Universidad Nacional Mayor de
SAN MARCOS
Universidad del Perú. Decana de América
Facultad de Derecho y Ciencia Política

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

latindex catálogo 2.0

Vol. 80, n.° 80, enero-diciembre, 2025
Publicación anual. Lima, Perú
ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)
DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2025.v80n80

80

REVISTA DE
DERECHO
Y CIENCIA POLÍTICA

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Vol. 80, n.º 80, enero-diciembre, 2025 • Publicación anual. Lima, Perú
ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)
DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2025.v80n80

FUNDADORES
Pedro M. Oliveira, decano (†1958)
Alberto Ulloa Sotomayor (†1975)
Angel Gustavo Cornejo (†1943)
Juan Bautista de Lavalle (†1970)
Jorge Basadre (†1980)
Manuel G. Abastos (†1983)

DECANO
José F. Palomino Manchego
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
Orcid iD: https://orcid.org/0000-0003-1082-193X
E-mail: jpalominom@unmsm.edu.pe

DIRECTOR DE LA REVISTA
Carlos Tamani Rafael
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
Orcid iD: https://orcid.org/0000-0001-5140-3668
E-mail: ctamanir@unmsm.edu.pe

EDITORES ASOCIADOS
Gladys Flores Heredia
Universidad Ricardo Palma, Lima, Perú
Orcid iD: https://orcid.org/0000-0001-7515-6905
E-mail: gladys.floresh@urp.edu.pe

Carlos Antonio Agurto Gonzáles
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
Orcid iD: https://orcid.org/0000-0003-4058-8868
E-mail: cagurtog@unmsm.edu.pe

Dante Martin Paiva Goyburu
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
Orcid iD: https://orcid.org/0000-0001-9140-6580
E-mail: dante.paiva@unmsm.edu.pe

CONSEJO EDITORIAL

Erick Gregory Cuba Meneses
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
Orcid iD: https://orcid.org/0000-0003-2730-2490
E-mail: ecubam@unmsm.edu.pe

María Elena Guerra Cerrón
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
Orcid iD: https://orcid.org/0000-0002-4375-4262
E-mail: jguerrac@unmsm.edu.pe

Héctor Elvis Martínez Flores
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
Orcid iD: https://orcid.org/0000-0003-2048-5343
E-mail: hmartinezf@unmsm.edu.pe

Francisco José Miró Quesada Rada
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
Orcid iD: https://orcid.org/0000-0002-9464-790X
E-mail: fmiroquesadar@unmsm.edu.pe

José Enrique Benjamín Palma Navea
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
Orcid iD: https://orcid.org/0000-0002-7581-2877
E-mail: jpalman@unmsm.edu.pe

José Palomino Manchego
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
Orcid iD: https://orcid.org/0000-0003-1082-193X
E-mail: jpalominom@unmsm.edu.pe

Carlos Ramos Montes
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
Orcid iD: https://orcid.org/0000-0001-8125-101X
E-mail: carlos.ramosmontes@unmsm.edu.pe

Rubí Rivas Cossio
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
Orcid iD: https://orcid.org/0000-0003-1680-3898
E-mail: rrivasc@unmsm.edu.pe

Alexei Dante Sáenz Torres
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
Orcid iD: https://orcid.org/0000-0002-8467-7072
E-mail: asaenzt@unmsm.edu.pe

Juan Manuel Sosa Sacio
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
Orcid iD: https://orcid.org/0000-0003-1371-1525
E-mail: jsosas1@unmsm.edu.pe

CONSEJO CONSULTIVO

Víctor Enrique Toro Llanos
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
Orcid iD: https://orcid.org/0000-0003-0977-9471
E-mail: vtorol@unmsm.edu.pe

José Miguel Embid Irujo
Universidad de Valencia, Comunidad Valenciana, España
Orcid iD: https://orcid.org/0000-0002-9109-1707
E-mail: jose.m.embid@uv.es

Ricardo Alonso García
Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España
Orcid iD: https://orcid.org/0000-0001-7619-6431
E-mail: rag@der.ucm.es

Amelia Alva Arévalo
Universidad Antonio Ruiz de Montoya, Perú
Orcid iD: https://orcid.org/0000-0002-3228-5405
E-mail: amelia.alva@uarm.pe

Jaime Rodríguez Arana Muñoz
Universidad de A Coruña, A Coruña, Galicia, España
Orcid iD: https://orcid.org/0000-0001-9641-5419
E-mail: jaime.rodriguez-arana.munoz@udc.es

Juan Carlos Cassagne
Universidad de A Coruña, A Coruña, Galicia, España
Orcid iD: https://orcid.org/0000-0003-3308-2332
E-mail: jcc@cassagne.com.ar

Paolo Comanducci
Universidad de Génova, Génova, Italia
Orcid iD: https://orcid.org/0000-0003-0378-3293
E-mail: comanducci@unige.it

Francisco Fernández Segado
Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España
Orcid iD: https://orcid.org/0009-0003-8142-9342
E-mail: fdezsegado@der.ucm.es

Dieter Nohlen
Universidad de Heidelberg, Heidelberg, Alemania
Orcid iD: https://orcid.org/0009-0007-4271-5804
E-mail: dieter.nohlen@urz.uniheidelberg.de

Antonio Enrique Pérez Luño
Universidad de Sevilla, Sevilla, España
Orcid iD: https://orcid.org/0000-0002-4110-8662
E-mail: aperez3@us.es

Ricardo Rivero Ortega
Universidad de Salamanca, Salamanca, España
Orcid iD: https://orcid.org/0000-0002-0593-3470
E-mail: ricriv@usal.es

Jorge Alexander Portocarrero Quispe
Universidad Nacional de la Educación a Distancia, Madrid, España
Orcid iD: https://orcid.org/0000-0003-3964-5642
E-mail: jorge.pq@der.uned.es

Claus Roxin
Universidad de Múnich, Múnich, Alemania
Orcid iD: https://orcid.org/0009-0006-2403-8451
E-mail: mail@claus-roxin.de

Francisco Távara Córdova
Universidad Ricardo Palma, Lima, Perú
Orcid iD: https://orcid.org/0009-0005-1404-7074
E-mail: francisco.tavara@urp.edu.pe

Estrella Toral Lara
Universidad de Salamanca, Salamanca, Castilla y León, España
Orcid iD: https://orcid.org/0000-0003-0296-8966
E-mail: etoral@usal.es

Hernán Alejandro Olano García
Institución Universitaria Colegios de Colombia UNICOC, Bogotá, Colombia
Orcid iD: https://orcid.org/0000-0001-7662-4504
E-mail: haolano@unicoc.edu.co

Joan Oliver Araujo
Universidad de las Islas Baleares, Illes Balears, España
Orcid iD: https://orcid.org/0000-0002-6812-3045
E-mail: joliveraraujo@gmail.com

Ignacio Fernández Sarasola
Universidad de Oviedo, Asturias, España
Orcid iD: https://orcid.org/0000-0002-2638-4108
E-mail: sarasola@uniovi.es

Diego Valadés
Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, México
Orcid iD: https://orcid.org/0000-0002-1247-7450
E-mail: valades@unam.mx

Corrección, cuidado de edición y diagramación: Editorial Cátedra Vallejo E. I. R. L.
E-mail: editorialcatedravallejo@gmail.com

EQUIPO TÉCNICO

Corrección: Anfer Enrique Salomón Toledo Navarro
Traducción: Yuri Tornero Cruzatt
Diseño: Rodolfo Loyola Mejía
Gestión y publicación OJS: Infoedutec.com

ISSN: 3028-9343 (En línea)
ISSN: 0034-7949 (Impreso)
DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2025.v80n80

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2024-00899.

© Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Germán Amézaga 375, Lima 1, Ciudad Universitaria, Pabellón de Derecho
Teléfono: (01) 6197000, anexo: 2002
E-mail: jpalominom@unmsm.edu.pe

DIRECCIÓN POSTAL

Germán Amézaga 375, Lima 1, Ciudad Universitaria, Pabellón de Derecho

La revista no se responsabiliza de las opiniones vertidas
por los autores de los artículos.

LICENCIA

La *Revista de Derecho y Ciencia Política. Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos* se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0).

AUTORIDADES ACTUALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

Dra. Jeri Gloria Ramón Ruffner de Vega
Rectora

Dr. Carlos Francisco Cabrera Carranza
Vicerrector académico de Pregrado

Dr. José Segundo Niño Montero
Vicerrector de Investigación y Posgrado

AUTORIDADES ACTUALES DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Dr. José F. Palomino Manchego
Decano

Dr. Chedorlaomer Ruben Gonzales Espinoza
Vicedecano Académico

Dr. José Antonio Ñique de la Puente
Vicedecano de Investigación y Posgrado

Dr. Francisco Miró Quesada Rada
Director de la Unidad de Posgrado

Dr. Jorge Guillermo Gutiérrez Tudela
Director de la Escuela Profesional de Derecho

Dr. Francisco Carruitero Lecca
Director de la Escuela Profesional de Ciencia Política

Mg. Carmen Leyva Serrano
Directora Administrativa

Dr. Alexei Dante Sáenz Torres
Director del Centro de Responsabilidad Social y Extensión Universitaria

PROFESORES HONORARIOS
(Derecho)

Alessandri, Arturo (†)
Alexy, Robert
Alpa, Guido
Alterini, Atilio Aníbal (†)
Asencio Mellado, José María
Atienza Rodríguez, Manuel
Baratta, Alessandro (†)
Barcía Trelles, Camilo (†)
Bedoya Reyes, Luis (†)
Bianca, Cesare Massimo (†)
Bidart Campos, Germán J. (†)
Borda, Guillermo Antonio (†)
Busnelli, Francesco
Calmón, Pedro (†)
Cançado Trindade, Antonio (†)
Cancio Meliá, Manuel
Cappelleti, Mauro (†)
Cassagne, Juan Carlos
Cortiñas Peláez, León (†)
De Barros Carvalho, Paulo
De Buen Lozano, Néstor (†)
De Rego Monteiro, Luis A. (†)
Díez-Picazo, Luis (†)
Espin Cánovas, Diego (†)
Fernández Segado, Francisco
Fix-Zamudio, Héctor (†)
França, Rubens Limongi (†)
Franco, Manoel de Oliveira (†)
García Belaunde, Domingo
García de Enterría, Eduardo (†)
García Máynez, Eduardo (†)
Garrido, Luis (†)
Ghezzi, Giorgio
Gómez de la Torre, Ignacio Berdugo
Gordillo, Agustín (†)
Huerta de Soto, Jesús
Junceda Moreno, Javier
Kemelmajer de Carlucci, Aida
Laplaza, Francisco P. (†)

Lene, Ernesto (†)
Malherbe, Jacque
Martí Bufill, Carlos (†)
Martín Mateo, Ramón (†)
Moisset de Espanés, Luis (†)
Muñoz Conde, Francisco
Nieto García, Alejandro
Niles, Russel D. (†)
Parejo Alfonso, Luciano
Peyrano, Jorge W.
Rébora, Juan Carlos (†)
Recaséns Siches, Luis (†)
Rescigno, Pietro
Roca Roca, Eduardo (†)
Rocco, Emma Adelaida
Romagnoli, Umberto (†)
Rousseau, Charles (†)
Roxin, Claus
Russomano, Mozart Víctor (†)
Sieber, Ulrich
Soler, Sebastián (†)
Tiedemann, Klaus (†)
Visintini, Giovanna

PROFESORES EMÉRITOS
(Derecho)

Abastos, Manuel G. (†)
Acevedo Criado, Luis (†)
Alzamora Silva, Lizardo (†)
Alzamora Valdez, Mario (†)
Aparicio Valdez, Germán (†)
Aramburú Menchaca, Andrés (†)
Arias Schreiber Pezet, Max (†)
Bacacorzo, Gustavo (†)
Basadre, Jorge (†)
Bramont Arias, Luis A. (†)
Cabredo Ríos, María Jesús
Castañeda, Jorge Eugenio (†)
Castillo Colonna, Luciano (†)
Castillo Dávila, Melquíades (†)
Dumbar Temple, Ella (†)
Fernández Sessarego, Carlos (†)

Ferrero Costa, Augusto
Ferrero Costa, Raúl Enrique J.
García Calderón, Manuel (†)
García Montúfar, Guillermo (†)
García Rada, Domingo (†)
Gazzolo Miani, Luis (†)
Heraud Cricet, Luis (†)
Herrera Paulsen, Dario (†)
La Hoz Tirado, Ricardo (†)
Lanatta, Rómulo E. (†)
León Barandiarán, José (†)
Llontop Amorós, Carlos (†)
Maúrtua Vásquez, Víctor (†)
Mimbela de los Santos, Eduardo (†)
Moisset de Espanés, Luis (†)
Montoya Manfredi, Ulises (†)
Nugent, Ricardo (†)
Parodi Remón, Carlos (†)
Quispe Correa, Alfredo (†)
Rendón Vásquez, Jorge
Rodríguez Pastor, Carlos (†)
Roy Freyre, Luis Eduardo (†)
Ruiz Eldrede Rivera, Alberto (†)
Solís Espinoza, Alejandro (†)
Tello Johnson, Jacinto (†)
Thol, Juan (†)
Ugarte del Pino, Juan Vicente (†)
Vásquez de Velasco Prentice, Rafael (†)

DOCENTES DE LA FACULTAD

Profesores principales

Beaumont Callirgos, Ricardo
Brousset Salas, Ricardo Alberto
Carruitero Lecca, Francisco Rogger
Chanamé Orbe, Raúl Roolsevelt
Chávez de Paz, Gregorio Dennis
Cornejo Guerrero, Carlos Alejandro
Delgado Guzmán, Octavio Galvarino
Espinoza Espinoza, Juan Alejandro
Gallegos Ruiz Conejo, Ada Lucía
Gamarra Vilchez, Leopoldo Félix
Gonzales Campos, Robinson Octavio

Gonzales Espinoza, Chedorlaomer Rubén
Guerra Cerrón de Muller, Jesús María Elena
Gutiérrez Tudela, Jorge Guillermo
Hernández Campos, Carlos Augusto
Huancahuari Flores, Simeón
Horna Torres, José
Jaeger Requejo, Rafael Eduardo
Landa Arroyo, César Rodrigo
Magallanes Reyes, José
Mallqui Quijano, William Gaudencio
Martínez Flores, Héctor Elvis
Mávila León, Rosa Delsa
Meza Ingar, Carmen
Miró Quesada Rada, Francisco José
Nizama Valladollid, Medardo
Ñique de la Puente, José Antonio
Ortiz Sotelo, Jorge Alfredo Rafael
Palomino Manchego, José Felix
Pariona Arana, Raúl Belealdo
Prado Saldarriaga, Víctor Roberto
Ramírez Erazo, Ramón
Retamozo Linares, José Alberto
Romero Quispe, Jacobo
Sáenz Torres, Alexei Dante
Seijas Rengifo, Teresa De Jesús
Small Arana, German
Stewart Balbuena, Alberto
Toro Llanos, Víctor Enrique
Torres Vásquez, Aníbal
Ugarte Vega Centeno, Máximo Alfredo
Urquizo Olaechea, José Francisco
Varsi Rospigliosi, Enrique Antonio
Zárate del Pino, Juan Belfor
Zelada Bartra, Jaime Víctor

Profesores asociados

Abregú Baez, María del Carmen
Arana Yances, Daniel Martín
Arbulú Martínez, Víctor Jimmy
Ariano Deho, Eugenia Silvia María
Bazán Chávez, Juan Antonio
Cabrejo Ormachea, Napoleón

Camus Cubas, José Alexander
Canelo Rabanal, Raúl Bladimiro
Chávez Marmanillo, Juan Gualberto
Ciudad Reynaud, Adolfo Alberto
Cubas Villanueva, Víctor Manuel
Cueto Chumán, Pedro Gustavo A.
Estela Huamán, José Alberto
Fernández Cartagena, Julio Augusto
Figueroa Bustamante, Julio Hernán
García Jimenez, Moisés Gustavo
Grandez Castro, Pedro Paulino
Huerta Ayala, Oscar Alberto
Lama More, Héctor Enrique
Ledesma Narvaez, Marianella Leonor
Martínez Ortiz, Juan Jose
Mezarina Garcia, Silvio Jesus
Morales Hervías, Rómulo Martín
Ninamanco Córdova, Jhushein Fort
Paiva Goyburu, Dante Martín
Palma Navea, José Enrique Benjamín
Peña Farfán, Saúl
Peña Jumpa, Antonio
Pérez López, Jorge Adalberto
Peralta Francis, Saulo Yensqui
Príncipe Trujillo, Hugo Herculano
Ramos Montes, Carlos
Ramos Morales, Leonidas Lucas
Ramos Padilla, César Eusebio
Rivas Cossio, Rubi Elisbeth
Soto Vallenas, Víctor Gastón Aquiles
Tapia Cabañín, Miguel Angel
Ugarte Boluarte, Krupskaya Rosa L.
Vargas Jaramillo, Guillermo Julio
Vigil De Quiróz, Clotilde Cristina

Profesores auxiliares

Agurto Gonzales, Carlos Antonio
Aliaga Jibaja, Luis Augusto
Alva Lirio, Carlos Alberto
Bardales Mendoza, Enrique
Beltrán Pacheco, Jorge Alberto
Bermúdez Tapia, Manuel Alexis

Bernui Oré, Pedro Enrique
Caballero Sega, Katty Angélica
Camarena Aliaga, Gerson Wilfredo
Castañeda Gonzáles, Vlado Erick
Castillo Rafael, Carlos Enrique
Cuba Meneses, Erick Gregory
Dell'erva Ugolini, Italo Joshua
Escate Cabrel, Oscar Enrique
Jáuregui Mendieta, Jorge Antonio
Lara Marquez, Jaime Nilton
Larico Apaza, Yaneth Carol
Leyva Saavedra, Segundo José
Medina Rivas Plata, Anthony Rolando
Mejía Tarazona, Robert Alejandro
Meléndez de la Cruz, Felipe Perpetuo
Melgar Apagueño, Maria Esther
Mendieta Pérez, Michael Iván
Montesinos Leon, Nataly Patricia
Navarro Gonzáles, Martin Demetrio
Olaya Medina, Joe Oriol
Palacios Falcon, Liliana Milagros
Pérez Camarena, Rolf Kent
Quispe Ponce, María Candelaria
Ramírez Huaroto, Beatriz May Ling
Rebaza Vílchez, Karen Maribel
Robles Moreno, Carmen del Pilar
Roca Mendoza, Oreste Gherson
Rodríguez Navia, Alizon Wilda
Rojas Leo, Juan Francisco
Romero Romero, Yuri Frank
Salcedo Cuadros, Carlo Magno
Salazar Sánchez, Nelson
Santy Cabrera, Luiggi Victorio
Sosa Sacio, Juan Manuel
Tamani Rafael, Carlos Reinerio
Tapia Cornejo, Bruno Alonso Samuel
Valenzuela Ramirez, Gabriela Sheryl
Vargas Apolinario, Andrés Vicente
Vega Zeña, Luisiana
Vergara Gerstein, Juan Jorge
Vergel Perez Palma, Alessandro

REVISTA DE
DERECHO
Y CIENCIA POLÍTICA

La *Revista de Derecho y Ciencia Política. Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos* es una publicación de periodicidad anual, cuyo objetivo principal es la difusión de artículos inéditos que son el resultado de investigaciones sobre temas jurídicos y políticos. En ese sentido, las principales líneas temáticas que difunde la revista incluyen todas las especialidades del derecho, entre las que se encuentran: derecho constitucional, derechos humanos, derecho administrativo, derecho civil, derecho penal, derecho procesal, filosofía e historia del derecho y teoría general del derecho. Asimismo, se promueve el empleo de enfoques y metodologías inter y multidisciplinarias que acerquen al derecho con la filosofía, la sociología, la ciencia política, la economía, la antropología, entre otras disciplinas.

Los artículos de la revista se arbitran tomando en cuenta los siguientes criterios de evaluación: originalidad, aporte, actualidad y contribución al conocimiento sobre el derecho y la ciencia política. La revista se reserva el derecho de publicación y realizará las correcciones de estilo y las adecuaciones pertinentes a los artículos aceptados para cumplir con las exigencias de la publicación.

La *Revista de Derecho y Ciencia Política* recibe las colaboraciones de todos los docentes de nuestra casa de estudios, así como los de otras universidades nacionales e internacionales, y de investigadores en temas jurídicos y políticos.

Esta publicación va dirigida a investigadores del derecho y la ciencia política, docentes universitarios, estudiantes y al público interesado en las cuestiones propias de la investigación jurídica y política.

REVISTA DE
DERECHO
Y CIENCIA POLÍTICA

The *Review of Law and Political Science. A publication of the Faculty of Law and Political Science of the Universidad Nacional Mayor de San Marcos* is an annual publication, whose main objective is the dissemination of unpublished articles that are the result of research on legal and political issues. In this sense, the main thematic areas covered by the journal include all specialities of law, among which are: constitutional law, human rights, administrative law, civil law, criminal law, procedural law, philosophy and history of law and theory of law. It also promotes the use of inter and multidisciplinary approaches and methodologies that bring law closer to philosophy, sociology, political science, economics, anthropology, among other disciplines.

The articles in the journal are refereed taking into account the following evaluation criteria: originality, thematic contribution, current problems, and any contribution to the knowledge of law and political science. The journal reserves the right of publication and will make the necessary style corrections and adjustments to the articles accepted in order to comply with the requirements of the publication.

The *Review of Law and Political Science* welcomes contributions from all professors at our university, as well as from other national and international universities, and from researchers in legal and political subjects.

This publication is aimed at researchers in law and political science, university professors, students, and the public interested in legal and political research issues.

REVISTA DE
DERECHO
Y CIENCIA POLÍTICA

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Vol. 80, n.º 80, enero-diciembre, 2025 • Publicación anual. Lima, Perú
ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)
DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2025.v80n80

CONTENIDO

Presentación

19 Carlos Tamani Rafael

Artículos de investigación

El Código Civil italiano en el derecho comparado
25 Michele Graziadei

La inexistencia de un derecho incondicionado de los hijos a heredar: una comparación entre derecho italiano y peruano
75 Ivan Libero Nocera

La perspectiva de la OIT sobre la migración de retorno en periodos de crisis
113 José Eduardo López Ahumada

La aplicación de la subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad administrativa en los recientes pronunciamientos del Indecopi
141 José Carlos Gonzales Cucho y Sofía Nikoll Gomero Godoy

El delito de usurpación de funciones públicas
171 Raúl Pariona Arana

La fragmentación y heterogeneidad del campo científico de la Administración pública
191 Erick Cuba Meneses y Dante Patricio Castrillón Idrogo

Una propuesta teórica para analizar los conflictos sociales por el despliegue de infraestructura de telecomunicaciones en Lima y Callao
213 Carlos Infante Palomino

El grave daño de una sentencia imprecisa en el ámbito tutelar familiar
235 Manuel Bermúdez-Tapia

Este texto se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This text is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Vol. 80, n.º 80, enero-diciembre, 2025 • Publicación anual. Lima, Perú
ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)
DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2025.v80n80.01

PRESENTACIÓN

Nuestra revista alcanza su octogésimo número tras casi nueve décadas de trayectoria, ratificando su condición de Patrimonio Cultural de la Nación (Resolución Viceministerial n.º 000325-2024-VMPCIC/MC) y consolidándose como el mayor referente de la hemerografía jurídica nacional universitaria. Se trata de una revista histórica, aunque de vocación plenamente moderna; indexada en prestigiosos repertorios académicos y proyectada a expandir su indiscutible posicionamiento.

La presente entrega congrega investigaciones originales de suma trascendencia, desarrolladas por autores nacionales e internacionales. Partimos con los trabajos de los profesores Michele Graziadei e Ivan Libero Nocera, de la Universidad de Turín y de la Universidad de Bérgamo, respectivamente. El primero ofrece una proyección internacional del Código Civil italiano de 1942 desde una perspectiva comparada, examinando la verdadera magnitud de su alcance en aquellos países donde su recepción demandó diversas acciones adaptativas. Por su parte, el profesor Nocera contrasta la regulación peruana e italiana relativa a la inexistencia de un derecho incondicionado de los hijos a heredar; un análisis que invita a repensar alternativas de reforma orientadas a la solidaridad familiar y su interacción con la libertad de autodeterminación.

En esta misma línea de autores extranjeros, José Eduardo López Ahumada (Universidad de Alcalá), analiza el rol protagónico de la Organización Internacional del Trabajo ante las dinámicas derivadas del movimiento migratorio. Su estudio aborda cómo este fenómeno, impulsado principalmente por cuestiones laborales, repercute críticamente en contextos de crisis demandando la articulación de medidas efectivas frente a la recirculación laboral.

En cuanto a los estudios nacionales, las contribuciones que integran este número contienen análisis en torno al derecho administrativo, penal y civil, además de explorar la ciencia política y sus alcances en los conflictos sociales. El recorrido empieza en el campo del derecho administrativo con el trabajo de José Carlos Gonzales Cucho y Sofía Nikoll Gomero Godoy, quienes reflexionan sobre la aplicación del criterio de la subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad a partir de los pronunciamientos de Indecopi.

Seguidamente, el enfoque se desplaza hacia la perspectiva del derecho penal con la contribución de Raúl Pariona, quien aborda el delito de usurpación de funciones públicas, una figura de particular sensibilidad que demanda una rigurosa revisión doctrinal. Su estudio examina la estructura típica de sus tres modalidades normativas, los sujetos del delito, así como los elementos objetivos y subjetivos, concluyendo que para la configuración de dicho ilícito debe darse el ejercicio efectivo e ilegítimo de la función pública. Precisamente, en esa línea de examen del aparato estatal, la reflexión en torno a la disciplina administrativa se reanuda con el análisis de Erick Cuba Meneses y Dante Patricio Castrillón Idrogo, quienes cuestionan los efectos de la falta de un enfoque propio de la ciencia administrativa para el estudio de la Administración pública.

Por su lado, expandiendo el debate hacia la ciencia política, Carlos Infante Palomino evalúa los conflictos generados entre la comunidad y las nuevas infraestructuras que se implementan para cubrir la atención de los servicios de telecomunicaciones. Frente a los recurrentes episodios de desinformación que rodean este fenómeno, el autor

demuestra que resulta indispensable someter a un riguroso cotejo la bibliografía producida, con el propósito de definir de manera concluyente las causas y motivaciones subyacentes a estas tensiones sociales.

Finalmente, cerrando este sólido bloque de investigación en la esfera del derecho civil y de familia, Manuel Bermúdez-Tapia problematiza acerca de las consecuencias que acarrean las sentencias imprecisas, al no determinar adecuadamente los derechos y obligaciones de las partes, dando lugar a nuevos conflictos familiares en el futuro.

La *Revista de Derecho y Ciencia Política*, gracias al denodado esfuerzo de su equipo editorial, brinda este significativo número ratificando su compromiso de ser el órgano de difusión emblema de nuestra fecunda Facultad, que en el año 2026 celebra los 160 años de su fundación. Desde este espacio, nos sumamos a los actos conmemorativos, congregando los esfuerzos de la comunidad académica, alentando a docentes y estudiantes a que sus reflexiones fortalezcan a la ciencia jurídica peruana.

Carlos Tamani Rafael
Director
Revista de Derecho y Ciencia Política
Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

REVISTA DE
DERECHO
Y CIENCIA POLÍTICA

Artículos de investigación

Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Vol. 80, n.º 80, enero-diciembre, 2025 • Publicación anual. Lima, Perú
ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)
DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2025.v80n80.02

EL CÓDIGO CIVIL ITALIANO EN EL DERECHO COMPARADO

The Italian Civil Code in Comparative Law

MICHELE GRAZIADEI
Università di Torino
(Turín, Italia)
Contacto: michele.graziadei@unito.it
https://orcid.org/0000-0002-4005-9969

RESUMEN

El presente trabajo examina, desde una perspectiva comparada y con un enfoque selectivo, la proyección internacional del Código Civil italiano de 1942. Partiendo de una advertencia metodológica —según la cual la información disponible suele ser fragmentaria y las meras traducciones del código no acreditan por sí mismas una recepción normativa—, el artículo describe las vías de circulación del texto, concentrándose en sus impactos legislativos. En el ámbito latinoamericano, se analiza el Código Civil brasileño de 2002, destacando su matriz ecléctica, la unificación del derecho civil y comercial, y la influencia italiana en áreas como el derecho de la empresa, evidenciando también hibridaciones y críticas en materia de

obligaciones y responsabilidad. Posteriormente, se revisa el Código Civil y Comercial argentino (vigente desde 2015), ilustrando cómo la referencia al modelo italiano se entrelaza con otras tradiciones dentro de un programa codificador orientado a principios, valores, derechos humanos y al pluralismo de fuentes. En el contexto europeo, se subraya el caso de Albania (1994) como un ejemplo de recepción intensa del modelo italiano durante una etapa de transición institucional. Finalmente, se concluye que el Código italiano es ampliamente conocido y valorado a nivel global, aunque rara vez se adopta como modelo exclusivo, dependiendo su influencia de las mediaciones locales y del propio desarrollo de la doctrina italiana.

Palabras clave: Código Civil italiano; derecho comparado; circulación de modelos; unificación del derecho privado.

ABSTRACT

This paper examines, from a comparative perspective and with a selective focus, the international influence of the Italian Civil Code of 1942. Based on a methodological advertence—that the information available is often fragmentary and that mere translations of the text do not in themselves constitute evidence of its adoption into law—the article describes the ways in which the text has circulated, focusing on its legislative impacts. In the Latin American context, this paper examines the Brazilian Civil Code of 2002, highlighting its eclectic nature, the unification of civil and commercial law, and the Italian influence in areas such as company law, whilst also drawing attention to hybridisations and criticisms regarding obligations and liability. The article then examines the Argentine Civil and Commercial Code (in force since 2015), illustrating how references to the Italian model are interwoven with other traditions within a codification programme guided by principles, values, human rights and the pluralism of sources. In the European context, the case of Albania (1994) is highlighted as an example of the widespread adoption of the Italian model during a period of institutional transition. Finally, it is concluded that

the Italian code is widely known and valued globally, although it is rarely adopted as an exclusive model, its influence depending on local adaptations and the development of Italian legal doctrine itself.

Keywords: Italian Civil Code; comparative law; circulation of models; unification of private law.

Recibido: 11/05/2025 Aprobado: 13/08/2025 Publicado: 17/12/2025

1. INTRODUCCIÓN

Trazar un panorama de la influencia del Código Civil italiano de 1942 en el extranjero para documentar su recepción durante los últimos ochenta años no es tarea sencilla. Recopilar datos plenamente fiables exigiría años de estudio y el análisis de un vasto corpus documental[1]; tal envergadura desbordaría la capacidad individual y requeriría de un equipo de investigación dedicado exclusivamente a esta labor. Debido a la escasez de especialistas comprometidos con proyectos de esta escala, la literatura disponible —salvo excepciones puntuales— es insuficiente para ofrecer una perspectiva amplia y detallada sobre la materia. Cabe destacar que los volúmenes publicados con motivo del quincuagésimo aniversario del Código no abordaron esta cuestión. No obstante, es preciso señalar que, bajo el impulso de Rodolfo Sacco, la Società Italiana per la Ricerca nel Diritto Comparato (SIRD) organizó en 2012 su segundo congreso nacional en Siena, titulado «Il modello giuridico —scientifico e legislativo— italiano fuori dell'Europa». Sus

1 Hace poco más de tres décadas, Sacco (2010, pp. 319 y ss.) daba cuenta de la entrada en vigor de 64 códigos civiles en el mundo a partir de 1948. Dicha cifra ha sido ya superada, y el tema de la codificación del derecho privado, tras haber estado en el centro de amplios debates europeos, ha vuelto a captar la atención en el ámbito nacional (Patti, 2018, pp. 435 y ss.). Como es sabido, entre los códigos más recientes se encuentra el Código Civil de la República Popular China, vigente desde 2021. Para un análisis de los modelos extranjeros que han influido en la parte general del proyecto, véase Timoteo (2018, pp. 245 y ss.).

actas, editadas por Sabrina Lanni y Pietro Sirena, aportan material valioso sobre el ámbito extraeuropeo y la influencia de dicho cuerpo normativo en el exterior[2].

Por su parte, el *Annuario di diritto comparato e studi legislativi* (2014) incluye una recopilación de estudios sobre la influencia del derecho privado italiano en Europa, editada por Mauro Bussani[3]. En este volumen, el objeto del presente estudio se aborda de manera recurrente en relación con diversos países europeos. Si bien las investigaciones de estas dos obras no se centran exclusivamente en la trascendencia del Código de 1942, proporcionan un marco propicio y diversas claves sobre su acogida en diferentes contextos nacionales.

2. LAS TRADUCCIONES DEL *CODICE CIVILE* Y LA CIRCULACIÓN DEL MODELO JURÍDICO ITALIANO

Dado el estado actual de la cuestión, no es factible ofrecer un tratamiento exhaustivo del tema. Sin embargo, puede emprenderse un análisis de experiencias específicas que brindan claves interpretativas para abordar fenómenos de alta complejidad sobre los cuales no cabe formular balances definitivos. Desde esta perspectiva, la influencia del Código Civil italiano en el extranjero resulta un objeto de estudio abordable, centrado aquí en su impacto sobre otras obras legislativas. Un examen integral de su ascendencia sobre la doctrina y la jurisprudencia extranjeras constituiría una tarea aún más ardua; no obstante, existen testimonios de este interés en tiempos recientes, como ocurre con la regulación de las actividades peligrosas (art. 2050 del Código Civil)[4].

---

2 Véase Lanni & Sirena (2013, pp. XII-466).

3 El *Annuario* (Bussani, 2014) consta de un volumen de 884 páginas. En aquella ocasión publiqué el ensayo «L'influenza del diritto privato italiano in Europa» (Graziadei, 2014, pp. 307 y ss.). Algunas secciones del presente escrito retoman lo allí abordado, especialmente en lo que atañe a la codificación civil albanesa.

4 Véase Borghetti (2010, pp. 1-40), Borghetti (2022, pp. 323-343) e Infantino (2014, pp. 339-363).

Al iniciar la investigación, un primer motivo de reflexión es la escasez de estudios dedicados a los itinerarios que han llevado al Código Civil de 1942 a diversas áreas geográficas. A diferencia de Italia, países como Francia poseen una vasta producción científica sobre la circulación de su propio cuerpo normativo y mantienen un firme interés en la difusión de su modelo. Muestra de ello es la publicación, en 2019, de una edición trilingüe del *Code civil* (francés, inglés y árabe)[5] o la traducción al árabe de 2012, que incluyó cuadros de concordancia con las legislaciones de doce países de Oriente Medio (Argelia, Emiratos Árabes Unidos, Egipto, Irak, Jordania, Kuwait, Líbano, Libia, Marruecos, Catar, Siria y Túnez)[6].

Italia, como *sistema-país*, parece ajena a la difusión de su derecho y no manifiesta una voluntad institucional de facilitar el acceso a este en otros idiomas, salvo en ámbitos muy específicos[7]. Así, las traducciones del Código Civil de 1942 a la lengua inglesa, alemana, española, portuguesa, japonesa, mandarín y albanesa responden a trayectorias heterogéneas que no se vinculan a una estrategia estatal de promoción internacional.

3. TRAYECTORIA DE LAS TRADUCCIONES

La versión en inglés, por ejemplo, se remonta al esfuerzo del ejército estadounidense por documentar el derecho vigente en Italia en 1944. Originalmente, no estaba destinada a la publicación, sino al uso interno de las fuerzas armadas en el territorio bajo control aliado[8].

5 Véase Séjean (2020).

6 Revisar *Code civil français en arabe* (2012).

7 En materia bancaria y financiera existe un corpus significativo de traducciones al inglés. El Banco de Italia ofrece en su sitio web una traducción al inglés del *Testo unico bancario e finanziario*. Igualmente, Consob publica en su página oficial traducciones al inglés de la normativa sobre el mercado financiero.

8 La obra aparece como *US Army Service Forces Manual (M353-3A)* para Italia. La traducción del Libro I del *Codice civile* está fechada el 9 de mayo de 1944, y no se indican los nombres de los traductores; posteriormente, se publicarán las traducciones de los demás libros del Código.

Pese a esto, sirvió de base para ediciones comerciales posteriores que, aunque hoy están desactualizadas, conservan la estructura original[9].

Por su parte, la traducción al alemán fue impulsada por la Provincia Autónoma de Bolzano debido a su régimen lingüístico[10]; la versión más reciente de la Oficina de Cuestiones Lingüísticas está actualizada a 2022. Existe, además, una traducción sinóptica a cargo de Salvatore Patti, publicada por la editorial Beck en 2019, junto con el Código del Consumo (Patti, 2019).

En cuanto al español, su traducción data de 1954 y presenta deficiencias técnicas. Fue publicada como apéndice de la obra de Francesco Messineo por Santiago Sentís Melendo, magistrado exiliado durante el franquismo que se estableció en Argentina, donde tradujo a procesalistas como Carnelutti y Calamandrei. En Argentina, el interés por el Código Civil italiano se manifiesta mediante traducciones parciales que abarcan, incluso, obras comentadas (Fassi, 1960; 1962)[11]; mientras que la versión al portugués —publicada en Río de Janeiro en 1961— fue realizada por Armando Souza Diniz (1961).

Asimismo, se tiene registro de una traducción al japonés del Código Civil italiano, publicada entre 1974 y 1977 por el historiador de derecho japonés Tsuruhisa Kazama (1974). En 1997 apareció la versión en chino[12], fruto de la colaboración entre especialistas de ese país y juristas italianos vinculados a la Universidad de Tor Vergata y al Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR). En este proceso —al igual que en las relaciones jurídicas entre Italia y América Latina— los

9 La edición más reciente de la obra, en hojas móviles, aunque ya no actualizada, es Beltramo et al. (1991).

10 La versión en alemán del *Codice civile* está actualmente disponible en el sitio web de la provincia de Bolzano. El texto, en la versión del 31 de mayo de 2010, fue traducido por el Dr. Max W. Bauer, abogado; Dr. Bernhard Eccher, profesor universitario; Dr. Bernhard König, profesor universitario; Dr. Josef Kreuzer, consejero jubilado de Corte de Apelación; y Dr. Heinz Zanon, presidente del Tribunal de Bolzano. La obra es propiedad de la Provincia Autónoma.

11 La edición corrió a cargo de la Sociedad Dante Alighieri.

12 Véase Italia (1997). La 2.ª edición es del año 2004.

estudiosos del derecho romano han desempeñado un rol fundamental al emplear el italiano como lengua vehicular.

En ocasiones, las traducciones son solo parciales. Un ejemplo notable ocurrió en la Yugoslavia de Tito, donde se publicó en 1964 una traducción al croata del Libro IV, relativo a las obligaciones (Mitrović, 1964). A su vez, la versión al albanés es la más reciente, editada en 2014 por una casa editorial local (Mocka, 2014).

En este escenario, la ausencia de una traducción oportuna al francés del Código de 1942 no resulta sorprendente si se considera el fracaso del proyecto ítalo-francés de codificación de las obligaciones de 1927. Aun así, llama la atención que tal carencia persista, dado que los vínculos entre los juristas de ambos países son regulares, los intercambios comerciales son significativos y existen múltiples puntos de contacto cultural.

En contraste, el Código Civil italiano de 1865 fue traducido al francés con celeridad por Théophile Huc (1866), quien destacó las mejoras de la legislación italiana frente al modelo napoleónico. A finales del siglo XIX, apareció una segunda traducción como parte de una colección integral de códigos italianos[13]. Entre las curiosidades históricas, destaca una versión de 1868 publicada en Annecy, encargada para satisfacer las necesidades de la población del distrito de Aosta —que hablaba patois y no francés—, con el fin de difundir la obra en Francia[14].

---

13 Véase *Code civil italien* (1892a), traducido por H. Prudhomme. Consta también una traducción al alemán del *Codice civile italiano* de 1865, publicada en Bolzano en 1930 como *Italienisches Zivilgesetzbuch* (1930). El *Codice di commercio italiano* de 1882 fue, a su vez, traducido al francés como *Code de Commerce Italien* (1892b).

14 Véase *Code civil du royaume d'Italie: avec deux tables comparatives des codes français et piémontais* publicado en 1868, traducido al francés por J. B. Gandolfi. En el prefacio de la obra, el traductor observa que el nuevo gobierno italiano «ya no publica oficialmente las leyes en esta lengua [el francés, n. del t.], porque desea introducir poco a poco en este país la lengua italiana. Sin embargo, esta población, compuesta casi enteramente por campesinos analfabetos, que no conocen más que su dialecto, necesita absolutamente

Aunado a esto, se carece de estudios profundos que documenten la influencia del Código de 1865 fuera de Italia, pese a que dicho cuerpo normativo generó un interés genuino en el extranjero. Se han identificado, además de dos traducciones al español[15], una traducción al japonés[16]. Ciertamente, este texto, además de impactar en la legislación de varios países europeos —como España, Rumanía o Bulgaria—, sirvió de base para el Código Civil venezolano de 1873[17].

Este primer censo de las traducciones debe ir acompañado de ciertas precisiones metodológicas. En efecto, de la mera existencia de una traducción no puede inferirse su influencia real en el derecho receptor. El caso de la traducción inglesa realizada por las fuerzas armadas estadounidenses durante la Segunda Guerra Mundial resulta ilustrativo: una traducción puede ser una herramienta operativa para quienes actúan en territorio italiano sin que ello constituya una prueba de *recepción* del modelo en las opciones normativas de un legislador foráneo. Bajo esta premisa, cabe recordar también la traducción al alemán elaborada para garantizar el acceso al derecho de la población germanoparlante del Alto Adige.

Debe considerarse que, en términos generales, la entrada en vigor de un texto en un territorio específico, en los procesos de circulación de modelos jurídicos, representa un hito que debe situarse en un contexto amplio[18]. La doctrina comparatista sostiene que el destino del texto

---

que se le lean las leyes de manera inequívoca, en una lengua que guarde alguna relación con ese dialecto» (1868).

15 Véase Aguilera y Velasco (1881). Consta también una traducción anterior, publicada con el título *El Código civil italiano* (1876).

16 El *Codice civile del 1865* fue traducido al japonés por Saburo Komyoji en 1882, basándose en una versión francesa de Joseph Orsier. En 1892 apareció luego en japonés la versión de la obra de Théophile Huc dedicada a la comparación entre el *Codice civile italiano* de 1865 y el *Code civil français*. Tomo esta información de Ortolani (2013).

17 Véase al respecto, Pinto Oliveros (2014).

18 Para un análisis de carácter más general dedicado a la circulación de modelos jurídicos, así como para el examen del estado del arte y de los debates abiertos al respecto, se sugiere remitir a Graziadei (2019). En relación con el área sudamericana, pueden leerse observaciones pertinentes en Somma (2015).

recepcionado —en su interpretación y aplicación— depende de las fuerzas activas en el lugar de destino. Por consiguiente, el texto representa solo uno de los *formanti* que intervienen en el fenómeno de la circulación; de allí deriva la necesidad de distinguir los diversos elementos que, en tanto *formanti* o *crittotipi*, determinan su evolución local[19]. La propia historia de la codificación italiana puede reconstruirse bajo estos mismos parámetros[20].

Al analizar la influencia del Código Civil italiano en el exterior, estos distintos *formanti* permanecerán en un segundo plano. Mas, es evidente que la incidencia de dicho cuerpo normativo varía drásticamente entre un entorno con vínculos intensos con la cultura jurídica italiana y aquellos contextos que mantienen contactos esporádicos con su ordenamiento. Bajo otra perspectiva, el derecho italiano rara vez constituye la única fuente de inspiración para los juristas activos en estos escenarios. Con mayor frecuencia, la elaboración del derecho propio se nutre de una pluralidad de referencias provenientes de diversos ordenamientos, bajo un enfoque ecléctico. Solo, en circunstancias particulares —como lo demuestra el ejemplo de Albania—, el recurso al derecho extranjero se realiza de forma unidireccional, privilegiando un solo modelo con excepciones mínimas.

4. ¿QUÉ CÓDIGO CIRCULA?

Al abordar el conocimiento y la influencia del *Codice civile* de 1942 en el exterior, surge una interrogante fundamental: ¿qué versión del cuerpo normativo ha sido objeto de circulación? El Código Civil actual difiere sustancialmente de aquel que se promulgó en 1942 bajo el régimen fascista. Tras la caída de la dictadura, el texto —originalmente marcado por el repliegue nacionalista, el corporativismo y el rastro de las leyes antisemitas— debió ser reinterpretado bajo un paradigma ideológico distinto, incluso por los mismos juristas que

19 Véase Sacco & Rossi (2019).

20 Sobre este punto, véase más adelante el apartado dedicado a las conclusiones.

participaron en su redacción. En este punto, cabe mencionar a Filippo Vassalli y las páginas finales de su ensayo sobre la «extra-statualità del diritto civile», donde analiza el nuevo horizonte —incluyendo el internacional— en el que se situó la disciplina tras la Segunda Guerra Mundial (Vassalli, 1951).

En consecuencia, una extensa etapa del derecho civil italiano se dedicó a desmontar las premisas ideológicas de dicho código, a repudiar el culto al Estado y a potenciar el pluralismo que halló su expresión definitiva en la Constitución republicana[21]. En la Italia de la posguerra, no resultaba viable restaurar la vigencia del Código de 1865, debido a que este pertenecía a una sociedad liberal ya extinta tras la profunda crisis social y económica que precedió a la dictadura. La idea de resucitar «un cuerpo muerto» era inadmisible. Por otra parte, como ha señalado Giovanni Battista Ferri, la cultura jurídica del Código de 1942 era «compromisoria e incluso ambigua, suspendida e irresuelta entre aspiraciones liberalistas (...) y aquellas exigencias dirigistas y estatistas, propias de un régimen no liberal, como sin duda fue el fascismo» (Ferri, 2008, p. 41)[22]. Paradójicamente, fue esta naturaleza ambigua la que facilitó su difusión inicial en ciertos contextos de ultramar, particularmente en el ámbito latinoamericano[23].

5. EL *NOVO CÓDIGO CIVIL* DE BRASIL

Es necesario observar el contexto brasileño para identificar la atmósfera ideológica corporativa en la que se gestó el *Codice civile* italiano de 1942. El Código Civil de 1916 ya se había nutrido considerablemente del patrimonio jurídico italiano; se estima que, de sus 1807 artículos, 72 se inspiraban en el Código italiano de 1865, junto a un

21 Para una síntesis magistral de esta evolución, trazada por uno de sus principales artífices, véase Alpa (2018).

22 Véase, al respecto, sobre todo el balance de Cappellini (2012).

23 Para una introducción general a los temas de la codificación civil en esta área, véanse especialmente Lanni (2017) y Schipani (2010). Para una reflexión de carácter general sobre el *Codice civile italiano* y los códigos de la región, véase Rescigno (1994; 2013).

volumen mayor de normas derivadas de los modelos francés y portugués, y un contingente significativo proveniente del BGB, el Código de Zúrich y el Código Civil español[24]. Conviene precisar que muchas de estas 72 disposiciones eran reproducciones de normas francesas, por lo que el aporte específicamente italiano no debe sobreestimarse. Sin embargo, estudios recientes sobre la codificación de 1916 destacan que su artífice, Clóvis Beviláqua, se inspiró en la doctrina italiana —representada por autores como Emanuele Gianturco, Enrico Cimbali y Pietro Cogliolo— para integrar una orientación social que superara el rigor del liberalismo clásico (Reis, 2021)[25].

En el Brasil de entreguerras, la crisis de 1929 facilitó el arraigo de la ideologías corporativistas, las cuales encontraron un vehículo de expansión a través de la influencia del fascismo italiano. A estas corrientes adhirió en su juventud Miguel Reale, quien décadas más tarde sería reconocido como el padre del Código Civil de 2002[26]. El régimen de la época llegó a promulgar una Constitución que retomaba numerosos puntos de la *Carta del Lavoro* de 1927[27]. Bajo este influjo, se constituyó una comisión de codificación que analizó los trabajos italianos; aunque su proyecto no prosperó por ser considerado aún

---

24 La enumeración mencionada en el texto se debe a Pontes de Miranda (1928); de ello da cuenta Calderale (2013, pp. 199-204). De manera más general, al mismo autor se debe una investigación profunda sobre la codificación brasileña, indispensable para el estudio detallado de la codificación en Brasil (Calderale, 2005). Esta obra fue precedida por una recopilación de ensayos editada también por el mismo (Calderale, 2003). Resultan igualmente útil *Il nuovo Codice civile del Brasile e il Sistema giuridico latinoamericano: Atti del Congresso internazionale* (2003). Posteriormente, se publicó una valiosa recopilación de ensayos con ocasión del décimo aniversario del Código Civil brasileño (Lanni, 2004). Véase allí, como introducción general al Código, el trabajo de Amaral Neto (2014); así como Schipani (2014), en relación con el contexto continental más amplio, y Siebeneichler de Andrade (2019). Desde una perspectiva histórica, revisar Fonseca (2004).

25 En particular, se debe a Clóvis Beviláqua la introducción a la traducción al portugués de la obra *La nuova fase del diritto civile* de Cimbali (1900).

26 Para una semblanza, véase Losano (2006); sobre aspectos particulares, Bertonha (2017); sobre las relaciones entre Miguel Reale y Giorgio Del Vecchio, consultar Leucadito (2017).

27 Véase Losano (2012).

demasiado liberal, sentó un precedente fundamental. Como observa Calderale (2013), aquel intento fue «definitivamente influyente para quienes posteriormente habrían de trabajar en la redacción de un nuevo código» (pp. 210-211). En sintonía con esto, De Sousa Zanetti (2013) sostiene que, desde ese momento, «la influencia italiana se hizo cada vez más viva» (p. 181). Esta etapa coincidió con la actividad de juristas italianos exiliados en el país; entre ellos, destaca Tullio Ascarelli, quien dejó una escuela de discípulos en Brasil y colaboró activamente en la legislación sobre derecho societario[28].

Tras el periodo de involución antidemocrática (1964-1984), se inició en 1985 una etapa democrática consolidada por la Constitución de 1988. Este texto recoge elementos del constitucionalismo italiano al subrayar la centralidad de la persona y la aspiración hacia una sociedad más justa. La Carta Magna brasileña contiene múltiples referencias al derecho privado, lo que propició una tendencia hacia su constitucionalización, temática en la que los juristas italianos han realizado aportes fundamentales. Estas contribuciones son ampliamente reconocidas por la doctrina brasileña formada en Italia, particularmente en bajo la influencia de Pietro Perlingieri —como es el caso de Gustavo Tepedino[29]— y la difusión de las obras de Stefano Rodotà.

Finalmente, en 2002, bajo la presidencia del socialdemócrata Fernando Henrique Cardoso, se promulgó el *Novo Código Civil*. Esta obra unificó el derecho civil y comercial, adhiriéndose plenamente a los valores de la Constitución de 1988[30]. El Código de 2002, compuesto por ocho libros, posee una matriz ecléctica común a otros cuerpos normativos de la región. Al evaluar la influencia italiana, destaca la

28 Sus libros más raros se conservan en una sala especial de la biblioteca de la Facultad de Derecho de Largo São Francisco, como nos recuerda Mario Losano.

29 Sobre este punto, véase el testimonio de De Cicco (2013). La autora ha traducido la principal obra de Perlingieri sobre el derecho civil constitucional. Sobre el personalismo en el derecho brasileño, véase también ampliamente Tonato (2014) y Bodin de Moraes (2014).

30 El *Codice* ha sido traducido al italiano por Carbone (2019).

presencia de una «Parte General» como rasgo distintivo, lo cual aleja al modelo brasileño del italiano, si bien reconoce la ascendencia de las codificaciones helvética e italiana[31].

Dicho impacto se vincula primordialmente con la inclusión de un «Libro II», dentro de la «Parte Especial», dedicado al derecho de la empresa y manifiestamente deudor del Código de 1942 (Corapi, 2014). No obstante, en Brasil persiste la vigencia del Código de Comercio de 1850 para la navegación marítima, sin descartar una futura codificación mercantil. Sumado a lo anterior, la regulación de las relaciones laborales permanece ajena al código —a diferencia del «Libro Quinto» del *Codice civile*—, en tanto que el derecho del consumidor se rige por un cuerpo autónomo sin influencias italianas evidentes[32].

En materia de obligaciones, la legislación previa al Código Civil de 2002 ya había incorporado disposiciones inspiradas en el modelo italiano, como ocurre con el contrato preliminar. Ciertamente, se reconoce en dicho código un fenómeno propio de la circulación de modelos jurídicos: la hibridación del modelo extranjero con elementos del derecho local; un ejemplo claro es la regulación de la *rescisión*. Si bien diversas disposiciones sobre obligaciones y contratos remiten a antecedentes italianos, la deuda es también considerable respecto del Código Civil portugués y las soluciones de la reforma alemana (BGB)[33].

Cabe añadir que la recepción de normas procedentes del Código de 1942, cuando se produce —como en la regulación de la onerosidad

31 Reale (2005, pp. 79-80) afirma lo siguiente: «Pues bien, si el Anteproyecto coincide, en parte, con los modelos suizo e italiano en lo que respecta a la unificación de las obligaciones, la ordenación de la materia obedece, sin embargo, a una orientación propia e inconfundible, vinculada a las más gloriosas tradiciones de nuestro Derecho. (…) Ahora bien, basta la existencia de una Parte General para desmentir la imputación de que habríamos seguido el modelo italiano de 1942, que no la contempla». Sobre la *parte generale* del *Codice civile*, revisar Rescigno (2003) y Schmidt (2018).

32 Lanni, en el marco de un estudio detallado, observa que tal fenómeno es común a todos los países de la región y se explica, ante todo, por el hecho de que Italia llegó relativamente tarde a la elaboración de un derecho de los consumidores (2013, p. 271).

33 Véase, sobre todo, el minucioso análisis de estas normas en Calderale (2005).

sobrevenida—, no siempre está exenta de críticas. Al respecto, se ha cuestionado la solución de raíz italiana por exigir que el evento generador de la resolución sea extraordinario e imprevisible, requisito problemático en contextos donde la inflación afecta sistemáticamente al equilibrio contractual (Salerno & Pasqualini-Salerno, 2018; Calderale, 2012). En ocasiones, el código brasileño se encuentra alineado en continuidad con la solución italiana, pero mejora su formulación; se observa, por ejemplo, en la responsabilidad extracontractual por actividades peligrosas (art. 927), donde la norma brasileña evita introducir elementos subjetivos en el esquema de imputación de la responsabilidad (Iudica, 2003)[34].

Cabe preguntarse por qué razón el *Codice civile* italiano ha sido considerado atractivo en este contexto. Una diagnosis al respecto fue formulada por Hernando Devis Echandía Hinestrosa, colombiano, figura sobradamente conocida en Italia, en un texto publicado en 2015 que recoge una lección impartida en Roma en 2008, en el marco del doctorado Sistema giuridico romanistico e Unificazione del diritto (Hinestrosa, 2015). En síntesis, según el autor, el éxito del Código Civil de 1942 se debe, ante todo, al hecho de ser el primero en abandonar los esquemas propios del liberalismo clásico que caracterizaban a los códigos del siglo XIX. Se trata de un código que manifiesta una apertura de signo solidario, hoy garantizada por la Constitución republicana, y que exhibe una factura técnica de elevada calidad.

En este marco se sitúa la función del Estado, respecto de la cual el Código Civil italiano —en su lectura actual— ofrecería una noción precisa. He aquí las palabras de Hinestrosa al respecto: «La posición del Estado y del ordenamiento jurídico, que vigila, interviene, orienta, corrige, sin sustituir al individuo ni impedir su acción legítima, resulta evidente en los preceptos relativos a la integración del contenido del contrato. La incorporación automática de cláusulas (contenido

34 Véase, para un análisis más amplio y profundo del contexto normativo, Lanni (2014).

impuesto normativamente) constituye un anticipo del desarrollo de la regulación del contrato de consumo» (2015). Siguiendo esta línea de análisis, puede advertirse que el Código Civil brasileño, además de codificar la función social de la propiedad, proclama la libertad contractual, previendo, no obstante, que esta sea ejercida «en razón y dentro de los límites de la función social del contrato» (art. 421). Se trata de una fórmula de larga data que, incluso en Brasil, genera controversias en torno al significado de dicha cláusula y a su alcance operativo (Calderale, 2005; Posenato, 2014).

No obstante, esta disposición cobró cuerpo en un clima político ya muy alejado de los primeros intentos de reforma del código, que finalmente vio la luz en 2002. Diversos juristas brasileños han considerado que el Código Civil nació ya envejecido, debido a su dilatado proceso de gestación, ligado a un *iter* legislativo que se prolongó por 27 años, desde 1969 (Tonato, 2014, p. 71). Sin embargo, fue precisamente la deliberada elección del código en favor de una legislación por principios y de cláusulas generales lo que permitió al jurista brasileño operar un viraje metodológico, preconizado por los propios impulsores del código, orientado a marcar el ocaso de los métodos interpretativos enraizados en el código anterior, propios de la modernidad (Amaral Neto, 2014). La interpretación doctrinal y jurisprudencial ha puesto así el acento en normas abiertas, orientadas a la buena fe, a la probidad, a las buenas costumbres, a la *meritevolezza* y otras tantas. La apertura axiológica también es sentida con intensidad: los temas recurrentes son la dignidad de la persona, la igualdad, la proporcionalidad, el respeto al medio ambiente, la función social del derecho, entre otros[35]. Los principios y cláusulas generales hacen que el Código Civil de 2002 se presente ante el intérprete como un sistema abierto, orientado hacia un orden axiológico o teleológico que permite superar el formalismo del sistema anterior, es decir, del Código de 1916, considerado ya

35 Sobre este último aspecto, en relación con el régimen de los derechos reales, revisar Calderale (2014).

completamente inadecuado frente a las exigencias que plantea la compleja realidad contemporánea[36] (Amaral Neto, 2014).

6. EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA JUNTO CON OTRAS CODIFICACIONES LATINOAMERICANAS

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, que entró en vigor en 2015, representa el otro gran capítulo relativo al mundo latinoamericano[37]. En efecto, el Código argentino pretende fundar su labor codificadora en ciertos rasgos comunes al derecho latinoamericano, tal como lo declaran los trabajos preparatorios, los cuales, además, hacen referencia a la tradición del *ius commune* romano y a la influencia del Código Civil francés como elementos que los codificadores han querido respetar[38]. Esta circunstancia fue advertida por uno de los primeros comentaristas del proyecto de código (Azar-Baud, 2013, p. 263) y fue reiterada en la entrevista sobre el nuevo código concedida por la profesora Aída Kemelmajer de Carlucci a Sabrina Lanni. En dicha entrevista resulta evidente la conciencia respecto del papel creciente de la ciencia jurídica desarrollada entre ambos códigos. La profesora Kemelmajer de Carlucci señala que, cuando Dalmacio Vélez Sarsfield emprendió la redacción del primer Código Civil argentino, no existía ni doctrina ni jurisprudencia locales; situación que, evidentemente, ha cambiado de manera profunda (Lanni, 2016).

Argentina cuenta también con un primer código decimonónico, promulgado en 1869 y vigente desde 1871, cuya autoría corresponde

---

36 Como señala el autor, temas semejantes ya se encuentran claramente presentes en la obra de Miguel Reale, quien presidió la Comisión de codificación. Sobre el particular, véase Rescigno (2013, pp. 188-189).

37 En términos generales, resulta útil la consulta del volumen de Cardilli & Esborraz (2017). En lo que atañe a nuestro tema, véase Lerner (2002), Lucchini Guastalla (2013) y Esborraz (2014; 2016). Esta última, obra en la que se retoma en gran medida el contenido del trabajo precedente.

38 Así se advierte al inicio de la exposición de motivos del proyecto de Código (Comisión Redactora, 2012).

precisamente a Vélez Sarsfield, profesor de la Universidad argentina de Córdoba y también autor del *Código de Comercio* de 1859[39]. Vélez Sarsfield aprovechó su vasto conocimiento de las fuentes romanísticas, así como de las numerosas codificaciones y obras doctrinales extranjeras que habían visto la luz hasta entonces[40]; de este modo, logró «dar vida a un derecho sólidamente consciente de sus remotos y variados orígenes» (Labruna, 2004)[41].

Durante la segunda década del siglo XX, al igual que en otros lugares, en Argentina se planteaba la cuestión de una nueva codificación. El camino hacia el nuevo código será largo y los sucesivos proyectos comenzarán a incorporar los aportes del *Codice civile* italiano de 1942, así como de la doctrina que se desarrolla en torno a él. Entre los juristas italianos de referencia figuran, en primer lugar, aquellos que cabría esperar en las décadas inmediatamente posteriores a la Segunda Guerra Mundial: Emilio Betti, Francesco Messineo y Santoro Passarelli.

Un punto de inflexión lo constituye la reforma del antiguo Código Civil argentino, llevada a cabo en 1968. Dicha reforma ofrece la oportunidad de otorgar mayor relevancia a la buena fe (junto con la figura del abuso del derecho), a la *rescisión* por lesión y, especialmente, a la resolución por excesiva onerosidad sobrevenida. La apertura hacia la solución italiana en esta materia se ve marcada por un paso ulterior, dado que en Argentina se admite también la resolución de los contratos aleatorios, cuando la *alea* que se verifica resulta ajena a la *alea* propia del contrato. En el ámbito extracontractual, se incorpora al derecho

39 Una edición reciente del Código ha sido publicada bajo la dirección de dos juristas italianos (Schipani & Lanni, 2007).

40 Sobre la figura y obra de Vélez Sarsfield, pueden consultarse: Schipani (1991); Levaggi (2005); más recientemente, Turelli (2020). En el plano metodológico, es bien conocido el influjo ejercido sobre Vélez Sarsfield por la obra del jurista brasileño Augusto Teixeira de Freitas.

41 Lanni (2017) reconoce un carácter «endógeno a este código» en la «reconstrucción de la identidad de la codificación civil latinoamericana»; más recientemente, Turelli (2020). En cuanto a las fuentes utilizadas por Vélez Sarsfield, resulta también útil el trabajo de Parise (2010).

argentino un equivalente del artículo 2047 del *Codice civile*, relativo al daño causado por persona incapaz, y la influencia italiana se manifiesta también en materia de posesión.

En 1988 se reabre el debate sobre la reforma del Código Civil, y comienzan a sucederse diversos proyectos, hasta llegar al proyecto de nuevo código de 1998, que se sitúa en el contexto posterior a la reforma constitucional de 1994, por la cual se incorporaron a la Constitución argentina diversos tratados y convenciones sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22). El *Codice civile* italiano vuelve a convertirse en un referente importante, a veces a través de la mediación de otros códigos que, a su vez, habían recogido la influencia del modelo italiano, como el Código Civil peruano de 1984 y el Código Civil boliviano de 1975. No obstante, este proyecto también sería finalmente dejado de lado.

En 2011 se nombra una nueva comisión para la codificación, integrada por Ricardo Luis Lorenzetti (quien la presidió), Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. Los tres comisionados eran profesores universitarios con una destacada trayectoria en el ámbito judicial. Del proyecto redactado por esta comisión —con la colaboración de un amplio grupo de colegas y tras numerosos intercambios— surgirá finalmente el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, que realiza la unificación del derecho civil y comercial, objetivo largamente perseguido. En cuanto a su contenido, las soluciones adoptadas mantienen, en general, una línea de continuidad con la codificación anterior: salvo en ciertos aspectos del derecho de familia, el nuevo texto consolida en buena parte soluciones ya acogidas por la legislación precedente o consagradas por la jurisprudencia, sin dejar de incorporar exigencias de modernización, a partir del examen de diversos códigos extranjeros, de la literatura jurídica argentina y de otros países. En los trabajos preparatorios, sin embargo, la referencia al *Codice civile* italiano predomina sobre otras y la doctrina italiana está, sin duda, muy presente para los autores del nuevo código.

En este código, que comienza con un «Libro Primero» dedicado a la «Parte General», la noción de contrato se formula, en gran medida, siguiendo el modelo del *Codice civile* italiano, con la particularidad de que el contrato es presentado expresamente como una especie dentro de la figura más general del acto (art. 957 del Código Civil argentino). También en materia de oferta y aceptación (arts. 971 y ss. del Código Civil argentino) se encuentran disposiciones que reproducen soluciones ya acogidas por nuestro código; basta pensar en los equivalentes locales de los artículos 1326 y 1328 del *Codice civile*, relativos a la revocación de la oferta y a la eventual eficacia de la aceptación tardía. El Código Civil y Comercial argentino conserva la figura de la causa, regulándola tanto en la teoría general del acto jurídico (arts. 281-283) como en la esfera contractual (arts. 1012-1014); en contraste, el Código Civil brasileño omite por completo su consagración normativa (Scognamiglio, 2017).

Por otra parte, el Código argentino evita hacer mención de la función social del contrato, a diferencia del brasileño. De igual modo, en materia de nulidad y simulación, como ya ha observado Emanuele Lucchini Guastalla, se hallan disposiciones que replican soluciones italianas. A veces, la regla contenida en el Código italiano se reproduce literalmente; otras veces, se presentan modificaciones o adaptaciones que, no obstante, no desdibujan la identidad de la regla recepcionada. En términos generales, como señala David Fabio Esborraz en un estudio detallado dedicado al tema, alrededor de trescientas disposiciones de este código —es decir, aproximadamente un 11 % de su articulado— tendrían como fuente inmediata o mediata a la legislación o a la doctrina italianas[42].

El hecho de que el Código se inicie con un libro dedicado a la «Parte General» no debe inducir al error. La codificación argentina

42 Para esta estimación, véase Esborraz (2014, p. 133). El estudio ofrece un valioso análisis razonado de los distintos usos de nuestro *Codice* y de nuestra doctrina en la codificación argentina. También revisar Esborraz (2015). Sobre el lugar que ocupa en el Código la referencia a principios y valores, puede verse Esborraz (2013, pp. 229-265).

no pretende revivir el espíritu de la *Pandektistik*[43], sino que se vale de esa raíz como base racional de una codificación abierta al uso de los principios, a la referencia a los valores, y a la tutela de los derechos humanos amparados por tratados internacionales y por los derechos garantizados por el bloque de constitucionalidad. Se trata de una línea de desarrollo que refleja una fuerte conciencia de las características fundamentales del nuevo entorno en el que el código ha de operar: un entorno marcado por la proliferación de leyes especiales, por una jurisprudencia que desempeña inevitablemente una función pretoriana, y, más en general, por el pluralismo de las fuentes. Por tanto, esta última indicación —la necesidad de recurrir a los principios y a los valores— posee una relevancia metodológica central, también para gobernar un sistema tan complejo (Lorenzetti, 2017, p. 25).

La exposición que hemos desarrollado hasta aquí en torno a la codificación argentina resulta aplicable, al menos en parte, a algunas otras experiencias previas de América Latina. El Código Civil peruano de 1984 fue, de hecho, redactado teniendo muy presente la codificación civil italiana (Ferri, 2002; Espinoza, 2003, 2008, 2019; Nicolussi, 2019; Agurto Gonzáles, 2020)[44], si bien la estructura de sus diez libros difiere de la del *Codice civile*, ya que incluye en la codificación el derecho internacional privado y deja fuera materias que en Italia están comprendidas en el «Libro Quinto». El proyecto de codificación fue preparado y culminado con el aporte de un jurista culturalmente cercano a Italia, como Carlos Fernández Sessarego[45]. Un proyecto de

43 Resulta elocuente la afirmación tajante contenida en los trabajos preparatorios: «No se trata de una parte general al modo en que fuera pensada en la pandectística alemana, sino del diseño de unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de derecho basado en principios y reglas» (Comisión Redactora, 2012, p. 530).

44 Para reflexiones pertinentes sobre la relación entre los juristas peruanos y el derecho italiano, véase Leysser (2013). Se reconoce el influjo de la doctrina italiana, pero también se ponen de relieve las críticas derivadas de una imitación que a veces resulta mecánica; el autor subraya la necesidad de un enfoque más atento al contexto y la exigencia de conciencia y responsabilidad en el recurso al derecho extranjero.

45 Su obra principal ha sido recientemente traducida al italiano (Sessarego, 2022).

reforma de este código, aprobado en 2019, manifiesta también atención hacia el *Codice civile* italiano, con más de veinte referencias a sus artículos[46]. También la codificación mercantil colombiana (1974)[47], el Código Civil de Bolivia (1975) y el Código Civil del Paraguay (1987) contienen aportes provenientes de Italia, aunque naturalmente junto a muchas otras influencias.

7. EL PANORAMA EUROPEO

Retomando el panorama europeo, nuestro objeto de estudio se circunscribe a las nuevas codificaciones y a las reformas legislativas materializadas a partir de 1942. Dentro de este marco, y en lo que respecta a la península ibérica, el hito jurídico más significativo es, sin lugar a duda, el caso de Portugal. El Código Civil portugués de 1966, que entró en vigor en 1967, muestra una influencia más decidida del *Bürgerliches Gesetzbuch* alemán, como lo revela la estructura en libros del código y la opción por una parte general. Sin embargo, la influencia del *Codice civile* italiano en el Código Civil portugués no puede, en modo alguno, considerarse menor[48]. Se trata de una influencia que está documentada en los propios trabajos preparatorios de dicho código, como recuerdan Geo Magri y de Medeiros Nóbrega, quienes destacan que la jurisprudencia del más alto nivel en Portugal no escatima las referencias al *Codice civile* italiano (Magri & Medeiros Nóbrega, 2014)[49]. Según el estudio realizado por estos autores, la deuda del Código Civil portugués respecto de su antecedente italiano es patente en distintos ámbitos y, especialmente, en lo que se refiere a la materia del *possesso* y de los derechos reales, contenida en el «Libro III» del Código Civil

46 Al respecto, véase el documento de trabajo y la exposición de motivos elaborada por el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil Peruano de 1984 (2016-2019).

47 Revisar la contribución de Cortés (2013).

48 Para una visión más amplia, véase Calvão da Silva & Castellucci (2014).

49 Los autores recuerdan, p. ej., la sentencia del Supremo Tribunal de Justiça (15 de diciembre de 2011), la cual cita textualmente el artículo 1810 del *Codice civile* en materia de comodato sin plazo determinado.

portugués. El principal autor de esta parte del código fue Fernando de Andrade Pires de Lima, catedrático en Coimbra y jurista muy próximo a la dogmática civil italiana. La noción de posesión enunciada por el Código Civil portugués es, en términos prácticos, un calco de la contenida en el artículo 1140 del *Codice civile*. El artículo 1251 del Código Civil portugués define la posesión como «[o] poder que se manifesta quando alguém actua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real». Observaciones análogas valen para numerosas disposiciones de la codificación portuguesa y resulta igualmente significativo que, allí donde no se acoge la solución italiana, se expliciten las razones que justifican una opción distinta[50].

Algunos códigos relativamente recientes, como el Código Civil neerlandés de 1992, dan testimonio de una cierta atención hacia soluciones puntuales acogidas en el *Codice civile* italiano de 1942, pese a que su estructura general es considerablemente distinta[51]. Ocasionalmente, una solución del código italiano es imitada de forma explícita: así ocurre, por ejemplo, con respecto a las obligaciones naturales (art. 2034 del Código italiano), cuya definición como deber moral o social es reconocidamente tomada del derecho italiano («Libro 6», art. 6.3 del Código alemán). De igual forma, la *rescissione* (art. 1448 del Código italiano) constituye el modelo de referencia del artículo 44, «Libro 3», del Código neerlandés (*misbruik van omstandigheden*); también el instituto de la responsabilidad solidaria (art. 2055 del Código italiano; Libro 6, art. 6.182 NBW) y el ámbito de aplicación de los actos unilaterales (art. 1324 del Código italiano; «Libro 3», art. 3.59 del Código alemán) derivan de modelos italianos. Finalmente, se remite al código

50 Remito al respecto al escrito de Magri & Medeiros Nóbrega (2014), donde se reconstruye el nexo entre los artículos del Código Civil portugués y los correspondientes artículos del *Codice civile*.

51 Para un estudio de carácter general, consultar Ioriatti (1992). Véase además Ioriatti & Van Erp (2007) y Ioriatti & Hondius (1994). La información que sigue en el texto se debe a la cortesía de la profesora Elena Ioriatti (Universidad de Trento).

italiano para justificar la inclusión de las normas sobre condiciones generales de contratación en el libro sexto de la nueva codificación neerlandesa; esto a pesar de que, en el ínterin, el legislador italiano optó por trasladarlas al Código del Consumo («Libro 6», Sección 6.5.3). En otras ocasiones, el derecho italiano es citado con el solo propósito de rechazar su modelo; así ocurre, p. ej., en materia de delegación, expromisión y *accollo*, donde se observa que la tripartición no resulta clara, especialmente de cara al art. 1235 del *Codice civile* sobre la novación subjetiva.

De igual modo, los redactores del texto neerlandés declaran expresamente que no han imitado la estructura del acto ilícito contenida en el art. 2043 del Código italiano, optando por un enfoque que menciona expresamente la violación de un interés jurídicamente protegido o de un deber que incumbía al demandado. El *Codice civile* fue, por tanto, consultado durante los trabajos preparatorios del código neerlandés, pero tal consulta se llevó a cabo de modo paralelo al análisis de otros códigos, por lo que la cuestión sobre si el *Codice civile* italiano ha ejercido una influencia directa en el derecho neerlandés no siempre encuentra una respuesta unívoca (van Schaick, 2014).

En Rumanía, el proyecto de Código Civil para el Reino de Italia elaborado por Pisanelli sirvió de base para la primera codificación civil rumana y el Código de Comercio italiano de 1882 fue, a su vez, una fuente de inspiración aún más decidida para el Código de Comercio rumano de 1887. El más reciente Código Civil rumano, promulgado en 2009 y vigente desde 2011, retoma muchas de las disposiciones de aquel primer código civil, más allá de que en el proceso de reforma la contribución innovadora más sustancial proviene del derecho quebequés[52]. El Código Civil de Québec fue presentado a los juristas rumanos implicados en la elaboración del nuevo código en el marco de proyectos de asistencia técnica, sostenidos también financieramente por la Agencia Canadiense para el Desarrollo Internacional. A ojos de

52 Para un panorama general, véase Marino (2014; 2020) y Lanni (2013, pp. 875-894).

estos juristas, el código quebequés se presentaba como una codificación anclada en la tradición francesa, pero abierta a múltiples novedades. Un ejemplo de ello lo constituye el régimen rumano del *fiducia* (arts. 773-793 del Código rumano), inspirado en una combinación de derecho francés y quebequés[53]. Naturalmente, también la más reciente codificación civil rumana incorpora ciertos aportes del *Codice civile* italiano de 1942. Así lo demuestra un estudio reciente que da cuenta de algunos préstamos, en ocasiones hibridados con otros modelos, con el fin de resolver dudas interpretativas suscitadas por el código anterior (Marino, 2020). En el ámbito contractual, el *Codice civile* italiano proporciona, entre otros, modelos en materia de definición del contrato (art. 1166), cesión del contrato (arts. 1315-1320), opción (art. 1668), contrato preliminar, compraventa con pacto de retroventa (arts. 1758-1762), mandato sin representación (arts. 2039 y ss.). En cualquier caso, la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980 (CISG) ha constituido un referente imprescindible, junto con los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (UPICC) y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL). En materia de garantías, la Model Law on Secured Transactions elaborada por el European Bank for Reconstruction and Development (EBRD) ha tenido, a su vez, un peso determinante.

La República Checa cuenta con un nuevo Código Civil vigente desde 2014, fruto de un proceso de recodificación que se prolongó durante once años. La base de estos trabajos la constituye el anteproyecto del «nuevo código civil» de 1937, el cual retomaba el modelo ofrecido por el ABGB austríaco, actualizándolo e integrándolo con algunas disposiciones del *Bürgerliches Gesetzbuch* alemán y del Código Civil federal suizo. Los párrafos de influencia italiana en el código actualmente vigente abarcan normas relativas a las personas físicas, las personas jurídicas, los bienes, y la actividad económica (§§ 78, ap. 3;

53 Véanse al respecto las consideraciones de Marino (2020).

306, ap. 1; 497; 502; 700; 1017; 1112; 1722; 2134; 2975). La deuda contraída con el derecho italiano ha sido reconocida de forma expresa y puntual por uno de los primeros comentarios sobre el nuevo Código Civil de la República Checa (Eliás, 2012, pp. 168, 230, 233, 305, 446, 481, 705, 826, 1049).

En cuanto al nuevo Código Civil de Bélgica, destinado a estructurarse en diez libros, ya es posible examinar varios capítulos centrales, incluidos en los seis libros que actualmente se encuentran en vigor[54]. Conviene señalar, en primer lugar, que el enfoque adoptado por los codificadores no ha sido uniforme a lo largo de los distintos libros del código, los cuales han sido redactados por separado, por comisiones que trabajaron de forma autónoma. Mientras que en la elaboración del «Libro III», dedicado al derecho de los bienes, los referentes de derecho extranjero son transparentes y coherentes, en los trabajos preparatorios del «Libro IV», relativo a las obligaciones, las referencias resultan más vacilantes y, en ocasiones, parecen ser simples apoyos *ex post* a las soluciones acogidas por los redactores (Heirbaut, 2022)[55].

En estos trabajos preparatorios, se encuentra una referencia genérica al derecho italiano en lo concerniente a la temática del contrato, particularmente en relación con la inclusión en el código de la figura del contrato plurilateral[56], así como una referencia más precisa al artículo 2050 del *Codice civile*, en lo relativo a la regulación de las actividades peligrosas (*Service public fédéral Justice*, 2019, p. 224)[57]. Quien

54 Para un examen crítico de las aportaciones del derecho extranjero en los trabajos del *Code*, véase Heirbaut (2022).

55 La comisión que trabajó sobre el libro dedicado a los bienes indica tres textos como principales fuentes en relación con el derecho extranjero: el *Avant-Projet 2008* de la Association Henri Capitant relativo a los bienes, el *Codice civile* neerlandés de 1992 y el *Code civil* de Québec de 1991.

56 Al respecto, véase el documento de la *Commission de réforme du droit des obligations* (2017), específicamente en su comentario sobre el art. 16 («Contrat multipartite»).

57 La norma podría haber sido llevada a la atención de los codificadores por un amplio estudio de derecho comparado, citado en los mencionados trabajos preparatorios, el cual dedicaba una atención significativa al derecho italiano. Al respecto, véase Schamps (1998).

consulte este último texto notará que el *Codice civile* italiano se cita junto con textos legislativos de otros países y con el *Restatement* estadounidense en materia de *torts*, con el fin de ilustrar una línea de tendencia general de las legislaciones contemporáneas; en este sentido, la referencia tiene un carácter *coral*. La misma técnica fue utilizada para introducir, en el proyecto del libro relativo a los bienes, la figura del *trust* (*fiducia*); sin embargo, como se ha señalado, las referencias a distintas experiencias extranjeras —entre ellas, la italiana— no bastaron para convencer al parlamento belga de introducir esta figura en su Código Civil, razón por la cual dicho instituto no ha sido finalmente regulado (Heirbaut, 2022, pp. 110-111).

8. UN CASO PARTICULAR: LA CODIFICACIÓN CIVIL ALBANESA DE 1994

Si dirigimos la mirada hacia Europa del Este, el caso más paradigmático es el de Albania (Ajani, 2014, 1996; Latifi, 2015; Stolker, 1996). Tras la caída de la dictadura de Enver Hoxha, Albania reanudó sus vínculos con Occidente y con la comunidad internacional. El Fondo Monetario Internacional puso en marcha un programa de asistencia y reforma estructural que contemplaba, entre otros aspectos, la introducción de nuevas leyes civiles en el país. Para organizar este trabajo, a comienzos de los años noventa, el Fondo estableció contacto con Gianmaria Ajani, entonces catedrático de derecho de los países socialistas en la Universidad de Trento. Ajani solicitó a Mauro Bussani y a quien suscribe, —ambos invetigadores en Trento por aquel entonces—, que le asistieran con la redacción de un anteproyecto de codificación civil en el marco de una colaboración con juristas albaneses.

Desde la primera misión realizada *in situ,* se hizo evidente que el país, además de atravesar gravísimas dificultades económicas, había sufrido durante el régimen un aislamiento tal que prácticamente había anulado todo conocimiento relativo a la evolución del derecho privado en la Europa de posguerra. La misión emprendida debía conducir a la

redacción de un anteproyecto de código civil que regulara esencialmente las relaciones patrimoniales entre particulares. Por tanto, el encargo no comprendía el derecho de familia, el cual, en los países del área socialista, era objeto de una codificación separada. Igualmente quedaba fuera del mandato conferido a la comisión el derecho mercantil; no obstante, el material sobre el que trabajar era abundante. La delegación de juristas albaneses con la que nos reuníamos cada dos o tres meses en el Ministerio de Justicia, en intensas sesiones de trabajo, contaba con la asistencia de Ilir Panda —actual profesor de derecho procesal penal en la Universidad de Tirana— y estaba presidida por una figura notable, el profesor Jilani, quien mostraba una evidente sorpresa al verse trabajando con colegas tan jóvenes. El diálogo en torno al anteproyecto de texto involucraba también a los demás miembros de la Comisión, con quienes se trabajaba, en su mayor parte, en lengua italiana.

Resultó evidente desde el inicio que nadie deseaba reinstaurar el Código Civil albanés de 1928 —vigente durante la época del rey Zogu— para sustituir el Código Civil socialista de 1981. Mauro Bussani había conseguido en Trieste un ejemplar envejecido. El antiguo código adolecía de dos defectos fundamentales: por un lado, se hallaba asociado a un régimen que los albaneses consideraban odioso; por otro, estaba notoriamente más desfasado que otros modelos codificatorios disponibles. Tras algunos debates iniciales, en los que se valoraron las codificaciones de la Confederación Helvética, se convino en que el *Codice civile* italiano vigente constituiría la principal fuente de inspiración del nuevo texto.

Desde la perspectiva italiana, esta elección respondía a la convicción de que un código albanés sin una literatura doctrinal de apoyo carecería prácticamente de valor. En este sentido, el eventual déficit de originalidad no constituía en absoluto una desventaja: al contrario, permitiría a los juristas albaneses —para quienes el italiano era una lengua vehicular— consultar con provecho la producción doctrinal italiana siempre que lo estimasen útil. De hecho, el propio presidente de la comisión de codificación había estudiado derecho en Florencia

durante los años cincuenta, cuando tuvo la oportunidad de viajar a Italia; a pesar de esto, dada la distancia temporal, no parecía sentirse plenamente cómodo trabajando sobre el *Codice civile*, del cual proporcionamos una copia a nuestros colegas albaneses. Afortunadamente, existía también una traducción inglesa del código italiano. Era necesario redactar una versión trilingüe del texto, que debía presentarse ante el Fondo Monetario Internacional.

Así, aunque el idioma de trabajo era el italiano, a medida que se iba elaborando el texto junto con los colegas albaneses, se preparaba de inmediato una versión inglesa destinada a mantener informado al funcionario finlandés del FMI que nos acompañaba. Finalmente, los colegas albaneses preparaban la versión en su lengua para someter el proyecto al parlamento albanés. Prontamente se advirtió, sin embargo, que el *Codice civile* italiano resultaba excesivamente detallado y extenso en comparación con las expectativas de los juristas albaneses, por lo que era preciso simplificar. Se elaboró una breve parte general del código, en la que se recogían algunos puntos surgidos en las discusiones: una regulación sobre los sujetos, los actos jurídicos, la prescripción. El resto del texto se redactó, en su mayor parte, siguiendo muy de cerca el *Codice civile* de 1942.

A medida que avanzábamos, fuimos advirtiendo que otros equipos trabajaban en aspectos conexos de la reforma. Era evidente que las disposiciones del código constituirían el armazón esencial del nuevo ordenamiento, pero que no bastarían por sí solas para garantizar su operatividad. Numerosas normas actuarían en sentido complementario, ya fuera en el plano previo o posterior al código. Así, por ejemplo, aunque se establecía una regulación de la propiedad inmobiliaria individual, la transición hacia dicho régimen —ni fácil ni indolora, dada la situación en que se encontraba el país— no habría de pasar por las disposiciones del código, sino por una reforma del derecho agrario (Venditti et al., 2020). En este sentido, el conjunto de legislación dedicada a la privatización del suelo y a las reivindicaciones asociadas con el retorno a una economía de mercado permanecería como un cuerpo

normativo ajeno al código. Al mismo tiempo, toda la materia relativa a los registros inmobiliarios y a las garantías mobiliarias era objeto de estudio por parte de otros asesores y operadores jurídicos, con el objetivo de definir el diseño institucional más adecuado.

El régimen de publicidad fundado en la transcripción de los actos de transferencia representa, como es sabido, una solución de segundo orden frente al sistema registral basado en libros de propiedad; por su parte, el modelo italiano en materia de garantías mobiliarias estaba completamente desfasado, al no prever un sistema racional y eficaz de garantías reales sin desapoderamiento. El Fondo Monetario Internacional exigió además que el código civil incluyera una regulación del régimen de propiedad horizontal que fuera más allá de la contemplada en el *Codice civile*, el cual había servido de base para algunos artículos del anteproyecto, a fin de evitar que los rascacielos que pudieran levantarse en Tirana quedasen sometidos a normas consideradas inadecuadas para grandes edificaciones. La materia del derecho del consumidor también fue incorporada directamente en el código. En ese momento, Italia no contaba aún con un *Codice del consumo*, razón por la cual el Código Civil albanés incluyó tanto la responsabilidad del productor como la regulación de las cláusulas abusivas.

El trabajo se realizó a un ritmo vertiginoso, mayoritariamente sobre el terreno, para poder confrontar de inmediato con los colegas albaneses los borradores elaborados. Tras finalizar el anteproyecto, el texto no avanzó de inmediato y encontró resistencias (algunas de las cuales se basaban en la objeción de que un código de inspiración fascista no podía ser considerado adecuado para Albania). Posteriormente, Gianmaria Ajani trabajó de nuevo sobre el texto junto con juristas de otros países, designados por el Consejo de Europa, en colaboración con juristas albaneses. No obstante, el texto entró en vigor en un plazo relativamente breve, concretamente en 1994. En la última fase de los trabajos, los textos que tenía ante sí la comisión eran el *Codice civile* italiano, el Código Civil suizo en su versión italiana, el Código

Civil neerlandés en versiones francesa e inglesa y el anteproyecto previamente elaborado con el respaldo del FMI.

Pese a las reformas posteriores, probablemente ningún otro código europeo contiene un número tan elevado de disposiciones tomadas del *Codice civile* italiano. Naturalmente, la referencia al código italiano estaba mediada por el conocimiento de la evolución de nuestro derecho: así, en materia de reparación del daño extrapatrimonial, el derecho albanés —que en su momento fue redactado teniendo en cuenta la apertura de nuestra jurisprudencia para superar las limitaciones del artículo 2059 del Código italiano— se encuentra hoy vinculado a una norma que establece ciertos límites a la indemnización del daño no patrimonial, límites que la experiencia jurisprudencial italiana ha superado.

Por supuesto, en aquel entonces no era posible prever los desarrollos que conocería el derecho italiano en el siglo XXI, por lo que es cierto que la regulación albanesa en esta materia requiere hoy una reforma legislativa o interpretativa que permita ofrecer una reparación íntegra a la víctima del hecho ilícito[58]. Cabe destacar, una vez más, que si Albania tomó como referencia el *Codice civile* italiano, ello no obedeció a una decisión del Estado italiano de prestar asistencia técnica, sino al hecho de que esta fue proporcionada por el Fondo Monetario Internacional —representado, en este caso, por un funcionario finlandés— y porque el Consejo de Europa se había activado a instancias del presidente albanés Sali Berisha.

9. EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL PARA KOSOVO (Y LA HERENCIA DE YUGOSLAVIA EN SERBIA)

Ningún otro país del Este europeo ha experimentado una trayectoria semejante a la de Albania; sin embargo, el *Codice civile* italiano ha sido

58 Agradezco al Dr. Fejzian Petritaj por sus consideraciones al respecto, así como por la tabla de correspondencias entre el *Codice civile italiano* y el *Codice civile albanese* que me hizo llegar, acompañada de información sobre las enmiendas al *Codice civile* posteriores a su entrada en vigor.

retomado ocasionalmente por los codificadores de países de Europa central y oriental, incluso en tiempos recientes, especialmente en materia de obligaciones y contratos[59]. Así, el reciente anteproyecto de Código Civil para Kosovo —redactado también como resultado de la intervención de la cooperación internacional, con la participación de juristas italianos como Cristina Poncibò— adopta, en lo relativo al contrato, la definición contenida en el art. 1321 y, en la misma línea, reproduce los requisitos del contrato según el modelo del art. 1325 (Poncibò, 2021; Gashi & Preteni, 2021). Incluso antes, en la Yugoslavia socialista, la Ley de 1978 sobre relaciones obligatorias ya contenía disposiciones inspiradas en el *Codice civile* italiano[60]. Dicha ley, tras la disolución de Yugoslavia, permanece vigente en Serbia que, por tanto, conserva la norma sobre responsabilidad por actividades peligrosas, cuya fuente es el modelo italiano. Ciertamente, al incorporar esta legislación de origen socialista, el legislador serbio ha procedido a suprimir los contenidos ideológicos propios de aquel régimen, del mismo modo en que el legislador italiano lo hizo, tras la caída del fascismo, respecto de los vestigios ideológicos contenidos en nuestro *Codice civile*. Actualmente, Serbia se encuentra en proceso de elaboración de un nuevo código civil, cuyo anteproyecto ya ha sido completado. Entre los juristas italianos consultados en relación con dicho proyecto figuran los nombres de Rodolfo Sacco y Gian Antonio Benacchio[61].

---

59 Para un examen de las reformas recientes en la región, véase Slakoper (2021).

60 Para profundizar en esta materia, resulta de consulta ineludible la obra de Benacchio (1983, t. I, pp. 77 y ss.).

61 Como referencia, véase Benacchio (2018), donde se sostiene que el proyecto «se basa en gran medida en la ley sobre obligaciones y contratos de Yugoslavia, el Z.O.O. de 1978, revisada y actualizada a la luz de las numerosas disposiciones legislativas promulgadas desde los años noventa, de la praxis jurisprudencial, así como de los principios y reglas elaboradas por la Unión Europea y en las convenciones internacionales de los Estados de la ex Yugoslavia» (p. 14). Para información —no muy reciente— sobre el avance de los trabajos en materia contractual, véase Djurovic (2011, pp. 66 y ss.).

10. ALGUNAS CONCLUSIONES

Como balance de las reflexiones generales aquí planteadas, es posible asegurar que el *Codice civile* de 1942 es una obra conocida y apreciada internacionalmente. Pese a la escasa proyección oficial de nuestra cultura jurídica fuera de nuestras fronteras, su vigencia se manifiesta en su capacidad para inspirar otros procesos de codificación en Europa y el resto del mundo. No obstante, debe reconocerse que su presencia ha operado más como una referencia significativa que como un modelo de adopción exclusiva o predominante.

El Código ha circulado frecuentemente de la mano de la doctrina italiana, que ha constituido un punto de referencia para la ciencia civilística de varios países, especialmente en Sudamérica, aunque no exclusivamente; no obstante, el Código que ha circulado ha sido distinto según las épocas. El *Codice civile* italiano que atrajo el interés de los brasileños durante el régimen autoritario no es el mismo que resultó interesante a los estudiosos de generaciones posteriores, en las décadas en que la doctrina civil italiana se renovaba e inauguraba una nueva etapa de estudios, bajo el signo de la Constitución republicana, después de haber abandonado en gran medida el estatalismo y el conceptualismo dominantes en épocas anteriores.

Como ya señalaba Filippo Vassalli: «una ley no vale tanto por sí misma como por la literatura y la jurisprudencia que promueve: un código es más bien un punto de partida para desarrollos ulteriores del pensamiento, en tanto obra política y doctrinal de particular relieve» (1947, p. 76). El Código no habría llamado la atención si sus autores e intérpretes no hubiesen gozado de cierto prestigio. Con todo, es cierto que el *Codice civile* italiano, como documento político, fue desmentido por la Constitución republicana y por la apertura de Italia a la nueva vida internacional de la posguerra (sobre la cual Vassalli ya había llamado la atención oportunamente). Por tanto, no puede darse por sentado que la literatura y la jurisprudencia de las que hoy disponemos hayan sido efectivamente «promovidas» por el Código, como pensaba

Vassalli. Antes bien, podría sostenerse que el interés de tantos juristas extranjeros por el código italiano ha sido mantenido vivo gracias a la decisión de nuestros más destacados autores de desvincular el código de algunas de sus premisas (explícitas o implícitas), contrarias al pluralismo propio de la vida democrática, más allá de la derogación de los artículos del *Codice civile* de 1942 abiertamente vinculados al régimen fascista.

La evolución del derecho italiano en materia de responsabilidad civil simboliza claramente este itinerario, con el abandono de fórmulas restrictivas en torno a la injusticia del daño y con la apertura hacia el resarcimiento de los daños no patrimoniales más allá de los límites fijados por el artículo 2059. Pero esta reflexión atraviesa transversalmente todo el sistema: las materias civiles que han experimentado transformaciones igualmente profundas, ya sea por vía legislativa o jurisprudencial, con el respaldo de proyectos doctrinales, son prácticamente innumerables. Así, baste recordar, a modo de ejemplo reciente, que el elenco de valores consagrado en el *Codice del Terzo Settore* de 2017 pone de manifiesto la amplitud y profundidad del viraje experimentado desde hace tiempo respecto del marco originariamente delineado por el *Codice civile*.

Al reflexionar sobre la difusión del *Codice civile* italiano, emerge una intuición que pronto se consolida como una convicción firme: al considerar estas experiencias extranjeras, en realidad, nos miramos en un espejo. No somos distintos de ellos. La edificación del Código de 1942 fue también el resultado de un proceso de contacto, apropiación y reelaboración de modelos foráneos. Para su construcción, consultamos traducciones de obras fundamentales o acudimos a las fuentes originales de juristas ajenos a nuestra tradición; ejercimos, en última instancia, una crítica razonada sobre aquello que asimilábamos para actuar en consecuencia. Por esto, los códigos insertos en la tradición romanista, de los que se ha tratado en las páginas anteriores, reflejan con frecuencia una pluralidad de modelos y, bajo este perfil, constituyen híbridos que, aun conservando una voz propia, dialogan entre sí. Han

sido construidos sobre la base de una doctrina y una jurisprudencia que operaban con tales instrumentos[62].

Distinto es el caso de Albania, al menos en lo que respecta al notable impacto que tuvieron las soluciones adoptadas del *Codice civile* italiano de 1942, si bien este código también presenta referencias a otros cuerpos normativos, como el *Burgerlijk Wetboek* neerlandés de 1992. Dicha influencia coincidía con el retorno del país a una economía de mercado y con el fin de un aislamiento prácticamente absoluto; la renovación del código formaba parte del conjunto de medidas que, en aquel momento, revestían carácter urgente con miras a alcanzar tales objetivos. El recurso al modelo italiano tendía, en este contexto, a superar en un lapso razonable la situación de parálisis jurídica que vivía el país tras la caída del régimen, en todo lo concerniente a la vida del derecho. Sin embargo, la decisión de adoptar el *Codice civile* italiano como modelo para la codificación albanesa no obedecía a una iniciativa promovida por Italia hacia Albania, sino que respondía más bien a las recomendaciones de organismos internacionales, entre ellos, en último término, el Consejo de Europa. Posteriormente, este código ha sido objeto de diversas enmiendas.

Por lo demás, cuando un codificador se pone a trabajar, nunca parte de cero. Así, las obras de Domat y de Pothier guiaron la mano de los codificadores franceses, del mismo modo que las de los pandectistas lo hicieron con los codificadores alemanes. Los codificadores más recientes han acudido a fuentes menos remotas, pero todo codificador dispone de un repertorio al cual acudir. A veces este puede ser ecléctico, como el repertorio que utilizó el codificador italiano de 1942, no muy distinto del disponible para el codificador de uno u otro país latinoamericano. Por tanto, en el espejo de estos derechos, como también de otras codificaciones, podemos entrever la trayectoria de

62 Es más, en este aspecto hemos sido ejemplares, como señala Rescigno (2018, p. 188), quien, al referirse a la experiencia italiana, observa una «extraña convivencia» entre «la estructura codificadora conforme a la antigua formación [de inspiración francesa, N. del T.] y el uso de las categorías pandectísticas».

nuestro propio *Codice civile*. La comparación es, una vez más, una escuela de verdad, al sugerir tales consideraciones. Estos proyectos nacionales revelan cómo el derecho privado nunca constituye un proyecto puramente nacional, ni siquiera cuando pretende serlo, como pretendía serlo la codificación italiana de 1942. Hoy, esta afirmación es aún más cierta, si consideramos que una determinada solución normativa puede incorporarse a un código por múltiples vías, por ejemplo, a través de obras que constituyen la síntesis de distintos aportes, como los Principios UNIDROIT, los PECL o el Draft Common Frame of Reference.

Si analizamos la reciente reforma del derecho francés de las obligaciones, encontramos disposiciones que evocan el derecho italiano, como aquella que invierte la solución tradicionalmente acogida en materia de *imprévision*. El artículo 1195 del *Code civil* francés permite ahora la adaptación o resolución del contrato ante un cambio imprevisible de las circunstancias que vuelva excesivamente onerosa la ejecución de la prestación; expresión que parece remitir al precedente italiano. No obstante, al adoptar esta nueva norma, el legislador francés también ha mirado hacia otros ordenamientos, en particular hacia la reforma del derecho alemán de las obligaciones del año 2002[63]. De forma más general, cabe señalar cómo los códigos civiles son citados en ocasiones en los trabajos preparatorios de otras legislaciones, por así decirlo, «sin compromiso alguno». Las múltiples citas a fuentes extranjeras demostrarían, por parte de los codificadores, un conocimiento actualizado del estado del arte. Sin embargo, en este marco, las aportaciones a la codificación del derecho civil provenientes de otros países no suelen tener un peso específico especial; pueden servir, más bien, para evidenciar una tendencia general favorable a una determinada solución, la cual ha pasado a considerarse como parte del sentido común prevalente en una materia determinada.

63 Para un examen detallado de la solución acogida durante la reforma del *Code civil*, a la luz de los distintos modelos, véase Tuccari (2017, pp. 1517 y ss.).

Por otra parte, observar la experiencia de algunos países más directamente expuestos a la influencia italiana —como Brasil, Argentina, Perú o Albania— plantea un problema distinto: a saber, la «recepción efectiva» del código en relación con la realidad local[64]. Se trata de una cuestión que en realidad concierne a la codificación en general (Halpérin (2002, pp. 223 y ss.)[65]. El *Codice civile* italiano ciertamente no reflejaba todo el derecho italiano ni siquiera en el momento en que fue promulgado. Así, por ejemplo, en una materia marcada por el más estricto formalismo —los derechos reales—, el código de 1942 optó deliberadamente por ignorar la existencia de los dominios colectivos, pese a que estos se encontraban ampliamente difundidos en diversas regiones del país. No se trataba de una omisión obligada, sino de una decisión política. Cuatro décadas después de la publicación de *Un altro modo di possedere*, la obra magistral de Paolo Grossi sobre la materia, la Ley n.º 168 del 20 de noviembre de 2017 ha reconocido finalmente su estatuto jurídico. Este hito legislativo se alinea con la dirección trazada previamente tanto por la jurisprudencia civil como por la jurisprudencia constitucional, consolidando así un cambio de paradigma en la concepción de la titularidad y el derecho de propiedad.

¿Cuánto del derecho civil vive, en realidad, fuera del marco normativo impuesto por el Estado? Una parte considerable de las relaciones económicas, incluso en países económicamente avanzados, no se somete a la forma estatal del derecho, y en particular al código, sino que se desarrolla conforme a la práctica (Alpa, 1999). Esta observación formulada en relación con dichas relaciones es aplicable también a otras materias. Por otra parte, una gran porción del derecho que antes se encontraba confiado al código proviene ahora de fuentes diversas, elaboradas fuera de los confines nacionales, ya sea en el ámbito europeo o internacional. Esta tendencia ha sido reconocida de

64 Véase, para el caso brasileño, Losano (2006).

65 Ya en el ensayo de Vassalli citado anteriormente, se abordaba explícitamente esta cuestión, poco tiempo después de la entrada en vigor de nuestro código, aunque con una lectura más bien elitista de la cultura jurídica. Al respecto, véase Colao (2017).

manera explícita por codificaciones civiles recientes, como el Código Civil y Comercial argentino. Asimismo, observamos que en aquellas regiones del mundo en las que habitan pueblos originarios, la cuestión adquiere una dimensión adicional (Lanni, 2011; Nocera, 2017), relativa al reconocimiento de sus derechos tanto en las cartas constitucionales como en el ámbito de la codificación civil que, en sus versiones más recientes, o en virtud de reformas, manifiestan una apertura adecuada en ese sentido.

Finalmente, el cotejo con las codificaciones contemporáneas pone de relieve la inevitable erosión del tiempo. El *Codice civile* italiano exhibe hoy profundas arrugas: ochenta años no transcurren en vano. Sin embargo, al examinarlo a la luz de los códigos más recientes, se advierte que el logro alcanzado en 1942 no fue efímero ni carente de valor; por el contrario, su solidez técnica persiste. No obstante, este mismo paso del tiempo obliga a proyectar qué rasgos debería asumir un eventual nuevo proceso de codificación en Italia.

Será necesario dirigir la mirada hacia los numerosos códigos que han visto la luz en estos años, para comprender cómo responder a las exigencias que plantean las tendencias actuales en materia de codificación. En este contexto, deberán evaluarse las nuevas ideas que se abren paso por primera vez en los códigos civiles más recientes de otros países. En toda instancia de (re)codificación, se debaten cuestiones como la relación entre los principios generales, los derechos fundamentales y las normas del código, la búsqueda de un punto de equilibrio entre las fuentes extranacionales, el *Codice civile* y las leyes sectoriales, entre otros temas. El estudio de las experiencias extranjeras puede resultar útil, más allá del análisis de una solución particular acogida en un código extranjero, especialmente cuando se examina la metodología de la *ricodificazione* (Sirena, 2019). Con todo, el transcurso del tiempo hace cada vez menos verosímil que se mire con genuino interés al código civil de uno de los grandes países europeos, como Italia, puesto que el grado de obsolescencia —desde la regulación de los derechos de la persona hasta la disciplina de las garantías reales—

es más que evidente y no necesariamente desde hoy (Irti, 1999, p. 43). Invertir esta tendencia es posible, pero exige un esfuerzo colectivo.

REFERENCIAS

Aguilera y Velasco, A. (1881). *El Codice civile italiano comentado, concordado y comparado con las legislaciones vigentes en Europa y América*. Librería Universal de Córdoba y Compañía.

Agurto Gonzáles, C. A. (2020). La influencia de la cultura giuridica italiana en el Libro Primero del Código Civil Peruano de 1984: Derecho de las Personas. *Rivista di diritto Privato*, (4), 533-559.

Ajani, G. (1996). Codification of civil law in Albania. En G. Ginsburg (Ed.), *The revival of private law in Central and Eastern Europe. Essays in honor of F. J. M. Feldbrugge*. Brill.

Ajani, G. (2014). Il diritto italiano in Albania. *Annuario di diritto comparato*, 425-436.

Alpa, G. (1999). La prassi. En R. Sacco (Dir.), *Trattato di diritto civile (Vol. 2). Le fonti del diritto italiano. Le fonti non scritte e l'interpretazione*. UTET.

Alpa, G. (2018). *Diritto civile italiano. Due secoli di storia*. Il Mulino.

Azar-Baud, M. J. (2013). Le Projet d'unification des Codes civil et de commerce d'Argentine. *Revue internationale de droit comparé*, *65*(2), 259-286.

Beltramo, M., Longo, G. E., & Merryman, J. H. (Trads.). (1991). *The Italian civil code and complementary legislation* (M. Beltramo, Ed.). Oceana Publications.

Benacchio, G. A. (1983). La nuova legge jugoslava sulle obbligazioni e contratti. *Rivista di diritto civile*, (29).

Benacchio, G. A. (2018). L'uso della comparazione giuridica nelle Corti Supreme e Costituzionali degli Stati della ex Jugoslavia. En *Liber Amicorum Aldo Radolović* (pp. 1-22). Sveučilište u Rijeci.

Bertonha, J. F. (2017). Il pensiero corporativo in Miguel Reale: interpretazioni del fascismo italiano nell'integralismo brasiliano. *Diacronie. Studi di Storia Contemporanea*, (29), artículo 14.

Bodin de Moraes, M. C. (2014). La tutela della persona umana in Brasile. En S. Lanni (Ed.), *Dez anos. Contributi per il primo decennio del nuovo codice civile brasiliano*. Edizioni Scientifiche Italiane.

Borghetti, J. S. (2010). La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps. *Revue trimestrielle de droit civil*, (1), 1-40.

Borghetti, J. S. (2022). Le fait des choses: variations autour d'un principe général. *Archives de philosophie du droit*, 63(1), 323-343.

Calderale, A. (2003). *Il nuovo codice civile brasiliano*. Giuffrè.

Calderale, A. (2005). *Diritto privato e codificazione in Brasile*. Giuffrè.

Calderale, A. (2012). Mutamento delle circostanze ed eccessiva onerosità sopravvenuta nel diritto luso-brasiliano. *Contratti*, (6), 527-539.

Calderale, A. (2013). La circolazione del modelo italiano nelle codificazioni brasiliane. En S. Lanni & P. Sirena (Eds.), *Il modelo jurídico - scientifico e legislativo - italiano fuori dell'Europa. Atti del II Congresso Nazionale SIRD*. Edizioni Scientifiche Italiane.

Calderale, A. (2014). Possesso e proprietà nel nuovo codice civile brasiliano. En S. Lanni (Ed.), *Dez anos. Contributi per il primo decennio del nuovo codice civile brasiliano*. Edizioni Scientifiche Italiane.

Calvão da Silva, J. N., & Castellucci, I. (2014). L'influenza della tradizione giuridica italiana sul diritto portoghese. *Annuario di diritto comparato*.

Cappellini, P. (2012). La forma-codice: metamorfosi e polemiche novecentesche. En *Enciclopedia italiana: Il contributo italiano alla storia del pensiero: Diritto* (pp. 550-558). Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani.

Carbone, P. L. (Ed.). (2019). *Il nuovo codice civile brasiliano: Legge n. 10.406 del 10 gennaio 2002, aggiornata alla legge n. 13.792 del 3 gennaio 2019* (2.ª ed.). Wolters Kluwer Italia; CEDAM.

Cardilli, R., & Esborraz, D. F. (Eds.). (2017). *Nuovo Codice civile argentino e sistema giuridico latinoamericano*. Wolters Kluwer; CEDAM.

Cimbali, E. (1900). *A nova phase do direito civil em suas relações econômicas e sociaes* (A. de Carvalho, Trad.). Livraria Chardron; Livraria Classica.

Code civil du royaume d'Italie: Avec deux tables comparatives des codes français et piémontais (J. B. Gandolfi, Trad.). (1868).

Code civil français en arabe (Traducción de la 108.ª ed. del Code civil Dalloz). (2012). Dalloz.

Code civil italien: Promulgué le 25 juin 1865, mis en vigueur le 1er janvier 1866 (H. Prudhomme, Trad.). (1892).

Code de Commerce Italien promulgué le 31 octobre 1882 - Mis en vigueur le 1er janvier 1883 (E. Turrel, Trad.). (1892).

Codice civile italiano: Código de direito privado italiano que inclui o direito civil, o direito comercial e o direito do trabalho (A. Souza Diniz, Trad.). (1961). Distribuidora Récord Editôra.

Código Civil italiano (F. Anling & D. Mei, Trads.; S. Schipani, Nota introduttiva). (1997).

Colao, F. (2017). Estrastatualità del diritto. Note sul pensiero di Filippo Vassalli, giurista «europeo», e di Guido Tedeschi, giurista italiano, a Gerusalemme per le leggi razziali. *Italian Review of Legal History*, (3).

Comisión Redactora. (2012). *Proyecto de Código civil y comercial de la Nación*. Infojus.

Commission de réforme du droit des obligations. (2017). *Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion du Livre VI «Les obligations» dans le nuovo Code civil*. Service public fédéral Justice.

Corapi, D. (2014). L'unificazione del codice di commercio e del codice civile in Brasile. En S. Lanni (Ed.), *Dez anos. Contributi per il primo decennio del nuovo codice civile brasiliano*. Edizioni Scientifiche Italiane.

Cortés, E. (2013). L'influenza del diritto italiano in Colombia. En S. Lanni & P. Sirena (Eds.), *Il modelo jurídico - scientifico e legislativo - italiano fuori dell'Europa. Atti del II Congresso Nazionale della SIRD*. Edizioni Scientifiche Italiane.

De Cicco, M. C. (2013). Una visione d'insieme sulla circolazione del modelo giuridico italiano in Brasile. En S. Lanni & P. Sirena (Eds.), *Il modelo jurídico - scientifico e legislativo - italiano fuori dell'Europa. Atti del II Congresso Nazionale della SIRD*. Edizioni Scientifiche Italiane.

De Sousa Zanetti, C. (2013). Il modelo giuridico italiano in Brasile: obbligazioni e contratti. En S. Lanni & P. Sirena (Eds.), *Il modelo jurídico - scientifico e legislativo - italiano fuori dell'Europa. Atti del II Congresso Nazionale della SIRD*. Edizioni Scientifiche Italiane.

Djurovic, M. (2011). Serbian contract law: Its development and the new Serbian Civil Code. *European Review of Contract Law*, *7*(1), 65-77.

Dos Santos Amaral Neto, F. (2014). Codice civile e interpretazione giuridica. En S. Lanni (Ed.), *Dez anos. Contributi per il primo decennio del nuovo codice civile brasiliano*. Edizioni Scientifiche Italiane.

Eliáš, K., Zuklínová, M., Gaňo, J., & Svatoš, M. (2012). *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem*. Sagit.

Esborraz, D. F. (2013). La referencia a los «principios y valores jurídicos» en el Proyecto argentino de Código civil y comercial de 2012. *Roma e America. Diritto romano comune*, (34), 229-265.

Esborraz, D. F. (2014). L'influsso del diritto italiano sul nuovo Progetto di «Codice civile e commerciale» della República Argentina. En S. Lanni (Ed.), *Dez anos. Contributi per il primo decennio del nuovo codice civile brasiliano*. Edizioni Scientifiche Italiane.

Esborraz, D. F. (2015). Tavola di corrispondenza tra il nuovo Codice civile e commerciale argentino e le sue fonti italiane immediate e mediate. *Roma e America*, (36), 397-420.

Esborraz, D. F. (2016). Nuovo Codice civile e commerciale della República Argentina (circolazione del modelo giuridico italiano nel). En R. Sacco (Dir.), *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile. Decimo aggiornamento* (pp. 539-561). UTET.

Espinoza Espinoza, J. (2003). La influencia de la experiencia jurídica italiana en el Código Civil peruano en materia de responsabilidad civil. *Derecho PUCP*, (56), 733-757.

Espinoza Espinoza, J. (2008). La influencia del modelo jurídico italiano en el Código Civil peruano. *Rassegna forense*, (1), 107-115.

Espinoza Espinoza, J. (2019). Remembering Carlos Fernández Sessarego. *Italian Law Journal*, *5*(2), 389-393.

Fassi, S. C., & Petriella, D. (1960). *Código civil italiano, con notas para el estudioso argentino. Libro I. De las personas y de la familia*. Asociación Dante Alighieri.

Fassi, S. C., & Petriella, D. (1962). *Código civil italiano, con notas para el estudioso argentino. Libro II. De las sucesiones*. Asociación Dante Alighieri.

Fernández Sessarego, C. F. (2022). *Il diritto come libertà. Lineamenti per una determinazione ontologica del diritto*. Quodlibet.

Ferri, G. B. (2002). Brevi riflessioni sul negozio giuridico e il sistema del Código Civil peruviano. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, (3-6).

Ferri, G. B. (2008). Fascismo e concezioni del diritto. En G. B. Ferri, *Il potere e la parola e altri scritti di diritto civile*. CEDAM.

Fonseca, R. M. (2004/2005). Dal diritto coloniale alla codificazione: appunti sulla cultura giuridica brasiliana tra Settecento e Novecento. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, (33/34), 963-983.

Francia. (2012). *Code civil français en arabe* (Traducción de la 108.ª ed. del Code civil Dalloz). Dalloz.

Gashi, H., & Preteni, B. (2021). Transfer of property based on property law rules under forthcoming Kosovo draft-civil code. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, *42*(1), 151-165.

Graziadei, M. (2014). L'influenza del diritto privato italiano in Europa. En *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*. Edizioni Scientifiche Italiane.

Graziadei, M. (2019). Comparative law, transplants, and receptions. En M. Reimann & R. Zimmermann (Eds.), *The Oxford handbook of comparative law* (2.ª ed., pp. 442-473). Oxford University Press.

Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil Peruano de 1984. (2019). *Anteproyecto de reforma del Código Civil Peruano*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Halpérin, J. L. (2002). Codes et traditions culturelles. En P. Cappellini & B. Sordi (Eds.), *Codici. Una riflessione di fine millennio - Atti dell'incontro di studio Firenze, 26-28 ottobre 2000* (pp. 223-261). Giuffrè.

Heirbaut, D. (2022). From France to eclecticism: The role of foreign law and legal history in the drafting of the «new» Belgian Civil Code. En N. Jansen & S. Meier (Eds.), *Iurium itinera - Historische Rechtsvergleichung und vergleichende Rechtsgeschichte. Reinhard Zimmermann zum 70. Geburtstag am 10. Oktober 2022*. Mohr Siebeck.

Hinestrosa, F. (2015). Nota sobre el derecho italiano de los contratos en el derecho colombiano. *Revista de Derecho Privado*, (28), 3-9.

Huc, T. (1866). *Le Code civil italien et le Code Napoléon: Études de législation comparée* (Vol. 1). Auguste Durand.

Il nuovo Codice civile del Brasile e il Sistema giuridico latinoamericano. Atti del Congresso internazionale (Roma, 23-25 gennaio 2003). (2004). *Roma e America. Diritto romano comune*, (16-17), 1-296.

Infantino, M. (2014). La circolazione del modelo italiano di responsabilità civile. *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 339-363.

Ioriatti, E. (1992). Il nuovo codice civile dei Paesi Bassi fra soluzioni originali e circolazione dei modelli. *Rivista di diritto civile*, *38*(1), 117-180.

Ioriatti, E., & Hondius, E. H. (1994). Verso il 2000: la revisione dei codici civili: l'esperienza olandese. En G. Alpa (Ed.), *La riforma del Codice civile. Atti del 13.º congresso nazionale dell'Associazione italiana giovani avvocati*. CEDAM.

Ioriatti, E., & Van Erp, H. J. M. (2007). La tutela della proprietà nel codice civile dei Paesi Bassi (Nieuw Burgerlijk Wetboek). *Rivista di diritto romano*, (8), 2-16.

Irti, N. (1999). *L'età della decodificazione* (4.ª ed.). Giuffrè.

Italia. (1876). *Código civil italiano* (A. Aguilera y Velasco, Ed.; Vol. 2). Establecimiento Tipográfico de la Colección de los Códigos Europeos.

Italia. (1930). *Italienisches Zivilgesetzbuch (Codice civile italiano de 1865)* (R. Staffler, Trad.). Buchhandlung der Verlagsanstalt Vogelweider.

Italia. (1961). *Código civil italiano. Código de direito privado italiano que inclui o direito civil, o direito comercial e o diritto do trabalho* (Souza Diniz, Trad.). Record.

Italia. (1868). *Code civil du royaume d'Italie. Avec deux tables comparatives des codes français et piémontais* (J. B. Gandolfi, Trad.). Imprimerie Royale.

Italia. (1892a). *Code civil italien. Promulgué le 25 juin 1865, mis en vigueur le 1er janvier 1866* (H. Prudhomme, Trad.). Pedone-Lauriel.

Italia. (1892b). *Code de Commerce Italien promulgué le 31 octobre 1882* (E. Turrel, Trad.). Pedone-Lauriel.

Italia. (1930). *Italienisches Zivilgesetzbuch (Codice civile italiano de 1865)* (R. Staffler, Trad.). Buchhandlung der Verlagsanstalt Vogelweider.

Italia. (1961). *Codice civile italiano: Código de direito privado italiano que inclui o derecho civil, o direito comercial e o direito do trabalho* (A. Souza Diniz, Trad.). Distribuidora Récord Editôra.

Italia. (1997). *Codice civile italiano* (F. Anling y D. Mei, Trads.).

Italia. (2004). *Codice civile italiano* (A. Fei & M. Ding, Trads.) (2.ª ed.).

Iudica, G. (2003). Profili della responsabilità extracontrattuale secondo il nuovo codice civile. En A. Calderale (Ed.), *Il nuovo codice civile brasiliano*. Giuffrè.

Kazama, T. (1974). *Italian Civil Code. Complete translation (civil law, commercial law, labour law)*. Horitsu Bunka Sha.

Kazama, T. (1977). *Italian Civil Code. Complete translation (civil law, commercial law, labour law)* (2.ª ed.). Horitsu Bunka Sha.

Labruna, L. (2004). Tra Europa e America Latina. Principi giuridici, tradizione romanistica e humanitas del diritto. En M. Garrido-Hory & A. Gonzalès (Eds.), *Histoire, espaces et marges de l'Antiquité: Hommages à Monique Clavel-Lévêque* (Vol. 3). Presses Universitaires de Franche-Comté.

Lanni, S. (2013a). Il nuovo codice civile della Romania. Persona umana e responsabilità civile. *Rivista di diritto civile*, *59*(4), 875-891.

Lanni, S. (2013b). La diffusione dell'esperienza giuridica italiana di tutela del consumatore in America Latina. En S. Lanni & P. Sirena (Eds.), *Il modelo jurídico - scientifico e legislativo - italiano fuori dell'Europa. Atti del II Congresso Nazionale della SIRD*. Edizioni Scientifiche Italiane.

Lanni, S. (2014). La obrigação de indenizar en el decenio del codice civile. En S. Lanni (Ed.), *Dez anos. Contributi per il primo decennio del nuovo codice civile brasiliano*. Edizioni Scientifiche Italiane.

Lanni, S. (2017). *Il diritto nell'America Latina*. Edizioni Scientifiche Italiane.

Lanni, S. (Ed.). (2011). *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*. Edizioni Scientifiche Italiane.

Lerner, P. (2002). El Código Civil italiano de 1942 y las reformas al Código Civil argentino. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, *35*(103), 167-195.

Leucadito, B. (2017). La ricezione di Giorgio Del Vecchio in Brasile tra le due Guerre. En G. Bartoli (Ed.), *I filosofi del diritto alla «Sapienza» tra le due Guerre. Atti del Convegno Internazionale Roma, 21 e 22 ottobre 2014* (pp. 583-604). Sapienza Università Editrice.

Levaggi, A. (2005). *Dalmacio Vélez Sarsfield*. Universidad Nacional de Córdoba.

Leysser León, L. (2013). La recezione nel diritto peruano delle regole del codice civile italiano sul contratto in genere. En S. Lanni & P. Sirena (Eds.), *Il modelo jurídico, scientifico e legislativo, italiano fuori dall'Europa. Atti del II Congresso Nazionale della SIRD*. Edizioni Scientifiche Italiane.

Lorenzetti, R. L. (2017). Aspectos valorativos del nuevo Código Civil y Comercial argentino. En R. Cardilli & D. F. Esborraz (Eds.), *Nuovo codice civile argentino e sistema giuridico latinoamericano* (pp. 23-34). Wolters Kluwer; CEDAM.

Losano, M. G. (2006a). *Il Movimento Sem Terra del Brasile. Funzione sociale della proprietà e latifondi occupati*. Diabasis.

Losano, M. G. (2006b). Miguel Reale (1910-2006). *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, *83*(3), 465-476.

Losano, M. G. (2012). Un modelo italiano per l'economia nel Brasile di Getúlio Vargas: la «Carta del Lavoro» del 1927. *Rechtsgeschichte - Legal History*, (20), 274-308.

Lucchini Guastalla, E. (2013). La circolazione del modelo italiano in Argentina. En S. Lanni & P. Sirena (Eds.), *Il modelo jurídico - scientifico e legislativo - italiano fuori dell'Europa. Atti del II Congresso Nazionale della SIRD*. Edizioni Scientifiche Italiane.

Magri, G., & de Medeiros Nóbrega, J. C. (2014). Alcune osservazioni sull'influenza del modelo italiano in Portogallo. *CDCT Working Paper*, (27), 1-23.

Marino, D. (2014). L'influenza del diritto italiano sul diritto privato rumeno. En *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*. Edizioni Scientifiche Italiane.

Marino, D. (2020). *Il nuovo codice civile rumeno fra tradizione e innovazione. Studio di diritto comparato*. Edizioni Università di Trieste.

Mitrović, D. M. (Ed.). (1964). *Italijanski građanski zakonik. Knj. 4. Obligacije* (Serija E: Prevodi stranih zakona). Institut za uporedno pravo.

Mocka, L. (Ed.). (2014). *Kodi Civil Italian*. DUDAJ Publications.

Nicolussi, A. (2019). Latinità e diritto privato: il diritto civile italiano in Perù. *Europa e diritto privato*, (4), 1189-1194.

Nocera, L. A. (2017). Ultimi orientamenti giurisprudenziali in Argentina sul diritto alla terra delle popolazioni indigene. *DPCE Online*, *23*(3).

Ortolani, A. (2013). Il modelo giuridico - scientifico e legislativo - in Giappone. En S. Lanni & P. Sirena (Eds.), *Il modelo jurídico - scientifico e legislativo - italiano fuori dell'Europa. Atti del II Congresso Nazionale della SIRD*. Edizioni Scientifiche Italiane.

Parise, A. (2010). Legal Transplants and Codification: Exploring the North American Sources of the Civil Code of Argentina (1871). *Jindal Global Law Review*, *2*(1), 41-86.

Patti, S. (2018). Ricodificazione. *Rivista di diritto civile*, *64*(2), 435-453.

Patti, S. (Ed.). (2019). *Italienisches Zivilgesetzbuch: Verbrauchergesetzbuch* (3.ª ed.). C. H. Beck.

Pinto Oliveros, S. (2014). L'influenza del modelo italiano nel diritto civile venezuelano. En S. Lanni & P. Sirena (Eds.), *Il modelo jurídico - scientifico e legislativo - italiano fuori dell'Europa. Atti del II Congresso Nazionale della SIRD* (pp. 225-246). Edizioni Scientifiche Italiane.

Poncibò, C. (2021). Riflessioni sul progetto europeo di codificazione del diritto civile in Kosovo. *Rivista critica del diritto privato*, *39*(1), 41-53.

Pontes de Miranda, F. C. (1928). *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Pimenta de Mello & C.

Posenato, N. (2014). Le clausole generali nel codice civile brasiliano e il nuovo ruolo della giurisprudenza. En S. Lanni (Ed.), *Dez anos: Contributi per il primo decennio del nuovo codice civile brasiliano*. Edizioni Scientifiche Italiane.

Reale, M. (2005). Exposição de motivos do Anteprojeto de Código Civil anotada. En M. Reale (Ed.), *História do novo Código Civil* (pp. 79-80). Revista dos Tribunais.

Reis, T. (2021). VI. The Brazilian Civil Code of 1916: principles, method and institutional conditions of private law modernization. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung*, *138*(1), 178-225.

Rescigno, P. (1994). La circolazione dei modelli giuridici europei e nel mondo latino americano. En G. Visintini (Ed.), *Il diritto dei nuovi mondi*. CEDAM.

Rescigno, P. (2003). La «parte generale» del nuovo codice civile del Brasile. *Roma e America. Diritto romano comune*, (16), 29-34.

Rescigno, P. (2013). La «parte generale» del nuovo codice del Brasile. En P. Rescigno, *Codici. Storia e geografia di un'idea* (pp. 188-189). Giuffrè Editore.

Sacco, R. (2010). Codificazione, ricodificazione, decodificazione. En R. Sacco (Dir.), *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile. Aggiornamento IV* (pp. 319-332). UTET.

Sacco, R., & Rossi, P. (2019). *Introduzione al diritto comparato* (7.ª ed.). UTET.

Salerno, M. U., & Pasqualini-Salerno, V. (2018). L'effet des phénomènes économiques imprévisibles dans le nuovo Code civil argentin. *Revue internationale de droit comparé*, *70*(1), 149-157.

Schamps, G. (1998). *La mise en danger. Un concept fondateur d'un principe général de responsabilité. Analyse de diritto comparato*. Bruylant; L. G. D. J.

Schipani, S. (2010). Codici civili nel sistema latinoamericano. En R. Sacco (Dir.), *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile. Aggiornamento IV* (pp. 286-319). UTET.

Schipani, S. (2014). «Roma Americana» e codice civile del Brasile del 2003. En S. Lanni (Ed.), *Dez anos. Contributi per il primo decennio del nuovo codice civile brasiliano*. Edizioni Scientifiche Italiane.

Schipani, S. (Ed.). (1991). *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano. Atti del Congresso Internazionale Roma, 17-19 marzo 1986*. CEDAM.

Schipani, S., & Lanni, S. (Eds.). (2007). *Código Civil de la República Argentina con las Notas de Dalmacio Vélez Sarsfield e il testo de las fuentes romanas citadas*. Rubinzal-Culzoni Editores.

Schmidt, J. P. (2018). El origen de la «parte generale» del diritto privato brasiliano. *Derecho PUCP*, (80), 33-48.

Scognamiglio, C. (2017). Il Código civil y comercial de la Nación Argentina ed il problema della causa: verso un causalismo ben temperato? En R. Cardilli & D. F. Esborraz (Eds.), *Nuovo codice civile argentino e sistema giuridico latinoamericano*. Wolters Kluwer; CEDAM.

Séjean, M. (Ed.). (2020). *Code civil trilingue 2020. Anglais-Français-Arabe*. LexisNexis.

Sentís Melendo, F. S., & Neppi, V. (1954). *Manual de derecho civil y comercial*. Ediciones Jurídicas Europa-América.

Service public fédéral Justice. (2019). *Exposé des motifs: Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le Code civil*.

Siebeneichler de Andrade, F. (2019). Un panorama sullo sviluppo del codice civile in Brasile. Un'opportunità per una riflessione sulla problematica della tutela della parte debole. En A. Saccoccio & S. Cacace (Eds.), *Sistema giuridico latinoamericano*. G. Giappichelli.

Sirena, P. (Ed.). (2019). *Dal «fitness check» alla riforma del codice civile. Profili metodologici della ricodificazione*. Jovene Editore.

Slakoper, Z., & Tot, I. (Eds.). (2021). *The law of obligations in Central and Southeast Europe: Recodification and recent developments*. Routledge.

Somma, A. (2015). Le parole della modernizzazione latinoamericana. Centro, periferia, individuo e ordine. En M. R. Polotto, T. Keiser, & T. Duve (Eds.), *Derecho privado y modernización. América*

Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX. Max Planck Institute for European Legal History.

Stolker, C. J. (1996/1997). Drafting a new Civil Code for Albania. Some personal experiences contrasted with the World Bank's «Initial lessons». *IJVO*, (6), 29-47.

Timoteo, M. (2018). La Parte generale del Codice civile cinese fra modelli importati e modelli locali. *Roma e America*, (39).

Tonato, D. C. (2014). L'impatto del codice civile brasiliano del 2002 sull'inizio della personalità per il filtro della giurisprudenza: la situazione del nascituro nel primo decennio di vigenza del nuovo codice. En S. Lanni (Ed.), *Dez anos. Contributi per il primo decennio del nuovo codice civile brasiliano*. Edizioni Scientifiche Italiane.

Tuccari, E. (2017). Note sull'introduzione della «révision pour imprevision» nel codice civile francese. *Europa e diritto privato*, (4), 1517-1537.

Turelli, G. (2020). Modello sistematico e sensibilità storica in Dalmacio Vélez Sarsfield. En A. Saccoccio & S. Cacace (Eds.), *Europa e America Latina. Due continenti, un solo diritto*. G. Giappichelli; Tirant lo Blanch.

Van Schaick, B. (2014). Did the Italian Civil code have some influence on Dutch civil law? *Annuario di diritto comparato*, (6).

Vassalli, F. (1947). Motivi e caratteri della codificazione civile. *Rivista italiana delle scienze giuridiche*, (1).

Vassalli, F. (1951). Extrastatualità del diritto civile. En *Studi in onore di A. Cicu* (Vol. 2). Giuffrè.

Venditti, C., Veshi, D., & Koka, E. (2020). The transformation of right to property in the post-communist period in Albania. The impact of the Italian Civil Code in the ways of acquisition of ownership in the Albanian Civil Code of 1994. *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, (1), 329-352.

Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Vol. 80, n.º 80, enero-diciembre, 2025 • Publicación anual. Lima, Perú
ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)
DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2025.v80n80.03

LA INEXISTENCIA DE UN DERECHO INCONDICIONADO DE LOS HIJOS A HEREDAR: UNA COMPARACIÓN ENTRE DERECHO ITALIANO Y PERUANO[1]

The absence of an unconditional right of children to inherit: a comparison between Italian and Peruvian law

Ivan Libero Nocera
Università degli Studi di Bérgamo
(Bérgamo, Italia)
Contacto: ivan.nocera@unibg.it
https://orcid.org/0000-0002-6150-4830

RESUMEN

Esta investigación ofrece un análisis comparado de los sistemas sucesorios italiano y peruano, partiendo de la reconstrucción de la legítima en ambos ordenamientos y su trasfondo común de matriz francesa.

1 Traducción de María-Pía Guadalupe Díaz Díaz, doctora en Derecho por la Universidad de Turín (Italia) y por la Universidad de Sevilla (España). Revisada por el Dr. Carlos Antonio Agurto Gonzáles, profesor ordinario auxiliar de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Mediante el examen de la evolución del modelo de la *réserve héréditaire* en el derecho francés y de la jurisprudencia europea y nacional reciente, se investiga la tensión entre la autonomía testamentaria, la protección familiar y el orden público internacional, con especial énfasis en las sucesiones transfronterizas reguladas por el Reglamento n.º 650/2012 de la Unión Europea y los criterios de determinación de la *lex successionis*. A la luz de las decisiones de la Corte di Cassazione italiana, la Cour de cassation francesa y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el estudio sostiene la inexistencia de un derecho incondicional y constitucionalmente protegido de los hijos a heredar, subrayando que la legítima no constituye un valor fundamental indisponible en ninguno de los dos sistemas. Finalmente, se exploran, de *iure condendo*, posibles líneas de reforma orientadas a reequilibrar la solidaridad familiar con la libertad de autodeterminación del *de cuius*, bajo una perspectiva personalista y dinámica del fenómeno sucesorio.

Palabras clave: sucesión necesaria; legítima; autonomía testamentaria; derecho comparado; sucesiones transfronterizas.

ABSTRACT

This research offers a comparative analysis of the Italian and Peruvian succession systems, based on a reconstruction of the reserved portion in both legal systems and their common background rooted in French law. By examining the evolution of the model of the réserve héréditaire in French law and recent European and national case law, the tension between testamentary autonomy, family protection and international public policy is investigated, with particular emphasis on cross-border successions governed by European Union (EU) Regulation No. 650/2012 and the criteria for determining the lex successionis. In light of the rulings of the Italian Corte di Cassazione, the French Cour de cassation and the European Court of Human Rights, this study argues that there is no unconditional, constitutionally protected right of children to inherit, emphasising that the reserved share does

not constitute a fundamental, inalienable right in either legal system. Finally, it explores, from a legislative perspective, possible avenues for reform aimed at rebalancing family solidarity with the testator's freedom of self-determination, from a personalist and dynamic perspective of the succession process.

Keywords: compulsory succession; statutory share; testamentary autonomy; comparative law; cross-border successions.

Recibido: 12/07/2025 Aprobado: 21/10/2025 Publicado: 17/12/2025

1. LA SUCESIÓN ENTRE EL CÓDIGO PERUANO Y EL CÓDIGO ITALIANO

El cuadragésimo aniversario del Código Civil (CC) peruano representa una oportunidad relevante para analizar la sucesión necesaria, mediante la comparación de la institución de la legítima con la disciplina italiana correspondiente, a fin de evaluar posibles perspectivas de su reforma.

El tercer Código Civil peruano, promulgado en 1984, se sitúa cronológicamente después de los códigos normativos de 1852 y 1936. El primero se caracterizó por una impronta predominantemente francesa, con elementos de la tradición jurídica romano-castellana; el segundo, en cambio, estuvo influenciado por los ordenamientos alemán, suizo, argentino y brasileño. En cuanto al Código de 1984, este se encuentra significativamente inspirado en el modelo civil italiano, especialmente en sus disposiciones relativas al derecho de propiedad.

Es pertinente señalar que tanto el segundo libro del Código Civil italiano de 1942 (arts. 456-809) como el cuarto libro del Código Civil peruano de 1984, dedicado al derecho de sucesiones (arts. 660-880), revelan claras convergencias en su estructura y contenido. Esta influencia se manifiesta en la organización de las normas y principios

fundamentales como el rol central de la familia y la salvaguardia de la autonomía testamentaria. Estas similitudes ponen de relieve un intercambio legal entre sistemas distintos, pero unidos por una concepción compartida del derecho sucesorio como un medio para equilibrar la voluntad del *de cuius* y la protección de los herederos forzosos.

Respecto a sus principales afinidades, en ambos códigos la sucesión se realiza por derecho propio y no por linajes —con la única excepción de la representación sucesoria (art. 684 del CC peruano; art. 469, párr. 3, del CC italiano)—. Asimismo, ambos reconocen el principio de transmisión directa del patrimonio a los herederos, lo que preserva la continuidad entre la persona del fallecido y las personas con derecho (art. 660 del CC peruano; art. 456 del CC italiano). En ambos cuerpos legales, la división del patrimonio está sujeta al respeto de las cuotas de los herederos forzosos y a la protección de los acreedores (arts. 840 y ss. del CC peruano; arts. 768 y ss. del CC italiano), proporcionando protección a los legitimarios (arts. 723 y ss. del CC peruano; arts. 536 y ss. del CC italiano).

En cuanto a la sucesión necesaria, los sujetos protegidos son similares, aunque con matices: en el Perú, los abuelos pueden ser herederos forzosos ante la ausencia de los padres, mientras que en Italia esta categoría se limita a estos últimos. Además, el cónyuge en el Perú concurre en la legítima con descendientes o ascendientes; a falta de estos, recibe dos tercios del patrimonio. En cambio, en el sistema italiano, el cónyuge en presencia de hijos tiene derecho a un tercio del patrimonio; en ausencia de estos, le corresponde la mitad (si existen ascendientes vivos) o dos tercios (si tampoco los hay).

Finalmente, la ley italiana no prevé la desheredación de los herederos forzosos, mientras que la legislación peruana permite su exclusión bajo circunstancias específicas (arts. 744, 745 y 746 del CC peruano). Estas causales son análogas a las que, en Italia, facultan la revocación de donación por ingratitud (art. 801 del CC italiano). En el ordenamiento peruano, las causas de desheredación coinciden

parcialmente con las de indignidad (art. 747 del CC peruano); por tal motivo, se considera un supuesto en el que el llamado a la herencia no puede aceptarla, lo que da lugar a la representación sucesoria. En consecuencia, los descendientes del desheredado o del indigno pueden suceder en el lugar y grado de su ascendiente, conforme lo establece el art. 755 del Código Civil peruano.

2. EL MODELO DE LA *RÉSERVE* EN EL CODE CIVIL

Debido a que tanto el Código Civil peruano como el italiano encuentran su paradigma en el sistema de sucesión francés, resulta especialmente útil recordar la evolución de la disciplina sucesoria necesaria en dicho sistema.

El Code civil francés —cuya estructura original fue el referente para el Código italiano de 1865— constituye el arquetipo del principio de igualdad entre herederos, bajo la premisa de que «les descendants ont un droit égal sur les biens de leurs ascendants»[2], instaurada por la Revolución Francesa. Respecto a la disciplina sucesoria del Código Napoleónico, Alexis de Tocqueville (1981), observa que «lorsque la loi des successions établit le partage égale elle détruit la liaison intime qui existait l'esprit de famille et la conservation de la terre» (p. 1109). El impacto de esta innovación en el orden social de la época fue resumido con eficacia por Galgano (1991):

> Muchos piensan que fue la guillotina la que decapitó a la nobleza francesa [pero] el verdadero andamio se erigió en 1804, oculto bajo el papel del *Code Napoleón*. La sentencia de muerte se ejecutó, sin el redoble de tambores, con estas diez palabras recitadas por el art. 742: la herencia se divide a partes iguales entre los descendientes. (p. 10)[3]

2 Convención del 7 de marzo de 1793.

3 En este sentido, cabe recordar el pasaje de *Il Gattopardo* (Tomasi di Lampedusa, 1958), en el que el príncipe, al expresar al padre Pirrone su decepción ante un posible

En el ordenamiento jurídico francés, el heredero forzoso goza de una sólida protección derivada de la naturaleza de la legítima como parte de la herencia[4], cuya ampliación, establecida por el art. 913 del Código Civil, limita significativamente la parte disponible. En efecto, se establece que la *réserve* equivale a la mitad de la herencia si el *de cuius* deja un solo hijo; a dos tercios, si deja dos; y tres cuartas partes, si deja tres o más hijos.

En las últimas dos décadas, la *réserve* ha experimentado revisiones importantes hacia una sensibilidad más acentuada por la autonomía negocial en el ámbito sucesorio. A partir de la Ley n.º 2006-728, del 23 de junio de 2006, «Portant réforme des successions et des libérites», el sistema francés ha sufrido diversas intervenciones que han modificado la cuota de reserva, «restringiendo su ámbito de aplicación, disminuyendo su fuerza y alterando su naturaleza» (Malaurie & Brenner, 2018, p. 420)[5].

En efecto, esta reforma eliminó a los ascendentes de la lista de herederos forzosos, y abolió el principio de reciprocidad en línea recta solo a los descendientes y al cónyuge. El artículo 916 prescribe: «A défaut de descendant et de conjoint survivant non divorcé, les

matrimonio entre su hija Concetta y su sobrino favorito, el impetuoso Tancredi, exclama: «la fortuna de la casa Salina tuvo que dividirse en ocho partes, en partes desiguales, de las cuales la de las chicas habría sido la menor. ¿Y qué? Tancredi necesitaba mucho más» (p. 76).

4 Se afirma expresamente lo siguiente: «La réserve héréditaire est la part des biens et droits successoraux don't la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent. La quotité disponible est la part des biens et droits successoraux qui n'est pas réservée par la loi et don't le défunt a pu disposer librement par des libéralités» (art. 912). Asimismo, se establece que: «Lorsqu'au décès du testateur il y a des héritiers auxquels une quotité de ses biens est réservée par la loi, ces héritiers sont saisis de plein droit, par sa muerte, de tous les biens de la succession; et le légataire universel est tenu de leur demander la délivrance des biens compris dans le testament» (art. 1004).

5 Sobre las razones de la reforma, véanse Fusaro (2013) y Vigneau (2006, p. 1144). Sin embargo, no han faltado opiniones críticas sobre la misma, entre ellas la de Catala (2006, p. 5), según la cual: «s'infiltre un dessaisinnement douloureux et onereux des heritiers légittimes au beneficio d'une administration à l'anglaise».

libéralités par actes entre vifs ou testamentaires pourront épuiser la totalité des biens», con la precisión de que este cónyuge, ante la ausencia de descendientes, tiene derecho a una cuarta parte de la masa hereditaria (art. 914-1) como reserva.

De igual manera, la reforma de 2006 —además de introducir la categoría dogmática de *libéralités*, donde convergen sucesiones y donaciones con una aproximación contractual— incluye el pacto de renuncia sucesoria[6] (art. 292), que otorga al presunto heredero el derecho de renuncia anticipada para promover una eventual acción de reducción. Adicionalmente, se dotó de alcance general a la regla de la reducción por equivalente (art. 924), la cual antes representaba una excepción al principio de la reducción en especie, y se revitalizó el modelo de sucesiones separadas según el origen de los bienes.

Posteriormente, el 5 de agosto de 2011, el Conseil constitutionnel declaró inconstitucional el artículo 2 de la ley del 14 de julio de 1819 sobre el «droit d'aubaine et de détraction», que reconocía a los herederos de nacionalidad francesa excluidos de una herencia regida por una ley extranjera, un «droit de prélèvement» compensatorio sobre los bienes situados en Francia. Dicha regla permitía, de hecho, una clara disparidad de trato entre herederos franceses y extranjeros, lo que generaba una discriminación por motivos de nacionalidad[7].

Por otra parte, mediante dos sentencias del 27 de setiembre de 2017, la Primera Sala Civil de la Cour de cassation dictaminó que la ley californiana[8], que no contempla la legítima, no contraviene el orden

6 Por otro lado, la prohibición de los pactos sucesorios que establece la institución sigue prevista, además de Francia, en Bélgica y Luxemburgo (art. 1130, apdo. 2, del Código Civil), así como en los Países Bajos (art. 4.4, apdo. 2, del NBW), Portugal (art. 2028, apdo. 2, del Código Civil), Grecia (art. 368 del Código Civil) y España (art. 1271, apdo. 2, del Código Civil), aunque con excepciones en el ámbito regional.

7 Véase la sentencia del Conseil constitutionnel n.º 2011-159 QPC (2011). Sobre el alcance de esta decisión, véase Casey (2011, p. 32), Egea (2012, p. 155) y Fongaro (2011, p. 23).

8 Las *sections* 6540 y 6541 establecen, respectivamente, lo siguiente: «(a) Los siguientes tienen derecho a la asignación familiar razonable de la herencia que sea necesaria para

público internacional francés, siempre que no deje a los hijos preteridos «dans un état de précarité ou de besoin, en réduisant ainsi la réserve héréditaire à une fonction purement alimentaire»[9] (2017a; 2017b). Estas palabras del Tribunal Supremo francés resuenan con la tesis de Lagarde (2012), quien propuso evaluar caso por caso la contrariedad al orden público, según si la aplicación de la ley extranjera priva de recursos a hijos menores o estudiantes.

En dichas sentencias, la Cour de cassation concluyó que las reformas cambiaron el significado de la institución: su función de sustento prevalece ahora sobre la de preservar los bienes en la familia, lo que deriva en un «declive» de la cuota de reserva en sucesiones

---

su manutención según sus circunstancias durante la administración de la herencia: (1) el cónyuge superviviente del fallecido; (2) hijos menores del fallecido; (3) hijos adultos del fallecido que estén física o mentalmente incapacitados para ganarse la vida y que realmente dependieran total o parcialmente del fallecido para su manutención. (b) Los siguientes puede recibir la asignación familiar razonable del patrimonio que el tribunal, a su discreción, determine que es necesaria para su manutención según sus circunstancias durante la administración del patrimonio: (1) otros hijos adultos del difunto que realmente dependían total o parcialmente del difunto para su sustento; (2) un progenitor del fallecido que dependiera efectivamente, total o parcialmente, del fallecido para su manutención. (c) Si una persona elegible para la asignación familiar tiene una pensión razonable de otras fuentes y hay una o más personas con derecho a una asignación familiar, la asignación familiar solo se concederá a quienes no tengan una pensión razonable de otras fuentes. Además, la sección 6541 dispone que: (a) El tribunal podrá conceder o modificar una pensión familiar a petición de cualquier persona interesada. (b) Respecto a una orden para la asignación familiar prevista en la subdivisión (a) de la sección 6540: (1) antes de que se presente el inventario, la orden podrá emitirse o modificarse (A) ex parte o (B) después de que se haya dado la notificación de la audiencia sobre la petición, tal y como se dispone en la sección 1220; (2) tras la presentación del inventario, la orden solo podrá emitirse o modificarse después de que se haya dado el aviso de la audiencia sobre la petición, tal y como dispuesto en la sección 1220. (c) Una orden para la asignación familiar prevista en la subdivisión (b) de la sección 6540 solo podrá emitirse después de que se haya notificado la audiencia sobre la petición, según lo previsto en la sección 1220, a todas las siguientes personas: (1) cada persona listada en la sección 1220; (2) cada heredero conocido cuyo interés en la herencia se vería afectado por la petición; (3) cada legado conocido cuyo interés en la herencia se vería afectado por la petición».

9 Sobre estas decisiones, véanse los comentarios de Vincent (2018) y Calò (2018, p. 1141). En términos más generales, sobre la relación entre la cuota de reserva francesa y el orden público internacional, véase Grimaldi (2012, p. 755).

internacionales. Una de estas disputas —vinculada a la herencia de dos músicos famosos[10]— llegó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el cual aclaró que la abolición del «droit d'aubaine et de détraction» no vulnera el Convenio, ya que el TEDH «n'a jamais reconnu l'existence d'un droit général et de détraction inconditionnel des enfants à hériter d'une partie des biens de leurs parents» (2024a; 2024b)[11].

En suma, cabe señalar que la Ley n.º 2021-1109, del 24 de agosto de 2021 —orientada a contrarrestar la aplicación del derecho sucesorio musulmán en cuanto discriminación por sexo— ha reforzado la reserva al reintroducir el «droit de prélèvement» a favor de los herederos forzosos sobre bienes en Francia, siempre que el causante o un hijo sea ciudadano o residente de la UE al momento del deceso y la ley extranjera no prevea mecanismos de protección obligatoria (Péroz, 2021, p. 48; Laurent-Bonne, 2021, p. 548). No obstante, esta novedad se aplica a sucesiones abiertas tras el 1 de noviembre de 2021, por lo que no afecta al caso en cuestión.

3. SUCESIÓN TRANSFRONTERIZA EN EL REGLAMENTO DE LA UNIÓN EUROPEA N.º 650/2012

Con la finalidad de armonizar el derecho sucesorio europeo, el 17 de agosto de 2015 entró en vigor el Reglamento (UE) n.º 650/2012, del 4 de julio de 2012 (en adelante, el Reglamento). Este instrumento establece normas uniformes de derecho internacional privado, inmediatamente vinculantes en todo el espacio jurídico europeo, en relación con la

10 Además de los litigios relacionados con las herencias de Maurice Jarre y del arreglista Michel Colombier, se produjo una tercera disputa similar sobre la herencia del cantante Johnny Hallyday, la cual se resolvió mediante un acuerdo.

11 En estos términos se pronuncia el párrafo 64 de la sentencia en cuestión. Ya en el caso Marckx contra Bélgica (13 de junio de 1979, § 31, Serie A n.º 31), el TEDH había sostenido que el artículo 1 del Protocolo n.º 1 —el cual reconoce el derecho de toda persona al respeto de «su» propiedad— se refiere exclusivamente a bienes actuales y no garantiza el derecho a adquirirlos por vía de sucesión legítima.

jurisdicción, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de actos públicos en el ámbito de las sucesiones transnacionales.

En virtud del principio de primacía del derecho comunitario, el Reglamento prevalece sobre las leyes nacionales en conflicto; es decir, sobre las normas internas del derecho internacional privado que, para Italia, se encuentran en los arts. 46 al 50 de la Ley n.º 218, del 31 de mayo de 1995.

Este reglamento ha impactado significativamente en la disciplina sucesoria[12] al ampliar los límites de aplicación de la ley extranjera. En la práctica, no es frecuente observar intentos de eludir los derechos de los herederos forzosos mediante el sometimiento de la sucesión a la ley de un Estado —incluso fuera de la UE— que no contemple la legítima ni la prohibición de los acuerdos sucesorios[13].

---

12 En términos más generales, sobre lo que se ha definido como un nuevo sistema jurídico «italo-europeo» tras la integración entre los ordenamientos nacionales y el derecho europeo, véase, en particular, Perlingieri (2014, p. 449).

13 Baste señalar que los acuerdos sobre sucesión están permitidos y regulados en Alemania —bajo los §§ 1941, 2274 y siguientes del BGB—, en Suiza (arts. 494 y 495 del Código Civil) y en Turquía. Por su parte en Estonia, Irlanda, Islandia, Finlandia, Letonia, Noruega, Serbia, Montenegro, Aragón, Navarra y Hungría admiten los acuerdos fundacionales y de sucesión renunciante. En Inglaterra, Gales, Cataluña, Galicia, País Vasco, Chipre y Grecia solo se permiten los pactos de institución, mientras que en Austria y Liechtenstein únicamente se autorizan los acuerdos fundacionales entre cónyuges y los de renuncia a la sucesión. En Malta, se permiten los acuerdos de herencia instituidos por los padres de un cónyuge en el contrato matrimonial, así como los pactos de renuncia en el acuerdo de separación consensuada o en el contrato matrimonial a cambio de una donación nupcial. Por el contrario, en Francia, Polonia y Suecia solo se admiten los pactos de renuncia; en tanto que en Portugal solo se permiten los fundacionales en el contrato matrimonial. Los acuerdos de herencia, por otro lado, están prohibidos en Italia, Albania, Bielorrusia, Bulgaria, República Checa, Eslovaquia, Lituania, Rumanía y Rusia. Para un análisis del contexto europeo, véase el sitio web del Council of the Notariats of the European Union (CNUE) (Fusaro, 2013, p. 391). Al respecto, el artículo 3, párrafo 1, literal b) del Reglamento (UE) n.º 650/2012 lo define como «el acuerdo, por motivo de fallecimiento, incluyendo de voluntad mutua, que confiere, modifica o revoca, con o sin contraprestación, derechos sobre la sucesión futura de una o más personas partes del acuerdo» (2012). El considerando 49 establece que «el acuerdo sobre la sucesión es un tipo de disposición tras la muerte cuya admisibilidad y aceptación varían según los distintos Estados miembros», por lo que resulta necesario regularlo para «que garantice

Pensemos, por ejemplo, en el Código Civil de la República de Panamá, que no prevé el derecho de los hijos a una parte de la herencia y se limita a contemplar, en su art. 814, el derecho a una reclamación de alimentos ante un estado real de necesidad: «Los hijos o descendientes legítimos del testador, y los hijos naturales que éste haya reconocido legalmente, tendrán derecho a los alimentos en la extensión que señala el artículo 236» (1916). De igual modo, el Código Civil de Costa Rica no reconoce la herencia obligatoria a favor de los hijos, sino una mera obligación de alimentos (art. 595) para hijos menores o con discapacidad:

> El testador podrá disponer libremente de sus bienes, con tal que deje asegurados los alimentos de su hijo hasta la mayoría de edad si es menor y por toda la vida si el hijo tiene una discapacidad que le impida valerse por sí mismo, además, deberá asegurar la manutención de sus padres y la de su consorte mientras la necesiten. (1887)

Además, en el contexto europeo, el ordenamiento del Reino Unido no reconoce la legítima; sin embargo, según la Ley de Disposiciones de Herencia para Familia y Dependientes de 1975, el juez puede dictar discrecionalmente medidas patrimoniales basadas en las necesidades de manutención a favor de los familiares del fallecido, si los beneficiarios han sido preteridos o no se han considerado suficientemente en el testamento. Un criterio similar se observa en el art. 684 del Code civil du Québec, según la reforma de la «Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique entre les époux, L. Q. 1989, c. 55» (Fusaro, 2010, p. 561; Kerridge, 2020, p. 384; Sloan, 2020, p. 287).

El Reglamento establece las normas para la identificación de la *lex sucessionis*, es decir, la ley que rige un caso sucesorio específico que

---

la seguridad jurídica para las personas que deseen planificar su sucesión con antelación» (considerando 48) (2012).

presenta elementos de *extraneidad* respecto al ordenamiento jurídico interno. Esta ley también puede ser la de un Estado no miembro de la UE[14] y regulará, desde el momento de la apertura hasta la división, toda la sucesión, la cual recibirá una sola regulación legislativa en todos sus aspectos (desde la identificación de los llamados hasta la interpretación de las disposiciones testamentarias), en observancia del principio de unidad de la sucesión[15].

Por tanto, la ley aplicable al caso podría, en hipótesis, no reconocer los derechos de los herederos forzosos, dado que el Reglamento no contempla el límite de la imperatividad de los legitimarios que sí establece el art. 46, párrafo 2, de la Ley n.º 218 del 31 de mayo de 1995, el cual prescribe: «En caso de sucesión de un ciudadano italiano, la elección de la ley no afectará los derechos que la ley italiana atribuye a los herederos forzosos que residen en Italia en el momento del fallecimiento de la persona cuya sucesión está en cuestión» (Italia, 1995).

La protección de los derechos de los herederos necesarios no podría invocarse ni siquiera en virtud del principio de orden público internacional. Este opera como un «contralímite» destinado a garantizar la integridad del ordenamiento jurídico frente a la circulación de los valores jurídicos propios del derecho internacional privado; por tanto, ante la aplicación de una ley extranjera o el reconocimiento de un acto externo, el intérprete debe verificar si la regulación del caso concreto responde a los principios fundamentales e inalienables del sistema jurídico.

Al respecto, según la Corte de Casación italiana, el conflicto con el orden público debe admitirse «solo en caso de que el juez considere justificadamente que el legislador ordinario estaría hipotéticamente

14 Véase el artículo 20 del Reglamento, según el cual: «La ley designada por este Reglamento se aplicará, aunque no sea la de un Estado Miembro» (2012).

15 De hecho, el artículo 21 del Reglamento versa explícitamente sobre «la ley aplicable a toda la sucesión» y el artículo 23 establece que «[l]a ley designada conforme al art. 21 o art. 22 regula toda la sucesión» (2012).

impedido de introducir, en el sistema jurídico interno, una norma similar a la extranjera, por ser incompatible con los valores constitucionales primarios» (2016). Este escrutinio fue ampliado posteriormente por las Secciones Unidas del Tribunal Supremo a «principios y valores exclusivamente propios del sistema jurídico nacional, siempre que sean fundamentales e inalienables» (2019), así como a:

> la manera en que estos principios se han encarnado en la disciplina ordinaria de las instituciones individuales y en la interpretación proporcionada por la jurisprudencia constitucional y ordinaria, cuyo trabajo de síntesis y recomposición da forma a esa ley viva, que no puede ser ignorado en la reconstrucción de la noción de orden público, como un conjunto de valores fundacionales del ordenamiento jurídico en un momento histórico dado[16]. (2022)

De manera similar, la Cour de cassation (a partir del fallo *Lautour* del 25 de mayo de 1948) ha definido el orden público internacional

16 Recientemente, el Tribunal Supremo declaró lo siguiente: «El orden público internacional se define como aquel formado por el conjunto de principios, que pueden deducirse de la Carta Constitucional o, en cualquier caso, aunque no se encuentren en ella, fundar toda la estructura jurídica como instituciones jurídicas inmanentes y de mayor importancia, ya que resultan del conjunto de normas obligatorias dotadas de carácter fundamental, lo que las distingue del género más amplio de normas obligatorias, como caracterizar la actitud del propio sistema jurídico en un momento histórico dado y formar la piedra angular de la estructura ética, social y económica de la comunidad nacional, dándole una fisonomía bien identificada e inconfundible. El orden público internacional está, por tanto, constituido por los principios que forman, según argumenta la doctrina, la ética del sistema jurídico tal y como resulta del conjunto de sus normas (Cass., 11 de noviembre de 2002, n.º 15822). Estos son principios fundamentales que responden a la necesidad universal de proteger los derechos humanos, o que informan todo el sistema jurídico de tal manera que su violación se traduce en una distorsión de los valores fundacionales de todo el sistema jurídico (Cass., n.º 15822 de 2002, cit.)» (2024). En este sentido, el Tribunal Constitucional también se ha expresado, señalando que el orden público se constituye por las «normas fundamentales establecidas por la constitución y por las leyes que fundamentan las instituciones jurídicas en las que el orden positivo se articula en su adaptación a la evolución de la sociedad (Tribunal Constitucional, sentencia n.º 18 de 1982)» (2024).

francés como el conjunto de principios de justicia universal considerados por la opinión francesa de valor internacional absoluto.

Además, el artículo 35 del Reglamento contiene una referencia específica al orden público, al establecer que la ley aplicable a la sucesión no aplicará en caso de considerarse «manifiestamente incompatible con el orden público del foro» (2012). Ante la ausencia de indicaciones normativas que aclaren el alcance de este límite en el Reglamento, cabe señalar que la cuestión ha sido abordada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Según este tribunal, el orden público solo puede operar cuando la legislación extranjera constituya «una infracción manifiesta de una norma considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que se solicita la aplicación o de un derecho reconocido como fundamental en el mismo ordenamiento jurídico» (2012).

Los derechos de los herederos forzosos y, en términos generales, el sistema de sucesión necesaria no solo carecen de cobertura constitucional, sino que tampoco se consideran herramientas de protección de derechos humanos fundamentales. En consecuencia, pueden ser derogados por una ley extranjera o su aplicación puede ser omitida bajo condiciones de reciprocidad, toda vez que no constituyen expresiones de valores fundamentales o inalienables del sistema jurídico.

Asimismo, el art. 42, párrafo 4, de la Constitución —en materia de sucesiones—, menciona solo la sucesión legítima y testamentaria. Por tanto, el derecho extranjero que no garantiza la protección de los derechos de los herederos forzosos no incurre en una incompatibilidad manifiesta con el ordenamiento nacional, al no alcanzar el grado de contraste requerido por el art. 35 del Reglamento. En conclusión, la sucesión necesaria no constituye una expresión del orden público internacional en el sistema nacional ni en el transalpino (Perlingieri, 2016, p. 475; Barba, 2016, p. 353).

4. ¿CÓMO SE IDENTIFICA LA *LEX SUCCESSIONIS* EN LAS SUCESIONES TRANSFRONTERIZAS EN LA UNIÓN EUROPEA?

En este contexto, cobra especial relevancia la sentencia del TEDH (sección quinta) del 15 de febrero de 2024[17], en la cual, por primera vez, el Tribunal analizó la relación entre la sucesión necesaria —específicamente el derecho a la cuota de legítima— y el orden público internacional. En el caso analizado, el TEDH señala que el padre de los demandantes eligió, durante su vida, regular su patrimonio y sucesión conforme a la ley californiana y no la francesa.

Al respecto, debe recordarse que, para identificar la ley aplicable, el artículo 21 del Reglamento (UE) n.º 650/2012 no adopta el criterio de la Ley Nacional del Fallecido —consagrado en el artículo 46 de la Ley n.º 218 del 31 de mayo de 1995—, sino que establece el de la residencia habitual al momento del fallecimiento: «Salvo disposición en contrario en este Reglamento, la ley aplicable a la sucesión en su conjunto será la del Estado en el que el *de cuius* tenía su residencia habitual en el momento de su fallecimiento» (2012).

Por su parte, el artículo 22 permite el ejercicio de la *profession iuris*, al facultar al causante a elegir como ley reguladora de toda su sucesión la del Estado cuya nacionalidad posee al momento de realizar la elección o al tiempo de su muerte (Lagarde, 2012, p. 699; Dutta, 2009, p. 564; Marrese, 2019).

Este criterio implica que, cuando la residencia habitual se sitúa en el territorio de un Estado miembro, el *forum* y el *jus* se unifican en relación con la misma sucesión. Esto constituye, simultáneamente, un título de jurisdicción y un factor de conexión, cuyo objetivo principal es simplificar la resolución de disputas, la administración del patrimonio y su descentralización en beneficio de la eficiencia y la seguridad jurídica.

---

17 Disponible en la página web: https://hudoc.echr.coe.int/#{%22itemid%22:[%22001-230875%22]}

Si la herencia se encuentra en el territorio de un Estado miembro, pero el causante residía en un tercer Estado al momento de su fallecimiento, la jurisdicción corresponde al Estado donde se sitúan los bienes, activándose la «competencia subsidiaria» prevista en el art. 10 del Reglamento. No obstante, a la presencia de los bienes en el Estado miembro deben sumarse otros puntos de conexión: es necesario que dicho Estado sea aquel cuya nacionalidad poseía el causante al fallecer (literal a) o bien el de su anterior residencia habitual, siempre que, al interponerse la demanda, no hayan transcurrido más de cinco años desde el cambio de residencia (literal b).

Si, tras la aplicación de tales criterios, no se determina la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, los tribunales del Estado miembro donde se ubiquen los bienes hereditarios serán competentes para decidir sobre los mismos; en este supuesto, la competencia quedará circunscrita exclusivamente a dichos activos.

El concepto de *residencia habitual* no es innovador, ya que se ha adoptado tanto en convenios internacionales[18] como en normativas de la Unión Europea[19] para superar la tradicional oposición entre

18 El primer uso de la noción de residencia habitual en el derecho internacional privado de origen supranacional se identifica en la Convención de La Haya de 1902 sobre la protección de los menores. Si bien su art. 1 establecía que dicha protección se regía por la ley del Estado de nacionalidad del menor, los arts. 2 y 3 preveían algunos casos en los que la tutela quedaba sujeta a la ley del Estado de su residencia habitual. En un contexto más reciente, véase art. 5 del Convenio de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, de 19 de octubre de 1996 —ratificado por el Estado italiano mediante la Ley n.º 101, de 18 de junio de 2015—, relativo a la responsabilidad parental y medidas para la protección de menores.

19 Véase el artículo 3 del Reglamento n.º 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003 —reformulado en el Reglamento n.º 1111/2019, de 25 de junio de 2019—, relativo a la jurisdicción, el reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia matrimonial y de responsabilidad parental; dicha norma emplea la residencia habitual como foro de competencia tanto en acciones de divorcio, separación legal y anulación matrimonial, como en aquellas del ámbito de la responsabilidad parental. Además, el Reglamento n.º 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales («Roma I»), utiliza la residencia habitual como factor de conexión en su art. 4 (ley aplicable en ausencia de elección) y en los arts. 5, 6 y 7 (relativos a contratos de transporte, consumo y seguros, respectivamente). Por su parte, el Reglamento n.º 864/2007, de 11

ciudadanía y domicilio en su doble función como títulos de jurisdicción y como criterios de conexión. La elección del legislador europeo respondió al deseo de evitar conflictos de clasificación derivados de cualquier desajuste entre los conceptos jurídicos de *domicilio* específicos de los Estados miembros. En la mayoría de estos, el domicilio tiende a coincidir con la residencia habitual —entendida como el «centro de la vida» de la persona—, con la excepción de los sistemas de *common law*. Estos últimos aceptan la noción de *domicile*, que podría conducir a la designación de un lugar distinto al identificado bajo el criterio de residencia habitual (Damascelli, 2013, p. 48; Bonomi & Di Iorio, 2015, p. 121).

Dado que el Reglamento no establece una definición de «residencia habitual», es posible derivar indicaciones útiles de: (i) otras normativas comunitarias que utilizan esta noción como título de jurisdicción y criterio de conexión; (ii) de la jurisprudencia comunitaria

---

de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones no contractuales («Roma II»), recurre a este criterio de residencia habitual en el art. 4, párrafo 2 —según el cual, por derogación a la regla general de la *lex loci damni*, si la parte perjudicada y la persona responsable residen habitualmente en el mismo país al momento del daño, se aplica la ley de este—; también en el art. 5, sobre responsabilidad por productos, y en los arts. 10, 11 y 12, en materia de enriquecimiento injusto, *negotiorum gestio* y *culpa in contrahendo* (donde se produce como criterio residual). El Reglamento n,º 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, sobre la aplicación de la cooperación reforzada en el ámbito legal aplicable al divorcio y la separación legal («Roma III»), hace un uso extensivo del criterio de la residencia habitual de uno o ambos cónyuges, tanto en la autonomía de las partes (art. 5) como factor de conexión objetivo primordial (arts. 6, 7, 8). Del mismo modo, en el Reglamento n.º 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la jurisdicción, legislación aplicable, reconocimiento y la ejecución de decisiones y la cooperación en materia de obligaciones de manutención, la residencia habitual figura en dos títulos de jurisdicción entre los generales dispuestos de forma alternativa (art. 3) y en la disposición sobre *la electio fori* (art. 4). Asimismo, en cuanto a la ley aplicable, en el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, el art. 15 del Reglamento se refiere a la regla general que es, precisamente, constituida por la residencia habitual del acreedor de manutención. De manera reciente, la residencia habitual también aparece como título de jurisdicción y como factor de conexión en los Reglamentos n.º 1103/2016 y n.º 1104/2016, de 24 de junio de 2016, que establecen una cooperación reforzada en materia de jurisdicción, legislación aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones sobre regímenes de bienes matrimoniales y las consecuencias patrimoniales de las sociedades registradas.

y nacional; y (iii) los «considerandos» del propio Reglamento, que poseen un valor interpretativo indudable.

En particular, de los considerandos 23 y 24 del Reglamento n.º 650/2012 se infiere que, en materia hereditaria[20], el criterio de residencia habitual requiere el establecimiento de: (i) una conexión física entre la persona y un lugar determinado, caracterizada por una estabilidad deducible del factor temporal o de otros motivos que excluyan su ocasionalidad y naturaleza temporal (elemento objetivo); (ii) la intención del sujeto de establecerse en dicho lugar de forma permanente, demostrada por factores como la compra o alquiler de una vivienda, escolarización de los hijos o la estipulación de un contrato laboral indefinido (elemento subjetivo). Precisamente sobre el considerado 23, Barba observó que:

> la autoridad judicial nacional debe realizar una evaluación concreta de la existencia de razones sustantivas capaces de justificar el funcionamiento de la disciplina dictada por la ley extranjera,

20 Como se indica en el considerando 23, para determinar la residencia habitual es necesario realizar «una evaluación global de las circunstancias de la vida del fallecido en los años previos a la muerte y en el momento del fallecimiento, teniendo en cuenta todos los factores fácticos relevantes, en particular la duración y regularidad de la residencia del fallecido en el Estado correspondiente, así como las condiciones y razones de ello» (2012). La residencia habitual así determinada debe revelar una «relación estrecha y estable con el Estado correspondiente, teniendo en cuenta los objetivos específicos de este Reglamento» (2012). El valor de esta «conexión cercana y estable» se reitera en el considerando 24, donde se establece que «en algunos casos puede ser complejo determinar la residencia habitual del fallecido. Tal caso puede surgir, en particular, si por razones profesionales o económicas el fallecido se fue a vivir al extranjero por trabajo, incluso durante un largo periodo, pero mantuvo una relación estrecha y estable con el país de origen. En tal caso, podría considerarse que, a la luz de las circunstancias del caso, el fallecido aún tenía su residencia habitual en el Estado de origen en el que se sitúa el centro de intereses de su familia y de su vida social. Pueden surgir otros casos complejos si el fallecido había vivido alternativamente en varios estados o se había mudado de un estado a otro sin haberse establecido de forma permanente en ninguno de ellos. Si el fallecido era nacional de uno de esos Estados o poseía todos sus bienes principales allí, su nacionalidad o el lugar donde se encuentra esa propiedad podrían ser un factor especial en la evaluación general de todas las circunstancias fácticas» (2012).

> evitando que el criterio de residencia habitual se utilice de manera instrumental para permitir la aplicación de la legislación extranjera. (2015, p. 194)

Ante la dificultad de determinar la residencia habitual y siendo conscientes de que este criterio —aunque amplio— no siempre basta por sí solo para identificar la ley o el vínculo más estrecho de una persona con un lugar, debido a la insuficiencia del simple certificado de residencia, el art. 21, párrafo 2, del Reglamento otorga prioridad al elemento objetivo. Con ello, se atenúa la relevancia de la posición psicológica del causante a fin de reconstruir técnicamente la noción de residencia. Como observa Damascelli (2023):

> Esta regla, que presupone en cualquier caso la existencia en un Estado dado de la residencia habitual del fallecido, conduce, de hecho, a la devaluación del elemento subjetivo en la reconstrucción de la noción de residencia habitual relevante para los fines del reglamento: no se ve en caso contrario, en qué caso podría haber una divergencia entre la ley de residencia habitual y la ley de la conexión más estrecha, salvo en la que (habiendo demostrado objetivamente la residencia habitual del fallecido en un determinado Estado) debe ser rechazada la aplicación de la ley pertinente con el argumento de que el propio fallecido no consideraba ese Estado como el principal centro de su vida e intereses comerciales? (p. 1791)

En efecto, el Reglamento establece que «si, excepcionalmente, está claro por todas las circunstancias del caso individual que, en el momento de la muerte, el fallecido tenía vínculos manifiestamente más estrechos con un Estado distinto a la ley, sería aplicable según el párrafo 1, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado» (Muritano, 2019, p. 54).

Asimismo, el considerando 25 permite que en casos excepcionales —como el traslado del *de cuius* al Estado de residencia habitual en un momento próximo a su fallecimiento— se identifique como ley aplicable la del Estado con el cual mantenía *vínculos más estrechos, en lugar de la ley su residencia habitual*. Por tanto, el concepto comunitario de residencia habitual difiere del contenido en el Código Civil italiano (art. 43, párr. 2), según el cual la morada se encuentra «en el lugar donde la persona tiene su residencia habitual». Por el contrario, la noción del Reglamento se aproxima a la definición de «domicilio» del primer párrafo del citado artículo, ante la necesidad de valorar, además de la presencia física y su habitualidad, todos los factores que determinan el centro efectivo de la vida de la persona. En consecuencia, la residencia habitual se configura como una noción que debe construirse sobre el significado de la propia expresión; esta requiere que el periodo de estancia en un lugar determinado sea «apreciable», sin ser necesariamente «continuo» ni mucho menos «ocasional».

La movilidad de la residencia habitual favorece la búsqueda del ordenamiento jurídico más conveniente para establecer el centro de intereses de manera estable y permanente, permitiendo su traslado de un Estado a otro para fijar allí la nueva residencia. Ciertamente, el considerando 26 del Reglamento faculta a los tribunales para aplicar mecanismos que contrarresten la elusión de la normativa, como el fraude de ley en el derecho internacional privado. De este modo, ante un traslado artificial de bienes a otro Estado poco antes del fallecimiento para simular una residencia habitual, podría aplicarse el criterio subsidiario del Estado con el cual el causante mantenía sus vínculos más estrechos.

No obstante, estas «válvulas de seguridad» contra traslados fraudulentos no siempre resultan fáciles de ejecutar, pues a menudo concurren múltiples circunstancias ambiguas que dificultan la identificación de perfiles de artificialidad. A partir de ello, quien pretende planificar su sucesión para evitar la aplicación del código interno —que exige el respeto a los derechos de los herederos forzosos— debe

trasladarse a un Estado que no prevea dicha protección. Por talrazón, debe asegurarse de que, al momento de su fallecimiento, pueda identificarse allí su residencia habitual mediante una evaluación general de las circunstancias de su vida en los años previos. En particular, es necesario considerar la duración, regularidad y estabilidad de la estancia en ese Estado, así como sus condiciones y motivos, con independencia de los datos meramente registrales. De este modo, podrá afirmarse que el *de cuius* mantenía el centro de sus intereses en dicho Estado al haber forjado vínculos estrechos allí, sin conservar nexos significativo con su país de origen.

Sin embargo, este planeamiento —además de la relatividad inherente al uso de presunciones— puede resultar insuficiente para determinar la ley aplicable en un Estado distinto del italiano si existen, por ejemplo, desacuerdos documentados con los hijos. Ello se debe a que, según el considerando 26 del Reglamento, «nada en este Reglamento debería impedir que un tribunal aplique mecanismos para combatir la elusión de la ley, como el fraude en el contexto del derecho internacional privado» (2012).

Además, el considerando 38 es explícito al afirmar que «este Reglamento debe permitir a los ciudadanos organizar su sucesión con antelación eligiendo la ley aplicable a él. Esa elección debe limitarse a la ley de un Estado del que sean nacionales para asegurar un vínculo entre el fallecido y la ley elegida, y para evitar que se elija una ley con la intención de frustrar las expectativas legítimas de las personas con derecho a una parte reservada» (2012). De nuevo, según el considerando 50:

> La ley que, sobre la base de este Reglamento, regirá la admisibilidad y validez sustantiva de una disposición tras la muerte y, en lo relativo a los acuerdos sucesorios, los efectos vinculantes de dichos acuerdos entre las partes, no debe afectar los derechos de ninguna persona conforme a la ley aplicable a la sucesión, tiene derecho a una parte reservada o tiene otro derecho que no puede ser privado por la persona cuya sucesión está en cuestión. (2012)

Por tanto, si un ciudadano italiano, tras haber redactado un testamento en el que no dispone de bienes a favor de sus hijos, se trasladara poco antes de su fallecimiento a un Estado que no reconoce los derechos de los herederos forzosos a la parte de legítima, el examen general de los hechos podría revelar que dicha elección del *de cuius* —realizada a una edad avanzada— estuvo motivada exclusivamente por el deseo de perjudicar los derechos de los herederos forzosos. En tal supuesto, el Reglamento n,º 650/2012, en virtud de los considerandos 26, 38 y 50, no podría ser utilizado para fines manifiestamente fraudulentos.

Cabe destacar que la reciente reforma de la ley de sucesiones en Suiza, en vigor desde el 1 de enero de 2023, además de abolir la cuota legítima a favor de los ascendientes, redujo la cuota de los descendientes de tres cuartas partes a la mitad de la herencia (art. 471 del Código Civil suizo). De igual manera, entre Italia y Suiza —Estado no perteneciente a la Unión Europea— rige el «Tratado de domicilio consular entre Italia y Suiza», del 18 de diciembre de 1868. El art. 17, párrafo 3, de dicho tratado establece que: «Las disputas que puedan surgir entre los herederos de un italiano que haya fallecido en Suiza respecto a la herencia que haya dejado deberán ser presentadas ante el juez del último domicilio que el italiano tuvo en Italia» (1868).

Por tanto, la disposición convencional prevalece sobre el estándar europeo, ya que, en virtud del art. 75 del Reglamento: «El presente Reglamento no afectará a la aplicación de los convenios internacionales en los que uno o más Estados miembros sean parte en el momento de la adopción del presente Reglamento y que se refieran a materias reguladas por el mismo» (2012). En consecuencia, la jurisdicción sobre una eventual controversia corresponde a la autoridad judicial italiana; para ello, basta con que el causante posea la nacionalidad italiana, con independencia de su lugar de residencia o domicilio.

5. LA INEXISTENCIA DE UN DERECHO INCONDICIONAL DE LOS HIJOS A HEREDAR A LA LUZ DEL MARCO CONSTITUCIONAL ITALIANO Y PERUANO

Como se anticipaba, el TEDH, en la citada sentencia, afirmó que no se puede reconocer la existencia de un derecho general e incondicional de los hijos a heredar parte de los bienes de sus padres. Ello se debe a que el art. 1 del Protocolo n.º 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no garantiza el derecho a adquirir bienes por herencia, sino que se limita a establecer el derecho de cada persona al respeto por «su» propiedad.

En relación con los ordenamientos jurídicos italiano y peruano, se puede afirmar que las normas de protección a los herederos forzosos —y el sistema de sucesión necesaria en general— no constituyen una expresión de derechos humanos inviolables; por tanto, resultan derogables por una ley extranjera o aplicables bajo condiciones de reciprocidad.

De hecho, la Carta Constitucional italiana, en materia sucesoria, inserta la sucesión *mortis causa* en el precepto dedicado a la propiedad, lo que confirma la íntima conexión tradicional entre el derecho sucesorio y el derecho de dominio. No es casualidad que Mengoni (1999) afirmara que la «base político-institucional de la sucesión *mortis causa* debe identificarse en el derecho de propiedad»)[21] (p. 11). Así el art. 42, párrafo 4, menciona expresamente solo la sucesión legítima y la testamentaria. La falta de referencia a la sucesión necesaria ha llevado a un sector de la doctrina, apoyado también por la jurisprudencia de legitimidad[22], a considerar que la cuota de reserva no es

21 De hecho, en las obras preparatorias para la Constitución se lee que «la mención del derecho de sucesión se hizo por la voluntad y el deseo expreso de quienes querían poner énfasis en el derecho de propiedad privada precisamente porque este derecho encuentra su expresión más característica en el derecho de sucesión» (Constitución de la República en las obras preparatorias, 1970-1971, vol. II, p. 1680).

22 En este sentido, el Tribunal Supremo declaraba explícitamente: «La Carta Constitucional no se refiere a herederos forzosos y la parte reservada para ellos representa un límite

inalienable, sino un límite cuya configuración está encomendada a la discrecionalidad del legislador ordinario. En este sentido, Gazzoni, al propugnar su derogación, observa que:

> corresponde al legislador ordinario establecer las normas y límites de la sucesión testamentaria (artículo 42, párrafo 4, de la Constitución). Por tanto, la familia y la filiación están efectivamente protegidas a nivel constitucional (art. 29, 30, 31, 37 de la Constitución), pero no en sus perfiles de *transmisión mortis causa* de la riqueza, de modo que la parte de reserva también podría limitarse, de forma muy apropiada y rentable, a una pensión vitalicia del tipo previsto en el art. 548, párrafo del Código Civil italiano, para el cónyuge separado con derecho o, aún mejor, a una prestación social en caso de necesidad, del tipo que se proporciona al cónyuge divorciado por la Art. 9-bis de la Ley n.º 898 de 1 de diciembre de 1970. (2006)

Barba (2014) propone una reconsideración del derecho sucesorio a fin de excluir la prevalencia absoluta y *a priori* del interés familiar sobre los demás intereses, en favor de la autonomía negocial *post mortem*. Él considera que, incluso en la estructura axiológica actual del sistema jurídico, «se puede llegar a la conclusión de que la protección de los herederos forzosos no es necesariamente inevitable» (p. 713) y

---

de sucesión legítima o disposiciones testamentarias, que el legislador ordinario puede modificar e incluso suprimir. Por lo tanto, la institución no se encuentra entre aquellas que constituyen el orden público, a las que se refiere el art. 31 de las disposiciones sobre la ley en general» (1996). La sentencia posterior mencionada en el Tribunal Supremo afirmó que: «Con referencia específica al art. 29 de la Constitución, debe señalarse que esta disposición protege el interés del sujeto en la inviolabilidad del ámbito de los afectos y la solidaridad mutua dentro de la formación social particular constituida por la familia, y no se extiende a la institución de la sucesión necesaria, que carece de cobertura constitucional» (2014). Entre la jurisprudencia sobre el fondo, cabe mencionar la Corte d'Appello di Milano (4 de diciembre de 1992) y el Tribunal. Termini Imerese (15 de julio de 1965). Por el contrario, autores como Tagliaferri (2012, p. 116) y Mengoni (2000, p. 89, n.º 1) sostiene que la inviolabilidad de la herencia obligatoria es un principio de orden público no solo interno, sino también del derecho internacional privado.

que «los intereses expresados y protegidos por ella tienen un carácter recesivo. Por tanto, es posible y plausible llegar a la conclusión de que la disciplina de protección de los herederos forzosos debe reducirse al pleno beneficio de la autonomía privada» (p. 713).

Siendo así que, la regulación de la protección de los herederos forzosos no constituiría un principio de orden público internacional, ya que se admite la aplicación en Italia de leyes extranjeras que no contemplan un nivel de tutela equivalente al nacional. Además, como se ha expuesto, el Reglamento Europeo n.º 650/2012 permite que la ley de residencia habitual o la elegida mediante una *profesio iuris* rija la sucesión, aun cuando esta no prevea cuotas de reserva a favor de familiares o del cónyuge.

Aunque no se encuentra recogida de forma explícita en el texto constitucional italiano, la sucesión necesaria mantiene una vinculación indirecta con diversas disposiciones fundamentales. En particular, los arts. 536 y siguientes del Código Civil italiano —que buscan evitar que «los parientes más cercanos del *de cuius*, aquellos que han convivido con él, queden desprovistos de toda sustancia patrimonial» (Tamburrino, 1990, p. 1352)— guardan coherencia con las garantías constitucionales referidas al reconocimiento de los derechos de la familia (art. 29), al deber de los padres de mantener a sus hijos (art. 30) y al compromiso del Estado de promover instituciones para la protección de la maternidad, la infancia y la juventud (art. 31). En este sentido, Gabrielli (2001) afirma que «las normas constitucionales implican, en cualquier caso, que el legislador ordinario está obligado a: (...) para establecer límites a la libertad de disponer por motivos de muerte en consideración a los intereses de los miembros de la familia legítima y de los hijos naturales» (p. 11).

En esta línea, el propio art. 42, último párrafo, de la Constitución admite genéricamente «límites» a la sucesión legítima y testamentaria. Esto presupone la conciliación de los intereses subyacentes a dichas categorías con valores ajenos al individualismo que convergen en el

fenómeno sucesorio. De tal manera, Cinque (2011) llega a reconocer una «constitucionalización» de la sucesión necesaria, tanto a partir de una exégesis del art. 42, párrafo 4, de la Constitución, como de otros índices derivados de la ley fundamental, aunque precisa que no existan argumentos indudablemente decisivos. Por lo tanto, la denominada «sucesión material necesaria» se encontraría protegida constitucionalmente, lo cual garantiza una oportuna asistencia patrimonial al cónyuge y a los hijos menores del fallecido, con independencia de la naturaleza y el alcance de los derechos otorgados[23].

Por su parte, la sucesión, entendida como la transferencia de los bienes de una persona fallecida, no está regulada de forma directa por la Constitución peruana; no obstante, incluso en dicho ordenamiento, la norma fundamental puede influir indirectamente en el derecho sucesorio.

El artículo 4 de la Constitución peruana establece lo siguiente:

> La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. (1993)

Esta disposición tiene un impacto indirecto en el derecho de sucesiones: la legislación en la materia garantiza que una parte del patrimonio del fallecido (la cuota obligatoria) se reserve para los familiares cercanos, lo que refleja la centralidad de la familia en los principios constitucionales. A su vez, las normas que rigen la sucesión obligatoria y testamentaria están orientadas a preservar la cohesión

23 Sobre la fórmula «sucesión material necesaria», véanse las agudas consideraciones de Zoppini (2002), quien destaca —desde una perspectiva comparada— la convergencia de las normas estructurales de los sistemas jurídicos frente al diferente tono de las reglas enunciadas.

familiar y a fomentar la transmisión de bienes como medio de apoyo para sus miembros más próximos.

Por otro lado, el art. 70 de la Constitución peruana prescribe que «el derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza» (1993). Esta norma tiene dos implicaciones fundamentales para el derecho sucesorio: influye tanto en la transferibilidad de los bienes como en las limitaciones a la libertad testamentaria. En efecto, el derecho de propiedad incluye implícitamente la facultad de disponer de los bienes no solo durante la vida, sino también después de la muerte. No obstante, aunque la Constitución garantiza la propiedad, la legislación hereditaria establece límites a esa facultad de disposición —como la protección de las cuotas de reserva destinadas a los herederos forzosos—, reflejando así un equilibrio entre la autonomía privada y la protección de la familia.

Por tanto, a partir de estas directrices constitucionales, es posible deducir que la protección de la familia nuclear y de los menores no impide al legislador modificar las normas relativas a la cuota de reserva. Esto incluye alterar, por ejemplo, su naturaleza —de una parte del activo hereditario a una legítima «por equivalente»—, el *quantum* de los derechos concedidos a los herederos forzosos o los instrumentos procesales para proteger sus intereses.

Los derechos fundamentales consagrados en la Constitución han transformado el sistema de valores normativos del marco original del Código Civil, en el cual, en materia sucesoria, primaba una prevalencia absoluta de los perfiles patrimoniales y una valoración cuantitativa de los intereses en juego. Ya Pugliatti (1993) advirtió que el sistema italiano:

> se basa en el texto de la Constitución, y la Constitución vigente en Italia es de carácter rígido, es decir, tal que la norma de la legislación ordinaria debe ajustarse a los principios y normas constitucionales, de lo contrario puede ser declarada ilegítima

> y así perder su efectividad. Para el principio de máxima aplicación de la Constitución, el legislador ordinario está sujeto a los principios constitucionales, y está obligado a prever la formulación de las normas de aplicación de dichos principios. Pero las carencias en este campo son muy numerosas y evidentes. El intérprete, ciudadano, órgano administrativo, juez está vinculado a él. E incluso el jurista técnico, amante del derecho privado, administrativo o de cualquier rama del derecho, debe formar una mentalidad constitucionalista, es decir, debe, en su labor como intérprete y constructor del sistema, extraer de las normas contenidas en la Carta Constitucional las directrices hermenéuticas y constructivas fundamentales. (p. 20)

En consecuencia, la estructura constitucional actual y los valores expresados por los principios rectores del ordenamiento jurídico autorizan una revisión profunda del fenómeno sucesorio. Esta no puede desvirtuar el testamento como expresión del principio de autonomía, y por ende, como instrumento para la realización de la dignidad de la persona (Barba, 2015, p. 333; 2020, p. 519). Igualmente, la sucesión no debe limitarse a la mera modificación subjetiva de las relaciones jurídicas de propiedad, ignorando la necesidad de que la transmisión *mortis causa* se extienda también a intereses de naturaleza no patrimonial, orientados cada vez más a satisfacer las necesidades existenciales del individuo. Sobre este punto, cabe recordar a Perlingieri (2015), quien afirma que:

> La autonomía testamentaria, más que un medio de atribución patrimonial es ante todo un acto de disposición, incluso de naturaleza simplemente negativa, y de regulación, así como un instrumento para el cumplimiento y la autodeterminación de la persona humana. (p. 678)

Por lo tanto, el principio de solidaridad familiar, consagrado por las normas constitucionales antes mencionadas anteriormente —en las que se fundamenta la preservación de los derechos reservados a ciertos miembros de la unidad familiar (Barba, 2020, p. 19; Dossetti, 2009, p. 69; Ferri, 1981, p. 2)—, lejos de limitarse a la necesidad de reservar parte de los bienes a los familiares, debe equilibrarse con otros valores e intereses igualmente protegidos por la Constitución, tales como la libertad de disposición, la autodeterminación individual y, fundamentalmente, la dignidad humana. La libertad de estructurar los propios intereses *post mortem* constituye un medio para la realización y promoción de este «supervalor dotado de omnipresencia intrínseca» (Scalisi, 2018, p. 64); tanto es así que la autonomía testamentaria en Italia debe considerarse protegida constitucionalmente por el art. 2 de la Constitución, más que por el último párrafo de su art. 42 (Bonilini, 2009, p. 6).

Además, resulta disonante que la transacción testamentaria goce, por un lado, de una mayor ductilidad que la transacción *inter vivos* —al no estar sujeto a un examen de mérito o utilidad social— y, por otro, sufra de una fuerte limitación cuantitativa, dado que la porción disponible puede reducirse a solo una cuarta parte de la herencia. En efecto, el art. 62 de la Constitución peruana establece que: «La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase» (1993).

En consecuencia, la ampliación de la libertad para estructurar los propios intereses *post mortem* —tanto en Italia como en Perú— resultaría coherente con la plena autonomía que reconoce a la persona con capacidad de obrar. Esta facultad le permite disponer de su patrimonio *inter vivos* como considere oportuno, incluso si ello conlleva un empobrecimiento en prejuicio de sus familiares. Como ha señalado reiteradamente el Tribunal de Casación italiana, no existen extremos de prodigalidad en la conducta de una persona que, con la redistribución

de su riqueza a personas cercanas, aunque no sean parientes, pretendía dar una respuesta positiva y constructiva al naufragio de su familia[24].

No obstante, la revisión de la sucesión necesaria no debe conducir a la elusión de los principios constitucionales que imponen el respeto a los valores de la solidaridad familiar, si bien esta no puede entenderse de forma aislada de una vocación personalista.

En este sentido, Perlingieri (2007) sugiere que una relectura del derecho sucesorio a la luz de los principios de una mayor libertad testamentaria y autonomía negocial (p. 317). Además, observa que el art. 42, párrafo 4, de la Constitución italiana —al reservar a la ley la tarea de establecer «las normas y límites de la sucesión legítima y testamentaria y los derechos del Estado sobre las herencias»— permite una modificación flexible de la ley sucesoria. No obstante, advierte que tal reforma no puede lograrse eludiendo los principios constitucionales (especialmente los arts. 2, 3, 29 y 30), los cuales exigen que toda intención reformista respete los requisitos de la solidaridad familiar.

En este sentido, cabe destacar que los sistemas de *common law* se inspiran en principios divergentes a los continentales. En lugar de proteger la intangibilidad de la legítima, priorizan la libertad absoluta de testar (pese a que la mitad y dos tercios de la población —en particular los titulares de bienes menores— fallecen sin testamento[25]). En estos sistemas, los familiares del *de cuius* solo poseen un derecho de reclamación de manutención ante un estado real de necesidad, dejando la evaluación de cada uno al arbitrio judicial (Cooke, 2012; Patrone, 2012).

---

24 En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Casación italiana (Cass., 28 de diciembre de 2023, n.º 36176), reiterando un principio análogo al establecido previamente en su fallo del 13 de enero de 2017 (Cass., n.º 786). Por otro lado, cabe destacar que, en el Informe al Rey que acompañó la promulgación del actual Código Civil, el concepto de prodigalidad fue abordado estrictamente en relación con quienes amenazan con arruinar la familia desperdiciando y malgastando, omitiendo cualquier exigencia vinculada a las condiciones psíquicas del sujeto..

25 Véase National Consumer Council, 2007, p. 3; disponible en: https://www.probate-solicitors.co.uk/.

6. CONCLUSIONES

En vista de que la legítima no constituye un derecho blindado por las constituciones italiana y peruana, es posible concluir brevemente sobre los márgenes de evolución que ofrece el marco axiológico actual ante una eventual reforma de la sucesión necesaria.

En la medida en que el artículo 42 de la Constitución italiana otorga al legislador ordinario la potestad discrecional para determinar los límites de la libertad de testar, y considerando que la Constitución peruana no regula de manera directa el ámbito sucesorio, se concluye que ninguno de estos ordenamientos constitucionales impide la existencia de la sucesión forzosa (Garofalo, 2021; Amadio, 2012; Delle Monache, 2009; Bonilini, 2009). Asimismo, tampoco se verían obstaculizadas intervenciones intermedias que consistan en la disminución de las cuotas de la legítima, en su cálculo mediante criterios de progresividad o en el reconocimiento a los familiares de un derecho de crédito supeditado a presupuestos específicos —como una situación de precariedad psicofísica o económica, o la duración del matrimonio—, de forma similar a lo previsto en los sistemas inglés, canadiense, cubano y mexicano.

Del mismo modo, resultaría viable la exclusión de ascendientes de la lista de herederos forzosos, previendo en su lugar un derecho de crédito en casos de precariedad psicofísica o económica, lo que permitiría superar visiones dogmáticas abstractas e incluso admitir la desheredación por violación de los deberes de solidaridad hacia el *de cuius* o la ampliación los casos de indignidad sucesoria. En este sentido, Bonilini (2007) observa que:

> podrían existir otros instrumentos adecuados para ayudar a quienes lo necesitan, y podrían ser, sobre todo, el instrumento de mantenimiento y los adecuados para no sacrificar la propiedad, pero capaces de proporcionar ingresos, de modo que los derechos de usufructo, uso, vivienda y, en el sentido más amplio, el crédito de mantenimiento pudieran finalmente encontrar un mejor uso. (p. 583)

En todos los casos expuestos se trataría, en efecto, de identificar una *loi arbitraire* —según la terminología de Jean Domat— para hallar un equilibrio renovado entre los intereses y valores que convergen en el fenómeno hereditario: la protección de la familia, el deber de mantener a los hijos, la tutela de la propiedad privada y la libertad de autodeterminación del *de cuius*. Se busca así que la institución sucesoria se emancipe de la función estática —ajena a las economías más avanzadas— de preservar la riqueza familiar por meros vínculos de sangre, transformándose en un fenómeno dinámico de circulación de derechos y de afirmación de la autonomía privada *mortis causa*.

REFERENCIAS

Amadio, G. (2012). Le proposte di riforma della successione necessaria. *Giurisprudenza italiana*, (8-9), 1942-1948.

Barba, V. (2014). Recensione a Vincenzo Verdicchio, La circolazione dei beni di provenienza donativa. *Il Foro napoletano*, (3).

Barba, V. (2015). *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione: Tra storia e funzioni*. Edizioni Scientifiche Italiane.

Barba, V. (2016). Il diritto delle successioni tra solidarietà e sussidiarietà. *Rassegna di diritto civile*, (2), 353.

Barba, V. (2020). *La successione dei legittimari*. Edizioni Scientifiche Italiane.

Bonilini, G. (2007). Sulla propuesta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria. *Famiglia, persone e successioni*, (7), 583-592.

Bonilini, G. (2009). Il negozio testamentario. En *Trattato di diritto delle successioni e donazioni. Vol. II. La successione testamentaria*. Giuffrè.

Bonomi, A., & Di Iorio, R. (2015). The European Regulation on Succession, subart. 4. En A. Bonomi & P. Wautelet (Eds.), *The European Regulation on Succession. A Commentary* (pp. 121-150). Giuffrè.

Calò, E. (2018). Il terzo uomo: con Johnny Hallyday dopo Michel Colombier e Maurice Jarre si ripropone il rapporto fra successione necessaria e ordine pubblico internazionale. *Rivista del Notariato*, (6), 1141.

Casey, J. (2011). Requiem pour le droit de prélèvement de la loi du 14 juillet 1819. *Revue juridique personnes et famille*, (12), 32.

Catala, P. (2006). La loi 23 juin 2006 et les colonnes du temple. *Droit de la Famille*, *11*, 5.

Cinque, M. (2011). Sulle sorti della successione necessaria. *Rivista di diritto civile*, *57*(2), 493-518.

Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución Política del Perú*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/198518/Constitucion_Politica_del_Peru_1993.pdf

Conseil constitutionnel. (2011, 5 de agosto). Décision n.º 2011-159 QPC. *La Semaine Juridique: Édition Générale*, (26), 1236.

Cooke, E. (2012). Testamentary Freedom: A Study of Choice and Obligation in England and Wales. En R. Zimmermann (Ed.), *Freedom of testation. Testierfreiheit*. Mohr Siebeck.

Corte di Cassazione. (1996, 24 de junio). Sentenza n.º 5832/1996. *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, (1997), I.

Corte di Cassazione. (2014, 30 de junio). Sentenza n.º 14811/2014. *Diritto delle Successioni e della Famiglia*, (2015).

Corte di Cassazione. (2016, 30 de setiembre). Sentenza n.º 19599/2016. *Guida al Diritto*, (44), 39.

Corte di Cassazione. (2019, 8 de mayo). Sentenza n.º 12193/2019. *DeJure.it*.

Corte di Cassazione. (2022, 30 de diciembre). Sentenza n.º 38162/2022. *DeJure.it*.

Corte di Cassazione. (2024, 3 de abril). Sentenza n.º 8718/2024. *DeJure.it*.

Costa Rica. (1887, 28 de setiembre). *Código Civil de la República de Costa Rica* [Ley n.º 63 de 1887]. Sistema Costarricense de Información Jurídica. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=15437

Cour de cassation. (2017a, 27 de setiembre). *Arrêt n.º 16-13.151 (ECLI:FR:CCASS:2017:C101004)*. Legifrance. https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000035670154

Cour de cassation. (2017b, 27 de setiembre). *Arrêt n.º 16-17.198 (ECLI:FR:CCASS:2017:C101005)*. Legifrance. https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000035681578

Damascelli, D. (2013). *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte*. Giuffrè.

Damascelli, D. (2023). Applicable Law. En M. Sesta (Ed.), *Codice delle successioni e donazioni* (2.ª ed.). Giuffrè Francis Lefebvre.

Delle Monache, S. (2009). Abrogazione della successione necessaria? En A. Donati, A. Garilli, S. Mazzarese & A. Sassi (Eds.), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo* (Vol. 2, pp. 237-264). Utet.

Dossetti, M. (2009). Concetto e fondamento della successione necessaria. En G. Bonilini (Dir.), *Trattato di diritto delle successioni e donazioni: Vol. III. La successione legittima*. Giuffrè.

Dutta, A. (2009). Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 73(3), 547-606.

Egea, V. (2012). Note sous Conseil constitutionnel, 5 août 2011, décision n.º 2011-159 QPC, Mme Elke B. et a. *Revue française de droit constitutionnel*, (89), 155.

Ferri, G. L. (1981). Dei legittimari (Libro II-Art. 536-564). En A. Scialoja & G. Branca (Dirs.), *Commentario del Codice Civile*. Zanichelli; Società Editrice del Foro Italiano.

Fongaro, E. (2011). Feu le droit de prélèvement. Note sous Conseil constitutionnel, 5 août 2011, décision n.º 2011-159 QPC. *La Semaine Juridique: Édition Générale*, (36), 23.

Fusaro, A. (2010). Il diritto successorio inglese e il trust. *Il Notariato*, (5), 561.

Fusaro, A. (2013). Uno sguardo comparatistico sui patti successori e sulla distribuzione negoziata della ricchezza d'impresa. *Rivista di Diritto Privato*, (3), 391-410.

Gabrielli, V. E. (2001). Rapporti familiari e libertà di testare. *Familia*, (1), 11-45.

Galgano, F. (1991). *Tutto il rovescio del diritto*. Giuffrè.

Garofalo, A. M. (2021). La riforma della successione necessaria e le quote di riserva facoltative. *Rivista critica del diritto privato*, *39*(1), 69-98.

Gazzoni, F. (2006). Competitività e dannosità della successione necessaria (a proposito dei novellati artt. 561 e 563 c.c.). *Giustizia Civile*, (4).

Grimaldi, M. (2012). Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire. *Répertoire du notariat Defrénois*, (14), 755.

Italia. (1995, 31 de mayo). *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato* [Legge n.º 218 de 1995]. *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, (128). Normattiva. https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1995-05-31;218

Italia & Suiza. (1868, 18 de diciembre). *Trattato tra l'Italia e la Svizzera di domicilio e consolare*. Fedlex. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/IX/706_624_706/it

Kerridge, R. (2020). Family Provision in England and Wales. En K. G. C. Reid, M. J. de Waal, & R. Zimmermann (Eds.), *Comparative Succession Law: Vol. III. Mandatory Family Protection* (pp. 384-416). Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/oso/9780198850397.003.0013

Lagarde, P. (2012). Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions. *Revue critique de droit international privé*, (4), 699.

Laurent-Bonne, N. (2021). Le nouveau droit de prélèvement compensatoire dans les successions internationales: quand la fin ne justifie pas les moyens. *AJ Famille*, (10), 548.

Malaurie, P., & Brenner, C. (2018). *Droit des successions et des libéralités* (8.ª ed.). LGDJ.

Marrese, C. (2019). *Successioni transfrontaliere tra diritto interno e diritto internazionale: Il tema della residenza abituale*. Key Editore.

Mengoni, L. (1999). *Successioni per causa di morte. Parte speciale: Successione legittima*. En A. Cicu & F. Messineo (Eds.), *Trattato di diritto civile e commerciale* (Vol. XLIII, t. 1). Giuffrè.

Mengoni, L. (2000). Successioni per causa di morte. Parte speciale: Successione necessaria. En A. Cicu & F. Messineo (Eds.), *Trattato di diritto civile e commerciale* (Vol. XLIII, t. 2). Giuffrè.

Muritano, D. (2019). La successione di Johnny Hallyday. *Trusts e attività fiduciarie*, (1), 54-57.

National Consumer Council. (2007). *Finding the will: A report on will-writing behaviour in England and Wales*. https://www.probate-solicitors.co.uk/

Panamá. (1916, 22 de agosto). Código Civil de la República de Panamá [Ley n.º 2 de 1916]. *Gaceta Oficial*, (2.404). https://docs.panama.justia.com/federales/codigos/codigo-civil.pdf

Patrone, M. (2012). Le clausole di non contestazione nei testamenti e nei trust: un approccio comparato. *Trusts e attività fiduciarie*, (1), 27-41.

Perlingieri, P. (2007). Il diritto ereditario all'affacciarsi del nuovo millennio: problemi e prospettive. En S. Delle Monache (Ed.), *Tradizione e modernità nel diritto successorio*. CEDAM.

Perlingieri, P. (2014). Il rispetto dell'identità nazionale nel sistema italo-europeo. *Foro Napoletano*, (3), 449.

Perlingieri, G. (2015). Il «Discorso preliminare» di Portalis tra presente e futuro del diritto delle successioni e della famiglia. *Diritto delle Successioni e della Famiglia*, (3), 678-712.

Perlingieri, G. (2016). La disposizione testamentaria di arbitrato. Riflessioni in tema di tipicità e atipicità nel testamento. *Rassegna di diritto civile*, (2), 475.

Péroz, H. (2021, 23 de marzo). Le droit de prélèvement: tel un phœnix? *Gazette du Palais*, (12), 48.

Pugliatti, S. (1993). *Il diritto ieri oggi domani. Ultima conferenza (Aula Magna dell'Università di Messina 19 dicembre 1973)*. Giuffrè.

Scalisi, V. (2018). *L'ermeneutica della dignità*. Giuffrè.

Sloan, B. (2020). *Borkowski's Law of Succession* (4.ª ed.). Oxford University Press.

Tagliaferri, V. (2012). *Il diritto delle successioni e le nuove regole di assegnazione della ricchezza*. Experta.

Tamburrino, G. (1990). Successione necessaria (diritto privato). En *Enciclopedia del diritto* (Vol. XLIII, pp. 1352-1377). Giuffrè.

Tocqueville, A. de (1981 [1835]). *De la démocratie en Amérique* (Vol. 1). Garnier-Flammarion.

Tomasi di Lampedusa, G. (1958). *Il Gattopardo*. Feltrinelli.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2024a, 15 de febrero). *Affaire Jarre c. France* (Requête n.º 27588/18). https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-231140

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2024b, 15 de febrero). *Affaire Colombier c. France* (Requête n.º 28623/18). https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-231139

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2012, 6 de setiembre). *Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) en el asunto C-619/10: Trade Agency Ltd contra SerVaas Inc*. InfoCuria. https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-619/10

Unión Europea. (2012, 4 de julio). Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 201/107. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32012R0650

Vigneau, D. (2006). Le règlement de la succession. Observation sur le projet de loi portant réforme des successions et des libéralités. *Juris-Classeur périodique*, (23), 1144.

Vincent, D. (2018). Réserve héréditaire et ordre public international: Mise en œuvre des arrêts du 27 septembre 2017. *Droit de la Famille*, (5), 16-19.

Zoppini, A. (2002). Le successioni in diritto comparato. En R. Sacco (Ed.), *Trattato di diritto comparato*. Giappichelli.

Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Vol. 80, n.º 80, enero-diciembre, 2025 • Publicación anual. Lima, Perú
ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)
DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2025.v80n80.04

LA PERSPECTIVA DE LA OIT SOBRE LA MIGRACIÓN DE RETORNO EN PERIODOS DE CRISIS

The ILO's perspective on return migration in times of crisis

José Eduardo López Ahumada
Universidad de Alcalá
(Alcalá de Henares, España)
Contacto: eduardo.lopez@uah.es
https://orcid.org/0000-0001-7380-5932

RESUMEN

La mayoría de los movimientos migratorios están motivados por factores laborales. Al respecto, la Organización Internacional del Trabajo ha puesto un énfasis particular en la dimensión laboral de estos flujos, especialmente durante periodos de crisis en los que la cuestión del retorno migratorio adquiere una relevancia destacada. La escasez de oportunidades de trabajo en los mercados nacionales, a menudo, fuerza a los migrantes a regresar a sus países de origen, dando lugar a un fenómeno de retorno y recirculación laboral que está estrechamente vinculado a la naturaleza variable y circunstancial de

los ciclos económicos, ya sean de expansión o recesión. En el presente estudio, se exploran los desafíos más significativos que enfrenta la migración de retorno, considerando la inclusión social y laboral en un entorno globalizado.

Palabras clave: migraciones; migración de retorno; acción normativa internacional; crisis económica; protección laboral.

ABSTRACT

Most migratory movements are driven by labour-related factors. In this regard, the International Labour Organisation has emphasised the labour dimension of these flows, particularly during times of crisis when the issue of return migration takes on particular significance. The scarcity of opportunities in national labour markets often forces migrants to return to their countries of origin, giving rise to a phenomenon of return migration and labour recirculation that is closely linked to the fluctuating and circumstantial nature of economic cycles, whether in expansion or recession. This study explores the most significant challenges facing return labour migration, taking into account social and labour market inclusion in a globalised environment.

Keywords: migration; return migration; international policy action; economic crisis; labour protection.

Recibido: 16/07/2025 Aprobado: 21/10/2025 Publicado: 17/12/2025

1. INTRODUCCIÓN

La irrupción de la COVID19 y las dinámicas generadas en la pospandemia han provocado un freno notable en los movimientos migratorios. En términos históricos, los periodos de crecimiento económico suelen acompañarse de un incremento en la movilidad laboral internacional. Este comportamiento se vincula estrechamente tanto con la profundización de la globalización económica como con la carencia de oportunidades en los países de origen; factores que, con frecuencia, convierten la migración en la única alternativa para mejorar las condiciones de vida.

Este fenómeno afecta a grupos diversos: trabajadores temporarios, personas en situación irregular, víctimas de trata o de trabajo forzoso y profesionales altamente cualificados. Dado que la mayoría de estos desplazamientos posee un trasfondo laboral, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha priorizado el análisis de sus implicaciones.

Especialmente en tiempos de crisis, el retorno de los migrantes adquiere una especial relevancia crítica. La saturación de los mercados de trabajo nacionales compele a los trabajadores a volver a sus países de origen, lo que genera procesos de recirculación laboral supeditados al carácter fluctuante de los ciclos económicos. El presente estudio analiza la vigencia del retorno migratorio a partir de los efectos de la crisis sanitaria y de su evolución en el escenario actual. Por esto, el análisis se centra en las posibilidades que ofrecen la acción normativa internacional y las políticas internacionales y nacionales de retorno en la fase de pospandemia.

2. LA SITUACIÓN DE DESVENTAJA DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES EN MATERIA DE INCLUSIÓN SOCIAL Y LABORAL EN LOS MERCADOS DE TRABAJO NACIONALES

El propósito fundamental de la protección dirigida a los trabajadores migrantes consiste en garantizar condiciones laborales dignas,

integradas en sistemas de relaciones de trabajo estables y capaces de soportar las variaciones de los ciclos económicos. Esta constituye la vía más eficaz para mitigar los riesgos de exclusión social y de pobreza, fenómenos que retroalimentan nuevas expresiones de desigualdad (OIT, 2022). Al referir al «trabajo decente», se alude a la configuración de condiciones de empleo justas y coherentes con la dignidad inherente a la persona (Hepple, 2011, p. 27). Esto supone asegurar una remuneración adecuada, el ejercicio profesional en un marco de libertad, la aplicación equitativa de las normas, certeza jurídica y la salvaguarda de la integridad del trabajador. Un objetivo de tal alcance trasciende el plano estrictamente gremial y proyecta efectos sociales ineludibles[1].

La vinculación entre igualdad y trabajo decente implica impulsar la cohesión social y enfrentar los niveles persistentes de pobreza[2]. Tanto la pobreza como la exclusión se manifiestan en el mercado laboral mediante prácticas discriminatorias; de hecho, la disminución de la pobreza cuenta con instrumentos de aplicación directa en el ámbito del empleo (OIT, 2003b, p. 100). Este propósito adquiere relevancia en el contexto global contemporáneo, caracterizado por el incremento de los desplazamientos laborales y sociedades heterogéneas. En tales escenarios, la defensa de los derechos fundamentales depende, en gran medida, de garantizar procesos efectivos de asimilación e inclusión.

El colectivo migrante presenta una exposición acentuada a situaciones de vulnerabilidad, circunstancia observable en el acceso al empleo[3]. Con frecuencia, estas personas se ven compelidas a aceptar

---

1 Al respecto, cabe subrayar que la desigualdad de género trasciende el ámbito laboral y permea todas las esferas de la vida social, así como las estructuras socioeconómicas (Rodríguez-Piñero, 2004, pp. 527-528).

2 En relación con el vínculo entre la pobreza y el trabajo decente revisar Alkire & Santos (2010, p. 127) y OIT (2003a, p. 38).

3 En este sentido, la recomendación n.º 198 de la OIT (2006) sobre la relación de trabajo identifica a los trabajadores migrantes como una categoría vulnerable (arts. 5 y 6,

puestos que la población nacional tiende a rechazar: ocupaciones en sectores económicos poco atractivos, servicios de baja cualificación, empleo doméstico, actividades estacionales, tareas insalubres o labores insertas en la economía informal. Estas formas de trato diferenciado derivan de la insuficiente validación de la cualificación formal. Lo anterior ocurre aun cuando, en numerosos casos, los trabajadores poseen formación y competencias profesionales adquiridas en sus países de origen que no son reconocidas por el Estado receptor.

Esta fragilidad se manifiesta también durante la vigencia de la relación laboral, donde se evidencian tratos desiguales respecto a los nacionales, particularmente en casos de incumplimientos contractuales, retrasos salariales y despidos injustificados. Tales dinámicas configuran un entorno de inseguridad y precariedad que fomenta prácticas discriminatorias. Aunado a esto, los trabajadores afrontan obstáculos relevantes para la aplicación efectiva del principio de igualdad en materia de seguridad social; la temporalidad de sus vínculos laborales suele derivar en un menor nivel de protección. En múltiples instancias, los periodos limitados de cotización restringen la cobertura frente a riesgos profesionales o dificultan la portabilidad de derechos. De igual modo, el desempleo incide con mayor rigor en este grupo: la evidencia indica que las tasas de desocupación en los países desarrollados de la Unión Europea y de la OCDE son superiores a las de la población nativa, afectando con especial intensidad a mujeres y jóvenes.

Desde la perspectiva de la protección, el foco debe situarse en quienes enfrentan discriminación por su condición migratoria y cuyas trayectorias están marcadas por altos niveles de precariedad. El fenómeno de la migración laboral se entrelaza con los retos de las transformaciones económicas, demográficas y tecnológicas, que generan una demanda creciente de mano de obra extranjera en países

inciso c). Esta caracterización es consistente con otros pronunciamientos del organismo que definen a este colectivo como un grupo de especial vulnerabilidad (OIT, 2010, pp. 94-95).

industrializados. En efecto, los migrantes suelen desempeñar roles que la fuerza laboral interna no cubre; sin embargo, en su incorporación al mercado encuentran barreras formales e informales que dificultan el acceso a un empleo digno. Finalmente, cabe señalar que la reciente crisis económica ha mermado la empleabilidad de esta población, provocando que la cuestión migratoria pierda prioridad en las agendas internacionales frente al deterioro económico global.

3. DESAFÍOS DEL RETORNO MIGRATORIO EN LA ACTUALIDAD: UN ANÁLISIS ENFOCADO EN LA CRISIS DE LA COVID-19 Y EL ESCENARIO POSPANDÉMICO

Las migraciones laborales constituyen un fenómeno de carácter transversal que se integra plenamente en el marco del trabajo decente (OIT, 2007a, p. 4). Esto implica promover que los procesos migratorios se desarrollen bajo condiciones de libertad, dignidad, equidad y seguridad. En la actualidad, los desplazamientos internacionales presentan una configuración compleja, tanto por sus modalidades como por las causas que los impulsan. La respuesta tradicional de la OIT se ha articulado mediante sus convenios, aplicables a todos los trabajadores y cuyo alcance jurídico se extiende a las personas retornadas. Estos instrumentos normativos, estrechamente vinculados a la regulación migratoria, exigen un análisis sistemático de un marco regulatorio que, a menudo, se percibe fragmentado. Además de las normas generales, la OIT ha diseñado medidas específicas para reforzar la protección en los procesos de retorno laboral.

En este contexto, se ha teorizado sobre los retornos forzados, vinculados habitualmente a deportaciones o situaciones por desempleo. En la actualidad, más que retornos voluntarios en sentido estricto, se observan decisiones de retorno impuestas por las circunstancias. Estos desplazamientos suelen ser indefinidos debido a las barreras de inserción en los países de acogida, consolidando lo que se denomina el «retorno definitivo». A diferencia de épocas anteriores, donde el éxito

se medía por una mejora económica al volver al país de origen, el escenario contemporáneo está marcado por el fracaso en la adaptación, la precariedad laboral y la exclusión social en las naciones de residencia. Los motivos de retorno de este fenómeno son complejos y responden a factores objetivos y subjetivos interrelacionados.

La tendencia de las últimas décadas confirma que el retorno actual es, con frecuencia, una huida de la precariedad. Ante la crisis global, la perspectiva de los retornados es incierta, dada la dificultad de acceder al empleo en mercados donde este es un bien escaso. A esto se suma la insuficiente financiación de los programas de retorno laboral: las ayudas gubernamentales para la reinstalación suelen ser limitadas, lo que aboca a los trabajadores al empleo temporal o a la economía informal.

La pandemia de la COVID-19 agravó estas condiciones. En un primer momento, los trabajadores migrantes quedaron atrapados en los países de destino; posteriormente, se vieron obligados a partir sin empleo ni acceso a protección social. Esta crisis supuso un retroceso en los flujos voluntarios y situó a este colectivo en la peor crisis económica derivada de la pandemia (OIT, 2022). La suspensión temporal de los empleos y los despidos masivos los privaron de sus ingresos, mientras que el cierre de fronteras limitaba sus posibilidades de regreso. Si bien la situación se ha flexibilizado con la mejora sanitaria, persiste el hecho de que muchos fueron excluidos de las medidas de protección social —como asistencia sanitaria y subsidios por desempleo— diseñadas originalmente para los nacionales.

La OIT subraya que la crisis económica y social derivada de la pandemia ha golpeado con mayor fuerza al empleo migrante. En ese sentido, la fase de pospandemia demanda medidas que garanticen una reintegración efectiva, puesto que el retorno forzoso —impulsado por el desempleo y la pobreza— ha empujado a muchos trabajadores hacia el sector informal. Para dimensionar la magnitud de este desafío, se estima que existen 164 millones de trabajadores migrantes en el

mundo (el 4,7 % de la fuerza de trabajo global), de los cuales la mitad son mujeres. Bajo estas circunstancias, el retorno masivo de gran parte de este continente representa un desafío para los países de origen, que cuentan con un escaso margen de respuesta para absorber tal volumen de personas en el corto plazo. Esto evidencia la necesidad de una gobernanza internacional eficaz y planes de reincorporación social sólidos.

En particular, este proceso afecta principalmente a regiones con recursos financieros limitados, como Asia, África o América Latina[4]. Informes de la OIT advierten sobre el impacto social alarmante de estos retornos forzosos, especialmente cuando los migrantes quedan fuera de los sistemas públicos de protección social y carecen de ayudas para su reinserción laboral[5].

Pese a los desafíos, el retorno puede ofrecer aspectos positivos en la pospandemia si se gestiona como una atracción de competencias. Los trabajadores cualificados pueden incrementar la productividad y fomentar el emprendimiento, convirtiéndose en un recurso para la recuperación económica. Para esto, es imperativo que las políticas migratorias se alineen con las normas internacionales, principalmente con los convenios OIT n.º 97 (1949) y n.º 143 (1975).

Al respecto, la OIT recomienda a gobiernos y empresas observar los principios de la contratación equitativa y asegurar un retorno seguro[6]. Esto incluye:

---

4 En este sentido, destaca un informe de la OIT que evalúa el impacto socioeconómico de la pandemia en la población migrante de América Latina y el Caribe. En las dos últimas décadas, los procesos de movilidad y desplazamiento en la región han adquirido una complejidad creciente, definida por dinámicas singulares (OIT, 2021). En este contexto, se ha sonsolidado un tendencia de retorno, caracterizada por el incremento acelerado de los flujos de personas que regresan a sus países de origen (Basabe, 2007; Maldonado et al., 2020, pp. 111-145; Mestries, 2013, pp. 171-212; Solimano, 2008).

5 Estas observaciones sobre la integración social de los migrantes retornados se han desarrollado recientemente en el siguiente informe institucional: OIT, 2020.

6 En efecto, la crisis sanitaria derivada de la COVID-19 ha impactado con mayor rigor a los trabajadores migrantes, afectando principalmente a quienes se encuentran

- Protección social: acceso a recursos económicos y jurídicos para un retorno justo.
- Igualdad de trato: garantizar que incluso los migrantes en situación irregular accedan a servicios de salud y medidas de recuperación.
- Acuerdos bilaterales: revisar y mejorar los convenios entre Estados para facilitar condiciones de seguridad y portabilidad de derechos.

4. ACCIÓN NORMATIVA INTERNACIONAL Y POLÍTICAS ESPECIALES EN MATERIA DE RETORNO DE MIGRANTES

En términos generales, los convenios vigentes de la OIT sobre migraciones laborales resultan anacrónicos, ya que responden a un contexto histórico superado. Actualmente, los flujos migratorios enfrentan problemáticas inéditas en un marco económico y social marcado por la incertidumbre, lo que dificulta alcanzar consensos internacionales para renovar la acción normativa. Esta falta de acuerdo, que obstaculiza la ratificación de nuevos tratados, se manifestó ya en 2007 durante la aprobación del Marco Multilateral de la OIT para las Migraciones Laborales. Dicho instrumento vincula el retorno migratorio con la promoción del trabajo decente; no obstante, al tratarse de una declaración de principios en lugar de un instrumento vinculante, su alcance es programático. Hoy, este marco también se percibe desfasado, especialmente ante las urgencias de crecimiento y las crisis económicas propias de la pospandemia (Weil, 2002, pp. 41-55).

Los principales instrumentos específicos de la OIT en esta materia son el Convenio n.° 97 (revisado, 1949) y el Convenio n.° 143 (1975),

en situación irregular y en condiciones de informalidad laboral. Esta tendencia es consistente con las repercusiones observadas en crisis socioeconómicas de periodos previos (Boccagni & Lagomarsino, 2011, pp. 282-297; Glick-Schiller, 2010, pp. 22-62; Herrera & Pérez, 2015, pp. 221-241). Dicha vulnerabilidad se manifiesta de forma aguda en la problemática específica del retorno migratorio (Durand, 2004, pp. 103-116).

completados por las recomendaciones n.° 86 y n.° 151, respectivamente[7]. Estas normas definen el estatuto jurídico de los trabajadores migrantes y abarcan el ciclo migratorio integral: desde el tránsito hasta la estancia temporal o permanente. Si bien contemplan excepciones para trabajadores transfronterizos, artistas o profesionales liberales, estos instrumentos constituyen el núcleo mínimo de protección internacional orientado a erradicar la discriminación y garantizar la igualdad de oportunidades[8]. Esta tutela se refuerza con convenios generales como el n.° 111 (sobre discriminación), el n.° 100 (igualdad de remuneración) y los relativos a la seguridad social. Un aspecto medular de este bloque normativo es su vocación universal; siguiendo el principio de derechos humanos, se aplica a todas las personas sin distinción[9], incluidas quienes están en situación irregular, salvo limitaciones expresas en puntos específicos (Fitzpatrick, 2003, p. 172; Garofalo, 2007, p. 36; Potobsky, 1984, p. 333).

Dentro de este marco normativo, el artículo 10 del Convenio n.º 97 y la recomendación n.º 86 establecen una cobertura que integra la política de retorno. Según el Marco Multilateral de la OIT, los Estados deben promover procesos de ordenación migratoria equitativos tanto en origen como en destino (OIT, 2007b, pp. 18-19). En ese sentido, la planificación de la movilidad laboral adquiere relevancia crítica al considerar la reintegración en las sociedades de origen. Esto implica facilitar el retorno mediante la provisión de información, capacitación y asistencia técnica, tanto antes de la partida como al

7 En cualquier caso, cabe precisar que los Convenios constituyen instrumentos normativos de observancia obligatoria para los Estados que los han ratificado. En contraste, las recomendaciones carecen de carácter vinculante y no requieren de ratificación formal, puesto que actúan como directrices orientadoras sin fuerza coercitiva.

8 Téngase en cuenta el Marco Multilateral de la OIT para las migraciones laborales: principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos.

9 Véase OIT, conclusión n.º 28, principio 9, apartado a), del marco multilateral para las migraciones laborales.

llegar al país de procedencia. Se trata de una asistencia transversal que abarca desde el traslado físico hasta la plena reintegración social.

De manera más específica, este enfoque conecta la inclusión de los retornados con el desarrollo económico, dado que estos flujos impactan en la productividad de las naciones involucradas. Por esto, es conveniente adoptar políticas que fomenten la migración circular, beneficiando a múltiples jurisdicciones[10]. La reintegración efectiva requiere programas de migración laboral que contemplen tanto retornos definitivos como temporales facilitando además la concesión de visados en ambas modalidades. Un ejemplo notable es el modelo de codesarrollo en Francia, que vincula las políticas migratorias con el desarrollo de los países de origen, permitiendo una movilidad fluida en ambos puntos.

Bajo este entendimiento, resulta evidente que el retorno es un factor intrínseco a los procesos migratorios; sin embargo, la capacidad de regreso está limitada por los costos económicos y el impacto en los proyectos de vida. La intensidad de estos movimientos depende del contexto socioeconómico de ambas naciones, así como de las facilidades logísticas para el regreso (Azose & Raftery, 2019, pp. 116-122). Efectivamente, el aumento del desempleo y la caída de ingresos en los países de residencia actúan como catalizadores de retorno[11]; pese a eso, la decisión voluntaria está fuertemente supeditada a que las condiciones de vida en el país de origen sean adecuadas.

Más allá de los condicionantes financieros, es preciso señalar que los factores económicos se entrelazan con variables como la

10 El retorno constituye un factor significativo irrelevante de carácter permanente en las políticas de gestión migratoria y los países de origen deben de enfrentarse al reintegro social y económico de quienes regresan (Martin et al., 2002). En relación con los beneficios derivados de los movimientos de retorno laboral véase Wahba (2015, pp. 35 y ss.).

11 En relación con la influencia del desempleo como factor determinante en el fomento de los flujos de retorno de la población migrante véase Mejía (2011), Prieto et al. (2015, pp. 55-8) y Recaño (2008, pp. 701-729).

inadaptación, la discriminación o la xenofobia (Allgauer-Hackl, 2005; Dustmann, 1999, pp. 15 y ss.). Estas circunstancias suelen agravarse en tiempos de crisis, debido al rechazo social hacia el colectivo migrante. En última instancia, no debe soslayarse el peso de la familia como eje central de la decisión: en gran medida, el retorno se fundamenta en la persistencia de los vínculos afectivos y redes de apoyo en la sociedad de origen.

5. IMPULSANDO ESTRATEGIAS PARA EL RETORNO VOLUNTARIO DE MIGRANTES: UNA SOLUCIÓN ESTRATÉGICA EN MOMENTOS DE CRISIS

Las medidas de retorno se promueven desde una perspectiva internacional, sustentadas en el marco regulatorio y los programas de acción desarrollados, principalmente, por el sistema de las Naciones Unidas. En la actualidad, el obstáculo central reside en la falta de consenso respecto al desarrollo de las políticas migratorias. Esta dificultad se traslada a los debates nacionales sobre el modelo de gestión del retorno laboral que se pretende implementar. La pandemia de la COVID-19 ha representado un lastre adicional a las secuelas de la crisis económica y financiera del periodo 2008-2014, afectando la estabilidad de los flujos migratorios. En este ciclo, la movilidad se ha visto mermada por la escasez de oportunidades y la incertidumbre financiera. Por añadidura, los marcos jurídicos actuales resultan insuficientes ante la magnitud de los acontecimientos, lo que exige una reorientación hacia medidas más eficaces.

Este análisis se centra en la relevancia de las estrategias nacionales de retorno laboral. Comúnmente, estos programas aluden al denominado retorno voluntario, promovidos por los países de origen. Sin embargo, en la práctica estas iniciativas han mostrado una efectividad limitada, manifestada principalmente en programas de asistencia al regreso efectivo. El retorno voluntario puede ejecutarse de forma autónoma o mediante asistencia técnica y financiera del país de origen,

en ocasiones con la colaboración de terceros países o de tránsito. La cuestión medular radica en determinar si la decisión emana de la libre voluntad del individuo o si constituye una respuesta obligada ante una realidad socioeconómica impuesta[12].

La Organización Internacional para las Migraciones (OIM), como organización intergubernamental integrada en las Naciones Unidas, desempeña un papel crucial en el análisis y gestión de este fenómeno. Su labor se orienta a promover desplazamientos en condiciones humanas y planificadas, fomentando una inmigración ordenada que beneficie tanto a los migrantes como a las sociedades involucradas. En el marco de la cooperación internacional, la OIM ayuda a encontrar soluciones prácticas a las situaciones conflictivas ligadas a los procesos de movilidad[13]. En el contexto de este estudio, se destaca su desarrollo de programas de retorno dirigidos a migrantes en situación irregular y la atención que brinda a grupos con necesidades específicas, particularmente en la provisión de información, el apoyo logístico en los traslados y un acompañamiento limitado para la reinserción en el país de origen.

En el marco de la Unión Europea, las políticas de retorno han sido impulsadas por las instituciones comunitarias. El programa más ambicioso se fundamentó en la Decisión 575/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la cual institucionalizó el Fondo Europeo

12 Con todo, cabe interrogarse sobre la dimensión material de estos modelos, pues a menudo se configuran como decisiones de retorno forzosas. En la práctica, más allá de la formalidad procedimental, tales determinaciones suelen estar supeditadas a la precariedad estructural y a los procesos de exclusión intrínsecos a los mercados de trabajo nacionales.

13 Por su parte, la OIM brinda asistencia humanitaria a migrantes en situación de vulnerabilidad, con especial atención a refugiados, personas desplazadas o desarraigadas. La institución coordina sus esfuerzos con diversas agencias internacionales de protección, colaborando activamente en las dimensiones sociales y económicas de la movilidad humana. Esta cooperación técnica se articula primordialmente con organismos del sistema de las Naciones Unidas, tales como la Oficina del Alto Comisionado para los Refugiados (ACNUR), el Fondo de Población de las Naciones Unidas (FNUAP) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), entre otras instituciones.

para el Retorno. Este fondo operó principalmente entre 2008 y 2013, coincidiendo con un ciclo de recesión económica, y tuvo como objetivo fortalecer la gestión estatal del retorno mediante el Programa General de Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios. Su propósito central fue —y sigue siendo— fomentar el retorno voluntario, digno y asistido frente a las modalidades forzosas, a través de medidas de acompañamiento y sostenibilidad. Al respecto, cabe destacar diversas experiencias nacionales:

- Francia: El gobierno se hace cargo de los gastos de traslado y financia la creación de empresas para trabajadores migrantes que optan por el retorno voluntario. Estas políticas, orientadas principalmente hacia países francófonos de África, facilitan la recirculación laboral mediante incentivos económicos que aseguran la viabilidad del proceso.
- China: Las autoridades han implementado estrategias para revertir la «fuga de cerebros». Se estimula el regreso de nacionales formados en el extranjero mediante el fortalecimiento de la infraestructura científica y tecnológica. Al permitir la libre movilidad para competir en el mercado global del talento y ofrecer incentivos competitivos al regresar, el gobierno chino ha logrado incrementar el índice de retorno de numerosos profesionales cualificados[14].
- África: Los países de la región, tradicionalmente emisores, han diseñado políticas para atraer el talento nacional que presta servicios en el mercado internacional, especialmente en Europa. Organizaciones como la Red Digital de la Diáspora Africana, la Red Sudafricana de Calificaciones en el Extranjero y la Fundación Africana para el Desarrollo estrechan vínculos con comunidades transnacionales. El objetivo es capitalizar la transferencia de cualificaciones, tecnología y capitales

14 Sobre el análisis del programa nacional chino de retorno de trabajadores cualificados véase Zweig (2014).

para el desarrollo de los países de origen, movilizando importantes recursos económicos, intelectuales, tecnológicos, empresariales y financieros de la diáspora.

Más allá de estas experiencias particulares, los programas de retorno asistidos se dirigen tanto a personas en situación irregular como a quienes poseen autorizaciones de residencia, incluso de carácter permanente. Estas medidas suelen enfocarse en migrantes con dificultades de inserción laboral o en condiciones de vulnerabilidad social, e incluyen a menudo prestaciones económicas mensuales en el país de destino. Para los países de acogida, estas estrategias resultan eficaces al facilitar la repatriación bajo acuerdos de readmisión, reduciendo los costos operativos de las expulsiones. No cabe duda de que la distinción entre el retorno voluntario y el forzoso es, en la práctica, relativa, dado que muchos de los afectados carecen de alternativas legales para permanecer en el país de residencia.

6. LA ACTUALIZACIÓN PENDIENTE DEL MARCO NORMATIVO PARA EL RETORNO VOLUNTARIO Y ASISTIDO DE INMIGRANTES EN ESPAÑA

España ha implementado programas de asistencia al retorno voluntario bajo diversas modalidades: la vía humanitaria, enfocada en mitigar la vulnerabilidad y la exclusión social; el retorno asistido con proyectos de reintegración social[15], orientado a emprendimientos productivos en el país de origen; y el plan de retorno voluntario como medida de contingencia ante recesiones económicas.

Actualmente, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones —a través de la Secretaría de Estado de Migraciones y

15 Cabe destacar el programa de retorno voluntario de atención social —comúnmente denominado retorno humanitario—, el cual se impulsó a finales de 2008 en un escenario condicionado por la crisis económica y el notable incremento del desempleo entre la población migrante. Estas medidas buscaban proveer a los trabajadores extranjeros de recursos y oportunidades que facilitaran su reinserción laboral y profesional en sus países de origen.

la Dirección General de Inclusión y Atención Humanitaria— financia estos proyectos. Dichas iniciativas, cofinanciadas desde 2015 por el Fondo de Asilo, Migración e Integración (FAMI), son gestionadas por organizaciones no gubernamentales y organizaciones internacionales especializadas. Los programas ofrecen a nacionales de terceros países la posibilidad de retornar a sus lugares de origen mediante prestaciones económicas que favorecen la reinserción profesional. En este ámbito, las políticas españolas se fundamentan en directrices de la Unión Europea (Fajardo, 2009, pp. 453 y ss.; Moya, 2008, pp. 2-3), articuladas mediante acciones estatales y autonómicas en colaboración con la sociedad civil.

Desde una óptica normativa más amplia, España cuenta con un régimen jurídico consolidado al retorno de emigrantes españoles en el exterior, el cual articula medidas de protección social y ayudas económicas para facilitar su reincorporación. No obstante, el presente análisis se centra en los programas de estímulo dirigidos a la población inmigrante extranjera que opta por el retorno voluntario y asistido hacia sus países de origen. En este ámbito, el Gobierno ha implementado diversas estrategias orientadas a fomentar nuevas oportunidades en los países de procedencia, permitiendo a los trabajadores capitalizar de forma anticipada las prestaciones por desempleo generadas durante su estancia en España.

En 2008, coincidiendo con el inicio de la crisis financiera, se adoptó una política de retorno que impactó significativamente en el colectivo latinoamericano. El denominado Plan de Retorno Voluntario (APRE) permitió a los migrantes percibir el abono acumulado de sus prestaciones por desempleo a cambio de renunciar a sus autorizaciones de residencia y regresar a sus naciones de origen[16].

Las actuaciones de apoyo a estos programas se regulan, fundamentalmente, en el Real Decretoley 4/2008, de 19 de setiembre. Esta

16 Para un estudio monográfico sobre este programa de retorno voluntario, se recomienda la consulta de las investigaciones de Luján (2008) y Sánchez & Fernández (2010).

norma establece el abono acumulado y anticipado de la prestación contributiva por desempleo para trabajadores extranjeros extracomunitarios que decidan regresar voluntariamente. Se trata de un marco normativo complejo, cuya articulación interna puede generar situaciones jurídicas difíciles de gestionar en la práctica. Entre sus disposiciones, destaca el derecho a percibir en un pago único la prestación contributiva. Este beneficio conlleva, de manera vinculante, la extinción automática de las autorizaciones de residencia de los beneficiarios, efecto que se materializa transcurridos treinta días naturales desde la fecha del primer desembolso económico.

En virtud de este marco normativo, los trabajadores migrantes que opten por el abono acumulado de la prestación por desempleo deben comprometerse a retornar a su país de origen en un plazo de treinta días naturales y a no regresar a España durante los tres años posteriores (art. 3 del Real Decreto 1800/2008). Al concluir dicho periodo, podrán solicitar nuevamente las autorizaciones administrativas de residencia y trabajo conforme a la legislación vigente. Por otra parte, se reconoce a estas personas un derecho preferente para integrarse en el contingente de trabajadores extranjeros no comunitarios. Además, si el regreso a España se produce tras haber respetado el compromiso de no retorno, el tiempo de residencia previo se computará a efectos del plazo legal exigido para acceder a la residencia de larga duración.

De manera complementaria, la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece una serie de incentivos, restricciones y preferencias vinculados a la concesión de autorizaciones de residencia y trabajo. Este régimen incide directamente en quienes se beneficiaron del programa de retorno en un intervalo no superior a los tres años desde su salida del territorio nacional. En los casos en que la ausencia del país supere dicho trienio, el interesado tendrá acceso a nuevas autorizaciones de trabajo sin que estas se vean condicionadas por la situación nacional de empleo, manteniendo además un derecho preferente en las

contrataciones en origen. Lo anterior permite recuperar la situación jurídica previa para el cómputo de los años necesarios en la obtención de la condición de residente de larga duración. Cabe precisar que, si dicha condición ya se hubiese consolidado antes del retorno, se conservará plenamente en el momento del reingreso.

Se trata, por tanto, de un programa dirigido a inmigrantes en España que, al encontrarse en situación de desempleo, optan por capitalizar la prestación económica para regresar a su país de origen[17]. A diferencia de la modalidad ordinaria, el pago anticipado regulado por el Real Decreto-Ley 4/2008 permite este beneficio fuera del territorio nacional. En su origen, esta medida supuso una excepción significativa al régimen general de protección social y requirió una norma con rango de ley para otorgar cobertura jurídica a los trabajadores extranjeros. Además de la capitalización, el plan incluye el abono del billete de avión y una ayuda económica de viaje[18], gestiones que deben tramitarse ante el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE)[19].

Este programa se aprobó en los albores de la crisis económica; sin embargo, tras el periodo 2008-2014, se ha observado un estancamiento en la acción normativa, tanto en el plano nacional como en el internacional. Al respecto, la OIT subraya la necesidad de diseñar esquemas más flexibles que garanticen la recirculación migratoria, dado que esta movilidad constituye un motor de desarrollo socioeconómico global. En este contexto, el veto de retorno por tres años se identifica como un obstáculo para la circularidad y una restricción a la naturaleza voluntaria del proceso. En consecuencia, el modelo español

17 Cabe señalar que el abono acumulado y anticipado (APRE) de la prestación contributiva por desempleo no implica la obligación de cotizar a la seguridad social; por tanto, no se practican deducciones en su cuantía en concepto de aportación del trabajador (Larraínzar & Lanzadera, 2009, pp. 3-4; Pérez, 2009, pp. 89-90).

18 En relación con el sistema de incentivos contemplado en el programa de retorno voluntario de inmigrantes véase García (2008, pp. 6-7).

19 En España, la gestión de la prestación por desempleo y la declaración de su extinción recaen legalmente en el Servicio Público de Empleo Estatal.

presenta una rigidez que contravienen los estándares internacionales y las recomendaciones del organismo multilateral.

Específicamente, se requiere una mayor flexibilidad, dado que la exigencia de un trienio de prohibición de reingreso tras optar por el retorno voluntario constituye una barrera crítica. Esta medida, propia de contextos de crisis y orientada a reducir la carga económica de la protección social, permite la capitalización de la prestación por desempleo para ciudadanos extracomunitarios; sin embargo, este veto de tres años ha sido objeto de profundas críticas, particularmente en América Latina, al desincentivar el regreso a una nación donde se ha contribuido activamente a la seguridad social. Tal restricción ignora las recomendaciones internacionales que abogan por la migración circular, promoviendo, en su lugar, un modelo de retorno unidireccional e irreversible.

En este orden de ideas, la comunidad internacional subraya la importancia de establecer una cooperación efectiva entre los países de acogida y los de origen. La rigidez normativa, sumada a la disparidad en las condiciones de vida y a sistemas de protección social menos ventajosos en las naciones de procedencia en comparación con los estándares españoles, explica la limitada efectividad de estos programas. Lo anterior evidencia la necesidad apremiante de reformular estas políticas para asegurar su viabilidad y coherencia con el escenario actual.

En la actualidad, se da respuesta a un contexto donde los flujos migratorios y los intereses de retorno obedecen a dinámicas heterogéneas. En el ámbito laboral, la crisis económica solo actúa como un incentivo real para el regreso si el país de origen genera expectativas de reinserción sólidas. En efecto, la incertidumbre financiera y la carencia de oportunidades se ha transformado en desafíos globales que comprometen el futuro del trabajo protegido y el acceso efectivo a derechos fundamentales.

7. CONCLUSIONES

Como punto de partida, es preciso subrayar que la realidad migratoria contemporánea exige una revisión profunda de los mecanismos jurídicos internacionales y nacionales. La parálisis normativa actual no puede justificarse por la falta de consensos; por el contrario, es imperativo renovar la gobernanza de la movilidad laboral, revisando experiencias como el Marco Multilateral de la OIT para asegurar flujos basados en la protección jurídica y el respeto a los derechos fundamentales.

A diferencia de lo observado en ciclos históricos previos, el retorno actualmente constituye, fundamentalmente, una huida de la precariedad laboral. En un escenario de crisis global, las perspectivas de los retornados son inciertas debido a la escasez de empleo y a la insuficiencia de los fondos gubernamentales para la reinstalación. Esta carencia de recursos aboca a los trabajadores hacia la temporalidad o la economía informal. En este contexto, la pandemia de la COVID-19 actuó como un factor de precarización extrema: los migrantes no solo perdieron sus ingresos y quedaron atrapados por el cierre de fronteras, sino que fueron excluidos de las medidas de protección social y asistencia sanitaria básica diseñadas para la población nacional.

En términos globales, la crisis sanitaria supuso un retroceso en los flujos voluntarios, situando a los trabajadores inmigrantes en una vulnerabilidad económica sin precedentes. Este colectivo sufrió suspensiones temporales o despidos, lo cual implicó la privación de su principal fuente de ingresos en un entorno de desamparo derivado de las restricciones fronterizas y la limitación de sus posibilidades de retorno.

Si bien se advierte una flexibilización progresiva de este escenario, gracias a la mejoría de los indicadores sanitarios y a la paulatina recuperación de las rentas laborales, es preciso destacar que la pérdida de empleo excluyó a la población migrante —de manera directa o indirecta— de las medidas de protección social impulsadas durante

la crisis sanitaria para los trabajadores nacionales. En particular, esta desprotección afectó el acceso a la asistencia sanitaria básica y a los mecanismos de compensación por la pérdida de ingresos y salarios.

En consonancia con lo anterior, la OIT insta a gobiernos y empresas a cumplir los principios de contratación equitativa en el marco de la recuperación económica tras la COVID-19. Estas recomendaciones integran disposiciones sobre protección social y retorno seguro, fundamentadas en las estrategias nacionales de migración laboral. Lo anterior comprende la atención a los trabajadores que enfrentan obstáculos en sus países de residencia para gestionar su regreso de manera adecuada. En última instancia, el objetivo es garantizar el acceso a recursos económicos y jurídicos que aseguren un retorno digno, con especial énfasis en colectivos vulnerables y personas en situación irregular expuestas a la vulneración de derechos o a la discriminación en los procesos de tránsito.

No obstante, desde una perspectiva jurídica crítica, cabe señalar que los convenios de la OIT resultan anacrónicos, debido a que responden a coyunturas históricas superadas. La movilidad humana actual enfrenta problemáticas inéditas en un entorno de incertidumbre que dificulta alcanzar consensos para renovar la acción internacional. Esta falta de acuerdo, que obstaculiza la ratificación de nuevos tratados, se manifestó ya en 2007 con la aprobación del Marco Multilateral de la OIT para las Migraciones Laborales. Si bien este instrumento vincula el retorno con la promoción del trabajo decente, el recurso a una declaración de principios como alternativa a los tratados vinculantes evidencia las limitaciones de la respuesta multilateral. En la actualidad, dicho esquema también se percibe desfasado, especialmente en la pospandemia, periodo marcado por la inestabilidad financiera y la urgencia de recuperación económica.

Resulta fundamental la planificación de la migración laboral, con énfasis en el retorno y la reintegración en las sociedades de origen. Esto exige facilitar el proceso mediante el suministro de información,

capacitación y asistencia técnica, tanto en la etapa previa a la partida como a la llegada. Se trata de una intervención transversal que abarca desde el traslado físico hasta la plena reintegración social. El regreso es un componente intrínseco de los flujos migratorios; sin embargo, su ejecución está supeditada a los costos económicos y al impacto en el proyecto de vida del individuo.

En este orden de ideas, conviene añadir que la intensidad de estos movimientos depende del contexto socioeconómico en origen y destino, así como de la viabilidad logística de la repatriación. En periodos de crisis, con el aumento del desempleo y la caída de ingresos, los países de residencia actúan como detonantes de la vuelta al hogar. Pese a esto, la decisión voluntaria final está condicionada por las condiciones de vida en el Estado de procedencia, las cuales, de ser adecuadas, funcionan como un incentivo para la reincorporación definitiva.

Por lo que respecta a la dimensión operativa, los programas de retorno migrante aluden generalmente a la modalidad voluntaria impulsada por los Estados de origen. Sin embargo, estas iniciativas han evidenciado una eficacia limitada en la práctica, especialmente en lo relativo a los esquemas de asistencia al regreso efectivo. Esta opción puede ejecutarse de manera autónoma o asistida mediante incentivos del país de procedencia, en coordinación con naciones de tránsito o terceros países. El núcleo del debate reside en determinar si la decisión emana de la libre voluntad del sujeto o si, por el contrario, responde a una situación sobrevenida e impuesta por la realidad económica y social.

Descendiendo al plano nacional, resulta ilustrativo analizar cómo el gobierno español ha implementado diversos programas para facilitar la búsqueda de oportunidades en los países de procedencia, permitiendo el cobro anticipado de las prestaciones por desempleo devengadas en España. En 2008, se adoptó una política de fomento al retorno voluntario: este mecanismo faculta a los trabajadores extranjeros en situación de desempleo para capitalizar sus prestaciones

económicas a cambio de renunciar a su permiso de residencia y regresar a su nación de origen.

En relación con la viabilidad de estas políticas, la OIT ha insistido en la necesidad de establecer programas de retorno fundamentados en una cooperación efectiva entre los países de acogida y los de procedencia. La rigidez normativa ha obstaculizado el éxito de estas iniciativas, a lo que se suma la marcada asimetría en las condiciones de vida y los sistemas de protección social, sustancialmente inferiores en las naciones de origen frente a las garantías ofrecidas en España. Tales factores explican la limitada efectividad de los programas de retorno voluntario y manifiestan la urgencia de formular estas políticas para asegurar su viabilidad y coherencia con el escenario actual.

Finalmente, es posible afirmar que actualmente se da respuesta a un escenario donde los flujos migratorios y las motivaciones de retorno obedecen a dinámicas heterogéneas. En el ámbito del retorno laboral, la crisis económica actúa como un incentivo para el regreso, siempre que las condiciones en los países de origen generen expectativas de reinserción favorables. En efecto, la incertidumbre financiera y la escasez de oportunidades constituyen desafíos globales que comprometen el futuro del trabajo protegido y el acceso efectivo a derechos fundamentales.

REFERENCIAS

Alkire, S., & Santos, M. E. (2010). Acute multidimensional poverty: a new index for developing countries. *OPHI Working Paper*. OPHI.

Allgauer-Hackl, H. (2005). *Migración, discriminación y derechos humanos*. Anthropos.

Azose, J. J., & Raftery, A. E. (2019). Estimation of emigration, return migration, and transit migration between all pairs of countries. *PNAS*, *116*(1), 116-122. https://doi.org/10.1073/pnas.1722334116

Basabe, S. (2007). *Instituciones e institucionalismo en América Latina. Perspectivas teóricas y enfoques disciplinarios*. CIPEC; Imago.

Boccagni, P., & Lagomarsino, F. (2011). Migration and the global crisis: new prospects for return? the case of ecuadorians in europe. *Bulletin of Latin American Research*, *30*(3), 282-297. https://doi.org/10.1111/j.1470-9856.2010.00494.x

Durand, J. (2004). Ensayo teórico sobre la emigración de retorno. El principio del rendimiento decreciente. *Cuadernos Geográficos*, *35*(2), 103-116. https://revistaseug.ugr.es/index.php/cuadgeo/article/view/1784

Dustmann, C. (1999). *An economic analysis of return migration*. Department of Economics, University College London; CEPR.

Fajardo, T. (2009). La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (33), 453-499. https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-derecho-comunitario-europeo/numero-33-mayoagosto-2009/la-directiva-sobre-el-retorno-de-los-inmigrantes-en-situacion-irregular-1

Fitzpatrick, J. (2003). The human rights of migrants. *Migration and international legal norms*. Asser Press.

García, J. I. (2008). ¿Incentivos reales al retorno de emigrantes extracomunitarios? Breves consideraciones al hilo del Real Decreto-Ley 4/2008. *Tribuna Social*, (214), 5-10.

Garofalo, L. (2007). Le migrazioni di ordine economico nel diritto internazionale e comunitario. En AA. VV., *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici.* Cacucci Editore.

Glick-Schiller, N. (2010). A global perspective on migration and development. *Migration, development and transnationalization. A critical stance*. Berghahn Books.

Hepple, B. (2011). *Equality. The new legal framework*. Hart Publishing.

Herrera, G., & Pérez, L. (2015). ¿Tiempos de crisis, tiempos de retorno? Trayectorias migratorias, laborales y sociales de migrantes retornados en Ecuador. *Estudios Políticos*, (47), 221-241. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5263575

Larraínzar, P., & Lanzadera, E. (2009). El anticipo de la prestación por desempleo a los inmigrantes: la compra de un retorno. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, (310), 1-24. https://doi.org/10.51302/rtss.2009.5495

Luján, J. (2008). El abono acumulado y anticipado de la prestación por desempleo a trabajadores extranjeros. *Aranzadi Social*, (16). https://www.euskadi.eus/web01-sede/es/contenidos/doctrina/bibl11022/es_def/index.shtml

Maldonado, G., Jacobo, M., & Cárdenas, N. (2020). Actitudes hacia migrantes de retorno en América Latina. *Revista Latinoamericana de Opinión Pública*, *9*(2). https://hdl.handle.net/10366/145347

Martin, S., Martin, P., & Weil, P. (2002, 1 de octubre). Fostering cooperation between source and destination countries. *Migration Information Source*. https://www.migrationpolicy.org/article/fostering-cooperation-between-source-and-destination-countries

Mejía, W. (2011). Panorama del retorno reciente de migrantes internacionales a Colombia. *Migración, desarrollo humano e internacionalización*. Editorial Universidad del Norte.

Mestries, F. (2013). Los migrantes de retorno ante un futuro incierto. *Sociología*, *28*(78), 171-212. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-01732013000100006

Moya, D. (2008). La nueva directiva de retorno y la armonización comunitaria de las medidas de alejamiento de extranjeros. *Revista de Derecho Constitucional Europeo,* (10), 101-164. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3013967

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2003a). *Superar la pobreza mediante el trabajo. Memoria del Director General*. Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª reunión, Organización Internacional del Trabajo.

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2003b). *La hora de la igualdad en el trabajo. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos*

fundamentales en el trabajo. 91.ª Reunión, Organización Internacional del Trabajo.

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2007a). *Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales. Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en derechos*. Organización Internacional del Trabajo.

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2007b). *Rights, Labour Migration and Development: The ILO Approach*. Organización Internacional del Trabajo.

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2010). *International labour migration. A rights-based approach*. Organización Internacional del Trabajo.

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2020). *COVID-19: Proteger a los trabajadores en el lugar de trabajo*. Organización Internacional del Trabajo.

Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2022). *The global impact of COVID-19 on migrant worker rights and recruitment (Encerrados y en el limbo: El impacto global de la COVID-19 en los derechos de los trabajadores migrantes y su contratación)*. Organización Internacional del Trabajo.

Pérez, R. M. (2009). A vueltas con la gestión de los flujos migratorios. A propósito del abono acumulado de la prestación por desempleo prevista en el Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre y en su reglamento de desarrollo. *Relaciones Laborales*, (10).

Potobsky, G. (1984). Los trabajadores migrantes y las normas de la OIT. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, (19), 333-352.

Prieto, V., Pellegrino, A., & Koolhas, M. (2015). Intensidad y selectividad de la migración de retorno. *Retorno de los procesos migratorios de América Latina. Conceptos, debates y evidencias*. Asociación Latinoamericana de Población.

Recaño, J. (2008). Las migraciones internas de retorno en España. De la óptica individual a la dimensión familiar. *Papers. Revista de Sociología*, *95*(3), 701-729. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3287703

Rodríguez-Piñero y Bravo, M., & Rodríguez-Piñero, M. C. (2004). The principle of equality in the labour market: Reflections on the Spanish model. En *Essays in honour of Georgios I. Kassimatis* (pp. 525-541). BWV Berliner Wissenschafts-Bruylant.

Sánchez, C., & Fernández, B. (2010). Retorno voluntario de inmigrantes. *Trabajo. Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales*, (23). https://doi.org/10.33776/trabajo.v23i0.962

Solimano, A. (2008). Migraciones internacionales en América Latina y el Caribe: oportunidades, desafíos y dilemas. *Revista Foreign Affairs*.

Wahba, J. (2015a). Who benefits from return migration to developing countries? *IZA World of Labor*, 123(2). https://econpapers.repec.org/article/izaizawol/journl_3a2021_3an_3a123.htm

Wahba, J. (2015b). Return migration and development. *International Handbook on Migration and Economic Development (pp. 327-349)*. Edward Elgar.

Weil, P. (2002). Towards a coherent policy of co-development. En *International Migration*, *40*(3), 41-55. https://doi.org/10.1111/1468-2435.00196

Zweig, D. (2014). *Learning to compete. China's strategies to create a reverse brain drain (Documento de trabajo n.º 2)*. Centre on China's Transnational Relations, Hong Kong University of Science and Technology.

Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Vol. 80, n.º 80, enero-diciembre, 2025 • Publicación anual. Lima, Perú
ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)
DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2025.v80n80.05

LA APLICACIÓN DE LA SUBSANACIÓN VOLUNTARIA COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN LOS RECIENTES PRONUNCIAMIENTOS DEL INDECOPI

The use of voluntary remedy as a means of exemption from administrative liability in recent indecopi rulings

José Carlos Gonzales Cucho
Pontificia Universidad Católica del Perú
(Lima, Perú)
Contacto: jgonzales@dclegal.pe
https://orcid.org/0009-0001-6214-9121

Sofía Nikoll Gomero Godoy
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)
Contacto: sgomero@dclegal.pe
https://orcid.org/0009-0005-5337-3737

RESUMEN

La subsanación voluntaria constituye una causal eximente de responsabilidad a la que los administrados recurren con el propósito de quedar relevados de toda sanción por su conducta infractora, la cual operará siempre que se demuestre haber subsanado dicha conducta

de forma voluntaria y previa a la notificación de inicio del respectivo procedimiento sancionador. Al respecto, Indecopi ha emitido pronunciamientos diversos en torno a la aplicación de la subsanación voluntaria, sin embargo, los requisitos que ha exigido para su aplicación no siempre se alinean a los establecidos por la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. En el presente trabajo se analizan los recientes pronunciamientos emitidos por la entidad a fin de aplicar la subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad administrativa, con especial énfasis en los sectores de protección al consumidor y competencia desleal.

Palabras clave: subsanación voluntaria; infracción administrativa; eximente de responsabilidad; sanción administrativa; regulación responsiva; legalidad.

ABSTRACT

The voluntary rectification of an infringement is a ground for exemption from liability that members of the public often invoke to persuade the administrative authority to exempt them from any penalty for their unlawful conduct; this exemption applies provided that it can be demonstrated that the conduct in question was rectified voluntarily and prior to the commencement of the administrative penalty proceedings. In this regard, Indecopi has issued various statements concerning the application of voluntary rectification; however, the requirements it has set for its application do not always align with those established by Law No. 27444, the General Administrative Procedure Act. This paper analyses recent rulings issued by the authority regarding the application of voluntary rectification as a defence against administrative liability, with a particular focus on the areas of consumer protection and unfair competition.

Keywords: voluntary rectification; administrative offence; defence against liability; administrative sanction; responsive regulation; legality.

Recibido: 21/05/2025 Aprobado: 28/09/2025 Publicado: 17/12/2025

1. INTRODUCCIÓN

Desde su promulgación, la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), ha atravesado distintas reformas sustanciales. Entre estas, destaca la introducida por el Decreto Legislativo n.º 1272 (21 de diciembre de 2016), cuyas disposiciones, junto con las modificaciones ulteriores, se encuentran sistematizadas hoy en el Texto Único Ordenado (TUO), aprobado mediante el Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS.

A partir de la implementación del referido decreto legislativo, se consolidó la naturaleza de la LPAG como una «norma común». Al amparo de este estatus, recogido en el artículo II del Título Preliminar del TUO, se proscribe que los regímenes especiales establezcan estándares de protección inferiores a los previstos en la ley. En consecuencia, la LPAG constituye el cuerpo normativo que contiene las garantías mínimas que deben regir toda actuación administrativa.

El Decreto Legislativo n.º 1272 incorpora, como una de sus reformas sustantivas, un conjunto de eximentes de responsabilidad administrativa, donde destaca la subsanación voluntaria, que hasta entonces era calificada exclusivamente como una circunstancia atenuante. Esta figura permite que un administrado que ha incurrido en una infracción pueda «liberarse» de toda sanción, siempre y cuando demuestre haber «subsanado» su conducta infractora de forma voluntaria y anterior al inicio del procedimiento administrativo sancionador.

La introducción de la figura de la subsanación voluntaria, lejos de haber sido recibida de manera uniforme y sin cuestionamientos, ha

suscitado un intenso debate en la doctrina peruana, generando pronunciamientos diversos frente a su aplicación. Así, el debate acontecido busca resolver las siguientes interrogantes: ¿Toda conducta es subsanable? ¿Qué implica «subsanar»? ¿Es necesario revertir los efectos generados? ¿Qué se debe entender por «voluntaria»? ¿Existen infracciones que *per se* que no pueden ser subsanadas? ¿Qué pasa si durante una fiscalización se ordena la corrección de la conducta infractora, la subsanación seguiría siendo voluntaria? ¿Hacia qué fin se orienta la subsanación voluntaria? ¿Fomenta la legalidad o incentiva la impunidad?

Esta dicotomía ha generado una evidente polarización, ya que, mientras que los administrados tienden a realizar interpretaciones extensivas para acogerse al beneficio, la Administración pública suele adoptar una postura más conservadora, evitando fomentar interpretaciones extensivas para su aplicación (Huapaya et al., 2018).

El objetivo de este artículo radica en analizar el fundamento de la subsanación voluntaria como condición eximente de responsabilidad en el TUO de la LPAG; además, se revisa cuáles son los requisitos que se desprenden del tenor de la norma para poder aplicarla. Se analiza también cuál es la interpretación que ha realizado el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) a fin de aplicar la subsanación voluntaria en los procesos administrativos sancionadores iniciados por contravención a las normas de protección al consumidor y competencia desleal.

2. EL *IUS PUNIENDI* DEL ESTADO Y LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA

La regulación de las sanciones administrativas se inspira en el régimen brindado por el derecho penal, buscando que las garantías y principios aplicables de dicha disciplina sean los mismos que los ofrecidos a los ciudadanos en el derecho administrativo sancionador.

La doctrina y la jurisprudencia contemporánea sostienen que la potestad sancionadora y la tipificación de ilícitos administrativos constituyen expresiones de una facultad punitiva única del Estado (*ius puniendi*). Según sostienen Rebollo-Puig et al. (2010), esta atribución soberana es unitaria, aunque su ejecución se divida por mandato legal entre el órgano jurisdiccional y la autoridad administrativa. Esta unidad permite que —con las adaptaciones y modulaciones pertinentes— algunos principios y garantías de la esfera penal operen en la esfera administrativa. Bajo ese enfoque, puede sostenerse que, en determinadas situaciones, resulta especialmente útil recurrir al derecho penal a fin de comprender el modo en que deben ejecutarse los principios y garantías propios de esta disciplina cuando son trasladados al ámbito del derecho administrativo sancionador.

En relación con lo mencionado, Gómez Tomillo & Sanz Rubiales (2010) sostienen que la infracción administrativa y el delito son categorías materialmente equivalentes, en la medida en que ambas derivan de un proceder típico, contrario al ordenamiento y reprochable a título de culpa. Asimismo, incorporan el elemento de la punibilidad, propio de la doctrina penal, que se justifica en aquellos supuestos en los que, pese a configurarse una infracción o delito, el ordenamiento jurídico no impone una sanción, debido a la necesidad de que concurra una condición objetiva de punibilidad o a la existencia de una excusa absolutoria. En esa misma línea, Huapaya et al. (2018), citando a Rebollo-Puig & Izquierdo Carrasco (2010), conciben la infracción administrativa como una acción que agrupa los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, frente a la cual el marco legal contempla la imposición de una sanción por parte de una autoridad administrativa.

A partir de esta concepción, el análisis desarrollado en el ámbito del derecho penal para la aplicación de eximentes de responsabilidad resulta igualmente relevante en el derecho administrativo sancionador. En ese sentido, la procedencia de dichas eximentes descansa en la inexistencia de alguno de los componentes que configuran la infracción administrativa, como la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad o la punibilidad.

3. LAS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Desde una perspectiva semántica, la Real Academia Española (s.f.) relaciona la categoría «eximir» con la acción de exonerar o liberar de gravámenes, deberes o reproches. Trasladando esta noción al ámbito del derecho administrativo sancionador, podemos concluir que estamos ante un sujeto que, encontrándose *prima facie* bajo el imperio de una obligación, es relevado de las consecuencias jurídicas de su incumplimiento por la concurrencia de circunstancias excepcionales.

Al respecto, Morón Urbina (2019) sostiene que estas figuras —denominadas causas de exculpación en el sistema español— tienen como finalidad sustraer al autor de la infracción del espectro de la sanción. De este modo, la eximente opera sobre un hecho que, si bien reúne formalmente los elementos del tipo infractor, no deriva en la imposición de un castigo. En sintonía con ello, Gómez Tomillo & Sanz Rubiales (2010) precisan que, en las excusas absolutorias, el legislador opta por prescindir de la sanción pese a verificarse una conducta típica, antijurídica y culpable. En este escenario, el fundamento de dicho «perdón legal» no se halla en la inexistencia del injusto, sino en criterios de oportunidad y política legislativa.

Partiendo de este enfoque, las causales previstas en el artículo 257 del TUO de la LPAG como eximentes de responsabilidad administrativa se configuran a partir de la inexistencia de alguno de los presupuestos estructurales de la infracción, tales como la voluntariedad del comportamiento, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad. En esa línea, el caso fortuito o la fuerza mayor excluyen la responsabilidad en tanto eliminan el elemento volitivo de la conducta atribuida. Por su parte, el acatamiento de un mandato legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa suponen la ausencia de antijuridicidad; igualmente, la incapacidad mental del administrado incide en la falta de culpabilidad, específicamente bajo la categoría de inimputabilidad. Sumado a lo anterior, la actuación desplegada en acatamiento de una instrucción vinculante de la autoridad competente descarta la antijuridicidad del hecho y el error derivado de la

administración —en tanto genera en el administrado una actuación contraria al ordenamiento— constituye un supuesto en el que se excluye la culpabilidad (Huapaya et al., 2018, pp. 583-584).

En contraste con lo anterior, en el supuesto de subsanación voluntaria no se verifica la ausencia de los elementos constitutivos de la infracción administrativa, puesto que la conducta mantiene su carácter típico, antijurídico y culpable. No obstante, por razones de política legislativa vinculadas a la punibilidad, el ordenamiento admite la posibilidad de eximir de sanción al administrado, siempre que este acredite haber corregido de manera voluntaria la conducta infractora con anterioridad a la instauración de la etapa sancionadora .

4. LA SUBSANACIÓN VOLUNTARIA CON EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD EN LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Antes de la reforma introducida por el Decreto Legislativo n.º 1272, la LPAG contemplaba solo dos supuestos con efectos atenuantes sobre la responsabilidad administrativa: i) la subsanación voluntaria de la conducta infractora antes de la notificación de inicio del procedimiento sancionador; y ii) el error inducido por la propia Administración mediante actos o disposiciones confusas o contrarias al ordenamiento jurídico. En aquel contexto, dichas circunstancias no eximían al administrado de su responsabilidad por la infracción cometida, sino que operaban exclusivamente para reducir la sanción aplicable.

En cuanto a su desarrollo reglamentario, la subsanación voluntaria —concebida en aquel entonces como circunstancia atenuante— fue recogida en el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin), aprobado mediante Resolución n.º 233-2009-OS/CD. Dicha norma establecía que esta figura comprendía la corrección del acto u omisión constitutivo de infracción, la reparación del daño ocasionado o la adopción de medidas correctivas urgentes, así como la rectificación de las irregularidades detectadas. Para su configuración,

se exigía que estas actuaciones se realizaran antes del vencimiento del plazo otorgado para la presentación de los descargos.

No obstante, en determinados sectores administrativos, la aplicación de esta figura como circunstancia atenuante enfrentó dificultades operativas, principalmente vinculadas a la determinación del porcentaje de reducción de la sanción y a la delimitación de los supuestos en los que resultaba procedente (Neyra Cruzado, 2020, p. 81). Esta situación se presentó pese a que el TUO de la LPAG, en su Tercera Disposición Complementaria Final, establece expresamente que la ausencia de desarrollo reglamentario no condiciona la vigencia ni la exigibilidad de sus disposiciones (figura 1).

Figura 1

Cuadro comparativo entre el artículo 236-A y el artículo 257 de la LPAG

Versión anterior	Versión actual
Artículo [236-A].- Atenuantes de Responsabilidad por Infracciones	Artículo 257.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones
Constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por la comisión de la infracción administrativa, las siguientes: 1. La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 235. 2. Error inducido por la administración por un acto o disposición administrativa, confusa o ilegal.	1. Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes: a) El caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobada. b) Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa. c) La incapacidad mental debidamente comprobada por la autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción. d) La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones. e) El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal. f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 255. 2. Constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por infracciones las siguientes: a) Si iniciado un procedimiento administrativo sancionador el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito. En los casos en que la sanción aplicable sea una multa esta se reduce hasta un monto no menor de la mitad de su importe. b) Otros que se establezcan por norma especial.

Posteriormente, el Decreto Legislativo n.º 1272 modificó sustancialmente el tratamiento jurídico de estas figuras, al redefinirlas como supuestos eximentes de responsabilidad administrativa e incorporar, además, cuatro nuevas causales bajo dicha categoría, conforme se detalla a continuación.

En este nuevo escenario normativo, si se asume que la subsanación voluntaria opera como un supuesto eximente sustentada en la ausencia de punibilidad, se torna necesario esclarecer lo siguiente: ¿qué fundamentos de política legislativa justificaron la decisión del legislador de transformar esta figura, pasando de un régimen de atenuación a uno de exclusión de responsabilidad administrativa?

4.1. ¿CUÁL ES EL FUNDAMENTO DE LA SUBSANACIÓN VOLUNTARIA?

Las razones detrás de la modificación de la subsanación voluntaria han sido objeto de amplia discusión en la academia. Mientras que algunos sostienen que la incorporación de esta figura obedece a una política de cumplimiento normativo en su vertiente de regulación responsiva, otros consideran que la introducción de la subsanación voluntaria como eximente fomenta la impunidad en los infractores y vacía de contenido la finalidad preventiva-disuasiva de las sanciones (Jiménez Alemán, 2020).

En el sustento fáctico y jurídico del Decreto Legislativo n.º 1272 se observa una carencia de argumentos que legitimen la adopción de la subsanación voluntaria como figura eximente en el marco legal nacional. Por esto, para comprender el alcance de la incorporación de esta figura, resulta necesario identificar el interés jurídico que se pretende proteger con ella. Eso implica, a su vez, examinar los fines que cumple la potestad sancionadora administrativa, puesto que solo a partir de estos es posible explicar por qué el legislador ha previsto una excepción a la imposición de sanciones en determinados supuestos.

La sanción administrativa —análoga a la pena en el ámbito penal— puede ser entendida como un castigo impuesto por la Administración orientado fundamentalmente a dos objetivos. Por un lado, cumple una función represiva o aflictiva, por cuanto supone el establecimiento de medidas restrictivas o el menoscabo de facultades jurídicas, bienes o la generación de nuevas obligaciones para el administrado infractor. Por otro, persigue una finalidad preventiva orientada a evitar la reiteración de conductas contrarias al ordenamiento jurídico. Este objetivo despliega sus efectos en dos niveles: respecto del propio infractor, para disuadir la reincidencia (prevención especial), y respecto de la colectividad, para ejemplificar y disuadir a otros administrados (prevención general) (Rebollo-Puig, 2001).

En esa línea, la imposición de sanciones no responde a una lógica automática o carente de justificación, sino que se encuentra orientada a desincentivar la comisión de infracciones y a garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico. Las dimensiones preventiva y represiva no se excluyen entre sí; por el contrario, operan de manera complementaria y deben ser ponderadas por la autoridad administrativa al momento de ejercer su potestad sancionadora.

En este contexto, la subsanación voluntaria —en su calidad de eximente de responsabilidad administrativa— no introduce una finalidad ajena al sistema sancionador, sino que se articula íntimamente con su dimensión preventiva. Así, esta figura incentiva al administrado a corregir su conducta infractora por iniciativa propia, haciendo innecesaria la activación del aparato sancionador del Estado (Mori Torres, 2020).

En términos de política pública, la implementación de esta figura se vincula con la adopción de un modelo de regulación responsiva (*responsive regulation*), en el cual se privilegia la adecuación espontánea de la conducta del administrado al ordenamiento jurídico, reduciendo los costos asociados a la intervención punitiva del Estado. Este enfoque, derivado de las teorías de cumplimiento normativo (*compliance*), busca superar el modelo tradicional centrado exclusivamente en la

sanción, promoviendo estrategias alternativas basadas en la corrección, negociación y cooperación, las cuales podrían ser más eficaces frente al cumplimiento de la ley (Ochoa Mendoza, 2016).

Así, en lugar de acudir reiteradamente a los procedimientos sancionadores —frecuentemente complejos y onerosos—, la regulación responsiva brinda mecanismos que incentivan el cumplimiento voluntario del ordenamiento legal, optimizando el uso de recursos públicos y mejorando la eficacia regulatoria (Gamarra Abarca, 2019). La subsanación voluntaria se erige como un instrumento que posibilita el alcance de los objetivos del ordenamiento sin necesidad de gatillar plenamente la potestad sancionadora.

Esta lógica no es ajena al ordenamiento jurídico peruano, el cual ha incorporado diversos principios e instrumentos alineados con dicho enfoque. Por citar uno de ellos: el principio de razonabilidad y el principio de confianza legítima, previstos en los artículos 1.4 y 1.15 del TUO de la LPAG, que imponen a la Administración el deber de ejercer su potestad sancionadora de manera proporcional y predecible, evaluando alternativas distintas a la sanción cuando estas resulten idóneas para corregir la infracción (Gamarra Abarca, 2019).

Además, pueden identificarse manifestaciones de esta figura en ámbitos sectoriales específicos. En materia de libre competencia, los compromisos de cese permiten al administrado reconocer la infracción y proponer medidas correctivas, lo que puede conducir a la conclusión del procedimiento sancionador. De igual forma, en el ámbito de la protección al consumidor, el artículo 107-A del Código de Protección y Defensa del Consumidor (también denominado Código de Consumo) prevé la terminación anticipada del procedimiento cuando las partes alcanzan un acuerdo que soluciona la controversia antes de la emisión de la resolución final. En esa misma línea, el artículo 112 del referido cuerpo normativo contempla como circunstancia atenuante la corrección de la conducta infractora y la adopción de medidas destinadas a mitigar sus efectos, incluso con posterioridad al inicio del

procedimiento sancionador, lo que puede incidir en la reducción de la sanción o en la imposición de medidas menos gravosas.

Si bien la regulación responsiva ha sido objeto de cuestionamientos en la doctrina (Baldwin & Black, 2007), lo cierto es que introduce un enfoque innovador para asegurar el cumplimiento del derecho, del cual del cual la consagración de esta corrección autónoma en calidad de causal eximente dentro del marco de la LPAG constituye una manifestación concreta.

En consecuencia, puede sostenerse que la subsanación voluntaria se incorpora en el ordenamiento jurídico a modo de instrumento legal diseñado para estimular la observancia autónoma frente a las obligaciones legales, evitando la activación innecesaria del aparato sancionador cuando el mismo resultado —adecuación a la legalidad— puede alcanzarse de manera más eficiente, con menores costos y cargas tanto para la Administración como para los administrados.

4.2. REQUERIMIENTOS PARA LA APLICABILIDAD DE LA SUBSANACIÓN VOLUNTARIA

Uno de los puntos más controvertidos relacionado con la subsanación voluntaria se sustenta en la determinación de los presupuestos necesarios para su invocación como eximente de responsabilidad administrativa. Esto se debe, principalmente, a que el texto normativo no establece de manera expresa las condiciones que deben concurrir para su aplicación, lo que ha dado lugar a diversas interpretaciones doctrinales sobre los elementos configurativos de esta figura.

Bajo este marco, una primera postura sostiene que la procedencia de la subsanación exige la concurrencia de dos requisitos esenciales: por un lado, un criterio temporal, consistente en que la corrección de la conducta se produzca antes de la notificación de inicio del procedimiento sancionador; y, por otro, un elemento sustantivo vinculado a la voluntariedad, en virtud del cual dicha corrección debe materializarse por exclusiva iniciativa del infractor, en estricta ausencia de toda orden o exigencia estatal anticipada (Morón Urbina, 2019).

Por su parte, un segundo sector de la doctrina amplía este enfoque y propone la concurrencia de tres condiciones: i) la materialización de la medida correctiva con antelación a que se notifique el inicio; ii) la ausencia de coacción o mandato por parte de la Administración, garantizando su carácter voluntario; y iii) la necesidad de neutralizar las consecuencias lesivas generadas, de modo que se restablezca la legalidad vulnerada (Lino Suárez, 2019).

Adicionalmente, se ha planteado un tercer criterio orientado a la finalidad de la figura: si al momento de la imputación de cargos la autoridad advierte que no será necesario dictar medidas correctivas —dado que el propio administrado ya restauró la legalidad—, correspondería reconocer la eficacia eximente de esta conducta espontánea y, por consiguiente, ordenar la conclusión definitiva del procedimiento (Huapaya et al., 2018, p. 604).

Sin perjuicio de estas posiciones, una interpretación basada en el tenor del inciso f) contenido en el artículo 257 del TUO de la LPAG permite identificar tres presupuestos fundamentales para que opere esta institución procesal: primero, la efectiva corrección del acto infractor, entendida como la adecuación de la acción u omisión al ordenamiento jurídico; segundo, la naturaleza espontánea de tal enmienda, lo cual supone actuar sin coacción ni intimación estatal anticipada; y, finalmente, que esta acción se ejecute en una etapa preliminar, vale decir, de manera previa a que la autoridad comunique formalmente los cargos.

En relación con el contenido de la subsanación, el Ministerio de Justicia (2017) ha precisado que esta no se limita al cese de la conducta infractora, sino que, de ser el caso, comprende también la reparación de los efectos perjudiciales generados sobre el bien jurídico protegido. No obstante, este elemento no se encuentra expresamente previsto en la norma, por lo que su exigencia plantea interrogantes respecto de su compatibilidad con el diseño legal de la figura, en tanto podría introducir condiciones adicionales no contempladas por el legislador.

A nivel reglamentario, diversas entidades de la Administración han establecido criterios que restringen el ámbito de aplicación de la subsanación voluntaria:

- En el sector ambiental, el Reglamento de Supervisión del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), aprobado mediante Resolución n.º 006-2019-OEFA/CD, dispone que, si durante la fase de supervisión la autoridad requiere al administrado la ejecución de acciones orientadas al cumplimiento de sus obligaciones, la subsanación pierde de inmediato su carácter voluntario.
- En el ámbito de energía y minas, Osinergmin, en una etapa inicial, estableció un catálogo referencial de obligaciones no susceptibles de subsanación (Resolución n.º 040-2017-OS-CD, actualmente derogada). Posteriormente, mediante Resolución n.º 208-2020-OS-CD, el regulador precisó que la configuración de esta figura exige la concurrencia de tres condiciones: que la infracción sea susceptible de subsanación, que exista voluntariedad en la conducta correctiva y que esta se produzca en una oportunidad temporal adecuada.
- En esta misma línea, dentro del sector de telecomunicaciones, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) ha precisado que la procedencia de la subsanación voluntaria requiere verificar tanto el cese de la conducta infractora como la reversión de sus efectos, además de la absoluta ausencia de requerimientos previos por parte de la autoridad (Resolución n.º 087-2013-CD/OSIPTEL).

En el plano jurisprudencial, el Poder Judicial, a través de la Casación n.º 8716-2022-LIMA, emitida por la Quinta Sala de Derecho Constitucional Social y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha establecido criterios relevantes sobre la interpretación del TUO de la LPAG en esta materia, apartándose de pronunciamientos anteriores, como la Casación n.º 19506-2021. En dicha decisión, se precisan como condiciones copulativas para la aplicación

de la subsanación voluntaria: i) la existencia de una infracción; ii) la efectiva corrección de la conducta infractora ya sea por acción u omisión; y iii) la realización de dicha corrección antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador.

En cuanto a la exigencia de revertir los efectos de la infracción, la Corte Suprema ha adoptado una posición restrictiva, al señalar que la noción de «subsanar» se vincula con el cumplimiento de la obligación omitida o el cese de la conducta prohibida, según corresponda. No siendo exigible —para la configuración de esta eximente— la reparación integral de los efectos derivados de la infracción, siendo suficiente que la conducta haya sido corregida antes del inicio del procedimiento sancionador. Este criterio se sustenta en la finalidad de la norma, orientada a incentivar la corrección voluntaria de la conducta infractora del administrativo antes de recurrir a la imposición de sanciones.

Bajo esta premisa, puede sostenerse que los requisitos de la subsanación voluntaria se desprenden directamente del texto normativo, siendo los siguientes: i) la corrección de la conducta infractora; ii) su carácter voluntario, sin intervención previa de la autoridad; y iii) su realización en un momento anterior al inicio del procedimiento sancionador, incluso durante las fases de supervisión o fiscalización. En consecuencia, la incorporación de exigencias adicionales no previstas legalmente desnaturaliza la figura y contraviene su finalidad, orientada a promover el cumplimiento del ordenamiento jurídico.

En ese sentido, la imposición de condiciones tales como la reparación de los daños o la reversión de los efectos generados por la infracción puede constituir una exigencia indebida, en la medida en que introduce requisitos no contemplados por la norma y dificulta la operatividad de la subsanación voluntaria, especialmente cuando se pretende alcanzar una corrección absoluta o «perfecta» de la conducta infractora.

4.3. ¿LA SUBSANACIÓN VOLUNTARIA DEPENDE DEL TIPO DE INFRACCIÓN DETECTADA?

Se ha sostenido que, en términos generales, toda infracción administrativa es susceptible de subsanación desde una perspectiva jurídica; sin embargo, el límite de dicha posibilidad radica en la capacidad real de revertir los efectos perjudiciales derivados de la conducta infractora.

No obstante, parte de la doctrina advierte que existen determinados supuestos en los que la subsanación voluntaria no resultaría aplicable. En este contexto, resulta pertinente considerar la clasificación tradicional de las infracciones administrativas, las cuales se categorizan en instantáneas, instantáneas con efectos permanentes, permanentes, continuadas, habituales y complejas (Baca Oneto, 2011; Palma del Teso, 2001).

> Las *infracciones instantáneas* se configuran mediante la realización de un acto puntual que, en un solo momento, genera la afectación o puesta en riesgo del bien jurídico protegido. Un ejemplo ilustrativo es omitir una señal de tránsito, como cruzar un semáforo en rojo, donde la consumación del ilícito se produce de manera inmediata.

Distinta es la situación de las *infracciones instantáneas con efectos permanentes* —también denominadas infracciones de estado— en las que, si bien la conducta se consuma de forma instantánea, sus consecuencias antijurídicas se prolongan en el tiempo. Así ocurre, por ejemplo, cuando se ejecuta una edificación sin contar con licencia municipal o se instalan elementos publicitarios sin autorización. En estos casos, la infracción se perfecciona con la ejecución de la conducta, pero sus efectos persisten hasta que el administrado regulariza la situación generada.

Por su parte, las *infracciones continuadas* —categoría proveniente del derecho penal— implican la realización de múltiples conductas que, consideradas aisladamente, constituirían infracciones autónomas, pero que son tratadas como una unidad cuando responden a un

mismo proceso de ejecución. Para su configuración, se requiere la homogeneidad del bien jurídico afectado, la identidad del sujeto activo y la existencia de un plan previo o el aprovechamiento de circunstancias equivalentes.

En cambio, las *infracciones permanentes* se caracterizan por la prolongación en el tiempo de la conducta ilícita por decisión del propio infractor, de modo que la situación antijurídica se mantiene vigente mientras persista dicha conducta. Ejemplos de ello son la realización de actividades en zonas prohibidas o la explotación de recursos naturales sin contar con el título habilitante correspondiente. En estos supuestos, la infracción se entiende cometida durante todo el período en que subsiste la conducta irregular (Palma del Teso, 2001).

A partir de esta tipología, algunos autores sostienen que la subsanación voluntaria no sería aplicable a las infracciones de carácter instantáneo, debido a la imposibilidad material de revertir sus efectos. Así, se ha planteado, por ejemplo, que en materia ambiental el incumplimiento de obligaciones de monitoreo en periodos específicos no puede ser subsanado *ex post*, dado que su realización está sujeta a momentos determinados (Zúñiga, 2019). En similar sentido, se mencionan supuestos como la conducción en estado de ebriedad o sin licencia, en los que la naturaleza instantánea de la infracción impediría su corrección, en tanto ello supondría una corrección imposible (Mori Torres, 2020; Jiménez Alemán, 2020, p. 85).

Ahora bien, más allá del valor de estas aproximaciones teóricas, la determinación sobre la procedencia de la subsanación voluntaria no debe agotarse en la mera clasificación de la infracción conforme a categorías doctrinales. En efecto, las conductas infractoras no se presentan en la realidad con una calificación predeterminada, siendo responsabilidad del funcionario público identificar su naturaleza jurídica en cada asunto específico.

En esa medida, la calificación de una infracción como instantánea o de efectos permanentes no conduce automáticamente a su «insubsanabilidad». Por el contrario, corresponde a la autoridad administrativa

efectuar un análisis casuístico que permita establecer si es posible revertir, total o parcialmente, la situación de ilegalidad generada y, en función de ello, determinar el alcance exigible de la subsanación por parte del administrado.

5. APLICACIÓN DE LA SUBSANACIÓN VOLUNTARIA EN LOS RECIENTES PRONUNCIAMIENTOS DEL INDECOPI

El análisis sobre la procedencia de la subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad ha sido objeto de reiterados pronunciamientos por parte de los órganos resolutivos del Indecopi. A través de su jurisprudencia, esta entidad ha desarrollado criterios interpretativos que, en ciertos escenarios, condicionan la aplicación de este beneficio al cumplimiento de exigencias adicionales a las previstas expresamente en el TUO de la LPAG.

Por otro lado, en el ámbito de la competencia desleal, el Decreto Legislativo n.º 1044 (Ley de Represión de la Competencia Desleal) carece de un catálogo expreso de eximentes de responsabilidad aplicables a este tipo de infracciones. En consecuencia, resulta necesario recurrir de forma supletoria a las causales contempladas en la norma administrativa general.

> No obstante, en la práctica reciente se observa que, al menos en determinados casos, la autoridad administrativa ha condicionado la aplicación de la subsanación voluntaria al cumplimiento de exigencias adicionales a las contempladas en la normativa general, tal como se evidencia en los casos que se analizan a continuación.

5.1. CASO TENTACIÓN «CHOCOLATE» (RESOLUCIÓN N.º 084-2023/SDC-INDECOPI)

En este procedimiento, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (CCD) inició una actuación sancionadora contra Alicorp S. A. A., imputándole la comisión de presuntos actos de engaño. La conducta

cuestionada consistía en la difusión de información en el empaque del producto «Galleta Tentación Chocolate», en el que se destacaba la palabra «chocolate», mientras que, en una tipografía de menor tamaño, se incluía la expresión «sabor a chocolate», lo que podía inducir a los consumidores a considerar que el producto contenía dicho insumo, lo cual no correspondía con su composición real.

Frente a dicha imputación, Alicorp invocó la aplicación de la subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad, señalando que: i) el empaque observado dejó de utilizarse a fines de 2018; ii) a partir de 2019 se modificó la denominación a «sabor a chocolate» por iniciativa propia; y iii) la imputación de cargos se produjo recién en diciembre de 2021.

Sin embargo, la Sala de Defensa de la Competencia (SDC) consideró que la sola modificación del empaque no resultaba suficiente para configurar la subsanación, al no haberse acreditado la reversión de los efectos generados en el mercado durante el periodo de difusión de la conducta. En consecuencia, rechazó que se les exima de responsabilidad.

Este criterio supone la incorporación de exigencias ajenas al texto de la norma administrativa general, en tanto condiciona la viabilidad de esta figura correctiva no solo a la interrupción del ilícito en una etapa preliminar (previa a la comunicación de cargos), sino también a la eliminación material de sus efectos en el mercado. En el caso particular, la SDC sostuvo que resultaba necesario neutralizar el impacto generado en los consumidores que adquirieron el producto bajo una percepción inducida.

Como consecuencia, tal interpretación desnaturaliza la finalidad de la figura, al atribuirle un carácter reparador que no forma parte de su configuración normativa. Al respecto, en sede judicial, la Corte Superior de Justicia de Lima (Expediente n.º 12459-2023-0-1801-JR-CA-25) declaró la nulidad de la resolución administrativa tras constatar que la subsanación se había materializado con varios años de

anticipación a la imputación de cargos. Asimismo, la sala precisó que los presupuestos para su aplicación emanan directamente de la ley, la cual no exige la reversión fáctica de los efectos.

5.2. CASO LA LUCHA «CRIOLLA» (RESOLUCIÓN N.° 229-2021/CCD-INDECOPI)

En este caso, se inició un procedimiento sancionador contra Lucha Partners S. A. C. por la difusión de un mensaje publicitario considerado contrario al principio de adecuación social, debido a su contenido con connotaciones sexistas. La empresa alegó haber subsanado voluntariamente la conducta, acreditando: i) el retiro del anuncio del establecimiento comercial el 13 de marzo de 2021; y ii) la publicación de un comunicado en redes sociales ofreciendo disculpas y precisando el sentido del mensaje.

Sin embargo, tanto en primera como en segunda instancia se descartó la aplicación de la subsanación voluntaria, al estimarse que el retiro del anuncio no eliminaba los denominados «efectos residuales» de la publicidad, entendidos como la permanencia del mensaje en la percepción de los consumidores. Este razonamiento introduce un estándar no contemplado en la normativa vigente, al exigir la desaparición de efectos subjetivos en la mente del consumidor como condición para la subsanación, elevando el umbral probatorio a niveles difícilmente alcanzables, lo que desincentiva la corrección voluntaria de las conductas y refuerza una lógica predominantemente sancionadora.

En el ámbito de protección al consumidor, el Código de Consumo prevé, en su artículo 108, un catálogo enunciativo de eximentes, entre los cuales se incluye la subsanación previa a la notificación de la imputación de cargos. A pesar de eso, dicha figura no resulta aplicable en supuestos que comprometan la vida, la salud o la seguridad de las personas, ni en casos de discriminación. Por ende, podemos apreciar que, si bien esta regulación reproduce los requisitos previstos en el TUO de la LPAG, introduce restricciones específicas que delimitan su ámbito de aplicación.

5.3. CASO LECHE «SOY VIDA» (RESOLUCIÓN N.° 0320-2024/SPC-INDECOPI)

En este caso, se imputó a Gloria S. A. la utilización de una denominación inadecuada en el rotulado de su producto «Soy Vida», pese a que la empresa había efectuado la corrección antes de recibir la notificación formal de la falta.

La Sala de Protección al Consumidor consideró que la subsanación no se configuraba solo con la modificación del rotulado, sino que resultaba necesario acreditar el retiro de los productos del mercado o, al menos, la adopción de acciones orientadas a verificar su inexistencia en los canales de comercialización (figura 2).

Figura 2

Criterio sobre la carga de la prueba en la subsanación de conductas

> *"Bajo esa lógica, en este caso, a efectos de tener por subsanada la conducta respecto de los extremos evaluados,* ***Gloria debía demostrar no sólo el cambio de la denominación de sus productos, sino también que los retiró del mercado antes de la notificación de la imputación de cargos -ya sea para re etiquetarlos y volverlos a comercializar o solo retirarlos-****, o que al menos, realizó acciones diligentes para corroborar que los mismos ya no se encontraban en venta -por ejemplo, por haberse agotado las existencias-, a fin de corroborar el cese de la presunta inducción a error a los consumidores; siendo que, como dicha circunstancia fue alegada por el denunciado, este tenía la carga de probar que cumplió con el retiro aludido"*

Nuevamente podemos advertir que se exigen requisitos ilegales para aplicar la subsanación voluntaria. Si partimos de los elementos señalados por el TUO de la LPAG, podremos verificar que, en el caso evaluado, correspondía aplicar la subsanación voluntaria (figura 3).

Figura 3

Cronología de hechos relevantes

Fecha de subsanación	Notificación de imputación de cargos
27 de junio de 2018	16 de setiembre de 2018

Este criterio supone la incorporación de requisitos adicionales no previstos en la normativa general, desnaturalizando la finalidad de la subsanación voluntaria, al exigir medidas que exceden el objetivo de adecuación de la conducta al ordenamiento jurídico.

5.4. CASO «T&C SITIO WEB ADIDAS» (RESOLUCIÓN N.° 386-2024/CC2-INDECOPI)

La Comisión de Protección al Consumidor dispuso el inicio de un procedimiento sancionador en contra de Adidas Perú S. A. C. por haber consignado cláusulas abusivas en los términos y condiciones de su sitio web. Una de las cláusulas denunciadas (denominada «cambios en los términos») fue imputada bajo el tipo infractor regulado en el artículo 50.h del Código de Consumo (cláusulas de ineficacia absoluta), sin embargo, en segunda instancia se advirtió que se había imputado incorrectamente dicha cláusula, en tanto el tipo infractor aplicable era el regulado en el artículo 51.b de la norma citada (cláusulas de ineficacia relativa), ordenando a la Comisión realizar una nueva imputación.

Ante esta nueva imputación, la empresa sostuvo que correspondía aplicar la eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria, en la medida en que había modificado el contenido de la cláusula cuestionada con anterioridad a la imputación de cargos. En ese contexto, se identifican tres momentos relevantes, como indica la figura 4.

Figura 4

Hitos procesales y momentos de subsanación en el procedimiento contra Adidas Perú S. A. C.

Primera imputación	Fecha de Subsanación	Segunda Imputación
2 de marzo de 2020	11 de junio de 2020	26 de setiembre de 2023

Cabe preguntarse entonces: ¿cuándo se inicia un procedimiento sancionador? La normativa es clara al establecer que dicho procedimiento se inicia con la notificación de la imputación de cargos. En el estudio realizado, esta se materializó con la resolución de imputación

del 26 de setiembre de 2023, y no con la primera imputación, dado que esta última se sustentaba en un tipo infractor inaplicable.

Aun si se sostuviera que la nueva imputación constituyó una mera «precisión» de la anterior, lo cierto es que una actuación de esa naturaleza supone, en los hechos, la nulidad de la primera resolución. Este criterio ha sido adoptado por la propia Sala de Protección al Consumidor a través de la Resolución n.º 1886-2023/SPC-INDECOPI. En dicho pronunciamiento, la Sala determinó que la «precisión de una imputación de cargos» no es una figura reconocida en el ordenamiento jurídico, sino que, en realidad, encubre la nulidad de la imputación inicial.

Bajo esta premisa, debe entenderse que el procedimiento sancionador se inició con la notificación de la segunda imputación. Pese a esto, la Comisión declaró improcedente la aplicación de la subsanación voluntaria alegada por la empresa, al asumirse erróneamente que el procedimiento sancionador se había iniciado con la primera imputación, aun cuando esta se sustentaba en un tipo infractor incorrecto.

5.5. CASO «SR. AYÓN VS. INTERBANK» (RESOLUCIÓN N.º 2019-2023/SPC-INDECOPI)

Los hechos del caso son los siguientes: el señor Gustavo Ayón interpuso una denuncia ante el Indecopi contra el Banco Internacional del Perú S. A. A. – Interbank, debido a que se le impidió realizar un pago en ventanilla por la suma de S/267.00 y, además, el reclamo que formuló por dicho inconveniente no fue atendido dentro del plazo legal correspondiente.

En primera instancia, se declaró improcedente el extremo de la denuncia referido a la falta de atención oportuna del reclamo, al considerar aplicable la eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria, dado que la entidad financiera brindó respuesta antes de la notificación de la imputación de cargos. Sin embargo, en segunda instancia, se revocó este extremo de la decisión y dispuso que se emita

un nuevo pronunciamiento. A su juicio, no correspondía aplicar la subsanación voluntaria, puesto que el plazo máximo con el que contaba el banco para responder los reclamos de sus usuarios era de 30 días desde su presentación. En el caso concreto, aunque la respuesta fue emitida antes del inicio del procedimiento sancionador, esta se produjo fuera del plazo legal establecido.

De lo anterior se advierte que la procedencia de la subsanación voluntaria en materia de protección al consumidor también se encuentra restringida en aquellos supuestos en los que la entrega de un producto o la prestación de un servicio está sujeta a un plazo o a una oportunidad determinada. En consecuencia, aun cuando la conducta sea corregida antes de la notificación de inicio del procedimiento sancionador, dicha subsanación no podrá invocarse como eximente de responsabilidad si no se materializó dentro del plazo previsto o en la oportunidad que justificó la contratación.

6. CONCLUSIONES

La subsanación voluntaria es una institución incorporada en nuestro ordenamiento jurídico con una finalidad clara: promover el cumplimiento espontáneo de la normativa. De este modo, se evita que el Estado active de manera innecesaria el aparato sancionador para reprimir una conducta ilícita, cuando es posible alcanzar el mismo resultado mediante mecanismos que implican menores costos, tiempo y cargas para los administrados.

Los requisitos para su aplicación se desprenden directamente de la norma: i) la corrección o subsanación de la conducta infractora; ii) el carácter voluntario de dicha actuación; y iii) que esta se realice antes del inicio del procedimiento sancionador. Cualquier exigencia adicional que se pretenda imponer carecería de sustento legal y desnaturalizaría el propósito de esta figura.

Bajo esta lógica, debe asumirse como punto de partida que toda conducta es, en términos jurídicos, susceptible de subsanación, ya que

la normativa no establece distinciones entre los distintos tipos de infracciones. Corresponde, por tanto, a la autoridad administrativa evaluar cada caso en particular para determinar si las acciones adoptadas permiten efectivamente corregir la conducta infractora.

Sin embargo, los criterios adoptados por el Indecopi en diversos pronunciamientos evidencian una interpretación que distorsiona la finalidad de la subsanación voluntaria, al incorporar exigencias extralegales que dificultan —e incluso imposibilitan— su aplicación. Esta tendencia revela un enfoque predominantemente represivo en el ejercicio de la potestad sancionadora, omitiendo que la sanción carece de un valor finalista autónomo, pues opera de manera exclusiva como un mecanismo orientado a salvaguardar la eficacia y vigencia del ordenamiento jurídico.

REFERENCIAS

Baca Oneto, V. S. (2011). La prescripción de las infracciones y su clasificación en la Ley del Procedimiento Administrativo General (en especial, análisis de los supuestos de infracciones permanentes y continuadas). *Derecho & Sociedad*, (37), 263-274. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13178

Baldwin, R., & Black, J. (2007). *Really responsive regulation* (LSE Legal Studies Working Paper n.º 15/2007). Social Science Research Network. https://doi.org/10.2139/ssrn.1033322

Congreso de la República. (2008, 24 de junio). *Decreto Legislativo n.º 1029: Decreto Legislativo que modifica la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley n.º 27444 y la Ley del Silencio Administrativo - Ley n.º 29066*. Diario Oficial El Peruano.

Congreso de la República. (2016). *Exposición de motivos del Decreto Legislativo n.º 1272: Decreto Legislativo que modifica la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley n.º 29060, Ley del Silencio Administrativo*. Sistema Peruano de Información Jurídica. http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2016/Diciembre/21/EXP-DL-1272.pdf

Congreso de la República. (2016, 21 de diciembre). *Decreto Legislativo n.º 1272: Decreto Legislativo que modifica la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley n.º 29060, Ley del Silencio Administrativo*. Diario Oficial El Peruano.

Gamarra Abarca, S. (2019). De la indulgencia a la condena: la *responsive regulation* en el régimen de fiscalización ambiental en Perú. *THEMIS. Revista de Derecho*, (74), 145-160. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/21236

Gómez Tomillo, M., & Sanz Rubiales, I. (2010). *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del derecho penal administrativo* (2.ª ed.). Aranzadi.

Huapaya, R., Sánchez, L., & Alejos, O. (2018). El eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria en la Ley del Procedimiento Administrativo General. En *El derecho administrativo como instrumento al servicio ciudadano. Memorias del VIII Congreso Nacional de Derecho Administrativo* (pp. 583-584). Palestra Editores; Universidad de Piura.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi]. (2021). *Resolución n.º 0229-2021/CCD-INDECOPI*.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi]. (2023). *Resolución n.º 084-2023/SDC-INDECOPI*.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi]. (2023). *Resolución n.º 1886-2023/SPC-INDECOPI*.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi]. (2024). *Resolución n.º 0320-2024/SPC-INDECOPI*.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi]. (2024). *Resolución n.º 0386-2024/CC2-INDECOPI*.

Jiménez Alemán, J. A. (2020). La subsanación voluntaria y el reconocimiento de responsabilidad en el derecho administrativo sancionador peruano: análisis crítico y propuestas para no frustrar los objetivos de la regulación. *Saber Servir. Revista de la Escuela Nacional de Administración Pública*, (4), 77-101. https://doi.org/10.54774/ss.2020.04.05

Lino Suárez, A. (2019). *La subsanación voluntaria como condición eximente de responsabilidad administrativa en la Ley de Procedimiento Administrativo General* [Trabajo académico de segunda especialidad, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio PUCP. https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/16284

Ministerio de Justicia. (2017). *Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador: Actualizada con el Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Guía para asesores jurídicos del Estado* (2.ª ed.).

Ministerio de Justicia. (2019, 25 de enero). *Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS: Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General*. Diario Oficial El Peruano.

Mori Torres, N. (2020). ¿Incentivo a la legalidad o impunidad? Acerca del eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria. *Derecho & Sociedad*, *1*(54), 385-396. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22427

Morón Urbina, J. (2019). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (Vol. 2, 14.ª ed.). Gaceta Jurídica.

Neyra Cruzado, C. (2020). La subsanación voluntaria en los procedimientos administrativos sancionadores iniciados por infracciones ambientales detectadas en los sectores extractivos y productivos. *Derecho & Sociedad, 2*(54), 79-93. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22435

Ochoa Mendoza, F. (2016). ¿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. *Derecho PUCP*, (76), 151-180. https://doi.org/10.18800/derechopucp.201601.006

Organismo de Evaluación de Fiscalización Ambiental [OEFA]. (2019, 17 de febrero). *Resolución de Consejo Directivo n.º 006-2019-OEFA-CD: Reglamento de Supervisión*. Diario Oficial El Peruano.

Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería [Osinergmin]. (2009, 11 de diciembre). *Resolución de Consejo Directivo n.º 233-2009-OS-CD: Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN* [Derogada]. Diario Oficial El Peruano.

Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería [Osinergmin]. (2018, 18 de marzo). *Resolución de Consejo Directivo n.º 040-2017-OS-CD: Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN, adecuado a las disposiciones de la Ley 27444 modificado por el Decreto Legislativo n.º 1272* [Derogada]. Diario Oficial El Peruano.

Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería [Osinergmin]. (2020, 18 de diciembre). *Resolución de Consejo Directivo n.º 208-2020-OS-CD: Reglamento de Fiscalización y Sanción de las actividades energéticas y mineras a cargo de OSINERGMIN*. Diario Oficial El Peruano.

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones [OSIPTEL]. (2018, 4 de julio). *Resolución de Consejo Directivo n.º 087-2013-CD-OSIPTEL: Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones*. Diario Oficial El Peruano.

Palma Del Teso, A. (2001). Las infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: Distinción a efectos del cómputo del plazo de prescripción. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (112), 554-572.

Real Academia Española. (s.f.). Eximir. Diccionario de la lengua española (23.ª ed.) [versión 23.8.1 en línea]. https://dle.rae.es/eximir

Rebollo Puig, M. (2001). El contenido de las sanciones. *Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, (8), 151-206.

Rebollo-Puig, M., Izquierdo-Carrasco, M., Alarcón-Sotomayor, L., & Bueno-Armijo, A. (2010). Panorama del derecho administrativo sancionador en España. *Estudios Socio-Jurídicos*, *7*(1), 23-74. https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/305

Zúñiga, N. (2019). No basta con pedir perdón: la interpretación de OEFA respecto a la causal de eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria. *Agnitio.* https://agnitio.pe/articulo/no-basta-con-pedir-perdon-la-interpretacion-de-oefa-respecto-a-la-causal-de-eximente-de-responsabilidad-por-subsanacion-voluntaria/

Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Vol. 80, n.º 80, enero-diciembre, 2025 • Publicación anual. Lima, Perú
ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)
DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2025.v80n80.06

EL DELITO DE USURPACIÓN DE FUNCIONES PÚBLICAS

The crime of usurpation of public office

Raúl Pariona Arana[1]
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)
Contacto: rparionaa@unmsm.edu.pe
https://orcid.org/0000-0001-8273-3627

RESUMEN

El presente artículo analiza el delito de usurpación de funciones en el ordenamiento jurídico peruano. La norma penal está orientada a la protección del correcto funcionamiento de la Administración pública y, de forma específica, la exclusividad del ejercicio de funciones públicas por los sujetos legitimados. El delito, contemplado en el artículo 361 del Código Penal, comprende tres modalidades: usurpación sin título o nombramiento, continuación ilegal del ejercicio del cargo y ejercicio de funciones ajenas por parte de un funcionario público.

1 Doctor en Derecho por la Universidad Ludwig Maximilian de Múnich, Alemania. Profesor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En el desarrollo del artículo, se analiza la estructura típica de cada modalidad, los sujetos del delito, así como los elementos objetivos y subjetivos previstos por la norma. El objeto central del artículo es destacar que, para la configuración de este delito, se requiere el ejercicio efectivo e ilegítimo de la función pública, no siendo suficiente la mera invocación del cargo público. La importancia de este delito en nuestro sistema legal radica en que permite preservar la institucionalidad del Estado.

Palabras clave: derecho penal; delito; usurpación de funciones; funcionario público, ejercicio ilegal; Administración pública.

ABSTRACT

This article analyses the crime of usurpation of public functions within the Peruvian legal system. The criminal law provision is designed to safeguard the proper functioning of the public administration and, specifically, to ensure that public functions are exercised exclusively by those authorised to do so. The crime, as set out in section 361 of the Criminal Code, comprises three forms: usurpation without authorisation or appointment, the unlawful continuation of office, and the performance of duties not assigned to a public official. This article analyses the typical structure of each form of the offence, the parties involved, and the objective and subjective elements set out in the law. The central aim of the study is to highlight that, for this crime to be committed, the effective and unlawful exercise of public office is required; merely invoking a public office is not sufficient. The importance of this crime in our legal system lies in the fact that it helps to preserve the institutional framework of the State.

Keywords: criminal law; crime; impersonation; public official; unlawful exercise of authority; public administration.

Recibido: 10/04/2025 Aprobado: 20/08/2025 Publicado: 17/12/2025

1. INTRODUCCIÓN

El delito de usurpación de funciones públicas es una figura jurídica de gran relevancia en la rama del derecho penal, específicamente dentro de los delitos contra la Administración pública. Este acto ilícito busca proteger el correcto funcionamiento de la administración estatal, salvaguardando la legitimidad en el ejercicio de las funciones públicas. La tipificación de este delito refleja la importancia que el ordenamiento jurídico otorga a la legalidad en el desempeño de cargos públicos. La salvaguarda de estas condiciones resulta fundamental para el mantenimiento de la confianza ciudadana en las instituciones del Estado.

Dicha transgresión constituye uno de los delitos más relevantes contra la Administración pública, ya que afecta la institucionalidad y legitimidad del Estado mismo, desconociendo la legalidad y exclusividad de las funciones públicas. Dada su trascendencia, la parte especial del Código Penal peruano dedicada a los delitos contra la Administración pública (título XVIII) inicia precisamente con este ilícito en su artículo 361. Esta ubicación sistemática dentro de la legislación penal no es casual, sino que subraya la especial relevancia jurídica que reviste esta figura.

La acción típica sancionada por la norma consiste en el acto de usurpar una función pública, comportamiento que acarrea una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años. Este marco punitivo revela que no estamos ante un delito menor, sino ante uno de importante lesividad. En el tratamiento del delito por parte de la doctrina y jurisprudencia se han ido desarrollando los alcances de los diversos elementos del tipo penal, pero también se han identificado algunos problemas relevantes para su correcta aplicación. Destacan aquellos vinculados a la delimitación de las diversas modalidades típicas y la necesidad de concurrencia de los actos de arrogación y ejercicio del cargo usurpado. Esta problemática tiene implicaciones significativas para la legitimidad de la intervención del derecho penal y la proporcionalidad de la respuesta punitiva.

El presente trabajo tiene por objetivo desarrollar los alcances del tipo penal, tanto en la parte objetiva y subjetiva. En primer lugar, se aborda el bien jurídico protegido por este delito como criterio legitimador de la intervención penal. Posteriormente, se describe y delimita cada una de las tres modalidades típicas que contiene el artículo 361 de la norma. En este apartado, se profundiza en la problemática de la configuración típica del acto de usurpación, específicamente sobre si solo se requiere la arrogación ilegítima de la función pública o también si es necesario el efectivo ejercicio del cargo. Este análisis resulta fundamental para determinar el momento de consumación del delito y la posibilidad de la tentativa.

2. BIEN JURÍDICO

El bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración pública ha sido conceptualizado, por gran parte de la doctrina clásica, como la preservación del poder de la entidad estatal, así como de su prestigio, honor e intangibilidad. En este cometido se ha tratado al Estado como un fin último, dejando de lado al ciudadano. Esta forma de entender al bien jurídico es claramente incorrecta, puesto que es incompatible con una visión democrática del estado de derecho, donde el fin del aparato estatal es la protección de la persona humana. Por ese motivo, actualmente la doctrina mayoritaria acepta que en los delitos contra la Administración pública solo interesa proteger su correcto funcionamiento (Abanto Vásquez, 2014, p. 748).

Dentro del estudio de este tipo de delitos, la doctrina distingue habitualmente entre el bien jurídico *genérico* y el *específico*. Para el caso de la usurpación de funciones, se reconoce como bien jurídico genérico tutelado al correcto funcionamiento de la Administración pública. De modo específico, este tipo penal protege la «legalidad del ejercicio funcionarial» (Abanto Vásquez, 2014, p. 749). Al prohibir las conductas señaladas en la norma, se busca asegurar la exclusividad en la titularidad y el ejercicio de las facultades conferidas a los agentes legalmente habilitados.

En consecuencia, el delito de usurpación de funciones no sanciona el mero incumplimiento de las exigencias formales para el ejercicio del poder público, sino la ilegitimidad del sujeto en el desempeño de funciones públicas. La ley no prohíbe la simple atribución de un cargo o puesto público, sino la efectiva realización ilegal de funciones que no le corresponden al autor del delito.

La doctrina nacional coincide en ubicar el interés específico protegido por este delito en la exclusividad que tiene el Estado, dentro de un régimen democrático, para otorgar cargos públicos y que estos sean ejercidos de forma legal por los agentes públicos (Rojas Vargas, 2007, p. 901). Sobre el particular, nuestro tribunal supremo ha subrayado que la tutela penal busca garantizar la licitud del ejercicio de la función pública, bajo la premisa de que estas facultades solo pueden ser otorgadas por el Estado (Corte Suprema de Justicia de la República [CSJR], 2019, f. 8). De esta manera, el delito de usurpación de funciones se erige como una barrera para evitar que sujetos ajenos a la Administración pública ejerzan el poder público de forma indebida.

3. TIPICIDAD OBJETIVA

El delito de usurpación de función pública del artículo 361 del Código Penal comprende tres modalidades típicas. La primera se refiere al acto de usurpar una función pública, o la potestad de mando militar y policial, sin contar con el título o nombramiento respectivo. La segunda modalidad se configura cuando el sujeto persiste en el ejercicio de su cargo tras haber sido legalmente suspendido, cesado, destituido o subrogado. La tercera modalidad se comete cuando un funcionario público ejerce funciones que corresponden a un cargo distinto al que legamente posee.

Para la configuración del tipo penal, en todas las modalidades, se requiere que el agente usurpe una función pública mediante la infracción de normas administrativas, legales y constitucionales que regulan el ejercicio legítimo de los cargos públicos. Es importante

destacar que el delito de usurpación no se limita a la mera asunción ilegal de un cargo o puesto público, sino que exige el efectivo ejercicio ilegal de funciones no autorizadas. Esta distinción subraya la gravedad del delito, enfocándose en las acciones concretas realizadas sin la legitimidad para realizarlas, más allá de la simple arrogación indebida de un cargo público.

3.1. PRIMERA MODALIDAD DELICTIVA: USURPACIÓN SIN TÍTULO O NOMBRAMIENTO

3.1.1. Usurpación de una función pública

La acción típica de la primera modalidad del delito consiste en usurpar funciones de un cargo público que no se posee legítimamente. En este contexto, la *función pública* se constituye como el objeto material del delito. El verbo rector «usurpar», en el marco de este tipo penal, implica una doble acción: primero, arrogarse un cargo que no se tiene legalmente, y, segundo, ejercer ilegalmente las funciones correspondientes al cargo usurpado. Esta definición subraya la naturaleza compleja del delito, que no se limita a la mera invocación de un cargo, sino que requiere la efectiva realización de actos propios de dicha función.

La asunción legítima de un cargo público presupone el cumplimiento de los requisitos que el ordenamiento jurídico establece para cada caso específico. En consecuencia, cuando una persona se atribuye un cargo público que no ostenta legalmente y, como resultado, ejerce funciones que no le corresponden, incurre en el delito de usurpación de funciones. Es importante destacar que, para la configuración del delito, no es suficiente la simple invocación del cargo ante terceros, sino que se requiere que el sujeto ocupe efectivamente el cargo y ejerza las funciones que este involucra.

Con respecto al *ejercicio efectivo* de la función pública, la doctrina coincide en que comete el delito quien ejerce de manera efectiva e ilegítima funciones públicas que no le han sido conferidas. Esto implica

la realización de actos propios del cargo que no se ostenta legalmente (Creus, 1981, p. 151); además, es necesario que el agente se atribuya explícitamente el cargo o función. Así, por ejemplo, incurriría en este delito quien se hace pasar por fiscal y, en tal calidad, realiza una diligencia propia de las competencias de dicho cargo. Como precisa Donna (2008, p. 166), la exigencia de practicar un acto específico de las funciones del cargo invocado es crucial para la subsunción del hecho en el tipo penal.

Precisamente, en la doctrina nacional, Abanto Vásquez (2003) ha señalado que el delito de usurpación de funciones, en su primera modalidad, consiste en desempeñar efectivamente las funciones del cargo o comisión que no se ostenta (pp. 107-108). La razón estriba en que el tipo penal refiere «usurpar la función pública» y no solamente el «título», de modo que esto es interpretado como la exigencia de que el agente asuma de forma ilegal las funciones públicas vinculadas al cargo. Por ese motivo, se afirma que la usurpación debe entenderse como una acción de dos momentos, en primer lugar, con la asunción ilegítima del cargo público y, posteriormente, con la realización de actos propios del cargo previamente asumido de manera ilegal.

El concepto de *función pública* es un elemento crucial en la redacción del tipo penal de usurpación de funciones, constituyendo el objeto material del delito en la modalidad delictiva examinada. Es fundamental comprender que no toda actuación de un funcionario público implica necesariamente el ejercicio de una función pública. La función pública, en esencia, es el ejercicio de la voluntad del Estado para la realización de un fin público.

Esta conceptualización nos permite establecer importantes distinciones. No ejercen función pública aquellos sujetos públicos que solo concretan o ejecutan decisiones tomadas por otros funcionarios que poseen el poder decisorio necesario para determinar cómo cumplir con un fin público específico. Tampoco ejercen función pública los particulares que realizan actividades a nombre del Estado o para

entidades estatales, pero que no forman parte integral de la administración pública. Para ilustrar este punto, podemos citar un ejemplo: no usurpa ninguna función pública la persona que barre la calzada de su vecino, aunque esta sea una tarea normalmente asumida por el municipio correspondiente al lugar de residencia.

La Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR) ha proporcionado clarificación adicional sobre este tema en su Informe Legal n.º 509-2010-SERVIR/GG-OAJ. En este informe, SERVIR advierte que no cualquier vínculo con el Estado presupone por sí mismo el ejercicio de una función pública. Por ejemplo, las labores de consultoría o similares que implican la prestación de un servicio específico dentro de una organización estatal no califican como función pública. Estos servicios se consideran prestaciones de terceros que concluyen una vez completada la tarea específica para la que fueron contratados. Así, por ejemplo, los consultores que brindan servicio al Estado se encuentran excluidos del concepto de función pública al no formar parte de su estructura institucional y al no realizar actos que reflejen la voluntad estatal para el cumplimiento de un fin público.

Ahora bien, para que la *función pública* sea considerada como objeto material idóneo del delito de usurpación debe cumplir dos requisitos fundamentales: la conducta presuntamente delictiva debe constituir un acto propio o atribución de una función pública determinada y dicha función pública debe estar actualmente ocupada. En otras palabras, se considera que hay usurpación de función pública cuando la conducta del agente se subsume en una función pública ajena que está actualmente ocupada. Si no se cumplen estos requisitos se concluye que la función pública supuestamente usurpada no está vigente o no existe, lo que resultaría en un caso de tentativa inidónea por defecto del objeto. No obstante, de verificarse el cumplimiento de ambos requisitos, la tipicidad será viable.

Para determinar si una conducta específica se adecúa a un acto propio de función pública es crucial conocer con exactitud las atribuciones del cargo público presuntamente usurpado. Este conocimiento

permite verificar si la conducta del supuesto usurpador corresponde a alguna de dichas atribuciones. Para mayor precisión, indica García Navarro (2009, p. 87) que es recomendable remitirse a las normas administrativas, ya que el texto penal expresa la función pública de modo general. Solo de esa manera se contaría con el rigor teórico para el análisis de la configuración del tipo objetivo.

El Código Penal peruano, en su artículo 425, ofrece una relación detallada de los sujetos que ostentan la calidad de funcionarios o servidores públicos. Dentro de esta norma, el inciso 3 adquiere especial importancia al definir como tales a quienes poseen un nexo laboral o contractual de cualquier tipo con entidades estatales, siempre que desarrollen funciones en ellas. Por lo tanto, se infiere que el vínculo administrativo por sí solo no otorga automáticamente la condición de funcionario para la ley penal si el agente no ejerce funciones de carácter público.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha proporcionado importantes precisiones fundamentales en relación con el tipo penal de usurpación de funciones. Se enfatiza que este tipo penal se clasifica dentro de los delitos contra la Administración pública y busca proteger el normal funcionamiento de la actividad estatal (CSJR, 2014, f. 3.3.1). Asimismo, la jurisprudencia destaca que la consumación de esta figura exige, como requisito esencial, que el sujeto activo se atribuya una función pública específica y despliegue actos propios de dicha investidura (CSJR, 2014, f. 3.3.1). De este modo, el reproche penal no recae sobre la mera arrogación de un cargo, sino sobre aquellas conductas que representen un ejercicio efectivo y real de funciones dentro del ámbito de la Administración pública.

3.1.2. Sin título o nombramiento

Una primera exigencia para esta modalidad delictiva es que el agente se encuentre desprovisto del *título* o del *nombramiento* correspondiente para el ejercicio de la función pública que usurpa. Es importante

precisar que el término «título» no hace referencia al título profesional que se exige para ejercer la función pública usurpada, sino más bien a la legitimación formal y material de la calidad de funcionario competente.

El «título» puede provenir de diversas fuentes, como la elección popular directa o indirecta (delegada), el nombramiento por autoridad competente, por mandato legal a nivel constitucional o de ley orgánica, o accesoriamente por delegación. Este aspecto, señala Rojas Vargas (2013, pp. 227-228), adquiere gran importancia desde la perspectiva administrativa y constitucional.

En cuanto al *nombramiento*, si bien puede concebirse como uno de los medios para obtener el título de funcionario, su contenido suele generar cierto grado de confusión. Para esclarecer la distinción entre *nombramiento* y *designación*, el Ministerio Público cursó el Oficio n.º 03-2323-2012-1DI-FPPC-T/ASC a la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR) solicitando una opinión legal. En respuesta, se emitió el Informe Legal n.º 384-2012-SERVIR/GPGRH, de fecha 24 de octubre de 2012, el cual establece que la diferencia principal radica en que el nombramiento implica el ingreso a la carrera administrativa previo concurso público de méritos, con los derechos y obligaciones correspondientes, incluyendo la estabilidad laboral. Por el contrario, la designación permite el ingreso a un cargo directivo o de confianza de manera temporal y sin necesidad de concurso público.

3.1.3. Usurpar la facultad de dar órdenes militares o policiales

Esta modalidad constituye un caso especial de usurpación de funciones que se define, con mayor precisión, como un supuesto de usurpación de autoridad. En este caso, el agente particular no se limita a realizar actos propios, deberes u obligaciones correspondientes a una función pública determinada, sino que *usurpa* la potestad o prerrogativa específica de dar órdenes militares o policiales.

Un ejemplo de esta modalidad delictiva se daría en el supuesto de que un particular se arrogue ilegítimamente la calidad de comandante para dar una determinada orden a un subordinado. Es importante señalar que no es relevante el tipo de órdenes que se impartan (ya sea a nivel de comando o de mandos inferiores), puesto que la jerarquización de estas no aumenta ni disminuye el injusto penal (Rojas Vargas, 2007, p. 912). En esa medida, lo relevante es que el agente dé órdenes a miembros de las fuerzas militares o policiales, careciendo de la autoridad para hacerlo.

Al igual que en el supuesto general de usurpación de función pública, en esta modalidad especial también será necesario verificar una autoatribución del cargo militar o policial y el ejercicio efectivo de la potestad relativa a dar órdenes. Este requisito de ejercicio efectivo es fundamental para configurar el delito, ya que no basta con la mera simulación del cargo, sino que debe haber una materialización de la usurpación a través de la emisión de órdenes.

La gravedad de este delito radica en que afecta directamente la estructura jerárquica y el correcto funcionamiento de las instituciones militares y policiales, las cuales son fundamentales para la seguridad y el orden público. Además, puede generar confusión y desorden en situaciones que requieren una cadena de mando clara y efectiva.

3.2. SEGUNDA MODALIDAD DELICTIVA: USURPACIÓN MEDIANTE LA CONTINUACIÓN ILEGAL DEL EJERCICIO DEL CARGO

Esta modalidad de usurpación de funciones se distingue por requerir un sujeto activo especial, específicamente un exfuncionario público o un servidor que se encuentra temporalmente impedido de ejercer sus labores. Bajo este supuesto, la función usurpada es también específica: se trata precisamente de aquella que el agente desempeñaba de manera legítima antes de su separación o impedimento. En consecuencia, para la configuración de este tipo penal, es imperativo que el sujeto

haya sido previamente destituido, cesado, suspendido o subrogado, estableciendo así un nexo necesario entre el antiguo ejercicio legal y la posterior actuación ilícita.

En la doctrina nacional, Abanto Vásquez (2003) ha proporcionado una explicación detallada de los distintos modos en que un funcionario puede ser apartado de su cargo (p. 116). Según este autor, la *destitución* implica la expulsión del individuo de su puesto en la Administración pública, generalmente como consecuencia de una infracción seria o una sanción disciplinaria. Por otra parte, el *cese* se produce cuando el funcionario abandona su posición, ya sea por decisión propia, por haber cumplido el periodo establecido legalmente para el desempeño de su función, o por orden de una autoridad jerárquicamente superior. En cuanto a la *suspensión*, esta se entiende como una medida correctiva que implica la separación temporal del funcionario de su cargo o del ejercicio de sus funciones. Luego, la *subrogación* ocurre cuando se designa a un nuevo individuo para ocupar el puesto y desempeñar las responsabilidades que anteriormente correspondían al funcionario saliente.

Cabe indicar que la terminación o suspensión temporal del cargo funcional deberá ser notificada debidamente a la persona implicada, a efectos de que esta pueda hacer uso de los mecanismos legales existentes que le permitan cuestionar la decisión en caso de que la considere arbitraria. El sujeto activo comete el delito «cuando sigue practicando conductas en uso de una función que ya no tiene, puesto que ella ha sido extinguida definitiva o temporalmente por destitución, cese, suspensión o subrogación» (Portocarrero Hidalgo, 1997, p. 33). A diferencia de la primera, en esta segunda modalidad delictiva no se requiere que el agente se autoatribuya la función pública que continúa ejerciendo. Bastará con que materialmente su comportamiento exprese su desacato a dejar el cargo o al impedimento temporal, continuando indebidamente con la realización de actos propios del cargo.

3.3. TERCERA MODALIDAD DELICTIVA: USURPACIÓN MEDIANTE EL EJERCICIO DE FUNCIONES QUE LE CORRESPONDE A OTRO

La tercera modalidad delictiva del delito de usurpación de funciones se caracteriza por tener como agente a un funcionario público en ejercicio. Este sujeto público ostenta un cargo obtenido de forma legítima, contando con el título, nombramiento o la designación correspondiente. Sin embargo, a pesar de estar vinculado a la realización de una serie de funciones específicas, invade el ámbito de competencia de otro funcionario público legítimo, realizando actos propios de este último.

Un ejemplo ilustrativo de esta modalidad delictiva sería el caso de un funcionario edil encargado de otorgar licencias de obras que, excediendo sus atribuciones, otorga a un vecino amigo suyo una licencia para apertura de local comercial, función que corresponde a otro funcionario edil. No obstante, como refiere Abanto Vásquez (2003, p. 120), es importante distinguir esta situación de aquella en la que el agente se extralimita en el ejercicio de la función ajena, lo cual podría configurar solo el delito de abuso de autoridad (artículo 376 del Código Penal). Para ilustrar esta distinción, consideraremos el supuesto en que el mismo funcionario edil, por mantener un conflicto personal con un vecino, dispone que no se reciba en la mesa de partes del Municipio la documentación de este vecino con la que pretende obtener una licencia de obra. Bajo este escenario, la conducta solo podría encuadrar en el tipo de abuso de autoridad, dado que se verifica un exceso en las facultades del propio cargo y no la arrogación de competencias correspondientes a un tercero.

Respecto a esta modalidad, la Corte Suprema de Justicia sentó un criterio relevante en la Casación n.º 956-2016-Áncash. En dicho fallo, se establece como presupuesto esencial la delimitación precisa de las competencias del cargo del usurpador y el que se usurpa; de esta manera, el agente realiza una acción que en esencia es lícita, pero cuya

irregularidad reside exclusivamente en la falta de atribución legal para realizar dicho acto (CSJR, 2019, f. 10).

Es fundamental destacar que esta modalidad del delito de usurpación de funciones no solo atenta contra la correcta administración pública, sino que también vulnera los principios de jerarquía y competencia que rigen el funcionamiento de las instituciones estatales. La clara delimitación de funciones y responsabilidades es esencial para el buen funcionamiento de la administración pública, por lo que su transgresión puede generar graves consecuencias en términos de eficiencia, transparencia y legalidad de los actos administrativos.

4. TIPO SUBJETIVO

Las tres modalidades que integran el tipo penal de usurpación de funciones coinciden en su naturaleza estrictamente dolosa. Para su configuración típica, la norma exige que el agente actúe con pleno conocimiento de que está usurpando funciones públicas y, además, con la voluntad específica de llevar a cabo dicha usurpación. Esta doble exigencia subraya la naturaleza intencional y gravedad de este delito.

En la primera modalidad delictiva, un agente particular realiza actos con la intención de asumir y realizar funciones públicas ajenas, a sabiendas de que carece de legitimación para eso. Esta variante se enfoca en el ciudadano común que, sin tener vínculo alguno con la administración pública, pretende ejercer funciones que no le corresponden. La segunda modalidad implica que el agente, ya sea un exfuncionario o un funcionario suspendido, a pesar de haber sido debidamente notificado de su cese, destitución, subrogación o suspensión, persiste en la realización de las funciones propias del cargo. Esto lo hace con pleno conocimiento de que no debe continuar ejerciendo dicho cargo y con la clara intención de usurpar las funciones correspondientes. Esta modalidad se centra en aquellos que alguna vez tuvieron legitimidad para ejercer la función pública, pero que han perdido dicha facultad. En la tercera modalidad delictiva, el

autor, aun cuando detenta un conjunto de atribuciones públicas, invade conscientemente la esfera de competencia de otro funcionario, es decir, actúa sabiendo que ejerce funciones que corresponden a otro funcionario público y con clara voluntad de usurparlos.

5. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

La tentativa constituye una forma imperfecta de realización del delito donde, pese a que el autor actúa con dolo para ejecutar la acción, el tipo objetivo no logra consumarse. Esta falta de consumación, como refieren Wessels et al. (2019), se traduce en la ausencia de verificación —total o parcialmente— de los elementos del tipo objetivo, siendo la falta de un resultado típico la causa más frecuente. Nuestro ordenamiento jurídico sanciona exclusivamente la tentativa idónea que pueda lesionar el bien jurídico protegido, siendo impune la tentativa cuya consumación resulta imposible.

Para abordar la tentativa del delito de usurpación de funciones, resulta preciso establecer el momento de la consumación de este delito. La estructura típica contiene tres modalidades delictivas. En la primera modalidad, se tendrá por consumado el delito cuando se verifique que el agente se ha atribuido ilegítimamente un cargo público y, posterior a ello, haya ejercido las funciones públicas ligadas a dicho cargo. La segunda modalidad se consuma cuando el sujeto especial (exfuncionario o funcionario suspendido) realice un acto correspondiente a la función pública que ostentaba, con el conocimiento de que ya no se encuentra facultado para hacerlo. En esta segunda modalidad, el delito se seguirá cometiendo el tiempo en que el funcionario continue en el cargo. En la tercera modalidad delictiva, se requiere, para la consumación, que el agente público, realice algún acto correspondiente a una función pública ajena a la suya (CSJR, 2014a, f. 8).

Respecto a la tentativa del delito, en atención a las formas de consumación, se puede afirmar que la primera y la tercera modalidad admiten tentativa. La usurpación de funciones, en ambos casos,

requiere previamente la atribución de un cargo público ilegítimo y la realización de actos propios de dicho cargo. Por tanto, se configurará la tentativa cuando el sujeto activo realice acciones orientadas a ejercer funciones públicas de forma ilegítima. Por ejemplo, un particular que solo se atribuya un cargo o un funcionario público que realice actos administrativos para desempeñar funciones ajenas. En el caso de la segunda modalidad, no es posible la tentativa, puesto que el delito se consuma en el momento en que se realice cualquier acto de la función pública de la que el sujeto ha sido suspendido, cesado, destituido o subrogado.

6. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

El delito de usurpación de funciones, en la primera modalidad delictiva, es un delito común. Para la autoría, no se requiere ninguna condición especial del agente, el delito puede ser cometido por cualquier persona; en esta modalidad es posible la autoría mediata y la coautoría. En cuanto a la participación, se produce la instigación allí donde el autor sea determinado a la acción delictiva por un tercero, mientras que se da la complicidad, allí donde terceras personas presten ayuda mediante aportes relevantes para la consecución del delito.

El delito de usurpación de funciones en su segunda modalidad delictiva es un delito especial. El tipo penal, para la autoría, requiere que el autor haya sido destituido, cesado, subrogado o suspendido del cargo. Esta modalidad del delito puede ser cometida en autoría mediata o coautoría. Sobre este punto, Abanto Vásquez (2003, p. 118) sostiene que la coautoría queda supeditada a que los agentes involucrados compartan una misma función, como puede ocurrir con los órganos colegiados. Por otro lado, en la participación (complicidad e instigación), no se requiere que el agente tenga la misma calidad del autor, de modo que cualquier persona que intervenga en el hecho para determinar o coadyuvar a la comisión del delito será sancionada penalmente.

Respecto a la tercera modalidad, la usurpación se define como un delito especial. El tipo penal requiere que el sujeto activo posea la calidad de funcionario público legítimo y se encuentre en ejercicio de sus funciones. Así, la relevancia penal depende de acreditar previamente la investidura oficial mediante el título o nombramiento correspondiente. La conducta típica se manifiesta cuando dicho agente público desempeña facultades que pertenecen a un cargo distinto al que ostenta legalmente. En este escenario, son aplicables la autoría mediata, la coautoría y todas las formas de participación.

La Corte Suprema emitió un importante pronunciamiento aplicando la instigación en el delito de usurpación de funciones. En la Resolución n.º 17-2008, del Exp. AV-13-2003, precisó que esta institución consiste en «la provocación directa y eficaz que determina la ejecución de un hecho delictivo por parte del provocado», afirmando luego que en el caso materia de análisis un expresidente habría instigado a un tercero para que funja como un falso fiscal para ingresar de forma ilegítima a un domicilio (CSJR, 2008, f. 13). En este caso, se habría cometido el delito de usurpación de funciones por parte de la persona que intervino ilegítimamente como fiscal, habiendo sido determinado para actuar por el instigador.

7. CONCURSO DE DELITOS

El delito de usurpación de funciones puede concurrir con otros delitos a través de un concurso real, ideal o aparente. La primera modalidad delictiva, respecto al apartado «usurpar una función pública», puede entrar en concurso real con el delito de falsedad documental en el supuesto en que quien ejerció ilegítimamente la función pública lo hizo haciendo uso un título falso. En similar sentido, respecto al apartado «usurpar la facultad de dar órdenes militares o policiales», se puede generar un concurso ideal con el delito de ostentación de título y honores cuando el agente utilice, al momento de dar las órdenes, un distintivo militar. Ambos supuestos pueden también concurrir en la segunda y la tercera modalidad según corresponda al caso.

Una particular diferenciación debe realizarse entre el delito de abuso de autoridad y el de usurpación de funciones. Según un importante pronunciamiento de la Corte Suprema, la diferencia radica en que el primer delito protege la legalidad de los actos administrativos, mientras que el segundo asegura que el ejercicio y la titularidad de la función pública recaigan solo en quien legalmente corresponde (CSJR, 2010, f. 4). Con esta distinción, el Tribunal Supremo afirmó que es posible un concurso ideal heterogéneo entre ambos delitos siempre que el agente estatal, actuando fuera de su esfera de competencia, ejecute acciones arbitrarias que generen perjuicio a terceros.

8. CONCLUSIONES

La tipificación del delito de usurpación de funciones revela la finalidad político-criminal de sancionar los actos que desconocen la institucionalidad del Estado. La norma penal que sanciona este delito busca proteger el correcto funcionamiento de la Administración pública y, específicamente, garantizar la exclusiva titularidad y ejercicio de las funciones públicas otorgadas a los agentes estatales. En nuestro ordenamiento jurídico, el delito de usurpación requiere que el agente se arrogue un cargo público que no ostenta legalmente y, como consecuencia, ejerza funciones que no le corresponden. Por tanto, para la configuración de este delito no basta la mera invocación del cargo ante terceros, sino que se debe verificar el ejercicio ilegal del cargo. Esta interpretación de la norma permite una intervención legítima del derecho penal y contribuye a la correcta interpretación de la legislación que protege el correcto funcionamiento del Estado.

REFERENCIAS

Abanto Vásquez, M. (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Palestra Editores.

Abanto Vásquez, M. (2014). *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la Administración pública*. Grijley.

Corte Suprema de Justicia de la República. (2008). *Exp. AV-13-2003, Resolución n.º 17-2008*. Lima: 10 de abril del 2008.

Corte Suprema de Justicia de la República. (2010). *Recurso de Nulidad n.º 1582-2009-Lima*. Lima: 04 de junio del 2010.

Corte Suprema de Justicia de la República. (2014). *Recurso de Nulidad n.º 1199-2013-Arequipa*. Lima: 6 de agosto del 2014.

Corte Suprema de Justicia de la República. (2014a). *Recurso de Nulidad n.º 1324-2013-Lambayeque*. Lima: 19 de marzo del 2014.

Corte Suprema de Justicia de la República. (2019). *Casación n.º 956-2016-Áncash*. Lima: 04 de junio del 2019.

Creus, C. (1981). *Delitos contra la Administración pública*. Editorial Astrea.

Donna, E. (2008). *Delitos contra la Administración pública*. Rubinzal-Culzoni.

García Navarro, E. (2009). *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. Jurista Editores.

Portocarrero Hidalgo, J. (1997). *Delitos contra la Administración pública*. Editorial Jurídica Portocarrero.

Rojas Vargas, F. (2007). *Delitos contra la Administración pública*. Grijley.

Rojas Vargas, F. (2013). *Derecho Penal. Estudios fundamentales de la Parte General y Especial*. Gaceta Jurídica.

Wessels, J., Beulke, W., & Satzger, H. (2018). *Derecho penal. Parte general. El delito y su estructura* (R. Pariona Arana, trad.). Instituto Pacífico.

Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Vol. 80, n.º 80, enero-diciembre, 2025 • Publicación anual. Lima, Perú
ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)
DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2025.v80n80.07

LA FRAGMENTACIÓN Y HETEROGENEIDAD DEL CAMPO CIENTÍFICO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

The fragmentation and heterogeneity of the scientific field of Public Administration

Erick Cuba Meneses
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)
Contacto: ecubam@unmsm.edu.pe
https://orcid.org/0000-0003-2730-2490

Dante Patricio Castrillón Idrogo
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)
Contacto: dante.castrillon@unmsm.edu.pe
https://orcid.org/0009-0000-3287-1853

RESUMEN

Este artículo plantea la necesidad de un enfoque propio de la ciencia administrativa para el estudio de la Administración pública, a fin de superar la fragmentación teórica y la ausencia de un marco analítico unificado. Mediante un análisis crítico de enfoques como el

gerencialismo, la teoría organizacional y el derecho administrativo, se argumenta que la Administración pública no debe reducirse a una perspectiva instrumental, sino comprenderse como un sistema integral. Para esto, se abordan los desafíos epistemológicos y metodológicos de su estudio, destacando la urgencia de un marco conceptual que permita un análisis estructurado y coherente de la disciplina.

Palabras clave: ciencia administrativa; Administración pública; enfoques multidisciplinarios; fragmentación administrativa.

ABSTRACT

This article proposes the need for a distinct approach within administrative science to the study of Public Administration, in order to overcome theoretical fragmentation and the absence of a unified analytical framework. Through a critical analysis of approaches such as managerialism, organisational theory and administrative law, it is argued that Public Administration should not be reduced to an instrumental perspective, but rather understood as a comprehensive system. To this end, the epistemological and methodological challenges of its study are addressed, highlighting the urgent need for a conceptual framework that allows for a structured and coherent analysis of the discipline.

Keywords: administrative science; Public Administration; multidisciplinary approaches; administrative fragmentation.

Recibido: 20/07/2025 Aprobado: 16/10/2025 Publicado: 17/12/2025

1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO CIENCIA SOCIAL

La Administración pública debe analizarse como un fenómeno complejo que trasciende la mera aplicación de técnicas de gestión, ya que constituye una manifestación intrínseca del accionar del Estado en el entramado social. Este estudio no puede limitarse a la descripción empírica de sus procesos, sino que exige una aproximación teórica que considere tanto sus fundamentos históricos como sus implicaciones epistemológicas.

En primera instancia, conviene advertir que las formas de organización administrativa no surgieron de manera espontánea. Desde las primeras civilizaciones hasta los grandes imperios, estas estructuras han respondido a necesidades concretas de cada época. Bajo una perspectiva analítica, resulta evidente que las distintas definiciones emergentes no representan solo discusiones teóricas, sino también intentos por explicar realidades sociales, culturales y políticas específicas (Sánchez, 2001).

A partir de esto, la Administración pública puede entenderse como el resultado de las condiciones propias de cada hito histórico. No se configura en abstracto; por el contrario, depende del contexto particular en el que se desarrolla. Igualmente, estas estructuras no permanecen estáticas, puesto que tienden a ajustarse conforme aparecen nuevos problemas o demandas. Esta dinámica se manifiesta cuando las instituciones modifican su actuación para adaptarse a escenarios inéditos, lo que implica revisar constantemente sus métodos y formas de trabajo (Sánchez, 2001).

En tal sentido, ambos enfoques se complementan. No es posible comprender los cambios actuales sin considerar los procesos que les dieron origen. Muchas de las transformaciones recientes se apoyan en arreglos institucionales previos, lo que permite distinguir entre aquello que requiere ser reformulado y lo que aún mantiene vigencia. Integrar la dimensión histórica con el análisis de la dinámica operativa ofrece, por lo tanto, una comprensión más integral de los procesos de

cambio, al evidenciar que la renovación no parte de cero, sino que se construye sobre bases preexistentes.

Por otra parte, para la consolidación de la Administración pública como disciplina con fundamentos teóricos sólidos, no basta con recurrir a la aplicación de técnicas. Resulta también necesario diferenciar este campo de aquellos saberes que, aunque útiles, se apoyan más en la experiencia que en metodologías sistemáticas. Establecer esta distinción permite superar formas de conocimiento meramente intuitivas para avanzar hacia un enfoque más reflexivo. En este marco, la adopción de una perspectiva epistemológica desempeña un papel sustancial, no solo porque ayuda a delimitar el objeto de estudio, sino porque contribuye a organizar y fortalecer su desarrollo teórico (Pardo, 1992). Así, esta área puede ser entendida como una disciplina científica que dialoga con otros campos y que aporta tanto al plano conceptual como a la práctica de la gestión estatal.

Siguiendo esta línea argumentativa, al incorporar una mirada epistemológica junto con un enfoque dinámico, la Administración pública puede situarse dentro del campo más amplio de la ciencia política. Esta no está conformada solo por técnicas administrativas, sino de un espacio en el que el Estado formula e implementa políticas públicas orientadas a objetivos determinados.

Dicha articulación responde, esencialmente, a un diseño institucional concebido para atender necesidades colectivas y asegurar la provisión de bienes y servicios, con énfasis en aquellos espacios donde el mercado no logra ofrecer respuestas suficientes (Sánchez, 2001). Bajo esta óptica, ubicar a la Administración pública dentro de la ciencia política favorece a la comprensión de su papel en la gestión del poder y en los procesos de cambio del Estado. Simultáneamente, este enfoque permite analizar con mayor claridad la gobernanza y observar cómo, en la práctica, se configuran y mantienen los arreglos institucionales en contextos concretos.

Con el propósito de profundizar en esta perspectiva, conviene precisar el objeto de estudio de la disciplina. Dahl (1947, como se citó en Sánchez, 2001) advierte algunas limitaciones relevantes al momento de analizar este campo. En primer lugar, las conclusiones obtenidas a partir del estudio de un Estado en particular no pueden trasladarse de forma automática a otros contextos. Cada nación presenta trayectorias históricas, configuraciones institucionales y dinámicas sociales propias que influyen en la organización de la acción estatal.

En segundo lugar, la premisa de formular principios universales resulta difícil de sostener si se prescinde del contexto de aplicación. Esto implica que muchos planteamientos solo poseen validez dentro de marcos específicos, ya sea a nivel nacional o en entornos comparables. Por esto, cualquier intento de generalización requiere cautela y un análisis previo de las condiciones de producción.

En tercer lugar, el estudio de la Administración pública no debe restringirse a aspectos técnicos o procedimentales. Es fundamental incorporar otras dimensiones —como la histórica, la social o la económica— que permitan dilucidar por qué los sistemas administrativos funcionan de una manera determinada (Sánchez, 2001). Considerar estos elementos conlleva a replantear su análisis; en este sentido, comprenderla como una ciencia aplicada responde a su capacidad para articular herramientas teóricas y metodológicas de distintos campos, como la ciencia política, la sociología o la economía. Esto le permite no solo interpretar la realidad estatal, sino también intervenir en ella mediante la formulación de respuestas frente a problemas concretos.

A diferencia de las ciencias puras, orientadas principalmente a la producción de conocimiento teórico sin una aplicación inmediata, la Administración pública se caracteriza por su énfasis en la resolución de problemas dentro del ámbito estatal (Pardo, 1992). Este enfoque se refleja en la gestión pública, entendida como el conjunto de procesos mediante los cuales el Estado planifica, implementa y evalúa políticas dirigidas a atender necesidades colectivas. En este marco, la relación

entre administración y gestión pública trasciende la simple conexión entre teoría y praxis.

En la práctica, la implementación de políticas públicas no constituye una mera aplicación de ideas preexistentes. Se produce, además, un fenómeno de retroalimentación: dichas ideas se someten a prueba, se corrigen y, en diversos casos, se transforman. Por consiguiente, la gestión pública no es un ente estático, sino un espacio que se ajusta según el contexto y los desafíos que enfrenta el Estado. Esto explica el marcado carácter aplicado de la Administración pública; sin embargo, esto no implica el abandono de lo teórico: exige, antes bien, una revisión constante. De hecho, para consolidarse como ciencia social, no basta con la aplicación de métodos, es necesario cuestionarlos y evaluar su eficacia real.

Asimismo, el análisis de la actividad administrativa requiere rigor. No se trata solo de describir sucesos, sino de hacerlo bajo criterios de transparencia, que permitan comparar casos y extraer conclusiones válidas. Si bien estas no siempre son universales, resultan útiles para orientar el diseño de las políticas públicas. En última instancia, esta mirada más crítica —frecuentemente en disciplinas que se están desarrollando— se vincula con los procesos de modernización del Estado, donde se busca repensar el funcionamiento de la administración en la práctica (Bourdieu, 2001).

A lo anterior se añade que el enfoque epistemológico adoptado modifica sustancialmente la comprensión de la disciplina. Esta no puede concebirse exclusivamente como un espacio de ejecución de normas o procedimientos; en la práctica, también interviene en procesos de cambio que afectan la propia estructura de la sociedad (Sánchez, 2001). Por tanto, su papel excede lo operativo y se vincula con la producción de transformaciones dentro del Estado.

Desde esta perspectiva, la gestión pública no cumple una función unívoca. Por un lado, se ocupa de la ejecución de políticas para cubrir necesidades colectivas; por otro, implica interacción, tensiones y

negociación entre distintos actores sociales, políticos y económicos. Dicha dualidad dificulta su comprensión desde una visión meramente técnica; en consecuencia, su estudio como ciencia social requiere asumir esta complejidad.

No es suficiente observar procedimientos o estructuras; también es necesario considerar el contexto y los agentes que integran dichos procesos. De este modo, conviene señalar que entender la Administración pública bajo este prisma implica una revisión permanente. No se trata solo de aplicar métodos dados, sino de cuestionar si estos logran explicar la relación existente entre el Estado y la sociedad. En este trayecto, el diálogo interdisciplinario y la incorporación de nuevas miradas resultan inevitables.

De ahí que este estudio permita aproximarse a la acción del Estado como un fenómeno complejo, sin limitarse al plano empírico. Más bien, el enfoque utilizado combina dicha dimensión con una base teórica que orienta la toma de decisiones y la formulación de políticas. En última instancia, ese equilibrio es lo que permite aportar a la resolución de problemas concretos y a los procesos de cambio orientados a mejorar las condiciones colectivas.

2. EL CAMPO CIENTÍFICO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La constitución del campo científico de la Administración pública parte de la premisa de que toda sociedad —ya sea antigua, moderna, vigente o extinta— ha sido y es necesariamente administrada; noción fundamental para su desarrollo[1] (Guerrero, 2010). En este contexto, la conceptualización contemporánea de la disciplina se enmarca en un conjunto de discursos fragmentados que aportan visiones particulares sobre el Estado y su funcionamiento.

1 En su obra *La administración pública a través de las ciencias sociales* (2010), Guerrero destaca el concepto de *mundo administrado*, al concebir a toda colectividad como una sociedad administrada.

Desde una perspectiva más amplia, es posible identificar ideas generales en torno a los distintos enfoques del área. En el caso de los juristas, el análisis gravita principalmente sobre el Estado y las normas que regulan su operatividad. El derecho y la legalidad constituyen los puntos de partida para comprender el orden administrativo; de este modo, la atención se centra en la normativa y en su capacidad para organizar la acción estatal. Sin embargo, desde una vertiente sociológica —basada particularmente en el modelo burocrático de Max Weber—, el enfoque cambia un poco. La administración se comprende entonces como una forma de organización orientada a la eficiencia, donde la racionalización y la formalización de los procedimientos adquieren una relevancia central (Guerrero, 2010).

Resulta igualmente pertinente considerar la visión de los propios funcionarios públicos, debido a que son ellos quienes ejecutan la gestión cotidiana y su experiencia permite visibilizar aspectos que no siempre figuran en los marcos teóricos, tales como la limitación de recursos, los tiempos administrativos o las presiones políticas en la toma de decisiones. En este sentido, su perspectiva demuestra que las políticas no se aplican de forma automática, sino que atraviesan procesos de ajuste y reinterpretación en la práctica. A partir de esta óptica, el aporte de la ciencia política adquiere mayor claridad, ya que permite analizar cómo dichas decisiones no son neutrales, sino que están condicionadas por relaciones de poder, intereses y niveles de legitimidad. Así, la Administración pública deja de concebirse exclusivamente como un espacio técnico para entenderse como un ámbito de negociación y disputa sobre las orientaciones del Estado.

Dado que los enfoques expuestos, sumados a otras perspectivas provenientes de las ciencias sociales, ofrecen visiones diversas, resulta fundamental articularlos para construir una comprensión integral de la ciencia administrativa. Este abordaje multidisciplinario permite concebir la administración no solo como un conjunto de prácticas técnicas, sino como un campo heterogéneo donde convergen e interactúan diferentes discursos y teorías.

Finalmente, al reconocer el carácter heterogéneo pero interconectado de estos discursos, es posible afirmar que sobre esta base dinámica se construye un cuerpo de conocimiento científico (Chevalier, 1983). Dicho saber no solo integra las disciplinas que abordan la materia, sino que establece un objeto de estudio distintivo, consolidando la ciencia administrativa dentro de una conceptualización epistémica que busca capturar la complejidad y diversidad inherentes a la Administración pública.

3. LA FRAGMENTACIÓN Y HETEROGENEIDAD DEL CAMPO CIENTÍFICO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En el marco de los discursos fragmentarios que configuran la ciencia administrativa, es evidente que esta se halla en una posición compleja debido a su actual segmentación. Sobre la base de esta premisa, Chevalier (1983) sostiene:

> Cuando consideramos el estado actual de la ciencia administrativa, nos impresiona su carácter complejo y fragmentado; complejo por la heterogeneidad de las aportaciones sucesivas que la han constituido; fragmentado porque las corrientes que la atraviesan abordan el estudio de la administración con preocupaciones demasiado diferentes para poder fundirse espontáneamente en una disciplina integrada. (p. 11)

A la luz de lo expuesto, la división de enfoques en la ciencia administrativa no solo resulta manifiesta, sino que se ve intensificada por la diversidad de contextos nacionales en los que se ha gestado. Cada tradición estatal ha incidido en la disciplina de acuerdo con sus circunstancias particulares, lo que deriva en orientaciones variadas dentro de un mismo ámbito académico.

Para ilustrar lo anterior, en el escenario europeo, la ciencia administrativa suele adoptar una orientación jurídica, centrada en la estructura normativa de la Administración pública; por el contrario, en

Estados Unidos predomina un enfoque pragmático, vinculado al estudio de las organizaciones y a la formación en gestión[2]. Esta divergencia demuestra que la disciplina no responde a una interpretación unívoca, sino que se ha consolidado a partir de trayectorias distintas.

Pese a esto, tal distinción no implica que sus planteamientos sean incompatibles, dicha pluralidad abre, en cambio, la posibilidad de concebirlos de forma conjunta. En tal sentido, resulta provechoso adoptar una perspectiva integradora que permita articular estos aportes y capitalizar las virtudes de cada uno. Así, en lugar de profundizar en la división del campo, es posible avanzar hacia una comprensión más integral del fenómeno administrativo.

4. LA DIVERSIDAD DE OBJETOS

En los inicios del desarrollo de la ciencia administrativa, es posible identificar dos líneas de investigación claramente diferenciadas, delimitadas por la naturaleza de su objeto de estudio. Por una parte, surgió en Europa una corriente centrada en la Administración pública, concebida como un campo acotado y estrechamente vinculado al Estado. En contraposición, una vertiente más reciente amplió dicho horizonte hacia el estudio de las organizaciones en general, tanto públicas como privadas. En este punto, el concepto de *administración* adquiere una mayor amplitud: deja de referirse exclusivamente al ámbito público para abarcar la capacidad de organizar diversos tipos de actividades; noción que se halla en autores como Henri Fayol, quien definía la disciplina precisamente bajo estos parámetros[3].

2 Jacques Chevalier (1983) analiza la influencia de los contextos nacionales en el desarrollo de la ciencia administrativa, lo cual origina enfoques diferenciados según el entorno en que estos se configuran.

3 Henri Fayol, en su obra *General and Industrial Management* (1949), postula la *administración* como una función que abarca todas las áreas de la organización.

4.1. EL ESTUDIO DE LA ADMINISTRACIÓN

El estudio de la Administración pública en Europa ha concitado un especial interés, tanto en la esfera teórica como en la práctica. Esto no es azaroso, sino que responde a la dilatada tradición administrativa desarrollada por las naciones de este continente[4]. En este contexto, la ciencia administrativa no emerge de forma aislada; por el contrario, se gesta en paralelo a procesos como la consolidación del Estado-nación y la modernización de sus estructuras institucionales (Chevalier, 1983).

Durante el periodo del absolutismo monárquico, se inició el desarrollo de un enfoque aplicado de la administración, orientado a la descripción y optimización de las funciones estatales. En Francia, este esfuerzo se materializó bajo la denominación de *ciencias de la policía*, un término que aludía a una Administración pública destinada a garantizar el orden y el funcionamiento de los servicios mediante un paradigma de coacción. Los códigos de policía y los tratados de la época constituían recopilaciones empíricas diseñadas para orientar el ejercicio administrativo cotidiano.

Simultáneamente, en los países de habla alemana, emergió una perspectiva análoga denominada *Polizeiwissenschaft*, con una orientación práctica similar a la gala. Con la evolución de estas corrientes, figuras como Charles-Jean Bonnin en Francia y Lorenz von Stein en Alemania propiciaron la transición de la Administración pública desde un compendio de normas hacia una auténtica ciencia social. Sus obras sentaron los pilares teóricos de la acción administrativa al integrar la dimensión operativa con un marco conceptual robusto (Chevalier, 1983).

4 Jacques Chevalier focaliza su análisis de la administración en las Ciencias de la Cámara en Prusia y en las de la policía desarrolladas en Francia. De igual modo, aborda la obra *Los principios de la administración pública* (1808), de Charles-Jean Bonnin, considerada el primer tratado de la disciplina.

Por el contrario, en los Estados Unidos, la Administración pública no captó inicialmente la atención académica, por lo que permaneció en un estado embrionario con escasas controversias teóricas. Las aceleradas transformaciones socioeconómicas de un país en constante mutación planteaban urgencias que postergaron el debate administrativo. Fue la transición de un modelo agrario a uno urbano e industrial lo que evidenció la necesidad de estructuras administrativas, agentes competentes y métodos de gestión modernos.

Bajo esta premisa, la administración pública estadounidense —pese a compartir ciertas preocupaciones con la europea— difiere de la tradición continental tradicional en aspectos como su carácter pragmático y la convergencia entre la gestión estatal y la empresarial, lo cual dio origen a la teoría de las organizaciones. En contraste, en los países socialistas, la disciplina se desarrolló en un escenario donde inicialmente no se consideraba un objeto de estudio prioritario; sin embargo, la expansión de las competencias estatales impulsó la necesidad de reflexionar sobre la problemática administrativa (Langrod, 1965).

En síntesis, se colige que la administración se mantuvo divergente según la región y el hito histórico. Mientras que en Europa su evolución estuvo estrechamente vinculada a la consolidación del Estado y la modernización de las estructuras administrativas, en Estados Unidos respondió a la mutación de una sociedad rural hacia una industrializada. De igual modo, en los países socialistas, la disciplina cobró relevancia a medida que el Estado asumía funciones más amplias, lo que exigió un análisis profundo sobre la gestión de los asuntos públicos.

4.2. LAS INVESTIGACIONES SOBRE LA ORGANIZACIÓN

Históricamente, la evolución del concepto de administración ha estado ligada a la gestión estatal, lo que condujo a que la vertiente pública fuese considerada como la forma legítima de ejercicio administrativo.

Durante un periodo prolongado, este enfoque centrado en las funciones estatales reforzó la noción de que dicha actividad era única e incomparable con otras estructuras. No obstante, este paradigma se transformó al abordarse el estudio de la organización desde una perspectiva más amplia, identificando similitudes operativas en diversas entidades, independientemente de su naturaleza. Al respecto, Chevalier (1983) afirma:

> Cuando se intenta identificar las primicias de la ciencia de las organizaciones, se halla uno enfrentado a una multitud de investigaciones de apariencia muy heteréclita. Su único denominador-común es el de haber no solamente entrevisto sino, sistemáticamente, puesto el acento sobre la importancia de la organización en la época moderna. (p. 17)

De acuerdo con esto, es preciso indicar que la ciencia de las organizaciones emergió con dificultad en Europa, debido a la robusta tradición administrativa del continente. Por otro lado, en Estados Unidos, donde dicha tradición estaba menos arraigada, esta disciplina se desarrolló con mayor celeridad. En este último país, los estudios organizacionales surgieron en un contexto socioeconómico específico, caracterizado por la evolución del capitalismo y la adaptación a crisis como la de 1929[5].

Por otra parte, en el marco del desarrollo ideológico sobre la organización, orientado al orden político y social, Marx y Engels destacaron en el *Manifiesto comunista* la importancia de un partido obrero organizado para asegurar el éxito de la revolución socialista. Posteriormente, Lenin subrayó que un movimiento revolucionario

5 La dificultad de Europa para adoptar la ciencia de las organizaciones obedeció a su sólida tradición administrativa, la cual priorizaba el estudio del aparato estatal sobre la organización en términos generales. Por el contrario, en Estados Unidos, la ausencia de una tradición administrativa arraigada propició que la ciencia de las organizaciones se desarrollara con celeridad, impulsada por las exigencias derivadas de la crisis del capitalismo emergente.

sólido requería de una estructura estable, argumentando que, a mayor masa en lucha, mayor era la necesidad de dicha organización (Langrod, 1965).

En esa línea, el sociólogo Robert Michels analizó las tendencias oligárquicas que suelen manifestarse en instituciones con determinado grado de poder, como los partidos políticos y los sindicatos. Según su planteamiento, a medida que las sociedades ganan complejidad, este tipo de organizaciones tiende a adoptar estructuras más burocráticas y jerárquicas. Pese a lo anterior, Michels no reduce su análisis a una crítica; también reconoce que estas cumplen un papel relevante dentro del movimiento obrero, ya que, aun con su burocratización, pueden funcionar como un contrapeso frente a los sectores dominantes (Guerrero, 2010).

Simultáneamente, Max Weber (1991) introdujo el concepto de burocracia como una forma ideal de organización administrativa, definida por la profesionalización, la jerarquía y la impersonalidad de las reglas. Weber argumentó que la burocratización es una tendencia universal e inevitable, extendiendo su análisis tanto a entidades públicas como privadas. Sobre este punto, Langrod (1965) menciona que:

> La descomposición de la Administración pública en sectores heterogéneos y la dispersión que de ello resulta justifican la comparación del administrador moderno con el cirujano, quien, al igual que este, penetra en casi todos los rincones del cuerpo social y está llamado a intervenir en la totalidad del cuerpo humano. Esta comparación ilustra las dificultades inherentes a la comprensión del «conjunto coherente» de la administración pública. (p. 20)

Como se colige de la cita anterior, estas conceptualizaciones sugieren que, así como un cirujano requiere un conocimiento integral del cuerpo humano para operar eficazmente, el gestor contemporáneo enfrenta la tarea de coordinar múltiples sectores dispares dentro del

aparato estatal. Esta dispersión y especialización, aunque necesarias para la eficiencia operativa, complican la percepción de la administración como un sistema cohesionado. La metáfora ilustra la importancia de que el administrador mantenga una visión holística y unificada para asegurar que los componentes del sistema público trabajen en armonía.

Igualmente, el desarrollo de la ciencia administrativa también recibió aportes de Henri Fayol, quien se centró en la gestión empresarial y en la necesidad de racionalizar los métodos de dirección. Desde su perspectiva, los principios administrativos no eran exclusivos de un ámbito, sino aplicables tanto al sector público como al privado, lo que sugería una ciencia administrativa de alcances generales. De manera análoga, Frederick Taylor, en Estados Unidos, propuso mejorar el rendimiento organizacional mediante la estandarización de métodos de trabajo; su enfoque influyó significativamente en la teoría de las organizaciones, aunque generó críticas y adaptaciones posteriores.

En este marco, analizar el impacto de los movimientos feministas en la ciencia de las organizaciones permite trascender la lectura meramente descriptiva. Lejos de limitarse a promover la incorporación de las mujeres en estas estructuras, dichos movimientos impulsaron cambios en la configuración y funcionamiento institucional. Esto supuso cuestionar esquemas tradicionales y jerárquicos para introducir progresivamente una perspectiva de género. En esa línea, Martínez (2021) señala:

> A mediados del siglo XX, los gobiernos de todo el mundo discutieron la incorporación de la perspectiva de género en el proceso de creación de políticas públicas; este interés se incrementó en las últimas décadas y más adelante, en el siglo XXI, la integración de este enfoque se vio reflejada principalmente en la colaboración de organizaciones internacionales con la Administración pública de distintos países. (p. 13)

Esta evolución ha generado transformaciones sustanciales en la estructura pública. La inclusión de la perspectiva de género no solo ha modificado la composición de los equipos, sino que ha incidido en la toma de decisiones y la distribución del poder. No obstante, la consolidación de estos cambios aún enfrenta importantes desafíos, como la resistencia institucional y la necesidad de una transformación cultural que trascienda la formalidad normativa.

A partir de lo expuesto, la ciencia de las organizaciones amplió progresivamente su campo de análisis. Esta evolución permitió trascender la racionalización técnica para integrar dimensiones humanas y sociales, tales como las relaciones interpersonales en el entorno laboral y el papel desempeñado por la moral y las motivaciones en la productividad. Dicho desplazamiento implicó superar una perspectiva estrictamente técnica para avanzar hacia un enfoque más integrador, capaz de articular la estructura formal con las dinámicas informales que atraviesan las organizaciones[6].

En el escenario europeo, la incorporación de estos enfoques no se produjo de forma inmediata. Por el contrario, se halló condicionada por diversos factores, entre ellos un contexto epistemológico e ideológico que no favorecía plenamente tales desarrollos. Como advierte Chevalier (1983), nociones como eficacia y eficiencia debieron consolidarse primero en el ámbito privado antes de trasladarse al funcionamiento de la administración estatal.

Con el transcurso del tiempo, y en consonancia con las transformaciones económico-sociales de los países capitalistas europeos, el interés por la organización y la gestión adquirió mayor relevancia. Este fenómeno se vincula, en gran medida, con la creciente intervención del Estado y la necesidad de disponer de instrumentos más sistemáticos

6 Dicha evolución de perspectiva obedece al reconocimiento de que la productividad y la efectividad organizacional no se hallan supeditadas solo a factores técnicos, sino que integran dimensiones humanas tales como las motivaciones, las percepciones y las dinámicas de interacción institucional.

para la acción administrativa. Bajo este escenario, la denominada ciencia de las organizaciones fue consolidándose de manera más nítida.

Esta no se presenta como un campo único o cerrado, sino como un espacio de convergencia de distintos enfoques y perspectivas que abarcan tanto los aspectos técnicos como las dimensiones humanas del funcionamiento organizacional. Su desarrollo responde a múltiples factores —históricos, sociales y económicos— y ha posibilitado una comprensión más amplia de la administración, tanto en la esfera pública como en la privada.

5. LA CIENCIA ADMINISTRATIVA COMO CIENCIA SOCIAL

Más que constituir un campo plenamente unificado, la ciencia administrativa —que aún se encuentra en proceso de consolidación— se caracteriza por la coexistencia de distintos enfoques que no siempre guardan armonía entre sí. Por tal motivo, antes de concebirla como un cuerpo teórico único, puede entenderse como un espacio donde convergen diversas perspectivas, a menudo carentes de un criterio integrador que las articule. Bajo esta premisa, resulta discutible hablar de una sola ciencia administrativa; el campo, en rigor, se ha configurado a partir de aproximaciones heterogéneas que conviven dentro de un dominio todavía impreciso (Chevalier, 1983).

Sin embargo, esto no implica la ausencia de avances hacia una mayor coherencia. Con el tiempo, se advierte la configuración de una base común, aunque no sea un sistema cerrado. Dicho de otro modo: antes que una disciplina ya definida, la ciencia administrativa puede entenderse como un campo en construcción. Si bien introduce cambios respecto a sus orígenes, mantiene vínculos sustanciales con desarrollos previos. En tal sentido, su objeto de estudio no se presenta como un elemento predefinido desde el inicio, sino que se delimita progresivamente a partir de los enfoques teóricos que se adoptan.

5.1. LA CONSTRUCCIÓN DEL OBJETO

Una de las problemáticas centrales en este proceso radica, precisamente, en la definición del objeto de estudio de la ciencia administrativa. Al no existir una respuesta unívoca, surgen diversas posturas: por un lado, ciertos autores consideran que el análisis debe restringirse a la Administración pública; por otro, existe una visión más amplia que propone incluir a todas las organizaciones que operan en la sociedad. Esta divergencia no constituye solo una cuestión de amplitud, sino que refleja formas distintas de entender la disciplina. Dependiendo de cómo se delimite dicho objeto, variarán también los problemas considerados prioritarios y las herramientas analíticas empleadas.

La primera perspectiva se fundamenta en que la gestión pública posee rasgos intrínsecos que la distinguen de otras actividades sociales. La segunda, en cambio, enfatiza las similitudes entre diversas estructuras organizativas y cuestiona la existencia de una separación nítida entre lo público y lo privado. Ambas visiones aportan elementos relevantes: la Administración pública ocupa una posición particular en el entramado social, lo que justifica un análisis específico; pero, no puede comprenderse al margen de su entorno, ya que comparte características con otras organizaciones. En tal sentido, un enfoque comparativo permite dar cuenta de estas conexiones sin omitir sus diferencias.

En esa línea, conviene examinar la Administración pública como parte integrante del aparato estatal. Dicha concepción ha sido objeto de debate, especialmente al intentar precisar aquello que la distingue de otras formas de organización social (Chevalier, 1983). Desde la tradición liberal, se le asigna una posición particular debido a su ubicación en la esfera pública, lo que la separa —al menos teóricamente— de las actividades privadas y de los intereses de la sociedad civil. Bajo este enfoque, la sociedad civil se presenta como un espacio atravesado por intereses diversos y contradictorios, cuya articulación depende, en gran medida, de la intervención del Estado.

Así, la Administración pública se concibe como un instrumento orientado al interés general, lo que ha llevado a considerarla una instancia neutral y objetiva, dotada de medios de acción y de un estatus especial; aunque, es relevante subrayar que esta interpretación presenta limitaciones. Si bien la teoría liberal plantea una visión clara entre administración y política —ubicando a la primera como un aparato técnico subordinado a la segunda—, en la práctica dicha distinción resulta difusa.

Como señala Guerrero (2010), ambas esferas no funcionan de manera aislada, sino que mantienen un vínculo constante; más que una relación de simple subordinación, se observa una dinámica de interdependencia. Administración y política no solo convergen, sino que comparten espacios de decisión y responsabilidad. Por esto, resulta difícil sostener la idea de una administración completamente despolitizada, toda vez que no se limita a ejecutar decisiones, sino que participa activamente en su definición.

Aunado a lo anterior, una crítica relevante a esta concepción proviene de las teorías marxistas, que rechazan la neutralidad del Estado y su administración. Para Marx y Engels[7], el Estado no es un poder separado de la sociedad, sino un producto de las relaciones sociales, y la administración constituye un instrumento de dominación al servicio de los intereses de la clase dominante. De este modo, la Administración pública no puede analizarse como un ente externo, sino como parte integral de las relaciones sociales que ejerce su influencia mediante la coacción, tanto física como jurídica.

Desde otro enfoque, se aborda la Administración pública desde el derecho administrativo, estableciendo una correlación donde la

7 Si bien la teoría liberal postula una separación entre administración y política, en la práctica dicha distinción no siempre se manifiesta de forma nítida. Como advierte Guerrero (2010), ambas esferas guardan una vinculación más estrecha de lo que habitualmente se presume, toda vez que la administración no se restringe a la ejecución decisiones, sino que también incide en su formulación.

conceptualización de la administración es un requisito previo para la existencia del derecho. Al respecto, Hernández (2012) sostiene:

> La elaboración del concepto de Administración pública se ha prestado especial interés al principio de separación de poderes, a fin de diferenciar entre el criterio orgánico y el criterio funcional de Administración. Lo que trae consigo resolver un problema cardinal: si reducir el ámbito del Derecho administrativo solo a la Administración, órgano o, también, a la función administrativa. (p. 204)

Este planteamiento sigue una lógica en la que la Administración pública y el derecho administrativo mantienen una relación de dependencia conceptual recíproca. El derecho administrativo regula la actividad de la administración, estableciendo sus competencias, principios y límites; no obstante, para delimitar su objeto, es imprescindible definir previamente qué se entiende por Administración pública. En este sentido, el derecho administrativo requiere una noción clara de la administración, pero, simultáneamente, esta última se encuentra configurada por las normas y principios que el derecho impone.

En este contexto, la relación trasciende la dependencia terminológica para constituirse en un problema epistemológico: ¿es posible la existencia del derecho administrativo sin una Administración pública previamente delimitada? La respuesta tiende a ser negativa, puesto que toda regulación jurídica presupone un objeto de regulación. Aun así, resulta válido cuestionar hasta qué punto la conceptualización de dicha administración depende exclusivamente del ámbito jurídico o si, por el contrario, disciplinas como la ciencia de la administración o la teoría del Estado poseen la capacidad de incidir en su definición.

Desde una perspectiva crítica, sostener que la Administración pública solo puede existir en la medida en que existe el derecho administrativo implica una postura formalista que soslaya el desarrollo empírico e histórico de la administración como una realidad operativa

anterior a su regulación jurídica. En efecto, la administración, entendida como práctica estatal, se ha manifestado bajo diversas modalidades a lo largo del tiempo, incluso en sociedades carentes de una estructuración definida del derecho administrativo como disciplina. Un ejemplo de eso se halla en los sistemas políticos premodernos, donde la gestión de los asuntos colectivos se desarrollaba sobre la base de costumbres, jerarquías y mecanismos de control, que no respondían a una codificación jurídica formal (Guerrero, 2010).

Por otra parte, existe una aproximación alternativa a la Administración pública que trasciende su estructura y los fines que formalmente declara. En su lugar, enfatiza la capacidad de ejercer coerción en representación del Estado. Bajo esta perspectiva, dicho control es el factor que la distingue de otras organizaciones sociales y justifica su posición dentro de la ciencia administrativa (Chevalier, 1983). A partir de esta óptica, el vínculo entre administración y política se torna menos lineal de lo habitual[8]: la administración no se presenta solo como un aparato subordinado, sino como un componente del propio entramado político que participa —aunque no siempre de forma explícita— en su funcionamiento y en ciertos procesos de decisión.

En síntesis, resulta insuficiente concebir la Administración pública exclusivamente como un conjunto de reglas o procedimientos. Su actuación se halla permeada por dinámicas políticas y sociales de mayor alcance, las cuales condicionan tanto sus márgenes de maniobra como sus efectos. Desde esta premisa, su estudio demanda reconocer, simultáneamente, su especificidad y su vínculo con otras estructuras organizativas. De ahí que el enfoque comparativo no sea meramente accesorio, sino fundamental para identificar convergencias sin desatender su rol en la gestión del poder estatal.

---

8 Cuando se habla del papel central de la Administración pública, no basta con verla solo como una estructura burocrática, también está vinculada al ejercicio del poder. En ese punto, Weber (1993) señala que el monopolio de la coerción no solo permite al Estado imponer orden, sino que también contribuye a que su autoridad sea reconocida como legítima.

REFERENCIAS

Bourdieu, P. (2001). *El oficio de científico. Ciencia de la ciencia y reflexividad*. Anagrama.

Chevallier, J. (1983). *La ciencia administrativa*. Instituto Nacional de Administración Pública.

Langrod, G. (1965). La ciencia administrativa y su lugar entre las ciencias sociales. *Estudios*, 86, 18-40. https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/download/2515/2570

Guerrero, O. (2010). *La Administración pública a través de las ciencias sociales*. Fondo de Cultura Económica.

Hernández, J. I. (2012). El concepto de Administración pública desde la buena gobernanza y el derecho administrativo global. Su impacto en los sistemas de derecho administrativo de la América Española. *AFDUC*, *16*, 197-223. https://core.ac.uk/download/pdf/61909946.pdf

Martínez, Z. (2021). Las mujeres en la Administración pública: historia, avances y retos. *Revista IAPEM*, (109), 109-114.

Pardo, M. C. (1992). *Teoría y práctica de la administración pública en México (Lecturas básicas)*. Instituto Nacional de Administración Pública.

Sánchez, J. J. (2001). *La Administración pública como ciencia. Su objeto y estudio*. Plaza y Valdés.

Weber, M. (1993). *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva* (J. Winckelmann & J. Medina, Eds.; J. Medina, Trad.). Fondo de Cultura Económica.

Weber, M. (1991). *¿Qué es la burocracia?* Leviatán.

Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Vol. 80, n.º 80, enero-diciembre, 2025 • Publicación anual. Lima, Perú
ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)
DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2025.v80n80.08

UNA PROPUESTA TEÓRICA PARA ANALIZAR LOS CONFLICTOS SOCIALES POR EL DESPLIEGUE DE INFRAESTRUCTURA DE TELECOMUNICACIONES EN LIMA Y CALLAO

A theoretical framework for analysing social conflicts arising from the deployment of telecommunications infrastructure in Lima and Callao

Carlos Infante Palomino
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)
Contacto: carlos.infante@unmsm.edu.pe
https://orcid.org/0000-0003-4670-0013

RESUMEN

El avance tecnológico conlleva la instalación de nuevas infraestructuras y dispositivos en los entornos urbanos y locales. Esta transformación del espacio físico cataliza el surgimiento de diversas formas de acción colectiva y, frecuentemente, desencadena nuevos conflictos sociales. En el caso específico del despliegue de infraestructura de telecomunicaciones, suele argumentarse que la raíz de esta respuesta ciudadana radica en la desinformación. Sin embargo, una aproximación a los

datos de la Encuesta Nacional de Programas Presupuestales, elaborada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática, muestra lo contrario; por tanto, estos argumentos resultan insuficientes y plantean una situación problemática. Este artículo, de carácter exploratorio, realiza una revisión bibliográfica de las investigaciones sobre el tema, analiza los datos de la Encuesta Nacional de Programas Presupuestales para el periodo 2013-2019 en Lima Metropolitana y el Callao, y propone una hipótesis de trabajo basada en la sociología orientada a los objetos.

Palabras clave: conflicto social; acción colectiva; antena; telecomunicación.

ABSTRACT

Technological progress entails the installation of new infrastructure and devices in urban and local environments. This transformation of physical space catalyses the emergence of various forms of collective action and frequently triggers new social conflicts. In the specific case of the deployment of telecommunications infrastructure, it is often argued that the root of this public response lies in misinformation. However, an examination of data from the National Survey of Budgetary Programmes, compiled by the National Institute of Statistics and Informatics, shows the opposite; therefore, these arguments are insufficient and raise a problematic situation. This exploratory article conducts a literature review of research on the subject, analyses data from the National Survey of Budgetary Programmes for the period 2013-2019 in Metropolitan Lima and Callao, and proposes a working hypothesis based on object-oriented sociology.

Keywords: social conflict; collective action; antenna; telecommunications.

Recibido: 21/07/2025 Aprobado: 13/10/2025 Publicado: 17/12/2025

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los principales problemas públicos en el Perú radica en la infraestructura. La necesidad de cerrar brechas en educación, salud, transporte, seguridad y justicia, entre otros, también alcanza al sector de las telecomunicaciones. Tras la década de 1980, estos servicios fueron externalizados —en términos de Stiglitz (2000)—; de este modo, la empresa estatal ENTEL Perú fue vendida a Telefónica, lo que puso fin al periodo de monopolio estatal. Este hito dio paso a la etapa de concurrencia limitada en telefonía fija (1994-1998) y a la posterior apertura del mercado (1998-2005), tal como señala el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL, 2014). Posteriormente, se consolidó una cuarta fase, caracterizada por el despliegue y la expansión de los servicios móviles en el país.

López (2019) documenta los inicios de los servicios móviles en el Perú, destacando a Telemóvil como la empresa pionera en 1990. En 1992, esta compañía pasó a denominarse Tele2000 para, finalmente, ser vendida a BellSouth en 1996. Dicha operadora extendió sus servicios tanto en Lima como en provincias hasta su absorción por Telefónica en 2004. Este proceso de consolidación se desarrolló en un escenario de progresiva competencia con otras firmas del sector, como Nextel y TIM, las cuales iniciaron operaciones en 1999 y 2001, respectivamente.

Siguiendo a Stiglitz (2000), incluso en contextos de privatización, el Estado sigue cumpliendo un rol regulador, supervisor y garante en la provisión de servicios públicos. En el Perú, estas funciones son ejercidas por el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, este último a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) y de OSIPTEL.

Este contexto de promoción de la competencia y regulación no solo implica la interacción entre actores humanos, sino también la movilización de objetos o *actantes no humanos*, siguiendo la propuesta teórica de Latour (2008). En términos concretos, la competencia y la

aparición de nuevos operadores exigen el despliegue de infraestructura física, es decir, de antenas, postes, nodos, fibra y una vasta cantidad de objetos sociotécnicos a nivel local.

Hacia septiembre de 2007, el sector carecía de una regulación estandarizada para la obtención de permisos destinados a la construcción de torres de telecomunicaciones. En este contexto, el terremoto en Pisco evidenció las carencias de la infraestructura nacional, puesto que el colapso de la red imposibilitó realizar llamadas de emergencia y el envío de mensajes de texto (SMS). Durante el mensaje a la nación posterior al sismo, el entonces presidente Alan García llamó la atención tanto de los funcionarios del Ejecutivo como de las autoridades locales. La responsabilidad era compartida: la Ley n.º 29022 (Ley para la Expansión de Infraestructura en Telecomunicaciones), promulgada en mayo de ese mismo año, aún no se encontraba reglamentada, mientras que los gobiernos locales continuaban entorpeciendo la gestión de permisos.

Luego, durante la siguiente década, convergieron diversos avances tecnológicos, competitivos y normativos en el sector. Primero, destacó la aparición de la tecnología 4G que, a diferencia de sus versiones previas, permitía el transporte de datos a alta velocidad junto con los servicios tradicionales de voz y mensajería. Segundo, el mercado se reconfiguró con la adquisición de Nextel por parte de la firma chilena Entel en 2013, y el inicio de operaciones de la compañía vietnamita Bitel en 2014. Ambas ingresaron al mercado como competencia directa de Telefónica y Claro (filial de América Móvil que adquirió TIM en 2005). Este escenario fue posible porque el Estado peruano licitó el espectro electromagnético y motivó una evaluación de la regulación del sector, principalmente en el despliegue de infraestructura. En consecuencia, en 2014 se promulgó la Ley n.º 30228 (modificatoria de la Ley n.º 29022), la cual sustituyó el procedimiento de evaluación previa sujeto a silencio administrativo positivo por un régimen de aprobación automática. Estos cambios se inscribieron en las políticas de

modernización del Estado y simplificación administrativa, con el objetivo de reducir la brecha de infraestructura.

El crecimiento del sector —cuyos indicadores, según el portal PUNKU de OSIPTEL, pasaron de 1174 millones de dólares en 2015 a 2137 millones en 2016— se tradujo también en un incremento de denuncias vecinales, ampliamente replicadas en los medios de comunicación. Los conflictos por instalación de antenas comenzaron a reportarse en diversas zonas del país de manera constante y descentralizada. Lo que normativamente debía significar una mejora del servicio y un despliegue en un clima de paz social, resultó, en algunos casos, lo contrario. Ante este panorama, el Estado peruano buscó mitigar el rechazo ciudadano mediante campañas informativas como «Antenas Buena Onda» (2015); no obstante, las quejas y los conflictos persistieron con recurrencia.

Debido a que la pandemia de la COVID-19 obligó al Estado peruano a tomar medidas de emergencia —como el aislamiento social obligatorio— y motivó modificaciones temporales en la gestión de permisos para infraestructura (Decreto Legislativo n.º 1477), se ha establecido como muestra congruente el periodo 2016-2019. Se seleccionó a Lima Metropolitana y el Callao como zona de estudio, ya que el mayor déficit y despliegue debía desarrollarse en la capital debido a su alta densidad poblacional y a la creciente demanda de conectividad.

1.1. METODOLOGÍA

La presente investigación plantea un diseño de alcance exploratorio, cuyo propósito central es la formulación de una hipótesis de trabajo enmarcada en un proyecto académico más amplio. La propuesta se fundamenta en la revisión analítica de la literatura. El artículo constituye un estudio exploratorio, debido a que tiene cómo examinar un tema novedoso y sentar las bases para futuros estudios más profundos, siguiendo los postulados de Hernández et al. (2014).

Complementariamente, se ejecutó un análisis estadístico descriptivo utilizando los datos del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). Para el procesamiento de la información se empleó el software SPSS, mientras que la elaboración de tablas y gráficos se llevó a cabo en Microsoft Excel.

2. LOS CONFLICTOS SOCIALES POR EL DESPLIEGUE DE INFRAESTRUCTURA DE TELECOMUNICACIONES

2.1. REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA

A partir de la revisión bibliográfica, se ha identificado diversos enfoques de investigación sobre telecomunicaciones y conflictos sociales en el Perú. Entre ellos se tienen los siguientes:

- Impacto económico y estadístico: las investigaciones han priorizado el análisis del impacto del acceso a internet en el crecimiento económico del país (Reátegui et al., 2021) y el recuento estadístico de los servicios realizado por OSIPTEL (2020), complementado por informes comerciales periódicos, como los de TowerXchange.
- Regulación y políticas públicas: destaca el trabajo de Kingstone & Ponce (2021), quienes analizan la interacción entre el Ejecutivo y el Legislativo en la formulación de políticas sectoriales, a la par de los análisis comparados de regulación regional aportados por 5G Americas (2022). Desde una perspectiva corporativa, documentos como el reporte de American Tower Corporation afirman que «la falta de información, desconocimiento y percepciones erróneas o infundadas obstaculizan los despliegues» (ATC, 2021, p. 35). A esta línea se suman recientes evaluaciones sobre las trabas burocráticas (Martínez et al., 2023; Merino, 2025) y la fiscalización arbitraria (Asociación de Contribuyentes del Perú, 2017).

- Factores sociales en la formulación de proyectos: abordando los factores críticos de éxito en el ciclo de vida de los proyectos de telecomunicaciones, Sotelo (2023) identifica la desconexión con las necesidades del usuario como un factor de riesgo social, aunque paradójicamente le asigna una ponderación marginal (5 %) en el ámbito de la inversión privada (p. 61).
- Conflictos sociales: Santillán & Javier (2019) evidenciaron empíricamente la correlación entre la desinformación comunitaria, los prejuicios sobre la infraestructura y el surgimiento de conflictos en un asentamiento humano en Chancay. En una línea paralela, Palpa (2019) confirmó una asociación moderada entre la relación entre la «licencia social» y la ejecución de obras civiles de telecomunicaciones en Lima Metropolitana.

De manera transversal, los estudios mencionados coinciden en que el «factor social» es relevante y es tratado como una especie de variable independiente; una suerte de tótem que afecta el entorno, pero que no parece ser afectado por este. Esta dimensión tendría su raíz en el desconocimiento sobre el funcionamiento de las redes, materializando el fenómeno que Sartori (1998) denomina como el «milagro del telever» (p. 136).

2.2. ANÁLISIS DE DATOS DE LA ENAPRES DEL INEI

Desde el año 2010, el Estado peruano, a través del INEI, realiza anualmente la Encuesta Nacional de Programas Presupuestales (ENAPRES). Su objetivo principal es generar información para medir y evaluar la efectividad de los programas presupuestales públicos. A partir de 2013, este instrumento incorporó un módulo específico de telecomunicaciones, el cual incluye preguntas estructurales que se detallan en la tabla 1.

Tabla 1

Preguntas de la ENAPRES en la sección telecomunicación (2013-2019)

Pregunta	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
P179. Usted, ¿está de acuerdo con que en su zona o barrio se instalen antenas de telefonía móvil?	X	X	X	X	X	X	X
P180. ¿Por qué no está de acuerdo con que en su zona o barrio se instalen antenas de telefonía móvil?	X	X	X	X	X	X	X
Produce riesgo para la salud	X	X	X	X	X	X	X
Produce riesgo para el medio ambiente	X	X	X	X	X	X	X
Interfieren con los aparatos de uso cotidiano	X	X	X	X	X	X	X
Emiten ruidos o zumbidos	X	X	X	X	X	X	X
Produce riesgo de accidente	-	X	X	X	X	X	X
Otro (especifique)	-	X	X	X	X	X	X
P181. ¿Usted ha recibido información sobre la relación entre las antenas de telefonía móvil y la salud humana?	X	X	X	X	X	X	X
P182. ¿Quién le brindó la información?	X	X	-	-	-	-	-
P183. ¿Considera que las antenas de telefonía móvil son necesarias para el funcionamiento de la telefonía celular e internet?	X	-	-	-	-	-	-

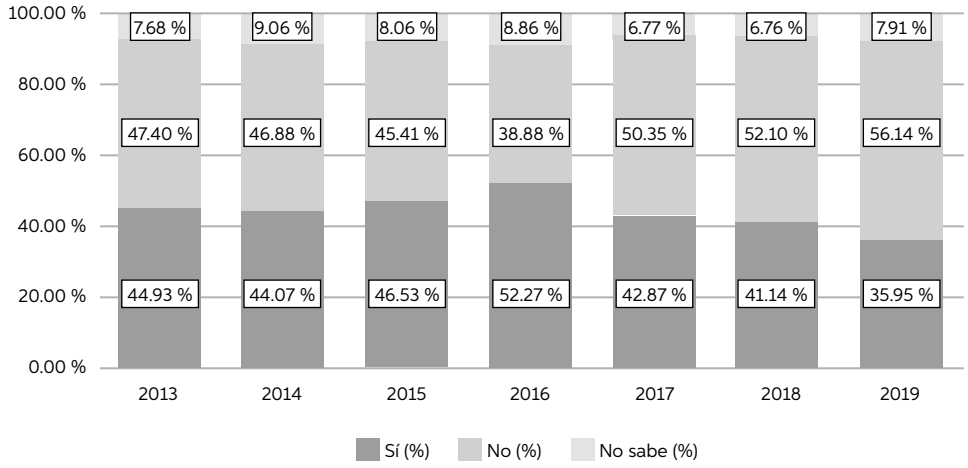
Fuente: INEI (2020).

La primera de ellas (P179) es una consulta directa sobre la aceptación de infraestructura, diseñada para medir la favorabilidad ciudadana frente al despliegue de antenas en su entorno residencial, introduciendo con ello una variable de proximidad territorial. Complementariamente, la pregunta P180 busca desglosar las razones del rechazo mediante opciones múltiples, mientras que la pregunta P181 versa sobre la recepción de información acerca de la relación entre las antenas y la salud pública. Cabe precisar que en la ENAPRES de 2013 contempló dos variables suplementarias: la identificación de las fuentes de información y el reconocimiento ciudadano sobre la necesidad técnica de estas infraestructuras para garantizar la conectividad móvil; sin embargo, estas no volvieron a integrarse en las encuestas posteriores.

Respecto a la pregunta P179, los resultados en Lima Metropolitana y el Callao arrojan información no concluyente y muestran una opinión dividida. El porcentaje de aceptación ha oscilado entre el 35 % y el 52 %, con picos en 2016 (más del 52 %) y mínimos en 2019 (alrededor del 36 %). El rechazo suele ser superior a la aceptación, especialmente en 2019, cuando superó el 56 %. Por otro lado, el porcentaje de indecisos se mantiene bajo, generalmente entre el 5 % y el 8 % (figura 1).

Figura 1

«Usted, ¿está de acuerdo con que en su zona o barrio se instalen antenas de telefonía móvil?», Lima Metropolitana y el Callao (2013-2019)



Fuente: INEI (2020).

Un hito que representó un esfuerzo del Estado peruano, e impactó en los datos expuestos, fue la campaña «Antenas Buena Onda» (2015), liderada por el MTC. Dicho proyecto brindó información oficial sobre la radiación no ionizante que emiten los equipos de telecomunicaciones. Por tanto, se puede inferir que el aumento de la aceptación del 46,53 % en 2015 al 52,27 % en 2016 es producto, en parte, de dicha iniciativa. Asimismo, se sumaron esfuerzos desde el sector privado a través de Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional

(AFIN) y su campaña «Más Antenas, Mejor Comunicación», también en 2015, lo que contribuyó a modificar la percepción de los encuestados.

Igualmente, se detallan los motivos por los cuales la ciudadanía manifiesta su disconformidad con la instalación de antenas. Las principales razones y su evolución porcentual son las siguientes: 1) riesgo para la salud, que constituye la causa dominante al representar entre el 68 % y el 79 % de las respuestas negativas cada año; 2) riesgo para el medio ambiente, con una oscilación de entre el 5 % y el 11 %; 3) interferencia con aparatos de uso cotidiano, situada entre el 3 % y el 7 %; 4) ruidos o zumbidos, con una incidencia menor al 3 %; 5) riesgo de accidente, factor que aparece a partir de 2014 y alcanza hasta el 12 % en algunos periodos; 6) otras razones, que agrupan menos del 10 %. Lo anterior indica que la preocupación por la salud es el principal motivo de rechazo, seguido por el impacto ambiental y otros factores secundarios (tabla 2).

Tabla 2

¿Por qué no está de acuerdo con que en su zona o barrio se instalen antenas de telefonía móvil? Lima Metropolitana y el Callao (2013-2019)

Motivos de desacuerdo	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Produce riesgo para la salud	68,79 %	71,25 %	77,15 %	79,31 %	77,31 %	76,70 %	76,24 %
Produce riesgo para el medio ambiente	11,15 %	6,20 %	5,40 %	5,86 %	5,16 %	6,33 %	5,83 %
Interfieren con los aparatos de uso cotidiano	7,25 %	4,99 %	3,70 %	4,41 %	4,16 %	4,34 %	3,46 %
Emiten ruidos o zumbidos	2,95 %	2,53 %	1,16 %	1,07 %	1,34 %	1,62 %	1,58 %
Produce riesgo de accidente	0,00 %	12,24 %	10,68 %	7,32 %	10,54 %	9,16 %	10,39 %
Otras razones	9,86 %	2,80 %	1,91 %	2,03 %	1,49 %	1,84 %	2,50 %

Fuente: INEI (2020).

Al realizar un cruce entre la anuencia a la instalación (P179) y la recepción de información (P181), las tablas cruzadas evidencian que estar informado no necesariamente influye de manera positiva en la opinión: solo un porcentaje pequeño de quienes recibieron información

está de acuerdo con la instalación (entre el 6 % y el 18 %, según el año). En contraste, la mayoría de quienes recibieron información sigue manifestando desacuerdo (entre el 25 % y el 36 %). Vale decir también que la mayoría de quienes no recibieron información tienden al desacuerdo, aunque el porcentaje de aceptación es ligeramente mayor en este grupo.

Tabla 3

Cruce entre la opinión sobre la instalación de antenas y la recepción de información sobre salud en Lima Metropolitana y el Callao (2013-2019)

Información	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Recibieron información y están de acuerdo	6,49 %	7,59 %	11,39 %	18,23 %	11,00 %	7,38 %	5,75 %
Recibieron información, pero no están de acuerdo	25,46 %	36,45 %	12,40 %	23,95 %	24,07 %	17,41 %	13,58 %
No recibieron información y están de acuerdo	38,43 %	36,47 %	32,80 %	34,04 %	31,88 %	33,76 %	30,20 %
No recibieron información y no están de acuerdo	21,94 %	10,42 %	35,70 %	14,93 %	26,28 %	34,69 %	42,56 %

Fuente: INEI (2020).

Lo señalado sugiere que la información recibida no cambia necesariamente la percepción negativa y que el rechazo es elevado tanto en ciudadanos informados como no informados. Por tal motivo, no existe evidencia que permita concluir de manera general una relación directa entre la recepción de la información y la aceptación de la infraestructura en el entorno local. Este escenario resulta aún más complejo si se intenta analizar desde la perspectiva de la acción colectiva.

En vista de que las respuestas a esta problemática son insuficientes —al basarse en estudios puntuales, creencias del sector o investigaciones orientadas hacia la regulación o formulación de proyectos— y que la data oficial no permite formular afirmaciones certeras, el siguiente apartado plantea una propuesta teórica para una hipótesis de trabajo que aborde con mayor profundidad el análisis de estos conflictos.

3. PROPUESTA TEÓRICA

3.1. ACCIÓN COLECTIVA

Los estudios sobre la acción colectiva han trazado un camino sinuoso desde enfoques iniciales centrados en lo psicológico hacia perspectivas sociológicas que destacan los determinantes estructurales y culturales de la movilización. Smelser (1995) aportó una visión funcionalista que vinculó el comportamiento colectivo con tensiones sociales y creencias generalizadas, mientras que Gurr reformuló el debate con la teoría de la privación relativa, posteriormente criticada por Tilly al enfatizar la organización como motor de la protesta. Los conflictos sociales por antenas, sin embargo, no siempre están afectados por tensiones estructurales o sociales previas. No existe una relación, por ejemplo, entre la dicotomía rico-pobre y este tipo de conflictos, pues ambos estratos protestan por igual.

Durante las décadas de 1960 y 1970, los movimientos sociales adquirieron mayor atención de la academia por su carácter más racional y organizado, como señalaron Hobsbawm, Thompson y Lefebvre. Olson (1985) introdujo la teoría de la elección racional, subrayando la importancia de los incentivos y las sanciones. Luego, el análisis se amplió hacia los recursos materiales y simbólicos, la infraestructura organizacional y las oportunidades políticas, con aportes de Tarrow y Lipsky. Las lógicas de Olson no responden al porqué de estos conflictos, sino al cómo; asimismo, la infraestructura organizacional tampoco es un referente inequívoco, pues no necesariamente los barrios mejor organizados son los que protestan contra las antenas.

La acción colectiva como objeto oscila entre tres grandes enfoques: la movilización de recursos, los movimientos orientados a la identidad y el modelo de proceso político. No obstante, autores como Camarero (2013) y Melucci (1999a, 1999b) proponen modelos multifactoriales que integran tensiones, privación, recursos y oportunidades, mientras que Almeida (2020a, 2020b) incorpora la dimensión emocional y la construcción del enemigo. Frente a las limitaciones de

las perspectivas tradicionales, se plantea una teoría de la acción colectiva orientada a los objetos, siguiendo a Latour (2007), que reconoce la capacidad de agencia de las infraestructuras en la generación de conflictos sociales.

3.2. CONFLICTO SOCIAL

La discusión inicial sobre si es más pertinente hablar de protesta social o de conflicto social se resuelve considerando que la protesta constituye un momento puntual dentro de un entramado más amplio denominado conflicto social. Diversos autores coinciden en que los conflictos sociales son procesos complejos donde se enfrentan percepciones e intereses, manifestados mediante acciones colectivas o protestas, y que pueden ser entendidos como ensamblajes de actores humanos y no humanos en confrontación.

Siguiendo a Lorenzo (2001), el conflicto social ha sido abordado desde distintas corrientes sociológicas. Para el marxismo, según Silva (2008), los conflictos responden a la colisión de intereses entre clases sociales, vinculados a la producción y la propiedad de los medios de producción, lo que conlleva un enfoque determinista. El liberalismo, en cambio, cuestiona la categoría de clase social y propone la noción de «grupo social» como una unidad de análisis más útil (Silva, 2008).

En las décadas de 1950 y 1960, el debate se centró entre el estructural-funcionalismo y las corrientes conflictualistas. El primero resaltaba la cooperación y la estabilidad, mientras que el segundo enfatizaba el cambio revolucionario (Silva, 2008). Dentro del funcionalismo, Malinowski, Parsons y Merton aportaron distintas perspectivas: Parsons entendía el orden como fundamento del sistema social y veía el conflicto como una amenaza (Lorenzo, 2001), mientras que Merton lo interpretaba como una disfunción.

Lorenzo (2001) también menciona *las teorías volcánicas*, que explican el conflicto como una acumulación de frustraciones y estallidos espontáneos. Posteriormente, las nuevas teorías se vincularon con

los movimientos sociales, integrando la movilización de recursos y las oportunidades políticas, corrientes conocidas como teorías racionalistas del conflicto.

Cadena (1999) reconstruye una teoría del conflicto a partir de Dahrendorf, Bell, Coser y Rex. Dahrendorf plantea que el motor de la historia no es la lucha de clases, sino los conflictos derivados de las relaciones de poder y dominio en todas las esferas sociales. Coser complementa esta visión distinguiendo entre conflictos reales e irreales y resaltando su papel en la formación de nuevos grupos. Rex, por su parte, introduce la idea de *doble contingencia*, donde las acciones de los individuos dependen tanto de sus expectativas como de la percepción de terceros.

La Defensoría del Pueblo (2012) define el conflicto social como un proceso complejo en el que sectores de la sociedad, el Estado y las empresas perciben contradicciones en sus intereses, objetivos o valores, lo que puede derivar en violencia. Al respecto, Martuccelli (2024), desde la sociología del individuo, señala que en el Perú existe una ausencia de cultura de los conflictos, por lo que predominan dinámicas de avasallamiento entre las partes en un contexto de sociabilidad marcada por el sincretismo cultural.

3.3. SOBRE EL GIRO ONTOLÓGICO

La comprensión de la acción colectiva y los conflictos sociales ha sido tradicionalmente abordada desde perspectivas racionalistas y orientadas a objetivos; sin embargo, este enfoque resulta limitado para explicar la complejidad de estos fenómenos en la sociedad actual. Por esto, la presente investigación propone una mirada alternativa inspirada en la filosofía de Heidegger (2006 [1927]) y en las ideas de Castro (2020), Han (2021) y Harman (2018), quienes exploran la naturaleza de los objetos y su papel en la realidad social. En este contexto, surge el concepto de *hiperobjetos*: entidades que existen más allá de lo perceptible y lo utilitario —como el cambio climático— y que desafían las explicaciones convencionales.

El proceso de hacer visible lo invisible en la investigación social implica no solo recopilar datos, sino también interpretarlos y construir explicaciones que revelen dimensiones ocultas de la realidad. La ciencia, de esa manera, asume una función creativa al transformar lo aparentemente trivial en elementos significativos para el análisis. Latour (2008), desde la corriente posestructuralista, propone una sociología orientada hacia los objetos plasmada en la *teoría del actor-red* (TAR), la cual desafía las divisiones clásicas entre sujetos y objetos, y reconoce la agencia de los elementos materiales en la configuración de los fenómenos sociales.

La TAR, siguiendo a Latour (2008), se fundamenta en cinco fuentes de incertidumbre que cuestionan los supuestos de la sociología tradicional. La primera sostiene que no existen grupos estáticos, sino procesos dinámicos de formación, transformación y disolución de agrupaciones sociales. Los actores, lejos de ser simples informantes, tienen la capacidad de generar sus propias teorías y delimitar sus colectivos mediante la interacción y la diferenciación respecto a otros grupos.

La segunda fuente de incertidumbre se refiere a la acción. En la TAR, esta no es exclusiva de los individuos, sino que resulta de la interacción de múltiples agentes y mediadores, tanto humanos como no humanos. La agencia debe ser rastreable y visible en los relatos; además, puede manifestarse en estructuras, colectivos, individuos o agrupaciones informales. En consecuencia, el análisis debe centrarse en describir los mediadores y evitar explicaciones causales simplistas.

La tercera fuente destaca la capacidad de agencia de los objetos. La TAR propone incluir explícitamente los elementos materiales en los relatos sociológicos, eliminando la dicotomía moderna entre sujeto y objeto. Los objetos, lejos de ser pasivos, pueden influir en la dinámica social de manera intermitente; esto ocurre, especialmente, en situaciones de innovación, accidentes o cuando transitan de la invisibilidad a la visibilidad por circunstancias extraordinarias. Además, existen

cuasiobjetos o híbridos con carga cultural que no pueden ser explicados solo desde su materialidad (Latour, 2007), sino que requieren considerar las asociaciones entre humanos y no humanos.

La cuarta fuente de incertidumbre aborda la distinción entre *cuestiones de hecho* y *cuestiones de interés*. Latour sugiere adoptar una actitud literal y directa frente a lo observable, liberando a los objetos de explicaciones deterministas y permitiendo que las agencias se manifiesten como reuniones de elementos reales y significativos. El objetivo es registrar empíricamente las conexiones y relaciones que configuran la red social.

La quinta fuente enfatiza la importancia de las explicaciones arriesgadas y la centralidad del texto. Todo debe estar descrito en el texto, que se convierte en el laboratorio donde lo social se hace visible. La objetividad se alcanza a través de la artificialidad de la escritura, la cual permite rastrear las conexiones y los efectos directos entre los actores.

Latour también propone desplegar todas las controversias sin decidir de antemano el mejor punto de partida, manteniendo lo social en un plano horizontal. Esto implica analizar la referencia circulante, donde la complejidad de la naturaleza se reduce a esquemas y mapas que conectan el lenguaje con la realidad material.

Para evitar explicaciones excesivamente contextualizadas, Latour sugiere tres movimientos metodológicos. El primero consiste en localizar lo global, estableciendo conexiones entre interacciones locales y otros lugares, momentos y agencias. Para esto, se utilizan *sujetadores* como los oligópticos —que permiten observar fenómenos desde múltiples perspectivas— y los panoramas, que ofrecen una visión global. El segundo movimiento consiste en redistribuir lo local, estableciendo circuitos mediante articuladores y localizadores que transportan presencias de un lugar a otro. Lo social se hace visible a través de agencias no sociales, lo que permite evitar respuestas exclusivamente sociológicas y reconocer la influencia de elementos externos en la subjetividad

individual. El tercer movimiento trata de conectar los sitios, integrando lo contextual y lo local a través de cosas, cuasiobjetos y enlaces, en lugar de centrarse aisladamente en agentes humanos o colectivos. Al final, la red formada por rastros, agentes, mediadores e intermediarios puede dejar fuera elementos no conectados, denominados *plasma*, que representan lo no descrito y lo infinito en la realidad social.

La TAR de Latour (2008) ofrece una perspectiva innovadora para analizar la acción colectiva y los conflictos sociales, al reconocer la agencia de los objetos y la complejidad de las redes que configuran la sociedad. Este enfoque permite superar las limitaciones de las teorías racionalistas y contextuales, abriendo nuevas posibilidades para la investigación sociológica y la comprensión de los fenómenos sociales contemporáneos.

Los procesos de innovación tecnológica y el uso de las actuales herramientas —principalmente el despliegue de la tecnología inalámbrica 4G y 5G— generan ciertas condiciones necesarias para su funcionamiento; tales como el tipo de estructuras, la altura y la cercanía de las antenas a los usuarios. Estos requerimientos colisionan con otras redes de asociaciones vecinales y su relación con el espacio barrial. Esta cadena de interrelaciones entre actores y actantes, tanto humanos como no humanos, constituye la razón principal para la aparición de estos conflictos. Por tanto, los marcos interpretativos expuestos anteriormente suelen señalar otros elementos de la red y no necesariamente respuestas; por lo que, las teorías basadas en líneas argumentativas de clase, tensión estructural, capacidad organizativa o búsqueda de oportunidad deben mantenerse *planas* dentro de la investigación.

4. CONCLUSIONES

El despliegue de la infraestructura de telecomunicaciones en el Perú ha evolucionado desde el monopolio estatal hasta la apertura del mercado, atravesando fases de competencia y regulación pública. La ausencia de una normativa clara y la precariedad de la infraestructura

se evidenciaron tras el terremoto de Pisco en 2007, evento que impulsó cambios legales y campañas informativas. Sin embargo, el crecimiento del sector ha generado conflictos sociales esporádicos e itinerantes, especialmente en Lima y Callao, donde la demanda y el déficit de señal son más acentuados.

La revisión bibliográfica identifica cuatro enfoques principales: el impacto económico y estadístico, la regulación y políticas públicas, los factores sociales en proyectos de telecomunicaciones y los estudios centrados en los conflictos sociales. Existe consenso en que el *factor social* es relevante y se vincula con el desconocimiento sobre el funcionamiento de las redes y la percepción de riesgo. Asimismo, las investigaciones demuestran que las percepciones erróneas obstaculizan el despliegue de infraestructura y exacerban las tensiones.

El análisis de la ENAPRES revela opiniones divididas sobre la instalación de antenas, con un rechazo mayoritario motivado por preocupaciones de salud. A pesar de las campañas informativas, la recepción de datos no modificó significativamente la percepción negativa. El hecho de que tanto ciudadanos informados como no informados tiendan a rechazar la instalación contradice la premisa de que la desinformación es la causa principal de los conflictos, lo cual evidencia un fenómeno de mayor complejidad.

La propuesta teórica se sustenta en la TAR de Latour, la cual plantea que los conflictos sociales y la acción colectiva no dependen exclusivamente de factores humanos, sino también de la agencia de los objetos (infraestructuras). Este enfoque reconoce la complejidad de las redes sociales donde actores humanos y no humanos interactúan para configurar los fenómenos sociales, superando las limitaciones de los modelos racionalistas y contextuales tradicionales.

Por último, una hipótesis de trabajo congruente con la TAR se fundamenta en la trazabilidad de los objetos, su composición e interacción con otros actantes (humanos no humanos). Dichos factores explicarían la causa de la acción colectiva desde un ejercicio de

desprendimiento e *inocencia teórica*. En este sentido, deben considerar las características del espectro electromagnético como *hiperobjeto*, además de la cadena de decisiones de los operadores en interacción con el equipamiento existente y el espacio físico. Todo ello permite integrar los marcos interpretativos como *panoramas*, sin perder de vista la evidencia material y el carácter notorio del despliegue de la infraestructura.

REFERENCIAS

Almeida, P. (2020a). *Movimientos sociales*. CLACSO.

Almeida, P. (2020b). *Movimientos sociales. La estructura de la acción colectiva*. CLACSO.

American Tower & SMC+ Digital Public Affairs. (2021). *Nuevas dinámicas de la gestión de infraestructura de telecomunicaciones en América Latina*. American Tower; SMC.

Asociación de Contribuyentes del Perú. (2017). *Primer observatorio de barreras al despliegue de infraestructura de telecomunicaciones en Lima Metropolitana durante el 2017*.

Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional. (2015). *Más Antenas, Mejor Comunicación*. AFIN. https://masantenasperu.com/

Cadena, E. (1999). La teoría del conflicto: esbozo de síntesis. *AEM*, 2, 36-51. https://convergencia.uaemex.mx/article/view/10438/8511

Castro, E. (2020). *Bruno Latour y la Ontología Orientada a los Objetos - Pensamiento contemporáneo*. https://www.youtube.com/watch?v=FUFPk5ahEYQ

Camarero, H. (2013). Una revisión acerca del estudio de la movilización de la protesta y la organización de los movimientos sociales a partir de las teorías de la acción colectiva. *Journal de Ciencias Sociales*, *0*(1), 62-77. https://doi.org/10.18682/jcs.v0i1.151

Defensoría del Pueblo. (2012). *Reporte de conflictos sociales N.º 99 - mayo 2012. Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad.* https://sinia.minam.gob.pe/documentos/reporte-conflictos-sociales-ndeg-99-mayo-2012

Han, B. C. (2021). *No cosas: quiebras del mundo de hoy*. Taurus.

Harman, G. (2018). *Object-oriented ontology: a new theory of everything*. Pelican Books.

Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2014). *Metodología de la investigación* (6.ª ed.). McGraw Hill España.

Heidegger, M. (2006 [1927]). *Ser y tiempo* (J. Gaos, Trad.). Editorial Trotta.

Instituto Nacional de Estadística e Informática. (s.f.). *Microdatos*. INEI. https://proyectos.inei.gob.pe/microdatos/

Latour, B. (2007). *Nunca fuimos modernos. Ensayo de antropología simétrica*. Siglo XXI Editores.

Latour, B. (2008). *Reensamblar lo social: una introducción a la teoría del actor-red* (G. Zadunaisky, Trad.). Manantial.

López, A. (2019). *Telefonía móvil: las empresas que fueron «absorbidas» en el Perú*. Mercado Negro. https://www.mercadonegro.pe/medios/informes/telefonia-movil-las-empresas-que-fueron-absorbidas-en-el-peru/

Lorenzo, P. L. (2001). *Fundamentos teóricos del conflicto social*. Siglo XXI Editores.

Martuccelli, D. (2024). *El otro desborde. Ensayos sobre la metamorfosis peruana*. La Siniestra Ensayos.

Melucci, A. (1999a). Los movimientos sociales en la sociedad contemporánea. En *Acción colectiva, vida cotidiana y democracia* (pp. 69-94). El Colegio de México. https://www.jstor.org/stable/j.ctvhn0c2h.6

Melucci, A. (1999b). Vida cotidiana y acción colectiva. En *Acción colectiva, vida cotidiana y democracia* (pp. 131-159). El Colegio de México. https://www.jstor.org/stable/j.ctvhn0c2h.8

Merino, M. (2025). *Las limitaciones que generan las barreras burocráticas impuestas por los gobiernos locales en el despliegue e implementación de infraestructura pasiva de telecomunicaciones en Lima Metropolitana (2021–2024)* [tesis de maestría, Universidad de Lima]. Repositorio Institucional de la Universidad de Lima. https://repositorio.ulima.edu.pe/handle/20.500.12724/23731

Ministerio de Transportes y Comunicaciones. (2015). *Campaña antenas buena onda*. MTC.

Olson, M. (1985). La lógica de la acción colectiva. En *Auge y decadencia de las naciones* (pp. 32-55). Ariel.

Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones. (2014). *El boom de las telecomunicaciones*. OSIPTEL. https://www.gob.pe/es/institucion/osiptel/informes-publicaciones/1073848-el-boom-de-las-telecomunicaciones

Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones. (2020). *Los servicios públicos de telecomunicaciones en los hogares peruanos*. OSIPTEL.

Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones. (s.f.). *PUNKU. Portal de información de las telecomunicaciones*. OSIPTEL.

Palpa, D. B. (2019). *Relación de licencia social en la ejecución de obras civiles de telecomunicación en Lima Metropolitana, Región Lima - 2017* [tesis de licenciatura, Universidad Peruana Los Andes]. Repositorio Institucional UPLA. https://repositorio.upla.edu.pe/handle/20.500.12848/2829

Pisapapeles. (2022, 3 de agosto). *5G Américas entregó nuevo reporte sobre Infraestructura en Telecomunicaciones de América Latina y El Caribe*. Pisapapeles. https://pisapapeles.net/5g-americas-entrego-nuevo-reporte-sobre-infraestructura-en-telecomunicaciones-de-america-latina-y-el-caribe/

Reátegui, J. A., Aparco, E., Diana, M., Cueva, A., Bony, L., Pineda, A., & Robles, E. (2021). *Impacto del acceso a internet en el crecimiento económico del Perú. Un enfoque ARDL*. Ministerio de Transportes y Comunicaciones. https://www.gob.pe/institucion/mtc/informes-publicaciones/1625507-impacto-del-acceso-a-internet-en-el-crecimiento-economico-del-peru-un-enfoque-ardl

Santillán, W. E., & Javier, Y. M. (2019). *Servicios públicos de telecomunicaciones y conflictos sociales en el AA. HH. Juan Velasco Alvarado III etapa, distrito de Chancay, 2017* [Tesis de licenciatura, Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión]. Repositorio Institucional UNJFSC. https://repositorio.unjfsc.edu.pe/handle/20.500.14067/2447

Silva, G. (2008). La teoría sociológica del conflicto: un marco teórico necesario. Prolegómenos. *Derechos y Valores*, *11*(22), 29-43. https://doi.org/10.18359/prole.2506

Smelser, N. (1995). *Teoría del Comportamiento Colectivo*. Fondo de Cultura Económica.

Sotelo, C. A. (2023). *Formulación de proyectos de telecomunicaciones: conectando el mundo*. San Marcos.

Stiglitz, J. E. (2000). *La economía del sector público* (3.ª ed.). Antoni Bosch.

Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Vol. 80, n.º 80, enero-diciembre, 2025 • Publicación anual. Lima, Perú
ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)
DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2025.v80n80.09

EL GRAVE DAÑO DE UNA SENTENCIA IMPRECISA EN EL ÁMBITO TUTELAR FAMILIAR

The serious harm caused by an imprecise judgment in family tutelage matters

Manuel Bermúdez-Tapia
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)
Contacto: mbermudezt@unmsm.edu.pe
http://orcid.org/0000-0003-1576-9464

RESUMEN

El análisis de los conflictos familiares permite evaluar la validez, utilidad y eficacia de una sentencia judicial. Sin embargo, en diversos procesos, estas sentencias presentan una imprecisión que impide definir o delimitar los derechos y obligaciones de las partes. Esta situación provoca la amplificación del conflicto familiar, debido a que, con el tiempo, se generan nuevos procesos judiciales.

Palabras clave: conflicto familiar; sentencia judicial; argumentación jurídica; régimen económico familiar; familia en crisis.

ABSTRACT

The analysis of family conflict provides an ideal yardstick for assessing the validity, usefulness and effectiveness of court judgments. However, in family law proceedings, numerous rulings suffer from a lack of precision that prevents the rights and obligations of the parties involved from being clearly defined. This deficiency in the rulings leads to an escalation of family conflict, which inevitably results in the emergence of new legal proceedings over time.

Keywords: family conflict; court ruling; legal reasoning; family financial arrangements; family in crisis.

Recibido: 14/07/2025 Aprobado: 23/10/2025 Publicado: 17/12/2025

1. INTRODUCCIÓN

La especialidad tutelar en el derecho de familia implica una serie de condiciones complejas y exige una profunda articulación analítica. Esto se debe, en principio, a que requiere la evaluación de conflictos que pueden involucrar situaciones jurídicas en los ámbitos civil, familiar, constitucional y penal, las cuales ocasionan una severa condición procesal y judicial que se proyecta en la ejecución, efectividad y legitimidad de una sentencia que no cumple con el requisito de finalizar un conflicto (Bermúdez-Tapia, 2011). Bajo esta perspectiva, dichas sentencias resultan imprecisas, incompletas, disfuncionales, e ilegítimas, terminando por amplificar el conflicto original; además, incurren en un claro incumplimiento del deber de la debida motivación de las resoluciones judiciales, conforme el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú (Bermúdez-Tapia, 2014, p. 329).

Esta problemática no se ha podido evaluar en los ámbitos dogmático y académico, puesto que suele priorizarse el control teórico de las sentencias emitidas por órganos jurisdiccionales de mayor

jerarquía, como la Corte Suprema de Justicia de la República y el Tribunal Constitucional. En consecuencia, las resoluciones dictadas por las instancias de menor jerarquía rara vez son sometidas a una evaluación exhaustiva por parte de la comunidad académica y los abogados litigantes.

En este sentido, una sentencia que omite los elementos esenciales requeridos en la decisión judicial obliga a evaluar su proyección en el conflicto familiar. De manera inevitable, las condiciones negativas entre las partes procesales y personas vinculadas extenderán los niveles de violencia y antagonismo, lo cual podría provocar otros procesos judiciales complementarios, derivados o paralelos.

Bajo esta premisa, el análisis de una decisión judicial imprecisa —abordado en este documento de manera transversal— se expone como un defecto que desnaturaliza y deslegitima la función judicial, conforme lo establece el artículo 138 de la Constitución.

2. MATERIALES Y MÉTODOS

A partir de lo expresado, se propone evaluar un área temática en los ámbitos procesal y tutelar familiar que ha sido escasamente analizada por la doctrina nacional y comparada. Esto a razón de que suele presumirse que las sentencias están debidamente argumentadas, que atienden todos los niveles de referencia expuestos en los petitorios y sus respectivas contradicciones, y que dicha decisión pone fin a las controversias de intereses y la oposición de derechos entre las partes procesales.

De este modo, se presenta un estudio de metodología cualitativa, de tipo básico, analítico y transversal, al vincular diferentes especialidades relacionadas con el conflicto familiar. Dentro de este marco, se analizan como variables de estudio los efectos que genera una sentencia imprecisa en casos puntuales de alimentos, régimen de tenencia y regulación de visitas, violencia familiar y liquidación de la sociedad de gananciales en procesos de divorcio complejos.

A través de este universo, se podrá detallar el error incurrido por el Poder Judicial, específicamente por medio de sus órganos jurisdiccionales de menor jerarquía, al emitir sentencias en las que las partes no logran precisar la totalidad de sus obligaciones y derechos. Esta situación resulta en que el conflicto se incremente o se expanda, lo cual deriva en la proliferación de nuevos procesos judiciales.

El objetivo de tal análisis es demostrar la importancia de la argumentación jurídica, complementada con una visión humana en la evaluación del conflicto familiar, para evitar que las partes procesales extiendan las condiciones negativas que originaron el litigio, el cual debería concluir con una decisión prudente, razonable, proporcional y eficaz.

2.1. EL UNIVERSO DE ESTUDIO Y EL CONTEXTO DE LAS SENTENCIAS IMPRECISAS

Con el propósito de poder identificar el área de estudio, se plantea la descripción de los principales procesos en los cuales se han detectado la emisión de sentencias imprecisas (Bermúdez-Tapia, 2008):

Tabla 1

Procesos de alimentos

Referencia no precisada	Efecto en la parte procesal demandante	Efecto en la parte procesal demandada
Alimentos sin ampliación temporal	Debe interponer un segundo proceso de «incremento de alimentos».	Asume que su obligación es permanente y bajo las mismas condiciones, omitiendo el crecimiento del hijo o hijos.
Atención de nuevas necesidades por el desarrollo del hijo	Debe plantear una conciliación a fin de generar un acuerdo económico para atender la «nueva necesidad» o, en su defecto, ejecutar un segundo proceso de «incremento de alimentos».	Ante la falta de precisión, el demandado —en función a sus condiciones económicas e intereses personales— suele oponerse, contradecir o cuestionar la cobertura de los nuevos gastos.

Nacimiento de un nuevo hijo de alguna de las partes	La parte demandante suele oponerse a la reducción de la cuota alimentaria que se tramita en un segundo proceso.	Suele solicitar la reducción de la cuota por nueva carga familiar, lo que genera una contradicción de intereses y derechos con la contraparte.
Condiciones y responsabilidades del alimentista	La falta de pronunciamiento sobre la educación superior en las sentencias genera problemas para exigir la continuidad del pago, debido a que las sentencias no se pronuncian en estos ámbitos.	Cuestiona el alcance de la cuota en la mayoría de edad o etapa universitaria; toda vez que esta obligación podría extenderse en el tiempo o provocar un abuso de derecho por parte del alimentista al no procurar su propio desarrollo personal. En este punto, la jurisprudencia detalla que solo el hecho de «aprobar» justifica la obligación alimentaria cuando el alimentista cursa estudios universitarios.
Cese o finalización de la obligación	Las partes procesales y el juez no logran evaluar este punto.	

Como se puede observar, los procesos donde se evalúa la prestación de alimentos son los más numerosos en el ámbito judicial peruano. Es allí donde la mayoría de las sentencias contienen referencias imprecisas, incompletas o disfuncionales en el tiempo. Esto provoca que situaciones previsibles no sean analizadas por el juez, debido a que las partes no las contemplaron en sus planteamientos iniciales al configurar el proceso.

En este punto, la proyección de la Casación n.º 4664-2010-Puno (III Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República) no logra humanizar el contexto judicial evaluado en el expediente, puesto que se mantienen procedimientos pauteados en función del análisis de los conflictos de intereses y derechos, conforme determinan el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil y el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Civil (Poder Judicial, 2011).

Tabla 2

Regulación de derechos y obligaciones en materia de tenencia y visitas

Referencia no precisada	Efecto en la parte procesal demandante	Efecto en la parte procesal demandada
Proyección de ampliación del externamiento y pernocte de los hijos en la casa del progenitor sin tenencia Proyección de una ampliación del régimen de visitas Proyección de tenencia compartida	La oposición a estos planteamientos es la regla general por parte de los demandantes, quienes suelen exigir el cumplimiento estricto de lo decidido en la sentencia, omitiendo las necesidades derivadas del crecimiento de los hijos.	Con el tiempo, ante el crecimiento de los hijos, las partes sujetas al régimen de visitas suelen solicitar un mayor contacto; sin embargo, estas acciones no siempre son previstas en la sentencia judicial.

A diferencia de los aspectos económicos en los procesos de alimentos, al evaluar la tenencia y el régimen de visitas entre progenitores, el factor que determina la inviabilidad de ponderar nuevos derechos o condiciones se vincula al periodo en el cual se desarrolló el conflicto familiar. Si el inicio de la controversia familiar es temporalmente distante al momento de la adolescencia o crecimiento del hijo, las partes suelen modificar unilateralmente el alcance de la sentencia. Esto no es previsto por el juez, quien se encuentra condicionado por los parámetros formales del Código Procesal Civil, que exigen limitar la evaluación al ámbito del petitorio y de la oposición formulada por el demandado.

Tabla 3

Evaluación de casos de violencia familiar

Referencia no precisada	Efecto en la parte procesal demandante	Efecto en la parte procesal demandada
Residencia del acusado por violencia familiar	En las medidas de protección —de carácter temporal y limitado al contexto procesal— no suele evaluarse este factor. En consecuencia, las sentencias definitivas omiten dicha valoración para evitar que el acusado interponga recursos judiciales en su defensa.	No se considera debido a que sus derechos no han sido condicionados; no obstante, se genera incertidumbre sobre si podrá cohabitar en la misma residencia con la víctima.

Obligaciones económicas que debe garantizar el acusado	Se omiten, bajo la premisa de que estos elementos deben ser expuestos en el ámbito procesal de tutela familiar.
Eventual «separación de cuerpos» entre las partes	No se detallan, debido a que el proceso de violencia familiar no permite proyectar escenarios previsibles como la «separación de cuerpos» o el «divorcio».

Como se observa, sobre un mismo hecho y con las mismas partes, es posible desarrollar procesos paralelos y autónomos con efectos judiciales diferenciados. Esta situación constituye un error del sistema que no ha logrado superar las condiciones de la competencia en el ámbito del conflicto familiar.

Tabla 4

Evaluación de la liquidación de la sociedad de gananciales en procesos de divorcio complejos

Referencia no precisada	Efecto en la parte procesal demandante	Efecto en la parte procesal demandada
Omisión de bienes de los cónyuges por falta de registro o informalidad	No existen mayores referencias, debido a que los jueces no detallan estos casos al no ser expuestos por las partes.	
Bienes registrados a nombre de terceros (adulteración de la propiedad familiar)		
Bienes adquiridos en el extranjero		
Patrimonio digital o en el sistema financiero ubicado en el extranjero		
Titularidad de acciones en sociedades comerciales		
Liquidación de deudas de origen personal		
Determinación de la «fecha de corte» de deudas asumidas durante el proceso de separación o la separación de hecho		

Este último aspecto genera la mayor complicación, ya que permite que los exesposos ejecuten actos de manipulación económica que quedan fuera de cualquier evaluación judicial (Bermúdez-Tapia, 2022, p. 42).

3. LAS CONSECUENCIAS DE UNA SENTENCIA IMPRECISA

De acuerdo a lo detallado en los cuadros precedentes, los cuales presentan de forma gráfica las situaciones registradas en estos casos, se identifican los siguientes elementos representativos:

- Las partes procesales suelen carecer de asesoría legal especializada, debido a los elevados costos que esta supone frente a una economía individual afectada por una separación o divorcio, aun cuando las circunstancias personales se modificarán indefectiblemente con el tiempo.
- Las partes procesales aspiran a una solución parcial o eventual bajo la premisa de que los problemas familiares son resolubles mediante opciones accesibles derivadas de su entorno social y personal.
- Las partes procesales optan por no detallar sus alcances económicos a sus defensas legales al no identificar las consecuencias de esta negligencia (Bermúdez-Tapia, 2023, p. 10), especialmente cuando representan a la parte más desfavorecida en la relación.
- Las partes procesales realizan una evaluación temporal de las eventuales circunstancias y optan por generar condiciones de separación frente a la ejecución de un proceso de divorcio, ya que esto les permite mantener una situación sociofamiliar acorde a sus intereses.
- Las partes procesales no dimensionan a largo plazo las obligaciones económicas respecto de sus hijos; por consiguiente, no prevén las contingencias que podrían generarse si las situaciones personales cambian.

- Las partes procesales con patrimonio significativo cuentan con asesoría especializada que les permite ejecutar acciones maliciosas en los ámbitos societario y económico, con el objetivo de blindar sus intereses frente a su excónyuge.

Estas referencias permiten enfatizar la importancia de una argumentación judicial correcta, diligente y prudente en el desarrollo de las sentencias de naturaleza familiar, particularmente en los escenarios descritos.

4. CONCLUSIONES

La importancia de una sentencia no solo radica en su legitimidad y legalidad, sino en un contenido que sea capaz de proyectarse en el tiempo en favor de una situación favorable para la pareja en proceso de divorcio o en situación de conflicto.

Al respecto, la mayoría de las sentencias identificadas en la población de estudio permite sostener que los errores que amplifican el conflicto familiar derivan de una decisión judicial inadecuada.

REFERENCIAS

Bermúdez-Tapia, M. (2008). *Derecho Procesal de Familia. Aproximación crítica no convencional a los procesos de familia*. Editorial San Marcos.

Bermúdez-Tapia, M. (2011). *La constitucionalización del derecho de familia.* Ediciones Caballero Bustamante.

Bermúdez-Tapia, M. (2014). Pautas referenciales para la mejora de la redacción de resoluciones en los procesos judiciales en la especialidad de derecho de familia. *Actualidad Civil*, 3, 328-334.

Bermúdez-Tapia, M. (2022). El ocultamiento de patrimonio en el régimen económico familiar. *Actualidad Jurídica*, 343, 40-54.

Bermúdez-Tapia, M. (2023). Tutela y regulación del patrimonio familiar como base del matrimonio notarial. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 115, 9-29.

Poder Judicial. (2011). *Casación n.º 4664-2010: Puno: III Pleno Casatorio Civil.* Puno: 13 de mayo de 2011. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/45efab0047ebd8ee8b59ef1f51d74444/TERCER+PLENO+CASATORIO+CIVIL.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=45efab0047ebd8ee8b59ef1f51d74444

REVISTA DE
DERECHO
Y CIENCIA POLÍTICA

Presentación
Carlos Tamani Rafael

Artículos de investigación

El Código Civil italiano en el derecho comparado
Michele Graziadei

La inexistencia de un derecho incondicionado de los hijos a heredar: una comparación entre derecho italiano y peruano
Ivan Libero Nocera

La perspectiva de la OIT sobre la migración de retorno en periodos de crisis
José Eduardo López Ahumada

La aplicación de la subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad administrativa en los recientes pronunciamientos del Indecopi
José Carlos Gonzales Cucho y Sofía Nikoll Gomero Godoy

El delito de usurpación de funciones públicas
Raúl Pariona Arana

La fragmentación y heterogeneidad del campo científico de la Administración pública
Erick Cuba Meneses y Dante Patricio Castrillón Idrogo

Una propuesta teórica para analizar los conflictos sociales por el despliegue de infraestructura de telecomunicaciones en Lima y Callao
Carlos Infante Palomino

El grave daño de una sentencia imprecisa en el ámbito tutelar familiar
Manuel Bermúdez-Tapia

Universidad Nacional Mayor de
SAN MARCOS
Universidad del Perú. Decana de América
Facultad de Derecho y Ciencia Política