Huapaya Tapia, Ramón Alberto
Liu Arévalo, Rocío Verónica
Martin Tirado, Richard James
Medrano García, Fabricio Manuel
Mejía Madrid, Renato
Mejorada Chauca, Omar Martín
Montoya Stahl, Alfonso
Ochoa Cardich, César Augusto

O'Neill de la Fuente, Mónica Cecilia
Ormachea Choque, Iván
Ortiz Sánchez, John Iván
Pariona Arana, Raúl Belealdo
Patrón Salinas, Carlos Alberto
Pérez Vargas, Julio César
Pérez Vásquez, César Eliseo
Pulgar-Vidal Otálora, Manuel Gerardo Pedro
Quiñones Infante, Sergio Arturo
Ramírez Parco, Gabriela Asunción
Rivarola Reisz, José Domingo
Robles Moreno, Carmen del Pilar
Rodríguez Hurtado, Mario Pablo
Rojas Leo, Juan Francisco
Rojas Montes, Verónica Violeta
Saco Barrios, Raúl Guillermo
Shimabukuro Makikado, Roberto Carlos
Soria Aguilar, Alfredo Fernando
Sotomarino Cáceres, Silvia Roxana
Suárez Gutiérrez, Claudia Liliana Concepción
Tassano Velaochaga, Hebert Eduardo
Valle Billinghamurst, Andrés Miguel
Villagarcía Vargas, Javier Eduardo Raymundo
Villagra Cayamana, Renee Antonieta
Vivar Morales, Elena María
Yrigoyen Fajardo, Raquel Zonia

INDICACIONES A LOS AUTORES DE ARTÍCULOS PARA LA REVISTA *DERECHO PUCP*

I. Objetivo y política de *Derecho PUCP*

La revista *Derecho PUCP* publica artículos de investigación jurídica o interdisciplinaria inéditos, los cuales son revisados por expertos (pares), tanto nacionales como extranjeros, que han publicado investigaciones similares previamente. Las evaluaciones se realizan de forma anónima y versan sobre la calidad y validez de los argumentos expresados en los artículos.

II. Ética en publicación

En caso sea detectada alguna falta contra la ética en publicación durante el proceso de revisión o después de la publicación del artículo, la revista tomará las acciones legales que correspondan para sancionar al autor del fraude.

III. Forma y preparación de los artículos

III.1. Normas generales

Todo artículo presentado a la revista *Derecho PUCP* debe ser escrito en español o inglés (salvo los de la sección «Artículos traducidos»), versar sobre temas de interés jurídico o interdisciplinario y tener la condición de inédito. La revista cuenta con las siguientes categorías o secciones ordinarias:

- tema central (o especial temático);
- miscelánea;
- interdisciplinaria;
- artículos traducidos;
- comentarios de jurisprudencia;
- reseña bibliográfica;
- crónica del claustro.

Las secciones sujetas a revisión de pares o arbitraje son las siguientes: tema central (o especial temático), miscelánea e interdisciplinaria.

III.2. Documentación obligatoria

- Declaración de autoría y autorización de publicación. Debe ser firmada por todos los autores y enviada junto con el artículo postulante.

III.3. Características de los artículos

III.3.1. Primera página

En la primera página se debe incluir lo siguiente:

- TÍTULO: en español e inglés, un título corto de hasta 60 caracteres;
- NOMBRE DEL AUTOR (o autores): se debe incluir en una nota a pie de página la filiación institucional, ciudad y país, profesión y grado académico, así como el correo electrónico del autor;
- RESUMEN (*Abstract*): texto breve en español e inglés en el que se mencione las ideas más importantes de la investigación;
- CONTENIDO: se consignará en español e inglés la sumilla de capítulos y subcapítulos que son parte del artículo;
- PALABRAS CLAVE (*key words*): en español e inglés.
- En caso el estudio haya sido presentado como resumen a un congreso o si es parte de una tesis, ello debe ser precisado con la cita correspondiente.

III.3.2. Cuerpo del texto

Deben atenderse los siguientes aspectos:

- el texto no debe superar las 20 páginas, a un espacio, en letra Arial 12, en formato A4, con márgenes de 3 cm. Las excepciones a esta regla deben estar debidamente justificadas y ser autorizadas previamente por el editor general;
- consignar las citas a pie de página, escritas a doble espacio en letra Arial 12;
- los textos deberán ser redactados en el programa Word;
- las figuras que se pueden usar son gráficos y tablas;
- las referencias bibliográficas serán únicamente las que han sido citadas en el texto, y se ordenarán correlativamente según su aparición.

III.3.3. Citas bibliográficas

Las referencias bibliográficas se realizan conforme a las Normas de Publicación del Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú (<http://www.fondoeditorial.pucp.edu.pe/content/17-normas-de-publicacion>).

Por ello, las citas bibliográficas deben realizarse en el texto, indicando entre paréntesis el apellido del autor, el año de la publicación y la(s) página(s) correspondiente(s).

Ej.: (Rubio, 1999, p. 120).

Dichas citas deben remitirse a la lista alfabética de la bibliografía, que se consignará al final del trabajo de la siguiente manera:

Autor (año). Título (número de edición, si es distinta de la primera). Ciudad: Editorial.

Ej.: Abad Yupanqui, Samuel (2004). *Derecho procesal constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.

INSTRUCTIONS TO THE AUTHORS OF ARTICLES FOR THE *DERECHO PUCP* JOURNAL

I. Policy and purpose of *Derecho PUCP*

The *Derecho PUCP* journal publishes unknown legal and interdisciplinary research articles, which are reviewed by both national and foreign experts (peers) who have previously published similar research papers. The evaluations are carried out anonymously and are related to the quality and validity of arguments included in the articles.

II. Publication ethics

In case a failure is detected against the publication ethics during the reviewing process or after the article publication, the magazine will take appropriate legal actions to penalize the author involved in fraud.

III. Method and preparation of articles

III. 1. *General rules*

All articles submitted to the *Derecho PUCP* Journal must be written in Spanish or English (with exception of section “Translated articles”), they must address legal or interdisciplinary topics of interest and must have the unpublished status. The review includes the following categories and ordinary sections:

- main topic (or thematic special);
- miscellany;
- interdisciplinary;
- translates articles;
- case law comments;
- bibliography review;
- teacher’s meeting report.

The sections subject to peer-review and arbitration are the following: main topic (thematic special), miscellany and interdisciplinary.

III.2. *Mandatory documentation*

- Authorship Statement and authorization for publishing. It must be signed by all the authors and sent along with the article applying for publishing.

III.3. *Article Characteristics*

III.3.1. First page

The first page must include the following:

- TITLE: in Spanish and English, a short title up to 60 characters;

- NAME OF THE AUTHOR (or authors): institutional affiliation, city and country, profession and academic degree, as well as the author's e-mail must be included in a footnote;
- ABSTRACT: short text in Spanish and English considering the most important ideas of the research;
- CONTENT: the summary of chapters and subchapters included in the article must be stated in Spanish and English;
- KEYWORDS: in Spanish and English.
- In case the study has been submitted as an abstract to a congress or it is part of/included in a thesis, it must be specified with the corresponding quote.

III.3.2. Text body

The following characteristics must be considered:

- the text should not be longer than 20 pages, single-spaced, 12 Arial font, A4 format, with 3 cm margin. Exceptions to this rule must be duly justified and previously authorized by the general editor;
- State the quotes at the foot of the page, double-spaced, 12 Arial font;
- The texts must be written in Word;
- The images to be used are graphics and tables;
- Bibliographic references will only be those quoted in the text, and will be listed consecutively according to their order of appearance.

III.3.3. Bibliographic citations

The bibliographic references must be written according to Fondo Editorial of Pontificia Universidad Católica del Perú publication norms (<http://www.fondoeditorial.pucp.edu.pe/content/17-normas-de-publicacion>).

Therefore, bibliographic citations should be quote in the article, indicating between parentheses the author's surname, publication year and page (s) which correspond (s).

Ex.: (Rubio, 1999, p. 120).

Bibliographic citations should refer to the alphabetical list of references, which are stated at the end of work as follows:

Author (year). Title (edition number, if available). City: Publisher.

Ex.: Abad Yupanqui, Samuel (2004). *Derecho procesal constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.

